

Incluimos neste apêndice os seguintes trabalhos, que entendemos possam auxiliar os trabalhos técnicos no ramo.

1 - Ensaio de Rafael Ribeiro do Valle, apresentado como tese na 10ª Conferência Brasileira de Seguros Privados e Capitalização, realizada em São Paulo, em outubro de 1977.

“Alguns critérios de avaliação dos demonstrativos financeiros e de informações relativas a empresas Construtoras, na obtenção de garantias contratuais, outorgadas por Cias. de Seguros.”

2 - Apontamentos sobre a natureza e sobre a disciplina do chamado seguro fidejussório, pelo Prof. Giuseppe Tamburrino (tradução).

3 - Seguro de Garantia de Obrigações Contratuais para execução de obras no exterior, pelo Prof. Vincenzo Mungari (tradução).

4 - Publicação da “Asociación Panamericana de Fianzas (1980-1981)” - “Modelo para el Analisis de Garantias Excepcionales”, Autor: Alcides Colon Ricardes.

1. SEGURO DE GARANTIA DE OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS

Alguns critérios de avaliação dos demonstrativos financeiros e de informações relativas a empresas Construtoras, na obtenção de garantias contratuais, outorgadas por Cias. de Seguros.

Reproduzimos a seguir ensaio de Rafael Ribeiro do Valle, apresentado como tese na 10ª Conferência Brasileira de Seguros Privados e Capitalização, realizada em São Paulo, em outubro de 1977:

I - Introdução

Embora largamente difundido no Exterior, o Seguro de Garantia de Obrigações Contratuais não tem tido, no Brasil, a divulgação e uso na contratação de obras públicas que suas vantagens nos levam a considerar.

De características jurídicas comparáveis à fiança propriamente dita, o Seguro de Garantia tem aplicação em todas as fases de um processo de concorrência e execução de obras públicas.

O nosso trabalho, porém, procurou restringir-se a um aspecto fundamental no underwriting das operações de SGO, qual seja, o da correta avaliação dos demonstrativos financeiros, dos métodos de contabilização e dos relatórios apresentados pelas construtoras, ao solicitar às Cias. de Seguros as garantias de obrigações contratuais exigidas pelos Órgãos Contratantes.

Procuramos, assim, sem qualquer objetivo inovador, reunir bibliografia e trabalhos especializados sobre a matéria, através dos quais pudéssemos formar um quadro, ainda que embrionário, da técnica de análise das informações financeiras normalmente apresentadas pelas Cias. Construtoras.

O interesse pelo assunto é bastante amplo, uma vez que o mercado de construção civil representa um dos setores mais importantes na Economia de Países em vias de desenvolvimento, em cuja faixa provavelmente situa-se o nosso.

II - Principais causas de falência nos E.U.A.

Em 1972, a Editora The Rough Notes Inc. de Indianápolis, U.S.A., especializada em publicações sobre underwriting de operações de Surety (Garantias Contratuais) editou um Trabalho sobre Análise Financeira de Construtoras, que focaliza, com bastante propriedade, as particularidades

inerentes à indústria de construção civil e construtores, individualmente. O autor Edward J. Mackenna, nos tópicos “Contractors Mortality” e “Reasons for Failure” examina dados retrospectivos sobre o volume de perdas resultantes de falências entre 1945 e 1965, cuja Tabela reproduzimos a seguir:

DEMONSTRATIVOS DE FALÊNCIA NO SETOR DE CONSTRUÇÃO - 1945/1965*

Ano	Empreiteiras	Subempreiteiras	Outras	Total
1945	21	65	6	92
	\$ 2,212	\$ 949	398	\$ 3,559
1950	282	588	42	912
	9,235	4,407	2,009	25,651
1958	872	1,169	121	2,162
	62,758	41,006	11,351	115,115
1959	749	1,159	156	2,064
	66,075	42,492	13,316	121,883
1960	1,020	1,419	168	2,607
	110,656	74,177	16,536	201,369
1961	1,068	1,520	164	2,752
	94,042	76,685	22,278	123,005
1962	1,003	1,498	202	2,703
	133,901	81,370	28,264	243,535
1963	888	1,357	156	2,401
	140,630	66,660	24,044	231,354
1964	970	1,275	143	2,388
	171,645	74,762	15,985	262,392
1965	1,030	1,329	154	2,513
	196,633	78,049	16,298	290,980

* = em US\$ 1,000 dólares

Observa-se pelo quadro anterior, que o número de falências de construtores (General Building Contractors) evolui de 21 em 1945, envolvendo responsabilidades financeiras no valor de US\$ 2,2 milhões de dólares, para 1.020 casos em 1960, com responsabilidades financeiras de US\$ 200 milhões de dólares.

O valor total das perdas em 1945, para todos os construtores foi de 3,5 milhões, ao passo que em 1965 atingiu-se o total de US\$ 290,9 milhões de dólares. Estes dados deixam bastante claro que a análise da situação dos construtores deve ser baseada em condições econômicas correntes, cujas tendências não podem ser desconsideradas.

Causas de Falências:

Podemos perguntar-nos: porque Construtores chegam a falência?

O estudo a seguir feito pela Dunn & Bradstreet, mostra as principais causas para a falência de Construtores. Uma análise dos casos, individualmente, indica que não há um só caso predominante e, no mais das vezes, a falência foi causada por uma combinação de causas.

Em praticamente todos os casos, no entanto, o comprometimento financeiro demasiado, era evidente.

1. Comprometimento financeiro em demasia

Tal situação é causada pela aceitação de mais trabalhos, maiores contratos e maior número de contratos que o construtor possa gerir ao mesmo tempo. Qualquer atraso na construção, resulta em dificuldades financeiras, que se agravam, pelo fato de que valores ficam retidos em contas a

receber (retenções).

2. Falta de registros contábeis apropriados

Muitos construtores não avaliam a importância de registros financeiros corretos.

Eles englobam todos os procedimentos em um fundo comum emprestando de um contrato para financiar outro, sem margem apropriada para o contrato em referência. Não são mantidos balanços apurados ou registros de custos, com os quais serão analisados os contratos em execução.

Suas estimativas de custos, para os contratos, são freqüentemente incompletas, ou estimadas mentalmente.

Alguns construtores não pesquisaram nem planejaram apropriadamente custos, tais como exame do local da obra e custos preparatórios.

3. Falta de conhecimento gerencial

Muitas construtoras são “One man firms”, que vêm-se em dificuldades por estes não delegarem responsabilidade. Assim, quando ocorre um acidente ou surge uma doença, não há ninguém para substituí-lo. As práticas de contratação de pessoal, diretrizes administrativas e o controle da administração geral passam a ser feitos a esmo. Muitos construtores são formalmente Mestre de Obra ou Superintendente que conhecem construção, que são fracos nos princípios de direção de uma organização ou negócio.

4. Investigação inadequada sobre os recursos dos clientes

Algumas falências resultam do fato de que o cliente, que está financiando a construção ou projeto, subestima seus custos finais e, antes do projeto terminar, deixa o construtor sem recursos, quando este mais os necessita.

5. Inexperiência

Muitos construtores secundários obtêm novos tipos de trabalhos que não lhes são familiares. Este fato, freqüentemente, causa problema, particularmente nos Projetos Federais e em certas áreas, tais como construções escolares, onde aspectos específicos implicam em Know-How especial.

6. Especulações em Investimento alheios ao objeto social da empresa

Muitos construtores, duramente pressionados financeiramente, poderão desviar fundos para investimentos em bens de raiz, áreas de especulação ou outras atividades das quais não tem maior conhecimento.

7. Risco do Setor

A construção é uma linha de negócios arriscada. O construtor coloca o seu capital em risco toda vez que assume um novo contrato.

8. Fraquezas Pessoais

Vida agitada, lapsos morais e problemas conjugais são, sabidamente, aspectos que trazem dificuldades às empresas.

9. Margens de Lucro inadequadas

Isto resulta de severa competição, principalmente entre as pequenas e novas empresas.

10. Relacionamento Pessoal

Alguns construtores são inflexíveis ou mesmo imprudentes sobre a forma pela qual tratam seus clientes, subcontratados e empregados. Tendem a ser dominantes, ou ainda, ser excessivamente otimistas ou desagradáveis em seu relacionamento pessoal ou com o público.

III - Avaliação dos Demonstrativos Financeiros de construtoras, por Cias. de Seguros especializadas em Surety Bonds e sistema de informação.

A avaliação dos demonstrativos financeiros de Construtoras, pelas Cias. de Seguros especializadas em Seguro de Garantia de Obrigações Contratuais (Surety Bonds) e respectivo sistema de informações, deveria basear-se no profundo conhecimento e na natureza dos problemas relativos à indústria de construção.

Contrastando com a manufatura e o comércio, a construção é uma nova experiência, a cada concorrência feita e à medida em que cada contrato é adjudicado. Apesar da experiência e conhecimento do construtor não há dois projetos de construção iguais. Há sempre o desafio de muitos riscos desconhecidos e inerentes ao trabalho de cada projeto, em função da natureza não repetitiva da indústria. O Construtor, não tem em mãos um produto massificado para o qual há experiência passada quanto a custos e dados sobre mão-de-obra ineficiente.

Para ser também computado no problema de avaliação, pelas Cias. de Seguros, muitas construtoras funcionam sob o controle de um só homem e a presença, saúde e atitude desta pessoa, apenas, poderá determinar o sucesso, ou falência de uma Construtora.

Em função destes aspectos operacionais não comuns, a posição financeira de uma Construtora pode alterar-se drasticamente, quase que subitamente. Para citar uma publicação feita pela "Surety Association of America", os contratos de construção não terminados, são a chave para conhecer-se a verdadeira posição financeira de uma Construtora e uma vez que os problemas contábeis das construtoras são muito mais complexos que os relativos às manufaturas e firmas comerciais, é muito importante que toda informação disponível esteja à disposição não apenas dos banqueiros e CPA's (Certified Public Accountants).

Nos últimos anos, muitos construtores aparentemente prósperos e bem sucedidos, subitamente se viram em estado de falência, em um espaço de tempo muito pequeno ou até mesmo em resultado de um determinado contrato.

A necessidade de garantias para mantê-lo atualizado tem sido bem documentada por inesperada e súbitas experiências de prejuízos.

Tendo discutido, rapidamente, certos riscos inerentes à indústria de construção, particularmente aqueles relativos a contratos não terminados, vamos agora focalizar particularidades das atividades dos construtores e respectivos sistemas de informações. A atividade empresarial de um construtor pode ser dividida em duas funções:

1 - Estimativa e concorrência.

2 - Controle de cronograma de execução do trabalho e do controle de custos.

IV - Estimativa e concorrência (Proposta)

O construtor inicia seu trabalho estimando e elaborando a proposta de concorrência, através da obtenção de um conjunto de planos e especificações para o projeto de construção a respeito do qual as propostas estão sendo aceitas. Utilizando-o, ele procura determinar a quantidade necessária de mão-de-obra, e material para o trabalho que irá executar, e obtém propostas e orçamentos dos subcontratados para o trabalho que deverá ser contratado fora da firma.

Aplicando-se os custos unitários às quantidades estimadas, o construtor determina o custo das várias fases do projeto de construção. Depois de certificar-se de que todos os itens dos planos e especificações estão incluídos, as estimativas de custos são organizadas em um orçamento estimativo resumido. Isto feito, o construtor adiciona seu lucro estimado e “overhead”, submetendo sua proposta relativa ao projeto de construção.

Tendo apresentado a melhor oferta e, sendo-lhe adjudicado o Contrato, a um preço julgado não muito baixo do mais próximo concorrente, o construtor é instado a preparar uma relação dos custos do contrato, para submetê-los ao arquiteto/proprietário. A relação de custos serve de base para o faturamento progressivo. A seguir é dado um exemplo comparativo entre o custo estimado e a relação de custos do contrato:

Item	Custos estimados	Relação de custos do contrato
Demolição	140.000	170.000
Escavação	125.000	150.000
Fundações	150.000	185.000
Estruturas metálicas	135.000	165.000
Alvenaria	200.000	230.000
Hidráulica Encanamentos	160.000	160.000
Trabalhos acústicos	120.000	110.000
Paisagismo	70.000	55.000
Outros	700.000	775.000
	1.800.000	2.000.000
Disponibilidade para Lucro e overhead	200.000	
PROPOSTA	2.000.000	

Embora a adição de 200.000 aos custos totais estimados seja aproximadamente 11% do total estimado, observe-se que uma porcentagem significativamente maior foi adicionada àquelas fases do projeto que serão completadas previamente.

Por outro lado, para aquelas fases que serão terminadas, mais próximas ao final do projeto, relativamente pouco foi adicionado e, no caso dos trabalhos de paisagismo e acústica, 15.000 e 10.000, respectivamente foram deduzidos dos custos estimados, para chegar-se ao custo do contrato.

Isto permite ao construtor acelerar a cobrança ao proprietário e, como discutiremos a seguir, pode distorcer receitas informadas, a não ser que o sobrefaturamento seja reconhecido e informado.

V - Controle do cronograma de trabalho e custo

O Controle do Cronograma do Trabalho certamente deveria compreender:

- 1 - o planejamento do enfoque a ser dado ao trabalho antes de seu início;
- 2 - a adjudicação dos subcontratos e compra de materiais (ordens de fornecimento) aos menores custos obteníveis;
- 3 - providenciar a competente supervisão de campo para o projeto;
- 4 - obtenção de relatórios periódicos sobre problemas encontrados, que necessitem atenção de administração;

5 - obtenção de relatórios periódicos sobre custos incorridos e revisando o lucro estimado do projeto;

6 - submetendo faturas mensais ao proprietário e fazendo os desembolsos e pagamentos aos fornecedores e subcontratados.

VI - Gerenciamento e relatórios financeiros

Os sistemas de informações gerenciais irão variar, significativamente, de construtor para construtor, dependendo:

1 - da natureza e volume de operações;

2 - da organização e estrutura operacional;

3 - dos objetivos, necessidades pessoais e desejos da administração.

Os relatórios financeiros e gerenciais também irão variar em função destes fatores.

A informação que um construtor fornece, pode não ser melhor do que aquela que lhe está disponível. Assim, se uma Cia. de informações de construtor, em contraste com o que deveria normalmente ter para bem dirigir o seu negócio, esta terá a oportunidade de recomendar melhorias no sistema de informações e relatórios do construtor (na fase de aconselhamento).

Como resultado, a Cia. de Seguros irá receber informações mais abrangentes e realistas. Uma discussão do sistema de informações e relatórios vai além do objetivo deste trabalho, no entanto, estas deveriam, certamente incluir:

1 - adequada e periódica divulgação dos resultados de concorrências;

2 - relatórios progressivos de obra, cronograma de custos e fluxo de Caixa.

VII - Método de determinação do lucro

Não há outro fator tão significativo, que afete os ganhos de uma construtora, como o método por esta escolhido para determinação do lucro.

No caso de indústrias manufatureiras e empresas comerciais, a receita é reconhecida no momento da venda a um cliente e os ganhos, nestas vendas são, via de regra, realisticamente determináveis. No entanto, o produto do construtor - a construção de um edifício - poderá estar em execução durante extenso período de tempo. A determinação do lucro à medida em que o projeto prossegue, é certamente sujeita à habilidade do construtor em prever, realisticamente, os custos totais que serão incorridos no projeto e a porcentagem de trabalho realizado até a data.

Uma discussão abrangente sobre as implicações acerca dos princípios contábeis, controle e relatórios financeiros em conexão com o método de contabilização para determinar o lucro sob contratos de longa duração vão bastante além do objeto deste trabalho. Uma autoridade na discussão e apresentação dos princípios contábeis geralmente aceitos para construtores, bem como de auditoria na indústria da construção, ilustrativos demonstrativos financeiros de construtoras e, ainda, pareceres de auditores independentes, estão apresentados na publicação do American Institute of Certified Public Accountants, datada de Maio de 1965, intitulada "Audits of Construction" (também abordada no final deste trabalho).

Para demonstrar o impacto significativo que a escolha do método de determinação de lucro pode ter na avaliação dos ganhos em um contrato em execução, vamos rever os vários métodos de contabilização, continuando a utilizar as informações financeiras de uma companhia aleatoriamente escolhida.

O construtor dispõe dos métodos Caixa e Competência para determinação da receita. Ambos métodos estão disponíveis para todos os ramos de negócios; no entanto, naqueles casos onde é necessário usar estoque, o método de competência deverá ser utilizado em relação a compras e vendas. Adicionalmente, o construtor pode utilizar-se dos métodos de porcentagem de execução e de contratos completados para determinação do lucro.

Apresentamos, a seguir, um resumo das informações financeiras para nossa construtora típica:

Nº de contratos obtidos durante o ano:		
Valor dos contratos		2.000.000
Custo total estimado		1.800.000
Lucro Bruto Estimado		200.000
Valor faturado	1.000.000	
(-) Retenção de 15%	- 150.000	850.000
Valor recebido		700.000
Custos Contratuais incorridos	700.000	
Pagos	100.000	800.000
Overhead Geral		
Pago	15.000	
A pagar	10.000	25.000

Observe-se que 50% do total contratual foi cobrado do Contratante, embora apenas 44% dos custos totais tenham ocorrido. Este fato é parcialmente atribuível à distorção dos custos contratuais que tivemos a oportunidade de ver discutidos anteriormente, quando abordamos a seção “Estimativa e concorrência”, neste trabalho. Tal prática de antecipar ou faturar a mais no início, não é incomum na indústria de construção.

Método Caixa (Cash Method) - A determinação do lucro de contratos em execução utilizando-se o método de contabilização de caixa é explicável como segue:

	Método Caixa
Receitas	\$ 700.000
Custos contratuais	\$ 700.000
Lucro Bruto	-0-
Overhead Geral	\$ 15.000
Lucro (prejuízo)	\$ 15.000

A contabilização pelo método Caixa não resultará, necessariamente, em uma determinação relativa dos ganhos, uma vez que as entradas e saídas de caixa poderão não coincidir com os ganhos relativos à receita reconhecida nem com os custos e despesas incorridos. Desta forma, raramente o método caixa é aceitável para propósitos de relatórios financeiros.

Aqueles construtores que utilizam este método para propósitos fiscais, deveriam usar, para efeito de controle financeiro, o método de competência, o de porcentagem de execução ou ainda o de contrato terminado, que são sempre mais apropriados em tais circunstâncias:

MÉTODO DE COMPETÊNCIA (ACCRUAL METHOD)

	Exclusive Retenção	Inclusive Retenção
--	---------------------------	---------------------------

Receita	\$ 850.000	\$ 1.000.000
Custos Contratuais	800.000	800.000
Lucro Bruto	\$ 800.000	\$ 200.000
Overhead	25.000	25.000
Lucro	\$ 25.000	\$ 25.000

No método de competência, as receitas são incluídas no lucro, quando recebidas e os custos e despesas são deduzidos de tais receitas, quando incorridos. Neste exemplo executamos nosso cômputo de competência de duas maneiras diferentes, usando bases diferentes, refletindo a inclusão ou a exclusão das retenções feitas até a data. Ambas abordagens são usadas atualmente tanto para propósitos fiscais como financeiros.

A exclusão das retenções é normalmente vantajosa sob o ponto de vista fiscal. No entanto, há considerável controvérsia sobre se deveria tal procedimento ser eliminado ou não. Do ponto de vista de controle financeiro, as retenções são, por vezes, excluídas, com a justificativa de que estas provocam adiantamentos ou faturamento a maior nos contratos em execução. Todavia, seria mais aconselhável incluir as retenções na receita e, então separadamente, determinar e providenciar alguma forma de adiantamento e sobrefaturamento.

MÉTODO DE PORCENTAGEM DA EXECUÇÃO

Através do método de porcentagem de execução, o construtor reconhece o lucro em contratos de longa duração, à medida em que o trabalho prossegue, baseado na porcentagem do contrato que foi completada. Teoricamente, o método de porcentagem de execução é uma forma de método de competência, e deveria fornecer as mesmas respostas que este. A determinação do lucro para a Cia. típica, utilizando-se o método de porcentagem de execução, poderia ser feita como segue:

	(1)	(2)
Receitas	\$ 1.000.000	\$ 888.900
Custo Contr.	800.000	800.000
Lucro Bruto	\$ 200.000	\$ 88.900
Overhead Geral	25.000	25.000
Lucro	\$ 175.000	\$ 63.900

O cálculo (1) é baseado na dedução dos custos atuais incorridos, das receitas reconhecidas, de acordo com os montantes faturados.

Esses resultados são idênticos aos obtidos de acordo com a aplicação do método de competência, com as retenções inclusas. Se há adiantamento ou sobrefaturamento no contrato, este cálculo irá resultar na aceleração do reconhecimento do lucro. Observe-se que embora nosso lucro total, no contrato seja apenas de Cr\$ 200.000 este cálculo reconheceu Cr\$ 200.000 de lucro bruto, quando apenas 50% do valor total do contrato foi faturado.

O cálculo (2) é baseado na relação entre custos incorridos até a data, e os custos totais estimados (44%). Tal poderia parecer a demonstração do mais realista reconhecimento do lucro bruto e está de acordo com as recomendações do American Institute sobre a forma pela qual o lucro deveria ser determinado, através do uso de porcentagem de execução. Deve-se reconhecer que este cálculo não é mais realista do que a estimativa dos custos totais.

MÉTODO DE CONTRATO TERMINADO

De acordo com o método de contrato terminado, o lucro é apenas registrado e relatado no ano em que o contrato é finalmente completado e aceito pelo Contratante ou proprietário.

A AICPA (American Institute of Certified Public Accountants) sugere o método de contrato terminado como preferido apenas quando a falta de estimativas ou circunstâncias, não previstas, prejudicam as previsões de custo para a complementação do projeto.

A determinação do lucro para a Cia. típica, utilizando-se o método de contabilização de contrato terminado seria:

Receitas	\$ -0-
Custos Contratuais	-0-
Lucro Bruto	\$ -0-
Overhead Geral	25.000
Lucro (prejuízo)	\$ 25.000

RESUMO DOS MÉTODOS DE DETERMINAÇÃO DO LUCRO

O resumo comparativo, que mostramos a seguir, abrange o valor dos lucros determinados pelo uso dos diferentes métodos de contabilização, demonstra as significativas diferenças que resultarão da escolha do método, ou base de cálculo inerente ao método:

Método e base	Lucro	Prejuízo
1. M. Caixa		\$ 15.000
2. M. Competência		
- Exclusive Retenção	\$ 25.000	
- Inclusive Retenção	175.000	
3. Porcentagem de Execução		
- Baseado na % de custo incorrido	63.900	
- Baseado na dedução dos custos atuais do total faturado	175.000	
4. Contrato terminado		\$ 25.000

Em função destas possíveis flutuações nos lucros apresentados, é imperativo que o construtor e a Cia. tenham perfeita e aprofundada ciência do efeito causado pelo método de contabilização na determinação do lucro.

VIII - Relatórios Financeiros

Utilizando-nos da Cia. típica, vamos demonstrar como os relatórios financeiros poderiam, ou deveriam, diferenciar-se dos demonstrativos financeiros tradicionais que são utilizados pelas Cias. Manufatureiras e Comerciais.

As rubricas “Contas a Receber” e “Contas a Pagar” são comuns à maioria dos demonstrativos financeiros. No entanto, são muito amplas para apresentar, de modo elucidativo, as informações de Contas a receber e pagar de uma Construtora. O mínimo de informação é demonstrado abaixo:

CONTAS A RECEBER

Contrato em processo:		
Estimativa de Recebimento	\$ 150.000	
Retenções	150.000	\$ 300.000
Contratos terminados		-0-
		\$ 300.000
Fornecedores		\$ 10.000
Subcontratados:		

- Contratos em andamento:		
Estimativa de recebimento	\$ 30.000	
Retenções	60.000	90.000
Contratos terminados		-0-
Outros		-0-
		\$ 100.000

No cômputo feito através do exemplo de porcentagem de execução, baseado na relação entre custos incorridos e estimativa total de custos, há uma diferença entre os valores faturados e as receitas reconhecidas. Esta diferença representa o adiantamento ou sobrefaturamento no contrato, até a data.

O sobrefaturamento excluído das receitas do contrato deveria estar refletido no balanço da Cia., como uma exigibilidade corrente:

Valores cobrados em excesso das receitas, reconhecidos no contrato em andamento:

Valor faturado	\$ 1.000.000	
receitas reconhecidas	888.900	\$ 111.100

No exemplo de cálculo de porcentagem de execução, baseado na dedução dos custos incorridos das quantias faturadas, a receita reconhecida equivale ao total cobrado. Assim sendo, o balanço não deveria incluir qualquer rubrica não usual.

No exemplo de cálculo, usando o método de contabilização de contrato terminado, os valores faturados ou custos incorridos não eram reconhecidos. Para que o excesso do valor faturado sobre os custos incorridos de Cr\$ 200.000 não superestimasse nosso balanço, as exigibilidades, a curto prazo, deveriam incluir a rubrica:

“EXCESSO DE FATURAMENTO ACUMULADO SOBRE CUSTOS RELACIONADOS NO CONTRATO EM EXECUÇÃO”.

Essencialmente, este valor atua como uma compensação contra o fato de que contas a receber e/ou valores cobrados terem sido incluídos no balanço.

Talvez o mais freqüentemente fator de distorção examinado em um demonstrativo financeiro é talvez aquele resultante do uso, pelo construtor, de diferentes métodos de contabilização para propósitos fiscais e financeiros. Para ilustrar este ponto, assumamos que o construtor em pauta utilizou-se do método de Contrato terminado para efeitos fiscais, resultando em uma perda de Cr\$ 25.000. Assumamos, também, que o nosso Construtor utilizou-se do método de porcentagem de execução (baseado na relação entre custos incorridos e estimativa total de custos) para efeitos de controle financeiro. A aplicação de tal resultado resulta em um lucro de \$ 63.900. Se o construtor inclue os \$ 63.900 de ganho e as retenções feitas, sem prover reserva para o Imposto de Renda que deverá se pago no futuro quando o contrato estiver terminado, a posição financeira do construtor estará superestimada.

Desta forma, quando os ganhos são reconhecidos para propósitos de controle financeiro, mas não reconhecidos para propósitos fiscais, as Taxas relativas ao lucro diferido deveriam ser provisionadas nos demonstrativos financeiros.

Geralmente, as diferenças demonstradas aqui em conexão com as contas a receber, contas a pagar, provisão para sobrefaturamento e provisão para imposto de renda futuro representam o único aspecto diferente dos demonstrativos financeiros básicos de uma Construtora, em relação

aos tradicionalmente apresentados por outras indústrias.

Na maioria das vezes, a avaliação correta dos demonstrativos financeiros de uma construtora requer informações adicionais, para cada contrato de execução. Uma ilustração de que informações adicionais seriam necessárias para o construtor, exemplificando é dada a seguir:

IX - Resumo dos Contratos em Execução

Companhia _____ Período findo em _____

1. Número de Contrato e denominação	123 - Learn's School
2. Valores faturados até a data:	
(a) Contas a receber	
1. Correntes	\$ 150.000
2. Retenções	<u>150.000</u>
3. Total	\$ 300.000
(b) Valor recebido	<u>700.00</u>
(c) Total faturado até a data:	1.000.000
3. Remanescente a ser faturado	1.000.000
4. Valor total estimado do Contrato	<u>2.000.000</u>
(a) Contas a pagar:	
1. Contas correntes a pagar	<u>10.000</u>
2. Subcontratos:	
a. Correntes	30.000
b. Retenção	<u>60.000</u>
c. Total	\$ 90.000
(b) Folhas de pagamento (accrued)	<u>\$ -o-</u>
(c) Pagos	<u>700.000</u>
(d) Custos totais incorridos até a data:	\$ 800.000
6. Custos adicionais a incorrer	1.000.000
7. Custos totais estimados	<u>1.800.000</u>
8. Lucro Bruto Estimado	<u>200.000</u>
9. Porcentagem completada	44.4%
10. Receita reconhecida	<u>\$ 888.900</u>
11. Custos reconhecidos	<u>\$ 800.000</u>
12. Lucro Bruto reconhecido	<u>\$ 88.900</u>
13. Sobre (Sub) faturamento	<u>\$ 111.100</u>

A informação contida no resumo dos contratos em execução deveria ser fornecida para cada trabalho no qual a construtora esteja envolvida.

O item 1 identifica o número do contrato e sua respectiva denominação. Do item 2 ao item 4 temos informações detalhadas sobre a situação do faturamento e recebimento de Caixa. Observe-se que as contas a receber estão separadas em valores devido em estimativas de ganho correntes e retenção.

Dos itens 5 ao 7 temos a apresentação de detalhada informação acerca do custo incorrido e custo adicional estimado a ser incorrido para cada contrato. Novamente, observe-se que as contas a pagar estão separadas entre contas a pagar comerciais e valores pagáveis a subcontratados.

Os valores pagáveis aos subcontratados estão, ademais, separados entre valores pagáveis tendo por base estimativas de ganho e retenção. O item 8, referente à estimativa de lucro bruto para cada contrato, representa a diferença entre o valor total estimado contratual e os custos totais contratuais estimados.

O item 9, porcentagem completada, foi calculado com base na relação entre custo total incorrido até a data e custo total estimado para propósito de exemplo, apenas.

Em certas circunstâncias, o cômputo de porcentagem completada deveria ser baseado em uma relação de folha de pagamento ou folha de pagamento acrescida do custo do subcontrato, ao invés de uma relação de custo total, por causa da distorção causada por materiais entregues no Canteiro de obras, porém ainda não instalado.

O item 10, receita reconhecida, representa a receita reconhecida no demonstrativo de ganhos utilizando-se o método contábil de porcentagem de execução, baseado na relação determinada no item 9, e aplicada ao valor total contratual estimado. Os custos reconhecidos de \$ 800.000 representam custos atuais incorridos até a data e o lucro reconhecido, no valor de \$ 88.900, resulta da diferença entre receitas e custos reconhecidos.

O item 13, sobrefaturamento no valor de \$ 111.100, representa o excesso de valores faturados até a data em relação ao contrato sobre receitas reconhecidas. Esta determinação e apresentação do sobre ou subfaturamento em uma base contratual deveria ser de significativo interesse para a Cia. de Seguros.

Resumo de Alguns Aspectos a serem Destacados na Avaliação de Demonstrativos Financeiros

1 - Natureza ímpar e problemas da indústria.

2 - Atividade empresarial, incluindo:

estimativa, concorrências e o controle do trabalho em execução e custo.

3 - Relatório financeiro e Gerencial.

4 - Impacto nos demonstrativos financeiros, dos métodos de determinação do resultado.

5 - Diferenças nos demonstrativos financeiros básicos.

6 - Resumo dos contratos em execução.

Nos mercados desenvolvidos, notadamente nos E.U.A. e alguns países da Europa, as Cias. de Seguros, através de seus departamentos especializados, não tem maior dificuldade em analisar as informações das construtoras que lhes submetem pedidos para emissão de garantias contratuais; ademais, os esclarecimentos aqui prestados deverão sempre ser utilizados como: Múltiplo do CCL (Capital Circulante Líquido); grau de endividamento (Debt Ratio); experiência contratual, anterior, em projetos equivalentes além de inúmeros outros cuja observância poderá trazer à luz dos fatos informações suficientes a uma segura decisão em relação à concessão de garantias.

X - Auditoria na Indústria da Construção - A auditoria como instrumento de verificação dos controles internos e das práticas de contabilização utilizadas pelas Cias. Construtoras.

Os padrões de auditoria geralmente aceitos implicam no estudo apropriado e na realização dos controles internos existentes como base para a determinação da extensão dos testes de auditoria e procedimentos necessários. Antes de iniciar um exame desta natureza o auditor independente deveria rever, cuidadosamente, os controles internos e procedimentos de contabilização.

Embora uma revisão desta natureza não seja incomum para um exame das rubricas do Construtor, é no entanto, uma consideração importante, uma vez que o sucesso financeiro do mesmo depende freqüentemente muito mais de um adequado controle interno, registros contábeis e balancetes de verificação de utilidade, do que outros tipos de providências gerenciais.

A inépcia e fraqueza nos controles e registros contábeis poderão freqüentemente ser notadas nas

seguintes áreas de operação do Construtor:

- 1 - Falha em avaliar a lucratividade dos contratos, em bases reais.
- 2 - Controle inadequado nas estimativas e concorrências relativas a novos contratos.
- 3 - Registros de custos contratuais inadequados.
- 4 - Fraqueza no estabelecimento dos procedimentos de cobrança.
- 5 - Controle inadequado do equipamento de construção e falta de adequados registros aplicáveis a este equipamento.
- 6 - Controle deficiente da folha de pagamento e outros desembolsos no local da obra.

Adicionalmente a esta revisão dos controles internos, como já comentamos anteriormente, a natureza da indústria de construção é tal que o auditor independente deve ter íntimo conhecimento do sistema operativo do construtor e um conhecimento geral do tipo de problemas de construção e engenharia, que poderão ser encontrados pelo Construtor. Também, o auditor independente deve estar familiarizado com certos aspectos essenciais de todos os principais contratos em execução, ou terminados durante o período.

Para atingir tal meta e, antes de iniciar sua auditoria, o auditor independente, em revisando os contratos principais do construtor poderá examinar detalhes pertinentes e guardá-los para referir-se aos mesmos durante a auditoria.

A planilha de trabalho do auditor independente deveria incluir, no mínimo, as seguintes informações:

- a) tipo de contrato (descrição sucinta do trabalho);
- b) valor do contrato (preço fixado, forma de reajustes, preço máximo garantido, etc.);
- c) prazos de pagamento;
- d) consideração sobre cancelamento;
- e) custos estimados e lucro original estimado;
- f) posição em relação a renegociação;
- g) aspectos não usuais no contrato (tais como, multas pela não entrega na data, garantias de desempenho anormais, bônus por antecipação do término, etc.);
- h) exigências de Seguros e Garantias Contratuais;
- i) provisão para o aluguel de equipamento no caso do Construtor ser o contratado principal (ou ainda primitivo) e subcontratados, o auditor independente deveria também examinar estes contratos e preparar registro similar para os aspectos pertinentes que serão abordados em seu exame.

São encontradas dificuldades em auditoria nas seguintes áreas:

- 1 - Custos incorridos em contratos em execução (incluído de equipamento de obra) e problemas relacionados com o reconhecimento dos lucros do contrato.
- 2 - Locais das obras.

3 - Matérias-primas e suprimentos.

4 - Contas a receber (incluindo-se porcentagens de retenção).

5 - Contas a pagar.

6 - Consórcios.

Embora complexo, o trabalho do auditor independente torna-se indispensável à correta avaliação dos demonstrativos financeiros dos construtores, mormente quando trata-se de contratação de obras públicas, onde o julgamento da Seguradora baseia-se em grande parte nestes registros.

XI - Documentação típica de uma proponente (Hi-Grade Plumbing, Inc.)

Apresentamos, a seguir, como ilustração, documentação típica apresentada por um proponente hipotético, a ser examinado mediante observância dos aspectos retromencionados (Xerox do caso).

XII - Bibliografia

1. Contractors Financial Analysis, by Edward J. Mackenna, 2rd printing, october 1977, published by The Rough Notes Co. Inc. - Indianópolis, Indiana, USA.

2. Surety Evaluation of a Contractor's Financial Statements and Information System, by Henry J. Rossi, CPA-Partner Touche Ross & Co.

3. Audits of Construction Contractos, American Institute of Certified Public Accountants. Inc. New York - USA, 1965.

4. Case History "Hi-Grade Plumbing, Inc.", apresentado no International Bond Seminar, levado a efeito em outubro e Novembro de 1973 em Philadelphia, Pa. USA.

5. Publicações Especializadas do arquivo do Departamento de Operações da "São Paulo" - Cia. Nacional de Seguros.

Nota da Editora: O exemplo mencionado no item XI não é reproduzido por extenso e em inglês.

2. Apontamentos sobre a Natureza e sobre a Disciplina do Chamado Seguro Fidejussório Giuseppe Tamburrino Consigliere della Corte Suprema di Cassazione, Prof.1. de. nell'Università di Roma

O artigo, cujo texto em idioma italiano foi traduzido e é reproduzido a seguir, encontra-se no segundo dos três volumes de "Studi in Onore di Antigono Donati" (Estudos em hora de Antigono Donati), em reconhecimento e em comemoração pelos seus 35 anos de atividade dedicados a altos estudos e ao ensino do seguro na cátedra, e oferecidos pelos mais eminentes representantes mundiais da ciência do seguro. Foram os "Estudos" organizados sob os auspícios da Association Internationale de Droit des Assurances - A.I.D.A., da qual o homenageado foi Presidente Internacional durante 10 anos ininterruptos. Foram os "Estudos" apresentados na sessão solene de abertura do 3º Congresso Mundial do Direito do Seguro, organizado pela A.I.D.A. e realizado em Paris em 27.04.70, no Centro Parisiense de Congressos Internacionais.

1 - Conquanto sobre a natureza e a disciplina da chamada apólice fidejussória se tenha discutido muito, quer na teoria como na prática, e parece se ter nestes últimos tempos conseguido uma "communis opinio", quer também com substâncias e não pequenas divergências, não consideramos inoportuno fixarmo-nos - embora sinteticamente e somente em relação aos pontos fundamentais - ainda, sobre o argumento, nos Estudos em hora de Quem, entre os primeiros, tratou do escabroso problema, sobretudo porque, a bem ver, as mencionadas divergências, que atormentam "communis opinio" fatigantemente conseguida, são graves e se repercutem na solução das fundamentais questões praticamente importantes, assim que acreditamos serem úteis

um reexame e uma reavaliação.

2 - Primeiro ponto sobre o qual deve deter-se o intérprete, desde que se encontra defronte a um instituto cuja natureza jurídica deve fixar, para poder enquadrá-lo em um esquema contratual, é o de determinar o conteúdo do instituto e seus elementos essenciais, subjetivos e objetivos, seu escopo e suas finalidades práticas, consiste em verificar como ele funciona em concreto.

É notório que este nosso instituto, cujas denominações são múltiplas, surgiu mesmo na prática, por sua real utilidade, e foi se difundindo cada vez mais, a tal ponto que de um lado foi regulado, embora não completamente e sempre sob o perfil concreto e prático, por algumas leis especiais, em relação a determinados setores e, do outro, constituiu objeto em setores de regulamentação contratual e convencional autônoma.

No que diz respeito às mencionadas leis especiais limitamo-nos a recomendar:

- a) a Lei nº 802, de 18.05.31, referente à cobrança dos impostos diretos;
- b) o D.L. nº 86, de 30.01.48 (modificado pela Lei nº 213, de 14.03.52) referente às empreitadas dos impostos de consumo;
- c) a Lei nº 286, de 04.04.53, referente à empreitada dos armazéns de venda de mercadorias de monopólio;
- d) a Lei nº 59, de 08.02.57, referente à restituição do imposto geral sobre a entrada e dos direitos de fronteira de produtos industriais exportados. Em todos esses casos, objeto da apólice fidejussória, é a caução que os empreiteiros dos impostos diretos, dos impostos de consumo, dos armazéns de venda das mercadorias do monopólio e os titulares de direito à restituição do imposto geral sobre a entrada e dos direitos de fronteira devem prestar. Tal caução pode ser constituída ou pela fidejussão bancária, ou então pela apólice estipulada com um instituto ou companhia de seguros. Como autorizadamente foi observado, a regulamentação, feita pelas mencionadas leis especiais para a apólice fidejussória, é mais ou menos uniforme, e também a regulamentação convencional feita pela autonomia privada para a apólice fidejussória nos outros ramos nos quais se difundiu e que dizem respeito sempre às cauções em tema de empreitadas públicas, ou em tema de impostos aduaneiros, quase se conformou completamente, integrando-a na mencionada regulamentação legislativa.

Logo, a regulamentação da apólice fidejussória ou do seguro fidejussório, em seus elementos e pontos essenciais, pode ser, mesmo em relação a ditos pontos essenciais, assim sintetizada:

- a) normalmente há uma relação básica entre dois sujeitos, um devedor e outro credor, e um destes, para obter uma empreitada ou um benefício fiscal, deve prestar caução;
- b) por lei ou por contrato, esta caução pode ser prestada também através da apólice fidejussória, isto é, através de uma relação que se chama securatória entre o devedor e a companhia de seguros: o devedor paga o “prêmio” e a companhia obriga-se a pagar diretamente a caução, no caso de inadimplemento do devedor, ao credor, mediante prévio pré-aviso por parte deste, sendo que, em algumas normas e apólices, será previsto que tal obrigação subsiste automaticamente no caso de inadimplemento, mesmo no caso em que o devedor não tenha pago o “prêmio”;
- c) à companhia de seguros que efetuou o pagamento compete a ação de regresso ou, como se diz em termos de seguro, a sub-rogação contra o devedor;
- d) em algumas normas e em algumas apólices está estabelecido “il beneficium excussionis” a favor da companhia; às vezes entretanto esse benefício está expressamente excluído e é suficiente a notificação do inadimplemento ocorrido para precipitar a obrigação da companhia ao pagamento da caução ao credor.

3 - Dessa mencionada regulamentação prática, o intérprete não pode deixar de tomar conhecimento, ao procurar a reconstrução jurídica do instituto. Isto foi feito pela doutrina e pela jurisprudência que dela se ocuparam (e com muita freqüência na Itália há alguns decênios). Em verdade, embora tenha sido, especialmente no passado, afirmada também a natureza securatória do nosso instituto, com base sobretudo no lado formal e nas palavras adotadas na apólice, e embora tenha sido também sustentada a figura mista do contrato, que possuiria elementos do seguro e elementos da fidejussão, mais recentemente se formou uma espécie de “communis opinio”, a influir sobretudo na causa e nas finalidades do “seguro fidejussório”, causa e finalidade indubitavelmente de garantia, para orientar-se decisivamente pela natureza fidejussória. Mas também no interior desta “communis opinio”, não faltam divergências.

Em verdade, a maioria da doutrina sempre se orientou pela definição do “seguro fidejussório”, como verdadeira e própria fidejussão, típica, tendo em maior consideração a causa da primeira e seus objetivos, e não atribuindo relevância alguma nem ao nome do contrato, nem ao meio prático (apólice) com que se procuram o conseguimento daquelas finalidades e a concretização daquela causa.

A jurisprudência, especialmente a do Supremo Tribunal, embora sem negar a prevalência da causa e das finalidades de garantia, não desconheceu a realidade do fato jurídico, isto é, que as finalidades, certamente fidejussórias, foram conseguidas através de um meio que não é o típico contrato de fidejussão e através de cláusulas desviadas do esquema típico deste último contrato. Portanto, as primeiras duas sentenças que examinaram “funditus” o problema, falam de fidejussão atípica e anômola; ao passo que a última das sentenças do Supremo, embora refugindo de definições de princípio e embora considerando necessário o exame do caso singular e das cláusulas singulares, afirma em linha geral que o seguro fidejussório não pode de nenhum modo comparar-se à fidejussão em sentido estrito ou puro.

4 - Quando se procura tentar o enquadramento em esquemas contratuais de um instituto regulado pela praxe e pela autonomia privada ou também por normas especiais, as quais se limitam às regulamentações concretas de alguns pontos, o primeiro dever do intérprete é verificar se este instituto possa entrar em um esquema contratual, isto é, confrontar os seus elementos essenciais e característicos, tais quais resultam da praxe dos negócios ou da regulamentação especial, com os elementos essenciais e característicos de determinados contratos típicos. No caso, o confronto é duplo, devendo-se - como é evidente - confrontar o esquema do nosso “seguro fidejussório”, de um lado, com o contrato típico de seguro e principalmente com aquele ramo especial conhecido sob o nome de seguro do crédito e, do outro lado, com o contrato típico de fidejussão.

Sob um perfil, estamos de acordo com a doutrina e a jurisprudência dominantes de não se poder de nenhum modo falar na espécie de típico contrato de seguro em geral, nem de seguro do crédito em particular. Dada, precisamente, a amplidão e respeitabilidade dos consensos sobre o ponto, limitamo-nos a motivar o nosso acordo, indicando aquelas que, entre tantas, parecem ser as razões mais relevantes e decisivas. O seguro do crédito, como foi configurado já conformemente, é verdadeiro e próprio seguro, com causa securatória, com finalidade de verdadeira e própria indenização, com estipulação por parte do credor que se cobre do risco que lhe pode advir pela falta ou atraso do cumprimento. No seguro fidejussório, invés, o estipulante é o devedor, o qual “segura” um fato próprio, isto é, o fato do seu inadimplemento no pagamento: o Segurador, do outro lado, paga a caução ao credor pelo só fato do inadimplemento, por vezes usufruindo do “beneficium excussionis”, e outras vezes não, e por vezes também independentemente do pagamento do “prêmio”. Isto equivale a dizer que se desvia do esquema típico do seguro e que a verdadeira finalidade desejada pelas partes é a da garantia do cumprimento do crédito: o assim chamado “Segurador”, em substância, não passa de um garantidor do cumprimento do crédito perante o credor, com a peculiaridade de que entre garantidor e garantido a relação é onerosa, e a carga do garantido é o pagamento do “prêmio”.

Sob o segundo perfil, não podemos entretanto concordar com a doutrina, dominante hoje, de que se esteja na presença de uma forma acolhida no esquema típico de fidejussão. É bem verdade, se for indiscutível o que se disse sob o ponto de vista substancial, isto é, que se está na presença de

uma relação substancialmente de garantia, não podemos porém esquecer que a tal finalidade de garantia se chega através de um esquema formal, que não é do contrato típico de fidejussão. Não se discute só em tema de palavras ou de mera literalidade: não se pode esquecer que a “apólice” não é simples letra, é forma que reveste o contrato, e não se deve esquecer que na apólice, além das palavras (“Segurado”, “Segurador”, “prêmio”) há também algumas cláusulas próprias do seguro, embora adaptadas ao conseguimento da diferente finalidade. Assim, até este ponto, estaríamos mais de acordo com a jurisprudência dominante, segundo a qual, se a causa é a da fidejussão, a garantia é, porém, estipulada sob forma de seguro.

5 - Mas o comentário não termina aqui. Há o segundo dever do intérprete: posto que a relação em exame não pode perfeitamente enquadrar-se em um esquema típico e que portanto deve transferir-se forçosamente para o vastíssimo campo da “atipicidade”, deve o intérprete estabelecer, para os próprios fins da determinação da forma concreta, em qual das várias categorias gerais de contrato atípicos possa se enquadrar a relação em exame. Não podemos, portanto, aceitar as genéricas definições jurisprudenciais que - como foi dito antes - com base nas definições acima e que considerarmos exatas, falam promiscuamente, a propósito do “seguro fidejussório”, de fidejussão “anômala”, “atípica”, “irregular”, ou, logo após as mencionadas afirmações, se fecham, sem prosseguir na pesquisa: certamente, as mencionadas definições são genéricas e se referem a uma “atipicidade”, “irregularidade”, “anomalia”, genéricas e não tecnicamente definidas, pois de outra forma não seriam tais termos usados promiscuamente.

Em verdade, e como é notório, a mais recente doutrina que colocou sob séria indagação toda a problemática do fenômeno da atipicidade, com expressão da autonomia privada, já refoge de considerações e termos genéricos e, enquanto de um lado dá uma noção geral, de “atipicidade”, isto é, de que “contrato atípico” em sentido amplo é qualquer contrato não enquadrável por alguma razão, e de algum modo, totalmente ou parcialmente, em um dos esquemas contratuais típicos, do outro lado tende à distinção dos contratos “atípicos”, no amplo sentido supra, em categorias mais restritas em relação aos vários modos e às várias formas em que, normalmente, não obstante os vários desvios, se manifesta a autonomia privada. E a algumas dessas categorias, se dá mesmo a denominação, usada portanto em sentido preciso e específico, de contrato inominado e de contrato irregular.

Em consequência é indispensável, a nosso ver, estabelecer em quais destas categorias de manifestação da autonomia privada a que correspondem diversos meios jurídicos, e portanto em qual categoria destes últimos se enquadra o contrato que definimos como atípico em sentido geral, isto é, não típico, do chamado “seguro fidejussório”. Certamente, afirmando que o “seguro fidejussório” é contrato não típico, não esquecemos quanto, por outro lado, pusemos à luz desde o início deste exame, que o “seguro fidejussório” recebeu disciplina legislativa relativamente a cada uma das determinadas matérias: donde se poderia definitivamente sustentar-se que, através destas leis especiais, o “seguro fidejussório” passou a fazer parte dos esquemas típicos contratuais. Mas - à parte a consideração de que, também isso admitido, o nosso estudo não seria jamais inútil, porque se referiria também sempre aos numerosíssimos casos em que o “seguro fidejussório” é regulado exclusivamente pela autonomia privada - não acreditamos em tal tipificação, pois as leis especiais, limitadamente a singulares e particulares campos, se limitam a ditar normas singulares de ordem prática, em partes diferentes entre elas e daquelas ditadas pela autonomia privada, de sorte que não é possível extrair uma definição precisa e de caráter geral, a qual em todo caso seria necessária, também só com o objetivo de completar a incompleta disciplina legislativa, com o objetivo de enquadrar unitariamente o instituto, pelos lados dogmático e prático.

Isto posto, tentando o enquadramento, não podemos senão repetir as classificações, já aceitas pela manifestação da autonomia privada e do enquadramento preciso dos contratos atípicos. Por amor à brevidade, vamos por exclusão.

Em primeiro lugar consideramos que na espécie não se debata o contrato inominado em sentido restrito. Como já está admitido, tal fato atípico é aquele ao qual chegam as partes, quando nem mesmo o uso anômalo, em qualquer sentido, de um ou de mais tipos legais, é suficiente para a consecução de sua finalidade completa. Representa portanto, a mais ampla manifestação da auto-

nomia privada, pois é esta a fixar livremente, nos únicos limites do Art. 1.233, o meio jurídico considerado mais idôneo para a consecução dos efeitos desejados, ao passo que o ordenamento limita-se a reconhecer aquele meio para recebê-lo como foi criado e desejado. No caso em exame já se viu que a autonomia privada se reporta, quer do lado substancial e causal, quer do lado formal, a fato típico, embora com adaptações que fogem do fato típico singular.

Em segundo lugar nem consideramos que se possa chegar ao enquadramento naqueles outros casos atípicos que costumam chamar-se “irregulares em sentido estrito”. A corrente doutrinária que mais a fundo estudou este fenômeno afirma que por contrato irregular em sentido estrito deve entender-se aquela especial forma atípica caracterizada pela existência de um contrato típico realmente desejado, pela subsistência dos fins próprios do fato típico desejado e pela persecução de um fim ulterior e diferente, mediante adaptações e modificações contidas em apropriadas cláusulas.

O “seguro fidejussório”, a nosso ver, não pode ser compreendido entre os contratos irregulares, porque aqui não se quer a consecução das finalidades de um certo fato típico mais outras diversas finalidades, mas se quer só a consecução de uma determinada finalidade (a de garantia) mediante o uso de meio diferente daquele próprio do contrato típico de fidejussão. E, por análoga razão, consideramos que não se possa nem mesmo falar-se de contrato misto, pois falta no “seguro fidejussório”, como vimos, aquela subsistência de mais causas e de mais finalidades que se compõem, através de elementos colhidos de fatos diferentes, para unidade contratual. E então, a nosso ver, não resta senão o fato indireto, sobre o qual pedimos a atenção do leitor. São notórios quais são os elementos fundamentais característicos daquele que se chama negócio indireto. Sinteticamente se diz que o negócio indireto atua o uso de um meio típico para o conseguimento de um fim diferente, atípico, respeito ao meio utilizado: vale dizer, existência de um negócio típico que constitui o meio formal e existência da vontade das partes de não conseguir inteiramente o fim próprio do negócio utilizado, mas de conseguir completamente e por inteiro e somente (aqui a diferença com o negócio irregular) a um fim diferente, que normalmente é aquele de um diferente negócio típico. Isso se atua mediante apropriadas cláusulas que adaptam o negócio meio ao diferente fim desejado: todo este complexo constitui, para nós, o negócio indireto, como fato atípico estruturalmente autônomo, diferente do negócio meio, e composto precisamente deste último mais as cláusulas e os fatos nos quais se consagra o conseguimento do fim diferente. E se isto é verdade, não vemos como se possa negar que o “seguro fidejussório” integre uma hipótese de negócio indireto, uma fidejussão indireta.

O fim desejado - já esclarecemos - é exclusivamente o da fidejussão, característica e típica, mas o meio utilizado não é o previsto pelo esquema típico da fidejussão, mas sim um meio típico diferente, isto é, a apólice de seguro, o esquema típico do seguro, cujos fins típicos não são com efeito desejados, com adaptações tais que permitem o conseguimento do único fim desejado, o da fidejussão ou garantia. Isto parece-nos conforme a quanto foi dito acerca do modo pelo qual a autonomia contratual e as normas especiais configuram o nosso instituto.

6 - Quanto supra, acerca da natureza jurídica do “seguro fidejussório”, facilita o conseqüente problema da determinação da disciplina jurídica do “seguro fidejussório”. Certamente, em primeiro lugar, a disciplina é dada pelas cláusulas ditadas pela autonomia privada, precisamente para facilitar o conseguimento da sua particular finalidade indireta: no caso em exame, se acrescentam as normas especiais nas matérias objeto da citada legislação especial. Conquanto não particularmente regulado para o enquadramento geral da disciplina jurídica, seguem-se, a nosso ver, os princípios gerais em tema de negócio indireto, que dependem da essência e natureza dela. Tais princípios gerais podem assim sintetizar-se: no que concerne à forma, isto é, o meio que reveste o negócio, acompanha a disciplina do negócio meio, exceto por aquelas normas deste negócio que impediriam o conseguimento do fim indireto, isto é, as normas que são aplicáveis à persecução do fim típico do negócio meio que não é desejado; no que concerne à substância, isto é, o conseguimento do fim desejado, aplicam-se as normas que tutelam o conseguimento do referido fim, que são em geral as normas do negócio cujo fim é indiretamente utilizado.

Da mistura destas disciplinas e da sua recíproca compatibilidade nasce a disciplina unitária e

completa do fato unitário que é o negócio indireto. Aplicando-se estes princípios ao “seguro fidejussório”, se tem portanto que ele é correto, pois resguarda a forma, pelas normas do seguro e portanto pelas normas da apólice que não sejam incompatíveis e inconciliáveis com o conseguimento do fim de garantia e, no que concerne a este último, com as normas de fidejussão que não sejam incompatíveis com a forma da apólice. É um temperamento, como de resto temperamento das formas típicas é o negócio indireto, para o conseguimento das finalidades desejadas e atuadas pela autonomia privada. E os resultados a que se chega com a aplicação daqueles princípios gerais quanto à disciplina são análogos àqueles aos quais chega a jurisprudência na solução dos vários casos práticos e na determinação das normas que estes regem: isto significa como a nossa construção responda perfeitamente ao enquadramento do instituto e representa um necessário corolário e completamente da reconstrução do mesmo, com base nas normas especiais e nas da autonomia privada. Quando supra, precisamente, é demonstrado pela solução das mais importantes questões práticas submetidas ao exame de nossos juízes:

a) a companhia de seguros que pagou o débito é sub-rogada nos direitos que o credor tinha em relação ao devedor: em vista da finalidade de garantia, é evidente que aquele que satisfaz a garantia, de qualquer maneira prestada, deva valer-se das disposições dos Arts. 1.249 e 1.203, nº 3 CC.;

b) ao “seguro fidejussório” é aplicável o Art. 1.957 cc., pois através desta norma se facilita o conseguimento do objetivo de garantia;

c) na hipótese, bem admissível, que pode ser prevista pela apólice, na qual a companhia de seguros tivesse aceito o pagamento do “prêmio” por parte do credor garantido em lugar de o ser por parte do devedor, a tal pagamento obrigado, e tivesse renunciado à ação de cobrança contra o devedor, conforme o Art. 1.952, nº 3, ele poderá sempre alegar a decadência ex: Art. 1.957 o que é exato e importa a afirmação quer da aplicabilidade à fidejussão do Art. 1.952, quer da aplicabilidade a ela do princípio próprio da fidejussão típica, segundo o qual a cobrança preventiva é sempre facultativa e não importa jamais a decadência pela alegação ex: Art. 1.957, e isto porque quer uma quer outra afirmação atendem ao escopo de garantia;

d) o “beneficium excussionis” pode ser admitido, pois se atém à substância de garantia e é facultativo e é regulado pelas suas próprias normas, estabelecidas para a fidejussão típica;

e) que as normas formais referentes à apólice e ao “prêmio” são as do seguro e a companhia de seguros que pagar a caução tem não só os direitos que lhe conferem a sub-rogação como garantidora e fidejussória, como também os direitos que lhe são conferidos pelo especial meio utilizado, isto é, pelo negócio meio.

Em conclusão, todas as mencionadas “máximas” explicam-se facilmente e, a nosso ver, somente de modo preciso se dá ao “seguro fidejussório” a configuração de fidejussão indireta.

3. O Seguro de Garantia de Obrigações Contratuais para Execução de Obras no Exterior

A propósito de algumas concessões de prestação de contra-garantias do Tesouro Nacional pelo Banco do Brasil S.A., contra riscos de inadimplemento contratual de firmas brasileiras, na execução de obras de construção civil, de estradas, de hidroelétricas e para fornecimento de conjuntos frigoríficos industriais, em diversos países, das quais, por exemplo, dá notícia o Diário Oficial da União (Seção I - Parte I), de 30.07.79 - páginas 19730 e 19731, reproduzimos a seguir artigo publicado na revista “Assicurazioni” (Roma janeiro-fevereiro 1979 - páginas 47 a 69), intitulado “Sulle Garanzie Cauzionali (contract bonds) prestate dalle imprese assicuratrici italiane per l'esecuzione di lavori all'estero”, de autoria do advogado Prof. Vincenzo Mungari. (Tradução da Editora).

Trata-se de campo de atividade que, já largamente experimentado na prática comercial internacional (sobretudo em execução de acordos intergovernamentais), conheceu nos últimos

anos rápido e prodigioso progresso, graças à emergência de novas realidades nacionais dos Países do Terceiro Mundo e ao seu conseqüente desenvolvimento para uma completa industrialização e modernização.

Justamente desses Países, pobres de estruturas urbanísticas e produtivas e falhos em mestrança especializada, conquanto rico em recursos naturais (como é o caso das áreas petrolíferas do Oriente-Médio), provém constantes e crescentes encomendas para construção de grandes estradas de comunicação, de imponentes obras hidráulicas, edifícios e cidades, ou realização de projetos agrícolas, estabelecimentos, instalações industriais e assim por diante.

Resulta disso o interesse do governo em favorecer tanto quanto possível, a obtenção de encomendas do exterior por parte dos operadores nacionais. Constitui relevante importância para o avanço tecnológico das empresas e para manter seus níveis de produção e ocupação, com a conseqüência de que a conquista de novas saídas para o exterior acentua o volume global das exportações (tecnologia, aparelhagem, maquinaria, materiais de construção, etc.) e confere maior competitividade no plano internacional, à parte o interessante afluxo de divisas.

Para poderem operar no exterior, as empresas de construção devem prestar garantias bancárias ou de seguro ("bonds", introduzidos nas praxes, internacionais), que são verdadeiras fianças substitutivas das cauções reais (títulos ou moeda exterior), exigidas pelo contratante-proprietário, e precisamente:

a) "bid bond" (ou "caução provisória"): garante a efetiva estipulação do contrato de empreitada por parte do participante da concorrência, se este for adjudicatário; no caso da não estipulação, o contratante-proprietário embolsa a caução a título de reparação de prejuízo;

b) "performance bond" (ou "caução definitiva"): é prestada em garantia do pontual e exato cumprimento das obrigações e ônus derivantes do contrato de empreitada, isto é, em garantia de que a obra será executada a regra de arte. A importância da garantia é fixada em percentagem do preço convencionado para a empreitada e normalmente varia desde 5 a 10%; somente nos EE.UU. a caução deve ser de 100% do valor do contrato. Como é essa a função do "performance bond" pode suceder que o contratante-proprietário exija a prestação de uma especial garantia que o proteja de responsabilidades legais por dívidas contraídas pelo empreiteiro com os prestadores de trabalho, sub-empreiteiros ou terceiros financiadores durante a execução da obra; esta ulterior garantia, bastante difundida nos Países anglo-saxons, denomina-se "Payment bond" ou "Labour and payment bond";

c) "advance payment bond": garante o reembolso dos adiantamentos feitos pelo contratante-proprietário por conta do preço estipulado no contrato de empreitada - geralmente nunca superior a 20-25% (este último limite é hoje adotado na Arábia Saudita) - no caso em que o empreiteiro não consiga levar a bom termo os trabalhos, tornando-se assim, inadimplente ao contrato. A devolução do adiantamento opera-se habitualmente pelo seguinte sistema: o contratante-proprietário, ao efetuar o pagamento dos diversos estágios dos trabalhos, retém uma quota que vale como parcela de reembolso do adiantamento antes concedido, de sorte que, com o pagamento do último estágio da obra, extingue-se também o inteiro débito de restituição. Se, portanto, é raro que tal obrigação possa em caso de inadimplemento do empreiteiro resultar total, é indubitável de todo modo que se trata de um risco que, acumulando-se com o risco típico coberto pelo "performance bond", determina uma correspondente ampliação da exposição contratual do Segurador em sua qualidade de fiador;

d) "maintenance bond" (literalmente: "caução para manutenção"): é normalmente exigido em acréscimo ao "Performance bond", do qual constitui complemento, no caso de empreitadas tendo por objeto a construção de instalações, e serve para garantir, nos primeiros anos de sua utilização, a manutenção de sua funcionalidade, conexa à obrigação assumida por necessidade pelo construtor, de garantir a preservação das condições originais de funcionamento da instalação e de proceder, à sua custa, à reativação de eventuais anomalias ou defeitos, etc.

Os “contract bonds” apresentam, geralmente, elevada dose de risco e são, com efeito, considerados com particular cautela pelos Seguradores de todo o mundo. A sua periculosidade, antes de mais, está inserida na prolongada obrigação exigida do empreiteiro (devedor principal) para a completa execução de seus compromissos contratuais, compromisso que, por si, constitui um limite à potencial rentabilidade da empresa obrigada em relação à efetiva possibilidade de realização de outros programas de investimento. Acrescente-se que, quanto maior for a duração contratualmente prevista para a empreitada, mais complexo e de notável dimensão é o negócio de que se trata, de modo que o risco, conexo ao normal cumprimento do contrato, apresenta-se nesses casos agravado pela necessidade, face à execução do particular tipo de trabalho, do emprego de tecnologia avançadas, de mestrança altamente especializada, de processos de insólitas elaborações, com conseqüente envolvimento do “grosso” da organização produtiva da empresa empreiteira.

Outra das causas principais de possível insucesso, é constituída pela sobrecarga de responsabilidades que recaem sobre o empreiteiro, pelo fato de ter assumido compromissos superiores às suas disponibilidades financeiras. Os pedidos mais constantes de “bonds” feitos aos Seguradores são de construtores que, embora tenham capacidade, inteligência, experiência, competência e vontade necessárias para levar a bom termo o contrato, não dispõem porém para isso de suficientes recursos financeiros.

Outra causa de perigo para o bom êxito do negócio e, pois, de prejuízo para o Segurador, pode derivar de excessivo jogo baixista a que fosse induzido o construtor na fase da concorrência, na tentativa de conseguir o trabalho. Daí, a oportunidade, para o Segurador, de uma investigação, para avaliar as cotações de outros empreiteiros ou de recurso a perito avaliador para o exame da oferta, quer no plano da exequibilidade quer no compromisso financeiro que o negócio comporta, tudo isso, bem entendido, à custa da empresa interessada na obtenção da garantia.

Deve dizer-se, enfim, que o êxito de um contrato de empreitada depende de muitos fatores, alguns conhecidos e outros não, no momento de sua estipulação como, por exemplo:

- aumentos imprevistos do preço da mão-de-obra ou dos materiais;
- mudança nas condições políticas e econômicas de um País, que determinam notáveis custos adicionais não preventivamente calculados;
- anormais condições meteorológicas;
- ruína de um ou mais dos subempreiteiros;
- morte ou afastamento voluntário da empresa empreiteira de técnicos dificilmente substituíveis (key executives);
- relevantes perdas causadas ao empreiteiro por precedentes contratos, com repercussão tanto mais negativa quanto mais numerosos e diversamente deslocados são os canteiros de obras por ele instalados para o cumprimento de outros compromissos.

Contudo, o elemento de maior periculosidade dos “contract bonds” reside, mais do que no possível recurso a ditos fatores de risco de ordem extrínseca, na própria técnica contratual, base de tais formas de cobertura, as quais, conquanto concedidas em função de cumprimento do contrato de empreitada, permitem (segundo princípio já comumente observado), o embolso da caução mediante simples pedido do contratante-proprietário e sem a possibilidade de opor exceções (princípio de pagamento “on first demand”), salvo - bem entendido - o exercício da sub-rogação contra o devedor principal. Vai-se ver em seguida como a manifesta contradição desse princípio com a função causal do particular tipo de contrato de seguro tenha dado lugar a disputas doutrinárias acerca do enquadramento da natureza jurídica do contrato, sem que por outro lado se tenha chegado a solução considerada por muitos como satisfatória.

A peculiar periculosidade, como se evidenciou, de tal espécie de risco justifica, portanto, uma atitude de extremo cuidado e rigor com os quais estes riscos são avaliados pelas companhias de seguros autorizadas a operar no setor, companhias que são, na presente realidade do mercado, as maiores destinatárias de solicitação de “bonds”. É notório, com efeito, que o serviço que elas prestam é, de longe, preferido pelos operadores, como o que comporta menor custo, em comparação com o análogo serviço oferecido pelo sistema bancário.

Isto explica, antes de tudo, porque os Seguradores, no procedimento observado para a concessão das garantias, se preocupam menos por qualquer exame de mérito referente ao risco, e mais pela verificação de que a empresa contraente tenha obtido a garantia pública (estatal) relativa aos créditos à exportação, hoje prestada pela SACE (Sezione Speciale per l'Assicurazione del Credito all'Esportazione), de acordo com a Lei nº 227, de 24.05.77, contra os riscos políticos, catastróficos e divisas (guerra, revoluções, comoções, terremotos, maremotos, erupções vulcânicas, inundações, ciclones; falta de pagamento de governos ou entidades públicas estrangeiras devedoras, declarações de moratória, providências de nacionalização; dificuldade de transferência de valores, riscos de câmbio, etc.). São estes os riscos mais graves a que expõem os construtores no exterior e que os Seguradores privados não estão em condições, nem por norma, dispostos a cobrir, sobretudo, segundo pensamos, pelas suas intrínsecas características de atipicidade, eterogeneidade e imprevisibilidade, que tornam esses riscos muito semelhantes a apostas ou, como foi autorizadamente opinado, “pela impossibilidade de qualquer cálculo atuarial sobre sua frequência e, pois, pela impossibilidade de estabelecer uma base técnica e taxas de prêmios”.

Nota da Editora: A Lei nº 227, mencionada, institui o SACE, com personalidade jurídica de direito público junto ao Instituto Nazionale delle Assicurazioni e lhe confere autorização para assumir em seguro e em resseguro as garantias dos riscos de caráter político, catastrófico, econômico e comercial e de câmbio, aos quais estão expostos os operadores nacionais (italianos) em suas atividades de comércio exterior (exportação), aliás, identicamente ao que entre nós, no Seguro Crédito à Exportação, também faz o Governo ao garantir ao exportador, através do IRB, os Riscos Políticos e Extraordinários. O articulista, mais adiante, advoga, entretanto, que mediante leve modificação na Lei nº 227 seja conferida ao SACE também autorização, por extensão, para assumir em seguro e em resseguro os riscos políticos e comerciais dos contratos “bonds”, realizados pelas companhias de seguros nacionais (italianas) com entidades públicas do exterior.

Até aqui, portanto, nada melhor do que entre nós também se faz, pois, aqui também são excluídos dos contratos “bonds” aqueles e outros riscos, conforme item 3 - Riscos Excluídos, das Condições Gerais da Apólice. Mas outro objetivo, de especial interesse também, tratado pelo articulista, é o que vai a seguir.

Como já foi relevado, a estrutura essencial dos “bonds” consiste em tornar a Seguradora obrigada a pagar ao contratante-proprietário, mediante simples pedido deste último, a importância que tenha indicado como devida pelo devedor principal, mesmo no caso de contestações surgidas entre as partes e, portanto, não obstante eventuais objeções e oposições do empreiteiro (“bonds” com cláusula de pagamento “on first demand”).

As condições gerais da apólice, segundo o texto padronizado adotado pelas Seguradoras italianas, prevêm, de fato, que no caso de inadimplemento da empresa obrigada, “a entidade garantida, quando entender de recorrer à garantia prestada, fará pedido à Seguradora”, que deverá efetuar o pagamento “dentro do prazo de trinta dias”; que “o pagamento ocorrerá depois de simples aviso à empresa obrigada, sem necessidade de prévio consentimento por parte desta última, a qual nada poderá objetar ou alegar à Seguradora a respeito desse pagamento”.

Ora, tal estipulação - se, por um lado, corresponde a graves exigências da específica prática dos negócios, representa ao mesmo tempo uma condição e um índice da ampla disposição ao emprego e da crescente utilidade econômica destes instrumentos - denuncia, por outro lado, flagrante anomalia negocial em relação ao caso típico da fidejussão, regulamentada pelos Arts. 1.936-1.957 do código civil (italiano) (Arts. 1.481 a 1.504 do c.c. brasileiro).

De acordo com seu regime legal, a fidejussão é posicionada de forma a não poder ser atuada pelo credor antes de ser verificada a efetiva subsistência e consistência do crédito garantido, de maneira que, surgindo controvérsia entre credor e devedor principal, no caso em que o devedor proíba ao fidejussor de pagar, este não pode subtrair-se à proibição, pois é obrigado a garantir unicamente a solvência dele. E isto em coerente aplicação de princípios próprios do instituto fidejussório, segundo o qual a fidejussão não pode exceder o que for devido pelo devedor (Art. 1.941 do c.c. italiano) (Art. 1.487 do c.c. brasileiro). Ao fidejussor é facultado opor ao credor as exceções em hipóteses respeitantes ao devedor (Art. 1.945 do c.c. italiano) (Art. 1.502 do c.c. brasileiro). São princípios que, desatendidos pelo fidejussor no cumprimento de sua obrigação, tornaria problemático o exercício das suas razões de sub-rogação e de regresso contra o devedor principal (Arts. 1.949 e 1.950 do c.c. italiano) (Art. 1.495 do c.c. brasileiro).

De frente à anômala conotação das fidejussões caucionais (de seguros e bancos), a doutrina se dividiu, na tentativa de individualizar o fundamento e a legitimidade de tal fato negocial.

De um lado, se cogitou de uma nova figura de garantia, exilada do esquema típico da fidejussão, e estruturalmente autônoma respeito à relação fundamental, à qual estaria só funcionalmente coligada a realização de interesses considerados merecedores de tutela no quadro dos princípios de segurança e de produtividade sobre os quais se funda o atual sistema econômico-social. Explicar-se-ia, portanto, segundo este ponto de vista, como por força da autonomia privada “antes que obligatione”, o cumprimento do contrato pode deduzir-se, no todo ou em parte, em condicione, no sentido de que o promitente não é obrigado a atender a prestação promovida, mas assume, ao invés, a garantia do cumprimento (garantia pura), de modo que o inadimplemento não é presunção de responsabilidade em sentido técnico, mas sim “condicio juris” de eficácia.

Segundo outra parte da doutrina _ que, embora sem chegar às extremadas conclusões da citada teoria, lhe repisa contudo a impostação formalística _ o desvio dos princípios próprios do instituto fidejussório comparável às fidejussões caucionais, residiria essencialmente na exclusão convencional, de seu âmbito, daquele caráter de “acessoriedade”, ao qual depende a proposição das exceções relativas ao débito principal e que, conseqüentemente, seria incompatível com cláusulas de pagamento mediante simples pedido do credor. Estaríamos, logo, na presença de um contrato de garantia que prevê, através da interposição de um outro devedor, a possibilidade, por parte do credor, de autodeterminação da existência e de valor do crédito, em vínculo com o novo devedor, pelo menos até o momento do cumprimento; e com a conseqüência de que se chegaria assim “a determinar aquilo que em sentido decisivamente técnico poderia chamar-se uma garantia também quanto ao imediatismo do pagamento”.

Há, enfim, a registrar a opinião de Portale que partindo da mesma premissa lógica da precedente teoria, chega a suscitar dúvidas sobre a validade jurídica da cláusula “ao primeiro pedido e sem exceções”, como aquela que, através de sua inserção standardizada nas fidejussões caucionais, induz a injustificado e sistemático sacrifício dos interesses das categorias produtivas, e em violação dos princípios de ordem pública, conforme o nosso ordenamento jurídico, coordenado com a tutela das atividades produtivas.

Ora, trata-se a nosso ver, de construções que, na medida em que incorrem em excessos formalísticos ou em artifícios descritivos, parecem claramente trair a sua não exata correspondência à essência do instituto considerado.

Em definitivo opõe, contra a configurabilidade de uma garantia pura ou abstrata, a infalibilidade da “acessoriedade”, como característica estrutural não só da fidejussão como também de todo pacto ou negócio de garantia, o que não exclui entretanto a possibilidade de uma limitação convencional da sua relevância nas relações com o credor, como se verifica precisamente mediante a cláusula de pagamento ao primeiro pedido, a qual por outro lado, desde que com a finalidade de uma tutela mais rápida e eficaz do credor, não se choca contra alguma norma imperativa de lei. Segundo nosso modo de ver, a justificação da relativa “atipicidade” da fidejussão caucional, facilmente se colhe através da individuação da função prática que na espécie é chamada a solver, a serviço de interesses de indubitável relevo econômico-social e por isso mesmo merecedores de tutela de

acordo com o Art. 1.322 cod. civ. (italiano).

Nota da Editora: O mencionado Art. 1.322 reza: “Autonomia contratual - As partes podem livremente determinar o conteúdo do contrato nos limites impostos pela lei (e pelas normas corporativas). As partes podem também concluir contratos que não pertencem aos tipos tendo uma disciplina particular, contanto que destinados a realizar interesses mercedores de tutela segundo o ordenamento jurídico”.

Em verdade, como já tivemos ocasião de sustentar, a apólice fidejussória, em relação ao liame funcional com o contrato de empreitada por ela garantido, apresenta-se destinada a desenvolver a mesma função do depósito caucional (normalmente constituído de numerário ou também de títulos do Estado): para garantir a exigência do contratante-proprietário de poder embolsar imediatamente a caução logo que, segundo seu discricionário juízo, considere ter-se verificado a hipótese de inadimplemento por parte do empreiteiro às obrigações por este assumidas.

Encontramo-nos, pois, na presença de uma utilização anormal de função instrumental do modelo fidejussório, colocada a favor dos operadores econômicos para a realização de interesses práticos, não de outro modo possível, na ausência de tipos negociais mais apropriados postos à disposição pelo ordenamento jurídico.

Se assim é, como parece não haver dúvida, resulta fácil identificar, relativamente a estas especiais coberturas de seguro sob a forma fidejussória, aquelas que, por concorde doutrina e jurisprudência, são os elementos caracterizadores do negócio indireto, isto é: a) um negócio causal, típico, realmente desejado; b) a persecução (através do mesmo) de um fim ulterior e diferente, que se reflete em pactos e cláusulas particulares.

Trabalho, como este, que tem por objeto, as garantias caucionais de natureza securatória, postuladas pelas exigências técnico-jurídicas conexas à execução de trabalhos no exterior, não pode, enfim, silenciar sobre os fenômenos organizativos que apareceram difusamente no mercado internacional, como instrumentos para a realização de tais objetivos comerciais e, como tais, se colocam como um dos termos subjetivos dos contratos para os quais ditas garantias são prestadas (os contract bonds, precisamente).

Pretendemos nos referir às assim chamadas “associações ou grupamentos temporários de empresas” (joint ventures, na forma anglo-saxônica, comumente adotada nas praxes comerciais), que representam formas de integração empresarial - em sentido horizontal ou vertical - funcional para a execução de contratos públicos de empreitada, cuja importância e complexidade requer a participação conjunta de várias empresas especializadas em setores diversos, entre eles complementares: assim, por exemplo, uma empresa assume os trabalhos de pedreiro, outra os de carpintaria, outra os de hidráulica, outra os das instalações elétricas, etc.

Acrescente-se que muitas vezes o recurso a essas formas de colaboração industrial é imposto pelas próprias entidades empreitantes (especialmente quando se trata de países emergentes), no sentido de que a prestação de uma oferta compreensiva do inteiro complexo dos trabalhos constitui condição para a participação de várias empresas na concorrência de empreitada ou, seja como for, para o fornecimento de instalações industriais ou para a execução de obras civis.

A característica principal desse fenômeno consiste, além do lado extrínseco da “temporiedade”, da cooperação entre as várias empresas co-ventures no substancial fato que nisso - diferentemente da subempreitada, que pressupõe a existência de uma duplicidade de relações autônomas e distintas entre elas (uma entre a entidade empreitante e empreiteiros, outra entre este último e os sub-empreiteiros) - a participação das empresas associadas está prevista no contrato de empreitada estipulado com o empreitante-proprietário e dando logo, portanto, a uma relação unitária.

Essa relação, entretanto, pode concretamente verificar-se de dois modos diferentes, conforme exista ou não, no meio do grupo das empresas, uma empresa em posição preponderante e por isso

mesmo diferenciada das outras, e assim chamada empresa leader ou piloto.

No primeiro caso, a empresa piloto, estipulante do contrato de empreitada, responde pela inteira execução da obra perante o empreitante-proprietário e com ele mantém as relações de natureza administrativa, referentes à gestão da empreitada, sendo de notar-se que as entidades públicas preferem relações somente com uma das empresas associadas, normalmente com a que foi adjudicada, como a mais confiável sob o aspecto da solidez financeira e capacidade técnica.

Quanto às outras empresas associadas, cuja intervenção executiva está também expressamente prevista no contrato, essas assumem responsabilidade direta e, pois, solidária com a empresa piloto, mediante coobrigações pelos respectivos serviços de sua competência.

No segundo caso, referente às empreitadas de menor importância econômica, o contrato, estipulado por todas as empresas associadas, prevê a participação conjunta e paritária para a execução da obra em sua unidade, motivo pelo qual todas respondem solidariamente perante o empreitante-proprietário, em relação ao qual não é relevante a distribuição das diversas categorias dos trabalhos, que permanece como fato puramente interno entre as empresas associadas.

Em definitivo, a responsabilidade solidária de todas as empresas associadas se configura na espécie como a específica e coerente aplicação de um princípio geral proveniente do fato de terem as suas obrigações surgido de um lado unitário (Art. 1.292 do c.c. italiano) (Arts. 896 a 915 do c.c. brasileiro).

Nota da Editora: O mencionado Art. 1.292 reza: “Das obrigações solidárias - Noção da solidariedade - A obrigação é solidária quando vários devedores se obrigam todos para a mesma prestação, de modo que cada um pode ser forçado ao cumprimento da totalidade e o cumprimento por parte de um libera, os outros; ou então quando entre vários credores cada um tem direito a exigir o cumprimento da inteira obrigação e o cumprimento conseguido de um deles libera o devedor perante todos os credores”.

A associação temporária de empresas faz surgir problemas no que diz respeito às relações internas entre as empresas associadas, cada qual podendo sofrer, face ao liame de consecução funcional e cronológica existente entre as diversas partes da obra, efeitos danosos derivados do inadimplemento ou de atrasos no cumprimento, imputáveis a outra empresa do grupo.

Em verdade, na economia de um contrato de empreitada em joint venture, a pontual observância por parte de cada uma das empresas, dos termos estabelecidos para a execução dos trabalhos de respectiva competência, é de fundamental importância. E isso não somente em função da pontual realização da obra e do seu resultado útil (que poderia ser frustrado pela inflexibilidade das penalidades previstas pelo atraso na entrega), como também em função do regular desenvolvimento da atividade já programada para o futuro, isto é, o cumprimento de compromissos assumidos com outros clientes.

Daí, a previsão, motivada por exigências de cautela, daqueles presídios típicos do contrato de empreitada consistentes, de um lado, na execução dos trabalhos em prejuízo da empresa inadimplente e, de outro, no sistema das garantias recíprocas (apólices caucionais ou fidejussão bancária) que asseguram a pronta indenização dos danos, no caso de inadimplência.

O mais delicado problema refere-se, todavia, à qualificação jurídica do fenômeno aqui considerado, como aquele cuja solução depende de relevantes efeitos práticos, especialmente no respeitante ao grupo das empresas associadas, na hipótese de inesperada falência de uma delas.

É evidente, de fato, que se nessa hipótese nos encontrássemos na presença de um fenômeno societário (ex: Art. 2.247 c.c.), isto é, de um fenômeno de colaboração, caracterizado pelo desenvolvimento de uma atividade comum, com objetivo de lucro, resultaria inegável a responsabilidade do grupo pelas dívidas eventualmente contraídas por uma das empresas (assinaladamente para com financiadores e/ou fornecedores), para a atividade a ser desenvolvida

no interesse comum. Devendo-se, em outros termos, a obrigação assumida por uma das empresas ser considerada como obrigação social, pois é inerente à execução da obra, seria justo, lógico e legítimo que fossem todos os membros do grupo unificado, isto é, da hipotética sociedade de fato, responsáveis frente àqueles, financiadores ou fornecedores, que reclamassem créditos relacionados com o desenvolvimento da mencionada atividade.

Todavia tal solução do problema - que sustentada em um primeiro momento pelo Supremo Tribunal de Justiça francês (sent. de 19.10.59), foi repudiada pelo mesmo Tribunal, e repudiada sucessivamente pelo mesmo Tribunal (com duas decisões em 24 de outubro) e depois definitivamente na esfera legislativa por lei de 1972 sobre os “groupements d'intérêt économique” - não parece poder-se acolher no mesmo pé dos princípios do nosso sistema jurídico em matéria de sociedade. Com o devido respeito, de fato, à realidade econômica do fenômeno em questão, não é dado identificar nenhum dos elementos distintivos do fato societário: a) não o conferimento dos bens ou serviços; b) não o exercício em comum de uma atividade econômica; c) não o interesse individual consistente na distribuição dos lucros conseguíveis.

Em verdade, se também as empresas estão associadas para a realização de uma única obra, objeto de um contrato unitário, as diversas atividades a ela destinadas são ontologicamente e juridicamente autônomas, ainda que funcionalmente coordenadas. A realização da obra não é o resultado de uma atividade comum, nem a posição jurídico-subjetivada de cada empresa é determinada a respeito desse resultado final. A realização da obra é efeito, ao contrário de tantas atividades distintas e autônomas e o interesse de cada empresa está estritamente conexo à sua parte de trabalho, da qual unicamente dependem as áreas favoráveis e desfavoráveis da sua participação no negócio.

Afastando, portanto, o fenômeno em questão, do âmbito da categoria societária, resulta que para as obrigações contraídas para cada empresa associada, em função da sua participação no negócio, não pode ser invocada a responsabilidade do grupo, ainda que este possa indiretamente susceptibilizar-se pela relativa inadimplência quanto à pontual solução dos compromissos assumidos.

Conquanto autorizadamente sustentada, de igual modo não parece persuasiva a tese que vislumbra na associação temporária de empresas uma hipótese de “consórcio para atividade externa”, ainda mesmo se desse instituto - como foi igualmente autorizadamente relevado - “o grupamento de empresas apresenta a característica fundamental, ao passo que a organização consorcial deixa autônoma cada uma das empresas e suas atividades”.

A principal objeção é conexa à consideração de que o consórcio, também na reformulação legislativa mais recente (Lei nº 377, de 10.05.76), pressupõe a criação de uma organização de que o fenômeno de que se trata pode concretamente assumir (isto é, com ou sem a caracterização de uma empresa piloto). Pode haver também um escritório de coordenação, com a incumbência de cuidar das relações informativas e mais genericamente de natureza administrativa, frente ao empreitante-proprietário (é este o caso do grupamento paritário de empresas), mas não certamente uma organização comum que, se subsistisse, levaria fatalmente a reconhecer a existência de uma sociedade de fato, que é mesmo a configuração que se diz evitar com o dar lugar a uma joint venture.

Pelo que nos diz respeito e, com isso, aderindo à opinião manifestada por Ferri, a qualificação jurídica mais apropriada do fenômeno é a de uma “sociedade ocasional”, entendendo-se por tal uma sociedade constituída não para o exercício em comum de uma atividade econômica, e sim, para o cumprimento em comum de um singular, único, negócio, consistente, na espécie, na conclusão e execução de um contrato de empreitada.

Trata-se, em definitivo, de um fenômeno associativo de caráter elementar - sem a criação de um fundo comum e sem portanto a exigência da administração desse fundo - no qual a colaboração entre diversos empreendedores “co-ventures” se resolve, como dito exclusivamente na estipulação do contrato de empreitada, mas não também no cumprimento em comum da atividade que deriva

da execução deste contrato.

E aqui concluímos, não sem antes formular votos para que o legislador (italiano) do mesmo modo que tantos outros Países (dentre os quais, além dos Países anglo-saxões, a França, a Alemanha, a Bélgica e a Espanha), providencie quanto antes para introduzir uma orgânica e completa disciplina com referência a este fenômeno dos grupamentos temporários de empresas, que, pela tipicidade agora assumida em escala internacional e a sua reconhecida vitalidade, coloca como oportuna e necessária a exigência de tal providência.

Será útil recordar, de fato, que o único indício de regulamentação em matéria se contém na Lei nº 584, (*), de 08.08.77, pela qual, adaptando-se finalmente o nosso sistema às exigências de harmonização imposta pela normativa comunitária, prevê, dentre outras: a) a admissão à apresentação de ofertas de “empresas reunidas” representadas com mandato irrevogável por uma empresa chefe de grupo (Art. 20); b) no caso de adjudicação da empreitada, a responsabilidade limitada de cada empresa reunida àquela derivante da execução dos trabalhos de respectiva competência, firme restando a responsabilidade solidária da empresa chefe do grupo (Art. 21, ult. cpv); c) a obrigação a cargo desta última de providenciar no caso de falência de uma das empresas mandantes (ou de morte, interdição ou inabilitação do titular se se tratar de empresa individual) a execução da parte dos trabalhos diretamente ou por intermédio das outras empresas mandantes.

(*) Trata-se das diretrizes do Conselho das Comunidades Europeias nº 71/304 (concernente à supressão das restrições à livre prestação dos serviços de empreitadas de obras públicas e à adjudicação das empreitadas de obras públicas através de agências ou sucursais) e nº 71/305 (que coordena os processos de adjudicação das empreitadas de obras públicas); da decisão do Conselho da CEE nº 71/306 (que institui uma Comissão consultiva para as empreitadas de obras públicas); e da declaração dos representantes dos Governos dos estados membros, reunidos em sessão de Conselho, sobre os procedimentos a serem observados nas concessões de obras públicas. As diretrizes e a decisão, que são de 26.07.71, foram publicadas na G.U. das Comunidades Europeias Lei nº 185, de 16.08.71, e notificadas aos Estados membros em 29.07.71.