



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

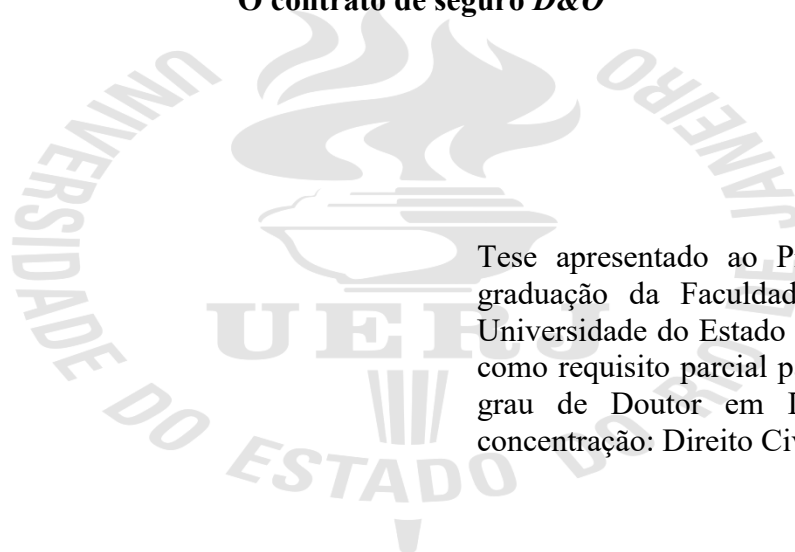
Ilan Goldberg

**O contrato de seguro *D&O***

Rio de Janeiro  
2019

Ilan Goldberg

**O contrato de seguro *D&O***



Tese apresentado ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito. Área de concentração: Direito Civil.

Orientadora: Profa. Dra. Milena Donato Oliva

Rio de Janeiro

2019

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

G618

Goldberg, Ilan.

O contrato de seguro D & O / Ilan Goldberg. - 2019.  
499f.

Orientador: Profª. Dra. Milena Donato Oliva.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1. Contratos - Teses. 2. Seguros – Teses. 3. Responsabilidade (Direito) –  
Teses. I. Oliva, Milena Donato. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro.  
Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.44

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Ilan Goldberg

**O contrato de seguro *D&O***

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito. Área de concentração: Direito Civil.

Aprovado em 18 de fevereiro de 2019.

Banca examinadora:

---

Profa. Dra. Milena Donato Oliva (orientadora)  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Modesto Carvalhosa  
Universidade de São Paulo

---

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Júnior  
Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro  
2019



## Resumo

GOLDBERG, Ilan. *O contrato de seguro D&O*. 2019. 499 p. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2019.

O contrato de seguro para administradores de sociedades (seguro *D&O*) vem, gradativamente, ganhando destaque no ordenamento jurídico brasileiro. A mídia, os tribunais, o órgão regulador e o empresariado testemunham este crescimento, conquanto não se possa dizer o mesmo a respeito da doutrina. No Brasil, a ainda tímida produção acadêmica a respeito do contrato de seguro (gênero) apresenta-se de forma ainda mais acentuada quanto ao seguro *D&O*, provocando, assim, o surgimento de lacunas que devem ser preenchidas. A tese tem esta pretensão. A responsabilidade do administrador de sociedades desponta com uma disciplina própria em meio à responsabilidade civil geral, o que resta potencializado pela necessidade de que a vítima seja tutelada em sua plenitude. Nada obstante a profícua produção acadêmica a respeito da responsabilidade de administradores, observa-se a carência no tocante ao seu estudo com o olhar vertido para o seguro *D&O*. A tese se inicia demonstrando a severidade do regime de responsabilidade de administradores, o que desagua na necessidade de que sejam buscados mecanismos de proteção. O seguro *D&O*, neste particular, apresenta-se como uma alternativa. Na sequência, identifica-se a causa deste contrato, objetivo alcançado mediante a definição prévia das causas do contrato de seguro, do seguro de responsabilidade civil e do seguro de proteção jurídica. Definida a causa, estuda-se o risco ínsito à presente modalidade contratual, reservando-se a parte final ao exame dos principais problemas que, no cotidiano, provocam litigiosidade entre segurados, tomadores e seguradoras, traçando critérios capazes de, à luz da causa, tal como definida, resolvê-los.

Palavras-chave: Causa do contrato de seguro *D&O*. Responsabilidade do administrador.

Estrutura, contratação, coberturas e exclusões.

## Résumé

GOLDBERG, Ilan. *Le contrat d'assurance D&O*. 2019. 499 p. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2019.

Le contrat d'assurance pour les administrateurs des entreprises (l'assurance *D&O*) a, progressivement, augmenté l'importance dans le système juridique brésilien. Le media, les tribunaux, le régulateur et la communauté des entreprises sont témoins de cette croissance, cependant c'est ne pas possible affirmer le même sur la doctrine. Au Brésil, l'encore timide production académique sur le contrat d'assurance (genre) s'présent de manière plus fort sur le contrat d'assurance *D&O*, provoquant, ainsi, l'apparition de lacunes que devoir être remplies. La thèse à ce but. La responsabilité d'administrateur d'entreprises s'présente comme une discipline spécifique au milieu de la responsabilité civile générale, qui est renforcé par la nécessité pour la victime d'être protégée dans sa plénitude. Toutefois le profitable production académique sur la responsabilité d'administrateur, on observe le manque relatif à cette étude avec les yeux tournés sur l'assurance *D&O*. La thèse se commence avec une présentation sur la sévérité du régime de responsabilité d'administrateur, qui découle la nécessité pour chercher les mécanismes de protection. L'assurance *D&O*, à cet égard, est présentée comme une alternative. Dans la séquence, la cause de ce contrat est identifiée, objectif atteint par définition préalable des causes du contrat d'assurance, d'assurance responsabilité civile et d'assurance protection juridique. Une fois la cause définie, le risque de cette modalité contractuelle est étudié, réservant la dernière partie à l'examen des principaux problèmes qui, au quotidien, provoquer des contentieux entre assurés et assureurs, en établissant des critères susceptibles de, en fonction de la cause, telle que définie, les résoudre.

Mots-clés. Cause du contrat d'assurance *D&O*. Responsabilité de l'administrateur. Structure, contrat, couvertures et exclusions.

## RIASSUNTO

GOLDBERG, Ilan. *Il contratto d'assicurazione D&O*. 2019. 499 p. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2019.

Il contratto di assicurazione per gli amministratori di società (assicurazione *D&O*) sta guadagnando importanza nel sistema legale brasiliano. I media, i tribunali, l'ente normativo e gli amministratori testimoniano la crescita, anche non si può dire lo stesso quanto riguarda la dottrina. In Brasile, la produzione accademica ancora timida riguardo il contratto di assicurazione (genere) si presenta ancora più pronunciato riguardo l'assicurazione *D&O*, causando, così, l'emergere di vuoti che devono essere colmati. La responsabilità di amministratori di società si presenta come disciplina specifica nel pieno della responsabilità civile generale, ciò che resta potenziale dalla necessità di proteggere la vittima nella sua pienezza. Nonostante la proficua produzione accademica riguardante la responsabilità degli amministratori, c'è una mancanza di rispetto per il loro studio con lo sguardo sull'assicurazione *D&O*. La tesi inizia dimostrando la gravità del regime di responsabilità di amministratori, che porta alla necessità di cercare meccanismi di protezione. L'assicurazione *D&O* a questo riguardo è presentata in alternativa. Viene quindi identificata la causa di questo contratto, obiettivo raggiunto dalla previa definizione della causa del contratto di assicurazione, dell'assicurazione di responsabilità civile e dell'assicurazione protezione giuridica. Una volta definita la causa, si studia il rischio di questa modalità contrattuale, riservando la parte finale all'esame dei problemi principali che, nella vita quotidiana, provocano litigiosità tra assicurati e assicuratori, disegnando criteri in grado, alla luce della causa, come definito, di risolverli.

Parole chiave. La causa del contratto di assicurazione *D&O*. Responsabilità dell'amministratore. Struttura, contratti, coperture ed esclusioni.



## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
1	<b>A QUALIFICAÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO <i>D&amp;O</i> A PARTIR DO EXAME DE SUA CAUSA</b> .....	38
1.1	<b>A causa do contrato de seguro</b> .....	43
1.1.1	Risco .....	44
1.1.2	Interesse legítimo .....	50
1.1.3	Mutualismo .....	58
1.1.4	As principais teorias em torno da causa do contrato de seguro .....	62
1.1.5	A definição da causa do contrato de seguro .....	65
1.2	<b>Particularidades e causa do contrato de seguro de responsabilidade civil</b> .....	70
1.2.1	Risco .....	71
1.2.2	Interesse legítimo .....	79
1.2.3	Sinistro .....	83
1.3	<b>Particularidades e causa do contrato de seguro de proteção jurídica</b> .....	87
1.3.1	Qualificação e risco .....	91
1.3.2	Deflagração do sinistro .....	94
1.3.3	O direito de o tomador-segurado escolher o seu próprio advogado e a convenção de limites pecuniários. Cláusula delimitadora de risco ou cláusula limitadora de direitos (abusiva)? .....	96
1.3.3.1	A livre escolha do advogado .....	97
1.3.3.2	O limite financeiro .....	100
1.4	<b>A causa do contrato de seguro <i>D&amp;O</i></b> .....	110
1.4.1	Risco .....	111
1.4.2	Interesse legítimo .....	116
1.4.3	Deflagração do sinistro .....	121
1.4.4	Livre escolha do advogado responsável pela defesa do segurado e os limites financeiros .....	122

2	<b>O RISCO DO CONTRATO DE SEGURO D&amp;O – A RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR</b> .....	125
2.1	<b>A responsabilidade do administrador detém um regime próprio</b> .....	132
2.2	<b>A estrutura da sociedade. Diretoria e conselho de administração</b> .....	144
2.2.1	A relevância do acionista controlador nas sociedades anônimas brasileiras.....	151
2.3	<b>O ato regular de gestão</b> .....	156
2.4	<b>Os deveres do administrador: diligência, lealdade e seus corolários</b> .....	158
2.4.1	A obrigação do administrador não é apenas de meios.....	159
2.4.2	O dever de diligência .....	165
2.4.2.1	Qualificar-se .....	173
2.4.2.2	Informar-se .....	176
2.4.2.2.1	Proposta de critério para o cumprimento do dever de se informar.....	180
2.4.2.3	Vigiar e investigar.....	183
2.4.2.4	Informar .....	187
2.4.3	O dever de lealdade .....	191
2.4.3.1	O conteúdo do dever de lealdade.....	195
2.4.3.1.1	Atividades competitivas.....	199
2.4.3.1.2	Atividades convenientes para a consecução dos fins sociais.....	200
2.4.3.1.3	Atividades a respeito das quais a sociedade tenha manifestado o seu interesse..	201
2.4.3.2	O <i>insider trading</i> .....	203
2.5	<b>A <i>business judgment rule</i></b> .....	212
2.5.1	O porquê de se proteger a decisão negocial informada, refletida e desinteressada .....	215
2.5.2	A recepção do instituto pelo ordenamento jurídico brasileiro .....	220
2.5.3	<i>Business judgment rule</i> e o seguro D&O.....	223
2.6	<b>O regime de responsabilidade civil adotado pela Lei nº. 6.404, de 15.12.1976</b> .....	225
2.6.1	O ato <i>ultra vires</i> .....	233
2.7	<b>Proposta de um tratamento distinto conforme sejam violados os deveres de diligência e de lealdade</b> .....	243
2.7.1	Violação ao dever de lealdade. Rigidez.....	244
2.7.2	Violação ao dever de diligência. Tolerância.....	251

3	<b>O REGIME JURÍDICO DO CONTRATO DE SEGURO D&amp;O A PARTIR DAS DEFINIÇÕES DA CAUSA E DO RISCO – ESTRUTURA, CONTRATAÇÃO, COBERTURAS E EXCLUSÕES.....</b>	257
3.1	<b>Estrutura .....</b>	257
3.1.1	O seguro <i>D&amp;O</i> é facultativo .....	257
3.1.2	O seguro <i>D&amp;O</i> é lícito.....	260
3.1.3	O seguro <i>D&amp;O</i> como instrumento de <i>compliance</i> e governança corporativa .....	263
3.1.4	O desenvolvimento do seguro <i>D&amp;O</i> em países de sistema jurídico continental requer amadurecimento e contextualização.....	264
3.1.5	O seguro <i>D&amp;O</i> não é apenas um seguro de responsabilidade civil.....	268
3.1.6	O seguro <i>D&amp;O</i> tende a ser um contrato de seguro de grandes riscos, sem embargo da contratação por adesão .....	273
3.1.7	Se lhe aplica a disciplina dos seguros por conta de terceiros .....	286
3.1.8	A contratação se dá à base de reclamação, com notificação .....	299
3.2	<b>Contratação .....</b>	308
3.2.1	Precificação e controvérsia quanto ao pagamento do prêmio pela tomadora.....	308
3.2.2	Prestação de informações à seguradora como dever .....	312
3.2.3	Questionário.....	317
3.2.4	A cláusula de divisibilidade de declarações - <i>severability or innocent director clause</i> .....	320
3.3	<b>Coberturas.....</b>	338
3.3.1	Regime jurídico do custo de defesa <i>vis à vis</i> as despesas de salvamento.....	343
3.3.2	Dever de defender ( <i>duty to defend</i> ) e dever de indenizar ( <i>duty to indemnify</i> ).....	354
3.3.3	As coberturas A, B e C. Questões concernentes aos limites e à alocação.....	364
3.3.3.1	Cobertura A .....	368
3.3.3.2	Cobertura B - aproximação com os contratos de indenidade .....	372
3.3.3.3	Cobertura C.....	378
3.3.3.4	Critérios para a solução de problemas de alocação .....	379
3.3.4	Cobertura para multas.....	385
3.4	<b>Exclusões.....</b>	392
3.4.1	A culpa grave é equiparável ao dolo ou, do latim, <i>culpa lata dolo aequiparatur?</i> .....	394
3.4.2	O dolo próprio do contrato de seguro <i>D&amp;O</i> .....	400

3.4.2.1	Oponibilidade da conduta dolosa de um administrador aos demais administradores – <i>severability or innocent director II</i> .....	418
3.4.3	Insolvência.....	424
3.4.4	A presunção de inocência e a antecipação dos custos de defesa .....	428
3.4.4.1	A exclusão de cobertura baseada em alegação ou em decisão transitada em julgado – <i>in fact vis à vis final adjudication exclusions</i> .....	436
3.4.5	Para além da antecipação dos custos de defesa .....	442
3.4.5.1	Delimitação do risco .....	443
3.4.5.2	Da fraude não nascem direitos.....	446
3.4.5.3	O “ <i>no seguro</i> ” ou, “não seguro” .....	447
3.4.5.4	Objeto ilícito e ordem pública .....	448
	<b>CONCLUSÕES</b> .....	454
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	469

## INTRODUÇÃO

Esta tese encontra justificativas as mais diversas no Brasil atual. Observa-se, concomitantemente, o pleno desenvolvimento do sistema financeiro do País,<sup>1</sup> havendo dados que sinalizam à existência de tecnologia de ponta e um mercado de valores mobiliários em franco amadurecimento,<sup>2</sup> e, em paralelo, um enrijecimento progressivo do regime de responsabilidade de diretores, administradores e conselheiros de sociedades anônimas.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> É o que conclui análise realizada tendo como pano de fundo a gravíssima crise econômica de 2008 que, notoriamente, provocou sérias consequências inclusive em países desenvolvidos. Os fundamentos adotados pelo sistema financeiro nacional foram importantes para o enfrentamento dessas circunstâncias adversas: “O sistema financeiro e a economia brasileira passaram muito bem pela crise internacional de 2008. Este ensaio demonstra que, no que tange ao setor financeiro, tal resultado não foi fortuito, mas advindo dos sólidos arcabouços regulatório e de supervisão financeira desenvolvidos ao longo de múltiplas crises pelas quais passou o país [sic]. Tampouco foi casual o bom desempenho da economia brasileira, que, após conviver com a hiperinflação por mais de uma década, passou por reformas estruturais que lhe permitiram usufruir muito bem de sua complementaridade com as economias que mais crescem no mundo, notadamente a China”. (GARCIA, Márcio G. P. *O sistema financeiro e a economia brasileiro durante a grande crise de 2008*. Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais. Rio de Janeiro: ANBIMA, 2011. p. 62).

<sup>2</sup> A propósito do mercado de capitais no País, parece haver um consenso quanto ao seu desenvolvimento: “Para análise da situação do mercado brasileiro de capitais, compararemos as cifras nacionais com as de outros países: Estados Unidos, França, Itália, Holanda, Reino Unido, Suíça, Japão e Alemanha Ocidental, e em alguns casos, outros considerados ‘menos desenvolvidos’. É preciso ressaltar que, embora todas as estatísticas provenham praticamente de três fontes - FMI, OECD e Hugh Patrick e U. Tun Wai (*Stock and bond issue and capital market in less developed country*), é provável que haja discrepâncias, vez que não temos informações suficientes para julgar sua homogeneidade. De qualquer modo, é de se esperar que as cifras dêem ideia razoável dos mercados em questão. O mercado brasileiro de capitais tem mostrado nos anos recentes desempenho inteiramente diverso do observado no passado. Até 1964, o sistema financeiro nacional encontrava-se numa conjuntura típica de um país menos desenvolvido, aliada a inúmeras distorções causadas pelo binômio inflação-lei da usura. Nos anos seguintes à lei de mercado de capitais, a situação modificou-se substancialmente com o sistema, passando a desempenhar papel análogo ao dos mercados dos países desenvolvidos.” (VITAL, Sebastião Marcos e NESS Jr., Walter L. *O progresso do mercado brasileiro de capitais: uma análise crítica*. In *Revista de Administração de Empresas*. v. 13. n°. 1. São Paulo, Jan/Mar 1973. p. 9. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-75901973000100001](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901973000100001), visitado em 1º.3.2018).

<sup>3</sup> A maior severidade no regime de responsabilidade de diretores, administradores e conselheiros das sociedades anônimas receberá a atenção necessária no capítulo 2. Por ora, registre-se o comentário de Rubens Requião que, embora antigo, revelava e ainda revela a tendência no sentido de um crescimento da responsabilização: “São, com efeito, veementes as tendências, no Direito Comercial moderno, de reversão da antiga limitação da responsabilidade dos sócios. O movimento atual se orienta no sentido de fixar a responsabilidade dos dirigentes da sociedade, no setor mais sensível – o das grandes empresas. [...] Como vemos, cresce, com efeito, no Direito Comercial moderno a tendência de ampliar, em todos os sentidos, a responsabilidade solidária e ilimitada dos gestores sociais, não só pelos seus atos ilícitos, como também decorrentes de sua inabilidade e incompetência. As perspectivas presentes, tendo em vista as tendências atuais do Direito societário sobretudo, dá a ideia de profundas transformações que se vão verificando na legislação e na doutrina comercialista, a fim de impedir os abusos e fraudes não só dos sócios controladores, mas sobretudo dos administradores, responsáveis pelo presente e pelo futuro da empresa mercantil.” (REQUIÃO, Rubens. *As tendências atuais da responsabilidade dos sócios nas sociedades comerciais*. In *Revista dos Tribunais* n°. 511, maio/1978. p. 10).

No âmbito das sociedades limitadas o cenário é o mesmo, sendo cada vez mais difícil prevalecer a responsabilidade limitada dos sócios, o que, com efeito, também determina um maior peso sobre aqueles que assumem poderes de gerência no âmbito dessas sociedades. É o que a doutrina vem nomeando como o “*fim da responsabilidade limitada no Brasil*”.<sup>4</sup>

O estudo da Responsabilidade Civil ao longo dos últimos séculos, sobretudo a partir do século XX, demonstrava o desenvolvimento dessa disciplina com os olhos voltados à reparação da vítima.<sup>5</sup> A ‘Teoria da Culpa’, prevista no art. 159 do Código Civil de 1916, elevava o subjetivismo à sua mais alta potência, preconizando a máxima segundo a qual não havendo prova segura da culpabilidade do ofensor, não haveria que se cogitar de sua responsabilidade e do consequente dever de indenizar. Como ensinava Alvíno Lima,<sup>6</sup> “*dentro, pois, dos princípios da teoria clássica da responsabilidade civil fundada na culpa, seria heresia jurídica falar-se em responsabilidade sem imputabilidade moral*”.

A responsabilidade civil<sup>7</sup> impunha à vítima, já desgastada e prejudicada em razão do dano sofrido, a difícilíssima demonstração da culpa do lesante, aliada ao nexo de causalidade

---

<sup>4</sup> SALAMA, Bruno Mayerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil. História, direito e economia*. São Paulo: Malheiros, 2014. “Embora não se tenha pura e simplesmente abolido a responsabilidade limitada de sócios no Brasil em todos os casos, na prática caminhou-se para um regime próximo disso. O caso mais emblemático surgiu na esfera trabalhista, em que sócios e administradores foram definitivamente alçados pela jurisprudência à condição de *de facto* garantidores – logo, responsáveis subsidiários – por dívidas da empresa.” (Ibid. p. 160). Salama, a essa altura, alude àquela que, por Fábio Konder Comparato, foi classificada como a ‘terceira modalidade’, ladeada pelas obrigações de meio e as de resultado, qual seja, a chamada obrigação de garantia, cujo efeito seria o de eliminar o risco de descumprimento acaso existente. (COMPARATO, Fábio Konder. *Obrigações de meios, de resultado e de garantia*. In *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 537).

<sup>5</sup> “Muito se tem escrito sobre a profunda transformação por que passa a responsabilidade civil. A ênfase milenarmente atribuída ao ofensor deslocou-se, nos últimos 20 anos, para o ofendido, ampliando-se formidavelmente as hipóteses de reparação. Por outro lado, supera-se gradualmente a noção subjetiva de culpa, associada à intenção do agente, consolidando-se, cada vez mais, o fenômeno conhecido como objetivação da responsabilidade civil.” (TEPEDINO, Gustavo. *O futuro da responsabilidade civil*. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 24, ano 6, out/dez 2005).

<sup>6</sup> LIMA, Alvíno. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1960. p. 75.

<sup>7</sup> O êxito da vítima em seu pleito indenizatório decorreria, portanto, da comprovação dos seguintes elementos: “Os requisitos essenciais, para a teoria da responsabilidade subjetiva, que integram a responsabilidade aquiliana, são: 1º) O ato ou omissão violadora do direito de outrem; 2º) O dano produzido por esse ato ou omissão; 3º) A relação de causalidade entre o ato ou omissão e o dano; 4º) A culpa.” (LIMA, Alvíno. Ibid. p. 48). No mesmo sentido, DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 4 ed. T II. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 431. Sob a perspectiva do Código Civil de 2002, Sérgio Cavalieri Filho posiciona-se no mesmo sentido: “Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto, a saber: a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia”; b) nexo causal, que vem expresso no verbo causar; e c) dano, revelado nas expressões “violar direito ou causar prejuízo a outrem”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. Atlas: São Paulo, 2012. p. 19).

entre a referida conduta culposa e o dano sofrido. O cerne da Responsabilidade Civil encontrava-se atrelado à comprovação da culpa.<sup>8</sup>

Com o passar do tempo e as profundas modificações ocorridas na sociedade,<sup>9</sup> o desenvolvimento nas mais diversas áreas do conhecimento trouxe consigo uma maior exposição aos riscos, colocando as vítimas rotineiramente em posição de extrema fragilidade em relação aos ofensores.<sup>10</sup> Basta verificar a evolução das pesquisas com as mais diversas

---

<sup>8</sup> Assim, Caio Mário da Silva Pereira: “Assim considerando, a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposos do agente, ou simplesmente a sua culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente. Ao determinar o fundamento da responsabilidade civil na doutrina subjetiva, os autores como Demogue, Ripert, De Page a encaram sob ângulo sociológico. Nesta visada, cada um suportará os ganhos e as perdas de suas atividades, salvo se na origem do dano ocorrer uma ‘culpa’. Esta teoria é baseada no princípio da ‘autonomia da vontade’. Em consequência ‘ninguém deve nada a ninguém’. Se ocorre um dano, a vítima, eleita pela sorte, sofre-lo-á a seu cargo, ‘a menos que demonstre uma culpa, uma vez que a culpabilidade, não podendo ser presumida, deve ser provada.’” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 29-30).

<sup>9</sup> “O conceito de culpa dentro dos limites estreitos da concepção clássica, exigindo a imputabilidade moral e só admitindo a culpa quanto haja a prova da impropriedade, de imperícia ou de negligência, cujo resultado podia ser previsto, ao menos implicitamente, é, como diz De Page, o individualismo de bom quilate, o liberalismo integral. Esta concepção, porém, tornou-se insuficiente, ante a injustiça de sua aplicação a muitos casos concretos, como na solução de novos casos criados por atividades mais intensas, complexas e díspares, na hora presente. O progresso trouxe-nos um sem número de novas causas produtoras de danos, para cuja solução jurídica satisfatória e justa, o conceito individualista da culpa, fundada sobre a imputabilidade moral, com a prova da negligência ou da imprudência, não era suficiente.” (LIMA, Alvino. *Ibid.* p. 77). A referência à obra de Henri de Page colhe-se do *Traité Élémentaire de droit civil belge*. V. II, n. 930. Bruxelas-Paris, 1934. A percepção de Luís Roldão de Freitas Gomes é a mesma: “É loucura pretender explicar tudo na história por um princípio único (Pierre Gaxote, invocado pelos juristas franceses), o que procede na matéria. Três séries principais de razões explicam o declínio da responsabilidade subjetiva e o impulso concomitante da objetiva, fundada sobre o risco. Alguns se atêm à evolução dos dados de fato, outros à das mentalidades, sem contar o desenvolvimento do seguro. No tocante à primeira, três se apresentam as razões. De início a importância assumida pelas atividades coletivas (sociedades, empresas, equipes, etc.), nas quais o acidente é de certa forma anônimo, de sorte que é tentar fazê-los suportarem seu ônus. Em seguida, porque a atuação da responsabilidade subjetiva colide, na prática, com o fato de que, normalmente, não dispõe do direito de agir a título individual, o que é acentuado por André Tunc (“*La Responsabilité Civile*”, nº. 11), ainda que a lei conceda muitas vezes hoje um direito de ação a grupos, em se tratando de interesse coletivo. Em terceiro lugar, exsurge o desenvolvimento do maquinismo e a superveniência da sociedade industrial. Aparelhos e máquinas de todo o tipo multiplicaram os danos, ao mesmo tempo que aumentava sua gravidade, ao passo que a vítima experimentava muitas vezes dificuldade em demonstrar a falta que pudesse ser causa deles: um divórcio entre ela e o prejuízo aparecia pela primeira vez, como mostrou Stark (autores citados., *ibidem*). Concomitantemente, o Estado-providência se desenvolveu sobre as ruínas da responsabilidade individual, trazendo consigo uma certa irresponsabilidade”. (GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 139-140).

<sup>10</sup> Roberta Mauro Medina Maia e Leonardo J. Burman citam o terrível acidente nuclear de Chernobyl como um divisor de águas em prol da aplicação da responsabilidade objetiva, ante à constatação de que as catástrofes poderiam ocorrer não apenas em razão de fatos da natureza, mas também em virtude da ação humana: “Ainda no que concerne às falhas humanas, muito se falou sobre a evolução da responsabilidade civil da teoria subjetiva para a teoria objetiva, da opção pela teoria do risco, em detrimento do papel da culpa no ato ilícito. Tal escolha se justifica, sobretudo, no fato de que nas sociedades modernas as catástrofes não são provocadas apenas pela natureza: citando Ulrich Beck, Patrícia Serra menciona o acidente de Chernobyl como o marco para “a concepção de uma sociedade de risco”, onde os sistemas jurídicos modernos adotam técnicas de socialização do dano, como forma de evitar que a vítima não chegue a obter qualquer reparação.” (MAIA, Roberta Mauro

formas de energia (nuclear, termoelétrica), com células tronco com vistas à reprodução assistida e à medicina de maneira mais ampla, o *big data* e a divulgação exponencial de informações privadas em redes sociais, as empresas concebidas na chamada geração *on demand*<sup>11</sup> e, a reboque, os riscos eletrônicos.<sup>12</sup>

Voltando brevemente ao passado, a sociedade eminentemente agrária do Século XVIII cedeu espaço, paulatinamente, a atividades cada vez mais fabris, fruto da Revolução Industrial do Século XIX. Mais adiante, a indústria foi se aperfeiçoando, tornando-se essencialmente tecnológica.<sup>13</sup>

---

Medina e BURMAN, Leonardo Joseph. *Apontamentos sobre o seguro de responsabilidade civil para atos de gestão de administradores ou diretores de empresas (D & O)*. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. n. 30, abr/jun 2007. p. 129-157).

<sup>11</sup> Ao lado das empresas que há décadas ou séculos se encontram presentes no cotidiano, o Século XXI trouxe consigo a inovação e formas diferentes de desenvolver a atividade econômica. No segmento da hotelaria um exemplo é contundente: o “AIRBNB” – plataforma alternativa à contratação de acomodações - não dispõe, fisicamente, de nem mesmo um quarto que seja de sua propriedade. Porém, justamente por desenvolver as suas atividades de maneira inovadora e distinta em comparação com o modelo tradicional, atualmente apresenta mais quartos disponíveis (mais de dois milhões em 191 países) do que as tradicionais redes de hotéis Marriot e Starwood que, combinadas, detém 1.1 milhões de acomodações em 110 países. A avaliação do AIRBNB frente à concorrência tradicional é ainda mais instigante: ele ocupa a primeira posição com valor de mercado equivalente a US\$ 30 bilhões; em 2º lugar, a rede Hilton, com US\$ 23,33 bilhões; em 3º, a rede Marriot, com US\$ 17,8 bilhões. (Dados disponíveis em <https://skift.com/2016/09/23/airbnbs-latest-investment-values-it-as-much-as-hilton-and-hyatt-combined/>, visitado em 26.6.2017). Caminham na mesma direção o UBER – plataforma digital com vistas à contratação do serviço de transporte de passageiros e é digno de nota o exemplo trazido pela seguradora norte-americana “Lemonade” que, inovando a forma por assim dizer tradicional/formal de vender seguros, o faz de maneira totalmente digital, simples e eficaz. Não é sem razão o slogan utilizado pela empresa: “*Forget everything you know about insurance*”. (Fonte: <https://www.lemonade.com>, visitado em 3.8.2017).

<sup>12</sup> Os riscos eletrônicos se encontram inquestionavelmente na ordem do dia e globalmente espalhados. Terrorismo, chantagem, usurpação de dados privados, paralisação de sistemas de empresas dedicadas ao comércio eletrônico, propagação de vírus, furto de quantias, além de pedofilia, jogos de azar, associação ao tráfico de armas e drogas. Lamentavelmente, a grande rede é palco para todo tipo de condutas reprováveis e que dificultam a investigação e repressão por parte das autoridades competentes. Os chamados *cyber risks* (riscos eletrônicos) estão diariamente nos noticiários mundo afora. Cita-se um exemplo recente ocorrido maio de 2017, quando hackers causaram danos a milhões de pessoas em todo o mundo (74 países, segundo informado) por meio da divulgação do vírus *WannaCry*. No Brasil, essa conduta se fez sentir, por exemplo, com a paralisação do sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do Ministério Público e do INSS, entre outros. Fonte: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/05/1883408-mega-ciberataque-derruba-sistemas-de-comunicacao-ao-redor-do-mundo.shtml>, visitado em 26.6.2017.

<sup>13</sup> “O traço marcante da sociedade contemporânea é a alta tecnologia, introdutora de nova dimensão à comunicação. Não se trata apenas, de uma evolução da realidade física, material, concreta dos objetos, a utilizar os recursos da natureza, mas de uma realidade criada, de impulsos eletrônicos, codificada e simbólica em outra dimensão do tempo-espaço. O físico e o virtual passam a coexistir na cumplicidade e complexidade da configuração cibernética, cujos comandos codificados produzem ondas imateriais. Tem-se, dessa forma, a substituição das pesadas estruturas tecnológicas da modernidade industrial pelas leves, portáteis e ágeis tecnologias eletrônicas, capazes de reduzir distância e tempo aos comandos instantâneos. Penetrando profundamente no cotidiano da vida, as tecnologias eletrônicas criaram o ciberespaço-tempo, pelo qual circulam diariamente grande parte das relações do mundo atual. Não se trata de uma descoberta, mas de uma criação, produto da evolução do conhecimento e da capacidade inventiva humana.” (VIEIRA, Eurípedes Falcão. *A sociedade cibernética*. In *Cad. EBAPE.BR*, v. 4, n. 2. Rio de Janeiro. Junho de 2006, p. 1-2. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S1679-39512006000200008>, acessado em 15.05.2014).



A busca incessante por inovações em atividades consideradas altamente complexas provoca riscos. Reflita-se a respeito da exploração da energia nuclear, a extração de petróleo na camada do pré-sal, a expansão de indústrias nos mais diversos segmentos da economia, o incremento exponencial da população que cresceu de 2,5 bilhões em 1950 para mais de 6 bilhões no ano 2000, em suma, essa conjunção de fatores colocou a vítima de eventuais ofensas em reais apuros. Um determinado consumidor de serviços bancários acessa o sítio de seu banco no Brasil e é vitimado por uma quadrilha que, da China, obtém todas os seus dados pessoais (*log in* e senha) para, a seguir, furtar-lhe as suas economias. Na sistemática “culpa – nexo causal – dano”, haveria necessidade de identificar a quadrilha chinesa, seu I.P (*internet protocol*), seu endereço e, após isso tudo, demandar. Não há como, atualmente, lidar com essas situações como se fazia no século passado.

As vítimas, a partir do início do século XXI, caso tivessem que produzir provas seguras da culpa dos ofensores para lograr êxito em seus pleitos de indenização, notadamente em atividades consideradas arriscadas e exploradas em larga escala pela indústria, comércio e prestação de serviços, certamente ficariam ao léu.<sup>14</sup>

Os riscos deste século ratificaram a dificuldade e a impossibilidade de manter intocada a sistemática da Responsabilidade Civil que observava os moldes estabelecidos pelo Código Civil de 1916, designadamente porque passou a ser observado com certa naturalidade que o desenvolvimento de atividades cotidianas causava danos a terceiros.<sup>15</sup> Gradualmente, leis

---

<sup>14</sup> Sérgio Cavalieri Filho afirma: “Foi no campo dos acidentes de trabalho que a noção de culpa, como fundamento da responsabilidade, revelou-se primeiramente insuficiente. Na medida em que a produção passou a ser mecanizada, aumentou vertiginosamente o número de acidentes, não só em razão do despreparo dos operários, mas, também, e principalmente, pelo empirismo das máquinas então utilizadas, expondo os trabalhadores a grandes riscos. O operário ficava desamparado diante da dificuldade – não raro, impossibilidade – de provar a culpa do patrão. [...] Algo idêntico ocorreu com os transportes coletivos, principalmente trens, na medida em que foram surgindo. Os acidentes multiplicavam-se, deixando as vítimas em situação de desvantagem. Como iriam provar a culpa do transportador por um acidente ocorrido a centenas de quilômetros de casa, em condições desconhecidas para as vítimas e seus familiares?” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Ibid.* p. 144). E, com ênfase no sistema de responsabilidade objetiva determinado pelo Código de Defesa do Consumidor, Leonardo R. Bessa, Claudia Lima Marques e Herman Benjamin comentam: “A sociedade de consumo, com seus produtos e serviços inundados de complexidade tecnológica, não convive satisfatoriamente com um regime de responsabilidade civil baseado em culpa. [...] Afastando-se, por conseguinte, do direito tradicional, o Código dá um fundamento objetivo ao dever de indenizar. Não mais importa se o responsável legal agiu com culpa (imprudência, negligência ou imperícia) ao colocar no mercado produto ou serviço defeituoso. Não é sequer relevante tenha ele sido o mais cuidadoso possível. Não se trata, em absoluto, de mera presunção de culpa que o obrigado pode ilidir provando que atuou com diligência. Ressalte-se que tampouco ocorre mera inversão do ônus da prova. A partir do Código - não custa repetir - o réu será responsável mesmo que esteja apto a provar que agiu com a melhor diligência e perícia”. (BESSA, Leonardo Roscoe et al. *Manual de direito do consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2009. p. 124).

<sup>15</sup> Maria Celina Bodin de Moraes explica exatamente isso, comentando que o desenvolvimento de atividades cotidianas, realizadas ou não sob um viés empresarial, “com frequência causa danos a terceiros, pelo próprio e

especiais foram positivando a responsabilidade objetiva atentas à necessidade de tutelar as vítimas dos acidentes frequentemente ocorridos, como são exemplos<sup>16</sup> o Decreto nº. 2681, de 7.12.1912 (responsabilidade objetiva em estradas de ferro), a Lei nº. 8.213, de 24.7.1991 (acidente de trabalho – teoria do risco integral), as Leis nº. 6.194, de 19.12.1974 e nº. 8.441, de 13.7.1992 (seguro obrigatório de veículos – DPVAT – teoria do risco integral), a Lei nº. 6.453, de 17.10.1977 e a Constituição Federal no art. 21, XXIII, letra “c” (dano nuclear), a Lei nº. 6.938, de 31.8.1981 (dano ambiental, art. 14, § 1º), a Lei nº. 7.565, de 19.12.1986 (Código Brasileiro do Ar – arts. 268 e 269, a Lei nº. 8.078, de 11.9.1990 (Código de Defesa do Consumidor – arts. 12 e 14), a Lei nº. 8.935, de 18.11.1984 (serviços notariais e registrais – art. 22 – teoria do risco da atividade), além da Constituição Federal de 5.10.1988 (art. 37, § 6º - responsabilidade do Estado – teoria do risco administrativo), tornando-se necessária a positivação da chamada cláusula geral de responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único do CC.<sup>17</sup>

A culpa, como filtro de reparação, foi, gradativamente, abrindo espaço a novos mecanismos cientes de que o cerne dessa disciplina deveria transmudar-se do lesante à vítima. Exatamente nessa linha de raciocínio é que Orlando Gomes se referia, ainda durante a vigência do Código Civil de 1916, ao chamado giro conceitual da responsabilidade civil,<sup>18</sup> passando do ato ilícito para o ressarcimento do dano injusto.

---

*normal agir humano.*” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 175).

<sup>16</sup> Os exemplos foram citados por Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, em *Cláusula geral de risco e a jurisprudência dos tribunais superiores*. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina. Edição comemorativa, 25 anos., p. 353-354. Disponível em <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Dout25anos/article/view/1118/1052>, visitado em 13.7.2017.

<sup>17</sup> “3. Cláusula geral de responsabilidade objetiva. O CC alterou o sistema ao adotar, paralelamente à cláusula geral de responsabilidade subjetiva do art. 186 (v. comentário ao art. 186), a cláusula geral de responsabilidade objetiva para atividades de risco, nos termos do parágrafo único do art. 927. A inovação dá ao Poder Judiciário ampla discricionariedade na avaliação das hipóteses de incidência da responsabilidade sem culpa”. (TEPEDINO, Gustavo. et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 807).

<sup>18</sup> “Hoje, mudou o ângulo visual dessa teoria no tratamento dos problemas. O regime da responsabilidade está passando por uma revisão importante, e manifestam-se tendências que o renovam significativamente. A mais interessante mudança de ângulo visual é o giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto. Acompanham-na: a) a substituição pelo mecanismo do seguro; b) a monetização dos riscos. [...] Todas as transformações e propensões que acabam de ser enumeradas resultam de causas diversas, que as explicam pela mudança de condições de vida na corrente metade do século em curso, propícias à multiplicação dos danos, à criação pela indústria de novos riscos, à ocorrência de “danos anônimos e inevitáveis” e à proliferação de atividades perigosas.” (GOMES, Orlando. *Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil*. In *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. Org. José Roberto Pacheco Di Francesco. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 293-294).

Estabelecendo um paralelo entre as preocupações seculares que nortearam a elaboração da Responsabilidade Civil sobre o tripé da culpa, do dano e do nexo causal e aquelas que, após o mencionado desenvolvimento social, determinaram a gradativa modificação da sistemática anterior notadamente nas chamadas atividades consideradas de risco, Anderson Schreiber comenta:

Aos olhos da época, parecia evidente que se, por qualquer catástrofe, estes filtros se rompessem, o Poder Judiciário seria inundado com um volume incalculável de pedidos de reparação.

Partindo-se desta imagem, o estado atual da responsabilidade civil pode justamente ser descrito como um momento de erosão dos filtros tradicionais da reparação, isto é, de relativa perda de importância da prova da culpa e da prova do nexo causal como obstáculos ao ressarcimento dos danos na dinâmica das ações de ressarcimento. Tome-se, de início, o caso – ou o caso – da culpa.<sup>19</sup>

Portanto, da defasada concepção da culpa recheada de subjetivismo, também conhecida como a ‘culpa psicológica’, cuja análise se atinha a atributos individuais e

---

<sup>19</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. p. 11-12. Disponível em [http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas\\_tendencias\\_da\\_responsabilidade\\_civil\\_brasileira.pdf](http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf), acessado em 6.7.2017. Para além da objetivação e de uma maior severidade quanto ao regime de responsabilidade de diretores, administradores, conselheiros e sócios-gerentes, os estudos da responsabilidade civil caminham na direção da prevenção dos danos, isto é, evitar a sua consumação e assim ir ao encontro de uma tutela ainda mais efetiva da vítima em potencial. Vide, a propósito: VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo*. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012; LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012., especialmente o capítulo 3. p. 124-167 e CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica. Limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015. Nessa direção, Caio Mário da Silva Pereira faz algumas observações interessantes à luz dos severos danos causados pela exploração da energia nuclear: “Aquela indagação relativa ao imediatismo do dano ou sua futuridade sofre, então, um inevitável abalo. Se a doutrina clássica recusa reparação ao dano hipotético, cabe indagar se a usina nuclear pode ser logo acionada, na perspectiva de um dano ainda não apurado, mas cuja probabilidade de aparecer é previsível. Cogitando de vários aspectos do risco atômico, Rodière, na mesma conferência, fala na necessidade de definir com rigor o fundamento da indenização, tendo em vista que a morte ou a doença poderá surgir tardiamente, ‘e o acaso mais impenetrável distribuirá estes danos’. Lembra, muito bem, que durante séculos o princípio da responsabilidade civil pôde assegurar a dupla função preventiva e corretora: ‘os homens sabiam o que deviam fazer: quando procediam erradamente, tinham que indenizar as suas vítimas’. [...] Certo, então, que os dados conhecidos terão de passar por uma indispensável revisão, para que possam acompanhar o progresso de uma atividade que está apenas no começo, e cujo futuro é mais da imaginação do que da realidade. [...] No Brasil, à Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN) cabe o licenciamento, a fiscalização das instalações nucleares e respectivos materiais e equipamentos. No exterior, convenções internacionais têm cogitado do assunto: Organização Europeia de Cooperação Econômica – OEEC; Agência Internacional de Energia Atômica – ASEA; EURATOM. Há, contudo, necessidade de aprofundar a ação preventiva, uma vez que os órgãos aqui mencionados não apresentam trabalho cuja transparência permita acreditar na sua atuação eficiente. No caso de Goiânia, a atividade da CNEN foi muito criticada, restando duvidosa a sua eficiência.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. 9 ed. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 51).

peculiares do ofensor, a disciplina foi evoluindo e introduzindo novos mecanismos, todos com o propósito de facilitar a reparação da vítima. François Ewald explica que os danos, atualmente, decorrem de condutas normais das pessoas, isto é, integram o cotidiano, o que justifica a necessidade de que os mecanismos de reparação sejam repensados:

L'accident ne renvoi plus à Dieu ni à sa providence ; il ne renvoie pas non plus à la faute des uns ou des autres. Il résulte du concours normal, régulier des activités. De la quête même du bien comme bien commun. Le paradoxe de ce type de mal est qu'il ne naît pas de la faute de l'un ou de l'autre, mais qu'il résulte du concours des activités des uns et autres. Il manifeste le lien social comme rapport de solidarité et d'interdépendance. Le mal social fournit la preuve que nous vivons en société.<sup>20</sup>

Antes de positivar a responsabilidade objetiva que, como sabido, prescinde da análise do elemento 'culpa', passou-se por um estágio intermediário no qual a culpa psicológica foi gradualmente substituída pela culpa objetiva – igualmente conhecida como culpa normativa – cujo conceito encontrava-se atrelado a padrões de conduta predeterminados.<sup>21</sup>

Sob uma análise eminentemente objetiva da questão, constatando-se a não conformidade da conduta do lesante com os padrões de comportamento esperados, há que se determinar a sua responsabilidade.

Da culpa 'pura', psicológica, passou-se à culpa normativa, cuja análise não mais se encontrava direcionada especificamente à imprudência, imperícia ou negligência do ofensor. O que interessava, a partir de então, era aferir a conduta do agente à luz de um padrão de

---

<sup>20</sup> EWALD, François. *L'état providence*. Paris: Grasset, 1986. p. 19. Em tradução nossa: "O acidente não se deve a D's nem à sua providência; também não se deve à falta de uns ou de outros. Ele resulta de uma combinação normal, regular de atividades. Da própria busca do bem como bem comum. O paradoxo desse tipo de mal é que o mesmo não decorre da falta de um ou do outro, mas que resulta de uma combinação de atividades de uns e outros. Ele representa o elo social como relação de solidariedade e interdependência. O mal social exibe a prova de que nós vivemos em sociedade."

<sup>21</sup> A propósito do referido estágio intermediário, Alvin Lima explica o surgimento das chamadas culpa *in abstracto* e *in concreto*. "Quando a conduta do agente do ato lesivo é prejudicial ao direito de outrem, não se conforma com a determinação específica e taxativa da lei, claro está que houve um desvio que se caracteriza por si mesmo. Não obedecer à lei é um erro de conduta; é a culpa prefixada pela própria lei. Quando, porém, a obrigação violada é genérica de prudência e diligência na prática de todos os atos, o problema da fixação do erro de conduta surge com todas as dificuldades que a prática revela, porquanto estamos em face da culpa deixada à apreciação do julgador. Surge, aqui, o debatido problema de se saber se a conduta do agente do ato lesivo deve ser apreciada *in concreto*, isto é, se devermos considerar a consciência do autor do dano, sondar seu íntimo, ou se devemos apreciar a conduta do agente em face da conduta normal dos indivíduos em geral, nas mesmas circunstâncias em que o ato se desenrolou." (LIMA, Alvin. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1960. p. 62-67).

comportamento, ou seja, diante da inconformidade com esse padrão surgiria a obrigação de indenizar.<sup>22</sup>

O padrão de comportamento remetia à figura do *bonus pater familiae* (ou do equivalente *reasonable man*, nos países de sistemas jurídicos anglo-saxões) ou, noutras palavras, do conhecido “homem-médio”, cujas características de probidade, honestidade e lisura gerariam um *standard* em torno do qual todos os cidadãos deveriam se pautar.

O modelo foi duramente criticado porque, indubitavelmente, os *standards* de comportamento para uma determinada camada da sociedade não deveriam ser os mesmos para outra, principalmente em países multifacetados nos quais diversas culturas consideravelmente diferentes convivem em harmonia.<sup>23</sup> Embora analisando o sistema jurídico inglês (anglo-saxão), a crítica de Peter Cane a propósito dessa padronização do comportamento pode ser valorada sob a perspectiva dos sistemas jurídicos continentais.<sup>24</sup> A

---

<sup>22</sup> Quanto à evolução da responsabilidade civil e às modificações ocorridas com o exame do elemento culpa, convém destacar o artigo de Rafael Marinangelo – *Um panorama histórico sobre a evolução da responsabilidade objetiva*. In *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. v. 33. 2.014.

<sup>23</sup> Até mesmo a própria locução ‘bom pai de família’ ou o ‘homem razoável’ gerava críticas a considerar que o padrão de conduta masculino não deveria ser (ou seria), necessariamente, igual ao padrão de comportamento feminino. Assim é o comentário de Schreiber: “A aceção normativa da culpa trouxe, todavia, dificuldades outras, inerentes à construção de um modelo abstrato de comportamento. Vive-se, hoje, um momento de crítica crescente a tal mecanismo. Nos ordenamentos de tradição romano-germânica, o *bonus pater familias* vem perdendo legitimidade, diante da constatação de que, na sua elevada generalização, o modelo acaba por refletir, na prática, tão-somente a formação sócio-cultural do julgador, quase sempre muito diversa daquela do sujeito cujo comportamento se avalia. Nos ordenamentos de *common law*, a mesma espécie de crítica foi dirigida ao *reasonable man*, tendo-se, inclusive, destacado que o próprio termo *man* invoca parâmetros típicos de comportamento masculino, inaplicáveis às mulheres, crítica de que também o *pater familias*, por óbvio, não escaparia. Daí verificar-se, por toda parte, um fenômeno que se poderia designar como fragmentação do modelo de conduta, ou seja, a utilização de parâmetros de conduta específicos e diferenciados para as diversas situações. Ao invés de se recorrer a um genérico e irreal *bonus pater familias* na avaliação da conduta quer de um médico acusado de erro profissional, quer de uma companhia acusada de divulgar balanços adulterados, o que se tende a adotar são parâmetros específicos (*standards*) de conduta para cada qual destas situações, levando-se em conta, no primeiro caso, os procedimentos médicos habituais, a especialidade do profissional, o Código de Ética Médica e as condições do paciente no momento do tratamento, e, no segundo, as normas gerais de contabilidade, as práticas habituais na elaboração de demonstrações financeiras, o grau de controle da auditoria externa e assim por diante. Com isso, a prova da culpa deixa, cada vez mais, de pertencer ao juízo abstrato do magistrado, contando com parâmetros mais específicos e objetivos de aferição.” (SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. p. 7-8. Disponível em [http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas\\_tendencias\\_da\\_responsabilidade\\_civil\\_brasileira.pdf](http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf)., acessado em 6.7.2017).

<sup>24</sup> “On the other hand, in recent years many people have become more aware of the fact that judges in Britain are overwhelmingly white, wealthy, male, middle-aged, or elderly, from highly or relatively privileged backgrounds, and Judaeo-Christian in upbringing our outlook even if not actively religious. If it is correct to say that it is judges who decide what conduct is reasonable and what is not, then it may be hard to avoid at least a suspicion that the law embodies standards of reasonableness which may not reflect the views and expectations of many members of our society. This inevitably raises the further questions of why such people, who are neither popularly elected, not democratically accountable, should be allowed to force their standards of justice and

sociedade é composta por pessoas com formações culturais, religiosas, sociais e econômicas distintas, o que revela a dificuldade de adotar *standards* capazes de contemplar essa hipercomplexidade.

Antes, porém, da positivação da responsabilidade civil objetiva, Schreiber anota que a doutrina e a jurisprudência prospectaram diversas hipóteses nas quais se presumia a culpa do ofensor, presunção que, em determinadas situações, passava da categoria de relativa à absoluta o que, em termos práticos, equivalia mesmo à responsabilidade objetiva propriamente dita.<sup>25</sup>

Reforçando ainda mais o papel central da vítima, a introdução da responsabilidade objetiva marcou a sua aplicação de forma consistente no ordenamento jurídico brasileiro a partir do advento do Código de Defesa do Consumidor.<sup>26</sup> No que concerne ao relacionamento entre consumidores e produtores/fornecedores, era nítido que aqueles se encontravam em posição de desequilíbrio em relação a estes, o que justificava a facilitação da busca pela reparação devida.

reasonableness on the rest of us.” (CANE, Peter. *Atiyah’s Accidents, Compensation and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 31).

<sup>25</sup> “Paralelamente à evolução da responsabilidade objetiva, e com a mesma finalidade de evitar as dificuldades trazidas pela prova diabólica, presunções de culpa foram, em toda parte, instituídas pela jurisprudência ou prospectadas pela doutrina no próprio texto das codificações. [...] Ideologicamente, a presunção de culpa representava uma solução intermediária, que impedia as injustiças perpetradas pela severa exigência da prova da culpa, ao mesmo tempo em que negava acolhida à teoria do risco como novo fundamento de responsabilidade. Na prática, todavia, as presunções de culpa foram passando, por meio da atuação jurisprudencial, de presunções relativas para presunções absolutas, de tal modo que o juiz, ao final, já presumia de forma tão definitiva a culpa do ofensor que isso equivalia a dispensá-la para fins de responsabilização.” (SCHREIBER, Anderson. *Ibid.* p. 31-32).

<sup>26</sup> “Temos como certo que a responsabilidade civil nas relações de consumo é a última etapa dessa longa evolução da responsabilidade civil. Para enfrentar a nova realidade decorrente da Revolução Industrial e do desenvolvimento tecnológico e científico, o Código do Consumidor engendrou um novo sistema de responsabilidade civil para as relações de consumo, com fundamentos e princípios novos, porquanto a responsabilidade civil tradicional revelara-se insuficiente para proteger o consumidor. Tomemos como exemplo o caso de uma senhora julgado pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Ap. Cível 10.771/98). Ao abrir, no recesso do seu lar, um litro de determinado refrigerante, para servi-lo aos seus dois filhinhos, a tampa explodiu, bateu com tal violência em um dos seus olhos que a deixou cega daquela vista. À luz da responsabilidade tradicional, quem seria o causador do dano? A quem aquela senhora poderia responsabilizar? A garrafa que não seria, porque a coisa não responde por coisa alguma. Poderia responsabilizar o vendedor do refrigerante, o supermercado, digamos? De acordo com a responsabilidade tradicional esta haveria de se defender com a máxima facilidade, alegando que não teve culpa porque limitou-se a vender o refrigerante tal como o recebeu do fabricante – fechado, embalado, lacrado -, sem qualquer participação no processo de fabricação. Poderia a vítima responsabilizar o fabricante? Também este, de acordo com o Direito tradicional, haveria de afastar qualquer responsabilidade de sua parte dizendo que nada vendeu para a vítima, que não havia nenhuma relação contratual entre eles, e que só responde pelo fato da coisa enquanto ela estiver sob a sua guarda, comando ou direção, jamais depois que saiu da sua fábrica. Essa é a própria essência da teoria da guarda. Como se vê, aquela senhora, pelo sistema tradicional de responsabilidade, estaria ao desamparo, não obstante agredida violentamente no recesso do seu lar”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. Atlas: São Paulo, 2012. p. 511).

Analisando a questão de forma mais ampla, o Código Civil de 2002 foi corajoso ao, enfim, positivar a responsabilidade objetiva para toda uma gama de hipóteses, colocando a vítima como a personagem principal desse sistema.<sup>27</sup> Mediante a caracterização de atividades geradoras de riscos, o Código trouxe a cláusula geral de responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único). Aos empresários individuais e às empresas também foi imposta a responsabilidade objetiva pelos produtos postos em circulação (art. 931), o mesmo valendo para os pais, pelos atos dos filhos (art. 932, inc. I); ao tutor e curador, pelos atos dos tutelados e curatelados (inc. II); ao empregador, por atos dos seus prepostos (inc. III); aos donos de hotéis, por atos de seus hóspedes (inc. IV) e aos que houverem participado gratuitamente nos produtos do crime (inc. V).

Atento à importância da dignidade da pessoa humana, essa mudança de paradigma foi categórica considerando que a reparação passou a ocupar a posição central. Por mais que o Código Civil de 2002 tenha positivado concomitantemente as cláusulas gerais de responsabilidade subjetiva (art. 186 c/c 927, caput) e responsabilidade objetiva, (art. 927, parágrafo único), observa-se um claro direcionamento à objetivação. Independentemente da aludida cláusula geral de responsabilidade subjetiva, é como se essa espécie de responsabilidade<sup>28</sup> estivesse reservada para hipóteses mais específicas, cujos pressupostos não ensejassem a responsabilidade objetiva.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> A evolução da responsabilidade civil é assim explicada por Louis Josserand: “E então, acontece muito naturalmente que, desprovidos da segurança material, aspiramos de mais a mais à segurança jurídica; uma vez que corremos sérios riscos a ser acidentados, tenhamos, ao menos, a certeza de obter oportunamente uma reparação, nós mesmos se sairmos vivos do desagradável acidente, nossos herdeiros se a nossa existência se encerra. Há, em nosso espírito e nos nossos nervos, um movimento de defesa espontâneo, uma reação instintiva; quanto mais o homem está em perigo, tanto mais experimenta a necessidade de ser protegido pelo legislador ou pelo juiz, de poder identificar um responsável; o desdobramento da responsabilidade é assim função da insegurança e a fórmula viver perigosamente atrai fatalmente uma outra que lhe constitui a réplica e a sanção: responder pelos nossos atos”. (JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, junho de 1941. p. 549). Também quanto à evolução da disciplina, imprescindível citar a obra de Raymond Saleilles que, em finais do Século XIX, já defendia a responsabilidade objetiva. (SALEILLES, Raymond. *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code Civil allemand et les accidents de travail et la responsabilité civile en 1897 (Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle)*. Paris : Librairie Cotillon, 1890).

<sup>28</sup> A mencionada mudança de paradigma vai ao encontro dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, revelando que os estudos de Direito Civil devem ser realizados sob as luzes da Constituição da República. Gustavo Tepedino esclarece: “No caso brasileiro, a introdução de uma nova postura metodológica, embora não seja simples, parece facilitada pela compreensão, mais e mais difusa, do papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, sendo certo que doutrina e jurisprudência têm reconhecido o caráter normativo de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, aos quais se tem assegurado eficácia imediata nas relações de direito civil. Consolida-se o entendimento de que a reunificação do sistema, em termos interpretativos, só pode ser compreendida com a atribuição de papel proeminente e central à Constituição.” (TEPEDINO, Gustavo. *O*

Para além da responsabilidade subjetiva e da responsabilidade objetiva, observa-se também a construção de uma teoria dessa vez calcada numa possível presunção de causalidade,<sup>30</sup> novamente tendo como norte a reparação da vítima em primeiro lugar.

---

*Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In Problemas de Direito Civil-Constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 12-13).*

<sup>29</sup> No âmbito do próprio Código de Defesa do Consumidor vale lembrar que a responsabilidade dos profissionais liberais continua a ser subjetiva. (Art. 14, § 4º). “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...) § 4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” Em matéria de responsabilidade do administrador de sociedades, cumpre recordar que a Lei das Sociedades Anônimas, em seu art. 158, inc. I, claramente se refere à responsabilidade subjetiva: “Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; [...]”. Esse tema será detidamente examinado no capítulo 2. Arnoldo Wald, em artigo que examinou a responsabilidade de diretores de bancos fundada na culpa, chamou a atenção à necessidade de que os regimes de responsabilidade subjetiva e objetiva convivessem no ordenamento jurídico brasileiro, cada qual atendendo a seus respectivos pressupostos. “Planiol tinha razão quando declarava que a teoria da culpa não podia cessar de dominar as relações interindividuais. Saleilles e Josserand tinham razão quando exigiam, em nome da equidade, a aplicação da teoria do risco nas relações entre patrões e operários e nos serviços de transporte. A moral não pode satisfazer-se senão pela teoria da culpa. A equidade exige freqüentemente a aplicação da teoria do risco. O equilíbrio social exige ora a aplicação de uma dessas teorias, ora a de outra. É que existem, de um lado, as relações interindividuais, e, de outro, as relações entre grupos sociais. No primeiro caso, é a teoria da culpa que deve dominar, no segundo, a do risco” (WALD, Arnoldo. *Influência do direito francês sobre o direito brasileiro no domínio da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1953. p. 71). O artigo do qual este trecho foi retirado é WALD, Arnoldo. *A culpa e o risco como fundamentos da responsabilidade pessoal do diretor do banco*. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 40. p. 345. Abr / 2008.

<sup>30</sup> Trata-se da teoria defendida por Caitlin Sampaio Mulholland, que pretende ir além da sistemática da responsabilidade subjetiva, calcada na culpa, bem como da responsabilidade objetiva, calcada no risco. Cumpre assinalar que a responsabilidade objetiva no Brasil não é atributo exclusivo das atividades consideradas de risco. Nesse sentido, observem-se as hipóteses mencionadas no art. 932 do Código Civil – os pais respondem pelos filhos; o tutor e o curador, por pupilos e curatelados; o empregador ou comitente, por seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia -, com a anotação prevista no art. 933 (a responsabilidade será objetiva). Quanto à construção da teoria baseada na presunção do nexo de causalidade, a esta altura o mote consiste em registrar que para além de uma maior objetivação da responsabilidade, surgem também novas formas de se compreender e aplicar a responsabilidade civil. Mulholland defende que: “[...] Quando se adota tal expressão no âmbito da responsabilidade civil pretende-se chamar a atenção do leitor para uma nova e possível categorização da responsabilidade civil não mais calcada somente nos fatores de atribuição de responsabilidade, isto é, na culpa – base da responsabilidade subjetiva – ou no risco – fundamento da responsabilidade objetiva – como os dois pólos dicotômicos da responsabilidade civil. A terceira via da responsabilidade civil considera um terceiro elemento como qualificador da responsabilidade civil: o nexo causal. A partir de sua investigação e análise será possível considerar-se uma nova forma de responsabilização – para além da clássica bipartição – agora ampliada para alcançar uma hipótese de presunção de responsabilidade, baseada num juízo de causalidade probabilístico. Propõe-se, a partir desta hipótese, que em determinadas situações danosas – como algumas decorrentes de atividades de risco; as geradas por conta de causalidade alternativa; e as geradoras de danos de massa – seja concedida ao magistrado a faculdade de considerar a configuração de um dever reparatório independentemente da prova estrita da existência de um nexo de causalidade ligando o dano à conduta ou atividade desenvolvida. Haveria assim, e verdadeiramente, um juízo de probabilidade a ser realizado pelo magistrado, admitido em consideração aos princípios informados do Direito de Danos atual, decorrentes de princípios constitucionais e



Os diversos mecanismos que facilitaram o acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Federais, Defensorias Públicas, ações coletivas propostas por associações as mais diversas e pelo Ministério Público – colaboraram sobremaneira para que o cidadão de um modo geral – “a pessoa humana” – passasse a ser enxergada com a importância necessária.

A preocupação com as vítimas e a necessidade de não as deixar desamparadas também conduziu à criação de fundos específicos destinados exclusivamente a repará-las.<sup>31</sup> Independentemente da responsabilidade objetiva, a submissão dos lesados às agruras do processo judicial de resultado financeiro incerto, haja vista a possibilidade de o lesante não tivesse condições para suportar as verbas eventualmente estabelecidas, determinou que os mecanismos indenizatórios fossem além, afigurando-se decisiva a preocupação com os princípios da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana.<sup>32</sup>

---

objetivando a plena reparação do dano injusto”. (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010. p. 282-283).

<sup>31</sup> Daniel de Andrade Levy descreve como esses fundos se desenvolveram na França, passando a integrar o cotidiano daquele país: “Disse o civilista francês Mustapha Mekki que, se era um tempo naquele país em que a criação de um fundo público de indenização era vivida como um evento, essa criação, hoje, é vivenciada como um simples hábito. A multiplicação desses instrumentos reparatórios nos países industrializados é uma realidade inquestionável, em que a indenização de um número cada vez maior de acidentes é assumida com base na solidariedade social.” (LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 194-207). A propósito da existência de uma possível simbiose entre esses fundos de amparo às vítimas e os contratos de seguro de responsabilidade civil, a observação de Luc Mayaux é interessante: «L’intervention d’un fonds de garantie, qui opère en marge de la volonté, apparaît à cet égard comme un palliatif bienvenue. [...] D’une certaine manière, le fonds de garantie, c’est l’assurance directe institutionnalisée. » (MAYAUX, Luc. *Responsabilité civile et assurance*. In *Les grandes questions du droit des assurances*. Paris : L.G.D.J., 2011, p. 259).

<sup>32</sup> Sobre a importância da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, o comentário de Roberto Senise Lisboa: “Superada a orientação liberal que praticamente transformou o direito civil em um direito dos proprietários, a dignidade da pessoa humana passa a ser princípio fundamental a ser alcançado através da solidariedade social. Como a preocupação do direito civil é ora deslocada para a pessoa e não para o patrimônio, a orientação modernista ficou afastada pela diretriz constitucional. Logo, uma inversão de prioridades deve ocorrer por ocasião da análise dos institutos jurídicos recepcionados pela Constituição de 1988 e mesmo pelo estudo do novo Código, ainda que ele originariamente tenha se preocupado mais em estabelecer normas jurídicas sobre o patrimônio que sobre a pessoa. Não se pode mais conceber abstratamente que o patrimônio é a própria personalidade do homem ou ainda, como propugna Bevilacqua, é a projeção econômica da personalidade humana. A personalidade humana se serve do patrimônio para ao menos subsistir, não para integrá-lo a si ou ser por ele integrado.” (LISBOA, Roberto Senise. *Dignidade e solidariedade civil-constitucional*. In *Revista de Direito Privado*. v. 42, abr. 2010. p. 30). Quanto à dignidade da pessoa humana, recorre-se também aos dizeres de Daniel Sarmento: “O sentido dado ao princípio da dignidade humana liga-se a certa compreensão de ‘pessoa’. Essa compreensão deve ser realista e se alicerçar tanto na ordem constitucional positiva como na moralidade crítica. A compreensão de pessoa subjacente à Constituição de 1988 é do ser humano concreto, enraizado, que não é só racional, mas também emocional, corporal e social. Trata-se da pessoa que é um fim em si, razão de ser do Estado e da ordem jurídica, e não um mero órgão da comunidade. Mas não se cuida do indivíduo insular de Kant e do liberalismo-burguês, e sim do ser imerso em relações intersubjetivas, que aspira à liberdade, mas tem necessidades materiais e emocionais cujo atendimento pressupõe a vida relacional em sociedade.” (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, trajetórias e metodologia*. Rio de Janeiro: Fórum. 2016. p. 326).

Ditos fundos indenizatórios originaram-se com vistas ao ressarcimento de danos decorrentes de acidentes automobilísticos,<sup>33</sup> que, no Brasil, assemelham-se em certa medida com o seguro DPVAT,<sup>34</sup> estendendo-se sucessivamente para outros campos, tais como os ilícitos penais, às vítimas de transfusões de sangue contaminadas pelo vírus HIV, do amianto e de erros médicos.<sup>35</sup>

Ainda a respeito desses fundos, Daniel de Andrade Levy comenta também que nos Estados Unidos da América a criação de um fundo específico de amparo às vítimas dos atentados às torres gêmeas de 11 de setembro de 2001 foi essencial para, em primeiro lugar, ampará-las e, adicionalmente, evitar que as companhias aéreas ruíssem em razão da busca pelas indenizações devidas.<sup>36</sup>

A culpa presumida, a responsabilidade objetiva, os fundos de amparo às vítimas, o estabelecimento de um quantitativo cada vez maior de seguros obrigatórios,<sup>37</sup> a chamada responsabilidade preventiva e, ainda, a responsabilidade calcada na presunção de causalidade comprovam, categoricamente, a mencionada mudança de paradigma.

---

<sup>33</sup> LEVY, Daniel de Andrade. *Ibid.* p. 194 et seq.

<sup>34</sup> Afirma-se que o seguro DPVAT seria uma figura similar aos mencionados fundos ressarcitórios porque, embora seja chamado de seguro, na realidade suas características essenciais o distinguem consideravelmente de um contrato de seguro típico. Dessa maneira, por haver tamanha distância, prefere-se refletir a respeito de sua existência muito mais como um fundo destinado à reparação das vítimas de acidentes automobilísticos do que como um seguro propriamente dito. Nesse exato sentido, o comentário de Ernesto Tzirulnik e Paulo Luiz de Toledo Piza: “Caso já clássico, entre nós, é o do DPVAT, seguro obrigatório de danos causados por veículos automotores de vias terrestres. A contratação desse seguro de cunho eminentemente social não depende da intermediação de qualquer “intermediador”, quer porque é compulsória a celebração do contrato, quer porque nenhuma atuação conformativa do seu conteúdo poderá existir, quer porque em nenhuma hipótese haverá a mínima possibilidade de ser exercitada a perícia do mediador, nem mesmo em caso de sinistro. Afinal, ninguém contrataria um corretor apenas para solicitar, em seu lugar, aquilo que jamais será diferente”. (TZIRULNIK, Ernesto e PIZA, Paulo Luiz de Toledo. *Comercialização de seguros: contratação direta e intermediação*. In *Revista dos Tribunais*, v. 723, Jan/1996. p. 67).

<sup>35</sup> Vale aqui fazer uma distinção entre os referidos fundos surgidos na França que, como se disse, dirigem-se à reparação dos danos sofridos pelas vítimas diretamente, de outros fundos existentes no Brasil. Os fundos nacionais acabam por obter os seus recursos por meio de ações judiciais geralmente propostas pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público, usualmente em temas relacionados à proteção de consumidores, do meio-ambiente, de trabalhadores etc. Enquanto que na França as vítimas são destinatárias diretas dos recursos existentes, independentemente de quaisquer medidas judiciais, no Brasil observa-se a necessidade de, em primeiro lugar, propor a ação judicial respectiva para, em havendo condenação, aí sim auferir-se a soma necessária, afigurando-se incerta a efetiva destinação dos recursos às vítimas. Daniel Levy faz o paralelo entre os fundos franceses, norte-americanos e os brasileiros para, ao final, concluir que: “no Brasil, a organização de fundos públicos de reparação ainda não parece ser uma prioridade”. (LEVY, Daniel de Andrade. *Ibid.* p. 198).

<sup>36</sup> *Ibid.* p. 198.

<sup>37</sup> A respeito do desenvolvimento dos seguros obrigatórios, Pedro Alvim explica que ainda que os referidos seguros fossem de responsabilidade da iniciativa privada, a sua contratação passou a ser obrigatória justamente a considerar a necessidade de tutela da coletividade: “Desta forma, entenderam as autoridades públicas, que determinados seguros, ainda que pertencentes à iniciativa privada, deveriam se tornar obrigatórios, a fim de beneficiar a coletividade, de modo que todos pudessem receber a garantia contra os riscos neles previstos”. (ALVIM, Pedro. *O seguro e o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 145).

Sem embargo da eficiência que os aludidos fundos gozam na França<sup>38</sup> é preciso notar que a sua plena utilização depende, muitas das vezes, de iniciativas públicas, justamente com o propósito de criá-los e, mais do que isso, geri-los adequadamente. É nesse ponto sensível que o contrato de seguro, como genuíno mecanismo voltado à transferência de riscos<sup>39</sup> e à prevenção,<sup>40</sup> além da preservação da integridade e do patrimônio das pessoas (vítimas), assume papel fundamental.<sup>41</sup>

O movimento em prol do regime de responsabilidade mais severo – essa, por assim dizer, ação – gera, como consequência, a busca por mecanismos de tutela dos interesses daqueles que se encontram com o seu patrimônio pessoal em xeque – a reação. Durante o século passado e na vigência do Decreto nº. 3.708, de 10 de janeiro de 1919, a

---

<sup>38</sup> É o que confirmam MEKKI, Mustapha. *Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels*. In *Petites affiches*, 12.01.2005, n. 8; CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris : LGDJ, 1995 e LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *L'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du Sida : hier, aujourd'hui et demain*. In *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1993. p. 1.

<sup>39</sup> “O seguro é, então, a operação pela qual o segurador recebe dos segurados uma prestação, chamada prêmio, para formação de um fundo comum por ele administrado e que tem por objetivo garantir o pagamento de uma soma em dinheiro àqueles que foram afetados por um dos riscos previstos. Para Chaufon é a compensação dos efeitos do azar pela mutualidade organizada, segundo as leis da estatística. Segundo Vivante, a empresa de seguro é aquela que, assumindo profissionalmente os riscos alheios, trata de reunir com as contribuições dos segurados um fundo capaz de proporcionar os capitais prometidos aos mesmos segurados no vencimento das promessas”. (ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 64-65).

<sup>40</sup> Vera Helena de Mello Franco nega o viés de transferência de risco ao contrato de seguro. Não haveria transferência de risco, mas a sua prevenção: “[...] Contudo, é necessário observar quanto a essa segunda afirmação que, embora válida na origem do seguro, não corresponde à atual realidade que cerca a modalidade. No contrato de seguro não há uma transferência de riscos. O risco, mediante o contrato, é disperso, disseminado na mutualidade, substrato técnico-econômico de toda operação securitária. [...] A ideia fundamental que norteia e justifica a operação de seguros é a prevenção do risco, aqui entendido como a probabilidade de que um acontecimento ocasione um prejuízo no sentido de ônus econômico para o segurado”. (FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de direito securitário: seguros terrestres privados*. São Paulo: Maltese, 1993, p. 19).

<sup>41</sup> A atividade que é geradora de risco à coletividade como motivador ao desenvolvimento dos seguros obrigatórios foi observada por Luigi Farença na Itália: “Le assicurazioni obbligatorie sono caratterizzate dall’obbligo di contrattare posto dalla legge a carico di determinati soggetti. Si tratta di ipotesi caratterizzate dalla gestione de una attività o di una cosa potenzialmente pericolosa per una collettività di persone (ad esempio la circolazione de un veicolo, l’esercizio dell’attività venatoria, la gestione di uno stabilimento che produce sostanze inquinanti o di una nave che trasporta idrocarburi, la gestione di spedali o casi di cura, ecc.). Il soggetto obbligato è dunque colui che à responsabile civilmente per i danni che possono prodursi a seguito della gestione dell’attività o della cosa.” (FARENGA, Luigi. *Manuale de diritto delle assicurazioni private*. 5 ed. Torino: G. Giappichelli. 2016. p. 213). A zona de interseção entre responsabilidade civil objetiva e o desenvolvimento dos seguros, especialmente os obrigatórios, também foi anotada por Rui Stoco: “[...] com a intensificação dos riscos pelo desempenho das atividades industriais, comerciais, administrativas ou até recreativas, as pessoas ficaram expostas a um perigo maior. A fim de atenuar os malefícios da lesão, propiciando às vítimas melhores perspectivas de ressarcimento, ganhou gradativo relevo o seguro de responsabilidade civil, até tornar-se obrigatório. Deu-se-lhe o nome de ‘seguro obrigatório de responsabilidade civil’.” (STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 19ª ed. São Paulo: RT, 2012. p. 915).

responsabilidade de sócios encontrava-se limitada ao capital social integralizado.<sup>42</sup> A responsabilidade pessoal dos sócios-gerentes, pois, ocorreria em caráter excepcional e mediante a comprovação, pelo lesado, de que teria ocorrido excesso de mandato e/ou violação da lei ou do contrato social. Caso os pressupostos necessários à demonstração dessas infrações não estivessem demonstrados, a responsabilidade dos sócios-gerentes encontrar-se-ia limitada ao capital social integralizado. Em primeiro lugar, buscava-se a responsabilidade da sociedade para, posteriormente, verter-se contra a pessoa física de seus sócios-gerentes.

Atualmente e por diversos motivos que serão apresentados detidamente no capítulo 2, o aludido regime de responsabilidade de caráter excepcional converteu-se, praticamente, no regime de responsabilidade ordinário, implicando, diretamente, em demandas administrativas e judiciais as mais diversas contra as pessoas jurídicas e as pessoas físicas de seus sócios-gerentes, diretores, administradores e conselheiros, sem embargo das demandas movidas exclusivamente contra estes últimos. A *reação* a que se referiu há pouco foi ao encontro do surgimento e, sem dúvida, do desenvolvimento do denominado contrato de seguro de responsabilidade civil para diretores e administradores, o seguro *D&O*.<sup>43</sup>

Refletir a respeito da socialização dos riscos implica, necessariamente, trazer o contrato de seguro ao centro dos debates e, como consequência lógica, analisar a questão contratual sob a influência direta dos princípios constitucionais correlatos.<sup>44</sup> A reunião de um conjunto de segurados e dos respectivos prêmios pagos permite que, numa hipótese de sinistro, a coletividade suporte as perdas do individual. Esta é a essência desse tipo contratual, cuja razão de ser encontra plena sinergia com a dignidade da pessoa humana e com a solidariedade social.<sup>45</sup> Escrevendo a respeito do mutualismo e, mais precisamente, sobre a socialização dos riscos, Rubén S. Stiglitz afirma:

---

<sup>42</sup> Decreto nº. 3.708, de 10.1.1919. Art. 10. Os sócios gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contrahidas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidaria e illimitadamente pelo excesso de mandato e pelos actos praticados com violação do contracto ou da lei.

<sup>43</sup> A sigla *D&O* vem do anglo-saxão, significando *Directors and Officers Liability Insurance* ou, em português, seguro de responsabilidade civil para diretores e administradores de sociedades, segundo a nomenclatura atribuída pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP.

<sup>44</sup> STROBEL, Daniele de. *L'assicurazione di responsabilità civile e il nuovo codice delle assicurazioni private*. Milano: Giuffrè. 2008. p. 3., refere que o seguro de responsabilidade civil está intimamente ligado ao princípio da solidariedade social e aos riscos da moderna atividade econômica.

<sup>45</sup> Yvonne Lambert-Faivre, combinando as definições jurídica e técnica do contrato de seguro, encontra o respaldo à sua viabilidade na *lutte collective contre le hasard*: «La définition juridique du 'contrat d'assurance' serait peu significative si elle n'était complétée par la définition technique de 'l'opération d'assurance'. – Définition juridique : envisagée dans les relations contractuelles bilatérales assureur-souscripteur « l'assurance,

Acontece que no es concebible el seguro entre quien se halla sometido a la potencial verificación de un único evento incierto, futuro y dañoso, si pretende transferir los efectos perjudiciales que derivan del mismo a un asegurador que tomaría a su cargo sólo los efectos de ese siniestro y de ningún otro. Así planteado el tema, se trataría de una operación meramente especulativa [...]. Y el modo de eliminar los efectos derivados del alea se alcanza mediante el agrupamiento de una multitud o mutualidad de asegurados que contribuirán proporcionalmente con cada una de sus respectivas cotizaciones o premios a un fondo común de una misma empresa. De dicho fondo se extraerán las sumas de dinero con las que se afrontarán los siniestros, en beneficio de los integrantes de la mutualidad. Esta última que, como queda expresado, implica agrupamiento de personas, comunidad de riesgos y contribución a un fondo, es la que permite amortiguar los efectos del alea, neutralizar la entidad de los riesgos realizados (siniestros), fraccionar o diluir sus consecuencias. De lo hasta aquí expresado cabe deducir que el contrato de seguro no puede considerarse un contrato meramente especulativo pues, sin perjuicio del beneficio de la aseguradora, su objetivo debe ser la satisfacción de legítimas expectativas de solidaridad y cooperación que se conjugan en principio de mutualidad, base de la noción del seguro.<sup>46</sup>

Enquanto que numa análise individual o contrato de seguro encontra-se fincado no elemento aleatório, na medida em que o espectro se amplie, isto é, passe a considerar um número maior de segurados em situações similares, a aleatoriedade se imiscui na mutualidade,<sup>47</sup> por meio da qual são reunidos os recursos necessários à satisfação das necessidades de cada sinistro, particularmente.<sup>48</sup>

---

est une convention par laquelle, en contrepartie d'une prime, l'assuré s'engage à garantir le souscripteur en cas de réalisation d'un risque aléatoire prévu au contrat. » Cette définition souligne les trois éléments constitutifs de la nature spécifique du contrat d'assurance : un risque, une prime, une prestation de garantie en cas de sinistre. [...] Définition technique : sous son aspect technique qui est fondamental, « l'assurance est l'opération par laquelle un assureur organise en mutualité un multitudine d'assurés exposés à la réalisation de certains risques et indemnise ceux d'entre eux qui subissent un sinistre grâce à la lasse commune des primes collectées. » Alors que le contrat d'assurance prend l'aspect d'un pari ou d'un jeu de hasard, l'opération d'assurance, envisagée globalement, devient une opération anti-aléatoire de lutte collective contre le hasard. Isolé, l'homme est très vulnérable aux coups du sort qui le maintiennent dans un état d'insécurité moralement pénible et économiquement néfaste. » (LAMBERT-FAVRE, Yvonne. *Droit des assurances*. 11 éd. Paris : Dalloz, 2001. p. 38-39).

<sup>46</sup> STIGLITZ, Rubén S. *Derecho de seguros*. T. I. 4 ed. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 8-9. Em tradução nossa: “Acontece que não é concebível o seguro entre quem se tenha submetido a uma potencial verificação de um único evento incerto, futuro e danoso, se pretende transferir os efeitos prejudiciais que derivam do mesmo a uma seguradora que tomaria a seu encargo somente os efeitos desse sinistro e de nenhum outro. Assim entendido o tema, tratar-se-ia de uma operação meramente especulativa [...]. E o modo de eliminar os efeitos derivados da alea se alcança mediante o agrupamento de um grupo ou mutualidade de segurados que contribuirão proporcionalmente com cada uma de suas respectivas quotas ou prêmios a um fundo comum de uma mesma empresa. Desse fundo se extrairão as somas em dinheiro com as quais os sinistros serão liquidados, em benefício dos integrantes da mutualidade. Essa última que, como se expressou, implica o agrupamento de pessoas, comunidade de riscos e contribuição a um fundo, é a que permite amenizar os efeitos da alea, neutralizar as suas consequências. Pelo exposto até aqui cabe concluir que o contrato de seguro não pode ser considerado um contrato meramente especulativo pois, sem prejuízo do benefício da seguradora, seu objetivo deve ser a satisfação das legítimas expectativas de solidariedade e cooperação que se conjugam no princípio da mutualidade, base da noção do seguro.”

<sup>47</sup> O Superior Tribunal de Justiça enfrentou a dificuldade de classificar o contrato de seguro que, individualmente, seria aleatório mas, coletivamente, seria comutativo: “Neste engenhoso mecanismo jurídico-

Assim é que o contrato de seguro, ainda tratando-o como gênero do qual emanam as mais diversas modalidades de cobertura e possíveis interesses legítimos tutelados, encontra-se alinhado à metodologia civil-constitucional,<sup>49</sup> na exata medida em que se lhe atribuem características solidaristas, resultado do seu mais singelo mecanismo de funcionamento, qual seja, o mutualismo<sup>50</sup> que, se objeto da necessária reflexão, associa-se naturalmente com o princípio do solidarismo, previsto na Constituição Federal, art. 3º, inc. I.

---

econômico, a sociedade seguradora arrecada fundos junto a uma coletividade de pessoas, os segurados, celebrando contratos individuais, de forma que os esforços coletivos de poupança superem o valor de prejuízos estatisticamente verificáveis em certo período de tempo. Cada prejuízo individual é ressarcido pelo fundo comum administrado pela sociedade seguradora. Da diferença entre o total de indenizações pagas e o total de prêmios arrecadados, a seguradora retira sua remuneração. Assim, a necessidade de segurança contra riscos que são individualmente incertos leva um grupo de pessoas, sob a administração de uma seguradora, ao um esforço mútuo e recíproco para se precaver contra prejuízos que são coletivamente, e segundo cálculos estatísticos, certos. Tal fato revela a natural dificuldade doutrinária de se classificar um contrato que é individualmente aleatório, mas coletivamente comutativo.” (REsp 763.648/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel p/ acórdão Min. Castro Filho, 3ª Turma, DJ 1.10.2007).

<sup>48</sup> Nesse exato sentido, a lição de Françoise Chapuisat : ‘RéSORPTION de l’aléa au niveau de la mutualité. – L’opération d’assurance suppose un groupement où le total des primes afférentes à chaque risque puisse couvrir l’ensemble des risques probables. « Elle implique nécessairement le groupement de personnes qui, mettant en commun les risques susceptibles de les attendre décident de coopérer toutes au règlement des sinistres, ce règlement étant opéré à l’aide de cotisations versées par elles toutes. C’est cette mutualité qui permet d’éliminer le hasard et de réer la sécurité ». (Picard et Besson. *Les assurances terrestres*, t. I, nº. 10, LGDJ)’. (CHAPUISAT, Françoise. *Le droit des assurances*. Paris : Presses Universitaires de France, 1995. p. 13).

<sup>49</sup> A propósito da metodologia civil-constitucional e das críticas a ela dirigidas, remete-se aos dizeres de Anderson Schreiber e Carlos Nelson Konder. “O direito civil-constitucional é uma corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição, não apenas para interpretar as normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da Constituição), mas também para reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares, de maneira a obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas. Essa metodologia tem origem no contexto da Europa pós-guerra, quando diversas nações – especialmente aquelas submetidas a regimes autoritários derrotados no conflito – decidiram editar Constituições novas, capazes de refletir seu comprometimento com a preservação da democracia, com a solidariedade social e com a proteção da dignidade humana. Esse movimento, contudo, se chocava frontalmente com as codificações civis, ainda inspiradas na ideologia individualista e patrimonialista que havia sido consagrada com a Revolução Francesa e as demais revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX. Diante disso, a metodologia civil-constitucional defende uma efetiva reconstrução do direito privado à luz desses valores constitucionais, abandonando-se o misoneísmo habitual da doutrina civilista.” (SCHREIBER, Anderson e KONDER, Carlos Nelson. *Uma agenda para o direito civil-constitucional*. In *Revista Brasileira de Direito Civil*. ISSN 2358-6974, v. 10, Out /Dez. 2016. p. 11).

<sup>50</sup> “Boa definição do seguro, calcada no princípio da solidariedade, é aquela que lhe deu a Rainha Elizabeth I, há mais de três séculos: ‘Com o seguro, o dano é um fardo que pesa levemente sobre um grande número de pessoas, em vez de insuportavelmente sobre um pequeno número.’ Mutualismo é isso – é solidariedade, é distribuição dos custos do risco comum. É operação coletiva de poupança que serve de base econômica para toda e qualquer operação de seguro. Onde houver seguro haverá sempre um grupo de pessoas expostas aos mesmos riscos e que contribuem, reciprocamente, para reparar as consequências dos sinistros que possam atingir qualquer uma delas.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. Atlas: São Paulo, 2012. p. 467-468). Interessante, a propósito, a classificação quanto à eficácia intersubjetiva das relações jurídicas trazida por Judith Martins-Costa, apresentada em três grupos de contratos: (i) contratos que instrumentalizam a propriedade dos bens de produção; (ii) contratos que viabilizam, para uma das partes, prestações essenciais; (iii) a noção de contratos “comunitários” como novo item da taxinomia contratual. Quanto aos contratos ditos “comunitários”, Martins-Costa afirma: “Por fim, proponho como item da taxinomia contratual a noção de

Conjugando a citada mudança de paradigma ocorrida na Responsabilidade Civil com a participação decisiva das sociedades no desenvolvimento da economia, não há dúvida de que cada vez mais se atribui responsabilidade aos seus executivos.<sup>51</sup>

Com o propósito de transferir o risco financeiro que recai sobre as pessoas que exercem funções de direção em sociedades, o seguro *D&O* vem sendo contratado por 87% das sociedades listadas na Bolsa de Valores do Estado de São Paulo – BMFBOVESPA,<sup>52</sup>

---

“contratos comunitários” para indicar aqueles contratos – como os de seguro; de consórcio; de prestação ou fornecimento de serviços de energia elétrica, entre outros – em que subjaz na sua própria racionalidade econômico-social a noção de comunidade, uma vez que num dos polos não está meramente o interesse de uma soma aritmética de “individualidades”, mas interesses supraindividuais ou coletivos. Uma coletividade não é formada pela mera soma de individualidades, já tendo percebido a filosofia grega que o todo não é apenas a mera soma das partes: no todo, há um plus que se agrega, e este é o interesse comum, inconfundível com cada interesse isoladamente considerado. É justamente a existência do interesse comum a todos os particulares membros que conduz à ideia de comunidade, razão pela qual na apreciação desses contratos os direitos subjetivos de cada um dos contratantes não podem ser vistos de modo atomístico, como se cada um fosse uma entidade isolada, envolvido na hobbesiana luta de todos contra todos. Desta compreensão resulta a afirmação da transindividualidade ou comunitariedade que está no fulcro da operação jurídica e econômica de tais contratos.” (MARTINS-COSTA, Judith. *Reflexões sobre a função social dos contratos*. In *Revista de Direito GV* v. 1, n.º 1, maio 2005. p. 50-53). A autora, com especial atenção ao contrato de seguro quanto à referida classificação “comunitária”, traz em reforço à sua tese a posição de Ovídio Baptista da Silva, aqui igualmente reproduzida: “O traço que peculiariza o contrato de seguro, distinguindo-o fundamentalmente de outros contratos típicos, é o fato de consistir “um sistema de poupança, ou de economia coletiva, impensável quando ajustado individualmente”. (SILVA, Ovídio Baptista da. *Natureza jurídica do monte de previdência*. In *Anais do II Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. Porto Alegre, nov. 2001. p. 105). Nessa perspectiva, diz o autor, é o seguro “uma velha instituição” que, “convivendo embora com todas as formas do individualismo moderno, preservou o germe de uma instituição de natureza solidária, enquanto genuína expressão de um contrato rigorosamente econômico, porém, apesar disso, com a feição de um negócio jurídico que, ao invés do conflito, assenta-se no princípio da solidariedade entre os sujeitos que dele participam” (Ibid. p. 104).

<sup>51</sup> Exatamente nesse sentido o comentário de Elena F. Pérez Carrillo: “Las sociedades mercantiles han constituido, al menos durante bastante tiempo, un ámbito de *cuasi* impunidad para sus gestores, que actuaban amparados por el velo de la personalidad jurídica. Sin embargo, a lo largo del siglo XX se fueron introduciendo mecanismos de exigencia de responsabilidades para equilibrar el poder de los administradores sobre patrimonios ajenos, tendencia que se acentuó particularmente en los ordenamientos jurídicos en los que la sociedad anónima ocupa un lugar más central dentro de las relaciones económicas y sociales por representar la forma jurídica más habitual para el desarrollo de las diversas actividades financieras, económicas, industriales e incluso sociales.” (PÉREZ CARRILLO, Elena F. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales. El seguro D & O en EEUU*. Barcelona: Marcial Pons, 2005. p. 15-16). « ... les dirigeants sociaux exercent une fonction dangereuse, pour eux-mêmes, mais aussi pour la société et pour les tiers ; d’où un régime de responsabilité civile spécifique. » (COZIAN, Maurice ; VIANDIER, Alain. *Droit des sociétés*, 5. éd., Paris : Litec, 1992. n. 740. p. 248).

<sup>52</sup> Fonte: <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/pdf/2016/04/br-governanca-corporativa-mercado-capitais-2015-2016.pdf>, visitado em 12.02.2018. A respeito da importância do seguro *D&O* nos Estados Unidos, país no qual esse contrato mais se desenvolveu, José Fernández Del Moral Domínguez afirma: “De ahí que se considere, en la actualidad, al seguro D&O (a pesar de su alta peligrosidad, como veremos posteriormente al analizar el riesgo cubierto por él) como un elemento primordial de garantía de la ejecución de los cargos de administrador y alto directivo de la S.A. En el país donde surgió, los EE UU, las estadísticas señalan claramente su importancia. Cerca del 80% de los dirigentes de empresas de ese país contaban con una póliza D & O en el año 1988.” (MORAL DOMÍNGUEZ, José Francisco Del. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (póliza D & O)*. Granada: Comares, 1998. p. 6-7). Adicionalmente, o manual emitido pela Bolsa de Valores de Nova Iorque com vistas à abertura de capital expresamente recomenda a contratação do seguro *D&O*: “It is clear that companies and their boards of directors may well face lawsuits at

além de encontrar ótimo desenvolvimento em meio a sociedades de menor porte, pouco importando o tipo societário em questão (limitadas, anônimas fechadas ou abertas, entre outras).

A considerável penetração do seguro *D&O* no empresariado brasileiro que, <sup>53</sup> como se observou, revela a referida reação – a busca por mecanismos de transferência de risco financeiro e de reparação mais eficazes<sup>54</sup> – não dispôs do respectivo desenvolvimento

some point. While most boards take their responsibilities seriously and try to execute them properly, that intent does not confer immunity. Shareholders and other stakeholders – often prompted by an aggressive plaintiffs’ bar – can be expected to sue when they see themselves as having been wronged. Thus, in addition to doing everything possible to execute their responsibilities properly and effectively, those charged with corporate governance should also protect themselves with D&O insurance.” (DEMPSEY, Timothy. *NYSE IPO guide.*, 2013. Disponível em [https://www.nyse.com/publicdocs/nyse/listing/nyse\\_ipo\\_guide.pdf](https://www.nyse.com/publicdocs/nyse/listing/nyse_ipo_guide.pdf). Acesso em 12.3.2018., p. 89).

<sup>53</sup> Dados disponibilizados pela SUSEP revelam que em 2003 o prêmio direto arrecadado anualmente pelas seguradoras que atuavam no ramo nº. 310 “R.C. Administradores e Diretores D&O” foi de R\$ 52 milhões. Em 2017 o volume de prêmios arrecadados foi de R\$ 405 milhões. (Fonte: [http://www2.susep.gov.br/menuestatistica/monitormercado/index\\_chart.asp](http://www2.susep.gov.br/menuestatistica/monitormercado/index_chart.asp), visitado em 1º.3.2018). A considerável penetração do seguro *D&O* contrasta com a penetração do contrato de seguro genericamente considerado perante a sociedade brasileira. Esta pesquisa é realizada permanentemente pela *OECD – Organization for Economic Co-operation and Development* – como um balizador do desenvolvimento econômico. A análise realizada está em sintonia com os números e a trajetória de crescimento contínuo experimentada por essa atividade no Brasil. Fonte: <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=INSIND>, acessado em 6.3.2018. Nota: as informações disponíveis contemplam dados colhidos até o ano de 2016. Para 2017 em diante não há dados disponíveis). Numa rápida comparação entre o país cuja penetração é a mais entre todos os analisados – Luxemburgo, com 44% em 2014 e o Brasil, que teve modestos 2,97% - enxerga-se o imenso potencial de crescimento que a atividade dispõe, para muito além do chamado seguro *D&O*. O percentual modesto, inferior a 3%, sobretudo em comparação com os 44% do primeiro colocado, precisa ser objeto de ponderação, já que é difícil comparar os dados provenientes de dois países cujas características essenciais são completamente distintas. Nessa direção, os quase 3% revelam uma perspectiva positiva e que, ao longo da última década, vem se mostrando cada vez mais sólida. Os números consolidados para o mercado de seguros como um todo – seguros privados, saúde suplementar, resseguro, capitalização e previdência complementar aberta indicam uma participação equivalente a 6,4% do produto interno bruto brasileiro para os totais acumulados até o ano de 2016. (Fonte: <http://cnseg.org.br/cnseg/estatisticas/>, acessado em 6.3.2018). Os países considerados desenvolvidos apresentam participação consideravelmente superior: Suíça (18,97%); Hong Kong (14,76%); Holanda (10,82%); Reino Unido (10,72%) e Estados Unidos da América (9,97%). Fonte: <https://www.iii.org/table-archive/215756>, visitado em 6.3.2018.

<sup>54</sup> Para além da transferência dos riscos financeiros que recaem sobre os segurados e da disponibilização de meios eficientes de reparação, haveria uma esfera de atuação complementar atribuível ao seguro *D&O*, relacionada a indicadores de *compliance* e, como consequência, maior segurança aos mercados de valores mobiliários. A título ilustrativo, é conhecido o sistema de ‘bônus’ oferecido aos consumidores por seguradoras que comercializam o seguro automóvel, que funciona como uma espécie de desconto nos prêmios de seguros a pagar àqueles para os quais não há sinistros no período de vigência anterior; quanto menos se usa, menos se paga. Essa lógica singela, guardadas as devidas proporções, presta-se também para aferir o grau de eficiência com que uma determinada sociedade é gerida. A proporcionalidade justifica-se porque as exposições no seguro automóvel e no seguro *D&O* são incomparáveis. No primeiro, se o motorista for diligente, dirigir com cautela e não houver acidentes, não haverá sinistro; já no segundo, toda a diligência de um administrador cauteloso possivelmente não evitará demandas as mais diversas. Maria Elisabete Gomes Ramos, ao examinar o seguro *D&O* em Portugal, faz uma afirmação categórica: “Não restam dúvidas de que o seguro de responsabilidade civil dos administradores é um dos muitos tópicos que integram o intenso debate em torno do governo ou da governação das sociedades.” (RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 372).



jurídico. Para que se compreenda o ponto, vale esclarecer que esse contrato iniciou a sua trajetória no Brasil ainda durante os anos 90, cumprindo lembrar do acordo pioneiramente realizado pela Unibanco Seguros com a BMFBOVESPA em 2003,<sup>55</sup> com vistas à sua contratação. O desenvolvimento ocorreria na década seguinte, por ocasião do crescente movimento de privatizações levadas a cabo pelo Governo do à época Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso. Durante esses aproximadamente vinte anos, o órgão regulador não publicou qualquer ato normativo a respeito.

A comercialização de um contrato de seguro no Brasil, seja ele qual for, não requer a existência prévia de um ato normativo. O órgão regulador deverá receber as condições gerais, especiais e as particulares, se houver, a respetiva nota técnica atuarial e, assim, após analisar a documentação respectiva, autorizar a sua venda.<sup>56</sup> Porém, especificamente no que toca ao seguro *D&O*, o fato é que a sua introdução no País foi realizada mediante a tradução de clausulados (condições) de contratos disponibilizados no exterior, sem a necessária adaptação ao ordenamento jurídico brasileiro.

A referida falta de reciprocidade entre os desenvolvimentos mercadológico e jurídico também é uma consequência do tratamento escasso empregado pelo Código Civil, que trata dos seguros de responsabilidade facultativos em apenas um artigo, qual seja, o 787,<sup>57</sup> cujo enunciado normativo é incapaz de resolver as variadas questões controvertidas surgidas de um contrato de seguro que nasce e vive caracterizado pela multidisciplinaridade.

O tratamento de um seguro que se debruça sobre riscos relacionados à responsabilidade de diretores, conselheiros, administradores, sócios-gerentes e afins deve fincar a sua base de sustentação sobre o Direito Civil e o Direito Societário. Para muito além disso, é comum observar questões controvertidas surgidas do Direito Administrativo, Penal,

---

<sup>55</sup> Informação disponível em

[http://www.revistacobertura.com.br/lermais\\_materias.php?cd\\_materias=16698&furl=-Unibanco-e-Bovespa-fecham-acordo-](http://www.revistacobertura.com.br/lermais_materias.php?cd_materias=16698&furl=-Unibanco-e-Bovespa-fecham-acordo-), acessado em 8.11.2016.

<sup>56</sup> Decreto-lei nº. 73, de 21.11.1966, artigos 78 et seq.

<sup>57</sup> Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro. § 1º Tão logo saiba o segurado das consequências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador. § 2º É defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador. § 3º Intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador. § 4º Subsistirá a responsabilidade do segurado perante o terceiro, se o segurador for insolvente.

Antitruste, Tributário, Trabalhista, Ambiental,<sup>58</sup> sempre adotando como norte a principiologia que, direta e imediatamente, emana da Constituição e se aplica às relações jurídicas.<sup>59</sup>

A reforçar o argumento relacionado à comentada carência jurídica, convém citar, ainda em caráter prefacial, a recente regulação normativa apresentada pela SUSEP – a Circular nº. 553, de 23.5.2017,<sup>60</sup> alguns julgados proferidos na última metade de 2017 provenientes do Superior Tribunal de Justiça e de diversos Tribunais estaduais,<sup>61</sup> os impactos

<sup>58</sup> A menção a essas diversas disciplinas jurídicas é meramente exemplificativa.

<sup>59</sup> O embate quanto à eficácia direta/imediata ou indireta/mediata das normas constitucionais às relações privadas é longo e complexo, além de não corresponder, exatamente, ao objeto da presente tese. Adota-se a posição que sustenta a eficácia direta/imediata por acreditar-se que a força e a densidade que compõem a axiologia constitucional não poderiam jamais ser reservadas ao preenchimento de lacunas ocasionalmente deixadas pelas leis infraconstitucionais, o que corresponderia a um enorme desperdício. Remete-se, por oportuno, entre tantos, aos escritos de J.J. Gomes Canotilho e Pietro Perlingieri. Embora Canotilho, no texto que se segue, não adote, expressamente, a eficácia direta/imediata, depreende-se de suas palavras essa interpretação: “[...] Até porque, neste campo, não se sabe bem quem transporta os mitos e interesses das narrativas majoritárias e quem tenta neutralizar ou subverter estas narrativas através das vozes dos *outsiders* minoritários. Dito por outras palavras: a récita pertence à Constituição e à sua ordem constitucional de direitos tendo como mensageiros os constitucionalistas ou a récita cabe ao direito privado e aos seus agentes oraculares? Colocar assim a questão, em termos de récitas e contra-récitas, de constitucionalistas e de civilistas, afigura-nos querer insistir em fotografia preto e branco quando, hoje, o mundo é o das cores naturais, mesmo quando a moda se desloque para “cores camaleônicas”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil. A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. In *Direito constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Org. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 113). E Pietro Perlingieri: “[...] É desnorteador, portanto, buscar no legislador o destinatário exclusivo das normas constitucionais, assim como é estéril discursar sobre a sua natureza política e não jurídica. O princípio da legalidade constitucional é um ponto fixo, um caminho obrigatório para o intérprete que pretenda reencontrar uma uniformidade de interpretação, utilizando as potencialidades implícitas no sistema jurídico, no respeito substancial ao mesmo e com um renovado positivismo que, não se identificando na simples reverência aos códigos, constitua um possível ponto de confluência metodológica.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 576-577).

<sup>60</sup> A publicação da Circular nº. 553, de 23.5.2017 foi precedida pela publicação das Circulares nº. 541, de 14.10.2016 e nº. 546, de 23.2.2017, esta responsável por determinar a suspensão da entrada em vigor da norma anterior pelo prazo de 90 dias. A Circular nº. 541, em virtude de diversos problemas de ordem técnica e jurídica identificados, acabou combalindo antes mesmo de vigorar.

<sup>61</sup> Convém mencionar, do Superior Tribunal de Justiça, o REsp. nº. nº. 1.601.555, Relator o e. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, v.u., j. 14.2.2017, a tratar, pela primeira vez, do *insider trading*, da violação ao dever fiduciário de lealdade e suas repercussões no âmbito do seguro *D&O*; do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: (i) a apelação cível nº. 0035225-17.2012.8.19.0209, Rel. o Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos, 18ª Câmara Cível, v.u., j. 11.10.2017, que cuidou da exclusão para atos conhecidos pelos segurados e não divulgados quando do preenchimento do questionário anterior à conclusão do contrato e (ii) a apelação cível nº. 0454890-88.2015.8.19.0001, Rel. o Des. Jessé Torres, 2ª Câmara Cível, v.u., j. 3.5.2017, que tratou da inexistência de cobertura decorrente do fato de a conduta do segurado não haver sido identificada como ato de gestão; do Tribunal de Justiça de São Paulo, a apelação cível nº. 543.194.4/9-00, Rel. o Des. Vito Guglielmi, 6ª Câmara de Direito Privado, v.u., j. 11.12.2008, sendo esse o primeiro acórdão que se tem conhecimento que, com profundidade e rigor, tratou do seguro *D&O* no Brasil.

decorrentes da tão alardeada “operação Lava-Jato”<sup>62</sup> e, do ponto de vista acadêmico, uma produção, no Brasil, consideravelmente tímida.<sup>63</sup>

A referida regulação normativa teve a finalidade de propiciar maior segurança jurídica ao mercado de seguros privados, designadamente a seguradoras, resseguradores, corretores de seguros e resseguros, além, é claro, de tomadores e segurados, mas, como perceber-se-á mediante o desenvolvimento da tese, ainda que a Circular nº. 553 seja consideravelmente melhor<sup>64</sup> do que a Circular nº. 541, a carência jurídica permanece.

---

<sup>62</sup> Em meio a tantas notícias relacionadas à “operação lava-jato” e ao seguro *D&O*, consultaram-se as seguintes: (i) “Lava-jato ajuda a divulgar e aperfeiçoar o seguro D&O”, disponível em <http://www.revistaapolice.com.br/2016/12/lava-jato-e-seguro-deo/>; (ii) “D&O – Operação lava-jato e o seguro D&O”, disponível em <https://linhasfinanceiras.com/2015/03/01/do-operacao-lava-jato-e-o-seguro-do/>; e (iii) “Depois da lava-jato, seguro fica mais caro para executivos”, disponível em <http://economia.estadao.com.br/noticias/governanca.com-lava-jato--seguro-para-empresas-fica-mais-caro,1702321>. Acessos à internet realizados em 4.3.2017. Chegou-se a alardear que o futuro do seguro *D&O* estaria em xeque, como consequência da elevada sinistralidade. A experiência havida nos Estados Unidos da América, com o desenvolvimento profundo deste contrato ao menos a partir dos anos 60 do século passado, revela que não há motivos para qualquer alarde; é comum observar ciclos de expansão e retração do contrato, a depender de diversas circunstâncias mercadológicas. O comentário é de Tom Baker e Sean J. Griffith: “All aspects of underwriting are affected by the cycle. In a hard market, underwriters become more selective, more interested in higher attachment points, less willing to offer high limits, less willing to negotiate contract terms, and able to command dramatically higher prices for what amounts to less coverage. The D&O insurance market went through this ‘hard’ phase in the mid-1980s and again in 2001- 2003. More recently, the D&O insurance market has been shifting to the ‘soft’ phase.” (BAKER, Tom. GRIFFITH, Sean J. *Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' & Officers' Liability Insurance Market*. In *The University of Chicago Law Review*. n.º. 74. 2007. p. 507. Disponível em [http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty\\_scholarship/52](http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/52), acessado em 28.3.2017).

<sup>63</sup> Até o momento em que esta tese foi redigida encontravam-se disponíveis no Brasil as seguintes monografias, classificadas em ordem alfabética: CARA, Marília de. *A aplicabilidade do seguro de responsabilidade de administradores e diretores no âmbito da administração das companhias*. 2013. 148f. Dissertação de mestrado. (Mestrado em direito comercial) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2013; FARIA, Clara Beatriz Lourenço de. *O seguro D&O e a proteção ao patrimônio de administradores*. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2015 e LACERDA, Maurício Andere Von Bruck. *O seguro dos administradores no Brasil: o D & O Insurance brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013. Curioso notar que nos Estados Unidos da América, país no qual a produção acadêmica a respeito do tema se revelou robusta, há quem diga o contrário: “In addition, although there is a superb literature on the tort liability crisis, little serious attention has been directed to D&O insurance in particular.” (ROMANO, Roberta. *What Went Wrong with Directors' and Officers' Liability Insurance?* In *Delaware Journal of Corporate Law*. v. 14. n.º. 1. 1989, p. 2). A crítica não merece acolhida, a considerar as múltiplas referências pesquisadas com vistas à elaboração desta tese.

<sup>64</sup> A atribuição do adjetivo ‘melhor’ decorre do reconhecido esforço do órgão regulador a fim de, após ouvir as críticas apresentadas por diversos órgãos representativos do mercado, apresentar na Circular nº. 553 texto que excluiu algumas ilegalidades e, além disso, normas sem qualquer sentido seja técnico ou jurídico, previstas na Circular nº. 541: “A Circular 541, tal como publicada, acabaria gerando a antítese às premissas acima pontuadas. A considerar o não oferecimento da cobertura para custos de defesa no âmbito da cobertura básica, o contrato de seguro *D&O* nasceria frágil demais, incapaz de absorver os riscos que, efetivamente, pesam sobre os ombros dos diretores e administradores de sociedades. No mesmo sentido, a impossibilidade de que as pessoas físicas pudessem contratar o seguro se mostrava na contramão do que vem sendo praticado há décadas em mercados mais desenvolvidos, podendo dizer-se o mesmo quanto à cobertura side C. Ainda que haja críticas à Circular nº. 553, podemos observar ao menos algum esforço por parte do órgão regulador no sentido de procurar entender os pontos arguidos pelo mercado e, assim, alterar a norma primitiva em diversos pontos. Teria sido melhor e menos dispendioso de tempo e energia se antes da publicação da Circular nº. 541 houvesse mais diálogo com o mercado

Analisando o exposto até aqui, justifica-se a elaboração desta tese à luz de três constatações importantes:

1ª. O mencionado ‘giro conceitual’<sup>65</sup> da responsabilidade civil ou, empregando locução mais recente, a chamada ‘erosão dos filtros tradicionais de reparação’,<sup>66</sup> objetivou a responsabilidade civil de maneira consideravelmente ampla, reforçando-se a tutela da vítima. Para muito além da objetivação, observa-se a imputação da responsabilidade preventiva bem como a responsabilização calcada em presunções de causalidade. Observa-se, também, uma maior severidade quanto ao regime de responsabilidade de diretores, administradores, conselheiros, sócios-gerentes, isto é, todos que exercem funções diretivas nas mais diversas espécies de sociedades, o que enseja a busca por mecanismos eficientes de transferência de risco financeiro e de reparação.

2ª. Por mais que a vítima ocupe a posição central no ordenamento jurídico brasileiro e que, para tanto, sejam empreendidas medidas legais as mais diversas, todo esse esforço poderá ser em vão se não houver reais mecanismos de reparação. Os referidos fundos públicos e os seguros obrigatórios atendem a essa função, mas, como se demonstrou, não dispõem da capacidade para absorver as demandas crescentes, designadamente no Brasil. O contrato de seguro, portanto, apresenta-se como uma resposta e, no âmbito do regime de responsabilidade de administradores, o seguro *D&O* tem utilidade incontestável.

3ª. Independentemente do desenvolvimento mercadológico do contrato de seguro *D&O*, traduzido na maior penetração junto ao empresariado brasileiro, verifica-se uma carência jurídica que acaba por gerar diversas lacunas. O desafio da tese, portanto, consiste em apresentar critérios que permitam preenchê-las, ou seja, é não deixar o leitor à sua própria sorte.

Dessa maneira, o capítulo 1 cuidará da definição da causa do contrato de seguro *D&O*, o que requer uma anotação importante. A tese, como concebida, não tem a pretensão de aprofundar o intenso e controvertido debate a respeito da causa, o que constituiu o objeto de

---

para debater essa norma, o que era aguardado há tanto tempo. Seja como for, a Circular nº. 553 é sensivelmente melhor do que a nº. 541.” (Permita-se referir a GOLDBERG, Ilan. *Comentários à Circular SUSEP nº. 553, de 23.05.2017, a respeito do seguro de responsabilidade civil para diretores/administradores de sociedades (D&O)*., disponível em <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Artigos-e-Noticias/Artigos-e-Noticias/Comentarios-a-Circular-SUSEP-nº-553-de-23-05-2017-a-respeito-do-seguro-de-responsabilidade-civil-para-diretores-administradores-de-sociedades-D-O.html>, visitado em 1º.3.2018. p. 10-11).

<sup>65</sup> Como visto na nota de rodapé nº. 18, é expressão cunhada por Orlando Gomes ainda durante a vigência do Código Civil de 1916, demonstrando a perspicácia do autor quanto ao porvir.

<sup>66</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. Op. cit. p. 11-12.

vastíssima produção acadêmica nacional e estrangeira.<sup>67</sup> Esclarece-se, de pronto, que a perspectiva adotada é aquela defendida por Salvatore Pugliatti,<sup>68</sup> que, observa na causa do contrato a sua mínima unidade de efeitos, ou, noutras palavras, a síntese de seus efeitos jurídicos essenciais.

Para definir a causa do contrato de seguro *D&O* entende-se necessário examinar, primeiramente, a causa do contrato de seguro (gênero). Ato contínuo, será definida a causa do contrato de seguro de responsabilidade civil, cujos elementos essenciais revelam alguma zona de interseção com o seguro *D&O*.

Definidas as causas dos contratos de seguro e do seguro de responsabilidade civil, será oportuno examinar um contrato de seguro específico que, embora inexistente no Brasil, detém uma relação de grande proximidade com o seguro *D&O*, qual seja, o seguro de proteção jurídica, desenvolvidíssimo na Europa. A similitude decorre da cobertura mais importante que é disponibilizada por esse seguro, qual seja, a transferência dos riscos financeiros do segurado ao segurador para custear as despesas decorrentes seja da propositura, seja da apresentação de defesa, em toda sorte de processos judiciais, administrativos e arbitrais.

O exame será realizado de maneira ‘vertical’, isto é, iniciando pelo gênero para chegar à espécie. Em primeiro lugar, examinar-se-á a causa do contrato de seguro; ato contínuo, a causa do contrato de seguro de responsabilidade civil; a seguir, a causa do contrato de seguro de proteção jurídica, para, então, definir a causa do contrato de seguro *D&O*.

O capítulo 2 cuidará do risco desse contrato, a partir da análise da responsabilidade de administradores. Aqui, cumpre fazer outra anotação importante: a tese não se dedica ao exame exclusivo desta disciplina no direito brasileiro, temática detidamente explorada pela doutrina no Brasil e no exterior.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> Entre outros títulos relacionados ao tema, remetemos aos seguintes: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia*. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2002; CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1959; MORAES, Maria Celina Bodin de. *A causa do contrato*. In *civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out-dez./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/>>. Data de acesso 5.4.2016 e *O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro*. In *Revista Forense*, v. 309, 1990; KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. 238 f. Tese de doutorado (Doutorado em direito civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009 e *Causa do contrato x função social do contrato*. In *Revista trimestral de direito civil* v. 43, jul/set, 2010. TORQUATO CASTRO. *Da causa do contrato*, Recife: Gráfica Jornal do Comércio, 1947.

<sup>68</sup> PUGLIATTI, Salvatore. *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951. p. 108-109.

<sup>69</sup> A título meramente ilustrativo, convém visitar as seguintes referências: ADAMEK, Marcelo Vieira von.

O objetivo consiste em examiná-la sob as luzes do contrato de seguro *D&O*, é dizer, de que maneira e com base em que critérios, a inobservância aos deveres fiduciários dos administradores, designadamente aqueles previstos na Lei nº. 6.404 de 15.12.1976, dentre os quais se destacam os deveres de diligência - art. 153 e de lealdade - art. 155, bem assim no Código Civil - art. 1.011, serão recebidas pelo referido contrato de seguro.<sup>70</sup>

Ainda quanto à convergência entre a responsabilidade de administradores e o seguro *D&O*, será a oportunidade para analisar a *business judgment rule* – no vernáculo – regra da decisão negocial – a fim de entender se e como a mesma foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro e em que medida se relaciona com esse contrato de seguro. A *business judgment rule* operaria como um anteparo à responsabilidade de administradores, um mecanismo de proteção complementar ao contrato de seguro *D&O* ou os campos de

---

*Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas)*. São Paulo: Saraiva, 2009; CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. São Paulo: Saraiva, 1998; COZIAN, Maurice ; VIANDIER, Alain. *Droit des sociétés*. 5. éd., Paris: Litec, 1992; EIZIRIK, Nelson. *Deveres dos administradores de S.A. Conflito de Interesses. Diretor de S.A. indicado para conselho de companhia concorrente*. In *Temas de direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; GOLDBERG, Mindy K. *The business judgment rule, due care and experts: how much information is enough?* Journal of Law and Commerce. Pittsburgh, v. 193, p. 241, Summ, 1987; LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A. Pressupostos, elaboração, aplicação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992; MORAES, Luiza Rangel de. *Business judgment rule e sua aplicação no direito brasileiro e na apuração de responsabilidade dos administradores de companhias abertas em processos administrativos sancionadores*. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 60/2013, p. 127-149, abr-jun 2013; MENEZES, Maurício Moreira Mendonça de. *Responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras*. In *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 25, 2004; PARGENDLER, Mariana. *Responsabilidade civil dos administradores e business judgment rule no direito brasileiro*. In *Revista dos Tribunais* v. 953/2015, p. 51-74, mar. 2015, entre outras.

<sup>70</sup> Lei nº. 6.404, de 15.12.1976. Dever de diligência. “Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.” Dever de lealdade. “Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado: I - usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo; II - omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia; III - adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir. § 1º Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários. § 2º O administrador deve zelar para que a violação do disposto no § 1º não possa ocorrer através de subordinados ou terceiros de sua confiança. § 3º A pessoa prejudicada em compra e venda de valores mobiliários, contratada com infração do disposto nos §§ 1º e 2º, tem direito de haver do infrator indenização por perdas e danos, a menos que ao contratar já conhecesse a informação. § 4º É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários.” O dever de diligência, no Código Civil, pode ser lido no art. 1.011. “Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.”

incidência seriam distintos? Também nesse capítulo haverá espaço para entender o escopo, semelhanças e diferenças existentes entre os contratos de indenidade e o seguro *D&O*.

Estudadas a causa do seguro *D&O* e a responsabilidade de administradores, haverá embasamento para apresentar, no capítulo 3, o regime jurídico do contrato, distribuindo-o nos quatro itens assim nomeados: (i) estrutura, (ii) contratação, (iii) coberturas e (iv) exclusões. Cada item cuidará dos principais problemas e questões controvertidas surgidas no exterior e no Brasil.

Iniciando pela estrutura, este item cuidará da possível obrigatoriedade com vistas à contratação do seguro *D&O*, de sua licitude, de sua operabilidade como instrumento de *compliance* e governança corporativa, da necessidade de amadurecimento e contextualização para que se possam introduzir as inovações provenientes do exterior, especialmente de países cujo sistema jurídico é o anglo-saxão. Observar-se-á o seguro *D&O* para além de um seguro de responsabilidade civil, a sua caracterização como um seguro destinado a grandes riscos, a aplicabilidade da disciplina do seguro por conta de terceiros,<sup>71</sup> e, por fim, o regime de contratação à base de reclamação com notificação.

Prosseguindo, será a oportunidade para, no item dedicado à contratação, cuidar da sua precificação e da controvérsia quanto ao pagamento do prêmio pela tomadora, em benefício dos administradores. Analisar-se-á a questão relativa à prestação de informações à seguradora como dever, trazendo-se notas sobre o questionário, bem como a respeito da cláusula de divisibilidade de declarações – em inglês, a *severability or innocent director clause*.

No item concernente às coberturas, será a oportunidade para examinar o custo de defesa e a indenização. Em que medida o tratamento empregado à disciplina das despesas de prevenção e salvamento (Código Civil, art. 771, § único c/c 779) seria aplicável à cobertura para o custo de defesa?<sup>72</sup> Observando a experiência estrangeira, tanto nos Estados Unidos da América quanto na Europa, serão verificadas as duas principais formas por meio das quais a cobertura para o custo de defesa se apresenta, quais sejam, o dever de defesa (*duty to defend*)

---

<sup>71</sup> Código Civil. Art. 767. No seguro à conta de outrem, o segurador pode opor ao segurado quaisquer defesas que tenha contra o estipulante, por descumprimento das normas de conclusão do contrato, ou de pagamento do prêmio.

<sup>72</sup> Código Civil. Art. 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências. Parágrafo único. Correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento consequente ao sinistro. Art. 779. O risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou consequentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa

e o dever de indenizar os custos havidos pelo segurado (*duty to indemnify*) e, assim, em que medida a rica experiência estrangeira pode ser transposta ao direito brasileiro.

As coberturas para custo de defesa e indenização se distribuem em três faces (em inglês, *sides*) distintas, quais sejam, a coberturas A (custeio da defesa diretamente efetuado pela seguradora aos segurados), B (reembolso, junto à seguradora, dos custos havidos pela sociedade com a defesa dos segurados) e C (reclamações dirigidas contra a própria sociedade, decorrentes de um ato de gestão dos administradores segurados). Os problemas alusivos aos limites e à alocação serão apresentados, bem como critérios capazes de resolvê-los. O item será finalizado com considerações a respeito da cobertura para as multas civis, administrativas e penais.

O quarto e último item cuidará das exclusões. Abordar-se-á, inicialmente, a equiparação da culpa grave ao dolo. Ao tratar da exclusão para a conduta dolosa, estudar-se-á o dolo próprio do contrato de seguro *D&O*, à diferença de outros tantos contratos de seguro. Também aqui será oportuno comentar a respeito dos efeitos da conduta dolosa de um administrador quanto aos demais administradores. Na sequência, verificar-se-á a exclusão sob a perspectiva da insolvência da tomadora, reservando-se à parte final o exame da presunção de inocência do segurado, da necessidade de decisão final condenatória e da antecipação dos custos de defesa. A conclusão do item aponta outras formas para examinar a questão imediatamente anterior, seja pelo ângulo da delimitação do risco segurado, dos efeitos da fraude quanto ao não nascimento de direitos, da inexistência de seguro diante de condutas dolosas e, por fim, algumas considerações quanto à ordem pública e à licitude do objeto.

Em síntese, a tese é atual, inédita no Brasil e, acredita-se, formula critérios que serão úteis à solução dos problemas narrados.



## 1. A QUALIFICAÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO D&O A PARTIR DO EXAME DE SUA CAUSA

As discussões jurídicas a respeito da causa<sup>73</sup> no ordenamento jurídico brasileiro são antigas e o único denominador comum alcançado até a presente data é que, justamente, não há uma teoria capaz de sintetizar ou identificar aquela que melhor examine a questão.<sup>74</sup>

Buscando estabelecer cronologicamente como essas teorias surgiram,<sup>75</sup> a primeira a ganhar relevo foi a que observava a causa em seu matiz subjetivo, isto é, empregando acentuada importância à manifestação volitiva das partes. Notabilizaram-se à época as obras de Henri Capitant e Planiol-Ripert.<sup>76</sup>

A essa teoria foram opostas críticas sobretudo a considerar que as motivações pessoais apresentariam um campo vastíssimo, sendo absolutamente certo que nem todo elemento volitivo é, verdadeiramente, relevante à formação de um negócio jurídico.<sup>77</sup>

<sup>73</sup> Entre tantos títulos relacionados ao tema, refere-se aos seguintes: MORAES, Maria Celina Bodin de. *A causa do contrato*. In *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out-dez./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/>>. Data de acesso 5.4.2016 e *O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro*. In *Revista Forense*, v. 309. 1990; CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1959; TORQUATO CASTRO. *Da causa do contrato*. Recife: Gráfica Jornal do Comércio, 1947; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002; KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. 238 f. Tese de doutorado (Doutorado em direito civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009; PENTEADO, Luciano de Camargo. *Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros*. In *Revista de Direito Privado*, n. 20, out./dez. 2004, p. 235-265, assim como *Doação com encargo e causa contratual*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

<sup>74</sup> Maria Celina Bodin de Moraes cita um pitoresco comentário de Giovanni Batista Ferri que assinala essa dificuldade. O autor, depois de considerar aceitáveis as inúmeras teorias e, todas, também, pouco convincentes, concluiu ser a opção por uma ou outra teoria mais uma questão de gosto do que de lógica. (FERRI, Giovanni Batista. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1966. p. 68).

<sup>75</sup> Este percurso histórico encontra-se minuciosamente descrito por Luiz Díez-Picazo. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6 ed., v. 1º. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007. p. 266-270.

<sup>76</sup> CAPITANT, Henri Lucien. *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*. 3 ed. Paris : Dalloz, 1927. A propósito da causa de viés subjetivo, convém remeter também à obra de TERRÉ, François. *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*. Paris : LGDJ, 1957. t. II.

<sup>77</sup> Por sua relevância ao desenvolvimento da teoria causalista de matiz subjetivo na França a remissão a Louis Josseland é obrigatória. *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*. Paris : Dalloz, 1928. p. 140 et seq. As manifestações de vontade – as intenções das partes – referem-se à previsão do art. 112 do Código Civil (artigo 85 do Código Civil de 1916) que, embora sinalizem para uma preponderância da intenção sobre a literalidade da linguagem, recebem a crítica da doutrina porque as meras intenções não se materializam juridicamente. Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira afirma: “A vontade constitui o núcleo do negócio jurídico e, em princípio, há de ser prestigiada. Não se pode, porém, dar prevalência ao que foi apenas objeto da cogitação do agente, se não se verificou a correspondente manifestação. Não há como penetrar em seu psiquismo. A importância do elemento volitivo requer que a ele se dê preponderância, quando confrontado com o que

Importantíssima também foi a contribuição italiana a respeito da matéria, cujo principal expoente foi Emilio Betti.<sup>78</sup> Betti descreveu a teoria da causa numa amplitude consideravelmente maior do que aquela estudada pelos franceses, ao buscar, para além do elemento meramente volitivo e que se relacionava diretamente com a formação da obrigação em si, a razão lógica, objetiva, com vistas à realização de determinado negócio jurídico, isto é, uma perspectiva mais dirigida ao contrato a ser firmado concretamente pelas partes. Esse racional objetivo, por sua vez, dialogaria diretamente com a sua função econômico-social.

Entre outras oposições dirigidas à teoria objetiva de Betti, os críticos, essencialmente, não conseguiam conceber de que maneira a vontade específica das partes poderia tocar ou harmonizar-se com a função econômico-social do contrato. Ora, se a acepção meramente volitiva deveria ser descartada posto que insuficiente à concepção do negócio jurídico, o que

---

resultaria apenas do sentido literal da linguagem, eventualmente não o refletindo com exatidão. Não há como, entretanto, desprezar o que foi declarado, e isso a norma procurou deixar claro, adotando redação diversa da constante do artigo 85 do Código de 1916. À intenção se reconhecerá primazia, mas não ao elemento puramente psíquico, carente de exteriorização. A ela se atenderá, mas enquanto possa ser extraída da declaração em que consubstanciada. Isso o que a lei deixa explícito, embora assim já se interpretasse o direito anterior, ainda que menos claro quanto ao ponto. Espancou-se qualquer dúvida que pudesse surgir. Mais uma vez, homenageou-se a teoria da confiança. Moreira Alves (*A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 108), a quem coube a redação da Parte Geral do novo Código, salienta, exatamente, que o dispositivo teve por escopo ficasse expresso que se atenderá ao consubstanciado na declaração, e não ao querer íntimo do declarante, e invoca ensinamento de Espíndola que assim já interpretava o texto de 1916. Não é outro o ensinamento de Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*. t. 3. Campinas: Bookseller, 2001. p. 375-377), de que uma vez mais nos valem: “É preciso que o querido esteja na manifestação; o que não foi manifestado não entra no mundo jurídico; o simples propósito, que não se manifestou, não pode servir para a interpretação. A vontade, ainda que buscada segundo o art. 85, há de estar dentro, não fora, nem, com maioria de razões, contra o que se manifestou. A descida em profundidade é dentro das raias do manifestado.” (OLIVEIRA, Eduardo Andrade Ribeiro de. *Comentários ao novo Código Civil: dos bens, dos fatos jurídicos, do negócio jurídico, disposições gerais, da representação, da condição, do termo e do encargo*. v. II. Arts. 79 a 137. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 247-249). Luciano de Camargo Penteadado também apresenta uma crítica à doutrina de Capitant, fazendo-o com amparo em lições do professor Antônio Junqueira de Azevedo: “Capitant, várias vezes em sua obra, diz que tal ou qual dificuldade no campo do direito se resolve mediante o apelo à doutrina da causa, v., por exemplo, *De la causa des obligations (contrats, engagements unilateraux, legs)*. 3 ed. Paris: Dalloz, 1927. p. 225. É interessante a observação de um autor mencionado em aulas pelo professor Antônio Junqueira de Azevedo, que diz que a obra de Capitant é muito importante para aprender diversas noções de direito das obrigações, menos a de causa. Embora um pouco exagerada, tem sua razão de ser a observação. O grande mérito desta obra francesa, além do amplo estudo da jurisprudência, é o estudo histórico da causa. O mencionado autor tem uma visão da causa mais próxima à noção de fim do negócio jurídico, e, por sua não especificidade, prefere-se empregar aqui causa em outro sentido, que é o de razão determinante da obrigação jurídica contratual. Também julga que o grande jurista francês confunde os sentidos da palavra causa. GORLA, Gino. *El contrato (Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico)*. Trad. José Ferrandis Vilella. Barcelona: Bosch, 1959. t. I (Exposición general), p. 44, nota 1. (p. 176).

<sup>78</sup> BETTI, Emilio. *Causa del negozio giuridico. Novissimo Digesto Italiano*. 3 ed. Torino: Utet, 1957. p. 32.

dizer dos elementos compositores da função econômico-social, invariavelmente de feição metajurídica?<sup>79</sup>

Com críticas às teorias subjetiva e objetiva,<sup>80</sup> ganhou revelo a teoria desenvolvida por Salvatore Pugliatti,<sup>81</sup> cujo mote consistia em atribuir à causa a função exclusivamente jurídica a que se propõe o negócio em si. Pugliatti apregou também as perspectivas abstrata e concreta da causa, a primeira visando a chamada mínima unidade de efeitos do negócio e a segunda os efeitos práticos gerados pelo mesmo. Para fins de se compreender a síntese dos efeitos jurídicos essenciais de determinado contrato, cumpriria ao intérprete verticalizar o exame, isto é, deixar de lado os aspectos meramente abstratos (causa em sentido abstrato) como, exemplificativamente, o nome ou o rótulo atribuídos a um dado contrato para entender, no caso concreto, quais eram os efeitos jurídicos propostos (causa em sentido concreto).

Ainda em conformidade com a posição *pugliattiana*, o problema da causa encontrar-se-ia na necessária harmonia entre a vontade dos sujeitos e o arranjo legal previamente estabelecido pela norma – o chamado ‘filtro de juridicidade’.

Desde uma perspectiva positivista, o Código Civil brasileiro, divergindo dos Códigos Civis francês, italiano e espanhol, não é causalista, isto é, não adota a causa como elemento necessário à validade do negócio jurídico.<sup>82</sup> Este tema, na vigência do Código Civil de 1916,

---

<sup>79</sup> Quanto à crítica da posição Bettiana, refere-se a GORLA, Gino. Op. cit. p. 259. Luciano de Camargo Penteado sintetiza a crítica à causa como função econômico-social da seguinte forma: “Ao lado disso, muitos negócios são praticados, não em função de um interesse econômico, mas porque tem um valor em si. O campo das liberalidades, como se verá, é extremamente fértil nessa perspectiva em exemplos de promessas cujos interesses não são econômicos, mas de cunho social, religioso, artístico ou cultural. [...] O próprio texto constitucional brasileiro reconhece um espaço privado de livre atuação. Esse é um dos fundamentos da própria noção de Estado Moderno. A existência de uma ordem privada com autonomia, no sentido de capacidade de criar direito novo, mostra que nem todo contrato nasce e se cumpre amparado por uma função econômica ou social previamente determinada.” (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. 2 ed. São Paulo: RT, 2013. p. 110).

<sup>80</sup> A suma da crítica apresentada à causa subjetiva e à causa – função econômico social – é apresentada por Camargo Penteado: “Se a causa ilícita ou causa-motivo subjetivo é uma teoria fruto de retroversão, uma justificativa do presente pelo passado (em analogia com os exercícios de língua clássica), a causa-função é uma superversão, que na linguagem odontológica consiste em uma anomalia na qual o dente se projeta para além de sua linha de crescimento natural”. (Ibid. p. 111-112).

<sup>81</sup> PUGLIATTI, Salvatore. *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951. p. 109 e *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici. Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951. p. 90.

<sup>82</sup> Os Códigos Civis espanhol - art. 1274. “En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.” - francês - art. 1108. “Quatre conditions sont essentielles pour la validité d’une convention : Le consentement de la partie qui s’oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l’engagement ; Une cause licite dans l’obligation.” ; na reforma do *Code* promulgada em 2016, não se observa referência legislativa específica - e italiano - art. 1.325. “Indicazione dei requisiti. I requisiti del contratto sono:

foi objeto de comentário do próprio Clóvis Bevilacqua que a reputava desnecessária, partindo da premissa de que sua inclusão no *Code* teria derivado de um erro quanto à utilização do vocábulo *cose*, cujo significado real estaria relacionado à palavra ‘coisa’ e não à ‘causa’.<sup>83</sup>

Independentemente de não ser expressamente causalista, não há como deixar de considerar a relevância da causa como uma ferramenta útil a ser aplicada para fins de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro. Uma passagem sarcástica de Pontes de Miranda já dizia que ignorar a relevância da causa no âmbito dos contratos equivaleria à situação do professor de obstetrícia que, ao entrar na sala de parto, exigisse às parturientes que todas as crianças deveriam nascer sem pernas!<sup>84</sup>

Comenta-se a respeito da relevância da causa porque é seu desiderato fazer a filtragem entre a pura vontade das partes e os espaços disponibilizados pelo ordenamento jurídico. Sob a incidência das normas extraídas dos artigos 187, 421 e 2.035, parágrafo único do Código Civil de 2002, a autonomia privada,<sup>85</sup> espelhada na força obrigatória dos contratos (*pacta sunt*

1) l'accordo delle parti (1326 e seguenti, 1427); 2) la causa (1343 e seguenti); 3) l'oggetto (1346 e seguenti); 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità (1350 e seguenti) – são causalistas. Além do brasileiro, os Códigos português e alemão não são causalistas, atribuindo-se ao alemão a característica de ser o mais anticausalista de todos. (KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. 238 f. Tese de doutorado (Doutorado em direito civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. p. 14).

<sup>83</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *A causa do contrato*. In *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out-dez./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/>, à p. 8, trouxe a explicação de Bevilacqua nos seguintes termos: “Trabalhos da Comissão Especial, vol. V, p. 354-356, onde se encontra a resposta de Clovis à crítica de Amaro Cavalcanti quanto à ausência, no Projeto, do elemento causal. P. Barbosa de Campos Filho. O problema da causa, cit., p. 30, assim expõe aquela resposta: “Sustentou Clóvis arrimando-se na conhecida afirmação de Huc, que a noção havia entrado para o Código Napoleão em virtude de verdadeiro *qui pro quo* filológico. Ainda no século XIII quisera dizer Beaumanoir que não se constituía obrigação sem objeto, ou sem que o tivesse lícito. E empregara para isso, o termo *cose*, do francês anterior ao de Racine, no sentido comum de ‘cousa’ material, ou de *res*. O termo, porém, nas expressões *sans cose*, ou *sur cose illicite*, juristas posteriores o teriam traduzido por ‘causa’, ensejando a Domat oportunidade e elementos para a complicada teoria que então construiu, tivesse embora, para isso, que torturar e deformar os textos romanos”. Cf. BEVILACQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. 5 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1940. p. 159-160 e *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. I, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1926. p. 339.

<sup>84</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. 3 ed. t. 3. São Paulo: RT, 1984, p. 100.

<sup>85</sup> É muito comum encontrar o uso das expressões autonomia privada e autonomia da vontade como se fossem idênticas. Opta-se pela autonomia privada pelas seguintes razões: “A autonomia da vontade é a expressão do capitalismo burguês agrário do século XIX. Estreitamente ligada ao individualismo liberal e iluminista, tem por consequência principal, no campo do direito, a perquirição da validade do consentimento, está ligada à ideia de liberdade contratual como uma capacidade normativa garantida ao particular diante do Estado. Já a autonomia privada, expressão do capitalismo que se desenvolveu a partir da segunda Revolução Industrial, tem mais em conta os atos jurídicos como fenômenos sociais de massa que interessam a todos e que, portanto, devem estar submetidos ao controle estatal, por meio de instrumentos de política econômica, como o dirigismo contratual exercido por meio de padronização de cláusulas contratuais. Está relacionada à noção de normas para regular interesses. No direito internacional privado está relacionada com a escolha da lei aplicável.” (SALOMÃO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: LTR, 1996. p. 87). No mesmo sentido Antônio

*servanda*) cuja época áurea foi vivida nos idos do Código de 1916, passou a carecer de compatibilização com princípios outros, de envergadura socialmente relevante e que, por isso e em razão disso, tornam-se merecedores de tutela.

A causa, assim, entre outras funções relevantes, funciona como o filtro que justamente retira os excessos, as impurezas de que pode revestir-se a vontade das partes em sua plenitude para, mediante essa conformação, amoldá-la ao ordenamento jurídico empregando-lhe juridicidade.<sup>86</sup> Essa posição é defendida pela doutrina de maneira bastante uniforme, reproduzindo-se, nesse contexto, a lição de Luis Díez-Picazo:

El problema central de la causa, tal como nosotros lo entendemos, es el problema de un control social, o si prefiere, un control por el ordenamiento jurídico de la autonomía privada. Las partes no se obligan, no se vinculan, no establecen entre ellas una reglamentación o una organización de sus intereses sólo por el solo hecho de que quieren hacerlo libre y espontáneamente. No se obligan porque quieren obligarse, es preciso que, al hacerlo, den cauce a intereses que el ordenamiento jurídico considere como legítimo y que los resultados que buscan establecer lo sean también desde el punto de vista del ordenamiento jurídico.<sup>87</sup>

Considerando o quanto exposto a respeito das diferentes teorias que se propõem ao estudo da causa, entende-se que aquela defendida por Salvattore Pugliatti é a que, ontologicamente, apresenta-se vinculada à qualificação efetivamente jurídica dos negócios que examina. Por mais que os elementos extrajurídicos sejam importantes, o momento em que se qualifica o negócio, em que se observam os seus efeitos jurídicos essenciais, requer que os olhos do intérprete estejam voltados para esse norte específico, o que justifica a presente opção.

---

Junqueira de Azevedo. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. São Paulo: S.C.P., 1986. p. 77-78.

<sup>86</sup> Maria Celina Bodin de Moraes observa, essencialmente, três papéis distintos à causa: “i) serve a dar juridicidade aos negócios, em especial a contratos atípicos, mistos e coligados; ii) serve a delimitá-los através do exame da função que o negócio irá desempenhar no universo jurídico; iii) serve, enfim, a qualificá-los, distinguindo seus efeitos e, em consequência, a disciplina a eles aplicável.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *A causa do contrato*. In *civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out-dez./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/>>. Data de acesso 5.4.2016. p. 12).

<sup>87</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6 ed. v. 1º. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007. p. 275. Em tradução nossa: “O problema central da causa, tal como nós o entendemos, é o problema de um controle social, ou se se prefere, um controle da autonomia privada pelo ordenamento jurídico. As partes não se obrigam, não se vinculam, não estabelecem entre elas uma regulamentação ou uma organização de seus interesses apenas porque querem fazê-lo livre e espontaneamente. Não se obrigam porque querem obrigar-se, é preciso que, ao fazê-lo, motivem interesses que o ordenamento jurídico considere legítimos e que os resultados que buscam estabelecer também o sejam desde o ponto de vista do ordenamento jurídico.”

## 1.1 A causa do contrato de seguro

À luz de tudo quanto se expôs a propósito da causa como a síntese dos efeitos jurídicos essenciais de um determinado negócio jurídico, passa-se ao exame da causa do contrato de seguro o que se faz, em primeiro lugar, analisando o enunciado normativo previsto no art. 757 do Código Civil.

Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

O enunciado, no *caput*, apresenta o nexos de corresponsabilidade entre a prestação do tomador-segurado, qual seja, o pagamento do prêmio, e a contraprestação da seguradora – a chamada obrigação de garantia – na qual, conforme se explicou, embute-se o pagamento da soma segurada, condicionado à ocorrência do sinistro.<sup>88</sup> Para além do nexos de corresponsabilidade, a obrigação de garantia apresenta como objeto o interesse legítimo do tomador-segurado contra riscos predeterminados. O parágrafo único acrescenta a nota de empresarialidade, a considerar que somente poderá ser seguradora entidade para tal fim legalmente autorizada.

O exame do (i) nexos de corresponsabilidade entre prêmio e obrigação de garantia, (ii) do interesse legítimo do segurado relativo à pessoa ou à coisa contra riscos predeterminados, e da (iii) empresarialidade faz transparecer os elementos essenciais do contrato de seguro, quais sejam, o risco, o interesse legítimo, e o mutualismo. É conhecido o posicionamento

---

<sup>88</sup> “A garantia, enfim, porque constitui o seu precípua objeto, a prestação principal, ora dispondo o Novo Código – art. 757: ‘Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados’ -, sepultando, assim, as antigas concepções que classificavam o seguro entre os contratos aleatórios. Pelo contrário, o seguro instaura relação comutativa, pela qual uma das partes (segurado) presta o prêmio e a outra (segurador) presta a garantia contra os riscos.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé e o seguro no Novo Código Civil Brasileiro - virtualidades da boa-fé como regra e como cláusula geral*. In *III Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho”*. São Paulo: IBDS-EMTS, 2003. p. 57. Também nesse sentido Ernesto Tzirulnik et al. *O contrato de seguro de acordo com o novo código civil brasileiro*. 3 ed. São Paulo: IBDS/Roncarati, 2016. p. 45-46, Walter Polido. *Contrato de seguro: a efetividade do seguro ambiental na composição de danos que afetam direitos difusos*. In *Revista de Direito Ambiental* n.º. 45. São Paulo: RT, jan-mar. 2007. BRUCK. *Das privatversicherungsrecht*. Mannheim-Berlin, 1930. p. 59 e RIVAROLA, Mario A. *Tratado de derecho comercial*. v. IV. Buenos Aires, 1938. p. 253, 283 e 284). FARENGA, Luigi. *Manuale de diritto delle assicurazioni private*. 5 ed. Torino: G. Giappichelli, 2016. p. 15-16. Vivante chegou a se inclinar por esse posicionamento, mas, posteriormente, voltou a defender a aleatoriedade.

doutrinário que também inclui o prêmio e a obrigação de garantia,<sup>89</sup> havendo, inclusive, aqueles que incluem a este rol a boa-fé,<sup>90</sup> porém, ao refletir sobre aquilo que, efetivamente, diferencia o contrato de seguro de outros contratos ditos de garantia como, por exemplo a fiança, cartas de crédito etc. é que se faz a presente opção.

Expressamente, a partir do que prevê o art. 757, o contrato de seguro reúne o trio composto por risco, interesse legítimo e mutualismo de uma maneira singular, sendo certo que esses três elementos compõem a sua causa, o que será especificamente exposto a seguir. Nesta linha, para que se delimite a causa, convém, primeiramente, observar os seus três partícipes.

### 1.1.1. Risco

O risco é um elemento essencial para o contrato de seguro por uma questão muito simples: se não houver risco, o seguro, como contrato que o alberga, perde a sua razão de existir.<sup>91</sup> No capítulo dedicado ao contrato de seguro, que compreende os artigos 757 a 802 do Código Civil, vale lembrar de uma das poucas punições impostas à seguradora que, ciente da

---

<sup>89</sup> “Como visto, a doutrina encontra, nos contratos de seguro, alguns elementos essenciais: o binômio segurador/segurado, o risco, o prêmio e a indenização”. (CAVALCANTI, Bruno Novaes Bezerra. *O contrato de seguro e os seus elementos essenciais*. In *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. Bauru, v. 40, n. 45, p. 233-256, jan./jun. 2006. p. 235).

<sup>90</sup> “Quais são os elementos essenciais do seguro? São três: o risco, a mutualidade e a boa-fé. Esses elementos formam o tripé do seguro, uma verdadeira trilogia, uma espécie de santíssima trindade”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *A trilogia do seguro*. In *Anais do I Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho”*. São Paulo: IBDS, 2001. p. 85-97).

<sup>91</sup> “El riesgo es ele eje vertebral del contrato de seguro, ayuda a definirlo, le dota de contenido y esencia”. (VEIGA COPO, Abel B. *El riesgo en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el riesgo*. Cizur Menor: Civitas, 2015. p. 21). No mesmo sentido Vincenzo Ferrari: “L’esistenza del rischio è, quindi, indispensabile perché il contratto possa sorgere validamente, e la sua permanenza è il presupposto irrinunciabile perché possa produrre i propri effetti nel tempo, determinandone, il venire meno, lo scioglimento.” (FERRARI, Vincenzo. *I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita*. Collana: *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*. Sezione IV: Autonomia negoziale. Diretto da PERLINGIERI, Pietro. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 20). E Luigi Farença: “Dunque il rischio è comunque l’elemento fondamentale di qualunque contratto di assicurazione, e la sua mancanza produce la nullità del contratto (art. 1.895, c.c.), configurandosi quale elemento causale dello stesso”. (FARENGA, Luigi. *Manuale de diritto delle assicurazioni private*. 5 ed. Torino: G. Giappichelli, 2016. p. 150). Por oportuno, o artigo 1.895 do Código Civil Italiano dispõe: “Inesistenza del rischio. Il contratto è nullo (1418 e seguenti) se il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto.”

inexistência do risco, ainda assim emite a apólice. Segundo o disposto no art. 773,<sup>92</sup> caberá à seguradora que assim o fizer o pagamento do prêmio em dobro ao tomador-segurado.

O risco é a matéria-prima à consecução do contrato de seguro. Se a sociedade em que se vive fosse perfeitamente equilibrada e não houvesse problemas os mais variados que perpassam sobre todas as camadas sociais, culturais, religiosas, étnicas, se não houvesse problemas decorrentes da criminalidade, do desenvolvimento da ciência, da utilização da internet, se o simples fato de viver não fosse em alguma medida arriscado, o contrato de seguro perderia a sua razão de ser.

Mas, o mundo real é bem diferente do maravilhoso mundo de Walt Disney.<sup>93</sup> Biotecnologia, nanotecnologia, fertilização *in vitro*, desenvolvimento de pesquisas em células-tronco, cultivo de alimentos transgênicos, clonagem, exploração e desenvolvimento de variadas formas de energias (eólica, nuclear, solar) e de tecnologia com vistas à exploração de petróleo em águas profundas na camada do pré-sal, aquecimento global, catástrofes naturais, riscos eletrônicos (vírus, *spam*, ataques cibernéticos), danos ambientais, sociais, pela perda de tempo, pela perda da chance, entre tantos outros, revelam que na sociedade atual o simples ato de viver traz em si uma considerável dose de risco.

As inovações são tantas e tão velozes que se trata, inclusive, da chamada destruição criativa, desenvolvida por Joseph Schumpeter.<sup>94</sup> Schumpeter defendia que o desenvolvimento seria proporcionado pelo constante processo de destruição com viés criativo, ou seja, seria preciso destruir (gerando algum risco) para construir.

O ser humano, hoje, vive de maneira muito diferente se comparada à realidade havida nos séculos XIX e XX. Abstratamente comparando, alimenta-se mal, respira um ar de pior qualidade, sofre com sedentarismo e com doenças que outrora não existiam – novíssimos

---

<sup>92</sup> Código Civil, art. 773. O segurador que, ao tempo do contrato, sabe estar passado o risco de que o segurado se pretende cobrir, e, não obstante, expede a apólice, pagará em dobro o prêmio estipulado.

<sup>93</sup> Numa alusão ao genial empreendedor norte-americano Walter Elias Disney ou, como é notoriamente conhecido, Walt Disney, responsável pela criação de um dos maiores conglomerados de entretenimento do mundo. Uma referência à sua biografia encontra-se disponível em <https://www.biography.com/people/walt-disney-9275533>, visitado em 21.6.2018.

<sup>94</sup> Para uma compreensão sintética a respeito da teoria desenvolvida por Joseph Schumpeter transcreve-se o trecho a seguir: “Creative destruction refers to the incessant product and process innovation mechanism by which new production units replace outdated ones. This restructuring process permeates major aspects of macroeconomic performance, not only long-run growth but also economic fluctuations, structural adjustment and the functioning of factor markets. Over the long run, the process of creative destruction accounts for over 50 per cent of productivity growth. At business cycle frequency, restructuring typically declines during recessions, and this add a significant cost to downturns. Obstacles to the process of creative destruction can have severe short and long-run macroeconomic consequences.” Fonte: <http://economics.mit.edu/files/1785>, acessado em 2.6.2015.



vírus e superbactérias – e com a concorrência acirradíssima seja no trabalho, no ambiente acadêmico ou até mesmo no seio familiar.

Definitivamente, não há como escapar a essa dura realidade. Obrigatória, aqui, a referência à constatação de Ulrich Beck,<sup>95</sup> por ocasião da publicação de seus estudos a respeito da denominada ‘sociedade de risco’, risco aqui proveniente de fontes voluntárias e involuntárias, relacionados, assim, a condutas do próprio homem e a fatos da natureza:

Essa mudança categorial deve-se simultaneamente ao fato de que, a reboque das forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de modernização, são desencadeados riscos e potenciais de autoameaça numa medida até então desconhecida. [...] Argumentando sistematicamente, cedo ou tarde na história social começam a convergir na continuidade dos processos de modernização as situações e os conflitos sociais de uma sociedade que ‘distribui riqueza’ com os de uma sociedade que ‘distribui riscos’. [...] Quem – como Colombo – saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos. Estes eram, porém, riscos pessoais, e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda a humanidade com a fissão nuclear ou com o acúmulo de lixo nuclear. A palavra ‘risco’ tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da vida na Terra.

Sob as luzes da constatação de Beck, o contrato de seguro se apresenta como o “antídoto” disponível à pessoa humana poder lidar com o risco, para poder, ainda que apenas financeiramente, transferi-lo àquele que, tecnicamente, reúne condições de absorvê-lo, viabilizando assim o processo contínuo de desenvolvimento da sociedade.

Afirma-se que a transferência do risco se opera financeiramente porque, a bem da verdade, o risco em si permanece na órbita do próprio tomador-segurado. No seguro-automóvel, residencial ou de acidentes pessoais, o risco materializado, isto é, o sinistro, efetivamente tocará no interesse legítimo do tomador-segurado. O automóvel poderá ser totalmente destruído, o mesmo valendo à residência ou à integridade física da pessoa humana. Por essa razão deve-se tratar da transferência do risco financeiro por força do referido nexos sinalagmático, e não do risco em si.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34. 2011. p. 23-25. Nesse mesmo sentido Anthony Giddens – chama o risco criado pelo homem de “risco manufaturado”. “A preocupação com o risco na vida social moderna não tem nada a ver diretamente com a prevalência de perigos para a vida. Ao nível da existência do indivíduo, em termos da expectativa de vida e do grau de liberdade em relação à doença séria, as pessoas nas sociedades desenvolvidas estão numa posição muito mais segura do que a maioria em épocas anteriores.” (GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 109).

<sup>96</sup> É muito comum observa-se na doutrina autores que defendem a transferência do risco, deixando de especificar que, na realidade, o risco passível de transferência é o financeiro. O risco, em si, permanecerá na esfera do tomador-segurado que, como consequência do sinistro, realmente poderá perder a sua casa, o seu carro, sofrer uma ação judicial etc. Exemplificativamente, veja-se a assertiva de Comparato: “A obrigação de garantia é

Se não houvesse meios para se operar essa transferência dos riscos financeiros que pesam sobre os tomadores-segurados, fatalmente haveria menor investimento em inovação<sup>97</sup> e, do ponto de vista de diretores, conselheiros e administradores, seria cada vez menor o número de pessoas realmente dispostas a colocar os seus patrimônios pessoais em xeque como condição para assumir funções diretivas nas mais diversas sociedades.

Feitas estas breves considerações abstratas sobre o risco como matéria-prima<sup>98</sup> para o contrato de seguro, passa-se a, aprofundando o exame, observar qual, especificamente, é o risco que interessa ao contrato de seguro.<sup>99</sup>

Para que o risco seja passível de subscrição no contrato de seguro, é fundamental compreender que este não poderá emanar de conduta dolosa do tomador-segurado,<sup>100</sup> dolo aqui entendido como a conduta deliberada, intencional, na qual se observa a malícia, a má-fé, que é contrária à boa-fé subjetiva.<sup>101</sup>

aquela que consiste na eliminação de um risco que pesa sobre o credor, independentemente de sua concretização.” (COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito*. São Paulo: RT, 1968. p. 101).

<sup>97</sup> É a constatação de Barry Ostrager e Mary Kay Vyskocil, cujo exame se ateve à necessidade de que riscos considerados não atrativos também sejam subscritos. O exemplo refere-se ao desenvolvimento de uma nova droga pela indústria farmacêutica. Se não houver seguro para os riscos decorrentes do desenvolvimento desta atividade, das duas uma: ou a indústria cobrará um preço final caríssimo pelo produto ou descontinuará a sua produção. “The unavailability of insurance for unattractive risks would undoubtedly have serious social consequences. For example, a drug manufacturer that was unable to obtain third-party liability insurance for a new, desperately needed drug would, in the absence of liability coverage, be forced either to self-insure by changing a vastly higher price for the drug or to discontinue manufacture of the drug altogether.” (OSTRAGER, Barry; VYSKOCIL, Mary Kay. *Modern reinsurance law and practice*. Little falls: Glasser legal Works, 1996. p. 1-11).

<sup>98</sup> Registra-se um dado curioso a respeito do número de vezes em que o vocábulo risco encontra-se citado nos 46 (quarenta e seis) artigos que compõem o capítulo XV do Código Civil. São, no total, 15 (quinze) oportunidades, ou seja, em média, a cada três artigos o risco aparece uma vez. Sem risco, não há seguro.

<sup>99</sup> “O conceito técnico de risco, em matéria de seguros, não diverge do conceito geral de risco em Direito. Ele se define essencialmente como a possibilidade de um evento desvantajoso para o segurado ou seus beneficiários”. (COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p. 40).

<sup>100</sup> Como ensina o velho brocardo, toda regra admite alguma exceção (“*omnis habet sua regula exceptione*”), a propósito do contrato de seguro chamado fidelidade, vale ressaltar que nesta espécie justamente se contrata a cobertura para atos desonestos de empregados, isto é, para condutas intencionais (dolosas) de empregados que causem danos ao tomador-segurado. Aqui, a definição apresentada por Amílcar Santos: “Seguro fidelidade: seguro que tem por fim indenizar o segurado dos prejuízos que venha a sofrer em consequência de apropriações indébitas e malversações cometidas, em detrimento de seu patrimônio, pelos empregados a seu serviço”. (SANTOS, Amílcar. *Dicionário de Seguros*. Rio de Janeiro: IRB, 1944).

<sup>101</sup> “[...] Quando se fala em boa-fé, aquele que teve sua formação civilística adstrita ao estudo do Código associa, de pronto, esta noção e um estado psicológico contraposto à má-fé, em que há ausência de má-fé. Ou seja, um estado de ‘ignorância daquele que se julga titular de um direito, quando, em verdade, é titular exclusivamente de seu juízo e imaginação’. De fato, nas ocasiões em que a boa-fé é mencionada pelo nosso Código Civil, principalmente em matéria possessória, intenta-se, fundamentalmente realçar esta crença interna do sujeito, fundada num erro de fato, que perfaz a boa-fé subjetiva. [...] Esta necessidade, fulcrada em exigências de segurança e razoabilidade, faz surgir a noção de que o comportamento das pessoas deve respeitar um conjunto de deveres, ligado a uma regra de atuação de boa-fé. Deve-se frisar, entretanto, que esta boa-fé não está mais restrita ao seu sentido subjetivo, interior (e, por isso mesmo, no mais das vezes, imperceptível para os outros

Nesta direção, é preciso conduzir a análise ao enunciado normativo que, especificamente, cuida da espécie de risco que é merecedora de tutela segundo o ordenamento jurídico brasileiro. O art. 762 do Código Civil determina que: “*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 critério legalmente adotado é: o risco proveniente de conduta culposa do segurado será considerado segurável, ao passo que o risco proveniente de conduta dolosa não o será. Interessante notar que o dispositivo não traz qualquer referência à culpa grave, à sua possível equiparação ao dolo, seja quanto à viabilidade de cobertura ou sua exclusão.<sup>102</sup>

Importante acrescentar ao rol de condutas seguráveis aquelas que vão aquém das consideradas culposas (aquém porque nem mesmo de culpa se está a tratar). O tomador-segurado pode vir a ser demandado, judicial ou extrajudicialmente, ainda que não tenha agido com culpa. É que não são incomuns demandas as mais diversas cujo fundamento é completamente descabido. Verdadeiras “aventuras jurídicas” que, ao fim e ao cabo, improcedem mas que, de fato, geram perdas financeiras aos tomadores-segurados. Portanto, seja para condutas culposas, seja para condutas que nem mesmo lhes seja atribuível esse predicado, o contrato de seguro lá estará, operando como o “antídoto” a que se referiu.

Retornando à previsão constante no art. 762 do Código Civil, a conduta dolosa não é segurável porque, em seu nascedouro se observa um elemento que se choca com a gênese do contrato de seguro. O tomador-segurado, nesta espécie contratual, não quer o risco. Ele lhe repele ou o admite cercado de cautelas; contrata o seguro para, financeiramente, proteger-se. Este ponto revela uma diferença capital entre os contratos de seguro e os contratos de jogo e

---

sujeitos). Foi crescendo, portanto, uma noção de boa-fé como uma regra de conduta, de ordem geral: [...] Foi neste contexto que se construiu a doutrina da boa-fé objetiva, caracterizada como um dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade.” (LEWICKI, Bruno. *Panorama da boa-fé objetiva*. In *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 55-72).

<sup>102</sup> A análise da culpa grave e sua possível aproximação ou distanciamento do dolo será objeto de análise no capítulo 3 da tese. Por ora, vale a referência à assertiva de Fernanda Nunes Barbosa que, justamente em virtude de o enunciado normativo referir-se expressamente ao dolo e não à culpa grave, viabilizaria a cobertura desta última: “No Brasil, o seguro de responsabilidade civil, hoje positivado como espécie do gênero seguro de dano, encontrou resistência por parte da doutrina e dos intérpretes do Código Civil de 1916, que repeliam a concepção de um ‘seguro de culpa’. Atualmente, o artigo 762 do vigente Código Civil é expresso ao proibir apenas o seguro de dolo, nos seguintes termos: ‘Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro’. A culpa grave, em tese, pode ser objeto de contratação, ficando a seguradora, no entanto, livre para afastá-la quando da predeterminação dos riscos assegurados (art. 757 do CC, parte final).” (BARBOSA, Fernanda Nunes. *O seguro de responsabilidade civil do profissional liberal; desenvolvimento e atualidades*. In MORAES, Maria Celina Bodin de e GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 350).

aposta.<sup>103</sup>

Nos contratos de jogo e aposta,<sup>104</sup> ao invés de repelir ou cautelosamente tolerar o risco, o jogador é partícipe do risco; o é atreito, voluntariamente o quer e assume as consequências respectivas - ganhar, perder, investir recursos etc.<sup>105</sup> Comparando o risco no contrato de seguro e nos contratos de jogo e aposta, no seguro o risco é puro e, como se observou, não decorre de conduta deliberada do tomador-segurado; no contrato de jogo e aposta, o risco é considerado especulativo, portanto impuro para fins de subscrição pelo contrato de seguro.<sup>106</sup>

O risco especulativo, impuro, emanado da conduta dolosa do segurado, gera, segundo a previsão contida no art. 762 do Código Civil, a nulidade do contrato e a consequente perda do direito à garantia. Opera efeitos retroativos (*ex tunc*), *fulminando o contrato em sua validade*, não produzindo, pois, efeito algum.

Como se sabe, a validade do negócio jurídico requer o agente capaz, a forma prescrita

---

<sup>103</sup> “Com efeito, exatamente se observou que, nas hipóteses do jogo e da aposta, o risco não é senão uma consequência do fato de haver jogado ou apostado – pois de outro modo o evento seria indiferente; na hipótese do seguro, ao contrário, o risco preexiste ao contrato. É esta a inegável diferença entre o contrato de seguro de um lado e o de jogo ou aposta do outro; o seguro corresponde a um risco subsistente objetivamente para o patrimônio do beneficiário, ao contrário do que acontece no jogo. Coerentemente ensina-se que o seguro não pode subsistir faltando um interesse assegurável; é necessário que o beneficiário do seguro se encontre em uma situação tal que o sinistro se converta para ele em um dano, e daí não ter interesse na verificação do sinistro.” (ASCARELLI, Tullio. *O conceito unitário do contrato de seguro*. Trad. Ernesto Leme e Aristildes Lobo. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/65945/68556>, visitado em 14.5.2018. p. 391-392).

<sup>104</sup> Art. 814. As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito.

§ 1º Estende-se esta disposição a qualquer contrato que encubra ou envolva reconhecimento, novação ou fiança de dívida de jogo; mas a nulidade resultante não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé. § 2º O preceito contido neste artigo tem aplicação, ainda que se trate de jogo não proibido, só se excetuando os jogos e apostas legalmente permitidos. § 3º Excetuam-se, igualmente, os prêmios oferecidos ou prometidos para o vencedor em competição de natureza esportiva, intelectual ou artística, desde que os interessados se submetam às prescrições legais e regulamentares. Art. 815. Não se pode exigir reembolso do que se emprestou para jogo ou aposta, no ato de apostar ou jogar. Art. 816. As disposições dos arts. 814 e 815 não se aplicam aos contratos sobre títulos de bolsa, mercadorias ou valores, em que se estipulem a liquidação exclusivamente pela diferença entre o preço ajustado e a cotação que eles tiverem no vencimento do ajuste. Art. 817. O sorteio para dirimir questões ou dividir coisas comuns considera-se sistema de partilha ou processo de transação, conforme o caso.

<sup>105</sup> A justificar essa afirmação, Margarida Lima Rego explica que “para haver risco, como elemento constitutivo do contrato de seguro, é essencial que este contenha um juízo de inconveniência do resultado contemplado”. O fundamento indicado pela autora é: “HENSSLER, Risiko, p. 244, observa que muitas pessoas chegam a pagar, como entrada num jogo ou como prêmio de um seguro, o dobro da esperança matemática do risco em causa. No caso do jogo, diz-se que são atreitos ao risco. No caso do seguro, que são avessos ao risco”. (REGO, Margarida Lima. *Contrato de seguro e terceiros. Estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 72). A obra referida é HENSSLER, Martin. *Risiko als Vertragsgegenstand*. Tubinga, 1994.

<sup>106</sup> A assertiva é de Francisco de Assis Braga: “Já vimos a diferença entre riscos puros e especulativos: nos primeiros, há probabilidade de perda e não-perda; nos especulativos, a probabilidade é de perda ou ganho. O seguro só protege contra riscos puros.” (BRAGA, Francisco de Assis. *Bases técnicas da empresa securitária. In Seguros: uma questão atual*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 28).

ou não defesa em lei e o objeto lícito, segundo previsto no art. 104 do Código Civil.<sup>107</sup> Considerando o objeto flagrantemente ilícito, aferível no dolo, tem-se que a conduta do tomador-segurado acaba por prejudicar diretamente este pressuposto. Vale dizer que a questão concernente ao objeto ilícito dialoga diretamente com outra questão vital à validade do contrato de seguro, qual seja, a do interesse legítimo, cujos comentários serão apresentados no item a seguir.

Ainda quanto à redação empregada no art. 762, vale dizer que esta é sensivelmente mais apurada do que a prevista no art. 1.436 do Código Civil de 1916,<sup>108</sup> cujo enunciado normativo aludia à conduta ilícita do tomador-segurado, em vez de referir-se à conduta dolosa. O dolo, como é sabido, requer a conduta deliberada do agente, ao passo que a conduta ilícita admite as modalidades culposa e dolosa. Considerando o quanto se afirmou a respeito da cobertura para a conduta culposa, a redação apresentada pelo art. 1.436 do Código Civil de 1916 continha um equívoco central à compreensão da matéria.

Observados os contornos relacionados ao risco considerado segurável, passa-se ao exame do segundo componente do ‘trio causal’, qual seja, o interesse legítimo.

### 1.1.2. Interesse legítimo

O segundo integrante do trio causal é o interesse legítimo,<sup>109</sup> tão importante quanto o primeiro, o risco. Não se assegura o automóvel, a casa, tampouco a responsabilidade do

<sup>107</sup> Código Civil, art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.”

<sup>108</sup> Código Civil de 1916. Art. 1.436. Nulo será este contrato, quando o risco, de que se ocupa, se filiar a atos ilícitos do segurado, do beneficiário pelo seguro, ou dos representantes e prepostos, quer de um, quer de outro.

<sup>109</sup> O substitutivo que, quanto ao contrato de seguro, foi decisivo à posterior publicação dos artigos 757 a 802 do Código Civil de 2002 foi elaborado por Fábio Konder Comparato. À ocasião, Comparato ressaltava a importância do interesse legítimo com os seguintes dizeres: “Para os antigos, o objeto do contrato de seguro era sempre uma coisa material sujeita ao risco. [...] Na verdade, mesmo no chamado seguro de coisas determinadas, como o seguro de incêndio ou o seguro contra o furto, o que o segurado garante pelo contrato não é propriamente uma coisa, mas o interesse que possui em relação a esta coisa.” (COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito*. São Paulo: RT, 1968. p. 24-25). No Código Civil italiano, o artigo 1.904 reputa nulo o contrato de seguro quando inexistente o interesse legítimo. Art. 1904 Interesse all’assicurazione. Il contratto di assicurazione contro i danni è nullo (1418 e seguenti) se, nel momento in cui l’assicurazione deve avere inizio, non esiste un interesse dell’assicurato al risarcimento del danno. O comentário de Vincenzo Ferrari a propósito é preciso: “Sulla base do questa fondamentale constatazione è agevole rilevare come l’ulteriore elemento essenziale per la validità del contratto *de quo* – secondo quanto ha osservato dottrina autorevole in materia – è

diretor, conselheiro ou administrador. O que se assegura é o interesse legítimo<sup>110</sup> respectivo, instituto que teve a capacidade de gerar um considerável progresso frente à disciplina dos seguros calcada exclusivamente no risco e na coisa. A referência a Antigono Donati é oportuna neste particular:

L'immissione dell'interesse nella teoria del contratto di assicurazione costituisce un notevole progresso rispetto alla fase che vedeva solo rischio e cosa: tra 'altro pone la teoria del contratto di assicurazione all'unisono con la teoria generale che considera oggetto di tutela non i beni, ma gli interessi; permette una concezione unitaria dell'assicurazione e la sua distinzione da giuoco e scommessa; spiega infine la valida coesistenza di più assicurazioni, per interessi di diversa natura sulla stessa cosa; permette una più rigorosa costruzione della teoria del valore e costituisce la base della costruzione dell'ass. per conto.<sup>111</sup>

A locução 'interesse legítimo' foi trazida ao âmbito do contrato de seguro terrestre<sup>112</sup> pela primeira vez no Código Civil de 2002. O Código Civil de 1916, no art. 1.432,<sup>113</sup> não a contemplava, o que gerava o equívoco de se entender que o contrato de seguro se dirigia a um específico bem da vida quando, na realidade, sempre tutelava o interesse legítimo sobre este bem. O automóvel sofre perda total, a casa é destruída pelo incêndio e o diretor, se seu ato de

---

costituito dall'interesse dell'assicurato ad evitare, per quanto in suo potere, la verificazione del sinistro. [...] Infatti, questo elemento inerisce profondamente al profilo causale del negozio assicurativo, caratterizzandone la funzione nella traslazione onerosa del rischio determinante da motivazioni di ordine economico-sociale variamente riferibili alle due parti contraenti." (FERRARI, Vincenzo. *I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita*. Collana: *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*. Sezione IV: Autonomia negoziale. Diretto da PERLINGIERI, Pietro. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 23-24).

<sup>110</sup> "O que se segura não é propriamente o bem, razão por que, nas expressões 'seguro de bens' ou 'seguro de coisas' e 'seguro de responsabilidade' há eclipse. O que se segura é o *status quo* patrimonial ou do ser humano (acidentes, vida). Segura-se o interesse positivo como se segura o interesse negativo. Assim há o seguro contra incêndio, o seguro de vida, o seguro de responsabilidade, que é o seguro para indenizar o que resulte de dívida ou obrigação que nasça ao segurado." (MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte especial. v. 45. Atualizado por Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2012. p. 415).

<sup>111</sup> DONATI, Antigono. *Manuale delle assicurazioni private*. Milano: Giuffrè, 1956. p. 185. Em tradução nossa: "A introdução do interesse na teoria do contrato de seguro constitui um notável progresso com relação à fase que tratava somente de coisa e risco: entre outras coisas coloca a teoria do contrato de seguro em uniformidade com a teoria geral que considera objeto de tutela não um bem, mas o interesse; permite uma concepção unitária do seguro e sua distinção do jogo e da aposta; explica, enfim, a válida coexistência de mais de um seguro, por interesse de diversas naturezas sobre a mesma coisa; permite uma mais rigorosa construção da teoria do valor e constitui a base da construção do seguro por conta de outrem."

<sup>112</sup> Afirma-se que a referência ao interesse legítimo no seguro terrestre ocorreu pela primeira vez no Código Civil de 2002 porque o Código Comercial (Lei nº. 556, de 25.6.1850) já tratava do tema, embora de maneira confusa. Enquanto que o art. 685 realmente mencionava o 'interesse apreciável', o art. 686 tratava do seguro da coisa (não do interesse). Código Comercial. Art. 685. Toda e qualquer coisa, todo e qualquer interesse apreciável a dinheiro, que tenha sido posto ou deva pôr-se a risco de mar, pode ser objeto de seguro marítimo, não havendo proibição em contrário. Art. 686. É proibido o seguro: 1 - sobre coisas, cujo comércio não seja lícito pelas leis do Império, e sobre os navios nacionais ou estrangeiros que nesse comércio se empregarem; 2 - sobre a vida de alguma pessoa livre; 3 - sobre soldadas a vencer de qualquer indivíduo da tripulação.

<sup>113</sup> Art. 1.432. Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato.

gestão gerar perdas a terceiros, poderá ser responsabilizado. O interesse legítimo em justamente evitar essas perdas constitui o objeto do contrato de seguro.

Embora o art. 757 expressamente se refira ao interesse legítimo, não o conceitua. A doutrina,<sup>114</sup> habitualmente, a ele se refere como um interesse econômico do tomador-segurado sobre um determinado bem da vida passível de tutela pelo contrato de seguro. De exemplos patrimoniais a existenciais, apresenta-se um interesse de viés econômico por parte do contratante que fomenta a contratação do seguro.<sup>115</sup>

Exemplificativamente, observa-se interesse legítimo na preservação de bens patrimoniais os mais diversos (o carro, a casa, as joias, o instrumento musical<sup>116</sup> e o

<sup>114</sup> É o que afirma Antigono Donati: “Per l’appunto, l’interesse è un rapporto, suscettibile di valutazione economica, tra un soggetto e una cosa atta a soddisfare un bisogno, a presentare cioè un’utilità o più brevemente una relazione economica (*quae inter est*) tra un soggetto e un bene; la sua sottoposizione al rischio non è requisito dell’interesse ma della sua assicurabilità.” (DONATI, Antigono. Op. cit. p. 184). Sílvio Venosa: “Melhor concluir que esse contrato não possui como objeto exatamente um risco ou proteção da coisa, porém mais apropriadamente o que a doutrina denomina a garantia de interesse segurável. Esse interesse representa uma relação econômica ameaçada ou posta em risco, sendo essencial para a contratação. [...] qualquer conteúdo do patrimônio ou atividade humana pode ser objeto de seguro.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Contratos em espécie*. 6. ed. São Paulo: Atlas. 2006. v. III. p. 361). António Menezes Cordeiro: “Os interesses teriam fundamentalmente natureza económica, podendo não ser atuais. Eles não constituiriam o motivo do contrato, mas sim o seu conteúdo. O problema da sua falta, inicial ou superveniente, dá azo a todo um regime. O desenvolvimento da dogmática dos seguros na base do interesse, cada vez mais tomado em sentido técnico, prossegue: *seria o fator subjetivo do conceito de dano material, delimitando o valor do seguro*.” (CORDEIRO, António Meneses. *Direito dos seguros*. Lisboa: Almedina, 2013. p. 506-508). Também José Vasques, ao definir o interesse como “relação económica existente entre uma pessoa e um bem exposto a risco” (VASQUES, José. *Contrato de seguro. Notas para uma teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 131-132).

<sup>115</sup> Vale ressaltar que a redação apresentada pelo art. 757 do Código Civil de 2002 teve por fim resolver o problema proveniente da redação do art. 1.432 do Código Civil de 1916, cujo viés era exclusivamente indenitário. O sinalagma, naquela legislação, operava-se entre o prêmio e a indenização (indenizar, isto é, tornar indene, sem dano), o que não se amoldava aos seguros de pessoas. A obrigação de garantia buscou resolver essa questão, por meio da adoção do que a doutrina reconhece como a teoria unitária do contrato de seguro. O embate entre unitários e dualistas foi retratado por Fernández Sánchez Calero, apresentado a posição adotada pela lei de seguros da Espanha (Ley nº. 50, de 8.10.1980) e os autores que, detidamente, debruçaram-se sobre o tema: “por lo que ha da estimar que nuestra Ley mantiene una concepción unitaria del contrato. A tal efecto, la existencia de estas normas y la referencia concreta en el artículo 1 al «contrato de seguro» son unas manifestaciones del reconocimiento de la unidad del contrato de seguro, al menos en su unidad estructural [...] si bien, no debe omitirse que existe una importante corriente doctrinal, que considera que bajo el nombre de «contrato de seguro» se comprenden dos tipos contractuales distintos sobre la base de su diversa función, indemnizatoria o no. Nota 4. Los autores han discutido ampliamente sobre esta cuestión. Por recordar simplemente las manifestaciones más importantes que han tenido mayor influjo dentro nuestra doctrina, cabe mencionar, dentro de los autores italianos favorables a una concepción unitaria, a Ascarelli, «Sul concetto unitario del contratto di assicurazione», en «Studi in tema di contratti», Milán, 1952, p. 353 y ss. y en especial a Donati, *Trattato*, II, p. 18 y ss: en favor de la tesis dualista, con exposición de distintas orientaciones, Fanelli, *Le assicurazione*, Milán, 1973, p. 467 y ss. Dentro de nuestra doctrina, por la concepción unitaria, v. Uría, «Orientaciones modernas sobre el contrato de seguro», cit.; mientras que mantiene la tesis dualistas Garrigues, *Contrato de seguro terrestre*, p. 28-36.” (SÁNCHEZ CALERO, Fernández. 4 ed. *Ley de contrato de seguro*. Dir. F. Sánchez Calero. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 36-37).

<sup>116</sup> Para que se dimensione o quão desenvolvido é o mercado de seguros nos Estados Unidos da América, já há corretoras de seguros especializadas apenas em apólices para instrumentos musicais. Fonte: <https://www.anderson-group.com/acoustic-guitar-insurance>, visitado em 21.6.2018.

satélite<sup>117</sup>), na preservação da integridade física (o que compreende desde o seguro de acidentes pessoais contratado de maneira padronizada, mas também contempla o seleto grupo dos pilotos de fórmula 1,<sup>118</sup> cordas vocais de artistas famosos<sup>119</sup> e as pernas de *top models*<sup>120</sup>) e na formação de poupança às gerações futuras (seguros de vida, além de produtos derivados dos contratos de seguros de vida com a mesma destinação – os VGBLs e os PGBLs).<sup>121</sup>

Observa-se o interesse legítimo, também, no sentido de transferir os riscos financeiros decorrentes do surgimento de dívidas de responsabilidade civil, do que se ocupam os contratos de seguros de responsabilidade civil geral, além de suas modalidades específicas alusivas aos riscos de natureza profissional (erros e omissões cometidos por médicos, dentistas, engenheiros e advogados) e, de particular importância à presente tese, os atos de gestão de diretores, administradores e conselheiros.

O interesse legítimo, como se viu, desprende o contrato do seguro de um bem da vida determinado para tutelar o respectivo interesse, isto é, viabiliza a contratação do seguro que trate de interesses próprios do tomador (que, nesta situação, coincidirá com a pessoa do

<sup>117</sup> Os seguros destinados especificamente para satélites são bem desenvolvidos. Cita-se, a propósito, a análise de Piotr Manikowski e Mary A. Weiss. The Satellite Insurance Market and Underwriting Cycles. Disponível em <http://www.aria.org/meetings/2007papers/IIIB%20-%202%20-%20Manikowski.pdf>, visitado em 21.6.2018.

<sup>118</sup> Estima-se que soma segurada da apólice para os pilotos de Fórmula 1 corresponderia a US\$ 100 milhões. Fonte: *F1's \$100 Million Insurance Policy*. Disponível em <https://www.forbes.com/sites/csylv/2015/01/09/fls-100-million-insurance-policy/2/#1fb3f1f3a2ff>, visitado em 21.6.2018.

<sup>119</sup> A voz (cordas vocais) de Bruce Springsteen teria sido coberta pelo equivalente a US\$ 6 milhões. Fonte: *Bruce Springsteen Voice Insurance \$6 Million*. Fonte: <http://celebrities-insurance.blogspot.com/2012/10/bruce-springsteen-voice-insurance-6.html>, visitado em 21.6.2018.

<sup>120</sup> Para uma análise de algumas estrelas do *show business* que contrataram seguro para diferentes partes de seus corpos, refere-se a <https://www.slice.ca/money/photos/stars-who-have-insured-body-parts/#!mariah-carey-insures-voice-legs-70-million>, visitado em 21.6.2018. Entre outras, Mariah Carrey contratou seguro para as suas pernas por US\$ 70 milhões. As 15 apólices mais bizarras já emitidas foram relacionadas em <http://www.businessinsider.com/10-of-the-worlds-craziest-insurance-policies-2010-3#thailand-riot-insurance-10000-per-tourist-2>, visitado em 21.6.2018. A curiosa relação traz, entre outras, coberturas para: pernas, dentes, seios, cabelos, a tradicional jogada do golfe – ‘hole in one’, nádegas, pênis, sêmen etc.

<sup>121</sup> “VGBL (Vida Gerador de Benefícios Livres) e PGBL (Plano Gerador de Benefícios Livres) são planos por sobrevivência (de seguro de pessoas e de previdência complementar aberta, respectivamente) que, após um período de acumulação de recursos (período de diferimento), proporcionam aos investidores (segurados e participantes) uma renda mensal - que poderá ser vitalícia ou por período determinado - ou um pagamento único. O primeiro (VGBL) é classificado como seguro de pessoa, enquanto o segundo (PGBL) é um plano de previdência complementar. A principal diferença entre os dois reside no tratamento tributário dispensado a um e outro. Em ambos os casos, o imposto de renda incide apenas no momento do resgate ou recebimento da renda. Entretanto, enquanto no VGBL o imposto de renda incide apenas sobre os rendimentos, no PGBL o imposto incide sobre o valor total a ser resgatado ou recebido sob a forma de renda.” (Fonte: <http://www.susep.gov.br/setores-susep/seger/coate/perguntas-mais-frequentes-sobre-planos-por-sobrevivencia-pgbl-e-vgbl>, visitado em 21.6.2018).



segurado), quanto o interesse de terceiros, o que desagua na disciplina dos chamados seguros por conta de terceiros, com previsão no art. 767 do Código Civil.<sup>122</sup>

A propósito do conceito de interesse legítimo como o interesse econômico do tomador-segurado na preservação de determinado bem da vida, vale a referência aos comentários de F. C. Pontes de Miranda, quando arremata o ponto informando que “os interesses seriam o cerne de todo o seguro”.<sup>123</sup>

A ideia de um interesse geral difuso visava, no fundo, retomar o tema da distinção do seguro, perante a mera aposta. Mas essa dimensão veio a perder espaço, à medida que se radicou, na cultura e na Ciência do Direito, a legitimidade do instituto dos seguros. Victor Ehrenberg vai definir precisamente o interesse, no seguro, como a “relação, por força da qual alguém (o ch. Interessado), através de um facto previsto num contrato de seguro (o sinistro), pode sofrer um prejuízo patrimonial”. Para que não quedem dúvidas: no seguro não há interesses sem interessados. Daí resulta, entre outros aspectos, que possam coexistir interesses diferentes sobre o mesmo objeto, designadamente e como exemplo, o do proprietário e o do usufrutuário, seguráveis independentemente um do outro. II. O tema foi ganhando força: os interesses seriam o cerne de todo o seguro. Wilhelm Kisch, que dedicou ao tema um completo volume, explica: “Os bens ou valores económicos (como meio de satisfação de necessidades) ganham carácter de interesses através da relação com os sujeitos económicos (os portadores das necessidades).” E prossegue: “Interesses são os bens da vida, considerados sob o ponto de vista da sua conexão com os sujeitos, aos quais eles servem (os interessados).<sup>124</sup>

Como se afirmou no item anterior, objeto lícito e interesse legítimo são institutos que mantêm uma viva zona de interseção, mas que, se analisados detidamente, não se confundem. O exemplo a seguir identifica as diferenças.

<sup>122</sup> Art. 767. No seguro à conta de outrem, o segurador pode opor ao segurado quaisquer defesas que tenha contra o estipulante, por descumprimento das normas de conclusão do contrato, ou de pagamento do prêmio. Comentários específicos a respeito desta disciplina dos seguros por conta de outrem no contrato de seguro *D&O* serão apresentados no capítulo 3.

<sup>123</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado – parte especial*. 3. ed. São Paulo: RT, 1984. v. XLV. p. 275. Vale também observar o quanto Bruno Miragem afirma: “Interesse legítimo também prende-se à noção de interesse razoável, ínsito à existência ou conduta normal do segurado, em relação a riscos esperados e prováveis (juízo de probabilidade), assim como todo e qualquer risco de lesão, independente de sua maior ou menor ocorrência, que possa ser associado naturalmente ao interesse objeto do contrato. Ou seja, o que torna o interesse legítimo para fins de constituir objeto do contrato de seguro é tanto aquele que não esteja submetido à disposição intencional do segurado (cuja efetivação do risco esteja vinculado a ato doloso do segurado), como também o que conte razoavelmente com um dado valor a ser considerado objetivamente pelo segurado e pelo segurador, permitindo a determinação e mensuração (ainda que discricionária, porém convencionalizada pelas partes) do interesse objeto da garantia.” (MIRAGEM, Bruno. *O contrato de seguro e os direitos do consumidor*. In *Revista de Direito do Consumidor*. v. 76. out. 2.010, p. 239).

<sup>124</sup> A propósito do interesse segurado, Tulio Ascarelli afirma que “É o aspecto mais investigado na doutrina alemã, desde o clássico tratado sobre os seguros de EHRENBERG, Leipzig, 1893, até o amplo tratado de KISCH, que dedica ao interesse segurável todo o terceiro volume (Berlim, 1932). Na doutrina italiana, o ensaio mais desenvolvido é o de FERRARINI, nos *Saggi in scienze assicurative*, vol. I, publicados pela Real Universidade de Pisa. A doutrina do interesse é, talvez, hoje, o aspecto mais estudado da teoria do seguro especialmente nas doutrinas italiana e alemã.” (ASCARELLI, Tullio. *O conceito unitário do contrato de seguro*. Trad. Ernesto Leme e Aristildes Lobo. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/65945/68556>, visitado em 14.5.2018).

Imagine-se que um traficante de drogas deseje contratar um seguro a fim de cobrir a sua carga de cocaína, avaliada em alguns milhões de dólares norte-americanos. Caso se admita a posição doutrinária no sentido de que o interesse legítimo representa um interesse econômico do tomador-segurado na preservação de um bem da vida, a posição em prol da possibilidade de cobertura da droga seria defensável a considerar que o traficante, efetivamente, tem interesse econômico em sua preservação.

A essa altura, entende-se necessário acrescentar um elemento que falta à referida definição de interesse legítimo. Como se observou, as definições habitualmente aludem a um interesse econômico. A adição ora pretendida decorre da insuficiência da análise que parta de um viés exclusivamente econômico. Para além deste elemento, é preciso trazer à tona elementos sociais e culturais, que conduzirão os debates relacionados ao interesse legítimo à esfera dos institutos da ordem pública e dos bons costumes,<sup>125</sup> previstos no art. 17 da Lei de

---

<sup>125</sup> A conceituação de ordem pública e bons costumes é complexa e cambiante. O que é relevante no ocidente pode não ser no oriente e vice-versa. Colhe-se da precisa lição de Jacob Dolinger a seguinte explicação: “A ordem pública, fenômeno principiológico que atravessa todas as áreas do direito, merece especial consideração no plano do direito internacional privado, em que exerce um papel de extrema importância para garantir o adequado funcionamento da eventual aplicação pelo juiz nacional de normas de sistema jurídico estrangeiro. A ordem pública no direito internacional privado tem duas fronteiras: de um lado, com o direito interno e, de outro lado, com o direito internacional *lato sensu*. Estas duas vizinhanças, em dois extremos, levam a uma classificação diferenciada dos sucessivos graus de ordem pública em operação. 2. Vizinhança com o direito interno. 2.1 O primeiro nível da ordem pública. Vista a ordem pública na justaposição do direito interno com o direito internacional privado, teremos a gradação da ordem pública de forma a que o seu primeiro nível funciona para garantir o império de determinados valores no plano do direito interno, impedindo que estes valores sejam desrespeitados pela vontade das partes. São, entre outras, as leis de proteção aos menores, aos incapazes, à família, à economia nacional e a determinados institutos civis e comerciais que constituem, de certa forma, a publicização do direito privado”. A propósito da inexistência de definição no Código Civil de 1916, Dolinger comenta: “Sobre a ausência da ordem pública no Código de 1916 escrevi que nosso legislador civil provavelmente considerou que não há necessidade de explicitar a proteção operada pela ordem pública. Esta, no plano do direito interno, pode permanecer oculta, irrevelada, no anonimato. Sua vigilância é uma questão tão manifesta, tão integrante do sistema jurídico que o legislador não precisa preocupar-se em manifestá-la expressamente. Qualquer ofensa a uma lei, a uma instituição, protegida pela ordem pública será afetada na sua validade, ora anulável, ora nula”. Conquanto o Código Civil de 2002 a tenha positivado expressamente, o que se nota nos artigos 122 (“São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”) e 606 (“Se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação razoável, desde que tenha agido com boa-fé. Parágrafo único. Não se aplica a segunda parte deste artigo, quando a proibição da prestação de serviço resultar de lei de ordem pública”), Dolinger conclui que “a experiência quase secular com o Código de 1916 demonstrou que se pode perfeitamente viver sem qualquer expressa referência legislativa ao princípio da ordem pública. Entendemos que se trata de um princípio tão imanente na nossa filosofia jurídica, no nosso sistema jurídico, na estrutura da nossa macroeconomia, que não há necessidade de fazer referência expressa a seus efeitos. Nossos tribunais sempre souberam detectar quando um contrato, um negócio, feria o princípio-mor, regulador do equilíbrio social e econômico. Condições contratuais, mesmo que aceitas por ambas as partes, que ferissem os valores básicos de nossa sociedade, os padrões aceitos pelo povo, a economia geral, sempre foram rejeitados por

Introdução às Normas do Direito Brasileiro.<sup>126</sup> Seria perigoso, como o exemplo em tela demonstra, circunscrever o exame do interesse legítimo à esfera exclusivamente econômica.<sup>127</sup>

Para fins de debate, admita-se que o interesse legítimo se relacione, apenas, à concepção de interesse econômico sobre um determinado bem da vida. Como se disse, o traficante realmente teria interesse legítimo na preservação de sua valiosa carga de drogas e este raciocínio valeria para uma série de outras hipóteses que, economicamente consideradas, fariam todo o sentido.

Então, para além do interesse legítimo, previsto especificamente para fins de contratação do seguro no art. 757,<sup>128</sup> é fundamental conduzir o exame à parte geral do Código

nossos tribunais sem qualquer expressa norma legislada com base na ordem pública. Certos princípios têm mais força, mais eficácia quando mantidos discretamente. E, no caso da ordem pública, esta discricção ainda é mais importante, pois, como é sabido, ela é volúvel, altera-se com a mudança de costumes, de mentalidades, de interesses nacionais, e o que feria a ordem pública no passado pode não mais ferir hoje e vice-versa. Perdeu o legislador do século XXI a oportunidade de seguir a sábia orientação do legislador de oito décadas atrás, que estabelecera um regime que funcionou a pleno contento. De qualquer modo, permanece hoje, no regime do novo Código, a mesma ideia básica de antes - ao aplicador da lei caberá determinar o que pode e o que não pode ser pactuado pelas partes em seus contratos.” (DOLINGER, Jacob. *A ordem pública internacional em seus diversos patamares*. In RT, v. 28/2004, Out / 2004. p. 33-37). A. Menezes Cordeiro afirma que os bons costumes correspondem a uma moral social, sendo que esta “compreende regras impeditivas de comportamentos que, por hábito tradicional ou por incipiência, não têm consagração expressa mas que, na sociedade, são consideradas em vigor”. (CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Lisboa: Almedina, 2017. p. 1222). Para uma distinção entre ordem pública e bons costumes, remete-se a Jorge Morais de Carvalho: “No entanto, ordem pública e bons costumes distinguem-se no que respeita à natureza dos princípios afetados. A ordem pública opera num plano estritamente jurídico, dizendo respeito a princípios fundamentais do ordenamento jurídico, enquanto os bons costumes remetem para princípios extrajurídicos, de natureza ética ou moral. É possível que princípios morais fundamentais também sejam princípios jurídicos fundamentais, mas, neste caso, deve dar-se prevalência à aplicação da cláusula de ordem pública, privilegiando o plano jurídico e, assim, evitando o recurso a planos ou níveis de raciocínio (de certa forma) estranhos ao Direito. Portanto, se o objeto de um contrato (por exemplo, uma cláusula) for simultaneamente contrário à ordem pública e ofensivo dos bons costumes, entende-se que deve ser salientado apenas o primeiro elemento, por ser aquele que permite uma resposta fundamentada por meio de um raciocínio jurídico.” (CARVALHO, Jorge Morais. *A moral como limite à autonomia privada*. In *Revista de direito civil contemporâneo*. vol. 8. ano 3. p. 303-326. São Paulo: Ed. RT, jul-set. 2016. p. 322-324). Em sentido similar, Manuel Carneiro da Frada argumenta que os bons costumes “apresentam uma acentuada coloração ética, em contraste com a dimensão colectiva e organizatória da vida social que impregna a ordem pública”. (FRADA, Manuel Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 844). Refere-se também a Thamís Dalsenter Viveiros de Castro. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

<sup>126</sup> Decreto-lei nº. 4.657, de 4.9.1942. Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

<sup>127</sup> A crítica à concepção exclusivamente econômica do contrato de seguro pode ser vista detalhadamente em PROVOST, Magalie. *La notion d'intérêt d'assurance*. Paris : LGDJ, 2009 e OLIVEIRA, Márcia Ciccareli Barbosa de. *O interesse segurável*. 2011. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

<sup>128</sup> O interesse legítimo como interesse econômico na preservação de determinado bem da vida se apresenta com este conceito apenas no art. 757 do Código Civil. A título de esclarecimento, vale dizer que o Código apresenta apenas dois outros dispositivos que, expressamente, também aludem ao interesse legítimo embora providos de

Civil e, mais precisamente, à disciplina relativa à formação do negócio jurídico, atentando aos requisitos de validade previstos no artigo 104 (o agente capaz, o objeto lícito e a forma prescrita ou não defesa em lei). Em poucas palavras, o interesse legítimo deverá corresponder a um objeto lícito e, para fins de edificar o contrato de seguro, esses dois pressupostos deverão ser atendidos conjuntamente.

Outro exemplo também colabora para fins de, com rigor, distinguir os dois institutos. Em matéria de contrato de seguro de vida, o art. 790 do Código Civil determina que “*No seguro sobre a vida de outros, o proponente é obrigado a declarar, sob pena de falsidade, o seu interesse pela preservação da vida do segurado*” e o parágrafo único esclarece que “*até prova em contrário, presume-se o interesse, quando o segurado é cônjuge, ascendente ou descendente do proponente*”.

Hipoteticamente, Tício é colega de classe de Mévio (não é cônjuge, nem ascendente, tampouco descendente) e pretende contratar um seguro de vida para o distinto colega. Sob as luzes do art. 104 do Código Civil, não há dúvida de que, ao menos em tese, o objeto é lícito. O problema, todavia, a partir da ressalva constante no parágrafo único do art. 790 do Código Civil, decorre da necessidade de que Tício demonstre haver o interesse legítimo na preservação da vida do colega. O exemplo revela haver, portanto, objeto lícito mas o interesse legítimo estaria em xeque, por não ter sido demonstrado oportunamente.

Conforme se observou, interesse legítimo e objeto lícito se tratam de dois institutos que, habitualmente, devem conviver em harmonia nos contratos de seguro mas que não se confundem.<sup>129</sup> Entendida a importância do interesse legítimo (o segundo integrante do trio) e do risco (o primeiro), passa-se à análise do terceiro componente, qual seja, o mutualismo.

---

sentido completamente distinto. No capítulo concernente à propriedade, o art. 1.229 dispõe: “A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.” Na seção dedicada ao penhor de direitos e títulos de crédito, o art. 1.452 determina: “Constitui-se o penhor de direito mediante instrumento público ou particular, registrado no Registro de Títulos e Documentos. Parágrafo único. O titular de direito empenhado deverá entregar ao credor pignoratício os documentos comprobatórios desse direito, salvo se tiver interesse legítimo em conservá-los.”

<sup>129</sup> Nesse sentido Joaquín Garrigues afirma que se não houver risco, não haverá interesse. “Riego e interés son conceptos paralelos, porque donde no hay riesgo, tampoco puede haber interés. Ambos conceptos constituyen el binomio de la realidad sobre el cual descansa la estructura del seguro contra daños. El riesgo y, por tanto, el interés asegurado pueden referirse al daño de una cosa o de un derecho determinados, que engendrará una disminución patrimonial o pueden referirse a un conjunto de cosas”. (GARRIGUES, Joaquín. *El interés en el derecho*. In *Temas de derecho vivo*. Madrid, 1978. p. 225 et seq.).

### 1.1.3. Mutualismo

O mutualismo conclui o chamado trio causal, o que, legalmente, é consequência da previsão constante no parágrafo único do art. 757 do Código Civil. A nota de empresarialidade, a que Cesare Vivante se referiu, explica e distingue o contrato de seguros de outros contratos chamados de garantia justamente a partir do solidarismo que o caracteriza. É por meio da cotização de prêmios pagos por uma multiplicidade de segurados que a seguradora poderá fazer frente aos sinistros ocorridos.

Foi exatamente o intento de chegar a uma teoria unitária do seguro que levou Vivante – embora reconhecendo a distinção acima lembrada entre seguro, por um lado e jogo ou aposta, por outro – a formular a sua teoria da empresa, a qual exerceu indubitavelmente uma influência profunda na doutrina e uma influência decisiva sobre o desenvolvimento legislativo mais recente.

A unidade do seguro se encontra, segundo Vivante, no elemento, que este mesmo autor diz técnica, da empresa; na circunstância de que em todos os ramos de seguros este se exercita pelo segurador sistematicamente, com fundamento no cálculo de probabilidade, tanto que, encarando a massa dos contratos, se substitui o caráter aleatório, próprio do contrato singelo isoladamente considerado, a possibilidade de uma previsão da entidade dos sinistros segundo os princípios do cálculo de probabilidade. [...] é somente através da massa dos contratos, que o segurador, eliminando o caráter aleatório de cada contrato considerado singularmente, pode fazer frente efetivamente ao risco.<sup>130</sup>

O raciocínio isolado, individual, conduziria o intérprete à conclusão de que o contrato poderia ser especulativo, lembrando o jogo ou a aposta.<sup>131</sup> A álea, intrínseca a essa

<sup>130</sup> A obra da qual se colheu esta transcrição é de Tullio Ascarelli. *O conceito unitário do contrato de seguro*. cit. p. 396-397. A propósito da teoria da empresa, criada por Cesare Vivante, remete-se ao *Il contratto dell'Assicurazione*. Milano, 1877.

<sup>131</sup> Rubén S. Stiglitz explica as diferenças entre a aposta e o seguro da seguinte maneira: “Diferencias entre el Contrato de Seguro y la Apuesta. La apuesta es un contrato en virtud del cual unas personas que no están de acuerdo sobre una cuestión, que consideran diferentemente esta o la otra eventualidad, una que afirma y otra que niega un hecho determinado, se prometen recíprocamente una ganancia consistente en una suma de dinero o en una prestación determinada, que obtendrá aquella de las dos que resulte que tenía razón, una vez comprobado el hecho de que se trate. La ganancia en la apuesta depende de la simple comprobación de un hecho ya producido o todavía futuro, pero que no habrá de ser obra de las partes. Como se advierte, la apuesta tiene por finalidad o función la de obtener un lucro, cuestión ajena y extraña al contrato de seguro que cumple una función resarcitoria con motivo de la realización (siniestro) de un evento dañoso. Este último no es querido en el seguro, por ello el asegurado se cubre de sus consecuencias dañosas. En cambio, en la apuesta el evento condicionante de la ganancia ha sido deliberadamente elegido por las partes y, de verificarse el hecho, el ganador obtiene un lucro y no la reparación de un daño. Por lo demás, los derechos que derivan del contrato de seguro son civilmente exigibles, no existen límites a su oponibilidad. En cambio, en la apuesta el Código Civil prohíbe el ejercicio de la pretensión judicial por deudas de juego o apuesta que no provengan de fuerza, destreza de armas, corridas, etcétera (art. 2.055, CC)” (STIGLITZ, Rubén S. *Derecho de seguros*. 4. ed. t. I. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 31-32). As diferenças entre o seguro e o jogo e a aposta foram apresentadas anteriormente às fls. 111-112,

modalidade negocial, poderia ou não determinar que a seguradora tivesse que efetuar o pagamento do capital segurado caso o sinistro se materializasse. Caso tivesse que arcar com o pagamento, a desvantagem econômica à mesma seria notável. Por outro lado, caso não tivesse que pagar, o segurado encontrar-se-ia em posição desvantajosa já que, mesmo efetuando o pagamento do prêmio, não encontraria a contraprestação aparente, traduzida no pagamento da soma segurada.<sup>132</sup>

Deixando de lado o enfoque isolado e passando a refletir a respeito do seguro como uma operação de massa, que implica em grande diversidade de negócios, coberturas e perfis distintos, pode-se compreendê-lo de maneira científica que, mesmo contendo a álea inegavelmente, requer estudos aprofundados a respeito das características que definem cada grupo segurado, cada cobertura oferecida, valores disponibilizados, circunstâncias relacionadas à subscrição dos riscos, limites máximos de indenização, entre muitos outros importantes fatores que influenciam a formação de cada contrato específico. A técnica repele o temor.<sup>133</sup>

É raciocinando a respeito do conjunto formado pela participação de cada segurado que se começa a identificar a importância do mutualismo,<sup>134</sup> que se caracteriza como um pilar sobre

com o propósito de explicitar qual é o risco merecedor de tutela no contrato de seguro.

<sup>132</sup> Diante dessa situação – não ocorrência de sinistro -, houve, na doutrina, aqueles que disseram que o contrato ficaria sem causa. “[...] Sabe-se que dessa circunstância partiu Haymann, nas suas profundas pesquisas (*Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag*, Berlim, 1933) sobre o problema da sinalagmaticidade do contrato. Qual, pergunta Haymann, a contraprestação do segurador? Qual a causa do contrato nas hipóteses em que o risco não se verifica? Para responder a esta pergunta alguns (por exemplo Mossa, na Itália), identificam a contraprestação do segurado, não na obrigação de pagar a indenização, na constituição do fundo de prêmios, graças ao qual a indenização poderá ser paga. E que deve ser calculado em relação a qualquer contato de qualquer modo concluído. (ASCARELLI, Tullio. Op. cit. p. 397-398).

<sup>133</sup> A expressão é de F. C. Pontes de Miranda: “O segurador conta com os cálculos e por bem dizer assume os riscos sem risco. [...] A técnica, baseada na matemática, serviu à vida econômica, criando tranquilidade onde o que existia era o temor: o temor do contraente, que obtinha o seguro para temer menos, posto que ainda pudesse ocorrer a insolvência do segurador; o temor do segurador, que assumia o risco. Com o afastamento das razões para o temor do segurador, diminuiu o restante temor do inadimplemento pelo segurador, que persistia na mente do contraente ou do beneficiado.” (MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte especial*. v. 45. Atualizado por Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2012. p. 426-427).

<sup>134</sup> É interessante o comentário de Nelson Borges a propósito do solidarismo, cuja presença se observa no contrato de seguro justamente quando se examina o mutualismo: “[...] É indispensável destacar que *mutualismo* - além de implicar, no plano subjetivo, a ideia de solidariedade - induz, de pronto, sob o prisma objetivo, à concepção de um agrupamento sujeito aos mesmos riscos ou perigos, com as mesmas probabilidades de dano, razão da associação e formação de um colegiado aparelhado para o enfrentamento de eventuais prejuízos que possam sofrer os chamados mutualistas. A função da companhia seguradora será apenas de gerenciar o fundo previdenciário, de natureza eminentemente comunitária, verdadeira poupança coletiva, constituída pelos participantes por via do recebimento e gestão dos prêmios estabelecidos, pagando as indenizações devidas, depois de regularmente processadas e comprovadas suas legitimidades, recebendo uma remuneração por esse serviço. [...] No *mutualismo* (*ratio essendi* das contratações securitárias), sempre existiu um alargamento implícito e consentido da responsabilidade e dos interesses de quantos fizessem parte do grupo, de tal sorte que a

o qual o contrato de seguro se ergue. Para Rubén S. Stiglitz, o mutualismo é vital:

Acontece que no es concebible el seguro entre quien se halla sometido a la potencial verificación de un único evento incierto, futuro y dañoso, si pretende transferir los efectos perjudiciales que derivan del mismo a un asegurador que tomaría a su cargo sólo los efectos de ese siniestro y de ningún otro. Así planteado el tema, se trataría de una operación meramente especulativa, si bien con desplazamiento de riesgo, pero con la inseguridad que la insolvencia del asegurador derive en el incumplimiento de pago de la prestación a su cargo. [...] De lo hasta aquí expresado cabe deducir que el contrato de seguro no puede considerarse un contrato meramente especulativo pues, sin perjuicio del beneficio de la aseguradora, su objetivo debe ser la satisfacción de legítimas expectativas de solidaridad y cooperación que se conjugan en principio de mutualidad, base de la noción del seguro.<sup>135</sup>

Ao efetuar o pagamento do prêmio relacionado a determinado contrato de seguro, deve-se compreender que esta quantia será destinada a um fundo cuja administração competirá à seguradora. É justamente trabalhando com milhares de pagamentos diferentes, classificados por ramos, grupos, entre outras diversas variantes que as seguradoras terão condições de gerir as suas carteiras, regulando e liquidando os sinistros cobertos.

O mutualismo, assim, relaciona-se diretamente com a chamada “Lei dos Grandes Números”, que remete ao cálculo atuarial.<sup>136</sup> A operação técnica do contrato de seguro é

---

efetiva e pontual contribuição de cada um para a formação do fundo previdenciário solidificasse e energizasse a garantia de todos. O curioso da mutualidade é que uma empresa seguradora poderá ter cinquenta mil associados, estar em plena atividade na mais perfeita e acabada regularidade atuarial de pagamentos dos prêmios mensais, sem que nenhum dos participantes tenha conhecimento - ou precise ter - da existência do outro, na comprovação da existência da mais elementar boa-fé, implícita na adesão silenciosa e não questionada das partes contratantes. Por este prisma, fica bastante aclarado que não existe seguro de uma só pessoa com uma empresa seguradora, porque nessa hipótese haveria a supressão de um de seus alicerces e principal elemento, que é sua natureza mutual.” (BORGES, Nelson. *Os contratos de seguro e sua função social. A revisão securitária no novo código civil*. In *Doutrinas essenciais e contratos*. v. 6. p. 793, jun. 2011, p. 4-7).

<sup>135</sup> STIGLITZ, Rubén. S. *Derecho de seguros*. 4. ed. t. I. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 8-9. Em tradução nossa: “Acontece que não é concebível o seguro entre quem se tenha submetido à potencial verificação de um único evento incerto, futuro e danoso, se pretende transferir os efeitos prejudiciais que decorrem do mesmo a um segurador que tomaria a seu cargo somente os efeitos desse sinistro e de nenhum outro. Assim posta a questão, se trataria de uma operação meramente especulativa, se bem com transferência de risco, mas com a insegurança de que a insolvência do segurador implique em descumprimento da prestação a ser cargo. [...] Pelo exposto convém deduzir que o contrato de seguro não pode ser considerado um contrato meramente especulativo pois, sem prejuízo do benefício da seguradora, seu objetivo deve ser a satisfação das legítimas expectativas de solidariedade e cooperação que se conjugam no princípio da mutualidade, base da noção do seguro.”

<sup>136</sup> “Em 1962, Jacob Bernoulli demonstrou o seguinte teorema: quando se conhece a probabilidade de ocorrência de um evento num experimento aleatório, é possível indicar quais são as expectativas da frequência da sua ocorrência, se o mesmo experimento for repetido um número considerável de vezes sob condições semelhantes. Por outro lado, se a probabilidade de um evento é desconhecida, mas o número de experimentos é muito grande, a sua probabilidade por ser aproximada. [...] O teorema de Bernoulli, mas conhecido como a ‘Lei dos Grandes Números’, afirma que, numa série imensa de experimentos, a frequência relativa de um evento se aproxima cada vez mais da sua probabilidade. Em outras palavras, quando se repete um experimento um número suficientemente grande de vezes é possível, na equação apresentada, substituir a expressão ‘frequência relativa’ por ‘probabilidade’ com erro desprezível”. (COLOMBO, Angelo. *Contrato de seguros: limites técnicos de negociação entre seguradora e segurado*. In SCHALCH, Débora (org.). *Seguros e resseguros: aspectos*

examinada a partir de grandes grupos de segurados e de sinistros em série, o que permite ao subscritor do risco analisar, com certa margem de previsibilidade, os acontecimentos futuros, prevendo, portanto, as chamadas taxas de sinistralidade. PICARD e BESSON confirmam essa assertiva:

Assurance suppose essentiellement le groupement de personnes qui, pour faire face à un même risque susceptible de les atteindre, décident de contribuer toutes au règlement des sinistres ; il y a ainsi une mise en commun, une association des chances heureuses et malheureuses, et ce sont les cotisations versées par tous qui permettent le règlement des indemnités au profit de ceux qui sont frappés.<sup>137</sup>

Logicamente, o fundo constituído pela cotização dos prêmios pagos pelos tomadores-segurados requer gestão técnica, o que impede, por óbvio, todo e qualquer pagamento que não encontre o seu correspectivo, isto é, o prêmio que opera como seu antecedente necessário.

Apresentada está, portanto, a trinca que compõe o núcleo causal do contrato de seguro. A reunião de risco, interesse legítimo e mutualismo permitirá, no item a seguir, extrair a síntese dos seus efeitos jurídicos essenciais.

---

*técnicos, jurídicos e econômicos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29).

<sup>137</sup> PICCARD, Maurice e BESSON, André. *Traité général des assurances terrestres*. t. 1. Paris : LGDJ, 1938. p. 107. Em tradução nossa: “O seguro pressupõe, essencialmente, o agrupamento de pessoas que, por se enquadrarem num mesmo risco suscetível de lhes ocorrer, decidem contribuir para um fundo comum com vistas à liquidação dos sinistros; assim, há uma direção em comum, uma associação de sortes boas e ruins, e são as cotizações entre todos que permitem o pagamento das indenizações em favor daqueles que são prejudicados”. Quanto ao cálculo estatístico, Pedro Alvim afirma: “É através da estatística que se faz o cálculo das probabilidades de ocorrência dos riscos. Ela estabelece a relação entre o número de casos (chances) verificados e o número de chances possíveis. Quando a observação é feita sobre um grande número de casos, a relação acima tende a ser constante, por efeito da predominância das causas regulares sobre as acidentais. Diz-se, então, que a lei dos grandes números domina o azar” (ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 60). Vale esclarecer, no entanto, que há determinadas modalidades de contratos de seguros que não se amoldam à sistemática referida, seja porque são contratos realmente muito particulares, seja porque, de fato, não há estatística compatível disponível. Os seguros-garantia bem exemplificam a segunda exceção.



#### 1.1.4. As principais teorias em torno da causa do contrato de seguro

Marco Rossetti apresenta uma síntese da intrincada controvérsia a respeito seja da definição, seja da utilidade da causa como ferramenta qualificante dos contratos em geral para, depois, iniciar a sua observação a respeito da causa do contrato de seguro.<sup>138</sup>

Ao apresentar a distinção entre a causa nas perspectivas abstrata e concreta, o autor alinha-se à posição de Salvatore Pugliatti,<sup>139</sup> no sentido de extrair do contrato em si, concretamente, a síntese dos seus efeitos jurídicos essenciais. Os exemplos mencionados por Rossetti são interessantes para fins de compreender o ponto: o primeiro, alusivo a uma compra e venda (contrato típico) frustrada por que o comprador já figurava como proprietário da coisa e o segundo, referente a um contrato de seguro (igualmente contrato típico), cuja materialização restou obstada porque o risco não existia.<sup>140</sup> Ora, se na compra e venda não

<sup>138</sup> ROSSETTI, Marco. *Il diritto delle assicurazioni*. v. 1. *L'impresa di assicurazione, Il contratto di assicurazione in generale*. Padova: CEDAM, 2011. p. 734-736. Também a propósito da causa do contrato de seguro: CALVO, Roberto. *Il contratto di assicurazioni. Fattispecie ed effetti*. Milano: Giuffrè, 2012. SANTOTO-PASSARELLI, F. *La causa del contratto di assicurazioni. Studi sulle assicurazioni raccolti in occasione del cinquantenario dell'Istituto nazionale delle assicurazioni*. Roma, 1963.

CARRESI. *Osservazioni sulla causa delle assicurazioni*. 1960. I. p. 120 et seq.

<sup>139</sup> A posição de Salvatore Pugliatti a que ora se refere foi apresentada às fls. 96 et seq.

<sup>140</sup> “Il secondo, dopo avere affermato che per causa deve intendersi la funzione economico sociale del contratto, precisa che «bisogna [...] distinguere fra causa in astratto e causa in concreto. Altro à il modello astratto, altra la concreta realizzabilità del modello: sotto il primo aspetto, se si tratta di contratto tipico, non può porsi un problema di mancanza di causa; lo si può porre, invece, sotto il secondo aspetto. Un caso emblematico è quello di chi acqueta per contratto di vendita una cosa già sua: qui la causa del tipo contrattuale prescelto, che è lo scambio di cosa con prezzo, non può in concreto attuarsi, giacché il compratore non riceve nulla in cambio del prezzo; ed il contratto, benché tipico, sarà nullo per mancanza di causa»; l'autore cita altresì, quale ulteriore esempio di nullità del contratto tipico per mancanza di causa, proprio la nullità dell'assicurazione per mancanza originaria del rischio, ex. Art. 1895 cc.” (ROSSETTI, Marco. Op. cit. p. 737). O “Il secondo” a que o autor se refere é GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 100-101. Pelo mesmo fundamento – a inexistência de causa – mas com o olhar voltado ao ordenamento jurídico brasileiro, Antônio Junqueira de Azevedo aponta diversas dificuldades e caminhos tortuosos que acabaram por ser percorridos justamente porque a causa não se encontra expressamente positivada no Código Civil brasileiro: “Se num mútuo, não houve a entrega da coisa, o negócio é nulo; nulo também se deverá considerar o reconhecimento do filho ilegítimo que, posteriormente, vem a saber não ser realmente filho; nula a fiança que garante débito inexistente; nula a dação em pagamento, sem débito anterior, etc. Em todos esses casos o direito brasileiro procura atingir o mesmo resultado, por vias bem menos claras que a da nulidade por falta de causa. Assim, na hipótese de mútuo, em que não houve a entrega da coisa, ter-se-á que dizer que o negócio não se constituiu, que não houve contrato de empréstimo, apesar do acordo feito; na de reconhecimento de filho, ter-se-á que pedir a anulação do reconhecimento com base no erro; no caso da fiança, trar-se-á à colação do art. 1.488 do Código Civil (art. 824, Código Civil de 2002), que fala em ‘obrigação nula’ (isto é, obrigação que não surgiu, porque o negócio, do qual deveria surgir, era nulo), mas não, propriamente, em obrigação inexistente; no da dação, é possível que se queira obrigar o *solvens* a entrar com ação de pagamento indevido (*conditio indebiti*), quando, na verdade, a ação é negócio jurídico e, em princípio, deve seguir as regras da compra e venda (art. 996 do Código Civil - art. 357 do Código Civil de 2002), e não as do pagamento. Tudo isso demonstra a necessidade, dizemos mais, a

havia o que comprar e se no seguro não havia risco a assegurar, ressoa nítido que não há substância para sustentar esses contratos - substância no sentido de efeitos jurídicos concretos - causa.

Algumas teorias buscaram identificar os efeitos essenciais do contrato de seguro. São elas a teoria indenitória clássica, a teoria da necessidade eventual, a teoria do objetivo de previdência, a chamada nova teoria indenitória, a teoria da transferência do risco e a teoria da dupla causa.

Segundo a teoria indenitória clássica,<sup>141</sup> a causa-função do contrato explicar-se-ia pela eliminação das consequências prejudiciais de um dano futuro. Discussões as mais diversas se sucederam notadamente porque nos seguros de pessoas não se observa o dano tal e qual é observado nos seguros de danos. Com o propósito de buscar gerar o convencimento de que inclusive nos seguros de pessoas haveria função indenizatória, a doutrina quis explicar que o ressarcimento decorreria não do dano em si (a morte do ente querido, por exemplo), mas do quanto seria perdido em virtude da interrupção de sua capacidade laborativa.<sup>142</sup>

Sobreveio a teoria da necessidade eventual,<sup>143</sup> idealizada por Ulysses Gobi.<sup>144</sup> Esta teoria procurou explicar a causa do contrato de seguro a partir de uma necessidade eventual do segurado com vistas a evitar a consumação de um dano futuro.

As objeções à mesma foram diversas. Primeiro, porque o conceito de necessidade é econômico e não jurídico, além do que seria complexo demais definir quais seriam as necessidades particulares de cada pessoa humana. A teoria também falhava porque se apresentava incapaz de explicar, por exemplo, o seguro de vida contratado por pessoa

inexorabilidade do recurso à causa, até mesmo, de *lege lata* em países que, como o nosso, não a abrigam expressamente.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 159-160). Rigorosamente no mesmo sentido Maria Celina Bodin de Moraes, ao afirmar que: “Falta causa, por exemplo, quando, em um contrato classificado como de seguro, não há risco a ser coberto ou quando se compra uma coisa já própria.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *A causa do contrato*. In *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out-dez./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/>. p. 15).

<sup>141</sup> ROSSETTI, Marco. Op. cit. p. 738.

<sup>142</sup> A referência a esse esforço doutrinário é feita por BUTTARO, L. *Assicurazione sulla vita*. In *Enc. del. dit.* v. III. Milano, 1958. p. 614-615 e DONATI, Antigono. *Trattato del diritto delle assicurazioni private*. v. 1. Milano: Giuffrè, 1952. p. 7-8. Marco Rossetti é refratário a esse viés indenitório nos seguros de pessoas, designadamente porque: “È stato perciò giustamente osservato che la teoria indennitaria «classica» non riesce efficacemente a dimostrare la sussistenza di una causa indennitaria nell’assicurazione sulla vita, se non al prezzo di dilatare talmente la nozione di «danno» da renderla amplissima e, perciò, dogmaticamente inutile.” (Op. cit. p. 739).

<sup>143</sup> Ibid. p. 739-740.

<sup>144</sup> GOBBI, Ulysses. *Die Theorie der Versicherung begründet auf den Begriff der eventuellen Bedürfnisse* (1896) 2 ZVW. p. 465-476; e (1897) 3 ZVW. p. 246-262.

riquíssima cuja morte não deixaria os seus dependentes em situação de qualquer necessidade.<sup>145</sup> Não se contrata o seguro apenas por uma questão de necessidade.

A terceira teoria a buscar identificar os efeitos essenciais do contrato de seguro foi a do objetivo de previdência.<sup>146</sup> Essa teoria procurou corrigir os erros da teoria da necessidade eventual ao propor, em substituição à necessidade, a previdência. A nova teoria, assim, carregaria um viés menos econômico que a pretérita, embora as críticas que lhe foram dirigidas revelam o contrário.

Assim como a ‘necessidade eventual’, a ‘previdência’ também é subjetiva. Embora se amolde melhor aos seguros de pessoas – contratar o seguro de vida a fim de não deixar os beneficiários em situação de necessidade no futuro – não revela os efeitos jurídicos do contrato em si. Trata daquilo que se pretende por meio do mesmo – o objeto - mas não explica quais são os seus efeitos jurídicos essenciais (*rectius*, a sua causa).<sup>147</sup>

Posteriormente, surgiria a nova teoria indenitária,<sup>148</sup> a fim de corrigir os problemas da teoria indenitária original que, como se viu, não contemplava os seguros de pessoas. A nova teoria, portanto, ao invés de assumir a função de ressarcimento de dano (objeto das críticas à teoria indenitária primitiva), trouxe à sua concepção a noção de eliminação de uma necessidade eventual.

A teoria tampouco resistiu às críticas. A mais contundente decorria do fato de que nos seguros de vida não se tem por fim eliminar um dano, ainda que isto corresponda à intenção do contratante. Quando muito, corresponderia a um motivo (subjetivo), jamais integrando a causa do contrato.

A quinta teoria é a que corresponde à transferência do risco.<sup>149</sup> Com um entendimento mais amplo do que se entendia por risco, no sentido de contemplar tanto as questões patrimoniais quanto as existenciais, esta teoria foi concebida com o propósito de aparar as arestas que, justamente, motivaram críticas às teorias indenitária e da necessidade eventual. A teoria da transferência do risco resolveria as incompatibilidades por contemplar tanto os seguros de danos quanto os de pessoas. No entanto, as críticas também lhe fulminaram, principalmente porque o contrato de seguro não propicia a transferência do risco que, de fato,

---

<sup>145</sup> ROSSETTI, Marco. Op. cit. p. 740.

<sup>146</sup> Ibid. p. 740-741.

<sup>147</sup> Quanto às críticas referidas à teoria com objetivo de previdência, refere-se a SALLANDRA, V. *Dell'assicurazione*. In *Commentario Scialoja-Branca*. Bologna-Roma, 1966. p. 186.

<sup>148</sup> ROSSETTI, Marco. Op. cit. p. 743.

<sup>149</sup> Ibid. p. 745.

recai sobre o segurado. A transferência possui um viés exclusivamente financeiro, já que o risco de morte, de acidente, de perdas patrimoniais etc. continua a ser do próprio segurado.

Por fim, surgiria a teoria da dupla causa,<sup>150</sup> cujo mote consistiu em observar causas (efeitos jurídicos essenciais) distintas nos seguros de danos e nos seguros de pessoas, eis que seria impossível observar uma causa unitária para todos os seguros.

O autor conclui o seu exame a respeito de todas essas teorias explicando que não há como conceber o contrato de seguro por meio de apenas uma causa. Enquanto que nos seguros de pessoas a causa seria de previdência, nos seguros de danos a causa seria indenitória. Mas, essa explicação não bastaria para compreender integralmente a função causal do contrato de seguro, o que seria respondido através do exame em conjunto do mutualismo. O mutualismo é que, somado às funções de previdência e de indenidade, permitiria distinguir o contrato de seguro de outros instrumentos de transferência de risco.<sup>151</sup>

#### 1.1.5. A definição da causa do contrato de seguro

Quando se observou, ainda em caráter introdutório, a importância da causa como ferramenta qualificante dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro, apresentou-se fundamentação convincente de que nos contratos ditos sinalagmáticos (obrigações correspectivas), a causa seria observada justamente no nexo causal-funcional que une as obrigações (prestação e contraprestação) dos contraentes. Com os olhos voltados especificamente para este elo causal é que foram apresentados exemplos variados.

---

<sup>150</sup> Ibid. p. 746.

<sup>151</sup> “È la mutualità l’elemento distintivo e diversificante dell’assicurazione rispetto ad un generico contratto di garanzia o ad una *fideiussio indemnitas*; è in funzione della corretta gestione di essa che il legislatore ha dettato un ordinamento di settore tra i più articolati e complessi; è la esistenza di una massa omogenea di rischi che costituisce la prima garanzia per l’assicurato. Sicché conserva ancor oggi valore l’icastica affermazione del Vivante, secondo cui il trasferimento di un rischio dal patrimonio de un soggetto a quello di un altro non lo elimina, ma lo trasforma: al rischio del danno si sostituirà quello dell’insolvenza do quegli cui il suddetto rischio è stato trasferito. È soltanto la «polverizzazione» del rischio tra una massa omogena di assicurati che consente l’eliminazione del rischio. [...] Può dunque concludersi nel senso che la causa dell’assicurazione contro i danni, in tutte le sue forme, è rappresentata da una funzione indennitaria, realizzata attraverso la tecnica della mutualità. Quella, invece, dell’assicurazione sulla vita, è una funzione di previdenza, anch’essa realizzata attraverso la tecnica della mutualità.” (Ibid. p. 750).

Para fins de se extrair os efeitos essenciais do contrato o exame do objeto pode ser traçoeiro, o mesmo valendo para o motivo, o ingrediente íntimo que leva uma pessoa a contratar. Assim como a fiança, o seguro também pode se apresentar como uma espécie de garantia financeira.<sup>152</sup> Os objetos de ambos se assemelham, mas a causa não. Quanto ao motivo, é até despiciendo dizer a verdadeira miríade de razões que conduzem as partes a contratar. A fiança em contratos de locação decorre de exigência do locador. Se se perguntar ao locatário, muito provavelmente o mesmo dirá que nem gostaria de contratá-la. O motivo, portanto, não é uma ferramenta segura para identificar a causa.<sup>153</sup>

---

<sup>152</sup> Embora o seguro-garantia e a fiança se assemelhem como instrumentos de garantia, há uma série de diferenças importantes afetas aos seus efeitos jurídicos essenciais. Especificamente quanto ao seguro-garantia, o tomador o contrata por conta do segurado; caso seja verificada o inadimplemento da obrigação contraída pelo tomador, a seguradora será chamada a adimpli-la. Assim, António Menezes Cordeiro (seguro caução, em Portugal, é sinónimo do seguro-garantia no Brasil): “O seguro-caução é uma modalidade de seguro financeiro – e mesmo, de seguro de crédito -, pelo qual o segurador se obriga a indemnizar o segurado pelos danos patrimoniais sofridos, em caso de falta de cumprimento ou de mora do tomador” (CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos seguros*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 780). Há, claramente, correspectividade entre a obrigação do tomador – pagamento do prêmio – e a obrigação da seguradora – o oferecimento da garantia em prol do segurado, conforme determina o ar. 757 do Código Civil. Além de correspectividade, é visível a onerosidade na exata medida em que ambas as partes arcam com os seus encargos respectivos; novamente, o pagamento do prêmio pelo tomador e a assunção da obrigação de garantia, pela seguradora. Diante da obrigação contraída pelo tomador para com o segurado, aquele contrata o seguro garantia com a seguradora de sua preferência, estabelecendo uma relação jurídica própria que, com efeito, gera direito autónomo para o segurado. Basta ver que nem mesmo o inadimplemento do prêmio isentará a seguradora de sua obrigação de garantia, a teor do disposto no art. 11, § 1º da Circular SUSEP nº. 477, de 30.9.2013. Vale frisar que o seguro-garantia, como contrato que é, sujeita as partes ao cumprimento de diversas obrigações que, uma vez descumpridas, implicarão possível perda do direito à garantia. Não se trata, evidentemente, de um título de crédito ao portador, passível de apresentação e saque. Em resumo, no contrato de seguro-garantia observa-se a correspectividade, a onerosidade e a empresarialidade (já que apenas companhias de seguros poderão comercializá-lo). Na fiança, por outro lado, a sua relação com o contrato principal é de acessoriedade. A obrigação assumida pelo fiador para com o afiançado é de carácter não correspectivo e, quanto aos encargos, apenas o fiador os contrai. Para com o devedor, a fiança é gratuita, baseada na confiança nutrida por este quanto àquele. À diferença do seguro-garantia, a fiança não apresenta qualquer nota de empresarialidade. (Na fiança bancária, por outro lado, já se observa esta nota). O fiador não é obrigado a constituir e manter as suas reservas técnicas, tampouco é fiscalizado por órgãos reguladores com essa finalidade. A sua obrigação é efetivamente condicionada ao inadimplemento do devedor – uma obrigação efetivamente condicional - de modo que, se este não restar caracterizado, não haverá que se falar na utilização efetivada fiança. Especificamente quanto à transferência do risco financeiro, esta não se verifica na fiança. O devedor não transfere o seu próprio risco, de impontualidade, ao fiador. Aqui, o fiador é garantidor do afiançado mas a sua prestação apenas será exigível se houver o inadimplemento pelo devedor. É o que ensina Carlos Ferreira de Almeida: “A fiança é um negócio jurídico obrigacional de garantia, em que o evento que desencadeia a obrigação eventual (do garante, do fiador) consistente no incumprimento de uma obrigação cujo credor é o beneficiário da garantia [...] Em consequência, a obrigação de fiança é acessória da obrigação garantida, isto é, a obrigação de fiança está na dependência unilateral da obrigação afiançada, dita obrigação principal.” (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos*. 2 ed. v. III. Coimbra: Almedina, 2013. p. 197). Em resumo, a fiança traz em si a não correspectividade, a gratuidade quanto ao devedor e a inexistência de empresarialidade.

<sup>153</sup> “Há dois significados da palavra “causa” que estão hoje suficientemente esclarecidos e podem ser afastados sumariamente, nessa altura de exposição, por sua pouca pertinência ao que ora nos interessa; são eles o de causa-motivo (como na expressão “causa ilícita”, que somente pode ser entendida como o “motivo determinante ilícito”, conforme já vimos) e o de causa-fato jurídico, (*causa efficiens*), como, por exemplo, na expressão *causa*

Nessa linha de ideias, a síntese dos efeitos jurídicos essenciais nos contratos ditos sinalagmáticos deverá ser extraída por meio do exame do nexos causal-funcional que une as obrigações das partes que, no contrato de seguro, é representado, por um lado, pelo pagamento do prêmio devido pelo tomador-segurado e, por outro, pela obrigação de garantia contraída pela seguradora. Opera-se, por meio desta troca, a transferência do risco financeiro que recai sobre o interesse legítimo do segurado. Não há como esquecer, quanto a este efeito jurídico essencial, que este *scambio*, conquanto se opere individualmente entre tomador-segurado e seguradora, não sobrevive sem que exista o mutualismo por detrás, a fim de suportar, financeiramente, todos os riscos financeiros que acabam por ser transferidos às seguradoras.

A propósito da importância do nexos de corresponsabilidade, convém examinar o comentário de F. C. Pontes de Miranda, valendo a ressalva de que esses escritos correspondem ao período no qual ainda vigorava o Código Civil de 1916, no qual, por força da previsão constante no art. 1.432, o nexos corresponsivo operava-se entre o prêmio e a indenização (e não a obrigação de garantia):

Não se pode dizer que o segurador, se ocorre o sinistro, ou se cedo ocorre, presta a soma do seguro e, se não ocorre, enriquece-se com o prêmio, ao passo que o segurado, mesmo se há o sinistro, não ganha, porque só recebe indenização do que perdeu. O risco foi coberto até que se desse o sinistro e o segurado obteve a cobertura; mesmo se o sinistro não sobreveio, cobriu-se-lhe o risco. Há sempre prestação e contraprestação, porque a entrega da soma é em virtude do que aconteceu, devido à álea. Não entendiam isso muitos juristas, inclusive J. Staudinger. [...] Cumpra observar-se que a contraprestação, que faz o segurador, no caso de sinistro, não é o objeto da dívida e das obrigações principais do segurado. Tal pagamento é eventual. O segurador contrapresta segurança, assumindo a álea. O contraente tem interesse no seguro mesmo se o sinistro não vem a ocorrer. No momento da conclusão do contrato de seguro, o segurador contrapresta.<sup>154</sup>

---

*obligationis*, em que a palavra “causa” equivale ao fato jurídico que dá origem à obrigação. Esses sentidos são facilmente inteligíveis e dispensam maiores comentários. Predomina, atualmente, na verdade, o que se chama de sentido objetivo da causa, isto é, um terceiro sentido da palavra, pelo qual se vê, na causa, a função prático-social, ou econômico-social do negócio.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 152-153). Especificamente quanto à referência à função prático-social e à função econômico-social, referidas por A. Junqueira de Azevedo, respeitosamente entende-se que deve ser empregada à causa a tarefa de extrair os efeitos jurídicos essenciais do negócio que se estiver examinando, evitando quaisquer anteparos que não sejam aqueles efetivamente jurídicos, o que corresponde à perspectiva defendida por Salvatore Pugliatti, referida às fls. 96 et seq. deste capítulo.

<sup>154</sup> MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte especial*. v. 45. Atualizado por Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2012. p. 426-427. Pontes de Miranda refere-se em seu escrito a Antígono Donati. *Trattato del diritto delle assicurazioni private*. II. p. 20 e ss. e Luca Buttarò. *L'interesse nell'assicurazione*. Milano: Giuffrè, 1954. p. 96 e ss.

No mesmo sentido é a assertiva de Isaac Halperin, quando observa a causa do contrato de seguro exatamente no nexos correspectivo: “*La bilateralidad se refiere al sinalagma genético, es decir, a la causa (en el sentido de que la promesa de una parte es la causa de la promesa de la otra)*”.<sup>155</sup>

Aprofundando um pouco mais o exame e, assim, buscando eliminar quaisquer das deficiências relatadas por Marco Rossetti por ocasião de seu exame a respeito das variadas teorias em torno da causa, Vincenzo Ferrari vai além e, concomitantemente, reúne os três elementos causais referidos anteriormente – risco, interesse legítimo e mutualidade – de maneira precisa:

La definizione consueta del fenomeno negoziale assicurativo, tuttavia, potrebbe facilmente indurre nell'errore di postulare l'esistenza di un legame di corresponsività sinallagmatica tra il pagamento del premio ed il pagamento dell'indennità, quando, invece, il nesso de quo intercorre tra il primo dei profili citati e l'assunzione del rischio da parte dell'impresa di assicurazioni che attraverso un'adeguata organizzazione di mezzi e capitali è in grado di farvi fronte prontamente, mediante tecniche di ripartizione matematica e di distribuzione finanziaria del rischio.<sup>156</sup>

A crítica que poderia ser endereçada à presente definição de Ferrari decorre da assertiva de que haveria transferência de risco do tomador-segurado à seguradora quando, a bem da verdade e como se viu, a transferência diz respeito apenas ao risco financeiro, não ao risco em si.<sup>157</sup> Sucede que o autor, um pouco mais adiante em seus escritos, acrescenta esse dado, afirmando o quanto segue:

<sup>155</sup> HALPERIN, Isaac y BARBATO, Nicolás H. *Seguros. Exposición crítica de las leyes 17.418, 20.091 y 22.400*. 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 2001. p. 30. Em tradução nossa: “A bilateralidade se refere ao sinalagma genético, é dizer, à causa (no sentido de que a promessa de uma parte é a causa da promessa da outra)”.

<sup>156</sup> FERRARI, Vincenzo. *I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita. Collana: Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato. Sezione IV: Autonomia negoziale*. Diretto da PERLINGIERI, Pietro. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 12. Em tradução nossa: “A definição habitual do fenômeno negocial securitário, todavia, pode facilmente induzir no erro de postular a existência de um liame de corresponsividade sinallagmática entre o pagamento do prêmio e o pagamento da indenização, quando, ao invés, o nexos *de quo* ocorre entre o primeiro dos aspectos citados e a assunção do risco por parte da empresa de seguros que, por meio de uma adequada organização de meios e capitais estará em condições de fazer frente, prontamente, mediante técnicas de repartição matemática e de distribuição financeiro do risco.”

<sup>157</sup> Observa-se habitualmente na doutrina alusões à causa do contrato de seguro no sentido de se operar a transferência do risco do tomador-segurado à seguradora. O conceito de transferência é explicado pela neutralização, diluição e minimização. Exemplificativamente, refere-se a Abel Veiga Copo. “Neutralizar el riesgo, diluirlo, minimizarlo, es la médula intrínseca del seguro, función y causa del mismo. Anticiparse al mismo, prevenirlo, reducir el impacto sobre la integridad de un patrimonio, la integridad e indemnidad de la persona, perimetrar su frecuencia, su intensidad, su variabilidad, son ejes cardinales del seguro, tanto desde una óptica de eficiencia jurídica, como, sobre todo, económica actuaria. El riesgo está, de hecho, presente en todos los aspectos estructurales y funcionales del seguro, es el presupuesto fundamental del contrato, más al mismo tiempo está presente en el objeto y, sobre todo, en la causa del contrato. La causa que justifica el vínculo contractual no es otro que la neutralización más amplia o más relativa del riesgo.” (VEIGA COPO, Abel B. *El riesgo en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el riesgo*. Cizur Menor: Civitas. 2015. p. 19-22).

Dottrina autorevole sul ponto ha rivelato – realizzando un raffronto tra lo schema assicurativo e quello della compravendita – che il trasferimento del rischio nell’ambito dell’assicurazione avrebbe carattere astratto e non già reale, in quanto l’assicuratore è tenuto a rivalere l’assicurato, delle conseguenze patrimoniali pregiudizievoli derivanti dalla verifica del sinistro, che in via immediata, però, saranno subite direttamente da quest’ultimo. [...] Nei contratti di assicurazione – come già accennato – si verifica, invece, una traslazione del rischio inerente alla verifica di un evento idoneo a cagionare conseguenze patrimoniali pregiudizievoli all’assicurato, in cambio del versamento di un premio in denaro da parte do quest’ultimo. Sotto tale aspetto, quindi, si realizza una relazione sinallagmatica tra il trasferimento del rischio e il pagamento del premio. [...] Tuttavia, ciò che viene a costituire il profilo di specificità dell’istituto in esame è la circostanza che si tratti un trasferimento astratto del rischio all’assicuratore.<sup>158</sup>

Concluindo o presente item, a causa do contrato de seguro, entendida como a transferência do risco financeiro que recai sobre o tomador-segurado para a seguradora, pode ser explicada e bem compreendida mediante o exame detido do segundo integrante do denominado “trio causal”, qual seja, o interesse legítimo.

Entendendo-se que o contrato de seguro não cobre um bem corpóreo em si mas o interesse legítimo do tomador-segurado sobre o mesmo, os efeitos jurídicos essenciais surgem com clareza. Mediante o pagamento do prêmio, opera-se a transferência do risco financeiro que recai sobre o tomador-segurado, tendo como objeto o interesse legítimo sobre um determinado bem da vida. O carro, a casa, a vida e/ou o ato regular de gestão não são o objeto, tampouco a causa do contrato de seguro. O objeto é o interesse legítimo ou, de forma ainda mais precisa, o interesse legítimo em risco.

Quando o art. 104, inciso II do Código Civil refere-se ao objeto lícito, possível, determinado ou determinável, no âmbito específico do contrato de seguro está a referir-se ao

---

Halperin também refere-se à transferência de risco, não fazendo qualquer especificação quanto ao risco financeiro: “El fin perseguido con el seguro es la traslación de un riesgo a un tercero, para que sus eventuales consecuencias graviten sobre éste, que lo asume mediante el pago de una prima o cotización, siempre que exista interés asegurable (arts. 1 y 2, ley 17418).” (HALPERIN, Isaac. Op. cit. p. 51). No mesmo sentido: DE GREGORIO/FANELLI. *Le assicurazioni*. 3 ed. Milano-Roma, 1969. p. 73.

<sup>158</sup> FERRARI, Vincenzo. Op. cit. p. 12. Em tradução nossa: “Doutrina relevante sobre o ponto considerou – realizando uma comparação entre o esquema securitário e aquele da compra e venda – que o transferência do risco no âmbito securitário tem caráter abstrato e não já real, na medida em que o segurador é obrigado a pagar ao segurado as consequências patrimoniais prejudiciais derivadas da verificação do sinistro, que em via imediata, contudo, serão assumidas diretamente por este último. [...] Todavia, isto que vem a constituir a característica de especificidade do instituto em exame é a circunstância de que se trata de uma transferência abstrata do risco ao segurador”. No mesmo sentido Rita Gonçalves Ferreira da Silva: “Todavia, esta ‘transferência do risco’ não determina que seja a empresa de seguros a pessoa civilmente responsável. Pelo contrário, pese embora a celebração de um contrato de seguro de responsabilidade civil geral, a pessoa civilmente responsável é sempre, o autor dos danos (ou seja, o segurado) e não a empresa de seguros.” (SILVA, Rita Gonçalves Ferreira da. *Do contrato de seguro de responsabilidade civil geral. Seu enquadramento e aspectos jurídicos essenciais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007. p. 163).



interesse legítimo do tomador-segurado a respeito de um determinado bem da vida. É como se o referido inciso II estivesse preenchido pelo art. 757, ao aludir ao interesse legítimo como objeto da obrigação de garantia da seguradora.

A causa, funcionalmente observada, encontra-se justamente na transferência do risco financeiro mediante o pagamento do prêmio (este, o sinalagma genético que identifica o contrato de seguro).

## **1.2 Particularidades e causa do contrato de seguro de responsabilidade civil**

O caminho a ser percorrido até que se possa observar a causa do contrato de seguro *D&O* apresenta, como ponto de partida, a causa do contrato de seguro, o que foi apresentado no item anterior. O ponto de continuação, imediatamente posterior, refere-se aos efeitos jurídicos essenciais do contrato de seguro de responsabilidade civil, temática que agora será enfrentada. O ponto de sequência cuidará dos efeitos jurídicos essenciais do contrato de seguro de proteção jurídica.

A respeito da causa do contrato de seguro de responsabilidade civil, a sua estruturação neste item será realizada obedecendo a mesma ordem estabelecida anteriormente, isto é, através do exame do risco e do interesse legítimo. Com relação ao mutualismo, entende-se desnecessário comentá-lo separadamente na medida em que os argumentos já expostos aproveitam tudo quanto será dito no concernente ao seguro de responsabilidade civil.

Para além do risco e do interesse legítimo como traços próprios do contrato de seguro de responsabilidade civil, serão trazidas observações a respeito da caracterização do sinistro que, como será visto, distingue-se sobremaneira em comparação com a disciplina dos seguros de danos.

### 1.2.1. Risco

Também ao contrato de seguro de responsabilidade civil o risco é um elemento essencial. Ocorre, porém, que a sua apresentação se dá de maneira diferente em comparação com a disciplina dos seguros de danos, v.g. automóvel, residencial, incêndio etc.

Ao se contratar o seguro automóvel, tutela-se o interesse legítimo que recai sobre o veículo (o casco), além de haver a possibilidade de adicionar coberturas outras voltadas inclusive para a responsabilidade civil caso o tomador-segurado seja demandado por terceiro em virtude de acidente automobilístico. Para que se compreenda a distinção é importante observar especificamente a cobertura destinada para o casco do automóvel.

A diferença marcante entre o seguro voltado ao interesse legítimo que recai sobre o casco e a cobertura de responsabilidade civil que, por força de normativo SUSEP,<sup>159</sup> é comercializada conjuntamente com a primeira, observa-se no risco que, respectivamente, lhes toca. O risco de danos ao casco diz respeito à esfera exclusiva do próprio tomador-segurado. Ao colidir com o veículo ao manobrar ou ao derrapar na via e chocar-se contra um poste, frise-se, sem que haja lesão a terceiros, as consequências patrimoniais dirão respeito exclusivamente a esta denominada esfera particular do tomador-segurado, não afetando terceiros.

Os danos, neste exemplo, estarão limitados a esta parte destacada do seu patrimônio, com os limites decorrentes da aplicação do princípio indenitário.<sup>160</sup> Observa-se uma identidade perfeita, delimitada, numa determinada parte do patrimônio que se quer tutelar.

Dando continuidade à hipótese anterior, imagine-se que o tomador-segurado derrape na via e atropеле terceiros. A partir deste momento o risco ganhará uma amplitude sensivelmente maior a depender dos danos havidos e reclamados pelos terceiros. Não é

---

<sup>159</sup> Trata-se da Circular SUSEP nº. 554, de 21.6.2017.

<sup>160</sup> Assim como a responsabilidade civil não se presta ao enriquecimento da vítima, o princípio indenitário ou indenizatório, no contrato de seguro, deve importar no pagamento, pela seguradora, de indenização rigorosamente proporcional à perda patrimonial havida pelo segurado. “Según se expresa nuestra doctrina, el régimen general contemplado en el art. 26 LCS supone la «proclamación» del carácter indemnizatorio de los seguros de daños, que incluso se llega a calificar como contrato indemnizatorio. Consecuencia de tal valoración, ha sido la afirmación en nuestra doctrina de la imperatividad del principio indemnizatorio.” (GIRGADO PERANDONES, Pablo. *El principio indemnizatorio en los seguros de daños. Una aproximación a su significado*. Granada: Ed. Comares, 2005. p. 133-134). O art. 26 da Ley nº. 50, de 8.10.1950, dispõe: “El seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado. Para la determinación del daño se atenderá al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro.”

exagerada a assertiva de que o patrimônio inteiro do tomador-segurado poderá ser colocado em xeque. Aqui, precisamente, encontra-se a diferença capital entre o risco que caracteriza os seguros de danos e o risco que caracteriza os seguros de responsabilidade civil.<sup>161</sup>

Consoante afirmado, enquanto que nos seguros de danos o risco é delimitado, eis que toca em parte específica do patrimônio do tomador-segurado, nos seguros de responsabilidade civil o risco é muito mais amplo. Aquele que contrata o seguro de responsabilidade civil quer, portanto, “evitar que o dever de indenizar faça do responsável uma outra vítima”,<sup>162</sup> ou seja, o risco financeiro a ser transferido à seguradora é o de evitar o surgimento de uma dívida proveniente de sua responsabilidade civil.

Yvonne Lambert-Faivre distingue com precisão os seguros de danos dos seguros de responsabilidade civil exatamente a partir dessa faceta:

L’assurance de responsabilité est une assurance dommages, à caractère indemnitaire dont l’objet est la dette de responsabilité de l’assuré envers le tiers victime. On la qualifie « assurance de dette » pour la distinguer de l’assurance de choses, ou de biens, qui est la garantie d’un actif du patrimoine de l’assuré ; ici c’est un passif, une dette de responsabilité, qui est l’objet de la garantie, ce qui fait intervenir un tiers créancier de l’assuré : la victime.<sup>163</sup>

Para além da diferença relacionada ao surgimento da dívida de responsabilidade, a doutrina, habitualmente, também propõe o estabelecimento de outra diferença, agora

<sup>161</sup> Conquanto o princípio indenitário seja aplicável tanto aos seguros de danos quanto aos seguros de responsabilidade civil, propõe-se, para fins metodológicos, o tratamento de ambos de maneira diferente justamente a partir dos riscos que lhes tocam.

<sup>162</sup> Esta afirmação foi colhida da obra de Rita Gonçalves Ferreira da Silva. *Do contrato de seguro de responsabilidade civil geral. Seu enquadramento e aspectos jurídicos essenciais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 106), cuja autoria foi atribuída a René Savatier. Em consulta à obra original do autor, não se logrou encontrar a tradução equivalente em francês. Todavia, de maneira semelhante à locução reproduzida, colheu-se a seguinte passagem: « Or les responsabilités civiles d’aujourd’hui se sont tellement multipliées et aggravées qu’elles constituent un risque redoutable et individuellement inchiffable. Contre la prime convenue, ce risque de responsabilité de l’assuré est assumé par des assureurs. » (SAVATIER, René. *La théorie des obligations. Vision juridique et économique*. 3 éd. Paris : Précis Dalloz, 1974. p. 280).

<sup>163</sup> LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *Droit des assurances*. 11 ed. Paris : Dalloz, 2001. p. 457. Em tradução nossa: “O seguro de responsabilidade é um seguro de danos, de caráter indenitário no qual o objeto é a dívida de responsabilidade do segurado diante da vítima (terceiro). Nós o qualificamos como “seguro de dívida” para distingui-lo do seguro de coisas (danos), ou de bens, que é a garantia de um ativo do patrimônio do segurado: aqui é um passivo, uma dívida de responsabilidade, que é o objeto da garantia, o que faz com que um terceiro intervenha como credor segurado: a vítima.” A qualificação dos contratos de seguro de responsabilidade civil como seguros de dívida ou de passivo é observada comumente na doutrina. Nesse sentido, Jean Bigot: « la dette de responsabilité est le risque garanti, et constitue le sinistre quand elle prend naissance chez l’assuré – la créance de réparation étant son miroir chez le tiers lésé. » (BIGOT, Jean. *Traité de droit des assurances terrestres*. v. III. Paris: LGDJ, 2002. p. 652) e Hubert Groutel : « On peut donc proposer la définition suivante : l’assurance de responsabilité garantit l’assuré contre le risque d’une atteinte patrimoniale en raison de l’existence d’une dette de responsabilité établie envers un tiers. » (GROUTEL, Hubert. et al. *Règles propres à l’assurance de responsabilité*. In *Traité du contrat d’assurance terrestre*. Paris : Litec, 2008. p. 1.081).

relacionada à origem do risco nos dois tipos contratuais. Enquanto que no seguro de danos o risco seria de ordem natural, isto é, não decorrente de conduta do tomador-segurado, no seguro de responsabilidade civil o risco seria artificial, isto é, decorrente de sua própria conduta.

A explicação para essa distinção seria a seguinte: contrata-se o seguro para uma residência. O risco de incêndio ou dano elétrico, em condições normais, não decorrerá de conduta do tomador-segurado. O evento poderá ser consequência de um curto-circuito, uma sobrecarga de energia elétrica etc., que não seriam diretamente provenientes de conduta do tomador-segurado.

Por outro lado, no seguro de responsabilidade civil, usualmente o risco decorrerá de sua própria conduta. É o tomador-segurado que manobrará o veículo desatento, que, eventualmente, perderá um prazo em uma ação judicial (aludindo ao seguro de responsabilidade civil profissional para advogados) ou que tomará uma decisão capaz de gerar prejuízos a um determinado contratante (com referência ao seguro *D&O*).

Nesse sentido, vale atentar para o comentário de Issac Halperin:

Difiere del seguro del daño patrimonial sobre bienes por la naturaleza del riesgo, por su objeto y por el momento en que se produce el siniestro: a) difiere en la naturaleza del riesgo, que es natural en los otros seguros, y artificial – legal – en éste; en aquéllos es de reparación – pérdida sufrida –; en éste es de garantía, de reparación indirecta porque evita una pérdida por la acción en responsabilidad de los terceros;<sup>164</sup>

Respeitosamente, a assertiva de Halperin merece alguma crítica porque não é possível circunscrever os riscos natural e artificial, hermeticamente, aos seguros de danos e de responsabilidade civil, o que se demonstra com tranquilidade.

Por hipótese, admita-se que o diretor de uma determinada sociedade tenha tomado todas as medidas acautelatórias antes de decidir pelo não pagamento de uma espécie tributária controvertidíssima. Contratou pareceres de renomados advogados, empresas de auditoria as mais gabaritadas e, ainda assim, acabou por sofrer uma autuação pela Receita Federal. O exemplo revela que não se lhe pode atribuir qualquer espécie de culpa, por mais leve que seja. A hipótese revela, conclusivamente, que o risco criado não pode ser classificado como artificial.

---

<sup>164</sup> HALPERIN, Isaac. Op. cit. p. 70. Em tradução nossa: “Difere do seguro de dano patrimonial sobre bens pela natureza do risco, por seu objeto e pelo momento em que se verifica o sinistro: a) difere da natureza do risco, que é natural nos outros seguros, e artificial – legal – neste; naqueles é de reparação – perda sofrida –; neste é de garantia, de reparação indireta porque evita uma perda decorrente da ação de responsabilidade de terceiros.”

Retomando a questão sob o viés dos seguros de danos, de fato as perdas patrimoniais impingidas ao tomador-segurado poderão ser decorrentes de circunstâncias que não lhes são imputáveis. O incêndio ou o curto circuito poderão não ter qualquer relação com a conduta do tomador-segurado, mas, com efeito, o contrário também é possível e tutelável pelo contrato de seguro. Aquele que, por distração, manobra o seu veículo e colide com o poste estará coberto. O risco, neste caso, será claramente artificial e, independentemente disto, passível de cobertura. A distinção rígida entre risco natural (seguro de dano) e artificial (seguro de responsabilidade civil) não vingará.

Ao tratar dos riscos artificial e natural, Isaac Halperin parece referir-se às responsabilidades extracontratual e contratual, no sentido de que os seguros de responsabilidade civil referir-se-iam à primeira, o que talvez se explique pelo momento em que a obra em questão foi publicada.<sup>165</sup>

---

<sup>165</sup> Esta obra de Isaac Halperin teve a sua primeira edição publicada em 1970; a segunda edição em 1983 e a terceira em 2001, com reimpressão em 2003. Por ocasião da primeira edição, os seguros de responsabilidade civil profissional destinados a médicos, advogados, contadores, notários etc. nem mesmo eram comercializados, o que talvez explique a distinção proposta pelo consagrado professor argentino. Antigono Donati, possivelmente pela mesma razão, também apresentava a distinção entre os seguros de danos e de responsabilidade civil calcada nas responsabilidades contratual e extracontratual, respectivamente. “Nell’ass. r.c. per danni a una cosa determinata, la resp. è contrattuale (deposito, trasporto, locazione, exx.) e la sua individuazione è ben precisata dal rapporto giuridico preesistente, nonché dall’identificazione delle cose di cui si teme il danneggiamento. Nelle ass. r.c. con riferimento a una determinata situazione giuridica – resp. per lo più extracontrattuale – l’individuazione del rischio nasce dall’individuazione della situazione a quale avviene attraverso i seguenti elementi: la persona dell’assicurato; la qualità da cui discende la resp. assicurata [...]; la natura generica della situazione [...] e quale, esercizio di un’impresa e quale, proprietà o uso di cosa [...] la singola cosa che occasione la resp. [...] e che comunque non à mai la «cosa assicurata»”. (DONATI, Antigono. *Manuale delle assicurazioni private*. Milano: Giuffrè, 1956. p. 335). No Brasil, Fernanda Nunes Barbosa atesta a importância dos seguros de responsabilidade civil para profissionais liberais e ressalta que o seu desenvolvimento, atualmente, ainda é incipiente: “Profissionais da saúde, advogados, contabilistas, docentes, publicitários, dentre outros especialistas, já vem sendo, há algum tempo e em maior ou menor medida, demandados judicialmente por condutas geradoras de danos no exercício de sua profissão. [...] Partindo-se da premissa, no entanto, de que a responsabilidade se encontra demonstrada na hipótese concreta, novos problemas surgem: como assegurar o ressarcimento ao prejudicado sem causar a ruína do responsável; de que forma compatibilizar os interesses legítimos dos envolvidos, os quais têm seu comportamento atrelado a padrões típicos da sociedade de risco, com valores como a liberdade profissional, a livre iniciativa, a autonomia privada e a proteção do vulnerável. É nesse momento que o tema do seguro se conecta com a responsabilidade civil. Mais especificamente, uma determinada espécie de seguro: o seguro de responsabilidade civil. [...] Mesmo totalmente incorporado às novas exigências da sociedade contemporânea, o seguro de responsabilidade civil profissional ainda é incipiente no Brasil, talvez pelo fato dos montantes das indenizações impostas pelo Judiciário ainda não representarem uma ameaça à atividade profissional. Com efeito, a ideia da garantia do pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado profissional liberal a terceiros não se encontra consolidada no país, a despeito da larga compreensão de que o futuro do seguro de responsabilidade civil é o próprio futuro do seguro, o futuro do direito como um todo e, de certo modo, o futuro das sociedades contemporâneas”. (BARBOSA, Fernanda Nunes. *O seguro de responsabilidade civil do profissional liberal; desenvolvimento e atualidades*. In *Responsabilidade civil de profissionais liberais*. Coord. MORAES, Maria Celina Bodin de. e GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 350-351).

A distinção rígida entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual vem sendo mitigada pela doutrina civilista<sup>166</sup> e, especificamente quanto aos seguros de responsabilidade civil, tampouco faz sentido insistir nessa *summa divisio*.

A culpa não pode ser vista como um problema, mas como solução.<sup>167</sup> Contratam-se seguros justamente por causa (motivo) da culpa. Se o notário falha no exame de um documento e, em razão disso, lhe é proposta uma demanda, aí estará o pressuposto essencial à utilização do seguro. O mesmo vale para o advogado que perde o prazo, o médico que erra durante a cirurgia e o diretor de relações com investidores que se equivoca ao prestar

<sup>166</sup> Amanda Guimarães Cordeiro e Larissa de Lima Vargas Souza apresentam alguns argumentos no sentido de que as responsabilidades contratual e extracontratual se encontram realmente imbricadas, afigurando-se difícil conceder tratamento rigorosamente seccionado: “Embora o Código atual preveja tratamentos distintos sob vários aspectos quanto à responsabilidade contratual e extracontratual, pode-se reconhecer que, em determinados casos, essa dicotomia pode ser mitigada. Essas disciplinas não permanecem estanques, eis que diversos artigos servem para ambos os segmentos da responsabilidade civil. Por exemplo, os artigos 390 (‘Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster’), 403 (‘Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual’) 944 (‘A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único: Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização’) podem ser aplicáveis em caso de responsabilidade civil contratual e extracontratual. Além disso, alguns artigos que estão no segmento de responsabilidade contratual dizem respeito à responsabilidade extracontratual e vice-versa, a exemplo dos artigos 398 (‘Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou’) e 939 (‘O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro’), que embora inseridos nos segmentos de responsabilidade contratual e extracontratual, nesta ordem, dispõem sobre responsabilidade extracontratual e contratual, respectivamente. Muito embora haja diferenças substanciais entre responsabilidade contratual e extracontratual, observa-se que muitas distinções classicamente instituídas entre elas não se sustentam.” (CORDEIRO, Amanda Guimarães e SOUZA, Larissa de Lima Vargas. *Danos morais contratuais e o problema da cláusula penal*. In *Problemas de responsabilidade civil*. Coord. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rio de Janeiro: ed. Revan, 2016. p. 38-39). Também a propósito de consequências práticas do fim da distinção entre os dois regimes de responsabilidade civil, sob a perspectiva da aplicação dos prazos prescricionais trienal (art. 206, § 3º, inc. V) ou decenal (art. 205), remete-se ao “*Responsabilidade contratual e extracontratual, uni-vos? Comentários ao Recurso Especial n. 1.281.594/SP*, de Júlia Costa de Oliveira, no qual a autora narra a intrincada controvérsia existente no Superior Tribunal de Justiça com relação à adoção dos prazos trienal ou decenal cuja causa refere-se à identificação do regime de responsabilidade civil aplicável, isto é, se extracontratual ou contratual. O julgamento do recurso especial em questão representou uma mudança no posicionamento anterior da Corte que, até então, distinguia as hipóteses de responsabilidade extracontratual e contratual para fins de aplicação dos prazos prescricionais de três e dez anos. Neste julgamento restou assentado o prazo de três anos, embora a discussão de fundo se referisse ao descumprimento de contrato. (OLIVEIRA, Júlia Costa de. *Responsabilidade contratual e extracontratual, uni-vos? Comentários ao Recurso Especial n. 1.281.594/SP*. In *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/responsabilidade-contratual-e-extracontratual/>>. Acesso em 24.6.2018). Mais tarde, porém, o Superior Tribunal de Justiça voltou atrás e, novamente, posicionou-se pelos prazos prescricionais distintos para responsabilidade contratual e extracontratual. EREsp nº. 1.280.825, Relatora Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção. j. 2.8.2018, v.m. Votaram com a relatora no sentido de adotar os prazos prescricionais distintos para responsabilidade contratual e extracontratual os ministros Maria Isabel Galloti, Antônio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, e Lázaro Guimarães. Ficaram vencidos os ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro.

<sup>167</sup> A propósito da culpa como conduta que, justamente desagua no contrato de seguro, pertinente referir à obra de ALONSO SOTO, R. *El seguro de la culpa*. Madrid : Ed. Montecorvo, 1977.

informação não fidedigna. Distinguir as hipóteses de cobertura e não cobertura a partir do exame da culpa, seja para responsabilidade contratual, seja para responsabilidade extracontratual, afigura-se claramente equivocado.

A crítica à *summa divisio* com o olhar voltado ao contrato de seguro foi precisamente apresentada por Yvonne Lambert-Favre:

Scandaleuse dans les contrats R.C. professionnelle ou R.C. exploitation, l'exclusion de la R.C. contractuelle paraît normale dans une assurance de la vie privée. Cependant, la multiplicité des relations bénévoles d'assistance gratuite susceptible à tort ou à raison d'être qualifiée « contrat » impose la suppression de la distinction entre les deux ordres de responsabilité contractuelle ou délictuelle dans tous les contrats d'assurance R.C. [...] Certes, il est vrai que la tarification d'une assurance R.C. dans la vie professionnelle et dans la vie privée est fort différent : mais précisément le critère topique doit en être la sphère d'activité assurée et non la nature de la responsabilité garantie.<sup>168</sup>

A dificuldade para seccionar com rigidez as hipóteses de aplicação da responsabilidade civil contratual e a extracontratual é acentuada também por outra questão, decorrente do fato de que o tomador-segurado poderá ser demandado independentemente da aferição de sua culpa no caso concreto, o que já se revela tormentoso, além de, eventualmente, poder ser responsável por danos causados a terceiros e mesmo assim não vir a ser demandado.

A primeira hipótese que, em síntese, configuraria um sinistro no contrato de seguro de responsabilidade civil sem que houvesse culpa do tomador-segurado, não é incomum. As conhecidas “aventuras jurídicas”, propostas por aqueles que, reconhecidamente, sabem não ter direitos mas, mesmo assim, insistem no ajuizamento com o propósito de tentar a sorte, imaginando que alguma transação poderá ser alcançada em razão dos efeitos deletérios provocados pela ação judicial no requerido. O esforço necessário à apresentação da defesa, além do desembolso financeiro, poderá até culminar com a paga de alguma quantia, reforçando a posição de que, efetivamente, pode haver sinistro sem culpa.

---

<sup>168</sup> LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *Droit des assurances*. 11 ed. Paris : Dalloz, 2001. p. 460-461. Em tradução nossa: “Escandalosa nos contratos de responsabilidade civil profissional ou de responsabilidade civil geral, a exclusão da responsabilidade civil contratual parece normal nos seguros da vida privada. Contudo, a multiplicidade de relações benéficas de assistência gratuita suscetíveis a gerar danos ou à possibilidade de se qualificarem como contratos impõem a supressão da distinção entre as duas ordens de responsabilidade contratual ou aquiliana em todos os contratos de seguros de responsabilidade civil. [...] Certamente, é verdadeiro que a tarifação de um seguro de responsabilidade civil na vida profissional e na vida privada são acentuadamente diferentes: mas, precisamente o critério tópico deverá ser a esfera de atividade do segurado e não a natureza da responsabilidade coberta.”

Na segunda hipótese, o tomador-segurado é realmente culpado pelas perdas causadas a um terceiro que, por razões desconhecidas (suponha-se tratar-se de uma pessoa abastada, generosa ou desleixada), não toma qualquer medida administrativa ou judicial a fim de repor a porção prejudicada de seu patrimônio. Há culpa do lesante, porém não há demanda.

Observa-se, nas duas hipóteses trazidas, que, realmente, não faz sentido insistir na distinção rígida entre responsabilidade contratual e extracontratual. O contrato de seguro de responsabilidade civil poderá abrangê-las conjuntamente. Ao invés de insistir em segregações inúteis, convém observar o conteúdo do contrato, a sua causa, isto é, para o que serve e a quem serve.<sup>169</sup>

As duas circunstâncias acima referidas foram identificadas há tempos por J. Hémard.<sup>170</sup> Ao analisar esta questão, Jean Bigot<sup>171</sup> explica que as mesmas decorreriam, inclusive, da previsão constante no art. L 124-I do *Code des assurances* ao, expressamente, referir-se à reclamação como o elemento deflagrador do sinistro. Se, realmente, o que importa é a reclamação e não a efetiva existência de culpa do tomador-segurado, a percepção de J. Hémard se apresenta juridicamente pertinente.

Art. L. 124-I - Dans les assurances de responsabilité, l'assureur n'est tenu que si, à la suite du fait dommageable prévu au contrat, une réclamation amiable ou judiciaire est faite à l'assuré par le tiers lésé.<sup>172</sup>

Em virtude de o olhar encontrar-se voltado à reclamação do terceiro é que Hémard apresentou a teoria segundo a qual no seguro de responsabilidade civil seria possível decantar o sinistro da efetiva existência de responsabilidade do tomador-segurado, ampliando formidavelmente o seu campo de aplicação. O comentário de Bigot a respeito é preciso:

Il en a été déduit que le sinistre résidait dans la réclamation, ej J. Hémard a pu ainsi, dans une formule célèbre, 'détacher l'assurance de responsabilité de la dette de responsabilité' : « Ainsi peut-il y avoir tant sinistre sans responsabilité, qu'il inversement responsabilité sans sinistre. Le sinistre est réalisé sans qu'il y ait responsabilité quand le demande du tiers a été jugée mal fondée ; alors, l'indemnité d'assurance ne comprend que les frais judiciaires exposés. La responsabilité existe sans sinistre quand l'assurance responsable n'est l'objet d'aucune poursuite, en

<sup>169</sup> “Defende-se a importância de priorizar, na análise de um instituto, seu perfil funcional, seus efeitos, passando, assim, do como ele é para o para que ele serve.” (KONDER, Carlos Nelson. *Causa do contrato x função social do contrato: Estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial*. In *Revista trimestral de direito civil*. v. 43. jul/set 2010, p. 33).

<sup>170</sup> HÉMARD, J. *Théorie et pratique des assurances terrestres*, 1924. n.º. 556.

<sup>171</sup> BIGOT, Jean. Op. cit. p. 651.

<sup>172</sup> Em tradução nossa: “Art. L. 124-I. Nos seguros de responsabilidade, o segurador não é acionado a não ser que, na sequência do fato danoso previsto no contrato, uma reclamação administrativa ou judicial seja feita ao segurado pelo terceiro lesado.”



raison de la négligence ou de l'ignorance de la victime ». [...] En effet, cette assurance devait alors couvrir, sauf clause contraire, les dépens auxquels l'assuré pouvait être condamné même en l'absence de responsabilité.<sup>173</sup>

A parte final do comentário de Jean Bigot chama a atenção para uma perspectiva do risco diferente daquela que, comumente, é conhecida e enfrentada nos seguros de responsabilidade civil. Utilizando uma vez mais o exemplo anteriormente referido, no qual o tomador-segurado atropela na via terceiros que, após, movem a respectiva ação indenizatória, o primeiro risco que toca no tomador-segurado é o de, justamente, indenizar as vítimas e o seguro de responsabilidade civil lá estará para, respeitando o conteúdo do contrato, custear essa indenização.

Bigot acentua ao final de seu comentário a importância de que o contrato também cubra os custos de defesa que o tomador-segurado precisará desembolsar para se apresentar em juízo ou, refletindo sobre contendas mais sofisticadas e caras, o mesmo racional valeria para mediações e arbitragens, obviamente respeitando os limites financeiros contratados. Para além de indenizar, o contrato de seguro de responsabilidade civil deverá também contemplar os custos de defesa do tomador-segurado.

Compreendidos os principais traços que caracterizam o risco no contrato de seguro de responsabilidade civil, passa-se ao exame de seu interesse legítimo.

---

<sup>173</sup> Em tradução nossa: “Pode-se deduzir que o sinistro se finca na reclamação, o que J. Hémaré afirmou, deste modo, numa expressão célebre, ‘separar o seguro de responsabilidade de dívida de responsabilidade’: «Deste modo pode-se verificar tanto o sinistro sem responsabilidade, como, inversamente, responsabilidade sem sinistro. O sinistro se identifica sem que haja responsabilidade quando a demanda do terceiro for julgada mal fundamentada; então, a indenização do seguro somente compreende as custas judiciais despendidas. A responsabilidade existe sem sinistro quando o segurado responsável não é acionado, em virtude de negligência ou ignorância da vítima». [...] Com efeito, esse seguro deveria cobrir, salvo disposição em contrário, as despesas às quais o segurado for responsabilizado mesmo se inexistente a responsabilidade”. (BIGOT, Jean. Op. cit. p. 651-652). No mesmo sentido Picard e Besson, que afirmam quanto à possibilidade de haver sinistro sem responsabilidade: « Et, comme cette réclamation n'est pas nécessairement fondée, el peut y avoir sinistre en l'absence de responsabilité de l'assuré. » (Picard et Besson. *Assurance terrestres*. v 1, n°. 350, 1971). E Luc Mayaux em *Responsabilité civile et assurance*. In *Les grandes questions du droit des assurances*. Paris : L.G.D.J, 2011. p. 257-275.

### 1.2.2. Interesse legítimo

A delimitação do risco a uma parte específica do patrimônio que caracteriza os seguros de danos *vis à vis* a tutela do patrimônio inteiro do tomador-segurado nos seguros de responsabilidade civil representa o principal traço distintivo do interesse legítimo nesses dois contratos de seguro.

Nesse sentido, para além de distinguir o interesse legítimo a partir de um bem específico ou do patrimônio inteiro, Joaquín Garrigues adiciona ao exame dos seguros de responsabilidade civil a observância dos danos em duas esferas distintas: a primeira, na do patrimônio do terceiro - a chamada 'causa remota' - e a segunda que, como consequência da primeira, recai na esfera patrimonial do tomador-segurado - a chamada 'causa próxima'.

De la definición que hemos formulado se desprende que la función del seguro de responsabilidad consiste en proteger al asegurado contra la responsabilidad civil que puede contraer frente a terceros. Una vez definido el seguro de responsabilidad civil, cabe preguntarse cuál debe ser su encuadramiento en la doctrina en general del seguro. Se trata, en opinión unánime, de un seguro contra daños y por ello lo tratamos dentro de este ramo. [...] Pero es un daño peculiar, diverso de los demás daños que se aseguran en otros tipos de seguro (incendios, transporte, etc.) Es un daño que ofrece una doble característica: Primera, no afectar en un objeto determinado del patrimonio, sino al patrimonio entero, el cual constituye objeto indistinto de responsabilidad personal ilimitada. Segunda, no afectar al patrimonio de un modo directo (como lo afecta, por ejemplo, la acción del fuego). Concurren aquí dos daños: el que se produce directamente en el patrimonio de un tercero por consecuencia de la conducta del tomador del seguro (causa remota); y el que, por consecuencia de aquél, indirectamente recae sobre el patrimonio del asegurado, al nacer para éste la obligación de reparar aquel daño (causa próxima).<sup>174</sup>

O interesse legítimo nos contratos de seguros de responsabilidade civil é visto pela doutrina predominante como a tutela do patrimônio inteiro do tomador-segurado.<sup>175</sup> Uma

<sup>174</sup> GARRIGUES, Joaquín. *Contrato de seguro terrestre*. Madrid: Imprenta Aguirre, 1983. p. 428. Em tradução nossa: “Da definição que formulamos se percebe que a função do seguro de responsabilidade consiste em proteger o segurador contra a responsabilidade civil que pode contrair frente a terceiros. Uma vez definido o seguro de responsabilidade civil, convém perguntar-se qual deve ser o seu enquadramento na doutrina em geral do seguro. Trata-se, na opinião unânime, de um seguro contra danos e por isso o tratamos dentro deste ramo. [...] Porém é um dano peculiar, diferente dos demais danos que se cobrem em outros tipos de seguros (incêndios, transporte, etc.). É um dano que oferece uma dupla característica: primeira, não afetar a um objeto determinado do patrimônio, senão o patrimônio inteiro, o qual constitui objeto indistinto de responsabilidade pessoal ilimitada. Segunda, não afetar o patrimônio de um modo direto (como o afeta, por exemplo, a ação do incêndio). Concorrem aqui dois danos: o que se produz diretamente no patrimônio de um terceiro por consequência da conduta do tomador do seguro (causa remota); e o que, por consequência daquele, indiretamente recai sobre o patrimônio do segurador, quando nasce para este a obrigação de reparar aquele dano (causa próxima).”

<sup>175</sup> Em meio a tantas, refere-se às seguintes obras: Isaac Halperin e Nicolás Barbato: “En el seguro de la responsabilidad, dado que cubre todo el patrimonio contra la responsabilidad que puede contraerse respecto de

posição, mais refinada do que esta, acaba por apresentar um campo de atuação ainda mais amplo a considerar que nem todo tomador-segurado efetivamente terá um patrimônio para tutelar. Assim é que, ao invés da cobertura para o patrimônio inteiro, isto é, de ativo propriamente dito, esta posição defende a proteção do patrimônio bruto do tomador-segurado, a compreender, portanto, ativo e passivo. Esta percepção pode ser observada na obra de Rita Gonçalves Ferreira da Silva.

Consideramos que perante as teses propostas aquela que melhor se adapta ao contrato de seguro de responsabilidade civil geral é a que identifica o interesse do segurador com o seu patrimônio bruto (ou seja, ao conjunto de ativos e passivos, que já existam ou que venham a integrar aquele patrimônio – presentes e futuros), uma vez que uma das causas essenciais a este ramo de seguro consiste na tutela ou proteção daquele patrimônio, que de outro modo poderia ser atingido.<sup>176</sup>

Acredita-se que entre as duas posições – tutela do patrimônio inteiro e tutela do patrimônio bruto, isto é, ativo e passivo – a segunda apresenta-se com maior especificidade e rigor jurídico, considerando que o tomador-segurado nem sempre terá ativo para fazer frente às reclamações que lhe são dirigidas.

A diferença de interesse legítimo nos seguros voltados para bens específicos e nos seguros chamados de patrimônio determina diferentes formas de classificação dos contratos de seguro. Vera Helena de Mello Franco,<sup>177</sup> por exemplo, divide os seguros em geral em dois grandes grupos: o primeiro chamado seguro de danos, o segundo chamado seguro de pessoas. Nos seguros de danos, a autora propõe uma nova divisão, agora entre os seguros de dano

---

un tercero, su límite no resulta en relación con una cosa o bien determinado, sino por la fijación de cierta suma y su restricción a la responsabilidad derivada de ciertos hechos.” (HALPERIN, Isaac. BARBATO, Nicolás. *Derecho de seguros*. 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 2003. p. 912); Luigi Farenga: “Nelle assicurazioni del patrimonio, dunque, oggetto dell’assicurazione solitamente non è un bene determinato, onde non è possibile stabilire a priori il valore assicurabile, perché è l’intero patrimonio dell’assicurato ad essere sottoposto al rischio.” (FARENGA, Luigi. *Manuale de diritto delle assicurazioni private*. 5 ed. Torino: G. Giappichelli, 2016. p. 208) e Vincenzo Ferrari: “È evidente, quindi, che nell’assicurazione di cose l’interesse può identificarsi nella relazione tra soggetto e bene e nella riparazione del danno da quest’ultimo subito, per cui l’interesse protetto è quello alla conservazione dello specifico bene assicurato; in quelle sul patrimonio, invece, si preserva genericamente il patrimonio dell’assicurato.” (FERRARI, Vincenzo. *I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita*. Collana: *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*. Sezione IV: Autonomia negoziale. Diretto da PERLINGIERI, Pietro. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 25). Para uma análise detalhada do patrimônio no direito brasileiro – composição, estrutura, função e segregação – remete-se a OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio separado. Herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários*, trust. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

<sup>176</sup> SILVA, Rita Gonçalves Ferreira da. *Do contrato de seguro de responsabilidade civil geral. Seu enquadramento e aspectos jurídicos essenciais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007. p. 215. No mesmo sentido VASQUES, José. *Notas para uma teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 134, PERÁN ORTEGA, Juan. *La responsabilidad civil y su seguro*. Madrid: Ed. Tecnos, 1998. p. 122 e VIRET, Bernard. *Droit des assurances privées*. Paris: Editions de la Société suisse des employés de commerce, 1991. p. 150.

<sup>177</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de direito securitário: seguros terrestres privados*. São Paulo: Maltese, 1993. p. 34.

direto e os seguros de dano indireto. Os de dano direto estariam voltados para bens específicos e os de dano indireto para eventuais diminuições patrimoniais decorrentes de uma dívida de responsabilidade, havendo tutela para o patrimônio inteiro do tomador-segurado (aqui se encontrariam os seguros de responsabilidade civil).

Rita Gonçalves Ferreira da Silva apresenta uma classificação ainda mais ampla,<sup>178</sup> com a seguinte distinção: os seguros de responsabilidade civil poderiam ser vistos como seguro de dano – esta seria a primeira categoria – e, ao contrário, não poderiam ser vistos como seguro de dano – aqui, a segunda categoria, o que soa contraditório e paradoxal à primeira vista.

Portanto, a primeira categoria – seguro de responsabilidade civil como seguro de dano – apresentaria as seguintes subdivisões: a primeira compreenderia o seguro de responsabilidade civil como seguro de patrimônio.<sup>179</sup> A segunda subdivisão observaria o seguro de responsabilidade civil como seguro de dívida, isto é, uma dívida de responsabilidade, um passivo, que seria objeto de cobertura.<sup>180</sup> Por fim, a terceira subdivisão o enxergaria como um seguro de passivo ou de ‘não interesse’, em que se pretende obter cobertura justamente para evitar o nascimento de uma dívida.

A segunda categoria – como dito, que não observa o seguro de responsabilidade civil como seguro de dano – apresentaria as seguintes subdivisões. Para a primeira, esse seguro corresponderia a um seguro de proteção ou defesa jurídica, admitindo que possa haver responsabilidade sem sinistro, bem como sinistro sem responsabilidade. A segunda subdivisão observaria o seguro de responsabilidade civil como um seguro preventivo, isto é, o mote seria evitar que o tomador-segurado viesse a sofrer um dano efetivo.<sup>181</sup>

<sup>178</sup> SILVA, Rita Gonçalves Ferreira da. Op. cit. p. 117-118.

<sup>179</sup> Nesse sentido PERÁN ORTEGA, Juan. *La responsabilidad civil y su seguro*. Madrid: Ed. Tecnos, 1998. p.119 et seq.

<sup>180</sup> Nesse sentido, Yvonne Lambert-Favre. *Droit des assurances*. 14 ed. Paris: Dalloz, 2017. p. 359.

<sup>181</sup> A propósito do viés preventivo em seguros de responsabilidade civil, remete-se às seguintes obras: Isaac Halperin: “El seguro opera *a posteriori* restableciendo el interés perjudicado, que por su índole económica es susceptible de ser restituido de dos maneras: ya sea mediante la reparación de la cosa dañada (elemento objetivo al cual ese interés se refiere, que es, además, el que determina la cuantía económica de éste), o bien en virtud de una indemnización dineraria equivalente al valor del perjuicio provocado por el siniestro. Solamente escapa de ese carácter de posterioridad (reparación de un daño ya acaecido) el seguro de la responsabilidad civil: prometiendo “mantener indemne” (patrimonialmente) al asegurado, adopta una función preventiva y se anticipa al daño efectivo que podría surgir el patrimonio del asegurado en sus bienes como motivo de una ejecución entablada por el tercero damnificado. Ello nos ha llevado a sostener el carácter “salvamentista, preventivo, del seguro de la responsabilidad civil, pues tiene por finalidad evitar el daño “concreto”, consistente en la salida de bienes del patrimonio efectivo del asegurado [...]” (HALPERIN, Isaac. Op. cit. p. 60) e Rita Gonçalves Ferreira da Silva: “Atualmente, outra das grandes questões que pode ser analisada relaciona-se com a prevenção de

Diante de classificação tão complexa e detalhada, acredita-se que o mais importante e de maior valia seja extrair instrumentos úteis a partir de cada qual, deixando de lado rótulos que, ao invés de colaborar, acabam por confundir o intérprete. A análise funcional do contrato de seguro de responsabilidade civil permite inferir que há elementos provenientes das duas categorias, isto é, que o observa como seguro de dano (primeira categoria) e também como ‘não seguro de dano’ (segunda categoria).

Quanto à primeira categoria, que classifica o seguro de responsabilidade civil como seguro de patrimônio, seguro de dívida ou seguro de passivo (‘não interesse’), não se observa exclusão. Ao tutelar o patrimônio inteiro do tomador-segurado, quer-se, também, claramente evitar o surgimento de uma dívida.

Com relação à segunda categoria – o seguro de responsabilidade civil não seria seguro de dano - igualmente observa-se boa utilidade. Como se disse ao final do item anterior, quando se observou que o risco nessa espécie de contrato contemplaria também os custos de defesa do tomador-segurado para fazer frente às demandas que lhe sejam propostas, não há dúvida de que esse espectro da cobertura é importantíssimo. Por fim, quanto ao seguro de responsabilidade civil com viés preventivo, acredita-se que esse atributo não exclui os antecedentes. As chamadas medidas de contenção e salvamento, previstas no parágrafo único do art. 771 e no art. 779 do Código Civil,<sup>182</sup> podem, efetivamente, caminhar à análise dos seguros de responsabilidade civil com viés de prevenção à ocorrência dos sinistros.

Após examinar as diferenças que caracterizam o interesse legítimo no âmbito dos seguros de responsabilidade civil, passa-se, a seguir, ao exame do terceiro traço distintivo, qual seja, o sinistro.

---

sinistros, dado os resultados, sempre, nefastos para os indivíduos e para as empresas de seguros com a ocorrência de danos resultantes de um evento futuro e incerto (sinistro). Assim, actualmente, a “palavra de ordem” das seguradoras e do próprio Estado passou a ser “prevenção de sinistros”, pela constatação, por parte das primeiras, que desta forma poderiam reduzir o valor monetário dos prémios e os seus custos indemnizatórios (por danos patrimoniais e não patrimoniais) e, por parte do Estado, a verificação da possibilidade de, assim, melhor proteger os seus cidadãos.” (SILVA, Rita Gonçalves Ferreira da. *Do contrato de seguro de responsabilidade civil geral. Seu enquadramento e aspectos jurídicos essenciais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007. p. 44-45).

<sup>182</sup> Código Civil brasileiro. Art. 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as conseqüências. Parágrafo único. Correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento conseqüente ao sinistro. Art. 779. O risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou conseqüentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa. A temática alusiva às despesas de salvamento *vis à vis* os custos de defesa será detidamente analisada no capítulo 3 desta tese.

### 1.2.3. Sinistro

O terceiro instituto a ser analisado é o sinistro, cuja ocorrência nos seguros de responsabilidade civil se dá de maneira diferente daquela verificada nos seguros de danos, cujo interesse legítimo tutela bens específicos. O incêndio, o roubo, o dano elétrico ou o naufrágio do navio são todos eventos bem definidos no tempo, cuja ocorrência não deixa qualquer margem para a dúvida. O sinistro, na mesma linha, apresenta-se de modo claro, em data exata. Esta é a regra aplicável à generalidade dos seguros de danos.<sup>183</sup>

Nos seguros de responsabilidade civil o sinistro se apresenta de maneira bem diferente, podendo alongar-se no tempo amplamente.<sup>184</sup> Rita Gonçalves Ferreira da Silva apresenta quatro possíveis circunstâncias que o deflagrariam:

A importância do sinistro no âmbito deste contrato de seguro é fulcral, sobretudo quanto à determinação do momento da verificação do sinistro. Assim, são defensáveis quatro teses distintas: a) o sinistro ocorre quando é praticado o facto gerador dos danos (a acção ou omissão); b) quando se verifica o dano (que pode ocorrer depois de decorrido um período temporal muito dilatado em relação ao facto gerador); c) quando o terceiro lesado apresenta uma reclamação ao autor dos danos (segurado) ou à própria empresa de seguros – assim, para os defensores desta teoria só há sinistro quando há reclamação; d) ou só depois de haver sentença judicial em sentido condenatório, transitada em julgado, ou acordo extrajudicial em que o sujeito civilmente responsável reconheça os danos.<sup>185</sup>

---

<sup>183</sup> Mas, respeitando o que só ser comum, convém abrir um parêntese para uma exceção notável. Em matéria de seguro de danos, teve grande repercussão o sinistro ocorrido com a Companhia Siderúrgica Nacional em seu sistema de transporte de minério de ferro. No âmbito de um contrato de seguro cujo interesse legítimo dizia respeito a riscos operacionais, a tarefa consistente na identificação cronológica do sinistro se revelou absolutamente complexa. Afirmou-se que, ao menos desde abril de 2007 até aproximadamente setembro de 2009, o referido sistema de transporte teria apresentado múltiplas falhas, cuja causa teria sido a mesma. O parecer apresentado por Judith Martins-Costa nos autos da ação judicial respectiva, proposta contra a Sul América Seguros e o IRB-Brasil Resseguros S.A. – processo nº. 583.00.2011.213118-3/000001-000, 42ª Vara Cível do Fórum Central João Mendes Júnior, foi publicado. Com relação à dificuldade para precisar a data da ocorrência do sinistro, repita-se, mesmo em seguro de danos, o trecho a seguir é primoroso: “É perfeitamente legítimo equiparar o acontecido com as micro agressões sofridas pelo tímpano (percebidas, naquele momento, apenas como fatos de manutenção) até que se caracterize e possa ser diagnosticada a surdez (a demanda do sistema com sua falência praticamente generalizada)”. (MARTINS-COSTA, Judith. *Contrato de seguro e contrato de resseguro. Sinistro complexo e cláusula de interdependência. Defeito no fornecimento. Interpretação contratual*. In RT, v. 948. Out. 2014. p. 197).

<sup>184</sup> “En el seguro de la responsabilidad civil, en principio, el siniestro se produce por la reclamación del tercero; esto es, el hecho generador – siniestro para la víctima del daño – no es contemporáneo; en cambio, en los demás seguros, generalmente el riesgo se realiza al mismo tiempo que se concreta el daño”. (HALPERIN, Isaac. Op. cit. p. 70).

<sup>185</sup> SILVA, Rita Gonçalves Ferreira da. Ibid. p. 205-206.

A propósito das quatro teorias,<sup>186</sup> convém ponderar o quanto segue. A primeira caracteriza o sinistro quando o fato gerador de responsabilidade civil é praticado. Ora, admitindo a ocorrência do fato, o que dizer se o lesado nada reclamar? Se a resposta for negativa, possivelmente nem mesmo sinistro haverá. Ainda que se admita a sua caracterização, o fato de não haver reclamação seria decisivo porque não haveria nada a indenizar. A segunda teoria – a verificação do dano sofrido pelo terceiro – padece da mesma inquietação revelada quanto à primeira. Ainda que o dano tenha ocorrido, e se o terceiro nada reclamar? A terceira teoria concentra-se na reclamação do terceiro, seja quanto ao tomador-segurado, seja à seguradora. Como se viu no item anterior,<sup>187</sup> pode e efetivamente há reclamações descabidas, isto é, sem qualquer fundamento na responsabilidade civil do tomador-segurado, o que também quer sugerir a incompletude da terceira teoria. A quarta teoria prende-se à existência de decisão judicial condenatória contrária ao segurado, com trânsito em julgado, ou acordo no qual o tomador-segurado admita a sua responsabilidade. Ora, o trânsito em julgado poderá tardar demais. Sobretudo por uma questão de cooperação, emanada do princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos, aguardar o trânsito em julgado poderá trazer consequências ruins tanto ao tomador-segurado, quanto à seguradora, já que os danos poderão agravar-se consideravelmente.

À luz desta complexidade, J. C. Moitinho de Almeida questiona o que é o sinistro no seguro de responsabilidade civil. Como se viu na terceira teoria trazida por Rita Gonçalves Ferreira da Silva, pode ser a reclamação do terceiro. O autor, contudo, não concorda com esta teoria porque os contratos de seguro não estariam baseados nas reclamações dos terceiros, mas nos danos causados. Moitinho de Almeida igualmente refuta esta posição porque há

---

<sup>186</sup> Vale dizer que Yvonne Lambert-Favre chega a decompor a deflagração do sinistro nos seguros de responsabilidade civil em até seis etapas distintas, a saber: 1) Na origem, pode existir um fato gerador técnico do lado do responsável. Seria a chamada causa remota do sinistro, que pode surgir mesmo diante da absoluta ignorância da vítima (exemplo: transfusão de sangue contaminado, erro na fabricação de um produto (talidomida), erro ou vício de fabricação (vícios no sistema de freios de veículos); 2) Fato gerador jurídico: seria a interface entre o fato gerador técnico e o efetivo conhecimento da vítima a respeito do fato gerador; 3) A consumação da perda; 4) A manifestação do dano pelo terceiro; 5) A reclamação da vítima; 6) O julgamento a respeito da responsabilidade do segurado ou a transação com a vítima. (LAMBERT-FAVRE, Yvonne. Op. cit. p. 468-469). Antigono Donati, por seu turno, apresenta quatro teorias a propósito da deflagração do sinistro nos seguros de responsabilidade civil. A primeira corresponderia ao pagamento do dano ao terceiro; a segunda, por ocasião da liquidação do dano; a terceira, decorrente de requerimento/requisição judicial, ou pedido de ressarcimento pelo lesado. A quarta teoria – que corresponde à acolhida por Donati – observaria o sinistro vincado ao surgimento da lesão/perda da vítima, não o requerimento/reclamação. “[...] è pertanto il fatto dannoso e non la richiesta del terzo o la sentenza o il pagamento che devono verificarsi entro la durata del rapporto assicurativo.” (DONATI, Antigono. *Manuale delle assicurazioni private*. Milano: Giuffrè, 1956. p. 334).

<sup>187</sup> A propósito da teoria de J. Hémar, referida à fl. 140.

casos nos quais a seguradora é obrigada a agir mesmo quando o segurado não é civilmente responsável, no que alude à clássica lição de J. Hémard.

Segundo afirma, o entendimento mais consentâneo seria aquele que “*atende ao facto danoso (que tem de ocorrer durante a vigência do contrato), pelo menos um deles no caso de pluralidade de factos danosos ou quanto à participação do sinistro*”.<sup>188</sup>

Assim como Moitinho de Almeida, Jean Bigot também revela a dificuldade de identificar o sinistro, atentando a um ponto interessante. É que nos seguros de responsabilidade civil o intérprete deverá deixar de lado a lógica binária própria dos seguros de danos para acrescentar um terceiro componente a esta relação jurídica, qual seja, o terceiro, cujo fazer não se encontra na esfera de atuação nem da seguradora, tampouco do tomador-segurado.

Un facteur de complexité supplémentaire est que ce sinistre intègre la réclamation de la victime, ce qui fait du risque de responsabilité un risque composite d'un genre particulier. Cela tient non seulement au fait que l'on passe de deux événements à trois (ce qui est plus délicat à « gérer », spécialement pour les juristes imprégnés d'une logique binaire), mais aussi au fait que l'événement « réclamation » a un certain caractère potestatif puisqu'il est au pouvoir d'une personne, en l'occurrence le tiers lésé. Si le dommage est la suite, pour ainsi dire naturelle, du fait dommageable, la réclamation dépend ainsi de circonstances extrinsèques au sinistre, comme la plus ou moins grande appétence de la victime à faire valoir ses droits.<sup>189</sup>

Tamanha dificuldade para precisar no tempo a deflagração do sinistro motivou que, por parte das seguradoras, fosse desenvolvida uma forma de contratação diferente daquela praticada até então, baseada na ocorrência efetiva dos fatos danosos (o incêndio, o furto, o roubo e o naufrágio, exemplificativamente). A esta nova forma de contratação seria relevante examinar a reclamação apresentada pelos terceiros, o que se fez com o propósito de circunscrever temporalmente a obrigação de garantia contraída pela seguradora.

Em outras palavras, na contratação à base de ocorrência o que importa é, exclusivamente, o fato danoso – como se afirmou, o incêndio, o furto, o roubo e o naufrágio, sendo irrelevante a data em que a reclamação é apresentada. Se o fato danoso ocorrer durante

<sup>188</sup> ALMEIDA, J. C. Moitinho de. *O contrato de seguro no Direito Português e comparado*. Lisboa: Sá da Costa, 1971. p. 269 et seq.

<sup>189</sup> BIGOT, Jean. *Traité de droit des assurances terrestres*. v. III. Paris: LGDJ, 2002. p. 592-593. Em tradução nossa: “Um fator de complexidade adicional é que esse sinistro é composto pela reclamação da vítima, o que faz o risco de responsabilidade um risco composto de um tipo particular. Isso se deve não somente ao fato de que passamos de dois eventos a três (o que é mais delicado e gera, especialmente para os juristas impregnados de uma lógica binária), mas também ao fato de que o evento ‘reclamação’ dispõe de um certo caráter potestativo posto que fica a critério de uma pessoa, o terceiro lesado. Se o dano é resultado, por assim dizer natural, do fato danoso, a reclamação depende deste modo de circunstâncias extrínsecas ao sinistro, como a mais ou menos grande vontade da vítima por fazer valer os seus direitos.”



o período de vigência da apólice, haverá cobertura. A justificativa para essa lógica é simples. O tomador-segurado, diante de perda iminente, não tardará e, de pronto, comunicará o fato à seguradora o que, aliás, corresponde a um ônus previsto no caput do art. 771 do Código Civil.<sup>190</sup> Se houver demora injustificada por parte do tomador-segurado e prejuízo à seguradora decorrente desse não fazer, haverá a perda do direito à indenização. A lógica binária a que Jean Bigot se referiu explica bem o ponto.

Situação fática diferente se apresenta nos seguros de responsabilidade civil em que a introdução do terceiro na relação jurídica constituída originalmente pelo tomador-segurado e pela seguradora gera uma complexidade maior. Por mais que o tomador-segurado esteja convicto de que causou dano ao terceiro, a decisão de reclamar é exclusivamente de responsabilidade daquele. Também como escreveu Bigot, um direito potestativo a ser ou não exercido. E, em assim sendo, a seguradora, observando a modalidade de contratação à base de ocorrências, estaria obrigada a manter as suas reservas constituídas por tanto tempo quanto fosse necessário e aguardar pela possível reclamação do terceiro. O prejuízo à mutualidade, portanto, justificaria o desenvolvimento da forma de contratação diferente, agora à base de reclamação.<sup>191</sup>

Sob as luzes de todas as considerações apresentadas quanto ao contrato de seguro de responsabilidade civil, puderam ser constatadas as peculiaridades relativas ao risco, ao interesse legítimo e ao sinistro, todas relevantes para que, por ocasião do exame do contrato de seguro *D&O*, seja identificada a sua causa.

Concluindo o item, pode-se afirmar que a causa do contrato de seguro de responsabilidade civil é representada pelo nexos de correspectividade entre, pelo tomador-segurado, o pagamento do prêmio e, pela seguradora, a obrigação de garantia dirigida ao nascimento de uma dívida de responsabilidade e/ou de sua imputação àquele. O efeito jurídico essencial deste contrato consiste em transferir à seguradora o risco financeiro decorrente do possível surgimento da referida dívida e, *pari passu*, a formulação de reclamação pelo terceiro.

---

<sup>190</sup> A propósito da distinção entre ônus e dever, tanto no que toca ao aviso de sinistro quanto a outras prestações relativas ao contrato de seguro, este tema será examinado no capítulo 3 da tese, fls. 306 et seq.

<sup>191</sup> A propósito da contratação à base de reclamação (*claims made*) e todas as suas vicissitudes, remete-se o leitor ao capítulo 3, item 1.8, fl. 290.

Passa-se, agora, ao exame do contrato de seguro de proteção jurídica que, justamente por prover a garantia relacionada aos custos de defesa do tomador-segurado, avizinha-se ao seguro *D&O*. É o tema que será observado à continuação.

### 1.3 Particularidades e causa do contrato de seguro de proteção jurídica

O contrato de seguro de proteção jurídica não é disponibilizado no Brasil. Em meados de 2006, formulou-se consulta à SUSEP quanto à viabilidade para implementá-lo especificamente no âmbito das entidades fechadas de previdência complementar mas a resposta apresentada pelo regulador no parecer/PRGER/assuntos societários e registros especiais s/nº. foi negativa. A consulta formulada dizia respeito à oferta da cobertura para a assessoria jurídica propriamente dita e, adicionalmente, à cobertura para multas civis, administrativas e penais, o que acabou desvirtuando o exame realizado pela mesma. A consulta foi apresentada sob o seguinte título:

Seguro de custas judiciais, honorários advocatícios e multas despendidas por administradores de entidades fechadas de previdência complementar.

Afirma-se que o exame realizado pela SUSEP acabou se desvirtuando porque o parecer cuidou apenas da temática alusiva à pretendida cobertura para multas civis, administrativas e penais, deixando de lado a questão central concernente ao custeio da assessoria jurídica do segurado.

Com relação à cobertura para as multas, a Procuradoria da SUSEP fez referência à Resolução nº. 13/04, proveniente do Conselho Gestor das Entidades de Previdência Complementar, cujo artigo 22 restringiria esta possibilidade.<sup>192</sup> Vale observar, atentamente, o real objeto da restrição prevista nesse dispositivo legal: “*É vedada a contratação de seguro para cobertura de responsabilidade civil, penal ou administrativa de dirigentes, ex-dirigentes, empregados ou ex-empregados da EFPC [...]*”. Note-se bem: a norma, em

---

<sup>192</sup> Resolução nº. 13, de 1º.10.2004, do CGPC. Art. 22. É vedada a contratação de seguro para cobertura de responsabilidade civil, penal ou administrativa de dirigentes, ex-dirigentes, empregados ou ex-empregados da EFPC, seja por contratação direta ou por meio da patrocinadora, cujo prêmio implique qualquer ônus financeiro, direto ou indireto, para a entidade fechada de previdência complementar ou para os planos de benefícios por ela operados.

momento algum, trata de vedação à cobertura para multas civis, administrativas ou penais, mas de cobertura para responsabilidade civil, penal ou administrativa.

Os objetivos principais perseguidos pela responsabilidade civil (indenizar) e pela aplicação de multas civis (punir, sancionar) são distintos. Com fundamento numa vedação à contratação do seguro que cobrisse a responsabilidade civil, o órgão regulador acabou interpretando a restrição de maneira ampla, estendendo-a também às multas civis. Com relação à responsabilidade penal e administrativa, de fato observa-se alguma congruência com as multas respectivas (penais e administrativas), muito embora o texto do normativo não toque, especificamente, no concernente às multas.

Importante observar que o parecer deixou de tratar do parágrafo único do referido artigo 22,<sup>193</sup> cujo enunciado normativo viabilizava a cobertura de seguro para o custeio da defesa dos segurados. A sua conclusão foi no sentido de que, por falta de interesse legítimo, o referido contrato de seguro não poderia ser aprovado pelo órgão regulador.

As regras na esfera jurídica foram criadas para manter a ordem, a paz e evitar injustiças. Assim, a aprovação de tal seguro que em uma de suas cláusulas prevê garantia contra multas, vai muito além do confronto com a Resolução citada: fere princípios, desestimula a não adequação à lei e assim por diante. [...] A aprovação do seguro em epígrafe, deixa imune o infrator, sendo ele, futuramente, reembolsado pelo valor pago. [...] Além disso, esse seguro é contrário ao artigo 757 do Código Civil Brasileiro, devido à falta de interesse legítimo do segurado. [...] Nota-se que o interesse legítimo é elemento essencial no contrato de seguro e é algo que não ocorre no seguro acima citado. Desta forma, em conclusão, o contrato de seguro em questão não pode ser comercializado faltando-lhe requisito essencial, qual seja, o interesse legítimo.<sup>194</sup>

A cobertura para multas civis, administrativas e penais é controvertida e a respeito da mesma será apresentado exame detalhado no capítulo 3 desta tese. No entanto, é preciso consignar desde já que, respeitosamente, diverge-se do entendimento exarado pela SUSEP quanto à referida inexistência de interesse legítimo para a cobertura de multas.

Ora, assim como se observa interesse legítimo na cobertura de responsabilidade civil,<sup>195</sup> no sentido de evitar o surgimento de uma dívida de responsabilidade por parte do

---

<sup>193</sup> Resolução nº. 13, de 1º.10.2004, do CGPC. Art. 22. Parágrafo único. O conselho deliberativo poderá assegurar, inclusive por meio de contratação de seguro, o custeio da defesa de dirigentes, ex-dirigentes, empregados e ex-empregados da EFPC, em processos administrativos e judiciais, decorrentes de ato regular de gestão, cabendo ao referido órgão estatutário fixar condições e limites para a finalidade pretendida.

<sup>194</sup> Superintendência de Seguros Privados. Parecer/PRGER/assuntos societários e registros especiais s/nº. p. 2-5.

<sup>195</sup> Num passado bem distante, a cobertura securitária em matéria de responsabilidade civil foi duramente criticada por ser supostamente atentatória à moral e à ordem pública. Pensava-se que o lesante deveria pagar pelos seus erros com recursos próprios. Um contrato de seguro que mitigasse esse dever, recheado de carga moral, não poderia ser tolerado. “Com a revolução industrial, durante os séculos XVIII e XIX, operada em

tomador-segurado, há interesse em evitar que eventuais multas impostas por órgãos reguladores venham a consumir o patrimônio dos mesmos. A questão alusiva ao *moral hazard* – o efeito educativo, inibidor – no sentido de que a contratação do seguro deixaria os executivos menos cômicos de suas responsabilidades não vinga. Com efeito, a reputação de um diretor ou conselheiro, talhada ao longo de anos de dedicação, é preciosa. O fato de haver transferência apenas financeira do valor correspondente à multa não deixaria de arranhar a sua reputação caso fosse punido. Entre as diversas sanções existentes, vale lembrar que a multa é apenas uma delas. Há advertência, suspensão e inabilitação para o exercício do cargo etc.<sup>196</sup> O fato de se dispor de contrato de seguro não gera mais sinistros. Não gera maior número de acidentes de trânsito, tampouco perdas de prazo por advogados, erros médicos por profissionais da medicina ou decisões empresariais equivocadas.

Retomando a questão concernente ao seguro de proteção jurídica no Brasil, fato é que não se teve conhecimento de uma consulta formulada ao órgão regulador cujo objeto fosse, efetivamente, a cobertura central disponibilizada pelo mesmo, qual seja, a assessoria jurídica ao tomador-segurado. Pode-se perceber que o problema decorreu da forma com que a consulta foi formulada, centrada na cobertura para multas civis, administrativas e penais, o que acabou conduzindo o exame do órgão regulador a uma temática que foi muito além da causa (síntese dos efeitos essenciais) do seguro de proteção jurídica. Para que se compreenda

---

primeiro lugar em Inglaterra, surgem, como resposta aos novos riscos, novos ramos de seguro, nomeadamente o seguro de responsabilidade civil, próximo dos moldes actuais. Pelo que, via de regra afirma-se que o seguro de responsabilidade civil em geral é um ramo de seguro recente, pese embora as suas raízes históricas se encontrarem em estreita conexão com o seguro marítimo. Todavia, após o seu surgimento, este ramo de seguro foi considerado ilícito, por atentatório à moral e à ordem pública. Assim, só se desenvolveu efectivamente a partir do momento em que a ciência jurídica aceitou os conceitos de responsabilidade civil objectiva e de responsabilidade civil pelo risco.” (SILVA, Rita Gonçalves Ferreira da. *Do contrato de seguro de responsabilidade civil geral. Seu enquadramento e aspectos jurídicos essenciais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007. p. 34-36).

<sup>196</sup> Exemplificativamente, no âmbito da SUSEP a Resolução CNSP nº. 273, de 19.12.2012, prevê a aplicação das seguintes sanções: advertência, suspensão do exercício das atividades pelo prazo de até 180 (cento e oitenta) dias, inabilitação, pelo prazo de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos, para o exercício de cargo ou função no serviço público e em empresas públicas, sociedades de economia mista e respectivas subsidiárias, entidades de previdência complementar, sociedades de capitalização, instituições financeiras, sociedades seguradoras e resseguradores, suspensão para atuação em 1 (um) ou mais ramos de seguro ou resseguro; no âmbito da CVM e do BACEN, a recentíssima Lei nº.13.506, de 13.11.2017, que alterou os processos administrativos sancionadores destes órgãos, prevê as seguintes sanções: admoestação pública, multa, proibição para realizar determinadas atividades ou modalidades de operação, inabilitação para atuar como administrador e para exercer cargo em órgão previsto em estatuto ou em contrato social de instituição financeira, cassação de autorização para funcionamento.

bem o ponto, vale esclarecer que na Espanha, por exemplo, a cobertura para multas é risco expressamente excluído desse seguro,<sup>197</sup> justamente porque não integra a sua causa.

O seguro de proteção jurídica é desenvolvidíssimo na Europa. Introduzido pela Diretiva nº. 87/344/CEE, de 22.6.1987, os países integrantes da União Europeia passaram a disponibilizá-lo, havendo penetração notável na Itália,<sup>198</sup> Espanha,<sup>199</sup> Portugal,<sup>200</sup> Alemanha,<sup>201</sup> Reino Unido,<sup>202</sup> Bélgica<sup>203</sup> e França,<sup>204</sup> país no qual o contrato primeiramente surgiu.

Mas, a considerar a sua inexistência no Brasil, qual seria a relevância ou, de outro modo, a pertinência em trazê-lo à presente tese? Esta resposta remete justamente à causa

<sup>197</sup> Ley nº. 50, de 8.10.1980. Artículo 76 b. Quedan excluidos de la cobertura del seguro de defensa jurídica el pago de multas y la indemnización de cualquier gasto originado por sanciones impuestas al asegurado por las autoridades administrativas o judiciales. O art. 76, b), foi introduzido no ordenamento jurídico espanhol pela Ley nº. 21, de 19.12.1990, de adaptação do direito espanhol à Diretiva nº. 88/357/CEE, sobre liberdade de serviços em seguros que não fossem os de vida, e de atualização da legislação de seguros privados.

<sup>198</sup> Na Itália, o marco legal correspondente ao seguro de proteção jurídica observa-se no Decreto Legislativo nº. 209, de 7.9.2005, no *Codice delle Assicurazioni Private*.

<sup>199</sup> A origem do seguro de proteção jurídica na Espanha é marcada por desconfiança e resistência ao mesmo. Afirmava-se que de seguro não se tratava – seria mera prestação de serviços – havendo, inclusive, equiparação de empresas dedicadas a esta prestação a seguradoras. Para além disso, o tema era objeto de críticas agudas porque o risco que compõe a causa do contrato de seguro poderia ser ‘contaminado’ pela conduta do próprio tomador-segurado, desnaturando-o. A álea, nesse contexto, seria inexistente e o seguro, assim, restaria fulminado. “Se deducía que no existía el riesgo jurídico, por quedar la realización del mismo, el siniestro, en la voluntad del propio asegurado, quebrando el elemento del alea, fundamental para catalogarlo como seguro. Se planteaba incluso que en el hipotético caso de que existiera este “riesgo litigioso”, habría que dilucidar si este era autónomo o dependiente de otro principal, a saber, el de responsabilidad civil. Igualmente, la existencia de empresas de prestación de servicios de asistencia jurídica ha contribuido y mucho, a turbar la percepción conceptual del Seguro de Defensa Jurídica, donde en algunos casos no se podía diferenciar si estábamos ante una aseguradora o ante una empresa de servicios, o llegando incluso a la peor de las situaciones: equiparar ambas figuras.” (GARCIA GONZÁLEZ, César. *Origen, situación actual y futuro del seguro de protección jurídica*. Madrid: Fundación Mapfre, 2012. p. 44-45). Assim como ocorreu na França, o que será apresentado a seguir, houve resistência por parte do *Colegio Superior de la Abogacía*, por observar no chamado risco jurídico, ou melhor, nas empresas que ofereciam este serviço, uma mercantilização do nobre trabalho dos advogados. (Ibid. p. 46). O marco legal respectivo encontra-se nos artigos 76 letras a) a g) da Ley nº. 50, de 8.10.1980.

<sup>200</sup> Em Portugal, o marco legal se observa no Decreto-Lei nº. 72, de 16.4.2008, artigos 167 a 172.

<sup>201</sup> A Alemanha é o país em que o seguro de proteção jurídica mais se desenvolveu na Europa. Uma em cada duas famílias o tem contratado. (Ibid. p. 39). No mesmo sentido (RONCERO SÁNCHEZ, António. *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima. Sujetos, interés y riesgo*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2002. p. 79.

<sup>202</sup> No Reino Unido, a Diretiva nº. 87/344/CEE 22.6.1987 foi incorporada através do Statutory Instruments nº. 1159, de 29.5.1990.

<sup>203</sup> Na Bélgica, a adaptação da Diretiva nº. 87/344/CEE se deu pelo *Arrêté Royal* de 12.10.1990, admitindo as modalidades do seguro de proteção jurídica ativa e passiva, ademais de cobrir processos administrativos, judiciais, tratativas amigáveis etc.

<sup>204</sup> “Es opinión mayoritaria que el nacimiento del seguro de defensa jurídica o seguro de protección jurídica, propiamente dicho, vendrá de la figura de George Durant, Administrador del Automóvil Club de Le Mans (Pays del Loire Francia), de la mano del auge del automovilismo, allá por 1917, concretamente el 26 de Diciembre, y tampoco es baladí que nazca en la localidad francesa de Le Mans, así como que la primera sociedad que operase como tal fuera la ‘Défense Automobile et Sportive’, D.A.S.” (GARCIA GONZÁLEZ, César. Op. cit. p. 7). O marco legal francês observa-se no *Code des Assurances*, artigos L-127-1 a L-127-8.

desse seguro específico, cujos comentários serão apresentados a seguir. Ao compreendê-la, ver-se-á que, em boa medida, as suas características principais apresentam uma clara zona de convergência com o contrato de seguro *D&O*. Passa-se, portanto, ao exame das principais características do contrato de seguro de proteção jurídica para, concomitantemente, extrair a síntese dos seus efeitos jurídicos essenciais.<sup>205</sup>

### 1.3.1. Qualificação e risco

Diante dos seguros de danos e de pessoas, o seguro de proteção jurídica apresenta uma característica própria que vai ao encontro da crítica decorrente da dificuldade de permanecer classificando os contratos de seguros de maneira hermética exclusivamente como de danos e de pessoas.<sup>206</sup>

---

<sup>205</sup> César Garcia González percorre diversas tentativas de categorização do seguro de proteção jurídica, a saber: i) seguro de patrimônio (ao assim entender, este seguro não poderia ser entendido como um seguro de danos); ii) seguro contra o nascimento de uma dívida; iii) um seguro de passivo; iv) seguro de prestação de serviços e v) seguro de fim. A primeira teoria – seguro de patrimônio sustentar-se-ia no fato de que este seguro, por não “proteger” um bem concreto, fugiria à categoria do seguro de danos. A cobertura seria empregada para o patrimônio inteiro do tomador-segurado. A segunda teoria – seguro contra o nascimento de uma dívida – aproximaria o seguro de proteção jurídica do seguro de responsabilidade civil, embora neste a amplitude da cobertura oferecida seja maior (multas, indenizações etc. que, naquele seguro, caracterizam-se como riscos excluídos); a terceira teoria – seguro de proteção jurídica como seguro de passivo – se se entender o seguro de dano dentro da classificação dos seguros como ativos e passivos, o seguro de proteção jurídica deve ser entendido como seguro de passivo, eis que dirigido à proteção do patrimônio do segurado seja para figurar como autor, seja como réu, em ações judiciais e outros procedimentos correlatos e, assim, arcar com as custas respectivas. A quarta teoria – seguro de fim – foi proposta por Carlo Isola, para qual o seguro de proteção jurídica dirigir-se-ia a um fim específico, qual seja, a proteção (ampla) do tomador-segurado. (ISOLA, Carlo. *Spunti per un inquadramento dei rami della difesa legale e dell’assistenza turistica nel sistema delle Direttive CEE*. In *Assicurazioni. Rivista di diritto, economia e finanza delle assicurazioni private*. Anno LVII, fasc. 4, 1990, p. 461). A quinta teoria – seguro de prestação de serviços – distingue os seguros tipicamente de danos, isto é, indenitários, daqueles dirigidos à prestação de serviços cujo custeio corre à conta da seguradora. Garcia González parece inclinar-se por essa teoria: “Esta teoría tiene su encaje conforme recogido en el propio tenor literal de nuestra norma legal que, al definir este seguro, indica que el asegurador se obliga: “[...] a hacerse cargo de los gastos [...] y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro”. Semejante tenor lo encontramos en la Directiva del Consejo 87/344, al contemplar que el asegurador adquiere frente al asegurado “[...] el compromiso de hacerse cargo de los gastos de procedimiento judicial y de proporcionar otros servicios derivados la cobertura de seguro”. (GARCIA GONZÁLEZ, César. Op. cit. p. 77). A sexta e última teoria observaria uma natureza complexa no seguro de proteção jurídica, traduzida na aglutinação dos perfis indenizatório e prestacional. Ora, se não houvesse o perfil indenizatório não haveria que se falar sequer em seguro, posto que seria exclusivamente prestação de serviços. (Ibid. p. 75-80).

<sup>206</sup> A propósito da conhecida distinção do contrato de seguro (gênero) em seguros de danos e pessoas, Juan Battaller Grau critica essa *summa divisio* por haver constatado que, para além dessas espécies de seguros, haveria também aqueles de cunho prestacional, nos quais a obrigação assumida pela seguradora seria classificada como “de fazer”, e não, como habitualmente se observa, de garantia para, ao fim e ao cabo, indenizar: “La realidad del

É que no seguro de proteção jurídica observa-se claramente o viés de prestação de serviços assumido pela seguradora (obrigação de fazer), afastando-se do atributo indenizatório, próprio dos seguros de danos e de responsabilidade civil, e do viés de previdência (formação de poupança), próprio dos seguros de pessoas.<sup>207</sup>

O risco também apresenta um contorno próprio. Enquanto que nos seguros de danos, de responsabilidade civil e de pessoas o interesse legítimo diz respeito a um determinado bem da vida que se pretende tutelar (a casa, o carro, a dívida de responsabilidade civil, a vida do ente querido), no seguro de proteção jurídica o risco incide e decorre da necessidade de que,

---

tráfico no puede quedar encorsetada en el andamiaje legal, por lo que el principio de autonomía de la voluntad ofrece incesantemente respuestas a las necesidades del mercado. [...] Así ha sucedido con numerosos tipos de contratos de seguro en el pasado. Por citar algunos de los ejemplos más notorios baste con mencionar la relativamente tardía regulación del seguro de vida o del seguro de responsabilidad civil. Sin embargo, y esto es lo que queremos señalar en este momento, la evolución continúa. [...] El legislador ha optado en la Ley de contrato de seguro por dividir los seguros en función del riesgo asegurado, lo que da lugar a que la *summadivisio* separe los seguros entre seguros de daños y seguros de personas. [...] La actual regulación no parte, y por ello merece una severa crítica, de que un contrato de seguro puede contener tres clases de obligaciones del asegurador. Por ello se puede hablar de seguros de indemnización, de seguros de sumas y de seguros de prestación de servicio.” (BATALLER GRAU, Juan. *Hacia una tercera clase de contrato de seguro: los seguros de prestación de servicios*. In *La reforma del derecho de seguro*. Juan Bataller Grau et al. (Dir). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, 2015. p. 99-100). No mesmo sentido Abel Veiga Copo, quando se refere aos chamados seguros de prestação de serviços: “Estamos ante un genuino seguro de prestación de servicios, como lo es también aun carente de regulación legal el seguro de decesos o enterramiento, el seguro de asistencia sanitaria o el seguro de dependencia. Es cierto que en la ley únicamente se acuña la dualidad de seguro de daños, seguro de personas, mas gracias a la práctica y aun a pesar de incardinarse de las dos categorías, cobra fuerza, al menos léxica, la configuración de ciertos seguros como el de prestación de servicios, en los que la aseguradora, al socaire de los artículos 1 y 18 de la LCS que permiten la indemnización del siniestro no sólo efectiva sino también reparadora, presta directa o indirectamente un servicio, una obligación de hacer, al asegurado”. (VEIGA COPO, Abel B. *El riesgo en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el riesgo*. Cizur Menor: Civitas, 2015. p. 29).

<sup>207</sup> Míreia Dachs, ao analisar o seguro de proteção jurídica na Espanha, distingue duas possíveis esferas de atuação do mesmo, quais sejam, (i) prestação pecuniária propriamente dita e (ii) prestação de serviços pela seguradora: “El riesgo es la posibilidad de aparición de una necesidad de asistencia jurídica, a la que el asegurador debe responder dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, con los medios idóneos que permitan esa tutela jurídica de los derechos e intereses del asegurado, y cuya prestación puede tener lugar bajo dos modalidades alternativas: a) asunción de gastos jurídicos - prestación monetaria - como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo judicial o arbitral, o en el supuesto de conflicto de intereses (abogado particular); b) prestación de servicios jurídicos: judicial o extrajudicial (abogado red entidad). Aquí la ley no exige procedimiento. El asegurado es quien elige la fórmula que acoja la prestación.” (DACHS, Míreia. *El seguro de defensa jurídica. Cuestiones suscitadas en la praxis aseguradora en el ámbito del automóvil*. Disponível em [http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/comunicacion\\_seguro\\_defensa.pdf](http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/comunicacion_seguro_defensa.pdf), acessado em 29.01.2018. p. 2). No mesmo sentido Pedro Cano Ferré: “Así, si bien en un principio, y como hemos podido ver en la mención de los Estatutos de la primera Entidad Aseguradora de Defensa Jurídica, se entendía que la garantía otorgada era simplemente la de reembolso de los gastos ocasionados, la legislación europea, al amparo de la creación de verdaderas entidades aseguradoras con suficiente estructura de servicios, fue ampliando el ámbito de actuación de las mismas, reordenando finalmente el objeto de la garantía asegurada a las dos situaciones que en el día de hoy se contemplan en la legislación reguladora al efecto, a saber: Seguro de gastos y Seguro de prestación de servicios.” (FERRÉ, Pedro Cano. *Seguro de protección jurídica*. Disponível em <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon8.pdf>, acessado em 29.01.2018, p. 1). Também GARCIA GONZÁLEZ, César. Op. cit. p. 64.

pelo tomador-segurado, seja contraída uma despesa com honorários advocatícios para demandar (perspectiva ativa) ou para responder à demanda proposta por outrem (perspectiva passiva).<sup>208</sup>

Nota-se que o risco, portanto, está relacionado ao surgimento de uma contingência administrativa, judicial ou arbitral que, de alguma maneira, desagua no interesse/necessidade do tomador-segurado. O quanto será preciso a título de honorários advocatícios e respectivas despesas legais constitui o risco financeiro passível de transferência à seguradora. Antigono Donati, ao defini-lo, refere à semelhança com o seguro de responsabilidade civil, mas, ao mesmo tempo, explica a diferença:

Sebbene non si tratti affatto di ass. r. c., possiamo qui fare rapido cenno delle ass. spese legali, che possono alle ass. r. c. avvicinarsi [...] Ass. spese legali sono quelle ass. che coprono il rischio del sorgere di un debito per spese di assistenza legale al cliente, mediante rimborso o preventivo esborso. [...] Rischio è, come si è detto, la possibilità del sorgere di un debito di somma di denaro, per spese legali, giudiziali o extragiudiziali, per effetto di un fatto rientrante nella situazione rischiosa (recupero crediti, r. c., ecc.) prevista.<sup>209</sup>

Assim, observa-se que no seguro de proteção jurídica e no seguro de responsabilidade civil os riscos não se confundem. Apenas as despesas legais (honorários advocatícios e custos respectivos) constituem o interesse legítimo tutelado pelo primeiro, ao passo que, no segundo, a envergadura é consideravelmente maior (dívidas de responsabilidade decorrentes da conduta do tomador-segurado), além dos custos de defesa.

<sup>208</sup> A tutela das perspectivas ativa e passiva foi observada por Luigi Farenga: «l'impresa di assicurazioni, verso pagamento di un premio, si obbliga a prendere a carico le spese legali e peritali o a fornire prestazioni di altra natura, occorrenti all'assicurato per la difesa dei suoi interessi in sede giudiziale, in ogni tipo di procedimento, o in sede extragiudiziale, soprattutto allo scopo di conseguire il risarcimento di danni subiti o per difendersi contra una domanda di risarcimento avanzata nei suoi confronti, purché non proposta dall'impresa che presta la copertura assicurativa di tutela legale». (FARENGA, Luigi. *Manuale de diritto delle assicurazioni private*. 5 ed. Torino: G. Giappichelli, 2016. p. 223). Também o artigo L127-1 do *Code des assurances*: «Est une opération d'assurance de protection juridique toute opération consistant, moyennant le paiement d'une prime ou d'une cotisation préalablement convenue, à prendre en charge des frais de procédure ou à fournir des services découlant de la couverture d'assurance, en cas de différend ou de litige opposant l'assuré à un tiers, en vue notamment de défendre ou représenter en demande l'assuré dans une procédure civile, pénale, administrative ou autre ou contre une réclamation dont il est l'objet ou d'obtenir réparation à l'amiable du dommage subi. »

<sup>209</sup> DONATI, Antigono. *Manuale delle assicurazioni private*. Milano: Giuffrè, 1956. p. 348. Em tradução nossa: “Sabido não se tratar absolutamente de seguro se responsabilidade civil, podemos aqui rapidamente mencionar o seguro de despesas legais, que pode avizinhar-se ao seguro de responsabilidade civil [...]. Seguro de despesa legal é aquele seguro que cobre o risco de surgir uma dívida a título de despesa de assistência legal ao cliente, mediante reembolso ou preventivo desembolso. [...] Risco é, conforme é mencionado, a possibilidade de surgir um débito de uma quantia em dinheiro, por despesa legal, judicial ou extrajudicial, por consequência de um fato que penetra na situação de risco (recuperação de crédito, responsabilidade civil etc.) prevista.”



### 1.3.2. Deflagração do sinistro

A deflagração do sinistro no seguro de proteção jurídica pode apresentar contornos próprios quando se tem em mente aquilo que, ordinariamente, caracteriza os sinistros de um modo geral, especialmente quando se tem em vista a perspectiva ativa referida no item anterior.

O sinistro nos seguros automóvel, residencial ou responsabilidade civil caracteriza-se pela perda pecuniária do tomador-segurado, passível de transferência à seguradora. É em virtude dessa perda, justamente no sentido de evitá-la, que se contrata o seguro. O mesmo racional se aplica ao seguro de proteção jurídica quando o tomador-segurado é demandado por um terceiro, isto é, a perspectiva passiva anteriormente mencionada. Para não consumir recursos próprios com a assessoria jurídica necessária à apresentação da defesa contrata-se o seguro.

Por outro lado, quanto é o tomador-segurado quem resolve demandar a outrem (perspectiva ativa) o risco passa a transitar exclusivamente na sua própria esfera volitiva, isto é, independentemente da iniciativa de terceiros. Trata-se de uma potestade do tomador-segurado que, a depender apenas de seu agir, poderá ou não se materializar.<sup>210</sup>

Assim, a perspectiva ativa do seguro de proteção jurídica apresenta uma característica absolutamente particular frente à generalidade dos demais seguros, havendo na doutrina posicionamento<sup>211</sup> que, inclusive, chega a lhe negar a qualidade de contrato de seguro a considerar que o risco, por força desta circunstância, seria especulativo e, portanto, alheio às condições necessárias à formação de um contrato de seguro considerado regular.

---

<sup>210</sup> A propósito da diferença entre os sinistros nas perspectivas passiva e ativa, o comentário de Fernando Sánchez Calero: “En términos generales, la determinación del *dies a quo* de ejercicio de dicha elección es más sencilla en los casos en que el asegurado ostenta una posición pasiva en aquel procedimiento que en aquellos otros en los que presente una posición activa porque, mientras en los primeros el emplazamiento o el mero conocimiento de que se ha iniciado un procedimiento contra él determina la libre elección de profesionales, en los segundos puede surgir diferencias de criterio con el asegurador sobre cuándo debe considerarse agotada la vía amistosa e iniciarse el procedimiento, con la consiguiente determinación accesoria del momento en que puede elegirse abogado y procurador.” (SÁNCHEZ CALERO, Fernando. 4 ed. *Ley de contrato de seguro*. Dir. F. Sánchez Calero. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 1.913).

<sup>211</sup> Nesse sentido LUGO Y REYMUNDO, Luis Benitez de. *El riesgo jurídico. Los seguros de gastos de procesos y de litígios*. Madrid: Imp. Vda. de Galo Saez, 1961 e OLIVENCIA RUIZ, M. *El seguro de protección jurídica. Del pasado al futuro*. In *8º Congreso internacional de aseguradores de defensa jurídica*. Sevilla, 1981. p. 267.

Adiciona-se, ainda, o fato de o tomador-segurado poder valer-se desse seguro para o aforamento de demandas descabidas, as chamadas “aventuras jurídicas”, com a finalidade de dispor da soma segurada mancomunando-se com o advogado de sua escolha. Por isso e, desde já, descrevendo um critério seguro a fim de evitá-las, alude-se à necessidade de que a demanda seja oportuna, viável, não abusiva e que apresente alguma possibilidade de êxito.<sup>212</sup>

A considerar, por um lado, a existência de sinistros sem que o tomador-segurado seja efetivamente responsável e, por outro, a responsabilidade do tomador-segurado sem que o sinistro seja avisado, Yvonne Lambert-Favre afirma que a doutrina de J. Hémard, referida anteriormente quanto ao seguro de responsabilidade civil,<sup>213</sup> apresenta-se igualmente aplicável ao seguro de proteção jurídica.

La garantie des dépenses joue que l'assuré soit ou non reconnu responsable, dès lors qu'il a dû résister à une action en justice. Hémard soulignait en ces termes le rôle de la réclamation de la victime : « Ainsi peut-il y avoir tant sinistre sans responsabilité, qu'inversement responsabilité sans sinistre. Le sinistre est réalisé sans qu'il y ait responsabilité, quand la demande du tiers a été jugée mal fondée ; alors l'indemnité d'assurance ne comprend que les frais judiciaires exposés. La responsabilité existe sans sinistre, quand l'assuré responsable n'est l'objet d'aucune poursuite en raison de la négligence ou de l'ignorance de la victime ».<sup>214</sup>

Observadas as particularidades do sinistro no seguro de proteção jurídica, passa-se a um dos seus temas mais controvertidos notadamente porque lida com a escolha do advogado responsável pelo patrocínio (seja ativo ou passivo) do tomador-segurado e a aplicação de limites financeiros para fazer frente aos gastos respectivos.

---

<sup>212</sup> A percepção quanto à possibilidade de que o seguro de proteção jurídica possa ser utilizado de modo fraudulento pelo tomador-segurado em conluio com o seu advogado é de Mireia Dachs, respaldada por Asunción Olmos: “el procedimiento deberá ser, a tenor literal; ‘procedente, oportuno, viable, no abusivo y que presente unas mínimas posibilidades de éxito’” (DACHS, Mireia. Op. cit. p. 5). A fonte correspondente à posição de OLMOS PILDAÍN, Asunción, é *El seguro de defensa Jurídica*. Pamplona: Ed. Aranzadi, 1997.

<sup>213</sup> A referência à doutrina de J. Hémard foi apresentada à fl. 139.

<sup>214</sup> LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *Droit des assurances*. 11 ed. Paris : Dalloz, 2001. p. 485. Em tradução nossa: “A garantia de despesa opera se o segurado for ou não responsável, desde que ela tenha tido que resistir a uma ação na Justiça. Hémard sublinhava nesses termos o papel da reclamação da vítima: “Assim poderá haver tanto sinistro sem responsabilidade, quanto inversamente responsabilidade sem sinistro. O sinistro será realizado sem que ele seja responsável, quando a demanda do terceiro for julgada descabida; então a indenização do segurado contempla tão somente as despesas judiciais gastas. A responsabilidade existe sem sinistro, quando o segurado responsável não é objeto de qualquer processo em razão da negligência ou da ignorância da vítima”.

1.3.3. O direito de o tomador-segurado escolher o seu próprio advogado e a convenção de limites pecuniários. Cláusula delimitadora de risco ou cláusula limitadora de direitos (abusiva)?

A delimitação dos riscos é da essência do contrato de seguro. Conforme mencionado anteriormente quanto às diferentes modalidades de contratação dos seguros – por ocorrência, por reclamação e por reclamação com notificação - há limites objetivos de cobertura (v.g. dano material incluído e dano moral excluído), limites subjetivos (contrata-se considerando o perfil do tomador-segurado, isto é, a sua exposição pessoal ao risco) e limites temporais (v.g. vigência por um ano ou mais, além das diferentes modalidades de contratação). Os artigos 757, 759 e 760 do Código Civil revelam a importância de que os riscos cobertos sejam previamente delimitados, evitando-se surpresas para ambas as partes.

Observando o seguro de proteção jurídica, por que a livre escolha dos advogados e a adoção de limites financeiros aos gastos com honorários advocatícios é objeto de tão acalorados debates? Ora, se para a generalidade dos diversos limites convencionados pelas partes não há polêmica – o valor do casco do automóvel, do estabelecimento comercial, do quanto é atribuído em moeda corrente à vida do ente requerido, ao limite máximo de indenização a ser pago pela seguradora em virtude de acidente automobilístico coberto por uma apólice de responsabilidade civil ou o valor máximo a pagar em razão da perda de uma plataforma de petróleo – convém repetir: por que a escolha do advogado e a convenção de limites financeiros é objeto de tão viva polêmica?

Noutras palavras, a apresentação de um elenco de advogados com especialização comprovada pela seguradora (seja pela experiência profissional há, por exemplo, mais de dez anos, seja pelo conhecimento jurídico), mediante prévio requerimento do tomador-segurado, feriria o direito à livre escolha?

A existência de um limite para gastos com assessoria jurídica da ordem de, por exemplo, cinco milhões de moedas viabilizaria que o tomador-segurado exercesse um direito potestativo à escolha de um advogado que, de pronto, consumisse integralmente esta quantia? A adoção de um critério baseado na importância do processo discutido, tempo de tramitação, probabilidade de êxito, notoriedade do advogado que se deseje contratar e conseqüentemente,

ponderação do montante a pagar, seria ilegal? Pretende-se trazer luzes para essas duas questões.

#### 1.3.3.1. A livre escolha do advogado

No âmbito do contrato de seguro de proteção jurídica o tomador-segurado é livre para escolher o advogado responsável pela condução de sua defesa ou ação. Trata-se de uma obrigação imposta às seguradoras no art. 4º da Diretiva nº. 87/344/CEE, de 22.6.1987:

##### Artigo 4º

1. Qualquer contrato de protecção jurídica deve reconhecer explicitamente que:

- a) Sempre que se fizer apelo a um advogado, ou a qualquer outra pessoa com qualificações aceites pela legislação nacional, para defender, representar ou servir os interesses do segurado, em qualquer processo judicial ou administrativo, o segurado tem plena liberdade para o escolher;
- b) Sempre que surgir um conflito de interesse, o segurado tem plena liberdade para escolher um advogado, ou, se o preferir e na medida em que a lei nacional o permita, qualquer outra pessoa com as qualificações necessárias para defender os seus interesses.

Embora o seguro de proteção jurídica não seja disponibilizado no Brasil, a discussão a respeito da livre escolha do advogado não é novidadeira em terras brasileiras. Em 2006, no âmbito do contrato de seguro automóvel, este tema foi levado ao conhecimento da SUSEP cuja conclusão, no sentido de proibir qualquer espécie de indicação, mudou completamente a forma com que as seguradoras, até então, se organizavam.

A discussão pode ser apresentada em duas fases distintas, quais sejam: a primeira, na qual as seguradoras indicavam advogados mediante pedido expresso dos tomadores-segurados; a segunda, posterior à conclusão apresentada pelo regulador, na qual a referida indicação passou a ser vedada.

A respeito da primeira fase, imagine-se que o tomador-segurado se acidentasse com o seu automóvel. Justamente por que não sabia como lidar com aquela situação, entraria em contato com o seu corretor de seguros que, por sua vez, contataria a seguradora. Hipoteticamente, o terceiro, envolvido na colisão automobilística, acabaria por mover uma ação judicial contra o tomador-segurado, por reputá-lo responsável civilmente pelo ocorrido. Diante daquela situação, o tomador-segurado solicitaria à seguradora a indicação de um advogado para defendê-lo em juízo. Os gastos com honorários advocatícios seriam custeados pela seguradora e abatidos do limite máximo de indenização previsto na apólice.

Condicionava-se a indicação à formulação de pedido pelo tomador-segurado. Uma vez recebendo o pedido, a seguradora indicaria advogados habituados com aquela espécie de demanda, zelando, assim, para que o tomador-segurado fosse bem assessorado, bem como para que a quantia adequada fosse despendida, preservando-se, também, a mutualidade.

Com efeito, realmente havia situações nas quais poderia haver conflitos de interesses entre o tomador-segurado e a seguradora, o que acabava por colocar o advogado indicado por esta última em situação delicada. Por exemplo, supondo-se que o tomador-segurado desejasse firmar um acordo para for fim à demanda imediatamente, independentemente do esgotamento da instrução do processo; a seguradora, por seu turno, por entender que o tomador-segurado não seria o responsável pelos danos, optaria por aguardar o desfecho da instrução. Diante do conflito, como se observou, o advogado realmente ficaria diante de uma situação delicada.

As seguradoras, no Brasil, atuaram dessa maneira por muitos anos até que em 2005, por iniciativa da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional São Paulo, foi emitido um parecer que reputou ilegal a indicação dos advogados pelas seguradoras. Segundo consta no aludido parecer, a indicação feria o direito à livre escolha do advogado pela parte, direito esse que seria personalíssimo e que não poderia ser violado pelas seguradoras.<sup>215</sup>

A SUSEP, diante desse parecer, acabou publicando a Carta Circular DETEC/ GAB/ nº 03/2006, proibindo, a partir de então, a indicação de advogados pelas seguradoras.

---

<sup>215</sup> Vale conferir alguns trechos do parecer apresentado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo: “[...] A presente consulta trata, a rigor, de 2 (dois) temas específicos que nela vêm mencionados: (a) violação do § 3º do artigo 1º do EOAB e (ii) o conflito de interesses que haveria caso o advogado, indicado por seguradora, defenda o segurado ou consumidor do seguro em ações de reparação civil promovidas por vítimas de danos. Diz a Consulente que uma das razões para a existência da indicação, pelas seguradoras, de uma lista de profissionais para servirem aos segurados é a de que buscariam, ditas companhias. Com efeito, por mais que argumente a Consulente – e o faz de forma competente e perspicaz – esta prática, sem sombra de dúvida, aberra da ética e se subsume ao § 3º do artigo 1º da Lei Federal nº 8.906/94, que diz ser ‘[...] vedada a divulgação de advocacia em conjunto com outra atividade.’ A par da odiosa segmentação da atividade profissional que o raciocínio induz, a par da falsa premissa de que advogados não integrantes de tais listas ou manuais de segurados não poderiam ser havidos como bons profissionais, de vez que não ‘especializados na matéria’ (fl. 10), o que se tem, no plano da ética, é que o advogado que se prestar a figurar em tais listas ou manuais de seguro, a serem divulgados pelas sociedades seguradoras, como já decidiu este Tribunal, incorrerá em inequívoca captação de clientes e causas mediante intervenção de terceiros e em concorrência desleal. Além das situações éticas indesejáveis já mencionadas (divulgação em conjunto com outra atividade, concorrência desleal, captação de causas), os citados julgados apontam para: (i) a real possibilidade de conflito de interesses; (ii) a intromissão indevida no direito do segurado de nomear seu patrono e (iii) o evidente abalo da relação cliente-advogado (de natureza *intuitu personae*), que tem por esteio os pressupostos de confiança recíproca e do sigilo profissional, caso prevaleça a tese da consulta, o que significaria também violação aos artigos 16, 25 a 27 do CED. Em outras palavras, a consulta ora respondida não leva em consideração a lógica que deve imperar na utilização desse subsistema normativo que são as normas que regulam a ética na advocacia.” (Parecer exarado pelo Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional São Paulo, da lavra do Dr. Luiz Francisco Torquato Avolio, em 18.8.2005).

Algumas ponderações quanto às duas fases devem ser feitas. A pensar na circunstância em que o tomador-segurado sequer conheça um advogado de sua confiança, a indicação pela seguradora, mediante pedido expresso prévio, não parece ser violadora de qualquer direito. Ao contrário, vai ao encontro de uma tutela satisfativa dos direitos do tomador-segurado, que terá a defesa adequada na ação judicial que precisa de resposta. A seguradora, por razões óbvias, não indicará advogados despreparados já que uma conduta dessa natureza agravaria os seus próprios danos.

Refletindo sobre circunstância diferente, na qual o tomador-segurado conheça um advogado de sua confiança e que, assim, queira constituí-lo à sua defesa em juízo, não há dúvida de que para essa hipótese não deverá haver qualquer indicação pela seguradora. Ora, se o tomador-segurado toma a iniciativa e nomeia o seu advogado, fica claro que a condição a que se referiu anteriormente – o pedido prévio e expresso do tomador-segurado com vistas à indicação – simplesmente inexistirá.

A vedação à indicação *tout court* afigura-se impópria e, ao invés de prestigiar o direito à livre escolha do advogado, acaba por ter um efeito ricochete, prejudicando os tomadores-segurados que, pelas mais variadas razões, não têm condições de nomear os seus próprios advogados.

Iterativo, a título de exemplo, o disposto no art. L 127-3 do *Code des assurances* que, concomitantemente, prestigia o direito à livre escolha do advogado pelo tomador-segurado e, mediante pedido expresso do mesmo, viabiliza a indicação pela seguradora.

Article L127-3

Tout contrat d'assurance de protection juridique stipule explicitement que, lorsqu'il est fait appel à un avocat ou à toute autre personne qualifiée par la législation ou la réglementation en vigueur pour défendre, représenter ou servir les intérêts de l'assuré, dans les circonstances prévues à l'article L. 127-1, l'assuré à la liberté de le choisir.

Le contrat stipule également que l'assuré à la liberté de choisir un avocat ou, s'il le préfère, une personne qualifiée pour l'assister, chaque fois que survient un conflit d'intérêt entre lui-même et l'assureur.

Aucune clause du contrat ne doit porter atteinte, dans les limites de la garantie, au libre choix ouvert à l'assuré par les deux alinéas précédents.

L'assureur ne peut proposer le nom d'un avocat à l'assuré sans demande écrite de sa part.<sup>216</sup>

---

<sup>216</sup> Em tradução nossa: “Todo contrato de seguro de proteção jurídica estipulará expressamente que, do momento em que for requerido um advogado ou qualquer pessoa qualificada pela legislação ou pela regulamentação em vigor para defesa, representação ou assistência aos interesses do segurado, segundo as circunstâncias previstas no artigo L. 127-1, o segurado tem a liberdade de escolha. O contrato estipula da mesma forma que o segurado tem a liberdade de escolher um advogado ou, se ele o preferir, uma pessoa qualificada para lhe assistir, cada vez que surgir um conflito de interesses entre ele mesmo e o segurador. Nenhuma cláusula do contrato poderá

A questão, tal como foi resolvida no Brasil, carece de maior amadurecimento. Como se pode observar anteriormente, a indicação de advogado pela seguradora mediante pedido prévio e expresso do tomador-segurado não é ilegal e tampouco lesa o direito à livre escolha, designadamente quando não se sabe quem escolher.

A França, país no qual o seguro de proteção jurídica nasceu e se desenvolveu consideravelmente, apresenta uma solução simples à supostamente tormentosa questão. O segurador não pode indicar o nome de um advogado ao tomador-segurado se não houver pedido escrito de sua parte. Entende-se que esta solução poderia ser introduzida no ordenamento jurídico brasileiro sem qualquer lesão ao direito à livre escolha.

#### 1.3.3.2. O limite financeiro

Em que medida o estabelecimento de um limite financeiro aos gastos com advogado feriria o direito à livre escolha? Como se afirmou na introdução, o estabelecimento de um critério que observe a complexidade e importância da causa, tempo de tramitação, experiência do advogado, o direito posto em discussão etc. a fim de limitar esse gasto seria ilegal?

Na Espanha, o posicionamento dominante é no sentido de que a convenção de limites é legal na medida em que não inviabilize a livre escolha pelo tomador-segurado. Refere-se, a propósito, à lição de Fernando Sánchez Calero:

Las cláusulas que subordinan la designación efectiva de abogado o procurador a la previa información al asegurador y a su consentimiento consiguiente, movidas por el comprensible deseo del asegurador de controlar el coste de la siniestralidad, serán admisibles en la medida en que no lesionen al derecho de libre elección.<sup>217</sup>

---

apresentar restrição, sobre os limites da garantia, à livre escolha aberta ao segurado pelas duas alíneas precedentes. O segurador não poderá sugerir o nome de um advogado ao segurado sem pedido por escrito de sua parte.”

<sup>217</sup> SÁNCHEZ CALERO, Fernando. 4 ed. *Ley de contrato de seguro*. Dir. F. Sánchez Calero. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 1914. Em tradução nossa: “as cláusulas que subordinam a designação efetiva de advogado ou procurador à prévia informação à seguradora e ao seu consentimento consiguiente, movidas pelo compreensível desejo do segurador de controlar os gastos com sinistralidade, serão admissíveis na medida em que não lesem o direito à livre escolha.”

O autor<sup>218</sup> afirma que é comum observar nos clausulados do seguro de proteção jurídica na Espanha a seguinte sistemática com vistas à escolha do advogado: 1º. O tomador-segurado, antes de nomeá-lo, faz a comunicação à seguradora; 2º. A seguradora, então, poderá recusar ou concordar com a nomeação; 3º. Em havendo recusa, a escolha será submetida à arbitragem,<sup>219</sup> o que gera alguma resistência a considerar os custos respectivos e a eficiência do procedimento.<sup>220</sup>

No que toca ao motivo pelo qual para a generalidade dos seguros de danos inexistem qualquer problema ou controvérsia quanto à fixação de um limite específico para gastos com advogados, restringindo-se a controvérsia ao seguro de proteção jurídica, a resposta pode ser

---

<sup>218</sup> Ibid. p. 1.915.

<sup>219</sup> A solução de divergências entre tomador-segurado e seguradora quanto à escolha do advogado é corolário do disposto no art. 76, letra e), da Ley nº 50, de 8.10.1980. “Artículo 76 e. El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro.” Em Portugal, as divergências entre tomador-segurado e seguradora também será solucionada por arbitragem. É o que determinam os artigos 170 e 171 do Decreto-Lei nº. 72, de 16.4.2008. “Artigo 170.o Menções especiais. 1 — O contrato de seguro de protecção jurídica deve mencionar expressamente que o segurado tem direito a: a) Escolher livremente um advogado ou, se preferir, outra pessoa com a necessária habilitação legal para defender, representar ou servir os seus interesses em processo judicial ou administrativo e em qualquer outro caso de conflito de interesses; b) Recorrer ao processo de arbitragem estabelecido no artigo seguinte em caso de diferendo entre o segurado e o seu segurador, sem prejuízo de aquele intentar acção ou interpor recurso, desaconselhado pelo segurador, a expensas suas, sendo reembolsado das despesas efectuadas na medida em que a decisão arbitral ou a sentença lhe seja mais favorável do que a proposta de solução apresentada pelo segurador; c) Ser informado atempadamente pelo segurador, sempre que surja um conflito de interesses ou que exista desacordo quanto à resolução do litígio, dos direitos referidos nas alíneas anteriores. [...]”. “Artigo 171.o Arbitragem. Sem prejuízo do direito de acção ou recurso, o contrato de seguro de protecção jurídica deve conter uma cláusula que preveja o recurso ao processo de arbitragem, sujeito às regras da legislação em vigor e que permita determinar o regime de arbitragem a adoptar em caso de diferendo entre o segurador e o segurado.” O mesmo tratamento é apresentado na França, porém com alguma diferença. *Code des Assurances*. « Article L127-4. Le contrat stipule qu'en cas de désaccord entre l'assureur et l'assuré au sujet de mesures à prendre pour régler un différend, cette difficulté peut être soumise à l'appréciation d'une tierce personne désignée d'un commun accord par les parties ou, à défaut, par le président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés. Les frais exposés pour la mise en œuvre de cette faculté sont à la charge de l'assureur. Toutefois, le président du tribunal de grande instance, statuant en la forme des référés, peut en décider autrement lorsque l'assuré a mis en œuvre cette faculté dans des conditions abusives. » A terceira pessoa a ser designada poderá, com efeito, ser um árbitro mas o dispositivo não apresenta esta obrigatoriedade. Havendo divergência quanto à pessoa a ser escolhida, a decisão caberá ao Presidente do Tribunal de Grande Instância. Os custos respectivos correrão à conta da seguradora. Observação. O Tribunal de Grande Instância é responsável pelo julgamento de litígios acima de 10.000 euros, divórcio, guarda, sucessão, filiação, direito imobiliário e estado civil. A Corte de Cassação é responsável pela solução de questões infraconstitucionais. (Fonte: [https://www.courdecassation.fr/informations\\_services/6/comprendre\\_organisation\\_judiciaire\\_13923.html](https://www.courdecassation.fr/informations_services/6/comprendre_organisation_judiciaire_13923.html), acessado em 26.1.2018).

<sup>220</sup> A crítica, entre outras, é de Pedro Cano Ferré: “Sumisión expresa a arbitraje (artículo 76 e), para cualquier diferencia contractual que pueda surgir entre las partes del contrato de Seguro de Defensa Jurídica. De poca utilidad práctica ante la necesaria celeridad con la que debe actuarse para la defensa de los intereses del asegurado, que en la mayoría de las ocasiones, no puede demorarse a la espera de una resolución arbitral.” (CANO FERRÉ, Pedro. *Seguro de protección jurídica*. Disponível em <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon8.pdf>, acessado em 29.1.2018. p. 2).



encontrada a partir da especificidade do interesse legítimo que caracteriza este seguro em comparação com os demais seguros.

Enquanto que nos seguros de danos o interesse legítimo nasce atrelado à cobertura securitária pretendida – contrata-se um seguro automóvel pelo valor de ‘x’ moedas porque o interesse legítimo sobre este bem da vida é de ‘x’ moedas – no seguro de proteção jurídica não é possível observar esta correspondência. Não se sabe, na origem, qual será o risco jurídico existente e, além disso, se este efetivamente existirá. Os desdobramentos de eventual ação judicial, tempo de tramitação, valores, instâncias, Tribunais etc. Disto decorre, portanto, a dificuldade.<sup>221</sup>

Em síntese, na Espanha podem ser observadas duas posições antagônicas quanto aos limites financeiros: a primeira observa na limitação para o pagamento dos honorários dos advogados livremente escolhidos as chamadas *cláusulas limitativas de derechos*, impondo-se a sua concordância expressa pelos tomadores-segurados; a segunda posição, ao contrário, observa apenas uma delimitação do risco coberto – as chamadas *cláusulas delimitadoras del riesgo*, não sendo abusivas ou ilegais.<sup>222</sup>

Aprofundando a distinção entre as cláusulas ditas limitadoras de direitos (sujeitas ao consentimento prévio do segurado sob pena de ilegalidade) e as delimitadoras de riscos

---

<sup>221</sup> A justificativa para a controvérsia quanto aos gastos com assessoria jurídica apenas se apresentar no seguro de proteção jurídica foi apresentada por Mireia Dachs. “En otros seguros de daños, deviene pacífico que la suma asegurada constituye cláusula delimitativa. ¿Por qué pues en este seguro, suscita duda? Posiblemente porque aquí, la ‘suma asegurada’, no viene referida al valor del interés, y opera con independencia del coste de la tutela jurídica que se despliegue. Es más, se desconoce inclusive al iniciarse la prestación del seguro, cuál va a ser el coste, al no poder prever el iter de la causa (nº de instancias, nº de jurisdicciones, vencimiento con costas, condena con costas...). Las pólizas de forma mayoritaria en el sector asegurador, limitan la suma asegurada. La autora Asunción Olmos Pildaín, sostiene que la cantidad máxima contratada, constituye una delimitación de cobertura, y no puede confundirse con limitación de derecho. Una acepción económica y de necesidad de equilibrio de prestaciones del contrato, en relación a la prima, abogaría también a favor de dicha tesis. A su vez, el principio sobre el que descansa el ejercicio de la abogacía de libertad del abogado en la fijación de sus honorarios, queda respetado. La limitación de cobertura económica no incide en los honorarios del abogado, cuyo profesional ajeno a la relación contractual del seguro defensa jurídica, frente a su cliente / asegurado, le asiste el derecho a cobro de la totalidad de los honorarios pactados.” (DACHS, Mireia. Op. cit. p. 3).

<sup>222</sup> Vale examinar o estudo realizado por César González García: “De un lado tenemos resoluciones de alzada provincial, donde se entiende que no será aplicable la cláusula sino está expresamente aceptada por el asegurado, siendo por tanto de aplicación lo contemplado en el artículo 3 de la Ley 50/80. (STAP de Málaga Sección 5ª, 2/2007, de 11 de Enero). Contrario a la anterior postura, para otras audiencias, será una delimitación, puesto que al determinar un máximo económico, no sirve sino para “[...] concretar el objeto del contrato, fijando que riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla. (STAP Albacete Sección 2ª, 116/09, de 1 de Julio, en similar sentido STAP Cantabria 267/07, de 18 de Marzo). Para Lopez y Garcia de la Serrana, citando a Tirado Suárez, se trata sin lugar a dudas de una cláusula limitativa amparada por el artículo 3º de la LCS, llegando a ser abusiva cuando la exigua suma asegurada no supera los seiscientos euros, lo que podrá conllevar a una merma en la calidad de la prestación del servicio de abogacía, llegando incluso a considerarse el contrato nulo de pleno derecho.” (GARCIA GONZÁLEZ, César. Op. cit. p. 153).

(legais), César Garcia González observa no estabelecimento de limites financeiros ao pagamento de honorários aos advogados um predicado típico da segunda espécie, isto é, cláusulas delimitadoras de risco, não havendo qualquer ilegalidade.

Por nuestra parte, estamos más en sintonía con la opinión sostenida por el Supremo, el cual indica que son delimitadoras las cláusulas que establecen el perímetro de cobertura del riesgo, a saber que riesgo se cubre; aquellas que son en qué cuantía, durante qué plazo, y en qué ámbito espacial; mientras que las limitativas son aquellas delimitadoras del objeto contractual y que por tanto recogen las causas de exclusión contractual, o lo que es lo mismo, su no aplicación. Resaltamos nuestra postura de que la suma asegurada no es un límite a los derechos del asegurado, sino una delimitación de la póliza.<sup>223</sup>

A propósito da posição do Supremo Tribunal espanhol referida por Garcia González, cumpre aqui reproduzi-la, salientando que aquela Corte é enfaticamente favorável à posição segundo a qual a limitação financeira se qualifica como cláusula delimitadora de risco.

A este respecto, y trayendo a nuestro país esta problemática, el Tribunal Supremo al respecto entiende que las cuantías acordadas entre el asegurado y su letrado, deben tener en cuenta la dedicación del abogado y resultados obtenidos, pero sin olvidar la costumbre y equidad (Vide Auto nº. recurso 1355/02, de 8 de Noviembre de 2004; Auto nº. recurso 1818/1997, 30 de Abril de 2004; Auto nº. de recurso 1769/2000, 20 de Noviembre de 2003) dado que si fuera de otra manera, “la aseguradora quedaría inerte ante el acuerdo entre su asegurado y el abogado que éste eligiera para presentar una minuta por el importe que fuese con tal de no sobrepasar el límite máximo de cobertura establecido en la póliza”. (Vide STS 352/05, de 19 de Mayo de 2005).<sup>224</sup>

Ainda quanto à distinção entre as cláusulas limitativas e as delimitadoras de risco, César Garcia González vale-se de uma locução empregada por Ballesteros Garrido que, argutamente, as distingue com precisão. Enquanto que as cláusulas delimitadoras de risco seriam imanentes à corresponsabilidade sobre a qual o contrato de seguro se embasa, justamente

<sup>223</sup> Ibid. p. 154. Em tradução nossa: “De nossa parte, estamos mais em sintonia com a opinião sustentada pelo Supremo, a qual indica que são delimitadoras as cláusulas que estabelecem o perímetro de cobertura do risco, a saber, que risco se cobre; em que quantia, durante que prazo, e em que âmbito espacial; enquanto que as limitativas são aquelas delimitadores do objeto contratual e que portanto recorrem às cláusulas de exclusão contratual, ou o que é o mesmo, sua não aplicação. Ressaltamos nossa posição de que a soma segurada não é um limite aos direitos do segurado, senão uma delimitação da apólice.” No mesmo sentido MARTÍNEZ ESPÍN, P. *La protección del consumidor en el contrato de seguro*. Centro de Estudios de Consumo UCLM. Murcia, 2008. p. 45.

<sup>224</sup> GARCIA GONZÁLEZ, César. Op. cit. p. 33-34. Em tradução nossa: “A esse respeito, e trazendo esta problemática ao nosso país, o Tribunal Supremo, a propósito, entende que as quantias acordadas entre o segurado e o seu advogado devem ter em conta a dedicação do advogado e resultados obtidos, mas sem esquecer dos costumes e da equidade (Vide auto nº. recurso 1355/02, de 8 de novembro de 2004; Auto nº. recurso 1818/1997, de 30 de abril de 2004, Auto nº. de recurso 1769/2000, de 20 de novembro de 2003) considerando que se fosse de outra maneira, “a seguradora ficaria inerte diante do acordo entre o seu segurado e o advogado que este escolhesse para apresentar uma defesa pelo importe que fosse contanto que não ultrapassasse o limite máximo de cobertura estabelecido na apólice”. (Vide STS 352/05, de 19 de maio de 2005).”

por definir em que consiste o *quid pro quo* entre as partes, as cláusulas limitativas, ao contrário, privariam o tomador-segurado de um direito que, segundo a sua firme expectativa, estaria tutelado pelo contrato. Ao aplicar as cláusulas limitativas e aqui empregado a locução de autoria de B. Garrido, a seguradora acabaria por “surprender indevidamente” o segurado, privando-o de cobertura que acreditava fielmente possuir.<sup>225</sup>

Definindo a limitação financeira dos honorários advocatícios como cláusula delimitadora de risco e não como cláusula limitativa de direito, o aprofundamento do exame revela um matiz distinto, a depender do escopo da limitação. Que não se deseje pagar o limite máximo de indenização sem a adoção de um critério minimamente gerador de segurança às partes é algo que se compreende com simplicidade e que, como se demonstrou, vai ao encontro da posição manifestada pelo Supremo Tribunal da Espanha.

No entanto, a depender da limitação que se examine pode haver situações nas quais ocorrerá verdadeira privação ao exercício da advocacia pelo profissional escolhido pelo tomador-segurado. Ponderando a expertise, a relevância e o tema da causa, o tempo necessário à sua condução etc., os honorários realmente poderão ser vultosos, o que requer uma boa dose de razoabilidade<sup>226</sup> por ocasião da definição deste limite. Por essa razão, as

---

<sup>225</sup> Esta expressão foi empregada por BALLESTEROS GARRIDO, J. A. *Clausulas Lesivas, limitativas y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro*. In *Revista de Derecho mercantil*. n.º. 256. abr-jun 2005, p. 514.

<sup>226</sup> Em artigo dedicado à razoabilidade na experiência brasileira, Gustavo Tepedino explica que, ao contrário do que se possa imaginar, a razoabilidade não é geradora de insegurança jurídica. Em virtude de sua utilização atécnica, muitas vezes confundida com a proporcionalidade, tem-se a falsa impressão de que o instituto não seria hígido. A resposta para esta má utilização se encontra na necessidade de fundamentação das decisões, inspirada pela axiologia constitucional. As palavras de Tepedino são esclarecedoras: “In questa prospettiva, la ragionevolezza assume un importantissimo ruolo di faro nell’esame della legittimità degli interessi in conflitto. Grazie alla ragionevolezza l’interprete potrà definire in che misura la disciplina che incide su una determinata ipotesi sia coerente con l’assiologia costituzionale. È compito dell’interprete, pertanto, in nome della ragionevolezza, intravedere le conseguenze della sua attività interpretativa nel caso concreto, alla ricerca di una soluzione ragionevole che, allo stesso tempo, sia rigorosamente fedele ai valori dell’ordinamento giuridico.” A propósito da distinção entre razoabilidade e proporcionalidade, Tepedino assim arremeta o comentário: “La dottrina evidenzia che l’equiparazione tra le nozioni di ragionevolezza e proporzionalità, entrambe «vincolate all’idea di giustizia materiale, di moderazione e razionalità», sarebbe controversa. In questa linea è stato rilevato che il controllo di ragionevolezza ha origine nel diritto nordamericano, integrata con la nozione del *substantive due process*, mentre quella di proporzionalità trova radici nel diritto amministrativo europeo, grazie soprattutto al contributo della Corte costituzionale tedesca, presso la quale ha acquisito un profilo analitico e sistematico grazie all’opera di scomposizione nei tre sotto principi della: a) «idoneità» (mezzo atto al raggiungimento dello scopo desiderato); b) «necessità» (la misura restrittiva impiegata dev’essere la meno onerosa, comparata con altre alternative, per il diritto in sé); e c) «proporzionalità in senso stretto», che sta a significare che l’utile conseguito deve compensare gli sforzi per ottenerlo. Sotto tale profilo c’è chi sostiene che la ragionevolezza sarebbe destinata alla mitigazione degli eccessi per ottimizzare la giustizia nel caso concreto, mentre la proporzionalità sarebbe volta all’esame analitico del rapporto tra il mezzo impiegato e il fine desiderato. Gli argomenti a favore della distinzione tra le due categorie si fondano su aspetti storici, formali e strutturali. Si è così affermato che il «postulato della proporzionalità presuppone la relazione di causalità tra l’effetto di un’azione (mezzo) e la

partes deverão, na fase das tratativas, atentar à questão dos limites financeiros de maneira a evitar problemas por ocasião da execução do contrato. Eventuais limites excessivos, que venham a tolher o direito de o tomador-segurado escolher o seu advogado, poderão ser considerados abusivos.<sup>227</sup>

Na França, a limitação financeira dos honorários também é controvertida. A livre escolha do advogado no seguro de proteção jurídica é consequência do disposto no artigo L 127-3 do *Code des Assurances*,<sup>228</sup> mas o exercício desse direito seria relativizado por cláusula comum nesses contratos que estabelecem limites em moeda corrente do quanto poderá ser pago aos advogados. Yvonne Lambert-Favre é uma crítica ferrenha à limitação:

Le libre choix de l'avocat par l'assuré lui-même, qui ne doit plus se voir imposer l'avocat de l'assureur, est une disposition impérative de l'art. L. 127-3 c. ass., à laquelle aucune clause ne devrait porter atteinte. Ce libre choix qui permet théoriquement à l'assuré de demander à un ténor du barreau de défendre une cause modeste, est en pratique éludée par une clause, habituelle dans les contrats français, de plafonnement de la garantie aux honoraires d'avocates. Cette clause ne contredit pas expressément la règle d'ordre public du libre choix de l'avocat ; cependant elle en réduit singulièrement la portée. Du moins la liberté de l'assuré devrait- elle être garantie par une égalité de traitement financier entre l'avocat librement choisi par lui et l'avocat correspondant habituel de l'assureur : à notre sens la licéité de la clause par laquelle la garantie est illimitée si l'avocat est choisi ou agréé par l'assureurs, et plafonnée si l'assuré choisit son avocat sans agrément est contestable, voire illicite. En pratique, les assurés, mal informés, acceptent souvent l'avocat proposé par l'assureur.<sup>229</sup>

---

promozione di uno stato di cose (fine). Nell'adottare il mezzo, si promuove il fine: il mezzo conduce al fine. Mentre nell'impiego della ragionevolezza come esigenza di congruenza tra il criterio di differenziazione scelto e la misura adottata c'è relazione tra una qualità e una misura adottata: una qualità non porta ad una misura, ma è criterio ad essa intrinseco»". (TEPEDINO, Gustavo. *La ragionevolezza nell'esperienza brasiliana*. In *Diritto dell'impresa e degli investimenti in Brasile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017. p. 655-659).

<sup>227</sup> Nesse sentido o comentário de César Garcia González: "Otra cosa será si lo exiguo del límite o suma asegurada, hacen inviable la libre designación por parte del asegurado, por lo que se deberá estar ojo avizor en el momento de la contratación, penalizando a aquellas aseguradoras que no oferten la expectativa previa del asegurado. Y si ésta mínima suma asegurada crea una situación de desequilibrio entre las partes, al tratarse de un contrato de adhesión, podrá ser considerada abusiva". (GARCIA GONZÁLEZ, César. Op. cit. p. 196).

<sup>228</sup> O artigo L 127-3 encontra-se reproduzido anteriormente, à fl. 90.

<sup>229</sup> LAMBERT-FAVRE, Yvonne. *Droit des assurances*. 11 éd. Paris : Dalloz, 2.001. p. 487. Em tradução nossa: "A livre escolha do advogado pelo próprio segurador, que não deverá mais ser obrigado a usar o advogado do segurador, é uma disposição imperativa do art. L. 127-3 do Código de Seguros, que nenhuma cláusula poderá malferir. Essa livre escolha que permite teoricamente ao segurador de acionar a um advogado renomado para uma causa modesta, é na prática mitigada por uma cláusula, habitual nos contratos franceses, de limitação da garantia para os honorários dos advogados. Esta cláusula não contradiz expressamente a regra de ordem pública da livre escolha do advogado: contudo, ela reduz singularmente o seu alcance. A liberdade do segurador deveria pelo menos ser garantida por uma igualdade de tratamento financeiro entre o advogado livremente escolhido por ele mesmo e o advogado conveniado habitual do segurador: ao nosso sentir a licitude da cláusula segundo a qual a garantia é ilimitada se o advogado é escolhido ou anuído pelos seguradores, e limitada se o segurador escolher o seu advogado sem anuência prévia é contestável, até mesmo ilícita. Na prática, os segurados, mal informados, aceitam frequentemente o advogado sugerido pelo segurador." No mesmo sentido LE BOURHIS, Kristenn. *L'assurance protection juridique : vers une « privatisation » de l'accès à la justice ?* In *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*. Presses universitaires de Paris Nanterre. p. 149-165. Disponível em <http://books.openedition.org/pupo/1401?lang=fr>, acessado em 29.1.2018.

Por outro lado, sustenta-se que a limitação não representaria qualquer abusividade e que viria ao encontro dos interesses da mutualidade. Bernard Cerveau apresenta-se como o fiel defensor dessa posição:

[...] le plafonnement de garantie pour les honoraires de l'avocat non agréé ne porte pas atteinte au principe de la liberté du choix de l'avocat.<sup>230</sup>

O pomo da discórdia entre Lambert-Favre e Cerveau decorre da interpretação do disposto no art. L 127-5-1 do *Code des Assurances*, indicativo de que a convenção de honorários entre o advogado e seu cliente não poderá ser objeto de acordo com a seguradora de proteção jurídica:

Article L127-5-1

Les honoraires de l'avocat sont déterminés entre ce dernier et son client, sans pouvoir faire l'objet d'un accord avec l'assureur de protection juridique.<sup>231</sup>

A controvérsia ora examinada ganhou tamanha notoriedade na França, chegando a haver, inclusive, a participação do Presidente da República à época manifestando-se em prol da independência dos advogados.<sup>232</sup> Cerveau e Lambert-Favre, cada qual defendendo as suas posições, protagonizaram um embate da espécie “tudo ou nada”, isto é, ou a limitação à paga dos honorários seria lícita ou seria ilícita.

A propósito da manifestação redigida por Lambert-Favre,<sup>233</sup> Cerveau preparou a sua réplica e, detalhadamente, comentou cada um dos pontos suscitados. A propósito da indicação do advogado pela seguradora ao tomador-segurado, o autor desmistificou o problema aparente, frisando que a indicação apenas se daria em caráter supletivo, isto é, condicionada à apresentação de pedido expresso pelo tomador-segurado. A livre escolha do advogado continuaria a ser a regra, ao passo que a indicação, pela seguradora, a exceção. Cerveau acrescentou que, no cotidiano, o pedido formulado pelos tomadores-segurados ocorria com grande frequência simplesmente porque eles não conheciam advogados para a realização de suas defesas.

<sup>230</sup> CERVEAU, Bernard. *Protection juridique : livre choix de l'avocat*. Gaz. Pal., 27-28 sept 2000, p. 4. Viv. 1<sup>re</sup>, 15 juill. 1999, D. 2000. p. 343. Em tradução nossa: “a limitação da garantia para os honorários do advogado não indicado pela seguradora não prejudica o princípio da livre escolha do advogado”.

<sup>231</sup> Em tradução nossa: “Artigo L-127-5-1 Os honorários do advogado serão determinados entre este último e seu cliente, sem que possa constituir objeto de um acordo com a seguradora de proteção jurídica.”

<sup>232</sup> « Le Président de la République, lui-même, avait fait part de sa position sur ce sujet lors du centième anniversaire de la Conférence des bâtonniers de France : « il faut tout mettre en œuvre pour sauvegarder votre indépendance, notamment en faisant en sorte que le développement de l'assurance de protection juridique ne débouche pas sur un salariat » ». (Ibid. p. 1).

<sup>233</sup> LAMBERT-FAVRE, Yvonne. Op. cit. p. 487.

L'article L.127-3 du code des assurances ainsi libellé :

« L'assureur ne peut proposer le nom d'un avocat à l'assuré, sans demande écrite de sa part. »

Cet article subordonne la proposition du nom d'un avocat par l'assureur à une demande écrite de l'assuré. Une telle pratique vient implicitement confirmer la possibilité pour l'assureur de proposer un avocat à son assuré. Il faut à ce sujet rappeler que si le libre choix est le principe, la désignation par l'assureur n'est pas interdite. Ceci a été rappelé lors de la présentation du premier projet de la directive par la Commission au Conseil des Communautés européennes le 23 juillet 1979 : « il y a lieu d'ajouter que si l'assuré ne choisit pas son conseil, la directive n'empêche pas l'assureur de procéder à ce choix, mais uniquement à titre supplétif ».

Il ressort de ces déclarations que le libre choix de l'avocat par l'assuré est le principe, sa désignation par l'assureur devant être l'exception. Dans la réalité quotidienne c'est l'inverse qui se produit, ce qui s'explique par le fait que les assurés, notamment les particuliers, ne connaissent pas d'avocat. Ils s'en remettent le plus souvent, lorsque l'affaire devient judiciaire, à leur assureur de protection juridique pour la désignation de celui-ci.<sup>234</sup>

Prosseguindo, o autor tratou daquela que é, provavelmente, a questão mais difícil, qual seja, como estabelecer um critério capaz de, com segurança, definir parâmetros a serem aplicados à estipulação dos limites financeiros ao pagamento dos honorários advocatícios.

Afin de permettre à l'assuré d'avoir une visibilité, aujourd'hui inexistante, sur le montant des honoraires de l'avocat, le Garde des Sceaux a précisé, à l'occasion des débats parlementaires, qu'un décret en Conseil d'État serait prochainement pris pour modifier les règles déontologiques des avocats. Aux termes de ce texte à venir, les avocats seraient tenus, lorsqu'ils interviennent pour le compte d'un client détenteur d'un contrat d'assurance de protection juridique, de lui proposer une convention d'honoraires. [...] Selon cet article 35, la convention fixe, « en tenant compte de la complexité du dossier, des diligences et des frais imposés par la nature de l'affaire, le montant et les modalités de paiement de ce complément d'honoraires, dans des conditions compatibles avec les ressources et le patrimoine du bénéficiaire ». Elle doit par ailleurs rappeler « le montant de la part contributive de l'État. Elle indique les voies de recours ouvertes en cas de contestation. A peine de nullité, elle est communiquée dans les quinze jours de sa signature au bâtonnier qui contrôle sa régularité ainsi que le montant du complément d'honoraires ». [...] En toute hypothèse, il sera utile que le contrat d'assurance de protection juridique rappelle le mécanisme de la convention d'honoraires, ainsi que les recours possibles en cas de

<sup>234</sup> CERVEAU, Bernard. Op. cit. p. 3. Em tradução nossa: « O artigo L. 127-3 do Código de seguros assim dispõe: 'O segurador não poderá sugerir o nome de um advogado ao segurado, sem que haja pedido escrito de sua parte'. Este artigo subordina a recomendação do nome de um advogado pelo segurador a um pedido escrito do segurado. Essa prática vem implicitamente confirmar a possibilidade, pelo segurador, de recomendar um advogado ao segurado. Deve-se, nesse sentido, recordar que se a livre escolha é o princípio, a designação pela seguradora não é proibida. Isto foi recordado durante a apresentação do primeiro projeto da Diretiva para a comissão do conselho das comunidades europeias, em 23 de julho de 1979: 'Há espaço para acrescentar que se o segurado não escolher o seu consultor, a diretiva não obstaculiza o segurador de proceder ao seu modo, mas unicamente a título supletivo'. Depreende-se dessas declarações que a livre escolha do advogado pelo segurado é o princípio, sua designação pelo segurador deverá ser a exceção. Na realidade quotidiana é o inverso que se apresenta, o que se explica pelo fato de que os segurados, notadamente os particulares, não conhecem advogados para escolher. Eles se dirigem mais frequentemente, quando o tema se judicializa, ao seu segurador de proteção jurídica para designação do mesmo.' »

contestation, devant le bâtonnier en premier lieu, et devant le premier président de la cour d'appel ensuite.<sup>235</sup>

Conforme se observou, a convenção acerca dos honorários deveria levar em consideração a complexidade do caso, as diligências e custos impostos pela natureza da disputa, o montante em discussão, em condições que sejam compatíveis com os recursos e com o patrimônio do beneficiário.

Vale dizer que, assim como o Tribunal Supremo da Espanha,<sup>236</sup> a Corte de Cassação francesa decidiu que o estabelecimento de limites financeiros ao pagamento dos honorários do advogado não fere a livre escolha pelo tomador-segurado.<sup>237</sup>

Os estudos colhidos na Espanha e na França revelam, conclusivamente, que não obstante a controvérsia existente quanto ao estabelecimento de limites para o pagamento de honorários aos advogados no seguro de proteção jurídica, as posições dominantes caminham no sentido de que a limitação é legal.

No Brasil, como se observou, o seguro de proteção jurídica não é disponibilizado, mas, mesmo assim, teve-se a oportunidade de consultar uma referência que tratou do tema, ainda que sob um ângulo distinto, relacionado aos instrumentos de financiamento para os custos de litigância. Antônio do Passo Cabral<sup>238</sup> apresenta as mesmas conclusões acima referidas com relação à França, acrescentando que na Alemanha o tratamento legal do tema impede que as seguradoras indiquem advogados aos segurados, tampouco podendo obrigá-los a escolher com base em relação previamente preparada.

---

<sup>235</sup> Ibid. p. 9-12. Em tradução nossa: “A fim de permitir ao segurado de ter uma visibilidade, hoje inexistente, sobre o montante dos honorários de advogado, o Procurador-Geral esclareceu, na ocasião dos debates parlamentares, que um Decreto do Conselho de Estado será brevemente apresentado para modificar as regras deontológicas dos advogados. No sentido do texto que virá, os advogados serão tratados, desde que intervenham sob a conta de um cliente segurado, de lhe apresentar uma convenção de honorários. [...] Segundo o artigo 35, a convenção ajustada, “ao ter em conta a complexidade do caso, as diligências e custos impostos pela natureza do tema, o montante e as modalidades de pagamento deste complemento de honorários, em condições compatíveis com os recursos e o patrimônio do beneficiário”. Ela deverá além disso recordar “o montante da parte contributiva do Estado. Ela indica as vias recursais disponíveis em caso de contestação. Sob pena de nulidade, ela será comunicada nos quinze dias de sua assinatura pelo advogado que controlar a regularidade assim que o montante do complemento de honorários.” Em todas as hipóteses, será útil que o contrato de seguro de proteção jurídica recorde do mecanismo da convenção de honorários, assim como os recursos possíveis em caso de contestação, diante do advogado em primeiro lugar, e diante do primeiro presidente da corte de apelação em seguida.

<sup>236</sup> A referência completa à decisão da Corte Suprema espanhola encontra-se à fl. 165.

<sup>237</sup> Bernard Cerveau refere-se à decisão da *Cassation* francesa. (Ibid. p. 9). A referência completa para o julgado da Corte de Cassação francesa é o seguinte: *Cassation*. 1re civ. 15 juillet 1999, Bull. 1999. I. n° 233.

<sup>238</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções sobre os custos da litigância (II): introdução ao seguro e ao financiamento processuais*. In *Revista de Processo*. Ano 43. v. 277. Março 2018. Coord. Teresa Arruda Alvim. p. 59-60.

Acrescente-se, por fim, que o estabelecimento de limites para o custeio da defesa dos segurados não é, em hipótese alguma, uma novidade. Por mais sensível que o tema se apresente, já que toca em algo realmente subjetivo – basta ver a própria etimologia da palavra ‘honorários’,<sup>239</sup> que vem de honra – o contrato de seguro de proteção jurídica e quaisquer outros seguros só se estabelecem porque há limites previamente convencionados. Esta é a tônica do que determinam os artigos 757, 759 e 760 do Código Civil.

O Código Civil italiano expressamente determina o limite à ordem de ¼ (hum quarto) da soma segurada que, no contrato de seguro de responsabilidade civil, poderá ser despendido com os custos de defesa do tomador-segurado:

Art. 1917 Assicurazione della responsabilità civile

Nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto (2952). Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi (2767).

L'assicuratore ha facoltà, previa comunicazione all'assicurato, di pagare direttamente al terzo danneggiato l'indennità dovuta, ed è obbligato al pagamento diretto se l'assicurato lo richiede.

Le spese sostenute per resistere all'azione del danneggiato contro l'assicurato sono a carico dell'assicuratore nei limiti del quarto della somma assicurata. Tuttavia, nel caso che sia dovuta al danneggiato una somma superiore al capitale assicurato, le spese giudiziali si ripartiscono tra assicuratore e assicurato in proporzione del rispettivo interesse.

L'assicurato, convenuto dal danneggiato, può chiamare in causa l'assicuratore.<sup>240</sup>

Conclui-se, portanto, diante dessas considerações, que o estabelecimento prévio de limites financeiros ao custeio da defesa do tomador-segurado não é ilegal. Representa, com efeito, cláusula delimitadora dos riscos cobertos, o que é essencial sobretudo para que o contrato de seguro possa se manter equilibrado.

<sup>239</sup> “Honorário: derivado do latim *honorarius*, de *honor*, originariamente quer significar tudo que é feito ou dado por honra, assim, sem qualquer ideia pecuniária. É o que é dado gratuitamente, a título honorífico, com honras, mas sem emolumentos ou pensão. É também aplicado, em acepção econômica, para designar o prêmio ou estipêndio dado ou pago em retribuição a certos serviços. Em regra, é reservada para a paga que se faz a certos profissionais, em compensação a serviços por eles prestados. Não tem o caráter efetivo do ordenado ou vencimentos. E nisto deles se distingue. O honorário pode não ser previamente estabelecido, por estar adstrito ao serviço que vai ser prestado, podendo ser estimado depois, o que, no entanto não obsta a que seja determinado previamente”. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 2. p. 769).

<sup>240</sup> Em tradução nossa: Art. 1917. Seguro de responsabilidade civil. No seguro de responsabilidade civil, fica o segurador obrigado a manter indene o segurador de tudo o que ele, em consequência do fato ocorrido durante o tempo do seguro, devia pagar a um terceiro em dependência da responsabilidade declarada no contrato. Ficam excluídos os prejuízos causados por ato doloso. O segurador tem a faculdade, depois de aviso prévio ao segurador, de pagar diretamente, ao terceiro prejudicado, a indenização devida, e está obrigado ao pagamento direto se o segurador o exigir. As despesas feitas com a ação do prejudicado contra o segurador, ficam a cargo do segurador nos limites da quarta parte da importância segurada. No caso, entretanto, de ser devida ao prejudicado uma importância superior ao capital do seguro, as despesas judiciais se repartirão entre o segurador e o segurador na proporção dos respectivos interesses. O segurador, intimado pelos prejuízos, pode chamar a juízo o segurador.



Neste parágrafo final, a síntese dos efeitos jurídicos essenciais do contrato de seguro de proteção jurídica: há comutação entre, por parte do tomador-segurado, o pagamento do prêmio e, pela seguradora, a assunção da obrigação de garantia, por meio da qual serão custeados os honorários advocatícios e demais despesas legais despendidos pelo segurado em procedimentos administrativos, judiciais e arbitrais, seja de viés ativo ou passivo, respeitando os limites convencionados.

#### **1.4 A causa do contrato de seguro *D&O***

Após compreender quais são os efeitos jurídicos essenciais dos contratos de seguro, do seguro de responsabilidade civil e do seguro de proteção jurídica, é hora de avançar e apontar quais são esses efeitos no contrato de seguro *D&O*. Para fins de organizar os itens que serão trazidos a seguir, vale dizer que a ordem empregada é a mesma utilizada nos seguros anteriormente comentados, isto é, risco e interesse legítimo. Com relação ao mutualismo, reiteram-se as observações já lançadas a considerar que este elemento é também essencial ao contrato de seguro *D&O*, afigurando-se desnecessário trazer comentário adicional.

Após examinar as características do risco e do interesse legítimo neste contrato de seguro, ver-se-á que há uma real zona de convergência entre as causas do seguro de responsabilidade civil e do seguro de proteção jurídica, convergência esta que desagua justamente na causa do seguro *D&O*. É o que demonstrar-se-á a seguir.

#### 1.4.1. Risco

Na introdução desta tese foram apresentados fundamentos sólidos a confirmar o chamado “*giro conceitual da responsabilidade civil*”<sup>241</sup>, cujo objetivo central passou a ser a reparação da vítima. Tratou-se da cada vez maior objetivação da responsabilidade civil, da criação de teorias que propõem a responsabilidade civil com presunção de causalidade e a responsabilidade civil preventiva, a criação de fundos cujo fim é ressarcir as perdas causadas às vítimas de danos os mais diversos independentemente do exame de culpa e/ou nexo causal com a conduta do eventual lesante e, também nesta direção, o profícuo desenvolvimento do contrato de seguro, notadamente o seguro de responsabilidade civil.

Este movimento em prol da vítima tem assento constitucional, motivado pelo princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), além do princípio do solidarismo (art 3º, inc. I). Ora, se um dos objetivos da República consiste em construir uma sociedade livre, justa, e solidária, há, efetivamente, que se buscar criar meios a fim de gerar a plena compensação das perdas sofridas pelas vítimas. Mais do que compensação, pensa-se que a criação de mecanismos que tenham por objeto justamente evitar a consumação de perdas seria importantíssima. Entre reparar o dano consumado e evitá-lo, não há dúvida de que a segunda opção tutela de forma mais ampla os interesses da vítima.

Também conforme exposto na introdução, para além de demandar as sociedades que lhes causavam danos, as vítimas (os terceiros, genericamente considerados) passaram a, cada vez mais, dirigir as suas pretensões também ou isoladamente contra diretores, administradores e membros dos conselhos de administração e fiscal, ademais de sócios nas sociedades limitadas, o que aumentou sobremaneira a exposição do patrimônio pessoal dos mesmos frente o resultado dessas demandas, sejam administrativas, judiciais ou arbitrais.

---

<sup>241</sup> Uma vez mais empregando a expressão clássica de Orlando Gomes. Com outras palavras, Fernando Sánchez Calero informa o mesmo, acrescentando que o referido *giro conceitual* é viabilizado em grande medida pela contratação do seguro. “La imputación de estas consecuencias al responsable esta motivada no solo por una finalidad que podríamos calificar como sancionadora de la culpa o negligencia (finalidad que se oscurece cuando se objetiviza la responsabilidad), sino también, y de modo creciente, por una finalidad reparadora; de manera que, quien ha sufrido el daño se vea liberado, en lo posible, de sus consecuencias negativas. Esta evolución de la responsabilidad civil sólo ha sido posible en buena parte por la existencia del seguro.” (SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *El seguro de responsabilidad civil para administradores, directores y gerentes de las sociedades mercantiles*. In *VII Congreso Ibero latinoamericano de Derecho de Seguros*. Rosario, Argentina, 7-10 de noviembre de 2001, p. 394).

Ao empregar aqui a palavra vítima (terceiro), adota-se uma conotação ampla, tal como a prática revela. Efetivamente, podem ser titulares de demandas contra diretores, administradores, conselheiros e sócios “autores” os mais diversos, citando-se em caráter exemplificativo os seguintes: órgãos reguladores (as agências reguladoras propriamente ditas, Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários, Superintendência de Seguros Privados), órgãos integrantes do sistema brasileiro de defesa da concorrência (entre eles, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica), órgãos de proteção aos consumidores, o Fisco, o Ministério Público, Tribunal de Contas da União, consumidores, sócios minoritários, além da própria sociedade etc.

Entenda-se bem o ponto: por mais que, no caso concreto, a demanda desses eventuais terceiros seja descabida, a sua simples propositura gerará despesas àqueles que forem implicados, sendo este, precisamente, um dos principais riscos que o contrato de seguro *D&O* cobre, qual seja, a cobertura para os custos de defesa.

Reiterando o quanto fora afirmado tanto no seguro de responsabilidade civil quanto no seguro de proteção jurídica, a demanda do terceiro não precisa ser bem fundamentada ou procedente para deflagrar o sinistro no seguro *D&O*. A partir disto, veja-se o quão grave é a exposição: mesmo que frívola – uma típica aventura jurídica – o risco restará caracterizado e pesará sobre os ombros dos demandados. É, como comentaram Yvonne Lambert-Favre, Jean Bigot e Jeromme Kulmann, a aplicação da antiga mas, atualíssima doutrina de J. Hémard,<sup>242</sup> para o qual, desde o início do século passado (1912, para ser mais preciso), em seguros de responsabilidade civil o sinistro poderia se caracterizar sem responsabilidade e a responsabilidade também poderia restar caracterizada sem que houvesse sinistro.

O custeio da defesa, portanto, é uma cobertura relevantíssima no contrato de seguro *D&O*. Para além desta cobertura, o contrato também provê a indenização a ser paga ao fim e

---

<sup>242</sup> As referências completas às obras de Yvonne Lambert-Favre, Jean Bigot e Jeromme Kulmann quanto à aplicação da doutrina de J. Hémard foram apresentadas à fl. 156. Maurício Andere Von Bruck Lacerda aplica esta doutrina ao contrato de seguro *D&O*: “No caso dos seguros dos administradores, o ajuizamento de demandas judiciais ou administrativas em face do segurado é o suficiente para colocar o seu patrimônio em xeque, uma vez que este passa a sofrer uma ameaça concreta de diminuição, exigindo atuação enérgica e imediata de seu titular em sua defesa, sobretudo quando se constata a existência de demandas infundadas, mas capazes de gerar danos efetivos, caso não sejam devidamente rechaçadas.” (LACERDA, Maurício Andere Von Bruck. *O seguro dos administradores no Brasil. O D&O insurance brasileiro*. Curitiba: ed. Juruá, 2013. p. 202). Nos Estados Unidos da América a percepção é a mesma: “Claims against officers and directors come in many forms, ranging from common law claims for breach of fiduciary duty to shareholder class actions for violations of the securities laws. Even when these allegations are baseless, companies-as well as individual directors and officers-may still face significant defense and settlement costs.” (TRAUTMAN, Lawrence J. ALTENBAUMER-PRICE, Kara. *D&O insurance: A primer*. In *American University Business Law Review*. v. 1, 2012. p. 337).

ao cabo da demanda proposta pelo terceiro, assemelhando-se, neste particular, ao seguro de responsabilidade civil.<sup>243</sup>

A demonstrar a relevância do risco relacionado aos custos de defesa, Adolfo Paolini e Deepak Nambisan, ao escreverem a respeito da natureza e legalidade do seguro *D&O* na Inglaterra, iniciam a sua exposição discorrendo sobre a cobertura à indenização e, logo a seguir acrescentam a cobertura para a defesa, salientando que o conceito de prejuízo – *loss* – nesse tipo contratual contempla tanto a indenização quanto os custos de defesa:

English law allows recovery of pure financial loss where there has been a breach of contract or in tort where the defendant has voluntarily undertaken an obligation to the third party to hold him harmless from such loss. Nevertheless, the concept of “loss” has been expanded in the context of D&O insurance, since it may include not only sums payable by way of damages but also legal costs incurred in the defense of proceedings, settlements or arbitration of claims. For example, Lloyd’s Form LSW 736 provides that “Loss” means the “legal liability” of the Directors or Officers to pay: (i) damages or costs awarded against the Directors or Officers; (ii) settlements as agreed by Underwriters ... (iii) Costs and Expenses. “Costs and expenses” are defined as including: “all necessary and reasonable fees and expenses incurred resulting from the investigation, monitoring or settlement of any claim.”<sup>244</sup>

Nos Estados Unidos da América, o tratamento empregado aos custos de defesa é o mesmo. Em interessante estudo a respeito da controvérsia quanto ao adiantamento dos custos de defesa à luz de condutas dolosas dos segurados,<sup>245</sup> Willy E. Rice chama a atenção à relevância desta cobertura, em não raras situações até mesmo mais importante do que a cobertura para a indenização em si.

Are defense costs too expensive? The answer depends upon one’s point of view. But some things are clear: in absolute terms, defense costs are increasing faster than indemnity costs, and in some lines they may now exceed indemnity. Additionally,

<sup>243</sup> Dan Bailey, advogado norte-americano especializado em contendas relacionadas ao seguro *D&O*, publicou estudo que detalha os 118 maiores acordos celebrados em disputas que tem este seguro como pano de fundo. Para que se compreenda a envergadura das quantias, os primeiros 10 casos relacionados tiveram acordos firmados por mais de US\$ 1 bilhão. (BAILEY, Dan. *Large D&O settlements and judgments*. p. 1-3. Disponível em [http://baileycav.com/site/assets/files/1420/list\\_of\\_d\\_o\\_settlements\\_-\\_dan\\_bailey.pdf](http://baileycav.com/site/assets/files/1420/list_of_d_o_settlements_-_dan_bailey.pdf), visitado em 14.4.2017).

<sup>244</sup> PAOLINI, Adolfo; NAMBISAN, Deepak. *Directors’ and Officers’ liability insurance*. London: Informa, 2008. p. 16. Em tradução nossa: “A lei inglesa permite a recuperação de perdas financeiras puras onde houver a quebra do contrato ou em danos onde o réu tenha voluntariamente deixado de observar uma obrigação para com o terceiro, no sentido de evitar uma perda do mesmo. Independentemente disso, o conceito de ‘perda’ tem sido ampliado no contexto do seguro *D&O*, na medida em que ele pode incluir não apenas somas pagáveis a título de danos, mas também custos legais incorridos com a defesa de procedimentos, acordos ou arbitragem de sinistros. Por exemplo, o formulário do Lloyd’s LSW 736 determina que ‘perda’ significa ‘a responsabilidade legal’ de diretores e administradores para pagar: (i) perdas ou custos impostos a diretores ou administradores; (ii) acordos, como determinado pelos subscritores ... (iii) custos e despesas. Custos e despesas são definidos incluindo: ‘todo necessário e razoável a título de honorários e despesas incorridas como resultado de investigação, monitoramento ou acordo em qualquer sinistro.’

<sup>245</sup> Este é um tema dos mais difíceis em matéria de seguro *D&O*, o qual será analisado detidamente no capítulo 3 da tese.

defense costs are often greater than the policy limits under both liability and indemnity contracts. Moreover, the average cost of representing or indemnifying directors and officers under indemnity policies continues to rise annually. Furthermore, the cost of defending insureds in certain types of cases can approach tens of millions of dollars a year.<sup>246</sup>

Observando a questão em Portugal, Maria Elizabete Gomes Ramos trata dos custos de defesa como um componente indissociável do risco no contrato de seguro *D&O* com naturalidade, o que seria uma consequência da experiência norte-americana. A autora, também filiando-se à posição dos autores franceses anteriormente citados – Yvonne Lambert-Favre, Jean Bigot e Jeromme Kulmann, anota que mesmo que um determinado diretor seja absolvido do processo que lhe tenha sido movido, o caminho a ser trilhado nessa direção será, necessariamente, bastante oneroso. O custo de defesa é, portanto, vital.

Saber, perante um dano ocorrido no património da sociedade ou de terceiro se o administrador é ou não responsável é uma questão intrinsecamente jurídica cujo esclarecimento, em regra, exige acompanhamento jurídico. Ainda que a reclamação intentada contra o administrador se venha a mostrar infundada, é certo que a clarificação de tal facto gera custos (especialmente, se tiver sido instaurado um processo judicial que, por vários anos, se demora nos tribunais). Ainda que o administrador seja absolvido de todas as imputações de responsabilidade, o seu património pessoal pode ficar seriamente diminuído se tiver de suportar integralmente as despesas de uma defesa longa e tecnicamente complexa. Este é, aliás, o aspecto crítico na experiência norte-americana de *D&O Insurance* onde, em primeira linha, emerge a necessidade de proporcionar mecanismos que preservem os administradores dos (elevadíssimos) custos de defesa jurídica. Não é por acaso que na evolução do *D&O* a cobertura dos custos do litígio «passou progressivamente a constituir a função principal do seguro. A seguradora suporta, em primeiro lugar, o custo do litígio e, com o remanescente do capital coberto, a indemnização».<sup>247</sup>

Pedro Pais de Vasconcelos, na mesmíssima direção, ensina que os custos de defesa operam como a real força motriz a justificar a contratação do seguro *D&O*.

<sup>246</sup> RICE, Willy E., *Insurance contracts and judicial discord over whether liability insurers must defend insureds' allegedly intentional and immoral conduct: a historical and empirical review of federal and state courts' declaratory judgments – 1900-1997*. Disponível em <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1396&context=aulr>, p. 1.159. Em tradução nossa: “Os custos de defesa são elevados? A resposta depende do ponto de vista. Mas algumas coisas são claras: em termos absolutos, os custos de defesa estão crescendo mais rápido do que os custos com indenização, e em algumas linhas eles devem ultrapassar a indenização. Adicionalmente, os custos de defesa são geralmente maiores do que os limites da apólice em ambos – contratos de responsabilidade e de indenização. Além disso, os custos médios para representar ou indenizar diretores e administradores nas apólices continuam a crescer anualmente. Mais ainda, os custos para defender os segurados em determinados tipos de casos podem alcançar bilhões de dólares por ano.”

<sup>247</sup> RAMOS, Maria Elizabete Gomes. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 319. O trecho entre aspas corresponde à citação da obra de Pedro Pais de Vasconcelos. *D&O Insurance: O seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*. Coimbra: Almedina, 2007.

O D&O Insurance, que já existia desde a década de 1930, veio a conhecer então uma explosão. Os administradores, não estavam dispostos a enfrentar, com apenas o seu património, o risco de serem visados numa *class action*. A sua derrota estava quase praticamente assegurada, desde o início, pela incapacidade económica de custear a defesa. O custo da defesa, só por si, era quase suficiente para obrigar o administrador à rendição. O D&O Insurance foi a solução.<sup>248</sup>

A percepção é a mesma na Espanha. Miguel Iribarren Blanco confirma a assertiva:

Además de las indemnizaciones resultantes de la responsabilidad civil de los asegurados, constituye obligación del asegurador en los seguros de responsabilidad civil de administradores el pago de los gastos ocasionados por la defensa frente a la reclamación del perjudicado. Esa obligación viene impuesta en la propia LCS en el artículo 74 para cuando la dirección jurídica sea asumida por el asegurador; pero incluso en el caso contrario, como es frecuente en estos seguros, lo usual es que se disponga por las partes que están comprendidos esos gastos en la garantía del seguro.<sup>249</sup>

Para além do fundamento meramente convencional, nota-se que na Espanha a obrigação de cobrir os custos de defesa decorre de previsão legal, mais precisamente a primeira parte do artigo 74 da Ley nº. 50, de 8.10.1980.<sup>250</sup> No Brasil, não há correspondência

<sup>248</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. Op. cit. p. 11. Na seção de sua obra dedicada ao chamado alargamento objetivo da cobertura, Vasconcelos explica que o seguro *D&O*, em princípio, tinha como destinatária da garantia a própria sociedade em razão de condutas cometidas por seus administradores. Posteriormente, para além de cobrir a sociedade, essa garantia estendeu-se para terceiros. O dito alargamento objetivo de cobertura prestou-se, também, à função ainda mais relevante, qual seja, a cobertura para as despesas do litígio. Com o passar dos anos, a cobertura para os custos do litígio tornou-se a mais importante nesse seguro: “A cobertura objectiva alargou-se ainda numa matéria da maior relevância: as despesas do litígio. Os valores das indemnizações pedidas em *class actions* são geralmente brutais e a respectiva litigância muito intensa e agressiva. Tal torna dispendiosíssima a defesa dos administradores nessas acções. Ainda que o risco de condenação seja pequeno, ou mesmo nulo, os administradores são forçados a transaccionar em condições desvantajosas, ou mesmo a soçobrar, por falta de dinheiro com que financiar a lide. O D&O Insurance passou, por essa razão, a cobrir também os custos do litígio. Esta cobertura passou progressivamente a constituir a função principal do seguro. A seguradora suporta, em primeiro lugar, o custo do litígio e, só com o remanescente do capital coberto, a indemnização. Hoje em dia, esta é a principal cobertura do D&O Insurance.” Ibid. p. 15.

<sup>249</sup> IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2005. p. 287. Em tradução nossa: “Ademais da indenização resultantes da responsabilidade civil dos segurados, constitui obrigação da seguradora nos seguros de responsabilidade civil de administradores o pagamento dos gastos gerados pela defesa diante da reclamação do prejudicado. Esta obrigação é imposta na própria lei do contrato de seguro no artigo 74 para quando a direção jurídica da defesa seja assumida pela seguradora; mas inclusive em caso contrário, como é habitual nestes seguros, o usual é que as partes convençionem que esses custos estão compreendidos na garantia do seguro”. No mesmo sentido António Roncero Sánchez: “En el seguro de responsabilidad civil el riesgo asegurado es la responsabilidad civil y, salvo que se excluya, también la defensa jurídica del asegurado frente a reclamaciones formuladas contra él en exigencia de su responsabilidad. Usualmente, la delimitación de ambos riesgos se realiza de forma independiente, aunque interconectada como consecuencia precisamente de la propia interconexión existente entre la cobertura de ambos riesgos.” (RONCERO SÁNCHEZ, António. *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (sujetos, interés y riesgo)*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi/Thomson, 2002. p. 250).

<sup>250</sup> Ley nº. 50, de 8 de Octubre de 1980. Artículo 74. “Salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando quien reclame esté también asegurado con el

legislativa exata à previsão apresentada pela lei espanhola de seguros que, como se viu, trata especificamente dos custos de defesa. Com relação às despesas de contenção e salvamento, o Código Civil brasileiro apresenta previsão nos artigos 771, parágrafo único e 779,<sup>251</sup> contudo, é preciso esclarecer que entre custos de defesa e despesas de contenção e salvamento há importantes diferenças e similitudes de ordem jurídica.<sup>252</sup>

Nota-se, assim, que o risco quanto à administração das sociedades é consideravelmente amplo,<sup>253</sup> o que confirma a relevância do contrato de seguro *D&O* como um vetor capaz de, mediante a transferência financeira do mesmo à seguradora, absorvê-lo.

#### 1.4.2. Interesse legítimo

O interesse legítimo no contrato de seguro *D&O* é protagonizado por aquele que é responsável pelo ato de gestão. Trata-se do diretor, do conselheiro ou do administrador, cujo patrimônio pessoal poderá ser colocado em xeque por força das mais variadas demandas de responsabilidade, seja quanto ao custeio da defesa, seja quanto à indenização propriamente dita.<sup>254</sup>

---

mismo asegurador o exista algún otro posible conflicto de intereses, éste comunicará inmediatamente al asegurado la existencia de esas circunstancias, sin perjuicio de realizar aquellas diligencias que por su carácter urgente sean necesarias para la defensa. El asegurado podrá optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica por el asegurador o confiar su propia defensa a otra persona. En este último caso, el asegurador quedará obligado a abonar los gastos de tal dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza.”

<sup>251</sup> Código Civil brasileiro. Art. 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências. Parágrafo único. Correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento consequente ao sinistro. Art. 779. O risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou consequentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa.

<sup>252</sup> As diferenças e as similitudes jurídicas entre os custos de defesa e as despesas de contenção e salvamento serão apresentadas no capítulo 3 da tese.

<sup>253</sup> Maria Elisabete Gomes Ramos especifica alguns dentre os diversos riscos aos quais o administrador se submete ao assumir o cargo: “A circunstância de alguém integrar o órgão de administração de uma sociedade não é indiferente em matéria dos riscos jurídicos a que a sua pessoa e ou patrimônio passam a estar expostos. Sujeição a penas criminais (principais e acessórias), condenação no pagamento de coimas, reversão tributária, destituição do cargo com justa causa, decisões de inabilitação ou inibição para o exercício do comércio, obrigação de indemnizar lesados, eis, a título exemplificativo, alguns dos riscos a que se encontram expostos os administradores. (RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. cit. p. 63).

<sup>254</sup> As apólices disponibilizadas no Brasil são consideravelmente amplas no tocante à delimitação subjetiva dos segurados. Ainda que o responsável pelo ato de gestão não seja, formalmente, um diretor ou conselheiro, é

Embora o interesse seja dos executivos, usualmente é a sociedade quem contrata o seguro por conta daqueles, o que acaba por refletir uma prática negocial.<sup>255</sup> Convém esclarecer, no entanto, que o art. 3º, incisos XXI e XXII da Circular SUSEP nº. 553, de 23.5.2017, permite a contratação diretamente por diretores, administradores e conselheiros que, ao assim agirem, estariam tutelando os seus próprios interesses.<sup>256</sup>

Como se observou no item anterior, o risco passível de transferência financeira à seguradora é precisamente aquele que incide sobre o patrimônio pessoal dos executivos, de modo que, conseqüentemente, o interesse legítimo é, primeiramente, de sua titularidade. Afirma-se ‘primeiramente’ porque não há como negar que a sociedade também tem interesse em evitar a responsabilização de seu executivo e, além disso, a sua própria responsabilização.<sup>257</sup> Ora, uma vez responsabilizado o administrador, a possibilidade de a sociedade vir a ser chamada a responder pela conduta do mesmo é concreta.

comum observar clausulados que estendem a cobertura de modo a tutelar essas pessoas. Comentários específicos a respeito serão apresentados no capítulo 3 da tese.

<sup>255</sup> Pedro Pais de Vasconcelos confirma essa prática: “No início, o D&O Insurance era um seguro contratado directamente pelo administrador com a seguradora. Com este seguro, pretendia o administrador cobrir o risco que sobre ele impendia de ser eventualmente condenado a indemnizar a sociedade. No seu próprio interesse, e para sua própria tranquilidade, decidia transferir esse risco para uma seguradora, suportando o respectivo prémio. Nesta primeira versão, o administrador era simultaneamente tomador e segurado. Com uma maior divulgação do D&O Insurance, passou a haver, numa mesma administração de uma mesma sociedade, administradores com seguros diferentes, contratados com seguradoras diversas. Por outro lado, na prática, passaram a ser as sociedades a custear os seguros dos seus administradores, a título de *fringe benefit* (benefício salarial).” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. Op. cit. p. 14).

<sup>256</sup> Circular SUSEP nº. 553, de 23.5.2017. “Art. 3º. Para fins desta norma, são adotadas as seguintes definições: [...] XXXI - segurado: no seguro de RC D & O, na acepção usual do termo, são as pessoas físicas que contratam, ou em benefício das quais uma pessoa jurídica contrata o seguro, quando estas pessoas, durante o período de vigência do seguro, e/ou durante o período de retroatividade, nela ocupem, passem a ocupar, ou tenham ocupado: [...]. XXXII - segurado (por extensão da cobertura): no seguro de RC D & O, são pessoas físicas ou jurídicas que não se enquadrariam na acepção usual do termo, mas que passam à condição de segurados em razão de ter sido contratada extensão da cobertura do seguro especificamente para as mesmas, tais como: [...]” A Circular SUSEP nº. 541, de 14.10.2016, que foi revogada pela Circular nº. 553, não permitia a contratação diretamente por pessoas físicas.

<sup>257</sup> É preciso o comentário de Pedro Pais de Vasconcelos: “Ainda por outro lado, as sociedades constataram ser do seu próprio interesse, ou também do seu próprio interesse, que os seus administradores segurassem a sua responsabilidade, pois assim ficaria assegurada, ou melhor protegida, a sua solvência em caso de responsabilização por actos ou práticas de gestão. O interesse da sociedade era claro: de que lhe servia responsabilizar um administrador, se este não tivesse fortuna suficiente para pagar a indemnização?” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. Op. cit. p. 14). Com os olhos voltados à experiência na Espanha, António Roncero Sánchez é da mesma opinião: “El seguro de responsabilidad de administradores se dirige directamente y en primer lugar a asegurar el patrimonio personal del administrador contra el riesgo de que a cargo de éste surja una deuda de responsabilidad y, por ello, el interés asegurado no es otro que la relación que vincula un sujeto (el administrador) con su propio patrimonio, sin perjuicio de que, además, el contrato pueda dirigirse también a asegurar el patrimonio de otros sujetos contra el riesgo de responsabilidad (así, altos ejecutivos o altos directivos) e, incluso, el propio patrimonio social pero en lo relativo al riesgo de que éste se vea gravado como consecuencia de la declaración de responsabilidad de los administradores sociales”. (RONCERO SÁNCHEZ,



Exemplificativamente, ao observar o disposto no art. 932, inc. III do Código Civil, o empregador responde objetivamente pelos atos de seu empregado.<sup>258</sup> Mesmo sem aprofundar a discussão a respeito da espécie de relação jurídica concebida entre o diretor e a sociedade na qual o mesmo exerce as suas funções (se na qualidade de diretor empregado, estatutário ou pessoa jurídica),<sup>259</sup> é comum observar a apresentação de demandas contra ambos, o que revela, portanto, uma coexistência de interesses legítimos protagonizados pelo executivo e pela sociedade.<sup>260</sup>

Dessa maneira, o contrato de seguro *D&O* estrutura as coberturas para os custos de defesa e para a indenização em três faces (*sides*) distintas, aqui chamadas de coberturas A, B e C, a saber: cobertura A. Destinada ao próprio executivo, cujos custos de defesa e indenização serão desembolsados pela seguradora diretamente; cobertura B. Destinada à sociedade que, uma vez custeando a defesa e/ou indenização aos seus executivos, será reembolsada pela seguradora e cobertura C. Também destinada à sociedade, mas de maneira direta. Nesta, haverá cobertura para demandas que sejam movidas contra a sociedade, motivadas por condutas de seus executivos.

Pedro Pais de Vasconcelos explica que em seu nascedouro o seguro *D&O* surgiu apenas com cobertura A. Após, foi acrescentada a cobertura B e, mais tarde ainda, como consequência da *Private Securities Litigation Reform Act*, de 1995, e do incremento do volume de litígios movidos contra as sociedades, a cobertura C, destinada à própria tomadora que, nesta hipótese, passaria a contratar o seguro por conta própria, acumulando, assim, as qualidades de tomadora, perante os seus executivos, e de segurada.

Era preciso segurar também a responsabilidade da sociedade perante o administrador, quando estivesse obrigada a suportar as indenizações em que ele fosse condenado. Daí nasceu uma dualização na cobertura: side A e side B coverage.

---

António. *El seguro de responsabilidad civil de una sociedad anónima. Sujetos, interés y riesgo*. Albacete: Aranzadi, 2002. p. 212-213).

<sup>258</sup> Código Civil, art. 932. “São também responsáveis pela reparação civil: [...] III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;”

<sup>259</sup> A propósito da apresentação de diretores em sociedades como pessoas jurídicas concebidas para esta finalidade, a Lei nº. 13.467, de 13.7.2017 (Lei da Reforma Trabalhista) introduziu o art. 5º. letra c) à Consolidação das leis do trabalho (Lei nº. 6.019, de 3.1.1974), dispondo o quanto segue: “Art. 5º, C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º, A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.”

<sup>260</sup> A demonstrar a exposição a que se sujeitam os administradores de sociedades, vale a referência aos artigos 1.016 e 1.070 do Código Civil brasileiro. Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções. Art. 1.070. As atribuições e poderes conferidos pela lei ao conselho fiscal não podem ser outorgadas a outro órgão da sociedade, e a responsabilidade de seus membros obedece à regra que define a dos administradores (Art. 1.016).

A side A coverage (ou abreviadamente A coverage) cobre directamente os directors and officers das despesas em que incorram com o litígio, das indemnizações em que sejam condenados ou que aceitem suportar em transacção, quando não sejam cobertas pela sociedade. A side B coverage cobre os desembolsos que sejam feitos pela sociedade ao cobrir aqueles custos dos seus directors and officers. Além disto, o seguro veio a alargar a cobertura a responsabilidades directas da própria sociedade (Entity). Na sequência da Private Securities Litigation Reform Act (Dezembro de 1995), multiplicaram-se as pretensões contra os directors and officers e, solidariamente, contra a própria sociedade. Em casos como estes, veio a suscitar-se discrepância entre as seguradoras e as sociedades, porque as seguradoras não queriam cobrir a parte da responsabilidade que imputavam à sociedade (allocation). Daí nasceu a necessidade de incluir uma nova cobertura relativa à responsabilidade da sociedade: a side C também designada a entity coverage.<sup>261</sup>

Com relação à cobertura C, vale esclarecer que a generalidade dos contratos de seguro *D&O* no Brasil a delimitam apenas a reclamações relacionadas a valores mobiliários.<sup>262</sup>

Refletindo de maneira funcional, as coberturas A, B e C se combinam diante de danos decorrentes de atos de gestão. Como se comentou anteriormente, a cobertura A é a que directamente interessa aos diretores, administradores e conselheiros; dela serão providos os recursos necessários ao pagamento dos custos de defesa e indenizações eventualmente devidas a terceiros, enquanto que as faces B e C interessam precipuamente à sociedade.

Nesse sentido, considerando a necessidade de harmonia entre os interesses legítimos dos executivos e os da sociedade, é preciso haver real flexibilidade entre as três coberturas - A, B e C - viabilizando, inclusive, que, por exemplo: 1) executivos contratem a cobertura A com uma determinada seguradora e a sociedade contrate as coberturas B e C com outra; 2)

<sup>261</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. Op. cit. p. 16-17.

<sup>262</sup> A título ilustrativo, os clausulados das seguradoras “X” e “Y”, cuja cobertura *Side C* é restrita às reclamações relacionadas a valores mobiliários: “X”. 4.1 Responsabilidade de Gestão (i) Garantia A - Pessoas Seguradas a) A Seguradora pagará as Perdas de cada Pessoa Segurada sempre que tal Pessoa Segurada não tenha sido indenizada pela Sociedade por tal Perda. b) A Seguradora pagará as Perdas de um Diretor de Entidade Externa sempre que tal Diretor de Entidade Externa não tenha sido indenizado pela Sociedade por tal Perda. (ii) Garantia B - Reembolso à Sociedade. Se uma Sociedade efetuar o pagamento de uma Perda de uma Pessoa Segurada coberta pela Apólice, a Seguradora reembolsará a Sociedade por tal Perda. 4.2 Garantia C - Responsabilidade da Sociedade por seus Valores Mobiliários A Seguradora pagará as Perdas de cada Sociedade resultante de uma Reclamação de Valores Mobiliários”. “Y”: “A) Pagamento à Pessoa Segurada. A Seguradora pagará as Perdas de cada Pessoa Segurada resultantes de um Ato Danoso coberto pela Apólice desde que tal Pessoa Segurada não tenha sido indenizada pela Sociedade por tal Perda em virtude da impossibilidade legal para referida indenização por parte da Sociedade ou situação de insolvência da Sociedade. B) Reembolso à Sociedade. Se a Sociedade efetuar o pagamento de Perda de uma Pessoa Segurada resultante de Ato Danoso coberto pela Apólice, a Seguradora reembolsará à Sociedade por tal Perda. C) Responsabilidade da Sociedade por Reclamação de Mercado de Valores Mobiliários. Responsabilidade civil para conselheiros, diretores e/ou administradores (D&O). A Seguradora pagará as Perdas de cada Sociedade resultantes de Reclamação de Mercado de Valores Mobiliários por um Ato Danoso daquela Sociedade, mesmo que tal Reclamação recaia somente contra a Sociedade. Fica entendido e acordado que Reclamações de Mercado de Valores Mobiliários não incluirão processos administrativos ou regulatórios envolvendo mercado de valores mobiliários iniciados em qualquer jurisdição que não seja a brasileira”.

quanto à cobertura A, que os executivos possam, supondo eventuais limites considerados insuficientes, contratar, por sua conta, reforços de cobertura com a mesma seguradora ou seguradoras distintas e 3) definir limites financeiros específicos para cada qual, de maneira a não prejudicar principalmente a cobertura A, cujo interesse legítimo toca diretamente nos reais responsáveis pelos atos de gestão.<sup>263</sup>

À primeira vista, essas diferentes formas de contratação, por sua notável flexibilidade, podem gerar certa resistência no mercado brasileiro, seja em virtude da rigidez determinada legalmente pela SUSEP,<sup>264</sup> seja de sua própria jovialidade quando comparado a mercados mais maduros. Valendo-se da rica experiência em contratos de seguro *D&O* nos Estados Unidos da América, Lawrence Trautman clama por verdadeira maleabilidade quanto às coberturas disponibilizadas pelo contrato.

The 'A side' portion of a D&O policy responds when a company cannot indemnify the losses of individual officers and directors, either due to insolvency or when law prevents the company from indemnifying its officers and directors, such as shareholder derivative litigation. As a result, it is often referred to as 'catastrophe' or 'sleep' insurance. Additionally, because Side A offers protection to individuals only, unlike Side B and C coverage, there is usually no deductible associated with this coverage - an important protection for executives considering that deductibles for side B and C coverage are often well into the six figures. Because A Side coverage serves as the back stop to protect individuals when the company may be failing, companies often purchase additional side A coverage in excess of the amounts they purchase for protection of the company's balance sheets under Side B and C coverage.<sup>265</sup>

Concluindo este item, a fundamentação apresentada revela que o interesse legítimo precipuamente tutelado pelo contrato de seguro *D&O* é protagonizado por diretores, conselheiros e administradores. Observando a possibilidade de que a sociedade possa ser responsabilizada pela conduta daqueles, a mesma também protagonizará um interesse legítimo próprio, tutelado diretamente pelo contrato por meio da referida cobertura C.

---

<sup>263</sup> Questões concernentes às coberturas A, B e C, a limites e alocação serão discutidas no capítulo 3.

<sup>264</sup> Remete-se ao quando exposto à fls. 33-45, eis que, no Brasil, em virtude do disposto no art. 36, letra c) do Decreto-Lei nº. 73, de 21.11.1966, os contratos de seguros são padronizados.

<sup>265</sup> TRAUTMAN, Lawrence J. and ALTERNBAUMER-PRICE, Kara. *D&O insurance: a primer*. Disponível em Hein on-line. Fonte: 1 Am. U. Bus. L. Rev. 337 2011-2012. visitado em 20.3.2017. p. 346. Em tradução nossa: "A porção face A de uma apólice de D&O opera quando uma companhia não pode indenizar as perdas de diretores e administradores individualmente, seja em virtude de insolvência ou quando a lei restringe a companhia de indenizar os seus diretores e administradores, como nas ações derivativas propostas por acionistas. Como consequência, é comumente referido como seguro para "catástrofe" ou "sleep". Adicionalmente, por que a face A oferece cobertura aos indivíduos apenas, diferentemente das faces B e C, não há usualmente franquias relacionadas a esta cobertura – uma importante proteção para executivos considerando que as franquias para faces B e C são comumente na casa dos seis dígitos. Por que a face A serve como um escudo para proteger indivíduos quando a companhia estiver caindo, as companhias usualmente compram limites adicionais de face A em excesso aos montantes anteriormente adquiridos para proteger os balanços da companhia sobre as faces B e C."

### 1.4.3. Deflagração do sinistro

Assim como nos seguros de responsabilidade civil e no de proteção jurídica, a deflagração do sinistro no seguro *D&O* pode apresentar contornos complexos, que dificultam a sua identificação no tempo.

Por mais que o ato regular de gestão possa ser precisamente identificado cronologicamente, as consequências decorrentes poderão se diferir no tempo, aplicando-se o mesmo raciocínio às eventuais reclamações que poderão ser apresentadas por terceiros.

Reitera-se, em virtude dessas razões, as mesmas dificuldades relacionadas aos seguros de responsabilidade civil e de proteção jurídica, valendo lembrar, também, a perfeita aplicabilidade da doutrina de J. Hémard,<sup>266</sup> alusiva à possibilidade de que haja sinistro sem responsabilidade (as chamadas demandas descabidas, propostas por terceiros) e responsabilidade sem sinistro, já que o ato de exercer ou não a reclamação é um direito potestativo das vítimas do ato de gestão. Ilustrando essa problemática, convém atentar à lição de José Fernández Del Moral Domínguez:<sup>267</sup>

Los tres hitos más destacados que conforman el iter lógico del seguro D&O, es decir, el evento causal del administrador, el daño producido a la sociedad, accionistas o terceros, y la reclamación realizada por el sujeto dañado que se considera perjudicado por la actividad imputable a la persona asegurada, se producen dentro de un tiempo que normalmente suele ser distinto, y en muchas ocasiones ampliamente separado. [...] Izquierdo Tolsada<sup>268</sup> añade un cuarto momento a considerar: La sentencia que obliga a indemnizar, o en su caso la transacción o el resultado de un arbitraje. Y Garrigues<sup>269</sup> añade un quinto dato temporal: La fecha en el que el asegurado cumple con su obligación de indemnizar.

<sup>266</sup> Os comentários à doutrina de J. Hémard foram apresentados à fl. 156.

<sup>267</sup> MORAL DOMÍNGUEZ, José Fernández Del. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (póliza D & O)*. Granada: Comares, 1998. p. 191. Em tradução nossa: “Os três momentos mais destacados que conformam o iter lógico do seguro D&O, é dizer, o evento causal do administrador, o dano produzido à sociedade, acionistas ou terceiros, e a reclamação realizada pelo sujeito prejudicado pela atividade imputável à pessoa segurada, produzem-se dentro de um tempo que, normalmente, costuma ser distinto, e em muitas ocasiões amplamente separado. [...] Izquierdo Tolsada acrescenta um quarto momento a considerar: a sentença que obriga a indenizar, ou em seu caso a transação ou o resultado de uma arbitragem. E Garrigues acrescenta um quinto dado temporal: a data em que o segurador cumpre com a sua obrigação de indenizar.”

<sup>268</sup> A referência à obra de IZQUIERDO TOLSADA, Mariano é *La responsabilidad civil del profesional liberal*. Madrid: Ed. Reus, 1989.

<sup>269</sup> GARRIGUES, Joaquín. *Contrato de seguro terrestre*. Madrid: Imprenta Aguirre, 1983. p. 432.

Em resumo, Moral Domínguez enumera cinco circunstâncias diferentes capazes de caracterizar o fato gerador num contrato de seguro *D&O*. São elas: (i) a conduta do administrador; (ii) o dano causado à sociedade, acionistas ou terceiros; (iii) a data em que o terceiro lesado apresenta a sua reclamação contra o segurado; (iv) a sentença, judicial ou arbitral, que condene o segurado a indenizar e (v) a data em que o segurado cumpre com a sua obrigação de indenizar.

Como consequência dessa complexidade, o seguro *D&O* é contratado à base de reclamação com notificação, aplicando-se para fins de delimitação temporal do risco os prazos complementar e suplementar. Toda a controvérsia alusiva à legalidade ou abusividade da contratação à base de reclamação *vis à vis* a contratação à base de ocorrência também é aplicável ao seguro *D&O*, considerando que a modalidade à base de ocorrência efetivamente gera maior segurança ao tomador-segurado. Ocorre que, admitida a legalidade da contratação à base de reclamação tendo o seguro de responsabilidade civil como pano de fundo, seria despiciendo insistir na mesma argumentação.<sup>270</sup>

Ainda com relação à deflagração do sinistro, no item dedicado ao seguro de proteção jurídica foi apresentada uma característica própria deste seguro quando se abordou o viés ativo, isto é, a possibilidade de o sinistro decorrer de uma iniciativa do próprio tomador-segurado a fim de demandar a outrem. Esta característica não se apresenta no seguro *D&O*, cujo sinistro decorrerá de uma reclamação apresentada contra o executivo implicado e/ou a sociedade. Não se observa, portanto, o referido viés ativo, próprio do seguro de proteção jurídica.

#### 1.4.4. Livre escolha do advogado responsável pela defesa do segurado e os limites financeiros

A livre escolha do advogado nos contratos de seguro *D&O* não sofre da mesma polémica observada nos seguros de proteção jurídica quanto à indicação, pelas seguradoras, o que, possivelmente, explica-se a partir dos riscos discutidos nos dois contratos.

---

<sup>270</sup> Considerações a respeito da contratação à base de reclamação (*claims made*) com notificação foram apresentadas às fls. 290 et seq.

No seguro *D&O* o risco é comumente complexo, já que se refere à responsabilidade de diretores, conselheiros, administradores, acionistas controladores, sócios em sociedades limitadas, ou seja, questões que, naturalmente, apresentarão alguma densidade,<sup>271</sup> de maneira que não se observa indicações, pelas seguradoras, dos advogados que cuidarão da defesa dos segurados. A escolha muito comumente será deles.

Por outro lado, a questão relativa aos limites financeiros, isto é, o quanto será despendido para fazer frente ao custeio da defesa do segurado apresenta-se, tal como no seguro de proteção jurídica, objeto de acirrada polêmica.

O segurado, desejando a defesa mais consistente possível, escolherá o melhor advogado, o mais renomado, respeitado por seus pares e nos Tribunais, com notável saber jurídico. A seguradora, por seu turno, a fim de preservar os recursos que administra com o objetivo de zelar pela mutualidade, não pretenderá despende o limite máximo de indenização contratado desarrazoadamente.

Estabelecida a polarização, qual será o critério para harmonizar os direitos de ambos? Para propô-lo, convém aqui reiterar todos os argumentos apresentados no item 4.3.2, relacionado aos limites financeiros no âmbito do seguro de proteção jurídica.<sup>272</sup>

Sopesadas as particularidades de cada qual, o critério proposto para o seguro de proteção jurídica também pode ser adotado no seguro *D&O*. Imagine-se, por hipótese, uma demanda proposta por um consumidor contra um diretor perante o Juizado Especial Cível. Faria algum sentido despende o limite máximo de indenização contratado, da ordem de imaginários cinco milhões de moedas, com esta defesa, ainda que o advogado contratado fosse um notabilíssimo profissional?

Refletindo no prisma oposto, admita-se que um diretor é investigado pela Comissão de Valores Mobiliários em virtude de problemas relacionados à gestão da companhia, por suposta infringência ao dever de diligência. A questão hipotética é complexa, geradora de grande tensão e ansiedade ao executivo que, por óbvio, pretende a contratação daquele que é

---

<sup>271</sup> Antônio Menezes Cordeiro e J. X. Carvalho de Mendonça comungam da mesma opinião quanto às dificuldades e à importância do tema em questão: “A administração das sociedades”, registra Antônio Menezes Cordeiro, “constitui o cerne do Direito das sociedades: ponto em torno do qual tudo orbita e destino final de todas as construções e institutos”. (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de direito das sociedades. Das sociedades em especial*. 2 ed. v. 1. n. 289. Coimbra: Almedina, 2007. p. 790). “Entramos em um dos pontos mais delicados e mais debatidos no estudo das sociedades anônimas e, infelizmente, a lei não prima pela precisão”. (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. v. 4. n. 1.217, p. 76). A responsabilidade do administrador será examinada no capítulo 2, a seguir.

<sup>272</sup> Este item encontra-se às fls. 82 et seq.

considerado o mais gabaritado advogado para defendê-lo, cujos honorários, naturalmente, são vultosos. Assim como não faz sentido despende o limite máximo de indenização em ação que tramita no Juizado Especial Cível, seria ilógico pretender pagar ao notável advogado quantia módica.

Ponderando a complexidade do tema em discussão, o tempo estimado de duração da demanda, o valor pecuniário respectivo, a notabilidade do advogado, as possibilidades de êxito, o potencial ofensivo e conseqüente exposição do executivo, todas essas são balizas que, se bem aplicadas, podem, efetivamente, compor um critério legal ao ajuste dos honorários que deverão ser pagos pela seguradora. O critério que ora se sugere deverá constar no contrato de seguro, cuja redação deverá ser clara e objetiva.

Analisados o risco, as peculiaridades alusivas ao sinistro e aos limites financeiros ao custeio da defesa no âmbito do contrato de seguro *D&O*, assim com os interesses legítimos de diretores, administradores, conselheiros e sócios em sociedades limitadas (os “executivos”), além do interesse da própria sociedade que, como se viu, usualmente figura como a tomadora (contratante) do seguro, é hora de apresentar a síntese dos seus efeitos jurídicos essenciais.

Mediante o pagamento do prêmio seja pelo executivo, seja pela sociedade, haverá transferência dos riscos financeiros que pesam sobre aquele à seguradora. Quanto ao interesse legítimo da própria sociedade, os riscos financeiros que lhe possam tocar também serão transferidos, valendo lembrar que a origem deverá sempre estar demarcada pelo ato de gestão.

Compreendidos os principais contornos do risco, do interesse legítimo e do mutualismo inerentes ao contrato de seguro *D&O*, além de aspectos próprios do sinistro e do custeio da defesa dos administradores, encontram-se reunidos os elementos necessários à definição de sua causa, assim descrita: mediante o pagamento do prêmio pela sociedade (tomadora), opera-se a transferência dos riscos financeiros que, frise-se, em razão do ato de gestão, pesam sobre o patrimônio pessoal do administrador à seguradora, cuja obrigação contemplará tanto os custos de defesa quanto a indenização propriamente dita, respeitando-se os limites contratuais convencionados.<sup>273</sup>

---

<sup>273</sup> Nesse mesmo sentido embora empregando a locução “objeto fundamental” em lugar da “causa”, remete-se às lições de Diego Sánchez e Aurora Campins Vargas. “cubrir las consecuencias económicas derivadas de la responsabilidad en que pueden incurrir éstos en el ejercicio de su actividad profesional frente a socios, terceros y la propia sociedad.” (SÁNCHEZ, Diego C. FRICK, Pablo D. *El seguro de directors and officers (D&O) y su utilidad como instrumento de gestión societaria*. In *IX Congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*. San Miguel de Tucumán, 2004. p. 753) e “cuyo objeto fundamental es precisamente asegurar las consecuencias económicas derivadas de la responsabilidad en que

## 2. O RISCO DO CONTRATO DE SEGURO D&O – A RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR

Nas economias capitalistas, as sociedades exercem papel primordial para o desenvolvimento econômico, gerando empregos, recolhendo tributos e distribuindo lucros.

Desde os tempos mais distantes,<sup>274</sup> remetendo ao período compreendido entre os Séculos XVI e XVIII, no qual o mercantilismo prevaleceu, passando, a seguir, ao industrialismo, a partir de meados do século XIX, as sociedades foram gradativamente preenchendo espaços relevantes e passaram a ser verdadeiramente protagonistas do desenvolvimento econômico.<sup>275</sup>

Adentrando na questão concernente à espécie empresarial notabilizada por prover maior crescimento econômico, é interessante observá-la tanto sob o viés positivo quanto pelo negativo. Estatísticas apresentadas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro apontam as empresas “campeãs”, isto é, aquelas que recebem o maior número de ações judiciais. Quanto

---

eventualmente puedan incurrir los administradores y directivos de las sociedades en el desarrollo de su actividad profesional.” (CAMPINS VARGAS, Aurora. *Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos: especial referencia al ámbito de cobertura del seguro*. In *Revista de derecho mercantil*. n. 249/2003. Civitas. p. 3).

<sup>274</sup> Possivelmente, a primeira sociedade anônima de que se tem conhecimento é Companhia Holandesa das Índias Orientais, de 1602. (Informações disponíveis em <http://www.holland.com/br/turismo/artigo/companhia-holandesa-das-indias-orientais-voc.htm>, acessado em 2.5.2015). Rubens Requião acrescenta informações precisas acerca do surgimento das sociedades anônimas, calcado em pesquisas realizadas pelo historiador Goldschmidt. “Vulgarizou-se a crença de que as sociedades por ações tiveram o seu protótipo na ‘Casa di San Giorgio’, em Gênova, fundada em 1409, e que operou até 1799. [...] Mas, sustenta Escarra, ‘essa organização estava longe de constituir um tipo rudimentar de sociedade por ações, mesmo quando passou a operar como Banco, pois mais se assemelhava às associações modernas de portadores de obrigações, ou debenturistas. E insiste o professor francês que, em sua origem, a ‘Casa di San Giorgio’ ‘não era nem uma sociedade comercial, nem uma sociedade por ações. Mas todos os autores estão concordes em que a sociedade por ações se configurou como o tipo ideal das sociedades colonizadoras do século XVII, segundo a primeira em 1602, na Holanda.” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 21 ed. v.2. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 3).

<sup>275</sup> “O desenvolvimento define-se pelo aumento da produtividade e a reorganização racional da produção, que passa a ocorrer sistematicamente com o advento da industrialização e do capitalismo. Esta reorganização é responsabilidade do empresário, privado ou público, que, nos termos da análise pioneira de Schumpeter, inova comandando o processo de investimento e de introdução do progresso tecnológico. A poupança é realizada principalmente pelo capitalista; o investimento e a inovação, pelo empresário; a direção da empresa, pelo administrador. A função econômica fundamental do Estado é a de criar novas oportunidades para a inovação empresarial.” (PEREIRA, Luis Carlos Bresser. *Desenvolvimento econômico e o empresário: ao inovar e executar a reorganização dos fatores de produção, o empresário torna-se o grande propulsor de uma economia em expansão*. In. *Rev. Adm. Empresa*. v. 32. nº. 3. São Paulo. jul/ago, 1992).



à espécie, vale dizer que as dez primeiras posições do ranking são ocupadas por sociedades anônimas abertas.<sup>276</sup>

Ônus e bônus!<sup>277</sup> Analisando a questão sob o viés positivo, há bastante clareza quanto à relevância do papel desempenhado pelas sociedades anônimas em comparação com outras espécies societárias.<sup>278</sup> Ainda que, quantitativamente, as sociedades anônimas sejam poucas, sob a ótica do lucro, faturamento, geração de empregos e retorno sobre o capital investido, sobressaem-se de forma incontestável frente às demais formas de organização societária.<sup>279</sup>

Essas sociedades, sobretudo as abertas, encontram-se submetidas a diversos instrumentos de controle. Analisando-os de dentro para fora, observam-se os conselhos de administração e fiscal, a auditoria interna, controladoria, os acionistas, a auditoria externa, a

---

<sup>276</sup> “Ranking inglório. Empresas de energia e telefonia foram as mais processadas no Rio de Janeiro. Em janeiro, concessionárias de energia e de telefonia ocuparam as primeiras quatro posições entre as empresas mais processadas nos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro. Segundo dados da lista Top 30 – Maiores Litigantes, disponível no portal do Tribunal de Justiça fluminense, foram ajuizadas no período 20.135 ações contra as 30 empresas mais acionadas nos juizados. A lista de fornecedores de produtos e serviços mais processados no mês de janeiro relaciona ainda as ações de consumidores contra outras empresas de vendas a varejo, comércio eletrônico, planos de saúde e companhias aéreas. Entre as dez primeiras posições, a Light foi a empresa mais acionada, com 4.653 ações. A BCP S.A. (Claro, ATL – Algar, ATL, Telecom Leste) veio em seguida, com 1.728 ações; a Telemar Norte Leste (Oi – Telefonia Fixa) ficou em terceiro lugar, com 1.168 ações; e, em quarto, a Ampla- Energia e Serviços, com 1.095 ações. Os bancos Bradesco (1.022 ações) e Itaú Unibanco (904 ações) ocuparam, respectivamente, a quinta e sexta posições de empresas mais acionadas. A operadora de TV Sky Brasil, com 873 processos, ficou com o sétimo lugar da lista. Já o Banco Santander ficou na oitava colocação, com 842 ações; a operadora Tim Celular ocupou o nono lugar, com 815 processos; e a Via Varejo (Ponto Frio – Casa Bahia), com 738 ações, figurou na décima posição.” (Fonte: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-14/empresas-energia-telefonia-sao-processadas-rj>, visitado em 28.8.2018).

<sup>277</sup> Ou, no original em latim: *ubi commoda, ibi incommoda!*

<sup>278</sup> A observação é de Marcelo Vieira von Adamek: “Não é sem razão, portanto, que, desde o seu nascimento, as anônimas prestaram-se, e muito bem, a estruturar grandes empreendimentos. Foi assim quando de seu surgimento no período das Grandes Navegações, onde floresceram por ato de constituição estatal; depois disso, continuou sendo dessa forma na Revolução Industrial, quando a constituição das companhias, que tanto fomentaram o processo produtivo capitalista, ainda ficavam a depender de autorização administrativa; e assim continua sendo até os dias atuais, em que as anônimas podem ser, via de regra, livremente criadas e nos quais o fenômeno econômico expansionista passa agora por nova fase, a chamada era da globalização, caracterizada pela concentração de empresas e pelo consequente surgimento e fortalecimento de conglomerados econômicos, de macroempresas, a operarem sem fronteiras. Ou seja, como desde sempre, a sociedade anônima é a técnica de gestão adaptada às grandes empresas; é, para aqui repetir a conhecida frase de Georges Ripert, o ‘maravilhoso instrumento jurídico do capitalismo moderno’.” (ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas)*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3-4). Também Diogo Leite de Campos: “Na evolução econômica das atuais comunidades de tipo capitalista, o principal motor é desempenhado pelas sociedades anônimas.” (CAMPOS, Diogo Leite de. *A responsabilidade civil profissional de empresa e seu seguro*. In *Colóquio Luso-Francês promovido pelas secções portuguesa e francesa*. Association Internationale du Droit de L’Assurance. Novembro, 1973. p. 3).

<sup>279</sup> Informações colhidas no Departamento Nacional do Registro do Comércio – DNRC revelam que no período de 1985 a 2005, das 8.195.890 empresas constituídas, apenas 20.080 organizaram-se sob a forma de sociedades anônimas. Nos Estados Unidos a realidade é bastante similar. Embora as sociedades anônimas sejam apenas aproximadamente 3 milhões, estas representam cerca de 89% (oitenta e nove por cento) dos resultados aferíveis. A análise é de Marcelo Vieira von Adamek. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas)*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4.

Comissão de Valores Mobiliários, a BMF-Bovespa, órgãos antitruste, múltiplas regras de governança corporativa,<sup>280</sup> lei Sarbanes-Oxley,<sup>281</sup> os acordos de Basiléia I, II e III,<sup>282</sup> órgãos reguladores em geral, o fisco, entre outros agentes, determinam que a administração dessas sociedades deve ser realizada de forma diligente e leal.

Esses instrumentos de controle têm uma finalidade bem clara: zelar pela regularidade da conduta dos administradores das sociedades. Empregando aqui a terminologia adotada pelo art. 158 da Lei nº. 6.404, de 15.12.1976, é preciso que os atos de gestão sejam regulares, uma vez que “o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão”.<sup>283</sup>

A conjugação da referida mudança de paradigma ocorrida na Responsabilidade Civil com a participação decisiva das sociedades no desenvolvimento da economia é, como se viu, determinante à imposição de deveres aos seus administradores, assim como o aumento de sua exposição interna, isto é, no âmbito da própria sociedade, bem como externa, diante de trabalhadores, consumidores, órgãos reguladores, o fisco etc.<sup>284</sup>

<sup>280</sup> A aplicabilidade da anglo-saxã *corporate governance* em ordenamentos jurídicos continentais é assim sintetizada por António Menezes Cordeiro: “a *corporate governance* não é definível em termos jurídicos: abrange um conjunto de máximas válidas para uma gestão de empresas responsável e criadora de riquezas a longo prazo, para um controle de empresa e para a transparência”. (CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito das sociedades*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2007. v. 2. n. 320. p. 853).

<sup>281</sup> A lei *Sarbanes-Oxley* surgiu nos Estados Unidos da América em 30.7.2002, como consequência do colapso da até então inabalável Enron. A finalidade do governo norte-americano foi enrijecer os mecanismos de controle até então existentes, moralizando, assim, o combalido mercado financeiro. Todas as companhias brasileiras que emitem ADRs (títulos mobiliários) na Bolsa de Valores de Nova Iorque encontram-se subordinadas à referida lei. (Para um aprofundamento a respeito da relevância da Lei *Sarbanes-Oxley* no mercado bursátil norte-americano remete-se à tese de doutoramento em Ciências Contábeis de Fernanda Furuta, especialmente fls. 19-45. (FURUTA, Fernanda. *A relação das características das empresas com a adoção do comitê de auditoria x conselho fiscal adaptado*. 2010. 189 f. Tese (Doutorado em Ciências Contábeis). – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010).

<sup>282</sup> Os Acordos de Basiléia I, II e III destinam-se às instituições financeiras, tendo sido criados em razão da chamada crise do *subprime* (2006), que afetou duramente as instituições que concediam créditos. Os mencionados acordos tiveram por finalidade criar instrumentos que permitissem uma maior solidez ao mercado financeiro.

<sup>283</sup> Lei nº. 6.404, de 15.12.1976: “Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II - com violação da lei ou do estatuto.”

<sup>284</sup> Exatamente nesse sentido o comentário de Elena F. Pérez Carrillo: “Las sociedades mercantiles han constituido, al menos durante bastante tiempo, un ámbito de *cuasi* impunidad para sus gestores, que actuaban amparados por el velo de la personalidad jurídica. Sin embargo, a lo largo del siglo XX se fueron introduciendo mecanismos de exigencia de responsabilidades para equilibrar el poder de los administradores sobre patrimonios ajenos, tendencia que se acentuó particularmente en los ordenamientos jurídicos en los que la sociedad anónima ocupa un lugar más central dentro de las relaciones económicas y sociales por representar la forma jurídica más habitual para el desarrollo de las diversas actividades financieras, económicas, industriales e incluso sociales. Los sucesivos escándalos acontecidos a lo largo del siglo XX debido a desarreglos en la administración de las sociedades fueron reforzando las bases para la exigencia de responsabilidad a los administradores. Una ojeada a

Em se tratando de atos regulares de gestão,<sup>285</sup> isto é, que emanem de decisão informada e refletida (emprega-se aqui, pela primeira vez, o dever de diligência),<sup>286</sup> bem como no interesse da sociedade (igualmente, pela primeira vez emprega-se o dever de lealdade),<sup>287</sup> observa-se a adoção de medidas a fim de evitar o desembolso de recursos pelos administradores designadamente por meio da contratação dos seguros *D&O*<sup>288</sup> e dos

---

la literatura jurídica en relación con el gobierno de las sociedades y la responsabilidad de administradores, e incluso a la prensa económica del siglo XX, pone de manifiesto que es en EEUU donde primero se manifestó la tendencia de exigir responsabilidades a los administradores sociales y donde esta exigencia alcanzó mayor intensidad. [...] A comienzos del siglo XXI la crisis bursátil de los valores tecnológicos y los nuevos escándalos, en particular el de Enron, que actuó como catalizador de otras quiebras de gigantes multinacionales, dieron lugar a una reforma legislativa federal para endurecer aún más el régimen de responsabilidad de los administradores.” (PÉREZ CARRILLO, Elena F. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales. El seguro D&O en EEUU*. Barcelona: Marcial Pons, 2005. p. 15-16).

<sup>285</sup> A discussão a respeito do que se deve entender por ‘ato regular de gestão’ será enfrentada, com o rigor necessário, um pouco mais adiante, por ocasião do exame dos deveres de diligência e de lealdade. Por ora e para que se identifique o norte desejado, opta-se por definir o ato regular de gestão a *contrario sensu*, isto é, a partir do ‘ato irregular de gestão’. Observando o disposto no art. 158 da Lei nº. 6.404, de 15.12.1976, o ‘ato irregular de gestão’ será aquele proveniente de culpa ou dolo do administrador (inc. I) e/ou que contrarie a lei e/ou o estatuto da sociedade (inc. II). A propósito, Adamek: “A noção antagônica da expressão ‘ato regular de gestão’ deve compreender-se, logicamente na expressão antitética ‘ato irregular de gestão’, como verso e reverso da mesma moeda. E, como necessariamente os únicos parâmetros válidos para a aferição da regularidade do ato do administrador devem ser encontrados na lei ou no estatuto (ato-norma), segue-se que irregular será o ato de gestão praticado com violação da lei ou do estatuto; também o será o praticado fora dos limites das atribuições de seu cargo, já que semelhante atuação, por evidente, contrastará igualmente com a lei e com o estatuto.” (ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas)*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 212). Nelson Eizirik, quanto ao ato regular de gestão: “aquele praticado nos limites das atribuições dos administradores e sem violação da lei ou do estatuto”. (EIZIRIK, Nelson. *Responsabilidade civil e administrativa do diretor de companhia aberta*. In *RDM 56/51-52*. Também PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. 3 ed. São Paulo: RT, 1984. t. 50, § 5.332. p. 405.

<sup>286</sup> O dever de diligência, numa síntese: “As doutrinas nacional e alienígena enfatizam que uma coisa é tomar uma decisão e outra é tomar uma decisão informada. [...] Decisão desinformada equivale à negligência, que é o contrário de diligência.” (BLOK, Marcela. *Business judgment rule: a responsabilidade dos administradores das sociedades anônimas*. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 46/2009. p. 129-162. Out - Dez / 2009).

<sup>287</sup> O dever de lealdade, também numa síntese: “deve servir à companhia, e não servir-se dela”. (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O conselho de administração*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1999. n. 2.6. p. 58).

<sup>288</sup> A respeito da importância dos referidos mecanismos de tutela dos administradores, *in casu*, o seguro *D&O*, José Fernández Del Moral Domínguez comenta sobre a evolução desse contrato nos Estados Unidos, país no qual houve o seu desenvolvimento mais expressivo: “De ahí que se considere, en la actualidad, al seguro *D&O* (a pesar de su alta peligrosidad, como veremos posteriormente al analizar el riesgo cubierto por él) como un elemento primordial de garantía de la ejecución de los cargos de administrador y alto directivo de la S.A. En el país donde surgió, los EE UU, las estadísticas señalan claramente su importancia. Cerca del 80% de los dirigentes de empresas de ese país contaban con una póliza *D&O* en el año 1988”. (MORAL DOMÍNGUEZ, José Francisco Del. *El Seguro de Responsabilidad Civil de Administradores y Altos Directivos de la Sociedad Anónima (Póliza D&O)*. Granada: Comares, 1998. p. 6-7). Em palestra conferida em 24.6.1997 em Lisboa a propósito da responsabilidade civil dos administradores de sociedades tendo em vista o ordenamento jurídico português, João Soares da Silva, ao concluí-la, chamou a atenção à importância dos seguros *D&O*, o fazendo de maneira simpática para parte da plateia que lhe ouvia, por justamente integrar o corpo de colaboradores de uma companhia de seguros que comercializava este contrato: “[...] a terceira (que creio será particularmente grata de ouvir para uma das nossas anfitriãs de hoje, a Bonança, pelo protagonismo que sei ter nessa área), é a chamada de atenção para a necessidade de aceitar cada vez mais esta exposição ao risco como parte integrante do status do administrador, e tomar as medidas adequadas, uma das quais, embora não a única, é o seguro de

chamados contratos de indenidade.<sup>289</sup> Por maiores que sejam as coberturas propiciadas por esses instrumentos, os administradores não se encontram imunes a riscos quando assumem a diretoria, conselhos de administração e fiscal, isto é, cargos de administração em sociedades. O patrimônio pessoal dos mesmos, efetivamente, poderá ser colocado em xeque.<sup>290</sup>

Assim, a responsabilidade civil do administrador que, vale esclarecer, pode ir muito além da responsabilidade civil propriamente dita – e.g. as responsabilidades administrativa, tributária, previdenciária, ambiental, consumerista, antitruste, trabalhista, marcária (propriedade intelectual), entre outras – se apresenta como uma disciplina específica em meio à responsabilidade civil comum,<sup>291</sup> dedicando-se não apenas às pretensões dos prejudicados mas também e antes disso, ao exame dos pressupostos que, uma vez descumpridos, a caracterizarão.

---

responsabilidade civil dos administradores, cada vez mais difundido.” (SILVA, João Soares da. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades: os deveres gerais e os princípios da corporate governance*. Disponível em <https://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/302.pdf>, visitado em 14.7.2018. p. 3).

<sup>289</sup> Os chamados contratos de indenidade foram qualificados pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) como uma espécie complementar de indenização, ladeada pelo seguro *D&O*, disponibilizada no âmbito da administração das sociedades. Vale a referência à consulta formulada pela Superintendência de Relações com Mercados e Intermediários, respondida pela CVM por meio do Relatório nº 83/2016-CVM/SEP/GEA-3, de 14.11.2016. A dialética existente entre os contratos de indenidade e o seguro *D&O* será objeto de aprofundamento no capítulo 3. Nos Estados Unidos da América, há quem diga que os contratos são mais abrangentes e, portanto, melhores, do que as apólices *D&O*. “Indemnification provided in statutes and corporate bylaws offers significant protection for directors, particularly outside directors. Indeed, it affords more protection to directors than *D&O* insurance. A well-known commentator on corporation law stated that ‘[c]ompared to indemnification, *D&O* insurance protection is second best by a large margin.’” (PEASE, Donald E. *Outside directors: Their importance to the corporation and protection from liability*. In *Delaware Journal of Corporate Law*. v. 12. 1987, p. 25-106. Disponível em Hein on line. p. 71). A referência do texto mencionado pelo autor é HERZEL. *The Crisis in D&O Insurance and Proposed Legislation Concerning Corporate Indemnification Liability Caps and Higher Standards for Liability in Derivative Suits*. In *Ali Aba Video Law Review Study. Protecting Directors and officers in an era of uncertain D&O liability insurance* 99, 101 (1986).

<sup>290</sup> A colocação é de Modesto Carvalhosa, especialmente comparando o regime de responsabilidade que caracteriza as sociedades fechadas e as abertas: “a lei brasileira de sociedades anônimas, Lei 6.404/76, a exemplo de outras, expressa a tendência universal de agravamento da responsabilidade dos administradores, especialmente em se tratando de companhias abertas. Isto porque tais companhias apresentam um acentuado caráter institucional, contrastando com aquele contratual das companhias fechadas.” (CARVALHOSA, Modesto. *Responsabilidade civil de administradores e de acionistas controladores perante a Lei das S/A*. In *RT* 699/36). No mesmo sentido, mas, por outros fundamentos, Maria Elisabete Gomes Ramos: “A circunstância de alguém integrar o órgão de administração de uma sociedade não é indiferente em matéria dos riscos jurídicos a que a sua pessoa e ou patrimônio passam a estar expostos. Sujeição a penas criminais (principais e acessórias), condenação no pagamento de coimas, reversão tributária, destituição do cargo com justa causa, decisões de inabilitação ou inibição para o exercício do comércio, obrigação de indemnizar lesados, eis, a título exemplificativo, alguns dos riscos a que se encontram expostos os administradores.” (RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 63).

<sup>291</sup> Não é sem razão que a responsabilidade de administradores é observada como parte de um regime de responsabilidade específico: «les dirigeants sociaux exercent une fonction dangereuse, pour eux-mêmes, mais aussi pour la société et pour les tiers; d’où un régime de responsabilité civile spécifique. » (COZIAN, Maurice ; VIANDIER, Alain. *Droit des sociétés*. 5. éd. Paris : Litec, 1992. p. 248).

O administrador cujo ato de gestão seja irregular poderá gerar danos ao seu próprio patrimônio e, para muito além disso, à própria sociedade, a outras sociedades coligadas, aos acionistas minoritários, aos investidores (ao mercado financeiro de maneira geral), aos trabalhadores, aos consumidores, ao meio-ambiente etc.<sup>292</sup>

Feitas essas considerações iniciais, pretende-se aprofundar no presente capítulo o exame dos pressupostos ensejadores da responsabilidade do administrador, o que requer, em primeiro lugar, a compreensão do porquê de se conferir a esta disciplina um tratamento próprio em comparação com o regime de responsabilidade civil previsto no Código Civil brasileiro. Em que medida esses regimes se aproximam e se distanciam.

Considerando a estrutura de administração dualista prevista na Lei nº. 6.404, de 15.12.1976,<sup>293</sup> será oportuno entender as funções da diretoria e dos conselhos de administração/fiscal, com os olhos voltados à conduta individual de cada um de seus membros, não obstante a natureza individual ou colegiada de cada qual, sem descuidar das atribuições e da responsabilidade do acionista controlador.<sup>294</sup> Será igualmente oportuno fazer

---

<sup>292</sup> Ao longo do ano de 2013, a mídia divulgou, com riqueza de detalhes, a crise financeira experimentada pelas atividades empresariais do ‘Grupo X’, cujo acionista controlador era o empresário Eike F. Batista. Mesmo sem aprofundar a discussão pretendida por determinado acionista minoritário, algumas notícias revelaram a exposição a que se submeteu o seu controlador e administrador, na medida em que apenas um acionista propôs determinada medida em juízo a fim de bloquear parte notável de seus bens, ao argumento de que as sociedades teriam sido administradas de forma equivocada. Informação disponível em <http://oglobo.globo.com/economia/acionista-minoritario-pede-bloqueio-dos-bens-da-ogx-de-eike-8990642>, acessado em 1.8.2013. A análise a respeito dos potenciais prejudicados por atos dos administradores remete à discussão acerca da titularidade do interesse legítimo no contrato de seguro *D&O*, tema já observado no capítulo 1, fls. 107 et seq.

<sup>293</sup> É pertinente a análise de Orlando Gomes a respeito da evolução ocorrida nas sociedades anônimas, especialmente quanto à mudança do regime de administração monista para o dualista: “O que caracteriza as sociedades anônimas nessa faixa é que são visualizadas numa ótica individualista e são organizadas à imagem e semelhança do Estado. Sua estrutura administrativa compreendia três órgãos perfeitamente definidos e coerentes dentro dessa visão: a Assembleia Geral, a Diretoria e o Conselho Fiscal. Nestas sociedades, o número de acionistas é escasso. Constituíam-se com membros de uma só e mesma família. Os diretores, destituíveis pelo fundador e acionista majoritário, trabalhavam como indistiguíveis empregados. Ocorreu, então, a grande mudança. A formação e o desenvolvimento da grande empresa no País reclamaram a reforma da Lei das Sociedades Anônimas. A nova forma jurídica das sociedades por ações traçou-a o legislador na Lei 6.404, de 1976. Este diploma legal incorporou-se ao movimento de reforma das Leis de S/A, que se iniciou em 1965 na Europa, movimento que, em relação à estrutura administrativa, aceita por modelo a lei alemã. Realmente acusa a substituição da concepção unitarista pela concepção dualista, esta a dois ou três níveis. A administração de uma S/A não é mais a função exclusiva de uma diretoria, não é mais a atividade de diretores eleitos por uma assembleia geral, mas passa a ser dividida entre órgãos situados em três níveis, tal como já, desde 1937, ocorria na Alemanha. O movimento legislativo de modernização iniciou-se com a reforma da Lei das S/A, na Alemanha, em 1965. Segue-se a lei francesa, de 1966; a da Inglaterra, de 1967; a da Holanda, de 1972; a da Noruega, de 1972; a da Dinamarca, de 1973; e, a final, a lei brasileira, de 1976.” (GOMES, Orlando. *Condição jurídica do diretor de S/A*. In *Revista de Direito do Trabalho*. v. 24. p. 103-113. Mar-Jun /1980).

<sup>294</sup> São marcantes as considerações de Arnoldo Wald a respeito do que deverá ser empreendido pelo acionista controlador: “De qualquer modo, a instauração do Estado de Direito e o fim do absolutismo na sociedade anônima significam que ela deixou de ser propriedade individual e exclusiva do acionista controlador, para dar

alguma consideração quanto aos pressupostos ensejadores da responsabilidade solidária, prevista no art. 158, parágrafos 1º ao 5º.<sup>295</sup>

No item seguinte, aprofundar-se-á o exame do mencionado ato regular de gestão, mediante o estudo dos deveres de diligência e de lealdade. Será igualmente oportuno debater a aplicabilidade da anglo-saxã *business judgment rule* (ou, no vernáculo, a chamada “regra da decisão negocial”) no ordenamento jurídico brasileiro.

Após ultrapassar os itens anteriores, acredita-se que haverá subsídios suficientes para, em conformidade com o direito brasileiro, então definir a: (i) a espécie de responsabilidade civil exigível de administradores de sociedades e (ii) critérios minimamente seguros para analisar o grau de culpa – se leve ou grave, conforme seja e ainda o dolo acaso existente.

A temática ora em exame é possivelmente das mais importantes e desafiadoras<sup>296</sup> em matéria de direito societário e, como será demonstrado a seguir, há vastíssima produção

origem a uma parceria, exigindo, pois, um novo padrão de conduta por parte dos administradores e dos maiores acionistas. É preciso que todos atuem sempre com boa-fé e lealdade. A boa-fé deve ser objetiva e não subjetiva, não bastando que a pessoa acredite que a sua conduta é a mais adequada. É necessário que a atuação esteja de acordo com os padrões dominantes na sociedade em determinado momento histórico. A lealdade, por sua vez, não é tão-somente a ausência de deslealdade, tal como o amor não é tão-somente a ausência de ódio. Lealdade é uma atitude de diligência no cumprimento das obrigações contratuais e uma verdadeira *affectio contractus*. No fundo, a boa-fé, a lealdade e a probidade, que se exigem do administrador e do controlador da empresa, correspondem à definição de *Treu und Glauben*, do art. 242 do CC alemão, no qual se determina a sinceridade (veracidade) e a boa-fé dos contratantes tanto no firmamento quanto na execução do contrato. Constituem, na lição de Ripert, a introdução da regra moral no direito, com o propósito de atenuar, reforçar ou afinar a norma jurídica para compatibilizá-la com a ética.” (WALD, Arnaldo. *O governo das empresas*. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 15. p. 53. jan-mar. 2002). A. Wald refere-se à seguinte obra de G. Ripert: RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4. ed. Paris : LGDJ, 1949.

<sup>295</sup> Art. 158. [...]§ 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembleia-geral. § 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles. § 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres. § 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembleia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável. § 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

<sup>296</sup> Antônio Menezes Cordeiro, J. X. Carvalho de Mendonça e Waldemar Ferreira comungam da mesma opinião quanto às dificuldades e à importância do tema em questão: “‘A administração das sociedades’, registra Antônio Menezes Cordeiro, ‘constitui o cerne do Direito das sociedades: ponto em torno do qual tudo orbita e destino final de todas as construções e institutos’”. (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de direito das sociedades. Das sociedades em especial*. 2 ed. v. 1. n. 289. Coimbra: Almedina, 2007. p. 790). “Entramos em um dos pontos mais delicados e mais debatidos no estudo das sociedades anônimas e, infelizmente, a lei não prima pela precisão”. (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 5 ed. Rio de Janeiro:

acadêmica no Brasil. É importante fazer essa ressalva para que se compreenda qual é o objetivo pretendido por meio do presente capítulo.

Em se tratando de uma tese dedicada ao preenchimento de lacunas deixadas pelo ordenamento jurídico brasileiro quanto ao contrato de seguro *D&O*, entende-se que não há como aprofundar o estudo do contrato sem, antes, examinar a sua principal “matéria-prima”. O seguro *D&O* se faz relevante em virtude da responsabilidade do administrador e de seu regime específico, como ver-se-á a seguir. Se o risco incutido na administração de uma sociedade não fosse relevante, a tese, pragmaticamente, seria de pouca importância.

Desta maneira, a estrutura do presente capítulo apresentará um diálogo permanente entre a responsabilidade do administrador e o seguro *D&O*, cujo detalhamento em matéria de estruturação do contrato, coberturas e exclusões será reservado ao capítulo 3 da tese. Sem embargo, por mais que neste capítulo não se venha a, expressamente, tratar do contrato de seguro em questão, todas as temas e discussões lhe são absolutamente caros, posto que tocam na síntese de seus efeitos jurídicos essenciais (a sua causa, como se viu no capítulo 1). Observa-se, nesses termos, uma interessante conexão entre os capítulos 1 – causa do contrato de seguro *D&O*, 2 – responsabilidade do administrador e 3 – estrutura, contratação, coberturas e exclusões próprias dessa espécie contratual.

## **2.1. A responsabilidade do administrador detém um regime próprio**

Reflita-se, por alguns instantes, acerca do cotidiano do administrador de uma sociedade de grande porte com atuação multinacional, o que o obriga a lidar com fusos horários distintos, culturas, religiões, câmbio (moeda), formas de tratamento, idiomas, pressões populares, regimes de governo, entre outras inúmeras características e assumir a dificuldade de executar regularmente esse mister.

O mercado empresarial em pleno século XXI se revela concomitantemente capaz de afagar e de maltratar, de proporcionar crescimento vertiginoso e quedas abruptas, tudo

---

Freitas Bastos, 1954. v. 4. n. 1.217. p. 76). “Todo mundo conhece essa teoria, tão delicada quão árdua, sobre a qual a última palavra não foi dita, da ação social e da ação individual.” (FERREIRA, Waldemar Martins. *Compêndio de sociedades mercantis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 2, § 25, p. 230).

motivado pela comunicação e acesso à informação em larguíssima escala, pela disponibilização de produtos e serviços mundo afora por meio de simples acesso a um *smart phone*, ou seja, as vantagens podem se converter em desvantagens em instantes a depender da decisão tomada.

A destruição criativa proposta por Joseph Schumpeter mostra sua face de maneira evidente,<sup>297</sup> desafiando a inovação e, mais do que isso, a ousadia dos administradores das sociedades. O que dizer dos *walkmans*, sucedidos atualmente por minúsculos mp3 *players*, das locadoras de vídeos, praticamente extintas pelos recursos de tecnologia/mídia conhecidos pelo fácil acesso, bastando um *clic* no controle remoto no recesso do lar, ou da máquina de escrever, das pesquisas com células tronco, biotecnologia, riscos cibernéticos? No mesmo sentido, o que ocorrerá (ou já ocorreu) com a cambaleante televisão aberta, em cotejo com a televisão *on demand*? Na mesma linha o transporte de passageiros: táxi vs. uber e a hotelaria convencional vs. Airbnb.

A administração de uma sociedade requer a tomada de decisões constantes, necessita de certo apetite pelo risco, porque é justamente tomando-o que se encontram boas oportunidades. Que administrador, por mais cauteloso que seja, não se viu obrigado a decidir de forma considerada arriscada para proteger os interesses da sociedade? Num ambiente social considerado de risco – a chamada sociedade de risco –<sup>298</sup> estudada por tantos filósofos

---

<sup>297</sup> Para uma compreensão básica a respeito da teoria desenvolvida por Joseph Schumpeter: “Creative destruction refers to the incessant product and process innovation mechanism by which new production units replace outdated ones. This restructuring process permeates major aspects of macroeconomic performance, not only long-run growth but also economic fluctuations, structural adjustment and the functioning of factor markets. Over the long run, the process of creative destruction accounts for over 50 per cent of productivity growth. At business cycle frequency, restructuring typically declines during recessions, and this add a significant cost to downturns. Obstacles to the process of creative destruction can have severe short- and long-run macroeconomic consequences.” Fonte: <http://economics.mit.edu/files/1785>, acessado em 2.6.2015.” A propósito da falta de inovação no Brasil como causa para o baixo índice de desenvolvimento econômico: “O Brasil ocupa uma posição relativamente atrasada internacionalmente. Em 2009, os gastos com P&D (pesquisa e desenvolvimento) no Brasil giravam em torno de 1,17% do PIB, enquanto países como Estados Unidos e Alemanha gastavam 2,9% e 2,8% do PIB, respectivamente” (MENEZES FILHO, Naercio; KANNEBLEY JUNIOR, Sérgio. *Abertura comercial, exportações e inovações no Brasil*. In VELOSO, Fernando; FERREIRA, Pedro Cavalcanti; GIAMBIAGI, Fábio; PESSOA, Samuel. *Desenvolvimento econômico: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 417-419).

<sup>298</sup> Ulrich Beck estuda com profundidade a chamada “sociedade de risco”, à qual são atribuíveis riscos inimagináveis até bem pouco tempo atrás, cuja potencialidade de expansão é enorme e imperceptível ao ser humano: “essa mudança categorial deve-se simultaneamente ao fato de que, a reboque das forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de modernização, são desencadeados riscos e potenciais de autoameaça numa medida até então desconhecida. [...] Argumentando sistematicamente, cedo ou tarde na história social começam a convergir na continuidade dos processos de modernização as situações e os conflitos sociais de uma sociedade que ‘distribui riqueza’ com os de uma sociedade que ‘distribui riscos’ [...]. Quem – como Colombo – saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos. Estes eram, porém,



e sociólogos há tempos – esse elemento passa a ser de fato comum, com o qual os administradores devem se acostumar e, assim, passar a conviver.

Essencialmente, ser administrador de uma companhia implica em assumir riscos o que, por certo, não significa dizer que não se devam adotar todas as medidas necessárias com o propósito de mitigá-los.

Essa relação entre a tomada de decisão, risco, obtenção de informações, diligência, potenciais conflitos, discricionariedade, justamente constitui a tônica do regramento previsto nos artigos 153 a 158 da Lei nº. 6.404, de 15.12.1976, seguido pelo art. 159, a tratar das respectivas ações de responsabilidade civil a serem propostas contra o administrador.

Nesse delicado equilíbrio entre apetite *versus* aversão ao risco, é preciso examinar as hipóteses que surgirão com *grano salis*, evitando análises prematuras que poderão engessar a capacidade criativa de administradores talentosos.

Um exemplo, nesse particular, chama bastante a atenção, considerando, primeiramente, o vultoso risco de que se reveste e, tempos depois, o espetacular resultado apresentado. O caso a que se alude foi sintetizado por Mariana Pargendler em artigo dedicado ao exame da responsabilidade do administrador e da *business judgment rule*.

Imagine uma companhia cuja decisão estratégica incluía, neste ano, o gasto de 10 bilhões de dólares para construir várias novas fábricas, para vender produtos que eles ainda não desenvolveram, para consumidores que eles ainda não têm. [...] O diretor presidente da companhia foi citado na imprensa financeira, onde ele descreve essa estratégia (parafrazeando minimamente) como dirigir um carro a 150 quilômetros por hora, em uma estrada montanhosa sinuosa, no escuro, com as luzes desligadas, tentando não bater. Essa estratégia é certeza de um acidente, cedo ou tarde. [...] Tem um detalhe nessa história. A companhia é a Intel, que é uma das mais bem sucedidas companhias do mundo.<sup>299</sup>

A pitoresca história dá conta dos desafios apresentados ao administrador em seus afazeres diários. Isso significa dizer, muito claramente, que decidir não é uma opção que se lhe apresenta; trata-se, na realidade, de conduta a ser praticada reiteradamente, o que requer o preenchimento de determinados pressupostos cujo detalhamento será desenvolvido ao longo do presente capítulo.

---

riscos pessoais, e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda a humanidade com a fissão nuclear ou com o acúmulo de lixo nuclear. A palavra ‘risco’ tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da vida na Terra”. (BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2011. p. 23-25).

<sup>299</sup> PARGENDLER, Mariana. *Responsabilidade civil dos administradores e business judgment rule no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais v. 953/2015, p. 51-74, mar. 2015. A autora extrai a passagem referida de BLACK, Bernard. *The Core Fiduciary Duties of Outside Directors*. In *Asia Business Law Review*, Singapore. July 2001, p. 16-17.

Considerando esse complexo cenário de incertezas e, por que não dizer, receio por vir a ser pessoalmente responsabilizado, que administrador, frente a riscos tão severos, aceitaria o fardo de assumir a gestão de uma companhia? Se, por contrair obrigações em nome da sociedade e por agir de maneira regular o administrador pudesse ser responsabilizado, a sua cadeira, fatalmente, permaneceria vazia.<sup>300</sup>

O ato regular de gestão, praticado em conformidade com o estatuto da sociedade e com a lei, poderá, ao fim e ao cabo, revelar-se prejudicial à mesma, gerando perdas financeiras. A dinâmica empresarial apresenta uma tal complexidade que, a depender das circunstâncias, torna-se muito difícil antever qual será o cenário existente após a tomada da decisão. Em períodos de grave oscilação dos mercados bursátil e de câmbio isto se torna ainda mais agudo.

Assim é que o regime de responsabilidade do administrador detém características próprias que o distinguem do regime de responsabilidade civil previsto no Código Civil brasileiro por uma série de razões, a seguir apresentadas.

- (i) Propiciar condições para que a administração da sociedade seja eficiente

É preciso construir um ambiente no qual o administrador tenha a liberdade para agir sem o receio<sup>301</sup> de que, a cada passo, o seu patrimônio pessoal estará em xeque.<sup>302</sup> É óbvio

---

<sup>300</sup> “Metafóricamente hablando, si el capitán de un barco estuviera preocupado por cada ola o por cada soplo de viento que encuentra en su ruta difícilmente llegaría a su destino o lo haría demasiado tarde, por eso los capitanes, están más pendientes en que su nave avance en la dirección correcta y a la velocidad adecuada, responsabilizándose previamente al momento de zarpar de acondicionar su embarcación para asumir cada golpe de las olas y el viento. En igual sentido, el seguro D&O es una medida de cautela que permite a administradores y gestores concentrarse en alcanzar la visión del negocio y la naturalmente riesgosa actividad de creación de valor para los accionistas en armonía con los intereses y expectativas de la comunidad.” (WIGODSKI, Teodoro. GAITAN PEÑA, Hector H. *Seguro de responsabilidad de directores y ejecutivos para el buen gobierno corporativo*. Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas. Escuela de postgrado. 2005, p. 23).

<sup>301</sup> “[...] esses profissionais passarão a tomar decisões preocupados não com o bem das companhias, mas com a preservação de seus patrimônios pessoais. Perdem, com isso, a inovação, o empreendedorismo, o investimento em setores mais arriscados e, em última análise, o desenvolvimento da economia.” (BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. *A administração de companhias e a business judgment rule*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 22).

<sup>302</sup> A importância da inovação como verdadeiro recurso, isto é, fonte de riqueza, é objeto de estudo acurado na literatura estrangeira. Refere-se, a propósito, a Peter Drucker. “It is the act that endows resources with a new capacity to create wealth. Innovation, indeed, creates a resource. There is no such thing as a ‘resource’ until man finds a use for something in nature and this endows it with economic value. Until then, every plant is a weed and every mineral just another rock. Not much more than a century ago, neither mineral oil seeping out of the ground

que há pressupostos a observar, o que se refere ao cumprimento do dever de diligência que será detalhado a seguir.

O regime de responsabilidade próprio, ao justamente não gerar a responsabilidade do administrador pelo ato regular de gestão, independentemente do lucro ou prejuízo decorrentes de sua decisão,<sup>303</sup> quer assegurar que não haverá nem culpa, nem dolo (art. 158, inc. I, Lei nº. 6.404, de 15.12.1976), tampouco violação da lei ou do estatuto da sociedade (art. 158, inc. II).<sup>304</sup>

(ii) A responsabilidade do administrador apresenta ora traços contratuais, ora traços extracontratuais. O organicismo que explica a relação do administrador diante da sociedade e de partes com as quais ela se relaciona também aponta para um regime de responsabilidade próprio

Não há relação de mandato entre o administrador e a sociedade, que jamais age em nome próprio, senão como a própria sociedade.<sup>305</sup> Na doutrina, há vozes relevantes que ora

nor bauxite, the ore of aluminum, were resources. They were nuisances; both render the soil infertile. The penicillin mold was a pest, not a resource. Bacteriologists went to great lengths to protect their bacterial cultures against contamination by it. Then in the 1920s, a London doctor, Alexander Fleming, realized that this ‘pest’ was exactly the bacterial killer bacteriologists had been looking for – and the penicillin mold became a valuable resource. The same holds just a true in the social and economic spheres. There is no greater resource in an economy than ‘purchasing power’. But purchasing power is the creation of the innovating entrepreneur.” (DRUCKER, Peter F. *The discipline of innovation*. In *HBR’s ten must reads in innovation*. Boston: Harvard Business Review Press, 2013. p. 143).

<sup>303</sup> Lucro ou prejuízo definitivamente não indicam uma administração eficiente. “Assim, o fato de terem os administradores conseguido grandes lucros com negócios arriscados, ou estranhos ao objeto da sociedade, não serve para caracterizar uma boa e prudente administração”. (VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. 2. n. 643. p. 231).

<sup>304</sup> A análise é de Cristina Guerrero Trevijano, em estudo a respeito do dever de diligência no ordenamento jurídico espanhol. “El régimen de responsabilidad civil de los administradores se configura como un mecanismo de garantía del cumplimiento de los deberes y obligaciones inherentes al desempeño de su cargo. Se trata de establecer un sistema que garantice el control de la gestión, así como un eficiente sistema de reparación del daño causado como consecuencia de su actuación ilícita.” (GUERRERO TREVIJANO, Cristina. *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters/Aranzadi, 2014. p. 225). Na mesma direção, Fernando Sánchez Calero acrescenta: “el establecimiento de un régimen de responsabilidad es consecuencia necesaria de la consagración legal de un deber general de diligencia de los administradores”. (SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima*. In *AAVV, Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*. Madrid: Civitas, 1991. p. 903 et. seq).

<sup>305</sup> A administração da sociedade não decorre de contrato de mandato. “O mandato é contrato, negócio jurídico, e pressupõe, portanto, a opção do mandante em outorgá-lo ou não, quando bem lhe aprouver; não pode jamais ser ato impositivo e indispensável, como é a presença de administradores nas sociedades”. (ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas)*. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas)*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 33).

afirmam que a responsabilidade do administrador seria contratual, especialmente perante a própria sociedade,<sup>306</sup> ora que seria extracontratual, perante acionistas e terceiros de um modo geral.<sup>307</sup> Há também aqueles que se posicionam pela configuração do que seria uma terceira via da responsabilidade civil, isto é, nem contratual, tampouco extracontratual, mas uma posição intermediária.<sup>308</sup>

Independentemente da opção que se faça, fato é que a Lei n.º 6.404, de 15.12.1976, nos artigos 153 a 158, somando-se ao art. 159, apresenta um regime de responsabilidade particular<sup>309</sup> diante desta complexidade.<sup>310</sup> Embora incline-se pela responsabilidade extracontratual, o que seria resultado de um amadurecimento de suas reflexões, Marcelo

---

<sup>306</sup> Ainda que decorrente de um contrato classificado como *sui generis*, Adamek afirma que a responsabilidade seria, pois, contratual: “Atualmente, o entendimento majoritário, nessa intrincada matéria, é de que a relação entre o administrador e a companhia qualifica-se como contrato de administração *sui generis*. Como reflexo, a responsabilidade dos administradores para com a sociedade tem, pois, natureza de responsabilidade contratual, isto é, responsabilidade pela violação, de sua parte, do contrato de sociedade. (Ibid. p. 48-51). “Perante esta, os administradores respondem por danos decorrentes de actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa (art. 72.º, 1). Atente-se que da simples qualidade de membro do órgão de administração não pode ser retirada, sem mais, esta *responsabilidade contratual* perante a sociedade.” (ABREU, J. M. Coutinho de. e RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores (Notas sobre o art. 379.º do Código do Trabalho)*. In *O contrato de trabalho no contexto da empresa, do Direito Comercial e do Direito das Sociedades Comerciais. Centro de estudos judiciais*. Lisboa: Almedina, Janeiro de 2014. p. 114). Também assim: SILVA, João Soares da. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades: os deveres gerais e os princípios da corporate governance*. Disponível em <https://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/302.pdf>, visitado em 14.7.2018. p. 6.

<sup>307</sup> “A sujeição da responsabilidade dos administradores perante os trabalhadores aos pressupostos dos arts. 78.º e 79.º do CSC imprime a esta responsabilidade carácter extracontratual”. (ABREU, J. M. Coutinho de. e RAMOS, Elisabete. Op. cit. p. 127). “Trata-se agora já de responsabilidade extracontratual, no entendimento doutrinal que parece de acolher, sendo certo que, por expressa - e natural - disposição do n.º 3 deste artigo, tal responsabilidade para com os credores, quando exista, não pode ser excluída por renúncia ou transacção da sociedade, nem pelo facto de o acto ou omissão assentar em deliberação dos sócios.” (SILVA, João Soares da. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades: os deveres gerais e os princípios da corporate governance*. Disponível em <https://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/302.pdf>, visitado em 14.7.2018. p. 8).

<sup>308</sup> FRADA, Manuel António Carneiro da. *Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?* Coimbra: Almedina, 1997.

<sup>309</sup> Geneviève Viney refere que a atual dicotomia entre responsabilidade civil contratual e extracontratual perde terreno para uma outra diferente: regime geral ou comum de responsabilidade civil e regimes especiais de responsabilidade. (VINEY, Geneviève. *Traité de Droit Civil. Introduction à la Responsabilité*. 2a Edition. Paris : LGDJ, 1995).

<sup>310</sup> “[...] las especialidades propias de ese régimen, aplicable únicamente a los «administradores de la sociedad», permiten que se hable de un régimen especial de responsabilidad para las sociedades de capital. Dicha especialidad reside en buena parte en la calificación de la responsabilidad como orgánica, superando así la idea de responsabilidad contractual derivada de la concepción del administrador como mandatario de la sociedad lo que, no obstante, es una cuestión controvertida. En cualquier caso, a la hora de integrar lagunas omitidas por el legislador o de utilizar criterios interpretativos, la doctrina sigue admitiendo el recurso a los elementos contractuales o, incluso, extracontractuales.” (GUERRERO TREVIJANO, Cristina. *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters/Aranzadi, 2014. p. 226).

Vieira von Adamek conclui o ponto dizendo que, a bem da verdade, toda a controvérsia teria muito mais um viés acadêmico do que prático, já que a fonte da responsabilidade civil sempre estaria calcada na violação de uma obrigação preexistente:

Uma das inferências resultantes da posição orgânica da administração junto à sociedade, usualmente posta em realce pela doutrina pátria, é que a responsabilidade civil do administrador perante a sociedade não haveria mais de se qualificar como obrigacional (contratual ou negocial), e sim como responsabilidade extracontratual (*ex lege*, delitual ou aquiliana), regida, pois, pelas suas regras e por seus princípios supostamente distintos. [...] No exterior, aliás, é francamente predominante o entendimento de que a responsabilidade dos administradores é obrigacional (negocial ou contratual). Sem tomar partido sobre essa complexa discussão, merecedora de reflexões adicionais e que, por si só, comportaria uma nova dissertação, não deixamos de manifestar a simpatia por esta última orientação. A verdade, porém, é que os embates registrados nessa matéria longe estão de ter a importância que no discurso doutrinário se lhe tende a atribuir, simplesmente porque as diferenças entre a responsabilidade civil obrigacional e aquiliana também não são tão significativas como antes se supunha, inclusive porque, em ambos os casos, a fonte da responsabilidade civil continua sendo sempre a violação de uma obrigação preexistente.<sup>311</sup>

Seja como for, nota-se que, de fato, o regime de responsabilidade de administradores detém características próprias, que vão além do tratamento conferido pelo Código Civil à responsabilidade civil geral.

(iii) A dificuldade para estabelecer padrões de comportamento para administradores, em oposição a outras categorias profissionais

Iniciando pelo que se pode classificar como simples, não se controverte quanto à existência de um padrão de comportamento para dirigir um veículo de passeio nos grandes centros urbanos. É preciso guiar defensivamente, respeitar a sinalização de trânsito, não beber etc. A observação do padrão existente é, por assim dizer, fácil, assim como também é perceber aquele que o descumpre.<sup>312</sup>

<sup>311</sup> ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas)*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 194-196.

<sup>312</sup> Esta análise foi concebida por Melvin A. Eisenberg. Em matéria de responsabilidade civil de condutores de automóveis, é fácil observar qual é o padrão de comportamento exigível. Há previsibilidade. Por outro lado, o padrão de comportamento exigível de administradores de sociedades é altamente cambiante e sujeito a inúmeras particularidades que dificultam sobremaneira a adoção de um padrão do tipo “dirigir – ou melhor, administrar – com cautela”. As particularidades do cotidiano de administradores também decorrem da assimetria de informações que, permanentemente, lhes são apresentadas. “In many or most areas of law, standards of conduct and standards of review tend to be conflated. For example, the standard of conduct that governs automobile drivers is that they should drive carefully, and the standard of review in a liability claim against a driver is whether he drove carefully. Similarly, the standard of conduct that governs an agent who engages in a

Prosseguindo com a análise, em determinadas categorias profissionais observam-se padrões próprios de comportamento. Veja-se, a título de exemplo, o que se passa com médicos, advogados e contadores.

Diante de um determinado problema contábil ou legal que lhes seja apresentado, o contador e o advogado decidirão com base na lei e nas normas administrativas de regência. Se, tempos mais tarde, a sua conduta profissional for questionada, poderão defender-se ao argumento de que agiram em conformidade com a lei; que, diante do problema suscitado, obedeceram ao padrão de conduta exigível, o que possibilitará algum êxito em suas defesas.

Para o médico, por mais complexa que a ciência médica seja, também há protocolos a observar. Para prescrever um tratamento, seja ele qual for, deve-se observar um protocolo; para decidir por uma intervenção cirúrgica, idem. É claro que isto não assegura uma proteção integral contra as demandas que poderão surgir, porém, o que se deseja frisar é que existe um padrão de conduta predeterminado que, uma vez observado, propiciará relativa segurança ao profissional.<sup>313</sup>

---

transaction with his principal that involves the subject matter of the agency is that the agent must deal fairly, and the standard of review in a liability claim by a principal against an agent based on such a transaction is whether the agent dealt fairly. The conflation of standards of conduct and standards of review is so common that it is easy to overlook the fact that whether the two kinds of standards are or should be identical in any given area is a matter of prudential judgment. Perhaps standards of conduct and standards of review in corporate law would always be identical in a world in which information was perfect, the risk of liability for undertaking a given corporate role was always commensurate with the incentives for undertaking the role, and institutional considerations never required deference to a corporate organ. In the real world, however, these conditions seldom hold, and accordingly the standards of review in American corporate law pervasively diverge from the standards of conduct.” (EISENBERG, Melvin Aron. *The Director's Duty of Care in Negotiated Dispositions*. In *University of Miami Law Review*. Rev. 579, 196-1997. p. 580).

<sup>313</sup> Defendendo a necessidade de tratamento diferenciado à responsabilidade de administradores, João Soares da Silva afirma que o exame dessa disciplina nos Estados Unidos da América é realizado tendo em conta a *negligence* dos administradores, e não a *malpractice*, como costuma ocorrer em tema de responsabilidade profissional (médicos, advogados, contabilistas etc). Para os administradores, é muito difícil estabelecer um padrão de conduta tal como se faz com outras categorias profissionais. “No que respeita aos deveres gerais dos administradores e à respectiva responsabilidade não existe, ao contrário do que se passa em muitas zonas de responsabilidade civil profissional, um corpo de ‘regras de arte’ a que se possa recorrer para identificar com maior simplicidade as respectivas violações: a responsabilidade civil dos administradores é ainda, mesmo nos EUA, uma responsabilidade por *negligence* e não por *malpractice*, como a dos médicos, advogados ou outros profissionais”. (SILVA, João Soares da. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades: os deveres gerais e os princípios da corporate governance*. Disponível em <https://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/302.pdf>, visitado em 14.7.2018. p. 14). No mesmo sentido, M. Eisenberg: “The need for this zone of protection is highlighted by comparing business decisionmakers with other kinds of actors who must make decisions on the basis of incomplete information and in the face of obvious risks. Many such actors—for example, doctors—can often shield themselves from liability for bad outcomes by showing that they arrived at their decisions by following accepted protocols or practices. In contrast, directors can seldom shield themselves in that way, because almost every business decision is unique. In this respect, perhaps the closest analogy to business decisionmakers would be executive officers of governments, who also cannot arrive at their decisions by applying established protocols and practices, and are also shielded from

No âmbito da administração de sociedades, é muito difícil estabelecer um padrão de comportamento sob as luzes de variantes as mais diversas, tanto internas, quanto externas. Uma decisão empresarial, por mais técnica que seja, pode gerar perdas enormes. Como se observou anteriormente, uma decisão tomada por um diretor deverá observar o endereçamento empregado por outras diretorias; também, a linha adotada pelo conselho de administração, pelos acionistas (do acionista controlador, se houver), dos concorrentes, dos trabalhadores, consumidores, meio ambiente, fisco, órgãos reguladores etc.

É, como se observa, difícil encontrar em um manual qual deve ser o protocolo a ser observado por um administrador antes de tomar uma decisão, o que também justifica o regime de responsabilidade próprio.

- (iv) A necessidade de tratamento diferenciado para os deveres de diligência e de lealdade

A responsabilidade civil por assim dizer convencional, prevista no Código Civil brasileiro, encontra-se assentada no princípio *neminem laedere* (não lesar a outrem), de maneira que aquele que assim o fizer será responsável por reparar o dano causado (Código Civil, art. 186).

Em matéria de responsabilidade do administrador de sociedades, dois deveres, em especial, ganham grande relevo e são objeto de comentários específicos pela doutrina: os deveres de diligência<sup>314</sup> e o de lealdade,<sup>315</sup> cujo aprofundamento será realizado no desenvolvimento deste capítulo.

A razão determinante para que o regime de responsabilidade do administrador seja próprio decorre da necessidade de distinguir tanto os pressupostos quanto as consequências alusivas à observância desses deveres. A administração imprudente não é comparável à administração desleal. Noutras palavras, a gestão indevida não é comparável à apropriação indevida.

---

liability by a qualified immunity.” (EISENBERG, Melvin Aron. *The Director's Duty of Care in Negotiated Dispositions*. In *University of Miami Law Review*. Rev. 579, 196-1997. p. 588).

<sup>314</sup> É referência no Brasil a respeito do dever de diligência a monografia de Flávia Parente. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>315</sup> A propósito especificamente do dever de lealdade: PORTELLANO DIEZ, Pedro. *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*. Madrid: Civitas, 1996.

As perdas decorrentes de uma decisão considerada negligente nem sempre serão indenizáveis pelo administrador implicado; a decisão desleal é contundente, não comporta maior elucubração.

A decisão negligente não gerará benefícios ao administrador; a decisão desleal, potencialmente, gera o aproveitamento de uma oportunidade comercial que, em princípio, deveria ser aproveitada pela sociedade. Aqui, o administrador se aproveita da oportunidade em detrimento da sociedade.<sup>316</sup>

Observa-se, assim, que não é juridicamente viável tratar dos deveres de diligência e de lealdade da mesma maneira. O princípio *neminem laedere*, tão caro em matéria de responsabilidade civil convencional, encontra matizes próprios ao tratar da responsabilidade do administrador.

Esta percepção, ladeada por outras não menos interessantes, foi objeto dos estudos de Cândido Paz-Ares observando o regime de responsabilidade de administradores na Espanha.<sup>317</sup> Segundo o autor, o tratamento conjunto dos deveres de diligência e de lealdade no que concerne ao cumprimento e às consequências decorrentes da sua violação gera grandes dificuldades à correta compreensão da matéria:

[...] que buena parte de los males, sino todos, traen causa de la voluntad de tratamiento unitario de la responsabilidad de los administradores que ha presidido la elaboración y la interpretación de la normativa correspondiente en nuestra tradición jurídica. [...] aquella voluntad de unidad homogeneidad es la culpable tanto de los excesos como de los defectos de que adolece la legislación en vigor. Precisamente por ello, nuestro razonamiento arranca de la necesidad de diferenciar o diversificar el régimen de responsabilidad en función de la distinta naturaleza de los deberes objeto de infracción. No pueden meterse dentro del mismo saco la regulación de los “actos de gestión indebida” y la regulación de los “actos de apropiación indebida”.

<sup>318</sup>

<sup>316</sup> “The danger of mismanagement (negligence) is less serious than the danger that the managers will not deal fairly with the shareholders (disloyalty). Mismanagement is not in the managers’ self-interest; it is in fact very much contrary to their self-interest, as it will lead eventually to the bankruptcy of the firm (and of the managers’ future employment prospects), as a result of the competition of better managed rivals. Although managers thus have a strong incentive to manage the firm well or, if they are unable to manage it well themselves, to sell their offices to those who can, their incentive to deal fairly with shareholders (meaning maximizing the per-share value of the corporation’s stock) is weaker” (POSNER, R. A. *Economic analysis of law*. 5 ed. New York, 1998. p. 452).

<sup>317</sup> PAZ-ARES, Cândido. *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*. In *Revista para el Análisis del Derecho*. ISSN-e 1698-739X, n.º. 4, 2003.

<sup>318</sup> *Ibid.* p. 4-5. Em tradução nossa: “que boa parte dos males, senão todos, são causados pela vontade de empregar tratamento unitário à responsabilidade dos administradores que inspirou a elaboração e a interpretação de nossa normativa correspondente em nossa tradição jurídica. [...] Aquela vontade de unidade homogênea é a culpada tanto pelos excessos como pelos defeitos característicos à legislação em vigor. Precisamente por isto, nosso raciocínio parte da necessidade de diferenciar ou diversificar o regime de responsabilidade em função da distinta natureza dos deveres objeto da infração. Não se pode tratar da mesma maneira a regulação dos atos de ‘gestão indevida’ e a regulação dos atos de ‘apropriação indevida’”.



## (v) O regime de nulidades em direito societário também é particular

A razão final a ilustrar o porquê de conferir tratamento próprio à responsabilidade do administrador parte da constatação segundo a qual ao direito societário, mais especificamente, às relações jurídicas existentes entre administradores, sociedades e sócios, é aplicado um regime de nulidades particular, cujas bases se distanciam da teoria geral de nulidades própria da dogmática civilista.

Tendo sempre como mote procurar preservar as relações delineadas, e, assim, evitar perdas àqueles que contrataram com a sociedade, o reconhecimento de nulidades deve ser evitado ao máximo, aplicando-se, ao invés, a anulabilidade.

Erasmu Valladão Azevedo Novais e França,<sup>319</sup> respaldado por doutrina de escol,<sup>320</sup> chega à conclusão suscitada acima por sólidos fundamentos:

Miranda Valverde, autor do anteprojeto que viria a se converter no Decreto-lei 2.627, afirmou taxativamente, nos comentários que fez ao art. 155 desse diploma, que não se admitia mais a possibilidade de sociedades anônimas nulas ou inexistentes, e que havia sido repudiado o regime comum das nulidades, “de difícil ou impossível aplicação às pessoas jurídicas)”.<sup>321</sup>

Após atentar ao disposto nos artigos 285 e 286 da Lei nº. 6.404, de 15.12.1976, cujos enunciados normativos aludem à anulabilidade<sup>322</sup> (e não à nulidade), Valladão assim arremata o trecho:

Como se vê, referidos dispositivos prevêm apenas a anulabilidade dos atos societários, estabelecendo, outrossim, prazos prescricionais muito mais curtos que

<sup>319</sup> FRANÇA, Erasmu Valladão Azevedo Novais e. *Anulação de assembleia de transformação de sociedade anônima*. In *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 253-274.

<sup>320</sup> Entre outros, Erasmu Valladão refere-se às seguintes fontes, a respaldar a adoção de uma teoria de nulidades própria para o direito societário: ASCARELLI, Tullio. *Os vícios de constituição das sociedades anônimas e a prescrição*. In *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. p. 379-393. LAMY FILHO, Alfredo. *Acordo de acionistas sobre exercício do direito de voto*. In *A lei das S/A*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 545-546. CARVALHO MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. III. n. 1.002. p. 372-374.

<sup>321</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. 3 ed. *Sociedade por ações*. v. III, n. 809. p. 94.

<sup>322</sup> Lei nº. 6.404, de 15.12.1976. Art. 285. A ação para anular a constituição da companhia, por vício ou defeito, prescreve em 1 (um) ano, contado da publicação dos atos constitutivos. Parágrafo único. Ainda depois de proposta a ação, é lícito à companhia, por deliberação da assembléia-geral, providenciar para que seja sanado o vício ou defeito. Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assembléia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação.

aqueles existentes no direito comum (cf. CC, art. 178, § 9º, V) [Nota: CC. 1916; no CC 2002, art. 205].

Essa diferença de regime com relação ao direito comum justifica-se em face do interesse na estabilidade das deliberações da companhia, aliado à tutela do interesse de terceiros, que com ela contratam confiando na regularidade do arquivamento de seus atos constitutivos e subsequentes alterações, fiscalizado pelo Regime do Comércio, conforme ensinamento de Ascarelli.<sup>323</sup>

A prevalência à adoção de um regime de anulabilidades não significa dizer que não haverá hipóteses nas quais as nulidades deverão ser reconhecidas. Diz o autor que essas hipóteses mais restritas ocorrerão quando

as deliberações atingem direitos ou interesses que extravasam da órbita societária, como aqueles que violam a ordem pública ou os bons costumes (determinando, por exemplo, que os administradores pratiquem crimes ou contravenções, simulações fraudes etc).<sup>324</sup>

Nota-se, assim, que há um regime peculiar para o direito societário seja no que concerne às nulidades,<sup>325</sup> aos prazos prescricionais (mais curtos) e, como se observou anteriormente, à responsabilidade do administrador.

<sup>323</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novais e. *Anulação de assembleia de transformação de sociedade anônima*. In *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 261-262. No mesmo sentido a lição de José Waldecy Lucena: “[...] o ordenamento jurídico não pode desencorajar o exercício da função de administrador de companhias por conta de um rigor excessivo. Caso assim fosse, os resultados seriam perversos. O efeito imediato seria a grande aversão à tomada de riscos por parte de diretores e conselheiros, sendo certo que a boa execução de suas atividades seria seriamente prejudicada caso sua principal preocupação fosse apenas não ser responsabilizado pela tomada de decisões. Isso certamente frearia de maneira brusca o desenvolvimento de negócios envolvendo companhias, pois a um prazo maior, pessoas qualificadas, capacitadas e bem intencionadas se afastariam da administração de empresas e seriam substituídas pelos chamados aventureiros. [...] Devido a essas e outras peculiaridades próprias à atividade de administração de companhias, a simples aplicação de um regime geral de responsabilidade civil – como aquele atualmente positivado no Código Civil de 2002, aplicável aos litígios amparados pelo direito civil – não se mostra adequada. [...] Se o direito societário elaborou, como hoje reconhece a doutrina majoritária, a sua própria teoria de nulidades, assim independente da teoria comum de direito civil, cumpre igualmente admitir que o direito societário vem também introduzindo, na teoria da responsabilidade civil dos administradores de sociedades, critérios próprios, que a distanciam dos princípios que regem a responsabilidade civil comum”. (LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas: comentários à lei (arts. 121 a 188)*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 72-73 e 550).

<sup>324</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novais e. *Ibid.* p. 264.

<sup>325</sup> A título de esclarecimento, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça posiciona-se pela adoção desse regime de nulidades próprio para o direito societário. “[...] 3. Embora existam correntes diversas defendidas por doutrinadores de renome, prevalece hodiernamente o entendimento - inclusive, com amparo na Lei n. 6.404/1976, no direito comparado e em precedentes das duas turmas de direito privado do STJ - que impõe certo distanciamento da nulidade em direito societário da teoria clássica das nulidades, sendo reconhecidos os seguintes traços peculiares: a) prazos de prescrição bem mais curtos; b) irretroatividade dos efeitos da invalidade, que acarretam apenas a liquidação da sociedade (não há o pleno retorno ao status quo ante); c) ampla possibilidade de o vício ser sanado a qualquer tempo, ainda que se trate de vício que, segundo o direito comum, acarretaria a nulidade do ato; d) diverso enfoque, quando comparado à teoria geral das nulidades, para os atos nulos e anuláveis, havendo ‘tendência nacional e mundial de entender as nulidades do âmbito societário como relativas, relegando-se a nulidade absoluta para situações realmente excepcionais’, preservando-se os efeitos já produzidos. (BORBA, Gustavo Tavares. In *Tratado de direito comercial: tipos*

Analisadas algumas razões que justificam a adoção desse regime de responsabilidade próprio, é hora se avançar e apresentar a estrutura da qual emanam as decisões.

## 2.2. A estrutura da sociedade. Diretoria e conselho de administração

No âmbito de uma sociedade anônima, as decisões que implicarão responsabilidade dos administradores<sup>326</sup> emanarão, via de regra, da diretoria e do conselho de administração, órgãos aos quais incumbe administrá-la.<sup>327</sup> A diretoria é órgão obrigatório em qualquer sociedade anônima, ao passo que o conselho de administração somente é obrigatório nas sociedades anônimas abertas, bem como nas de capital autorizado.

Conquanto a individualidade seja um traço distintivo da diretoria e a colegialidade do conselho de administração, observa-se claramente que, para fins de se apurar a responsabilidade de diretores e conselheiros, faz-se necessário examinar, individualmente, a conduta de cada qual. Explica-se.

Por sua própria natureza, o conselho de administração é um órgão colegiado, a teor do disposto no art. 140 da Lei nº. 6.404, de 15.12.1976.<sup>328</sup> Observando o dispositivo legal, o

*societários, sociedade limitada e sociedade anônima*. COELHO, Fábio Ulhoa (coord). São Paulo: Saraiva, 2015. p. 371, 386 e 387)” Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº. 1.330.021, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., v.u., j. 17.3.2016).

<sup>326</sup> Cumpre distinguir o acionista do administrador, muito embora este possa também ser acionista *e.g.* diretores com planos de remuneração na forma de ações da companhia (*stock options*) e conselheiros que detêm ações emitidas pela sociedade. “O centro de poder empresarial, assim, migrou dos acionistas para os administradores não por causa do desinteresse dos primeiros pelos negócios sociais, muito embora, quando presente, seja também este um dos fatores que justificam o fenômeno, mas principalmente porque os acionistas, na qualidade de participantes não profissionais da vida societária, não possuem informação e conhecimento técnico suficiente para concentrarem efetivamente o poder decisório.” (BARRETO, Julio. *O conflito de interesses entre a companhia e seus administradores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 90-91)

<sup>327</sup> Lei nº. 6.404, de 15.12.1976. Art. 138. A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria. § 1º O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores. § 2º As companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, conselho de administração. Afirma-se ‘via de regra’ porque há possibilidade de que outros órgãos ou administradores tomem decisões capazes de suscitar responsabilidade, *e.g.*, departamento jurídico, comitês de auditoria, comissões de licitações etc. A relação, a essa altura, é meramente exemplificativa. “A título ilustrativo, vale dizer que na França o regime de administração das sociedades anônimas é o monista (é atributo exclusivo da diretoria); na Alemanha, o regime é dualista.” (BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. *A administração de companhias e a business judgment rule*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 50).

<sup>328</sup> Lei nº. 6.404, de 15.12.1976, art. 140. O conselho de administração será composto por, no mínimo, 3 (três) membros, eleitos pela assembléia-geral e por ela destituíveis a qualquer tempo, devendo o estatuto estabelecer: I

conselho será composto por, no mínimo, 3 (três) membros, responsáveis por, coletivamente, deliberarem.

Consoante afirmado, embora a decisão seja colegiada, não há que confundi-la com a responsabilidade solidária, cuja origem, no direito civil, emana dos artigos 264 e seguintes do Código Civil, além da solidariedade *ex delicto*, prevista no art. 942, parágrafo único.<sup>329</sup> A Lei nº. 6.404, de 15.12.1976, nos parágrafos 1º ao 5º do art. 158, não deixa margem para dúvida, lembrando que esse dispositivo é aplicável tanto à diretoria quanto ao conselho de administração, embora as funções deste último não sejam executivas:<sup>330</sup>

Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.

§ 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembleia-geral.

§ 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

§ 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.

§ 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembleia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.

---

- o número de conselheiros, ou o máximo e mínimo permitidos, e o processo de escolha e substituição do presidente do conselho pela assembleia ou pelo próprio conselho; II - o modo de substituição dos conselheiros; III - o prazo de gestão, que não poderá ser superior a 3 (três) anos, permitida a reeleição; IV - as normas sobre convocação, instalação e funcionamento do conselho, que deliberará por maioria de votos, podendo o estatuto estabelecer quorum qualificado para certas deliberações, desde que especifique as matérias. Parágrafo único. O estatuto poderá prever a participação no conselho de representantes dos empregados, escolhidos pelo voto destes, em eleição direta, organizada pela empresa, em conjunto com as entidades sindicais que os representem.

<sup>329</sup> Código Civil brasileiro. Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

<sup>330</sup> Embora as funções típicas do conselho de administração não sejam executivas a teor do disposto no art. 142 da Lei nº. 6.404, de 15.12.1976, observa-se que as suas atribuições, designadamente as de controle e de fiscalização, podem gerar a responsabilidade de seus membros. “Também é importante mencionar, aqui, que as deliberações do conselho de administração são tomadas em reuniões, sendo, portanto, sempre colegiadas, na medida em que nenhum conselheiro emite decisões individualmente. Isso, contudo, não isenta os conselheiros de determinados deveres que podem ser individualmente exercidos, como o de fiscalização – um dos aspectos do dever de diligência.” (BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. Op. cit. p. 55).

§ 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

O *caput* e os incisos I e II deixam claro que o ato regular de gestão não enseja a responsabilidade do administrador. Como se observou anteriormente no início deste capítulo, a responsabilidade ocorrerá, a *contrario sensu*, isto é, quando houver culpa, dolo, violação da lei e/ou do estatuto social da companhia.

A redação empregada no § 1º remete à conduta individual do administrador, não havendo responsabilidade pela conduta de outros administradores. Se houver negligência ou conivência, ou ainda, tolerância quanto a condutas irregulares, aí sim o administrador será responsabilizado.<sup>331</sup> A parte final do dispositivo esclarece que, para fins de evitar a sua responsabilidade pessoal, cumprirá ao administrador ressaltar a sua posição eventualmente distinta dos demais administradores em ata.

Embora o § 2º refira-se à solidariedade, esta não ocorre de modo automático. A sua aplicação requer o exame individualizado acerca do descumprimento de deveres sejam legais, sejam estatutários, por parte de cada administrador.<sup>332</sup>

<sup>331</sup> “Dessa forma, percebe-se que a Lei das S.A. segue o princípio da responsabilidade por culpa própria, pelo qual diretores e conselheiros não são responsáveis por atos ilícitos de outros administradores (artigos 158, § 1º, primeira parte). Não se pode esquecer, nessa linha, que, quando responsabilizado por decisão tomada por órgão colegiado, a culpa verificada é do próprio administrador, na medida em que é parte do órgão colegiado. Não há que se falar, nessa hipótese, de culpa solidária”. (BRIGAGÃO, Pedro. *A administração de companhias e a business judgment rule*. Ibid. p. 99). De maneira ainda mais incisiva Mariano Yzquierdo Tolsada afirma: “Las obligaciones plurales no pueden ser por naturaleza mancomunadas o solidarias, sino que son los particulares o la ley quienes les atribuyen uno u otro carácter; y ello hasta tal punto de que –como indica Guilarte Zapatero - ni siquiera la obligación plural indivisible tiene en nuestro Derecho el carácter de solidaria”. (YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad civil de las sociedades profesionales y de sus miembros*. In *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. ISSN 1696-0394, nº. 71. 2009, p. 32). A referência à obra de GUILARTE ZAPATERO, é *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. t. XV. v. 2. Madrid, 1983. p. 242.

<sup>332</sup> ABREU, J. M. Coutinho de. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*. Coimbra, 2007. p. 49, salienta que “não é solidariamente responsável todo e qualquer administrador pelo simples facto de ser membro de um órgão administrativo plural”. No mesmo sentido Miguel Iribarren Blanco: “La administración puede ser ejercida por un único administrador o por varios. En este segundo caso, según dispone na ley, podrán ser varios administradores solidarios, dos administradores que actúen conjuntamente o más de dos formando consejo de administración. Si efectivamente son varios los administradores, su responsabilidad es, por expresa disposición de ley, solidaria. [...] Ahora bien, responsabilidad solidaria no significa objetiva; los presupuestos de la responsabilidad han de darse para cada administrador por separado y sólo los que efectivamente resulten responsables responden de forma solidaria.” (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2005. p. 111). Também Margarita Viñuelas Sanz: “En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, de 27 de noviembre de 2008 (AC 2009, 121) considera, en su fundamento jurídico cuarto, que la responsabilidad debe establecerse atendiendo a la gravedad de la conducta determinante de la calificación, la reiteración de conductas relevantes, la intervención directa o indirecta de cada administrador en tales conductas, y demás circunstancias que puedan servir para graduar la sanción en orden a mantener una respuesta proporcional a la conducta que se

O § 3º novamente se apresenta no sentido de restringir e individualizar a responsabilidade, afastando-se de presunções ou solidariedade por assim dizer automáticas. Nos parágrafos 4º e 5º nota-se o mesmo caráter.<sup>333</sup>

Em síntese, seja quanto à diretoria, seja quanto ao conselho de administração, um determinado diretor de relacionamento com investidores não responde por equívocos do diretor responsável pela área financeira, o mesmo valendo para o diretor jurídico quanto a condutas do diretor de recursos humanos.

Raciocínio igual vale para os membros do conselho de administração, independentemente da colegialidade desse órgão.<sup>334</sup> Cada conduta, cada fazer ou não fazer

sanciona. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, de 19 de marzo de 2007 (JUR 2007, 272870) considera, en su fundamento jurídico sexto, que a afectos de graduar la responsabilidad concursal, debe acudirse al grado de participación que cada administrador tenga en la generación o agravación de la insolvencia, aplicando el criterio de concurrencia de culpas”. (VIÑUELAS SANZ, Margarita. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores societarios: la responsabilidad concursal*. In *Anuario Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá III*. 2010, p. 386). Em Portugal Maria Elisabete Gomes Ramos reproduz a mesma percepção: “A circunstância de uma pessoa integrar o órgão de administração não a torna imediata e irremediavelmente responsável pelos factos danosos. A responsabilidade dos administradores é por culpa e facto próprio; não é responsabilidade sem culpa e por facto de outrem. Por conseguinte, a solidariedade existirá entre os administradores responsáveis. Parece-nos, pois, que à luz do ordenamento jurídico português não é adequada a afirmação de uma presunção de solidariedade ou de uma presunção de culpa colectiva. A imputação de responsabilidade é individual, ainda que repouse numa deliberação colegial.” (RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 177-178). Na Itália F. BONELLI defende que se encontra completamente superada a orientação que atribui à responsabilidade solidária a natureza de responsabilidade sem culpa e por facto de outrem. (BONELLI, F. *Gli amministratori di società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 188).

<sup>333</sup> “On ne saurait en effet rendre une personne responsable du seul fait qu’elle est membre d’un conseil ; il faut qu’elle en réponde personnellement, aux conditions habituelles. (TERCIER, Pierre. *La solidarité et les actions récursoires entre les responsables d’un dommage selon le nouveau droit de la société anonyme*. In *Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994. p. 69) Também assim Marcelo Vieira von Adamek. *Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas (e ações correlatas)*. Op. cit. p. 237-238. Em Portugal prevalece a mesma opinião: “Mas, em qualquer caso, e dito em termos propositadamente muito gerais, a responsabilidade civil dos administradores tem sempre de decorrer da ‘preterição de deveres contratuais e legais’, como afirma o artigo 72º do Código das Sociedades Comerciais, ou da ‘inobservância culposa de disposições legais ou contratuais’, como refere o artigo 78º do mesmo diploma. Ou seja, e continuando a abstrair de outros requisitos, tem de existir sempre, como pressuposto de responsabilidade, uma desconformidade entre a conduta do administrador e aquela que lhe era normativamente exigível.” (SILVA, João Soares da. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades: os deveres gerais e os princípios da corporate governance* Disponível em <https://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/302.pdf>, visitado em 14.7.2018. p. 9).

<sup>334</sup> A questão é observada na Espanha da mesma forma. Entre tantas fontes, vale a referência a Cândido Paz-Ares: “Ahora bien, es una regla que no puede aplicarse mecánicamente, ‘tirando del compás’ y ‘caiga quien caiga’. Incluso dentro de su ámbito de aplicación propio – que es el del Consejo actuando como tal -, ha de modularse en atención al principio de división del trabajo, allí donde organizativamente está justificado. Una división del trabajo correctamente establecida debería operar, en efecto, como ‘cortafuegos’ de la responsabilidad, y así viene entendiéndolo la doctrina más atenta.” (PAZ-ARES, Cândido. *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*. In *Revista para el Análisis del Derecho*. ISSN-e 1698-739X, nº. 4. 2003, p. 35-36). Sobre a solidariedade, o art. 133 do Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre. Art. 133. Responsabilidad. 1. Los Administradores responderán frente a la

(abster-se de votar sobre determinada matéria, por exemplo), deverá ser examinado individualmente.<sup>335</sup> Essas constatações, para fins de apuração de responsabilidades e

---

Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. 2. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta general.” Maria Elisabete Gomes Ramos alude a um entendimento ainda mais refinado, segundo o qual mesmo em se reconhecendo a responsabilidade solidária haverá que se examinar, individualmente, o grau de culpa de cada administrador e, assim, se lhes atribuir a responsabilidade respeitando esta proporção: “Admitindo que é demandado o administrador que, sendo responsável, teve um contributo menor (porque, por exemplo, é administrador não executivo), ser-lhe-á exigida a indemnização por inteiro (art. 518.º do CCiv). Em face deste resultado aparentemente desproporcionado, já foi sustentado que o abandono da solidariedade como regra geral e imperativa é indispensável para captar pessoas dispostas a exercer o cargo de administradores independentes. Foi proposto que o diferente contributo de cada um no facto danoso seja relevante perante o lesado (e não só nas relações internas) – o que aproximaria a responsabilidade dos administradores de uma responsabilidade conjunta. Uma proposta deste tipo envolve o risco de fragmentação do órgão de administração e o perigo de emaranhadas trocas de acusações e devoluções de responsabilidade entre membros do órgão de administração.” (RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 178-179). Na Itália, Francesco Barachini frisa que o ordenamento jurídico italiano caminha no sentido da diferenciação da responsabilidade individual na sequência de episódios de *mala gestio* e que a solidariedade só existirá para sancionar os casos de «di omesso svolgimento dei compiti di alta amministrazioni (e do monitoraggio): i soli che costituiscono il vero minimo comun denominatore giuridico ravvisabile tra tutti gli amministratori di s.p.a.» (BARACHINI, Francesco. *La gestione delegata nella società per azioni*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008. p. 224).

<sup>335</sup> Exemplificativamente, a jurisprudência do Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados – CRSNSP e do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF posiciona-se dessa maneira, isto é, apurando-se, individualmente, a responsabilidade de diretores e conselheiros: “Recurso CRSNSP nº. 7296. Processo nº. 15414.002553/2013-35, Recorrente Wady José Mourão Cury. Recorrida: Superintendência de Seguros Privados – SUSEP. Relator. André Leal Faoro. j. 6.7.2017, v.u. Ementa. “Recurso administrativo. Representação. Contratação sem assinatura na proposta. Pena de advertência aplicada ao diretor da seguradora. Ausência de culpabilidade do diretor. Provimento do recurso.” Trechos do acórdão: “De fato o § 5º do art. 2º da Resolução CNSP nº 243/11 concede a faculdade de vir a ser punido o diretor. Esse dispositivo diz que “a SUSEP poderá considerar como agente responsável pela suposta infração, no caso de pessoa natural, na medida de sua culpabilidade, o titular de cargo” de administrador que, *comprovadamente, concorra para a prática da infração, ou deixe de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la*”. 4. No art. 10 da mesma Resolução, é recomendada a proporcionalidade entre a espécie e extensão da pena e a gravidade da infração e de seus efeitos. E, no § 1º, é determinado que, quando a sanção fora aplicada a pessoa natural, “a autoridade julgadora atentará para a sua culpabilidade”. [...] Importante destacar que o simples fato de desempenhar o cargo de diretor da sociedade não o torna o responsável geral por tudo que possa acontecer no dia a dia da empresa. [...] 10. Na verdade, quem cuida diretamente da aceitação das propostas é a área comercial que nem está sob a administração da diretoria do representado. Este não pratica diretamente tais atos. 11. O exercício do cargo torna o diretor responsável pelos atos de seus funcionários, mas apenas no âmbito da responsabilidade civil. Se um funcionário pratica um ato irregular ou que prejudique alguém, o diretor poderá até ser responsabilizado; mas só civilmente. A eventual penalidade decorrente da prática de um ato ilícito só pode atingir a quem efetivamente o praticou, não podendo o diretor ser punido em virtude do ato de outrem, em razão do princípio constitucional de que a penalidade não deve passar da pessoa do infrator. [...] 20. A Resolução CNSP nº 243/11 inovou no sentido de possibilitar a responsabilização e penalização direta da pessoa física executora do ato infracional atribuído à empresa. Em tese, qualquer administrador ou empregado está sujeito a vir a ser penalizado por infrações das empresas supervisionadas. Porém, só poderá ser efetivamente punido, nos termos do § 5º do art. 2º, o agente responsável pela suposta infração, na medida de sua culpabilidade, e que tenha concorrido comprovadamente para a prática da infração.” “Recurso CRSNSP nº. 3673. Processo nº.

coberturas no âmbito do seguro *D&O* são relevantíssimas e, por óbvio, serão enfrentadas com o vagar e profundidade necessários no capítulo 3 da tese.

Ainda com relação à composição do conselho de administração, convém lembrar que por inspiração norte-americana,<sup>336</sup> o regulamento do novo mercado publicado pela BMF-Bovespa em 7.11.2016 determina que o conselho deverá ser composto por “*no mínimo, 2 (dois) ou 20% (vinte por cento), o que for maior, de conselheiros independentes.*”<sup>337</sup>

---

10.001239/00-70, Recorrente Ironildo Cunha. Recorrida: Superintendência de Seguros Privados – SUSEP. Relator. Ana Maria Melo Netto Oliveira. L. 29.10.2015. v.u. Ementa: “Recurso administrativo. Representação. Previdência Privada. Apuração de responsabilidade de conselheiro fiscal da entidade. Ausência de individualização da conduta. Impossibilidade de responsabilização objetiva, alicerçada exclusivamente na condição de conselheiro fiscal. Recurso conhecido e provido.”. Trechos do voto: “Aqui, a meu ver, reside a inescapável fragilidade do processo conduzido pela SUSEP. Ainda que a generalidade da Representação pudesse ser suplantada ao longo da instrução processual, a Autarquia não logrou trazer aos autos qualquer indicativo da responsabilidade subjetiva do administrador, ou de descrever a conduta individual que teria sido praticada por ele e que teria contribuído, de forma comissiva ou omissiva, para os resultados inverossímeis apresentados na contabilidade da companhia”. Processo nº. 10930.722570/2014-11, acórdão nº. 2201-003.805, 2ª Câmara, 1ª Turma ordinária. Recorrente: Usina Central de Paraná S.A. Agricultura, Indústria e Comércio. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator. Carlos Henrique de Oliveira. J. 8.8.2017, v.u. Ementa: “Vício de motivação. Ausência. Validade do lançamento. Não há vício de motivação em auto de infração do qual constam não só as disposições legais infringidas, como também a individualização das ações do sujeito passivo com a respectiva indicação do conteúdo probatório de tais condutas.”. Trechos do voto: “Segundo o Recorrente há vício de motivação no lançamento. Entende que o relatório fiscal não relata com precisão a hipótese de incidência da exação pretendida, muito menos os elementos que embasaram o lançamento e a subsunção do fato à norma legal. Argui que, em razão do vício apontado, não há na imputação fiscal qual a conduta irregular que culminaria nas penalidades e obrigações impostas. O que há, na visão do recorrente, é uma menção genérica às GFIP's, folhas de pagamento e documentos contábeis, sem a identificação de quais guias, folhas e documentos foram analisados e considerados inadequados. Tal identificação, tal particularização é obrigação imposta pelo artigo 142 do CTN ao Fisco. O relatório fiscal explicita às folhas 38 a conduta irregular praticada e o faz de forma sucinta, direta, concisa e precisa, mencionando não só o ilícito cometido pelo Contribuinte como também a penalidade aplicada.” No âmbito da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, é obrigatória a referência à Deliberação nº. 538, de 5.3.2008, cujos artigos 6º, inc. III e 8º, são autoexplicativos: “Art. 6º Ressalvada a hipótese de que trata o art. 7º, a SPS e a PFE elaborarão relatório, do qual deverão constar: I – nome e qualificação dos acusados; II – narrativa dos fatos investigados que demonstre a materialidade das infrações apuradas; III – análise de autoria das infrações apuradas, contendo a individualização da conduta dos acusados, fazendo-se remissão expressa às provas que demonstrem sua participação nas infrações apuradas; Art. 8º O termo de acusação será elaborado por qualquer das Superintendências da CVM quando os elementos de autoria e materialidade da infração forem suficientes para o seu oferecimento.”

<sup>336</sup> A inspiração é detalhadamente apresentada por Donald Pease, em monografia elaborada com base em diversos julgados do Tribunal de Delaware, referência para questões societárias nos Estados Unidos. Vale esclarecer que a Bolsa de Valores de Nova Iorque exige para além de conselheiros independentes, que o comitê de auditoria também seja composto por, ao menos, um ou mais membros independentes. “As discussed in this article, there is respectable opinion both in the business and academic communities that the boards of the larger corporations should have, if not a majority, a significant number of independent or outside directors. However, because of the insurance crisis and the increased exposure to personal loss, many directors in recent months have resigned. Moreover, it is becoming difficult for companies to replace these directors with qualified persons.” (PEASE, Donald E. *Outside directors: Their importance to the corporation and protection from liability*. In *Delaware Journal of Corporate Law*. v. 12. 1987, p. 28. Disponível em Hein on line).

<sup>337</sup> Artigo 16 do regulamento do novo mercado BMF Bovespa, de 7.11.2016. Disponível em [bmfbovespa.com.br](http://bmfbovespa.com.br), visitado em 9.8.2018.



A definição de um conselheiro externo (independente) em oposição ao interno encontra o seu significado na independência do mesmo para com a companhia, isto é, na inexistência de quaisquer laços que porventura venham a influenciar a sua análise.

The “unaffiliated non-management director” is determined by the “judgment of the board that the individual is free of any relationship which would interfere with the exercise of his independent judgment” as a member of the board or a board committee on which he serves. [...] The courts, in distinguishing between inside and outside directors, generally will single out the director who has a relationship with the corporation that will compromise his independence.<sup>338</sup>

Nos Estados Unidos da América, não há unanimidade quanto à valia de que os conselhos de administração sejam compostos por conselheiros externos.<sup>339</sup> Independentemente das visões contrárias, Donald E. Pease, com base, inclusive, em estatística colhida junto às sociedades anônimas norte-americanas,<sup>340</sup> revela posição segundo a qual a independência dos conselheiros é importante no sentido de que possam desempenhar as suas funções livres de pressões as mais diversas por parte de acionistas, blocos de controle etc.

These critics notwithstanding, as an observer of board meetings of a large publicly held corporation for a number of years, I believe that outside directors perform useful and important functions. The fact that the board includes members who are experienced executives from other companies, scientists, and academicians has a

<sup>338</sup> PEASE, Donald. E. Op. cit. p. 28. Em tradução nossa: “O ‘conselheiro não relacionado’ é determinado pelo ‘juízo do conselho de que o individual é livre de qualquer relacionamento que possa interferir na independência do seu julgamento’ como membro do conselho que ele sirva. [...] Os tribunais, ao distinguirem entre conselheiros independentes e não independentes, geralmente observarão o relacionamento do conselheiro que seja capaz de comprometer a sua independência.” Esse tema também chegou na Itália, lá defendendo-se regimes de responsabilidade diferentes para cada qual e em conformidade com os encargos assumidos: “[...] otros ordenamientos, como el italiano sí han diferenciado los poderes-deberes de los administradores delegados (comisión ejecutiva y consejeros delegados) de los del Consejo de administración en pleno. Siguiendo este modelo podemos apuntar la necesidad de establecer un estatuto diferenciado de obligaciones de los consejeros ejecutivos y los no ejecutivos. La base de esa diferenciación es la distinción de sus funciones, los primeros encargados de la gestión de la sociedad, y los segundos llevando a cabo tareas de supervisión”. (GUERRERO TREVIJANO, Cristina Guerrero. *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters/Aranzadi, 2014. p. 215).

<sup>339</sup> “Not everyone agrees that outside directors serve a useful function. Former Professor (now Judge) Easterbrook states that it is unlikely that outside directors could improve the position of investors and that unless they spend full time ‘at the firm’, they will never know enough to fulfill their monitoring functions.” (PEASE, Donald. P. Op. cit. p. 33). A referência à obra de Easterbrook é *Managers’ Discretion and Investors’ Welfare: Theories and Evidence*. 9 Del. J. Corp. L. 540, 555-56 (1984). “Professor Brudney of Harvard Law School criticizes the independent-director model because in his view outsiders do not have the time, knowledge, or incentive to perform the role of enforcing management integrity or performance.” (Ibid. p. 34). Refere-se à seguinte obra de Brudney: *The Independent Director-Heavenly City or Potemkin Village*. 95 Harv. L. Rev. 597, 616-22, 642-59 (1982).

<sup>340</sup> “Regardless of the pros and cons of whether the outside directors should constitute a majority of the board, a 1986 survey of 592 companies showed that their boards had an average of 14 directors, of whom 10 were listed as outside and 4 inside.” (KORN/FERRY. *Board of directors. Thirteenth annual study*. Korn-Ferry International. Feb. 1986).

beneficial effect on the performance of management. Certainly, as they should, outside directors play an important role in the orderly transition of top management and in recommending effective new outside members of the board when they are needed. Outside directors, especially those who are or have been key executives in other companies, provide valuable insights in corporate decision making, serve as members of the important Audit Committee, and have a major role in determining the compensation of key management.<sup>341</sup>

Indaga-se, a partir dos elementos apresentados, se o grau de diligência exigível para conselheiros externos e internos seria distinto, isto é, o padrão de conduta para o conselheiro independente seria mais apurado? Depois de afirmar que o dever de diligência exigível dos conselheiros internos é mais intenso do que o de conselheiros externos, Donald Pease faz uma ressalva no sentido de que não é conveniente generalizar. A resposta dependerá do caso concreto. Buscando um critério capaz de fugir do puro casuísmo, extrai-se de suas assertivas que para fins de identificar o grau de diligência exigível será fundamental atentar-se para a natureza do negócio, o seu tamanho, a maneira por meio da qual houve delegação de poderes, a existência de zelo e boa-fé pelos conselheiros etc.<sup>342</sup>

### 2.2.1. A relevância do acionista controlador nas sociedades anônimas brasileiras

Abre-se este item específico para tratar do acionista controlador em virtude de sua relevância no ambiente decisório da grande maioria das sociedades anônimas brasileiras. Os números, no tocante à dispersão das ações, são impressionantes. Enquanto que nos Estados Unidos da América a tônica é deparar-se com a mais ampla pulverização,<sup>343</sup> no Brasil ocorre o inverso. Aqui, a maior parte das ações, em regra, é detida por um número bastante restrito

---

<sup>341</sup> PEASE, Donald E. Op. cit. p. 33. Em tradução nossa: “Essas críticas, no entanto, como um observador de reuniões de conselhos de uma grande companhia aberta por muitos anos, acredito que conselheiros independentes desempenham funções úteis e importantes. O fato de que o conselho incluía esses membros que são executivos experientes de outras companhias, cientistas, e acadêmicos, tem o efeito benéfico no desenvolvimento da gestão. [...] Conselheiros independentes, especialmente aqueles que foram ou são executivos importantes em suas companhias, apresentam informações/conselhos valiosos às decisões da companhia, servem como membros do comitê de auditoria, e têm um papel importantíssimo no equilíbrio da gestão.”

<sup>342</sup> Ibid. p. 51.

<sup>343</sup> Refere-se ao marcante exemplo da Pennsylvania Railroad, companhia em que o maior acionista detinha 0,34% do volume total das ações, sendo que os vinte maiores acionistas eram titulares de apenas 2,7% do capital. (BARRETO, Julio. *O conflito de interesses entre a companhia e seus administradores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 84). Estes dados foram colhidos em BERLE JR., Adolf. MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

de pessoas, que acabam por formar o bloco de controle, afigurando-se extrema a concentração acionária.<sup>344</sup>

A grande concentração acionária nas mãos de poucos sócios que, nessa direção, acabam por avocar para si a administração da sociedade, não é uma exclusividade brasileira. Cándido Paz-Ares, em seu exame a respeito da dispersão acionária na Espanha, chama a atenção para o mesmo problema, motivo pelo qual propõe que o regime de responsabilidade característico dos diretores e administradores deve ser aplicado com o mesmo rigor aos acionistas controladores quando verificada a hipótese ora narrada:

La última precisión se dirige a subrayar algo que el lector seguramente habrá intuido ya, y es que la extensión de la normativa de la deslealtad a los accionistas de control constituye una pieza clave de la estrategia de severidad que venimos pregonando, especialmente en nuestros mercados de capitales, caracterizados por una elevada concentración de la propiedad accionarial.<sup>345</sup>

A relevância da posição ostentada pelo acionista controlador no seio da companhia gera uma acentuação de sua responsabilidade frente, por exemplo, um acionista minoritário. O exercício do poder de controle jamais poderá ser desempenhado de maneira egoísta, no sentido de elevar pretensões pessoais para além do interesse da sociedade, representada por todos os sócios, em suas mais diversas categorias e eventuais funções desempenhadas.

A redação dos dispositivos da Lei nº. 6.404, de 15.12.1976, ao tratar do acionista controlador, foi cuidadosa ao explicar, detidamente, como este poder deverá ser exercido. Observe-se, com especial atenção, o disposto no parágrafo único do art. 116:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:  
a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e  
b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

<sup>344</sup> BARRETO, Julio. Ibid. p. 87. Barreto examinou dados expostos pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, segundo os quais mais da metade (51%) das ações das 459 sociedades abertas brasileiras pesquisadas estão em mãos de um único acionista, sendo que 65% das ações encontram-se nas mãos dos três maiores acionistas.

<sup>345</sup> PAZ-ARES, Cándido. *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*. In *Revista para el Análisis del Derecho*. ISSN-e 1698-739X, nº. 4, 2003. p. 20. Em tradução nossa: “A última anotação se dirige a sublinhar algo que o leitor seguramente já terá intuído, é que a aplicação da normativa da deslealdade aos acionistas controladores constitui uma peça chave da estratégia de severidade que estivemos defendendo, especialmente em nossos mercados de capitais, caracterizados por uma elevada concentração da propriedade acionária.”

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social<sup>346</sup>, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.<sup>347</sup>

Note-se bem: o acionista controlador deve exercer o seu poder em prol dos interesses da sociedade, isto é, de todos os sócios enquanto membros de um organismo social, frisando-se que não poderá descuidar de suas responsabilidades para com trabalhadores, o meio-ambiente, os consumidores, e a concorrência.<sup>348</sup> É preciso o comentário de Gustavo Tepedino a respeito, embora aludindo à função social do contrato:

---

<sup>346</sup> A propósito de uma aplicação concreta da função social da empresa, um texto de Henry Ford é emblemático: “My ambition, said Mr. Ford, ‘is to employ still more men, to spread the benefits of this industrial system to the greatest possible number, to help them build up their lives and their homes. To do this we are putting the greatest share of our profits back in business.” (BAUMAN, Jeffrey et al. *Corporations, Law and Policy. Materials and problems*. 5 ed. EUA: Thompson West, 2003, p. 111).

<sup>347</sup> A Lei nº. 10.303, de 31.10.2001, observando a dinâmica apresentada pelas sociedades anônimas quanto à eleição de membros dos conselhos de administração e fiscal, introduziu o art. 116-A, determinando que quaisquer alterações decorrentes da participação do acionista controlador deverão ser imediatamente comunicadas à Comissão de Valores Mobiliários. “Art. 116-A. O acionista controlador da companhia aberta e os acionistas, ou grupo de acionistas, que elegerem membro do conselho de administração ou membro do conselho fiscal, deverão informar imediatamente as modificações em sua posição acionária na companhia à Comissão de Valores Mobiliários e às Bolsas de Valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação, nas condições e na forma determinadas pela Comissão de Valores Mobiliários.”

<sup>348</sup> “la sociedad anónima debe servir a fines más altos que al egoísmo de los hombres que la controlan”. FEDERICO DE CASTRO. *La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*. In *Anuario de Derecho Civil*, 1949. p. 1409. No mesmo sentido, algumas décadas mais tarde, CAPILLA RONCERO. *Sociedades de profesionales liberales. Cuestiones sobre su admisibilidad*. In MORENO QUESADA, ALBIEZ DOHRMANN y PÉREZ-SERRABONA. *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*. Universidad de Granada, 1993. p. 254. Refere-se, aqui, à tutela dos *stakeholders*, cuja tradução inexistente no vernáculo. Para a sua compreensão, o trecho a seguir é esclarecedor: “The use of the term ‘stakeholder’ has become widespread relatively recently in the literature of management and corporate governance. In 1984 Freeman’s ‘strategic approach’ was published [...] A ‘stake can be defined as something of value, some form of capital, human, physical, or financial, that is at risk, either voluntarily or involuntarily. Stakeholders in a corporation are those persons of interests that have a stake, something to gain or lose as a result of its activities. Voluntarily stakeholders are those who have to take a stake and bear some form of risk in anticipation of some form of gain or increase in value, whether as a shareholder or investor, an employee, customer or supplier. Involuntary stakeholders, including governments, communities and the environment, are particularly subject to the risks and consequences of the failure of corporations to internalize all their costs. The heavy burden of costs that have been externalized becomes clearly evident when pollution, destruction or death are consequences of a corporation’s operations and activities.” (CLARKSON, Max. B. E. *The corporation and its stakeholders: Classic and contemporary readings*. Toronto: University of Toronto Press, 1998. p. 2). Para uma visão do *stakeholder* no direito brasileiro, refere-se a Calixto Salomão Filho: “Significa isto dizer que, diferentemente do contratualismo clássico, que depositava nos sócios o interesse social, e do institucionalismo também clássico, que sobrepunha os objetivos estatais aos dos sócios, a teoria do nexo de contratos identifica na organização dos *stakeholders* o interesse da entidade societária, circunstância que permite traduzi-lo tanto no objetivo de lucro quanto no da preservação do ser ideal, conforme o caso. Identificando-se o interesse social ao interesse à melhor organização possível do feixe de contratos envolvidos pela sociedade, esse poderá tanto traduzir-se no interesse à maximização dos lucros como no interesse à preservação da empresa, mas não se identificará necessariamente com nenhum deles.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Interesse social: concepção*

Extrai-se daí a definição da função social do contrato, entendida como o dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento individual – interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos. Tais interesses dizem respeito, dentre outros, aos consumidores, à livre concorrência, ao meio ambiente, às relações de trabalho.<sup>349</sup>

Conforme referido linhas acima, a concentração de poder gera uma maior carga de responsabilidade, o que foi anotado pelo legislador no art. 117 quando trouxe diversas hipóteses que configuram modalidades de exercício abusivo de poder.<sup>350</sup> Exemplificativamente, orientar a companhia para fim estranho ao seu objeto social, liquidar companhia próspera, promover alterações estatutárias ou venda de valores mobiliários com o intuito de prejudicar os acionistas minoritários, contratar com outras companhias com as quais tenha interesse pessoal, gerando assim benefício próprio, aprovar contas irregulares de administradores, também com o fim de lograr favorecimento pessoal etc.

---

*clássica e moderna.* In SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 34)

<sup>349</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *A parte geral do novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 32. Também a esse respeito, é elucidativo o voto proferido pelo Ministro Moreira Alves: “O abuso de poder de controle resulta da causa ilegítima de decisões tomadas com a única finalidade de prejudicar uma categoria de acionistas ou para satisfazer os interesses exclusivamente pessoais de alguns deles. Nessa hipótese o controle é desviado de suas finalidades legítimas que são de assegurar a acumulação do patrimônio social e a prosperidade da empresa. Adotando-se esta posição, bastante razoável, o abuso de poder se traduziria em uma causa ilegítima dos atos praticados, com alguma dessas finalidades: a) prejudicar uma categoria de acionistas; b) satisfazer exclusivamente interesses pessoais de alguns deles. (Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº. 113.446/RJ, Relator Ministro Moreira Alves, j. 14.10.1988).

<sup>350</sup> Lei nº. 6.404, de 15.12.1976. Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. § 1º São modalidades de exercício abusivo de poder: a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional; b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente; e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia-geral; f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas; g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade. h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia. (Incluída dada pela Lei nº 9.457, de 1997). § 2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador. § 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.

Por força dessa posição de superioridade, a maior carga de responsabilidade a que se referiu também vem acompanhada de um nível de diligência mais elevado, notadamente em circunstâncias nas quais ocorram eventos societários em companhias controladas, motivadas por condutas dos acionistas controladores. A Comissão de Valores Mobiliários observa em hipóteses tais como as ora narradas um terreno fértil para a conclusão de operações que acabam por prejudicar os acionistas minoritários, motivo pelo qual o escrutínio do órgão regulador é mais rigoroso.

Nos autos do processo administrativo sancionador nº. 08/05, relator o diretor Eli Loria, o voto do diretor Marcos Barbosa Pinto apresentou este racional, explicando o quanto segue:

Todavia, existem situações que recomendam uma supervisão mais rigorosa por parte da CVM. É o que ocorre nas incorporações de controladas, pois elas afetam diretamente os interesses do acionista que elegeu a maioria dos administradores e que pode demiti-los a qualquer tempo. Em tais operações, existem boas razões para afastar a *business judgment rule* e examinar mais a fundo as decisões da administração, como indica a jurisprudência norte-americana sobre o assunto. Entre as razões que justificam um reexame mais rigoroso nas incorporações de controladas, as seguintes me parecem particularmente relevantes: (i) a vantagem comparativa dos administradores para tomar decisões em prol do interesse social é menor quando sua independência está comprometida; (ii) a supervisão dos acionistas sobre os administradores normalmente não funciona quando o controlador tem interesse econômico direto na operação; (iii) em um país em que a maioria das empresas tem acionistas majoritários, o mercado de trabalho não incentiva os administradores a tomar uma postura independente em relação aos interesses particulares do controlador; (iv) a possível burocratização do processo decisório da companhia é menos danosa quando estamos diante de operações esporádicas, como a incorporação de controladas; e (v) eventual aversão a risco dos administradores pode ser impedida pelos próprios controladores, que têm interesse direto nessas operações. [...] Para dar cumprimento a esses dispositivos legais, a CVM deve analisar não só o procedimento adotado pelos administradores para assegurar a sua independência na negociação da relação de troca da incorporação, mas também o mérito da decisão negocial tomada, de modo a verificar se ela observou condições comutativas e ensejou compensação adequada. Além disso – e aqui chego ao caso em exame – a CVM deve verificar se o administrador cumpriu os mandamentos legais com a devida diligência.<sup>351</sup>

Em tom poético, “*dê o poder ao homem, e descobrirá quem ele realmente é*”.<sup>352</sup> As decisões tomadas pelo acionista controlador, haja vista o poder que o mesmo detém, submeter-se-ão a um escrutínio mais rigoroso pelo órgão regulador. A não aplicação da *business judgment rule* à presente hipótese, tal como ressalvado pelo diretor relator, será analisada no item oportuno, contudo, vale desde já consignar essa ressalva.

<sup>351</sup> PAS CVM nº. 8/05. Acusados Braskem S/A e outros. Manifestação de voto do diretor Marcos Barbosa Pinto, p. 8-9. j. 12.12.2007.

<sup>352</sup> MAQUIAVEL. *O príncipe*. 1513.

### 2.3. O ato regular de gestão

Chega-se a um ponto crucial no que toca à responsabilidade do administrador a considerar que, pelo ato regular de gestão, não há que se falar em responsabilidade, ocorrendo o contrário se o ato for irregular. Mas, diante de uma locução absolutamente polissêmica e aberta – ato regular de gestão – o desafio que se tem pela frente consiste em anotar um critério que seja capaz de, com a segurança e a previsibilidade necessárias, fincar as balizas que permitam concluir se a gestão é regular ou irregular. Para além disso, se for irregular, em que medida.

Vale dizer que a definição do que seja um ato regular de gestão é vital para fins de análise da existência ou não de cobertura na generalidade dos contratos de seguro *D&O* disponibilizados no Brasil e no exterior.<sup>353</sup> Por meio desse contrato de seguro, é preciso compreender, inicialmente, que a cobertura se aplica ao ato de gestão por parte do administrador, ou seja, é preciso que o mesmo esteja gerindo/administrando uma sociedade, para que, uma vez observado esse pressuposto básico, aí sim se possa aprofundar o exame dos demais balizadores previstos no contrato. Numa linha: o contrato de seguro *D&O* tutela o ato de gestão. O que não for gestão estará fora do escopo de cobertura.

Cumpre, a esta altura, fazer uma distinção importante: para que o administrador seja pessoalmente responsabilizado, o artigo 158 da Lei n.º. 6.404, de 15.12.1976 determina

---

<sup>353</sup> Observa-se no conteúdo das apólices pesquisadas a cobertura para ato danoso praticado pelo segurado. O ato danoso é assim definido pela apólice X: “Com relação a qualquer Pessoa Segurada: a) qualquer ato, erro ou omissão, qualquer violação dos deveres, abuso de confiança, declaração inexata ou enganosa, quebra de autoridade, seja efetivo ou imputado, de uma Pessoa Segurada em quaisquer das qualidades listadas na definição de Pessoa Segurada; ou qualquer outra alegação feita contra uma Pessoa Segurada exclusivamente por preencher tal capacidade e enquanto atuando como tal;”. Na apólice Y: “com relação a qualquer Pessoa Segurada: Ato Danoso ou Fato Gerador é qualquer ação ou omissão, negligência, imprudência, imperícia, declaração enganosa, falha nos deveres de informar, diligência, lealdade ou de finalidade das atribuições e desvio de poder, efetiva, alegada ou tentada de uma Pessoa Segurada exclusivamente por conta da investidura em quaisquer dos cargos mencionados na definição de Pessoa Segurada, ou qualquer outra alegação realizada contra uma Pessoa Segurada exclusivamente por ser investida em tal cargo;”. Na apólice Z: “Refere-se ao fato gerador, sendo qualquer quebra de dever estatutário, quebra de confiança, quebra de garantia de autoridade, negligência, erro ou qualquer outro ato ou omissão danoso cometido ou tentado ou alegadamente cometido ou tentado, exclusivamente em decorrência de conduta culposa, por: (i) qualquer segurado durante o exercício de sua respectiva capacidade de diretor ou administrador do tomador e agindo exclusivamente no interesse do tomador; ou (ii) qualquer segurado durante o exercício de sua função de administrador de entidade externa durante o exercício de sua respectiva capacidade e agindo exclusivamente no interesse do tomador.”

que deverá haver culpa ou dolo (inc. I), violação da lei ou do estatuto da sociedade (inc. II). É dizer, a ausência destes quatro elementos isenta o administrador de responsabilidade.

Já no âmbito do contrato de seguro *D&O*, a cobertura básica que é oferecida refere-se tanto ao ato regular de gestão, quanto ao ato irregular de gestão, frisando-se que o ato irregular ora referido apenas emanará da culpa do implicado, jamais do dolo.

A explicação para que o contrato cubra o ato regular de gestão o que, em princípio, soa paradoxal, já que se o administrador não for considerado responsável não haverá que se falar em qualquer risco e, por consequência, cobertura securitária, decorre, com se observou no capítulo 1, da possibilidade de que mesmo diante de um ato regular o administrador venha a ser demandado.

É, com efeito, a aplicação da doutrina de Jacques Hémard, segundo a qual em matéria de seguros de responsabilidade civil pode haver sinistro sem culpa, e, também, culpa sem sinistro.<sup>354</sup> Para fins de acionar a cobertura securitária bastará que eventual terceiro demande o administrador com a alegação de que houve um ato irregular de gestão, por mais descabido que seja o pleito. Custos de defesa serão desembolsados e o administrador, conseqüentemente, terá que enfrentar a demanda que lhe for posta enquanto a mesma durar, pagando custas judiciais e honorários, além do desgaste que o simples fato de responder a uma demanda motiva.

Quanto à cobertura securitária para o ato irregular de gestão, deve-se entender bem: transpondo o ato de gestão à disciplina dos atos jurídicos ilícitos, ilicitude que compreende as modalidades culposa e dolosa,<sup>355</sup> o contrato de seguro *D&O* apenas cobrirá a conduta considerada culposa. O dolo, por expressa disposição legal, previsto no art. 762 do Código Civil, ficará de fora.<sup>356</sup>

<sup>354</sup> A referência à doutrina de J. Hémard encontra-se à fl. 68, no capítulo 1.

<sup>355</sup> “Para Chironi, los actos humanos o hechos de la persona, son lícitos o ilícitos: aquellos contienen una declaración o bien, una manifestación de voluntad productora de la constitución, extinción o modificación de una relación jurídica; éstos consisten a su vez, en la violación del derecho de otro y en la consiguiente reacción de la ley, la cual, para restablecer el equilibrio de las fuerzas cooperadoras humanas perturbadas por la injuria, impone la responsabilidad a quien los ha cometido. [...] en la ilicitud, el acto, cuando es voluntario, deriva de la voluntad dirigida a la injuria y, cuando es involuntario, de la negligencia en el considerar que al realizar un hecho por sí lícito, no padezca ofensa el derecho de otro, y en tal caso, produce su efecto cuando el agente sea capaz de diligencia.” (COSSÍO Y CORRAL, Alfonso. *El dolo en el derecho civil*. Madrid: ed. Revista de Derecho Privado. 1955. p. 62-63). A obra referida pelo autor é CHIRONI. *Tratatto di diritto civile italiano*. T. 1. Turín, 1904, p. 361 e 362.

<sup>356</sup> Código Civil brasileiro. “Art. 762. Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro”. A possibilidade jurídica de, no Brasil,



Fazendo a interseção entre as disciplinas da responsabilidade do administrador com a do contrato de seguro *D&O*, observa-se que a primeira justifica a segunda. O contrato de seguro *D&O* viabiliza a cobertura para a conduta culposa. É justamente por causa da culpa, da possibilidade de vir a errar por ocasião da tomada de uma decisão que o administrador terá interesse legítimo para concluir a contratação. A culpa, aqui, atrai e representa o risco que, diuturnamente, convive com o administrador. Como se viu no capítulo 1, o risco compõe a causa desse contrato.

A teor do disposto no referido art. 158, começa-se a rascunhar o que se deve entender por ato regular de gestão. A conduta culposa, dolosa, ou ainda, a infração à lei ou ao estatuto são irregulares e suscitam a responsabilidade.<sup>357</sup> Por enquanto, esse rascunho, ainda em preto e branco, requer um maior aprofundamento. As cores surgirão por meio do exame dos deveres de diligência e de lealdade, a seguir.

#### 2.4. Os deveres do administrador: diligência, lealdade e seus corolários

Antes de iniciar as reflexões a respeito dos deveres de diligência e de lealdade, entende-se que é importante fazer algumas considerações a respeito da espécie de obrigação assumida pelo administrador, se de meios ou de resultado. A conclusão a propósito desse tema também é relevante para se compreender o escopo da cobertura provida pelo seguro

---

contratar o seguro para culpa, inclusive a culpa grave, foi observada por Fernanda Nunes Barbosa. Remete-se o leitor à fl. ---, capítulo 1.

<sup>357</sup> “Previsto na segunda parte do *caput* do artigo 158, o ato irregular de gestão é aquele praticado pelo administrador (i) dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; ou (ii) com violação da lei ou do estatuto”. (BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. *A administração de companhias e a business judgment rule*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 191). Também José Alexandre Tavares Guerreiro: “A lei impõe deveres específicos aos administradores, deveres esses que se entroncam na ampla proposição contida no art. 153, segundo o qual o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios. A imposição de tais deveres, pela lei, apresenta conteúdo nitidamente finalístico, como se infere do art. 154, uma vez que se dirige à consecução dos fins sociais, no interesse da companhia, satisfeitas, ainda, as exigências do bem público e da função social da empresa. Consequentemente, será ato irregular de gestão todo aquele que resultar da infração de dever legal do administrador, qualquer que seja. Assim, *exempli gratia*, se o diretor contrair obrigação lesiva ao interesse social, estará, *ipso facto*, infringindo o dever estatuído no art. 153, de tal sorte que, comprovada a falta de cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios bens, responderá o diretor pela obrigação contraída, configurando-se, na espécie, ato irregular de gestão.” (TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anônimas*. In *Revista de Direito Mercantil*. n.º. 42. abr-jun, 1981. p. 74).

D&O, além de desmistificar o raciocínio segundo o qual a obrigação do administrador seria exclusivamente de meios, como se não houvesse uma boa dose de resultado exigível na mesma.

#### 2.4.1. A obrigação do administrador não é apenas de meios

A análise da distinção entre as obrigações consideradas de meios e as de resultado remete aos exemplos do advogado e do médico generalista, em oposição ao médico – cirurgião plástico/estético.<sup>358</sup> Aos advogados e médicos em geral seria característica a obrigação de meios, na exata medida em que a esses profissionais não poderia ser exigida a vitória em juízo ou a cura que nem mesmo a medicina é capaz de assegurar. Assim, o comprometimento e a diligência no sentido de empregar os melhores recursos com o objetivo de alcançar o resultado prático contratado bastariam para considerar a obrigação cumprida.

De outra banda apresenta-se o médico cirurgião plástico/estético, cujo mister consiste em entregar ao paciente exatamente o resultado contratado, seja ele o aumento dos seios, um novo formato para o nariz ou a redução dos excessos gordurosos por meio de lipoaspiração.<sup>359</sup>

---

<sup>358</sup> A título exemplificativo, o Superior Tribunal de Justiça reiteradamente classifica as obrigações de advogados e médicos em geral (à exceção do médico cirurgião estético-plástico) como de meios. Quanto aos advogados: Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 376. 10-14.11.2008. “Responsabilidade. Advogado. Teoria. Perda. Chance. A recorrente afirma que o advogado foi negligente na condução de sua causa, vindo ela a perder seu imóvel, por não defender adequadamente seu direito de retenção por benfeitorias e também ter deixado transcorrer *in albis* o prazo para a interposição de recurso de apelação. Para a Min. Relatora, não há omissão ou contradição no acórdão impugnado. O Tribunal *a quo* pronunciou-se de maneira a discutir todos os aspectos fundamentais do julgado, dentro dos limites que lhe são impostos por lei, alcançando solução que foi tida como mais justa e apropriada para a hipótese. A questão insere-se no contexto da responsabilidade profissional do advogado. O vínculo entre advogado e cliente tem nítida natureza contratual. Em razão do vínculo obrigacional, a responsabilidade do advogado é contratual. Todavia sua obrigação não é de resultado, mas de meio. O advogado obriga-se a conduzir a causa com toda diligência, não se lhe impondo o dever de entregar um resultado certo. Ainda que o advogado atue diligentemente, o sucesso no processo judicial depende de outros fatores não sujeitos a seu controle. Daí a dificuldade de estabelecer, para a hipótese, um nexo causal entre a negligência e o dano. [...] Precedentes citados: REsp 965.758-RS, DJ 3/9/2008, e REsp 788.459-BA, DJ 13/3/2006. REsp 1.079.185-MG, Rel. Min. Nancy Andrigli, julgado em 11/11/2008.”

<sup>359</sup> Com relação à classificação das obrigações do médico generalista como de meios e do médico cirurgião estético como de resultado, o julgado a seguir é explicativo. “Civil. Responsabilidade civil. Erro médico. Cirurgia plástica estética e reparadora. Natureza obrigacional mista. Responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais (CDC, ART. 14, § 4º). Improcedência do pedido reparatório. Recurso especial provido. 1. Pela valoração do contexto fático extraído do v. aresto recorrido, constata-se que na cirurgia plástica a que se submeteu a autora havia finalidade não apenas estética, mas também reparadora, de natureza terapêutica, sobressaindo, assim, a natureza mista da intervenção. 2. A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral,

Diante dessas duas espécies obrigacionais, como compreender a obrigação do administrador? Seria uma obrigação puramente de meios ou uma obrigação de resultado? Seria viável permanecer tratando a hipótese com essa rigidez, é dizer, separando hermeticamente as duas espécies de obrigações, como se nas obrigações consideradas de meios não houvesse uma boa dose do comprometimento que, justamente, conduz à conclusão das obrigações ditas de resultado?

Por ora deixando de lado essa visão mais flexível que se propõe, parece haver consenso na doutrina quanto à classificação das obrigações dos administradores como sendo de meios, designadamente porque não se lhes pode obrigar à entrega de resultado positivo, isto é, lucro, tampouco puni-los pelo prejuízo. O fardo seria pesadíssimo e mesmo diante de elevados graus de zelo e comprometimento, o resultado ao final seria incerto. Entre tantos autores que defendem essa posição, refere-se a Modesto Carvalhosa:

A matéria da responsabilidade dos administradores está tratada nos comentários ao art. 158, a que fazemos remissão. Não obstante, deve-se já agora ressaltar que o administrador, ao se conduzir como *vir probus*, não responde pelo resultado de sua gestão. A norma ora comentada, ao prescrever que o administrador deve exercer suas atribuições para lograr os fins e no interesse da companhia, está referindo-se a uma obrigação de meio e não de fim. Isto quer dizer que o administrador não se obriga pelo resultado de sua gestão, nem por ela se responsabiliza quando regularmente exercida. A atividade legal e diligente no interesse da companhia visa a lograr os seus fins. O resultado almejado, no entanto, não cria para o administrador o vínculo obrigacional. Suas obrigações são de meio.<sup>360</sup>

---

obrigação de meio, salvo em casos de cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética. 3. ‘Nas cirurgias de natureza mista - estética e reparadora -, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora.’ (REsp 1.097.955/MG, Rel. Ministra Nancy Andriighi, 3ª T., j. 27.9.2011). 4. Recurso especial provido.” (Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº. 819.008/PR, Rel. Min. Raul Araújo. 4ª T., j. 4.10.2012).

<sup>360</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 235. Rigorosamente no mesmo sentido Fábio Ulhoa Coelho: “O administrador, em outros termos, tem o dever de empregar certas técnicas – aceitas como adequadas pela ‘ciência da administração’ – na condução dos negócios sociais, tendo em vista a realização dos fins da empresa. Mas ele não responde pela efetiva realização dos fins sociais, sujeitos também à implementação de várias outras condições não inteiramente controláveis pela administração societária. A pesquisa jurídica sobre a incidência da norma do art. 153 da LSA, em determinado caso, não precisa e não deve ultrapassar os limites da apreciação técnica pertinente ao cumprimento da obrigação de meio.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. p. 244). Também Luiza Rangel de Moraes: “No entanto, isto não significa dizer que, com base no dever de diligência se possa inculcar demasiado receio no administrador, que venha a inibir a sua ação mais ousada, sendo certo que as funções do administrador são de meio e não de fim, cabendo-lhe usar as técnicas e medidas adequadas, na busca do melhor resultado para a companhia, mas não está obrigado a garantir um efetivo sucesso”. (MORAES, Luiza Rangel de. *Business judgment rule e sua aplicação no direito brasileiro e na apuração de responsabilidade dos administradores de companhias abertas em processos administrativos sancionadores*. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 60/2013, p. 127-149, abr-jun 2013).

Entretanto, já nos anos 70, Fábio Konder Comparato analisou de maneira crítica a rígida distinção havida entre as obrigações de meios e as de resultado, fundamentando a sua análise no dinamismo que caracteriza o direito de obrigações, no sentido de que seria difícil imaginar negócios jurídicos que, genuinamente, fossem apenas reprodutores de obrigações de meios ou de resultado.

Há, assim, certas obrigações cuja prestação não consiste em um resultado certo e determinado a ser produzido pelo devedor, mas simplesmente numa atividade diligente deste em benefício do credor. O exemplo-padrão é o contrato de prestação de serviços profissionais pelo médico ou pelo advogado. O paciente que procura um médico deseja obviamente o restabelecimento de sua saúde. Mas este resultado, embora seja a causa essencial do contrato, não pode constituir o objeto do pactuado. O que o paciente está no direito de exigir é que o médico lhe dispense um tratamento consciencioso, diligente, e conforme aos progressos da ciência médica. Não pode, porém, exigir que o médico obtenha infalivelmente a sua cura; nem pode este inculcá-la ou anunciá-la como infalível, sob pena até de navegar nas águas do curandeirismo (Código Penal, artigo 283). Por outras palavras, o conteúdo da obrigação, na hipótese, não é um resultado determinado, mas a própria atividade do devedor, isto é, os meios tendentes a produzir o resultado almejado.

Objetou-se, contra a distinção assim proposta, que toda prestação comporta um resultado mais ou menos determinado, e que uma obrigação de meios pode ser mais ou menos precisa quanto ao seu conteúdo, o que acarretaria dúvidas em relação ao seu regime jurídico. Um marceneiro, por exemplo, pode se obrigar a consertar uma mobília da melhor maneira possível, como pode se obrigar a fazer um determinado conserto, com o emprego de certos materiais indicados pelo proprietário; um médico pode incumbir-se do tratamento de um doente, como pode obrigar-se a fazer uma intervenção cirúrgica determinada.

A objeção seria procedente caso se afirmasse que certos contratos só comportariam obrigações de meios e outros só obrigações de resultado. Mas esta rigidez sistemática é fora de cogitação.<sup>361</sup>

A rigidez sistemática referida por Fábio Konder Comparato também foi duramente criticada por Clóvis Veríssimo do Couto e Silva<sup>362</sup> muito antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002. Couto e Silva propunha que o direito das obrigações não deveria ser examinado de maneira estática, considerando a principiologia própria dos romanistas de séculos passados. Entendendo a obrigação como uma estrutura dinâmica, verdadeiramente como um processo – um conjunto de atos dirigidos à consecução de determinada finalidade –

---

<sup>361</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Obrigações de meios, de resultado e de garantia*. In *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 527-528.

<sup>362</sup> A obra a que se referiu chama-se *A obrigação como processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976, de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, que lhe rendeu a cátedra de direito civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. De formação jurídica fortemente inspirada pela escola alemã que, muitos anos antes do Brasil positivou a cláusula-geral de boa-fé no § 242 do BGB (posteriormente em vigor no Brasil por meio do art. 422 do Código Civil de 2002), o professor gaúcho inspirou outros tantos juristas, dentre os quais se destacou sobremaneira Judith Martins-Costa, cuja tese de doutoramento chamada – *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, estudou com profundidade a implementação do chamado sistema jurídico aberto no ordenamento jurídico brasileiro.

parece realmente difícil compreender as obrigações de meios e de resultado em compartimentos hermeticamente estanques.<sup>363</sup>

Mais recentemente e na mesma linha, Anderson Schreiber também criticou a concepção fechada das obrigações de meios e de resultado, explicando o ponto de maneira perspicaz a partir do clássico exemplo do advogado e do médico generalista *vis à vis* o médico cirurgião plástico-estético. Segundo Schreiber, a compreensão da controvérsia a partir da rigidez de outrora colocaria o médico generalista charlatão numa posição cômoda já que, independentemente das circunstâncias, seu agir estaria alforriado pelo entendimento de que a sua obrigação é de meios. Nessa mesma toada, o diligente cirurgião plástico-estético estaria em apuros se, no decorrer de uma delicada cirurgia estética facial, o paciente, subitamente, sofresse de uma embolia pulmonar e viesse a falecer durante a intervenção. A obrigação de resultado, nessa perspectiva, restaria descumprida.<sup>364</sup>

---

<sup>363</sup> “A culpa, na perda ou na deterioração do objeto da prestação, é fator dos mais importantes, tanto que mereceu tratamento legislativo, mas não é o único, pois cumpre investigar qual o comportamento do credor no desenvolvimento do vínculo, esclarecendo-se se o mesmo deixou, ou não, de indicar circunstância relevante para a efetivação da *res debita*. Há, no contrato, o dever bilateral de proteção, que impede que uma das partes cause à outra algum dano, em razão da sua atividade. Existem, assim, deveres do credor, que não são deveres para consigo mesmo, mas sim deveres jurídicos. Muitos deles consistem em conduta determinada, em comunicar algo, em indicar alguma circunstância, em fornecer informações, cuja omissão pode causar dano ao outro figurante”. (SILVA, Clóvis do Couto e. Op. cit. p. 40).

<sup>364</sup> “A doutrina brasileira apressa-se em classificar em abstrato e de modo absoluto as obrigações, separando-as entre as de meio e as de resultado. Diz-se, neste sentido, que ‘o clínico não pode assegurar que livrará o cliente de todos os males de que padece; jamais poderá garantir resultado feliz [...] e sim que empenhar-se-á com zelo, carinho e dedicação. O mesmo fará o advogado para que os seus serviços profissionais apresentem resultados positivos. Mas, se o paciente morrer ou se a causa malograr, nem o médico, nem o advogado perderão o direito aos honorários contratados. E idêntica postura adota a jurisprudência, ao afirmar: ‘nos casos de cirurgia estética ou plástica, o cirurgião assume a obrigação de resultado’. O equívoco desta classificação *in abstracto* é evidente. Se, por exemplo, se atribui à obrigação do médico o caráter de obrigação de meio em plano teórico, beneficia-se, com isto, o charlatão, que embora prometa em concreto o resultado que não obtém, tem seu vínculo com o paciente considerando limitado aos seus melhores esforços, contrariamente ao que restou pactuado ou prometido no caso concreto. Da mesma forma, se a obrigação do cirurgião plástico vem tida como de resultado, em abstrato, desestimula-se a conduta do bom profissional que informa o paciente dos riscos e da imprevisibilidade do procedimento, mas acaba, nada obstante, respondendo pela não obtenção de um resultado que nunca prometeu. Uma classificação considerada tão relevante para fins de configuração do inadimplemento não pode prescindir do exame da função concretamente atribuída pelas partes ao negócio jurídico, perquirindo-se efetivamente os interesses dos envolvidos e o modo particular de desenvolvimento do programa contratual, com ênfase sobre o atendimento do dever de informação – tudo em franca oposição à abordagem abstrata e puramente estrutural que tem imperado nesta matéria e em outras tantas searas do direito obrigacional.” (SCHREIBER, Anderson. *A tríplex transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento e outras figuras*. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 32. out/dez 2007, p. 212-213). No mesmo sentido, Carlos Nelson Konder e Pablo Rentería: “Com efeito, um fato considerado como meio em vista a um fim ulterior pode representar, por sua vez, um resultado quando valorado como o fruto de uma série de atos anteriores. Nesse sentido, o tratamento médico se constitui, de um lado, no meio para se alcançar a cura do paciente, mas, de outro lado, pode ser considerado como o resultado da prestação médica quando se tem em vista que a finalidade própria a esta obrigação consiste em dispensar ao paciente os devidos cuidados terapêuticos. Desse modo, o equívoco dos autores, que concebem as obrigações de meios como desprovidas de utilidade, está

O ordenamento jurídico brasileiro encontra-se fundado em pilares sólidos, cuja fundamentação se encontra na Constituição Federal, da qual emana o poder constituinte originário,<sup>365</sup> isto é, a vontade do povo. A tábua axiológica que o compõe deve servir de norte para todo o ordenamento, em suas mais variadas leis, enunciados normativos e interpretações<sup>366</sup> e é com base nessa rica valoração que as obrigações, sejam de meios, de resultado ou de garantia,<sup>367</sup> precisam ser pensadas.

O raciocínio ora apresentado não importa no agravamento da responsabilidade do administrador, no sentido de que a sua obrigação seria de resultado (com a rigidez de outrora), tampouco numa atenuação, ao argumento de que por se tratar de obrigação de meios, qualquer inadimplemento estaria automaticamente perdoado.

---

na incorreta identificação do resultado útil a ser proporcionado com o adimplemento destas obrigações”.

(KONDER, Carlos Nelson e RENTERÍA, Pablo. *A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação*. In *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-funcionalizacao/>>. Data de acesso 21.6.2018. p. 10-11). Também assim

RENERÍA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado. Análise crítica*. Rio de Janeiro: GEN, 2011.

<sup>365</sup> Gilmar Ferreira Mendes aprofunda essa discussão e explica que a força superior da constituição advém do poder constituinte originário que, diferentemente dos demais textos normativos, não é antecedida nem decorre de qualquer tipo de norma prévia. Essencialmente, esse poder emana da vontade do povo, refletindo suas convicções éticas, culturais e religiosas. Ao contrário do que ocorre com as normas infraconstitucionais, a Constituição não retira o seu fundamento de validade de um diploma jurídico que lhe seja superior, mas se firma pela vontade das forças determinantes da sociedade, que a precede. Poder constituinte originário, portanto, é a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política. (MENDES, Gilmar Ferreira. et al. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 197).

<sup>366</sup> “Na presença de tal concepção sobrevém a Constituição republicana. Ela não é o ponto de chegada de nossa sociedade, mas um modelo ao qual é obrigatório se inspirar para compreender as escolhas de fundo de que o legislador é obrigado a respeitar [...]”. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 191).

<sup>367</sup> Ao discorrer a respeito da qualificação das obrigações de meio e de resultado, numa abordagem mais flexível do que a adotada na codificação francesa que, resumia as obrigações ao estrito sentido do dar, fazer e não fazer, Fábio Konder Comparato enumera um terceiro gênero a ser somado aos dois já mencionados, qual seja, a obrigação de garantia. O autor afirma: “Diferentemente da obrigação de meio que geraria responsabilidade ao devedor mediante a demonstração de ‘total ausência do comportamento exigido, um comportamento pouco diligente e leal’ e da obrigação de resultado, cujo adimplemento da prestação só se considera ‘com a efetiva produção do resultado’, na obrigação de garantia a análise seria diferente, já que nem mesmo a caracterização de caso fortuito ou força maior eximiriam o devedor de seu dever.” Feita essa análise, Comparato então exemplifica a obrigação de garantia como aquela em que ocorre a eliminação de um risco que pesa sobre o credor. “Eliminar um risco significa *a fortiori* reparar as consequências de sua realização. Mas, mesmo que esta não se verifique, a simples assunção do risco pelo devedor de garantia representa o adimplemento de sua prestação. ‘O fato de não se ter verificado o risco, em previsão do qual se fez o seguro’, reza o Código Civil, ‘não exime o segurado de pagar o prêmio que se estipulou’ (art. 1.452).” (COMPARATO, Fábio Konder. *Obrigações de meios, de resultado e de garantia*. In *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 537). Pablo Rentería critica o terceiro gênero proposto por Comparato às obrigações de garantia. “Em definitivo, a obrigação de garantia não constitui outro gênero de obrigação, melhor se concebendo como espécie de obrigação de resultado ou, na feliz expressão cunhada pela doutrina francesa, uma *obligation de résultat aggravée*. (RENERÍA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado. Análise crítica*. São Paulo: Ed. Gen., 2011. p. 97). A referência à obra francesa é VINEY, Geneviève. JOURDAIN, Patrice Jourdain. *Les conditions de la responsabilité*. In GHESTIN, Jacques (Org.). *Traité de droit civil*. 2 ed. Paris : LGDJ, 1998. p. 454.

A ‘porção’ de obrigação de resultado que se observa nos meios empreendidos pelo administrador circunscreve-se ao processo de tomada de decisão, e não ao resultado da decisão em si. A tomada de decisão, entendendo-a como um processo, deve ser precedida de qualificação, de obtenção de informações, de reflexão, de vigilância e de um agir no interesse da sociedade.

A obrigação de resultado exigível do administrador, portanto, não diz respeito ao resultado em si (lucro ou prejuízo), mas ao processo de tomada de decisão. Falhas no que toca à qualificação, à obtenção de informações, à reflexão e ao amadurecimento, à vigilância, e ao agir no interesse da sociedade, estes sim requerem o grau de comprometimento integral, isto é, o resultado a ser entregue, o que dialoga abertamente com a *business judgment rule*<sup>368</sup> (a chamada regra da decisão negocial), cujo exame será realizado em item próprio.

Nessa proposição mais flexível entre as obrigações de meios e as de resultado, compete ao administrador empregar todo o zelo e diligência possíveis, na mais estrita

---

<sup>368</sup> O processo de tomada de decisão deve ser rigorosamente observado. O resultado em si, lucro ou prejuízo, não pode ser imputado ao administrador. Citam-se, a propósito, as seguintes referências: Larissa Teixeira Quattrini: “Em um país de profundas tradições liberais, como nos Estados Unidos, a *business judgment rule* é bastante compatível com uma mentalidade ligada à liberdade de iniciativa econômica e que privilegia o empreendedorismo. Neste contexto, ‘ganhar’ ou ‘perder’ fazem parte do jogo, o que, particularmente, no âmbito das companhias abertas, atrai o dever de informação quanto aos riscos, mas não excluem a divisão do infortúnio e da falência com acionistas que tenham eventualmente prejuízo com o investimento em papéis de uma empresa. Bem por isso, ‘o foco analítico é claramente transferido da decisão em si, para o processo de tomada de decisão’”. (QUATTRINI, Larissa Teixeira. *Os deveres dos administradores de sociedades anônimas abertas: estudo de casos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 30). No mesmo sentido: BLOK, Marcela. *Business judgment rule: a responsabilidade dos administradores das sociedades anônimas*. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 46/2009. p. 129-162. Out - Dez / 2009. p. 3; PARENTE, Norma Jonssen. *Limites da responsabilidade dos administradores pela indenização de prejuízos*. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 31/2006. p. 33 – 35. Jan - Mar / 2006. p. 1. Na Espanha, Cristina Guerrero Trevijano: “A este respecto, tomamos como punto de partida la doctrina norteamericana de la *business judgment rule* que protege a los administradores incluso frente a graves errores de gestión cuando hubieran actuado de buena fe, de manera informada, de forma independiente y en el exclusivo interés de la sociedad, puesto que, como veremos, es a través de la aplicación de estos principios como se configura el contenido del deber de diligencia”. (GUERRERO TREVIJANO, Cristina. *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters/Aranzadi, 2014. p. 34). Na Itália, o julgado a seguir ilustra bem o ponto: Vid. Cass. 24 marzo 2004, n. 5718 en Riv. Not. 2004, p. 1571 y ss: «se anche il giudice non può sindacare la scelta in sé, deve però controllare il percorso attraverso il quale essa è stata preferita ...». Nos Estados Unidos da América, vale-se da lição de Melvin Aron Eisenberg: “The sharp differentiation between the standards of review of the quality of board decisions on the one hand, and the decision-making process on the other, may be seen as a special case of a recurrent legal tendency to review procedure much more intensively than substance.” (EISENBERG, Melvin Aron. *The Director’s Duty of Care in Negotiated Dispositions*. In *University of Miami Law Review*. Rev. 579. 1997, p. 590).

observância do interesse da sociedade. É esse o resultado devido pelo mesmo.<sup>369</sup> Por falhas no processo de tomada de decisão (não o resultado da decisão em si) o administrador será responsável.

Do ponto de vista do contrato de seguro *D&O*, tanto o processo de tomada de decisão quanto o eventual resultado prejudicial estarão cobertos, ressalvando-se a configuração de culpa grave que, consoante observado, poderá restar excluída de cobertura e o dolo, taxativamente excluído. As violações ao dever de diligência amoldam-se harmonicamente com esse seguro, uma vez que emanam de conduta culposa. Por outro lado, as violações ao dever de lealdade, aquele que malfere o interesse da sociedade, apresentam desdobramentos outros que prejudicam a cobertura.<sup>370</sup> É o que será revelado à continuação, mediante o aprofundamento do exame dos deveres de diligência e de lealdade. As considerações pertinentes à *business judgment rule* também serão apresentadas.

#### 2.4.2. O dever de diligência

---

<sup>369</sup> A título de esclarecimento, vale observar que Marcelo Adamek, possivelmente inspirado pela distinção rígida entre as obrigações de meios e de resultado, afirma que haveria diversas obrigações de resultado exigíveis do administrador. São elas: “Afora os deveres gerais e as proibições inscritas na Seção IV do Capítulo XII, a Lei das S/A contempla deveres específicos esparsos, muitos dos quais envolvendo obrigações de resultado, diante das quais não é suficiente a mera atuação diligente do administrador. À guisa de meros exemplos, poder-se-iam citar: (i) o dever dos primeiros administradores de prontamente cumprirem as formalidades complementares à constituição da companhia (LSA, art. 99); (ii) o dever de manter a escrituração dos livros sociais e tempestivamente registrar os atos de emissão e substituição dos certificados, e de transferências e averbações (LSA, art. 104, caput e parágrafo único); (iii) o dever de elaborar e apresentar o relatórios de demonstrações financeiras, e de publicá-los e colocá-los à disposição dos acionistas (LSA, arts. 133 e 176); (iv) o dever de convocar a assembleia geral, nos casos e na forma previstos em lei (LSA, arts. 123 e 132); (v) o dever de participar da assembleia geral (LSA, art. 134, § 1º), e assim por diante”. (ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade dos administradores de S/A (e ações correlatas)*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 183-184). Observando o ordenamento português, João Soares da Silva principia a exposição mencionando deveres específicos, de conteúdo reto: “Neste sentido, por exemplo, e tomando apenas agora a Parte Geral do Código das Sociedades Comerciais, pode dizer-se, que os administradores têm o dever de não distribuir bens sociais, quando a situação líquida se tornasse inferior à soma do capital e reservas indisponíveis (artigos 31º e 32º); que têm o dever de elaborar o relatório de gestão e apresentar contas (artigos 65º e seguintes); que têm múltiplos deveres informativos e processuais em matéria de fusão, cisão, dissolução e transformação de sociedades (capítulos IX a XIII); que têm certos deveres de publicidade de actos sociais (artigos 119º e seguintes), etc”. (SILVA, João Soares da. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades: os deveres gerais e os princípios da corporate governance*. Disponível em <https://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/302.pdf>, visitado em 14.7.2018. p. 9).

<sup>370</sup> É que a violação ao dever de lealdade acabará representando uma conduta intencional (dolosa), repelida pelo contrato de seguro. O aproveitamento de uma oportunidade dirigida à sociedade pelo administrador muito raramente emanará de conduta culposa. O aprofundamento desta interessante discussão virá a seguir.



Ser leal prescinde de maior digressão. Ou bem se é ou não é. Não deve haver maior espaço para a elucubração. Como ensina António Menezes Cordeiro, trata-se de um dever puro, “*devendo ter o ordenamento como horizonte*”.<sup>371</sup> Fez-se essa brevíssima assertiva no item dedicado ao dever de diligência porque, à diferença do dever de lealdade, o de diligência é absolutamente aberto e complexo.<sup>372</sup> Como distinguir, com a segurança necessária, a conduta diligente da negligente? A conduta negligente da gravemente negligente? A conduta gravemente negligente seria equiparável à conduta dolosa?

Considerando, como se expôs, a necessidade de um regime de responsabilidade próprio para o administrador de sociedade, o tratamento diante de violações ao dever de diligência deverá ser leniente ou fortemente repressor? De que forma o contrato de seguro *D&O* se relaciona com a violação ao dever de diligência? Procurar-se-á responder a estas e outras questões mediante a apresentação de critério seguro que seja capaz de, diante das referidas abertura e complexidade, assentar as bases que apoiarão o intérprete diante dos casos concretos que lhes serão exibidos.

O dever de diligência, positivado no art. 153, está entre os mais importantes da Lei nº. 6.404, de 15.12.1976. Não é sem razão que António Menezes Cordeiro, ao examinar o art. 64º

---

<sup>371</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito das sociedades. Das sociedades em especial*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1. n. 304. p. 822.

<sup>372</sup> A propósito da abertura do dever de diligência, há consenso na doutrina. Refere-se, exemplificativamente, às seguintes fontes: “Outra questão a respeito do artigo 153 da Lei das S.A. se dá no fato de que o legislador fixou nele um conceito aberto do dever de diligência. Nada mais correto. [...] O legislador certamente erraria se tentasse impor aos administradores um dever de diligência objetivo, estabelecendo um rol – taxativo ou não – de condutas recrimináveis, como o faz com o dever de lealdade.” (BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 62). Também: BARRETO, Júlio. *O conflito de interesses entre a companhia e seus administradores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 133., PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 34. Na Espanha, GUERRERO TREVIJANO, Cristina G. *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters/Aranzadi, 2014. p. 131. Em Portugal, Maria Elisabete Gomes Ramos. “É impossível (e contraproducente) encerrar os deveres dos administradores em um catálogo fechado. Não só não há verdadeiramente «regras da arte» sobre a gestão como poderia ser limitador da imprescindível discricionariedade empresarial. [...] Do ponto de vista jurídico, o equilíbrio entre, por um lado, a discricionariedade decisória em matéria empresarial e, por outro, o controlo dos administradores-decisores tem levado países de *common law* e de *civil law* a servirem-se de cláusulas gerais para consagrar deveres de conteúdo genérico.” (RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 105). Para uma crítica à técnica legislativa que emprega as cláusulas abertas: “As cláusulas gerais não têm concitado apenas aplausos, mas também críticas agudas. Estas reportam-se à insegurança jurídica e ao arbítrio do julgador, mercê do subjetivismo que se considera inerente às cláusulas gerais. Desenvolveu-se uma extensa controvérsia sobre o tema, principalmente a partir do momento em que Hedema começou a referir-se a uma ‘fuga’ (do legislador) para as cláusulas gerais (*Die Flucht in dir Generalklauseln*, Tübingen, 1933)”. (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 8 ed. Coimbra: Almedina, 2000. nota 1, p. 106).

do Código de Sociedades português,<sup>373</sup> afirma: “o preceito é fundamental, sendo certo que dele decorre, no essencial, todo o resto”.<sup>374</sup>

A Lei nº. 6.404, de 15.12.1976, enumera diversos deveres do administrador, o que pode ser observado nos enunciados normativos constantes nos artigos 153 a 157. O art. 153<sup>375</sup> principia o rol pelo dever de diligência e, passando pelo art. 154<sup>376</sup> que trata da observância precípua do interesse da sociedade, logo chega ao art. 155<sup>377</sup>, trazendo particularidades a

---

<sup>373</sup> Decreto-Lei nº. 262, de 2.9.1986. Artigo 64.º Deveres fundamentais. 1 - Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar: a) Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; e b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores. 2 - Os titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização devem observar deveres de cuidado, empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade, no interesse da sociedade.

<sup>374</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*. Lisboa: Lex, 1997. p. 494.

<sup>375</sup> Lei nº. 6.404, de 15.12.1976. Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios. Pertinente, a propósito, a referência ao artigo 1.011 do Código Civil quanto às sociedades no mesmo regulamentadas. Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios. § 1º Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação. § 2º Aplicam-se à atividade dos administradores, no que couber, as disposições concernentes ao mandato.

<sup>376</sup> Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa. § 1º O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres. § 2º É vedado ao administrador: a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia; b) sem prévia autorização da assembleia-geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito; c) receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembleia-geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo. § 3º As importâncias recebidas com infração ao disposto na alínea c do § 2º pertencerão à companhia. § 4º O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.

<sup>377</sup> Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado: I - usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo; II - omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia; III - adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir. § 1º Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários. § 2º O administrador deve zelar para que a violação do disposto no § 1º não possa ocorrer através de subordinados ou terceiros de sua confiança. § 3º A pessoa prejudicada em compra e venda de valores mobiliários, contratada com infração do disposto nos §§ 1º e 2º, tem

respeito do dever de lealdade. Prossegue discorrendo sobre o conflito de interesses - art. 156,<sup>378</sup> o dever de informar - art. 157<sup>379</sup> para, no art. 158,<sup>380</sup> tratar da responsabilidade do

direito de haver do infrator indenização por perdas e danos, a menos que ao contratar já conhecesse a informação. § 4º É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários.

<sup>378</sup> Art. 156. É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse. § 1º Ainda que observado o disposto neste artigo, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros. § 2º O negócio contratado com infração do disposto no § 1º é anulável, e o administrador interessado será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que dele tiver auferido.

<sup>379</sup> Art. 157. O administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular. § 1º O administrador de companhia aberta é obrigado a revelar à assembleia-geral ordinária, a pedido de acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social: a) o número dos valores mobiliários de emissão da companhia ou de sociedades controladas, ou do mesmo grupo, que tiver adquirido ou alienado, diretamente ou através de outras pessoas, no exercício anterior; b) as opções de compra de ações que tiver contratado ou exercido no exercício anterior; c) os benefícios ou vantagens, indiretas ou complementares, que tenha recebido ou esteja recebendo da companhia e de sociedades coligadas, controladas ou do mesmo grupo; d) as condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível; e) quaisquer atos ou fatos relevantes nas atividades da companhia. § 2º Os esclarecimentos prestados pelo administrador poderão, a pedido de qualquer acionista, ser reduzidos a escrito, autenticados pela mesa da assembleia, e fornecidos por cópia aos solicitantes. § 3º A revelação dos atos ou fatos de que trata este artigo só poderá ser utilizada no legítimo interesse da companhia ou do acionista, respondendo os solicitantes pelos abusos que praticarem. § 4º Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembleia-geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia. § 5º Os administradores poderão recusar-se a prestar a informação (§ 1º, alínea e), ou deixar de divulgá-la (§ 4º), se entenderem que sua revelação porá em risco interesse legítimo da companhia, cabendo à Comissão de Valores Mobiliários, a pedido dos administradores, de qualquer acionista, ou por iniciativa própria, decidir sobre a prestação de informação e responsabilizar os administradores, se for o caso. § 6º Os administradores da companhia aberta deverão informar imediatamente, nos termos e na forma determinados pela Comissão de Valores Mobiliários, a esta e às bolsas de valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação, as modificações em suas posições acionárias na companhia.

<sup>380</sup> Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II - com violação da lei ou do estatuto. § 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembleia-geral. § 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles. § 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres. § 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembleia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável. § 5º Responderá solidariamente com o

administrador.

Conforme exposto linhas acima, o dever de diligência por parte do administrador chega a ser trivial já que, sem isso, a mesma fatalmente estaria em sérios apuros. Ocorre, contudo, que um administrador diligentíssimo, altamente capacitado, pode não ser leal, ameaçando sobremaneira o desenvolvimento das atividades da sociedade gerida. Diligência e lealdade devem caminhar juntas, como duas faces da mesma moeda. De nada adianta o administrador diligente, mas desleal, tampouco o leal, mas negligente.

Nesse sentido, nota-se que dentre os diversos deveres dos administradores ao menos dois, em primeira escala, surgem com importância realçada, quais sejam, os deveres de diligência e de lealdade, cujo alcance deve se espraiar em todos os demais. Diligência e lealdade se apresentam como uma consequência do princípio da boa-fé objetiva positivado no art. 422 do Código Civil brasileiro, a exigir dos contratantes deveres de transparência, honestidade, lealdade, cooperação, ética, incidindo desde a fase précontratual, estendendo-se por todo o seu desenvolvimento e, inclusive, após o seu término. Judith Martins-Costa, ao analisar a importância da boa-fé objetiva no direito das obrigações, a classifica como “*topos subversivo do direito obrigacional*”.<sup>381</sup>

---

administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

<sup>381</sup> “Poder-se-ia questionar o forte adjetivo do título: convivendo no direito há dois mil anos, como poderia a boa-fé ‘subverter’, agora, o direito obrigacional? No entanto, assim ocorre: ‘Que fenômeno espantoso é este, da emergência – ou da ressurgência – desta noção, um tempo confinada a aplicações marginais no direito civil [...]’, questiona, estupefato, Patrick Henry, em prefácio a obra recente, manifestando ideia idêntica à de Clóvis do Couto e Silva, expressa na primeira epígrafe deste capítulo. Com efeito, no exame da boa-fé objetiva o primeiro tom é o da estupefação. No seu trato não se poupam os exclamativos, até os superlativos: um tema que mais se assemelha a “*une mer san rivages*”, na opinião de Simon David-Constant, uma concepção que origina um importante “*revirement doctrinal*” no direito obrigacional nas palavras de Ludo Cornelius, que constitui, enfim, a legítima expressão da pós-modernidade do direito, na leitura que é feita por Marcel Storme.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999 p. 409). Referência obrigatória em razão da densidade do estudo realizado a respeito da boa-fé é a obra de António Menezes Cordeiro. *Da boa-fé no direito civil*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2017. A acolhida do princípio da boa-fé objetiva, de inspiração civilista, em meio à doutrina societária, é total. Conquanto trate do dever de lealdade, Marcelo Vieira von Adamek afirma que o mesmo seria aplicável a todos os partícipes da relação societária, atentando à tríplice função da boa-fé objetiva: 1) cânone hermenêutico-interpretativo e integrativo; 2) limite ao exercício de posições jurídicas subjetivas e 3) fonte de deveres anexos de conduta. “O dever de lealdade aplica-se a todos os sujeitos da relação societária, na sua interação com a sociedade e com os sócios entre si. O controlador, pelo poder que tem de definir os rumos da sociedade, de decidir vinculadamente também para a minoria e, com isso, indiretamente dispor de patrimônio alheio, responde por deveres mais intensos de lealdade. No entanto, também a minoria pode, no exercício das suas posições jurídicas subjetivas, influir na esfera alheia, sobretudo quando dispõe do poder de bloquear determinadas deliberações societárias, e, por isso, também responde por deveres de lealdade. Em cada caso, porém a intensidade desses deveres depende da concreta situação jurídica do sócio e, para isso, têm influência a participação detida, os poderes de que é titular (se tem ou não certos direitos de minoria, de administração ou direitos especiais) e a estrutura real da sociedade – embora, em qualquer caso, até mesmo em autênticas sociedades de capitais haja deveres de lealdade entre os sócios. Tais

Para que se possa matizar com o rigor necessário no que consiste o dever de diligência, importa transcrevê-lo a seguir.

Dever de Diligência

Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

A “*diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios*” seria suficiente para, por exemplo, administrar uma companhia que opere com tecnologia de última geração? Essa indagação já foi respondida repetidas vezes pela doutrina que, de maneira uniforme, ensina que a redação empregada no dispositivo é atécnica, na medida em que deveria, com absoluta convicção, ter discriminado com maior refinamento qual é o grau de diligência exigível do administrador.

Nesse sentido, pode-se afirmar, inclusive, que a lei das sociedades anônimas deu um passo atrás em comparação com o vetusto Código Comercial de 1850, cujo artigo 142<sup>382</sup> corretamente distinguia o “comerciante” do “homem ativo e probo”, entendendo que àquele seria exigível maior conhecimento do mister a que se propusesse desempenhar.

A corroborar o posicionamento pela necessidade de que o conhecimento do administrador seja específico e profundo, vale observar o próprio art. 152 da Lei nº. 6.404, de 15.12.1976, cujo *caput* determina que, para fins de fixação da remuneração dos administradores, sejam observadas sua competência e reputação profissional. Ora, se para fins de pagamento de remuneração o exame da competência e reputação é mandatório, seria sobretudo lógico exigir o mesmo para o exercício desse importante mister.

---

deveres impregnam, outrossim, toda a relação societária e perduram não só durante o ciclo normal de execução do contrato, mas antes e depois dele, nas fases pré e pós contratual. Tal qual a boa-fé objetiva, da qual se despregou, o dever societário de lealdade é uma cláusula geral e, portanto, carece de mediação concretizadora; além disso, exerce a tríplice função de atuar como cânone hermenêutico e integrativo, limite ao exercício de posições jurídicas subjetivas e fontes de deveres anexos de conduta.” (ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de minoria em direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 63-64).

<sup>382</sup> Código Comercial de 1850. Art. 142. Aceito o mandato, o mandatário é obrigado a cumpri-lo segundo as ordens e instruções do comitente; empregando na sua execução a mesma diligência que qualquer comerciante ativo e probo costuma empregar na gerência dos seus próprios negócios. O art. 1.011 do novo Código Civil repetiu a redação do art. 153 da LSA, não fazendo qualquer distinção quanto à especificidade do conhecimento a ser empregado. Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios. Quanto à especificidade empregada pelo art. 142 do Código Comercial ao padrão de comportamento exigível do administrador, Modesto Carvalhosa comenta: “Trata-se de conceito abstrato que não implica um comportamento determinado, mas padrão de comportamento, ao qual se referiu o Código Comercial, em seu art. 142, quando determina que o mandatário deve demonstrar, na execução do mandato, ‘a mesma diligência que qualquer comerciante ativo e probo costuma empregar na gerência dos seus próprios negócios’”. (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 2 ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 230).

Ao administrador exige-se consideravelmente mais do que o padrão de diligência característico ao *bonus pater familiae*. O chamado “homem-médio”, de formação e conhecimento medianos, não tem vez.

Conhecimento profundo, a ser adquirido nas boas escolas de administração, economia, engenharia de produção, aliado à rica experiência prática, são ingredientes essenciais, sem os quais agir de maneira diligente torna-se bastante arriscado, para não dizer temerário. O *bonus pater familiae*<sup>383</sup> foi substituído pelo *businessman* – no vernáculo, o homem experiente de negócios.<sup>384</sup> Assim, vê-se que a Lei nº. 6.404 poderia ter adotado redação similar à empregada pelas leis alemã, portuguesa, espanhola, argentina e norte-americana, cujos textos se referem a uma qualificação diferenciada para o exercício do mister.<sup>385</sup>

---

<sup>383</sup> “Em verdade, percebe-se que a referência ao bom pai de família pode simplesmente inviabilizar qualquer apreciação, uma vez que se considere este um padrão único, válido para todos os quadrantes do globo e para todas as épocas” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 14-15). “Quem já viu o homem médio? Quem conhece o ‘bom pai de família?’” (PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. 2 ed. v. LIII. Rio de Janeiro: Borsóí, 1966. p. 50).

<sup>384</sup> A derrocada do “homem-médio”, substituído pelo homem experiente de negócios, é vista de forma uníssona pela doutrina. EIZIRIK, Nelson. *Deveres dos administradores de S.A. Conflito de Interesses. Diretor de S.A. indicado para conselho de companhia concorrente*. In *Temas de direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 68. “O dever de diligência, de acordo com o moderno direito societário, não pode mais ser entendido simplesmente como o cuidado do bom pai de família. Atualmente, para se verificar se um administrador observou o dever de diligência, é preciso comparar, hipoteticamente, sua atuação com o de um bom administrador de empresas. Ou seja, avaliar, caso a caso, qual seria a atitude recomendável, naquelas circunstâncias específicas, naquele tipo de negócio, de acordo com as normas da ciência da administração de empresas. Neste sentido, destaca-se a Lei alemã (*AktG*) de 1965 que determina, em seu art. 93, que ‘os membros da direção devem dar à sua gestão os cuidados de um administrador competente e consciencioso’”. CARVALHOSA, Modesto. Op. cit. p. 228: “São insuficientes os atributos de diligência, honestidade e boa vontade para qualificar as pessoas como administradores. É necessário que se acrescente a competência profissional específica, traduzida por escolaridade ou experiência e, se possível, ambas. O próprio art. 152 expressamente estabelece esses requisitos, ao falar em competência, reputação profissional e tempo de dedicação às suas funções”. MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. v 2. t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 361-362. “Constituindo a sociedade anônima uma instituição, se bem que os administradores possam praticar atos que ultrapassem os que lhe são impostos pela lei ou pelo estatuto, tem-se que requerido para esses administradores qualificações profissionais especializadas, donde os simples cuidados de um homem ativo e probo (ou, na expressão clássica, a diligência de um bom pai de família) serem insuficientes para capacitar tais pessoas a dirigirem as sociedades anônimas.”

<sup>385</sup> Flávia Parente, em obra exclusivamente dedicada ao dever de diligência dos administradores, fez um apanhado das legislações de Portugal, Espanha, Argentina e Estados Unidos da América, cujos textos referem-se a um *plus* na qualificação do administrador: “O dever de diligência encontra-se previsto no Código das Sociedades Comerciais português (Decreto-lei nº. 49.381, de 15.11.1969), no seu artigo 64º, que dispõe que: ‘os gerentes, administradores ou diretores de uma sociedade devem atuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores.’ [...] Posteriormente, a Lei das Sociedades Anônimas espanhola, de 1951 (*Ley de 17 de Julio de 1951 de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas*), abandonou a concepção tradicional da figura do administrador como mandatário para concebê-lo como órgão da sociedade. Com a adoção desse novo modelo, substituiu-se a figura do bom pai de família e passou-se a exigir dos administradores, no desempenho de seu cargo, a diligência de ‘*un ordenado comerciante y de un representante leal*’. [...] Com a reforma legislativa empreendida em 1989, o dever de diligência passou a ser tratado no artigo 127.1 da atual Lei das Sociedades Anônimas espanhola, nos seguintes termos: ‘*Artículo 127. Ejercicio del cargo. 1. Los administradores desempeñarán su cargo con la*

Waldírio Bulgarelli acrescentou às críticas formuladas argumento relevante, considerando que a redação do art. 153, ao se referir à diligência que todo homem ativo e probo aplicaria como se estivesse na gestão de seu próprio negócio, atrairia a aplicação das regras do mandato, como se entre a sociedade e o administrador ainda houvesse uma relação fundada meramente num contrato de mandato, o que seria de todo reprovável.

Estabeleceu a regra geral de que o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios, o que é regra típica do mandato, não se coadunando com a concepção do órgão, e também é totalmente inócua em termos de eficiência, pois se o administrador cuidar mal dos seus negócios não se quer que da mesma forma aja com a companhia.<sup>386</sup>

Ora, entre o administrador e a sociedade não há uma pura e simples relação de mandato, o que pode se explicar de diversas maneiras. O administrador, ao agir perante terceiros, o faz em nome da própria sociedade. A bem da verdade, é a própria sociedade que aparece perante terceiros, meramente representada pela voz de seu administrador. Essa singela explicação ecoa no *caput* do art. 158, ao definir que o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão, respondendo, porém, apenas se atuar com culpa, dolo ou violando a lei e/ou o estatuto social.<sup>387</sup>

---

*diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal.* [...] O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas, assim o de lealdade, encontram-se disciplinados no artigo 5 da Lei de Sociedades Comerciais argentina (Lei nº. 19.550, de 1972) que dispõe que *‘los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios’*”. (PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 55-63). Vale dizer que em Portugal encontra-se em vigor o Decreto-Lei nº. 262, de 2.9.1986, cujo texto do art. 64º segue referindo-se a um padrão de qualificação mais refinado para o administrador. Quanto à regulação dos Estados Unidos da América, a autora explica que o § 8.30 do *Model Business Corporation Act*, de 1984, teve sua redação sensivelmente alterada em 1999, suprimindo-se o item (2) cujos dizeres mencionavam a *“ordinarily prudent person”*, entendendo-se, a partir de então, que o padrão de diligência exigível seria mais qualificado. “Em 1999, a redação do 8.30 (a) do *Model Act* foi alterada para eliminar o item (2) do preceito, uma vez constatada a inadequação da referência a *“ordinarily prudent person”* às funções do administrador. Com efeito, o administrador de uma sociedade não pode ser equiparado a uma *“pessoa comum”*. (Ibid. p. 66).

<sup>386</sup> BULGARELLI, Waldírio. *Manual das sociedades anônimas*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 160. Também Modesto Carvalhosa: “O exercício dessa configuração legal configura a representação orgânica. Não existe na espécie mandato, na medida em que inexistem duas pessoas: representante e representado. Na representação da companhia há tão somente a própria companhia. O diretor não é mandatário da sociedade. Como seu administrador, exerce o poder legal de manifestar a vontade dela. Não há dualidade entre o titular e órgão – o diretor – e a companhia. Na realidade, não existe representação, mas a corporificação da companhia, pelo seu diretor, nas obrigações contraídas pela sociedade”. (CARVALHOSA, Modesto. Op. cit. p. 305).

<sup>387</sup> Não é sem razão que Pontes de Miranda trata da *‘representação’* da pessoa jurídica, e não da *‘representação’*. (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Parte Geral. Tomo I: Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: RT, 1977).

Em síntese, o dever de diligência determina que o administrador não seja dotado somente de conhecimento/experiência comuns, ordinários, o que o aproximaria do homem-médio. Embora a redação constante no art. 153 não permita essa conclusão, o que se extrai do enunciado normativo é que esses deverões ser aprofundados. A questão que fica, contudo, é: o quanto de conhecimento e informação bastam? A diligência, assim, desdobra-se da seguinte forma: (i) qualificar-se para o exercício do mister; (ii) informar-se; (iii) vigiar e investigar e (iv) informar a quem de direito adequadamente.

#### 2.4.2.1. Qualificar-se

Qualificar-se para o exercício da administração é fundamental. Como se observou no item anterior, não há espaço para o ordinário, para o mediano. A administração de uma sociedade é complexa. As inúmeras atividades a que a sociedade poderá dedicar-se – indústria, comércio, tecnologia, finanças, seguros etc. – operarão como um componente adicional, a exigir do administrador que se cerque de pessoas cujo conhecimento toque nessas áreas específicas.

No que concerne à qualificação do administrador, a doutrina diverge quanto à necessidade de perícia<sup>388</sup> propriamente dita ou de um conhecimento geral capaz de subsidiar a tomada de decisão.<sup>389</sup> Cristina Guerrero Trevijano apresenta uma conclusão serena a respeito, explicando que a falta de qualificação para o exercício do cargo corresponderá à falta de diligência e, portanto, suscitará a responsabilidade. Entre a perícia e o conhecimento mais amplo, a autora defende a segunda opção, o que se parece juridicamente defensável.

---

<sup>388</sup> Pela necessidade de perícia, F. Galgano: “La pericia es un aspecto necesario de la diligencia de los administradores.” (GALGANO, Francesco. *Il nuovo diritto societario*. In *Trattato di Diritto Comm. e Dir. Pub.* Ec. v. XXIX, 2003, p. 277 et seq.).

<sup>389</sup> Fernández Sánchez Calero critica a necessidade de perícia. Segundo afirma, tal exigência é inviável, considerando a multiplicidade de decisões a cargo do administrador: “ha de entenderse que el nivel de diligencia exigible al administrador no ha de ser excesivamente elevado, ya que es preciso conceder a los administradores un amplio margen de discrecionalidad en la toma de decisiones relativas a los negocios, ya que sin él no puede desarrollarse la actividad empresarial”. (SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Los administradores en las sociedades de capital*. Navarra: Thomson-Civitas, 2005. p. 167).



La cuestión, a nuestro juicio, radica en determinar a qué se refiere esta exigencia de pericia a la que en ocasiones alude nuestra doctrina para caracterizar la «diligencia profesional» de los administradores, si se trata de una pericia en sentido estricto o de una noción de pericia entendida como una especial atención o cuidado. La falta de conocimientos técnicos del administrador se considerará como falta de diligencia – y, por tanto, fuente de responsabilidad – cuando no se haya preocupado de solucionar sus lagunas de conocimiento recurriendo a competentes expertos, asesores y colaboradores. [...] En otras palabras, debe ser un experto en la «profesión de administrar» y, en virtud de una actitud prudente, responsable y consecuente, sólo aceptará el cargo cuando considere realmente capacitado para llevar a cabo la actividad que le es encomendada.

La pericia puede entenderse, pues, como un particular modo de comportarse para alcanzar una decisión teniendo en cuenta toda la información posible. Por estas razones, lo único que es plenamente exigible y que, por tanto, constituye la base de la diligencia debida por el administrador, es que su actuación sea de buena fe, prudente, informada y responsable.<sup>390</sup>

Diante de problemas decorrentes da falta de qualificação para o exercício do mister as escusas evasivas, baseadas justamente na ausência de qualificação, não têm valia. É dizer, ou bem se tem a qualificação para, então, administrar ou, logo de início, que se declare a impossibilidade para tanto, sob pena de arcar com as consequências legais (regulatórias, administrativas, civis etc).

Nos Estados Unidos da América, o caso mais lembrado em matéria do dever de qualificar-se é o *Francis v. United Jersey Bank*,<sup>391</sup> assim resumido: Lilian Pritchard, viúva de Charles Pritchard – à época CEO, assumiu a posição do falecido à frente da Pritchard & Baird Intermediaries Corporation (P&B), uma empresa dedicada à corretagem de resseguro.

A respeito da atividade da empresa, vale dizer que na qualidade de corretora de resseguro a mesma, habitualmente, ao receber os prêmios pagos pelas seguradoras com vistas à contratação do resseguro, os retinha em sua conta corrente até que, posteriormente, os

---

<sup>390</sup> GUERRERO TREVIANO, Cristina. *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters/Aranzadi, 2014. p. 116-123. Em tradução nossa: “A questão, a nosso juízo, consiste em determinar a que se refere esta exigência de pericia que, em ocasiões, alude a nossa doutrina para caracterizar a ‘diligência profissional’ dos administradores, se se trata de pericia entendida como uma especial atenção ou cuidado. [...] A falta de conhecimentos técnicos do administrador se considerará como falta de diligência – e, portanto, fonte de responsabilidade – quanto não tenha se preocupado em solucionar as suas lacunas de conhecimento recorrendo a competentes *experts*, assessores e colaboradores. [...] Em nossas palavras, deve ser um *expert* na ‘profissão de administrar’ e, em virtude de uma atitude prudente, responsável e consequente, somente aceitará o encargo quando se considere realmente capacitado para concluir a atividade que lhe é endereçada. [...] A pericia pode entender-se, pois, como um particular modo de se comportar para chegar a uma decisão tendo em conta toda a informação possível. Por essas razões, o único que é plenamente exigível e que, portanto, constitui a base da diligência devida pelo administrador, é que sua atuação seja de boa-fé, prudente, informada e responsável.”

<sup>391</sup> *Francis v. United Jersey Bank*. 87 N.J. 15, 432 A.2d 814, 1981 N.J. Lexis, 1652 (N.J. July 1, 1981).

repassava aos resseguradores.<sup>392</sup> Os saldos que permaneciam em conta corrente eram relevantes. Antes do falecimento de Charles Pritchard, os filhos do casal já participavam da administração da sociedade, mas, sob o olhar de seu pai, não se verificava qualquer tipo de intercorrência.

Após o falecimento de Charles Pritchard, os filhos do casal passaram a tomar “empréstimos” da empresa, provenientes da conta de prêmios de resseguro que permaneciam sob a responsabilidade da mesma até que houvesse a transferência aos resseguradores. O problema é que os mesmos jamais retornaram essas quantias ao caixa da empresa, implicando, tempos depois, em sua quebra,<sup>393</sup> tudo sob o olhar leniente da então *CEO*, Lillian Pritchard.

Além de negligenciar quanto ao dever de se informar a respeito do que se passava no cotidiano da empresa,<sup>394</sup> pode-se afirmar que a Sra. Pritchard falhou duplamente, na medida em que não tinha a menor qualificação para administrá-la. Embora ela não estivesse obrigada a saber os mínimos detalhes do que ocorria, os fatos revelam a mais absoluta falta de controle a respeito do que se passava. A sua ausência no cotidiano da administração não justificaria, jamais, a isenção de responsabilidade. Muito ao contrário, acabou representando um fator determinante à sua responsabilização.

No que diretamente importa ao dever de se qualificar para o exercício da administração, a Sra. Pritchard procurou defender-se ao argumento de que acabara de ficar viúva, que não tinha o discernimento necessário para assumir a complexa função. Essas razões acabaram motivando a sua condenação.<sup>395</sup> Como se afirmou, qualificar-se para o exercício da administração é fundamental.

---

<sup>392</sup> Trechos do acórdão: “Typically, brokers in the reinsurance business hold funds from the ceding and reinsuring companies in a separate account and pay each party from that account. The former CEO of P&B, Charles Pritchard, Sr. (the husband of Lillian Pritchard) did not practice this method, but he still ensured that the funds deposited by third parties were never used as personal funds”.

<sup>393</sup> Trechos da decisão: “Once the sons had control they took out personal loans from the account but never paid back the loans or any interest. This practice of misappropriating funds continued until P&B could no longer meet their obligations, and they went into bankruptcy.”

<sup>394</sup> O dever de informar-se será tratado no próximo item.

<sup>395</sup> Trechos do acórdão: “Lillian Pritchard, as a director on the Board, had a duty of care in managing the business. She did not have to know every detail of day-to-day operations, but she needed to have a baseline understanding of the finances and important activities. If she did not understand the activities, then she was obligated to consult counsel for advice. Her absence from the business did not excuse her duties. The court determined that if she did intervene in the dubious financial decisions of her sons, or at least consulted an attorney or expert, it may have prevented her sons from fleecing the company. Therefore, her lack of care was a proximate cause of the damages to the company and the third parties who relied upon the company. Because of the nature of the business (holding assets of third parties), she was liable to the third parties for any damages.”

#### 2.4.2.2. Informar-se

Para além de se qualificar para, então, estar em condições de administrar, o administrador, no processo de tomada de decisão, deve informar-se a respeito dos principais elementos que conduzirão a sua conclusão.<sup>396</sup> Essa assertiva pode parecer redundante já que, em condições normais, seria completamente desarrazoado pensar na tomada de uma decisão relevante desguarnecida das informações necessárias. No entanto, a experiência prática revela que não há redundância, como será demonstrado a seguir.

Um dos precedentes mais citados nos Estados Unidos da América a tratar do dever de se informar, com repercussões mundo afora,<sup>397</sup> observa-se no caso *Smith v. Van Gorkom*.<sup>398</sup> Em síntese, Jerome Van Gorkom, na qualidade de *chief executive officer* (CEO) e presidente

<sup>396</sup> Cristina Guerrero Trevijano o classifica como um “*derecho-deber de información*” (GUERRERO TREVIJANO, Cristina. Op. cit. p. 158). “Todo administrador de cualquier sociedad, para desempeñar como es debido sus funciones, tiene que estar informado de lo que ocurre en la empresa. La información es un componente sustancial del deber de diligencia, pues no puede considerarse diligente quien pretende gestionar una sociedad ignorando, en mayor o menor medida, lo que sucede en ella”. (MUÑOZ PAREDES. J. M. *La información de los consejeros en la sociedad anónima*. Pamplona: Aranzadi, 1999. p. 28).

<sup>397</sup> As referências que citam o caso são inúmeras e provenientes de diversos países. *E.g.*, remete-se às seguintes: Brasil – PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. PARGENDLER, Mariana. *Responsabilidade civil dos administradores e business judgment rule no direito brasileiro*. In *Revista dos Tribunais* v. 953/2015, p. 51-74, mar. 2015. QUATTRINI, Larissa Teixeira. *Os deveres dos administradores de sociedades anônimas abertas: estudo de casos*. São Paulo: Saraiva, 2014. Estados Unidos da América: PEASE, Donald E. *Outside directors: Their importance to the corporation and protection from liability*. In *Delaware Journal of Corporate Law*. v. 12. 1987, p. 25-106. Disponível em Hein on line. EISENBERG, Melvin Aron. *The Director’s Duty of Care in Negotiated Dispositions*. In *University of Miami Law Review*. Rev. 579, 196-1997. p. 580. GOLDBERG, Mindy. *The business judgment rule, due care and experts. How much information is enough?* In *Journal of law and commerce*. v. 7: 225, 1987. p. 225-242. Espanha – GUERRERO TREVIJANO, Cristina. *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters/Aranzadi, 2014.

<sup>398</sup> *Smith v. Van Gorkom*. 488 A.2d 858, 874 (Del. 1985). Flávia Parente relata o caso detalhadamente. *Ibid.* p. 79-82. A doutrina também se refere reiteradamente ao caso *Aronson v. Lewis* - 473 A.2d 805, 1984 Del. LEXIS 305 (Del. Mar. 1, 1984). “The standard for informed decision making was established by the Delaware Supreme Court in *Aronson v. Lewis*, “in which the court restated Delaware’s business judgment rule and its limitations. According to the court, the directors have a duty to inform themselves of all material information reasonably available to them before making a business decision and, after so arming themselves, act with requisite care. The informational requirement of *Aronson* certainly includes a director’s duty to attend board and committee meetings. In addition, outside directors should insist that management establish a system to ensure that they have sufficient information to fulfill their responsibilities. This means that relevant material information about any action proposed to be taken at a board meeting should be furnished to the directors in time sufficient to review it.” (PEASE, Donald. Op. cit. p. 54).

do conselho de administração da *Trans Union Corporation*, além de ser detentor de 75.000 das 20.000.000 de ações da companhia em circulação, quando se encontrava bem próximo de sua aposentadoria compulsória segundo o estatuto, aos 65 (sessenta e cinco anos), solicitou que fosse realizado um estudo a fim de avaliar qual seria o melhor caminho a ser seguido pela empresa: se fechar o capital aberto em bolsa, ou vendê-la imediatamente.

Ao receber informações iniciais a respeito da cotação das ações, o valor das mesmas encontrava-se oscilando entre US\$ 24 e US\$ 39. Van Gorkom contratou um renomado especialista em avaliação de empresas com vistas à sua alienação, Jay Pritzker que, de pronto, o assessorou em seu propósito de vendê-la e apresentou o valor equivalente a US\$ 55 por ação o que, aparentemente, gerava algum conforto diante dos valores originalmente analisados (entre US\$ 24 e 39). Pritzker também definiu um prazo fatal e célere à conclusão da venda.

Jerome Van Gorkom convocou às pressas uma reunião do conselho de administração que, pressionado, não solicitou quaisquer informações adicionais e aprovou a venda. Os conselheiros contentaram-se com uma apresentação oral feita por Gorkom, cuja duração foi de apenas vinte minutos.

No curso da brevíssima negociação chegou ao conhecimento da companhia oferta por ação no valor de US\$ 60, então desprezada, a revelar o aqodamento com que a negociação foi concluída. Para refutar a oferta, Gorkom afirmou que o potencial comprador estabeleceu um prazo para a aceitação de sua proposta, de sorte que se o conselho de administração não agisse rápido o negócio malograria. Os fatos ainda relatam que Gorkom assinou a documentação conclusiva da venda enquanto, tranquilamente, assistia a uma ópera.

A insatisfação dos acionistas da companhia foi materializada em ação proposta contra Van Gorkom e todos os demais membros do conselho de administração perante o Tribunal de Delaware,<sup>399</sup> cuja decisão os reputou responsáveis, ao argumento de que o dever de se informar fora violado. Os administradores buscaram defender-se ao argumento de que Van Gorkom teria se assessorado de um especialista na avaliação de companhias – Jay Pritzker – contudo, aos olhos da Corte, a hipótese se tratava, na realidade, de negligência grave por parte

---

<sup>399</sup> Delaware is world-renowned for its efficient and professional court system, which is particularly prominent in the areas of corporate, business, and commercial law. For many experienced lawyers throughout the world, the principal reasons to recommend organizing in Delaware are the Delaware courts and the body of case law developed by those courts. They point, in particular, to the Court of Chancery. Delaware's Court of Chancery is the nation's preeminent business court. (<http://corplaw.delaware.gov/eng/litigation.shtml>, acessado em 24.8.2018).

dos conselheiros que, minimamente, não buscaram informações a respeito do negócio que se encontravam prestes a cancelar.

Os principais subsídios trazidos pela defesa – o prazo curto para aceitação da oferta de Jay Pritzker e o preço aparentemente positivo (48% a mais do que o valor de mercado) – foram considerados irrelevantes.

A Corte concluiu que os administradores, ao não se informarem e aceitarem sem maiores questionamentos a proposta de Pritzker, agiram com grave negligência (*gross negligence*) e violaram o dever de diligência.

Segundo os julgadores, os membros do *board* confiaram, passivamente, nas informações fornecidas por Van Gorkom e pelo *chief financial officer*, sem realizarem maiores investigações sobre a matéria, não tendo descoberto, inclusive, que Van Gorkom não apenas iniciou as tratativas, como também sugeriu o valor de venda das ações. O *board* não investigou, ainda, que tipos de estudos sobre o valor da companhia estavam sendo realizados pelo *chief financial officer* e por que motivo ele entendia que o valor oferecido por Pritzker estava apenas no início da faixa do que deveria ser considerado um preço justo.<sup>400</sup>

Como resultado do julgamento, a pretensão foi considerada procedente, mediante a responsabilização de todos os membros do conselho de administração, incluindo Van Gorkom. A condenação correspondeu à monta de US\$ 23,5 milhões, pagos da seguinte forma: US\$ 10 milhões pela seguradora que emitiu a apólice do seguro *D&O*; os US\$ 13,5 remanescentes foram pagos por Jay Pritzker, revelando um acerto de contas entre ele e os membros do conselho de administração.

Pode-se afirmar que a percepção em torno da responsabilidade de administradores nos Estados Unidos da América foi sensivelmente alterada como consequência da condenação de Van Gorkom e todos os conselheiros, havendo, na doutrina, vozes harmônicas,<sup>401</sup> que

<sup>400</sup> PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 81-82. Os seguintes trechos do acórdão bem resumem o seu racional: “The determination of whether a business judgment is an informed one turns on whether the directors have informed themselves ‘prior to making a business decision, of all material information reasonably available to them.’ Under the business judgment rule there is no protection for directors who have made ‘an unintelligent or unadvised judgment.’ The directors (1) did not adequately inform themselves as to Van Gorkom’s role in forcing the ‘sale’ of the Company and in establishing the per share purchase price; (2) were uninformed as to the intrinsic value of the Company; and (3) given these circumstances, at a minimum, were grossly negligent in approving the ‘sale’ of the Company upon two hours’ consideration, without prior notice, and without the exigency of a crisis or emergency. [...] Without any documents before them concerning the proposed transaction, the members of the Board were required to rely entirely upon Van Gorkom’s 20-minute oral presentation of the proposal. No written summary of the terms of the merger was presented; the directors were given no documentation to support the adequacy of \$55 price per share for sale of the company; and the Board had before it nothing more than Van Gorkom’s statement of his understanding of the substance of an agreement which he admittedly had never read, nor which any member of the Board had ever seen.”

<sup>401</sup> Por exemplo, SCHWARTZ & WILES. *Trans Union: Neither ‘New’ Law Nor ‘Bad’ Law*. 10 J. L. 429, 431 (1985). William Prickett, counsel DEL. CORP. for the plaintiffs, stated: “[T]he

respaldaram a decisão, e outras que a repeliram, classificando-a como “*bad law*” ou “*one of the worst decisions in the history of corporate law*.”<sup>402</sup>

As manifestações antagônicas quanto à conclusão do Tribunal de Delaware decorreram, essencialmente, do fato de que os membros do conselho de administração da Trans Union eram majoritariamente externos, o que deveria ter implicado numa relativização de sua responsabilidade. Eles não poderiam ser punidos pela confiança que nutriram na apresentação realizada por Van Gorkom.<sup>403</sup> O entendimento da Corte, no entanto, acabou sendo uniforme para todos os conselheiros, independentemente do fato de serem internos ou externos, muito provavelmente em virtude de uma afirmação de seu próprio advogado que, quando questionado pelo Tribunal, informou que não haveria quaisquer diferenças no tocante à composição do conselho.<sup>404</sup>

Como consequência desse julgamento, houve um enrijecimento do regime de

assertions that Trans Union is either a radical decision or in any way changes the law of Delaware so far as the business judgment rule and its presumptions are concerned is simply incorrect.” (PRICKETT. *An Explanation of Trans Union to "Henny-Penny" and Her Friends*. 10 DEL. J. Com' L. 451, 460. 1985). Mr. Prickett further observed that the “decision in Trans Union was the only justifiable result in the light of: (1) the egregious record of repeated instances of gross negligence by the Trans Union Board, and (2) the existing Delaware law.”

<sup>402</sup> A propósito da contronversia, Bayless Manning, em artigo publicado no *Business Lawyer*, afirmou: “*The corporate bar generally views the decision as atrocious*.” (MANNING. *B. Reflections and Practical Tips on Life in the Boardroom After Van Gorkom*. 41 Bus. 1. 1985). Fischel afirmou que Van Gorkom foi “*one of the worst decisions in the history of corporate law*.” (FISCHEL. *The Business Judgment Rule and the Trans Union Case*. 40 Bus. LAW. 1437, 1455. 1985).

<sup>403</sup> Nesse exato sentido, entre tantas, a manifestação de Melvin A. Eisenberg: “In my own view, the process employed by the directors other than Van Gorkom satisfied the second prong of the disposition principle, because the board reasonably relied on Van Gorkom’s assurances that the merger agreement contained or would contain an effective Market test. The court held that the directors could not have reasonably relied on Van Gorkom’s representation that there was or would be such a test. I think the court was wrong about whether the directors could have reasonably relied on those assurances, but that is a different issue than the standard of review.” (EISENBERG, Melvin A. *The Director's Duty of Care in Negotiated Dispositions*. In *University of Miami Law Review*. Rev. 579, 196-1997. p. 580. p. 596).

<sup>404</sup> Cinco dos dez membros do conselho de administração da Trans Union eram externos. Quanto à possibilidade de tratá-los de maneira distinta, o tema foi suscitado por ocasião do julgamento e o advogado dos conselheiros respondeu negativamente. Se tivesse respondido afirmativamente, o desfecho poderia ter sido outro. Em artigo acerca do tema, Robert Hamilton formulou a seguinte pergunta: “Why did the defendants’ lawyers in Van Gorkom [Trans Union] adopt ‘an all for one and one for all’ approach? Assuming there was negligence is it not clear that some of the directors might have had a defense that would not have been available to Van Gorkom himself and possibly other inside directors?” (HAMILTON, R. Hamilton. *Corporations, including partnerships and limited partnerships*. 563-64 n. 20. 3d ed. 1986). Vale, a propósito, transcrever o debate havido entre o juiz e o advogado dos conselheiros a respeito desse ponto específico: “Justice Moore: Is there a distinction between Chelberg and Van Gorkom [inside directors] and the other defendants? [the three other inside directors and the five outside directors] Counsel: No, sir. Justice Moore: None whatsoever? Counsel: I think not.” (Transcript of Argument in Delaware Supreme Court at 49, Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (Del. 1985). Com relação à possível distinção entre conselheiros internos e externos, a Corte, então, decidiu: “[S]ince all of the defendant directors, outside as well as inside, take a unified position, we are required to treat all of the directors as one as to whether they are entitled to the protection of the business judgment rule; and (2) that considerations of good faith, including the presumption that the directors acted in good faith, are irrelevant in determining the threshold issue of whether the directors as a Board exercised an informed business judgment.”

responsabilidade de administradores nos Estados Unidos da América, o que acabou motivando um crescimento considerável na emissão de apólices de seguro *D&O*.<sup>405</sup> Sopesados as críticas e os elogios à decisão, os contornos fáticos do caso, realmente, querem demonstrar que houve negligência por parte dos conselheiros, independentemente de serem externos ou internos. Uma decisão de vender uma companhia não pode ser precedida por, apenas, uma apresentação oral de vinte minutos, não respaldada pelo exame de quaisquer documentos. Por melhores e mais técnicos que sejam os conselheiros, a diligência requer, além do dever de se informar (claramente violado no caso), o dever de investigar os dados e as circunstâncias que lhes forem exibidos. A confiança cega corresponde à falta de diligência.<sup>406</sup>

A controvérsia semeada pelo caso *Smith v. Van Gorkom* propôs uma indagação: quanto informado deverá estar um administrador para decidir?<sup>407</sup> Noutras palavras, como obter segurança quanto ao cumprimento do dever de se informar?

#### 2.4.2.2.1. Proposta de critério para o cumprimento do dever de se informar

Em artigo que, essencialmente, trata da *business judgment rule*, tema que, nesta tese, será enfrentado posteriormente, Mindy Goldberg<sup>408</sup> estabeleceu um critério a fim de gerar alguma segurança ao administrador quanto ao cumprimento do dever de se informar, e o fez, justamente, a partir das bases adotadas pela Corte de Delaware no referido caso *Smith v. Van Gorkom*. Em síntese, não obstante as variantes pertinentes a cada caso concreto, o critério proposto pela autora possui cinco passos, a saber:

<sup>405</sup> Nesse sentido: TRAUTMAN, Lawrence J. *D&O Insurance: A primer*. 1 Am. U. Bus. L. Rev. 337 2011-2012. Disponível em Hein on line. p. 340.

<sup>406</sup> “De acordo com o dever de diligência, os administradores podem, a princípio, confiar nas informações que lhes são fornecidas por outros administradores, empregados ou consultores. No entanto, eles não podem confiar ‘cega e passivamente’ em tais informações.” (EIZIRIK, Nelson et al. *Parâmetros da decisão no caso Smith v. Van Gorkom, da Suprema Corte de Delaware*. In *Mercado de Capitais – Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 414).

<sup>407</sup> A mesma pergunta foi formulada por Alexandre Couto e Silva. “Por fim, a decisão levantou a questão da determinação da quantidade de informação necessária para se estar protegido pela *business judgment rule*.” (SILVA, Alexandre Couto e. *Responsabilidade dos administradores de S/A: business judgment rule*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 155).

<sup>408</sup> GOLDBERG, Mindy. *The business judgment rule, due care and experts. How much information is enough?* In *Journal of law and commerce*. v. 7: 225, 1987. p. 225-242.

- (i) A depender da magnitude do negócio, o volume de informação exigível variará. Exemplificativamente, uma fusão ou aquisição demandará consideravelmente mais informação do que a criação de uma nova gerência. Quanto maior for a complexidade, mais informação, e vice-versa;<sup>409</sup>
- (ii) O período de tempo disponibilizado aos administradores para avaliar o negócio. Complexidade requer o “amadurecimento” das ideias, tempo para reflexão. É, além de se informar, refletir a respeito de todos os impactos possíveis, tanto para dentro da sociedade, quanto para fora. À medida que a questão ganhe complexidade, mais tempo será necessário;<sup>410</sup>
- (iii) O custo à obtenção de toda a informação necessária. Observando o exemplo referido no item (i), uma decisão relacionada a uma fusão ou aquisição ensejará o custo de “x” moedas. Será contraproducente gastar as mesmas “x” moedas ao decidir a respeito da abertura de uma nova gerência.<sup>411</sup>

O receio quanto à tomada de uma decisão não poderá onerar a companhia a ponto de comprometer o seu caixa, o seu fluxo de pagamentos. Desta assertiva, duas percepções são importantes: 1. O administrador deverá preservar a sua ousadia, isto é, o seu apetite pelo risco, pela inovação;<sup>412</sup> 2. Os custos com a tomada de decisão não poderão ser maiores do que o eventual benefício, o que seria ilógico e contraproducente;<sup>413</sup>

<sup>409</sup> “These factors include the magnitude of the decision to be made. For example, a question of whether to approve a merger obviously would require more information than deciding whether to add a new management department in the corporation.” (Ibid. p. 241).

<sup>410</sup> “The court should then consider the timeframe available to the directors for acquiring the information prior to the time the decision was to be made.” (Ibid. p. 241).

<sup>411</sup> “As a next step, the court should consider the costs related to obtaining all relevant information.” (*Idem.* p. 241).

<sup>412</sup> “O modelo teórico do bom pai de família, proveniente do direito romano, remete a uma pessoa conservadora e avessa a riscos, preocupada mais em preservar o patrimônio do que em aumentá-lo. A estrutura da companhia pressupõe a propensão ao risco empresarial e, muitas vezes, a adoção de posturas criativas e inovadoras”. (CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. *Deveres e responsabilidades*. In LAMY FILHO, Alfredo. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. (Org). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1.101).

<sup>413</sup> A propósito do engrandecimento dos custos com a obtenção de documentos capazes de subsidiar a tomada de decisão, Cândido Paz-Ares atenta à gravidade dessa circunstância, chamada na Espanha de “murallas de papel”: “El riesgo de error y la aversión al riesgo provocan también una forma de precaución altamente ineficiente. Me refiero al fenómeno de las ‘murallas de papel’. Las reglas de responsabilidad rigurosas conducen, en efecto, a rodear de barreras defensivas cualquier operación, a ‘amurallarla’ con toda clase de papeles, dictámenes y opiniones de expertos (certificaciones de auditores sobre la exactitud de estados financieros; opiniones de bancos de negocios sobre la valoración de activos y proyectos; análisis de ingenieros sobre costes de producción; informes jurídicos de toda clase, etc.). Es natural que sea así: cuando percibimos el riesgo de salir malparados,



(iv) A credibilidade daqueles que prestam as informações. A qualidade da fonte será relevante nesse quesito. Agências de classificação de risco, bancos de investimento, escritórios de advocacia, pareceres de *experts* etc. Quão mais acreditada for a fonte, melhor respaldada estará a posição do administrador ao decidir;<sup>414</sup>

(v) A situação negocial em que a empresa estiver também será relevante para o exame. A insolvência, seja já deflagrada ou iminente, deverá gerar maior cautela por parte do administrador.<sup>415</sup>

O critério proposto por Mindy Goldberg consiste em aplicar os fatos pertinentes a cada caso concreto aos cinco passos acima referidos, considerando o padrão de conduta que se espera de um administrador experiente, o *businesss man*, não o homem-médio, como se observou anteriormente.<sup>416</sup>

Ilustrando a funcionalidade do critério, os fatos ocorridos no caso *Smith v. Van Gorkom* justificam a condenação imposta pela Corte de Delaware aos membros do conselho de administração da Trans Union Corporation. Os passos (i) volume de informações necessárias e (ii) tempo para o amadurecimento e reflexão foram claramente violados já que praticamente não houve acesso à informação, tampouco tempo para refletir sobre os seus impactos. Com relação ao custo à obtenção das informações (iii), não há maiores detalhes. Sobre o passo (iv) credibilidade dos que prestam as informações, os fatos relatados dão conta de que Jay Pritzker, o especialista em avaliação de companhias consultado por Jerome Van Gorkom, sem embargo de sua possível expertise, tinha total interesse na conclusão do negócio

---

todos tendemos a cubrirnos. Los efectos de este tipo de cautelas no son, sin embargo, inocuos. A menudo, provocan un dispendio poco productivo de los recursos de la sociedad, tanto en términos de tiempo gerencial como de dinero de caja. El perjudicado, a la postre, es el propio accionista, cuyo interés pretende protegerse mediante el endurecimiento del régimen de responsabilidad.” (PAZ-ARES, Cándido. *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*. In *Revista para el Análisis del Derecho*. ISSN-e 1698-739X, nº. 4, 2003. p. 10). Também nesse sentido Cristina Guerrero Trevijano. *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters/Aranzadi, 2014. p. 166.

<sup>414</sup> “Next, the court should consider the credibility of the people who give the information to the decision-makers. These people include both experts and corporate employees. If the credibility is high, directors are more justified in relying on the information given even if it is later proved mistaken”. (GOLDBERG, Mindy. K. *The business judgment rule, due care and experts: how much information is enough?* Journal of Law and Commerce. Pittsburgh, v. 193, p. 241, Summ, 1987. p. 241).

<sup>415</sup> “Finally, the court should consider the state of the corporation's business at the time the decision was made and the nature of competing demands of the directors' attention”. (Ibid. p. 241).

<sup>416</sup> Ibid. p. 242.

(ele era o potencial comprador). Por fim, quanto à situação financeira da companhia – passo (v), não foram divulgadas maiores informações.

Concluído o item dedicado ao dever de se informar, é hora de passa ao dever de vigiar e investigar.

#### 2.4.2.3. Vigiar e investigar

A síntese do exposto até aqui revela que, em primeiro lugar, o exercício da administração requer qualificação. Preenchida essa condição *sine qua non*, sobrevém a necessidade de se informar. Nota-se, assim, que esses dois deveres, cronologicamente, são pretéritos à tomada de decisão.

À continuação, isto é, uma vez tomada uma decisão seja pelo próprio administrador, seja por algum de seus pares, é necessário tomar as medidas com vistas a zelar pelo regular desenvolvimento das atividades da sociedade. Em uma palavra: vigiar. Para além de vigiar, haverá circunstâncias nas quais será preciso investigar, isto é, aprofundar o exame de algo específico e, conforme for, agir seja pela interrupção de determinada atividade, seja por um ajuste de rota que se apresente oportuno.

Com efeito, é impossível que o administrador conheça, em cada detalhe, tudo que ocorre no cotidiano de uma empresa. Mesmo que a sua diligência seja extrema, não há como evitar que algo passe pelo seu campo visual.

Assim, o cumprimento do dever de vigiar se dá por meio do acompanhamento regular das atividades da sociedade,<sup>417</sup> sempre tendo em consideração o padrão de conduta exigível

---

<sup>417</sup> “El deber de supervisión no supone que los administradores deban llevar a cabo una inspección diaria y detallada de las actuaciones de la sociedad, sino que consiste en una obligación continua de los administradores de estar informados, con carácter general, sobre las políticas y asuntos societarios, a través de la supervisión y control de los mismos”. (GUERRERO TREVIJANO, Cristina. Op. cit. p. 180). Em uma linha, “delegar não é abdicar”. (SCHOLASTIQUE, Estelle. *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés : droit français et anglais*. Paris : LGDJ, 1998. n. 409, p. 230). Ainda, a confiança cega viola o dever de vigiar: «Une confiance aveugle en la direction générale et l’absence de tout contrôle de celle-ci loin d’être une excuse constitue en elle-même une faute. Les tribunaux sont sévères pour les administrateurs de complaisance. » (GUYON, Yves. *Droit des affaires*. Paris : LGDJ, 2003. p. 502); “a Director cannot close his eyes [...] and have it said that he is exercising Business judgment” - Casey v. Woodruff. 49 NY S. 2d 625, 643 (Sup. Ct., 1994).

de um administrador experiente, exigível conforme for a sua expertise em sua própria área de atuação.<sup>418</sup>

A exposição quanto ao dever de se qualificar para o exercício da administração remeteu ao caso *Francis v. United Jersey Bank*, cuja conclusão foi no sentido de responsabilizar a *CEO* da companhia, Sra. Lilian Pritchard, justamente em virtude de sua não qualificação. Coincidentemente, esse mesmo caso também é reiteradamente citado nos Estados Unidos da América quando se estuda o dever de vigiar:

En derecho norteamericano, el *leading case* o caso más significativo relativo al deber de supervisión es el caso de *Francis v. United Jersey Bank* (Nueva Jersey, 1981) en el que se trató de manera concreta la responsabilidad de la administradora de la sociedad *Pritchard & Baird*, la señora Pritchard, por vulneración del deber de diligencia concretado en su deber de supervisión de la sociedad. En este caso lo ocurrido fue que la señora Pritchard, aquejada de una gran depresión y con problemas relacionados a las adicciones, no se ocupó en absoluto del control de la marcha de la sociedad durante un determinado periodo de tiempo en el que los directivos de la sociedad, que en concreto eran sus hijos, dejaron a la sociedad sumida en un mar de deudas. Las alegaciones de la defensa de la señora Pritchard, relativas a sus problemas personales, no convencieron al tribunal que declaró que las circunstancias personales de los administradores no pueden, en ningún caso, justificar la falta de diligencia en el cumplimiento de su deber de supervisión como parte del deber de diligencia.<sup>419</sup>

Por mais sensíveis que fossem os argumentos – depressão, falecimento do marido, ingestão de medicamentos – o entendimento da Corte foi rígido quanto ao que se espera de um administrador quanto ao acompanhamento do cotidiano da sociedade.<sup>420</sup>

---

<sup>418</sup> Ivo Waisberg afirma com precisão: “a necessidade de modelos diferenciados para a avaliação de conduta, pois o comparativo do homem médio não satisfaz em relação a pessoas débeis ou mais qualificadas que a média em determinadas situações. Assim, por exemplo, o atleta profissional tem aptidões físicas superiores à média e, em relação a atividades que envolvam essa superioridade, deve estar sujeito a um critério mais rigoroso de avaliação. Da mesma maneira, o profissional de certa área deve estar sujeito a um critério mais duro na análise de sua conduta envolvendo sua especialidade.” (WAISBERG, Ivo. *Responsabilidade Civil dos Administradores de Bancos Comercias*. São Paulo: RT, 2002, p. 88).

<sup>419</sup> Cristina G. Trevijano. Op. cit. p. 181. Em tradução nossa: “No direito norte-americano, o *leading case* ou o caso mais significativo relativo ao dever de fiscalização é o caso *Francis v. United Jersey Bank* (Nova Jérsey, 1981), no qual se tratou de maneira concreta da responsabilidade da administradora da sociedade *Pritchard & Baird*, a senhora Pritchard, por violação ao dever de diligência concretizado no dever de fiscalizar a sociedade. No caso o ocorrido foi que a senhora Pritchard, sofrendo de uma grande depressão e com problemas relacionados à ingestão de medicamentos, não se ocupou, em absoluto, do controle da marcha da sociedade durante um determinado período de tempo no qual os diretores da sociedade, que eram seus filhos, deixaram a sociedade submetida a um mar de dívidas. As alegações da defesa da Senhora Pritchard, relativas a seus problemas pessoais, não convenceram o Tribunal que declarou que as circunstâncias pessoais dos administradores não podem, em nenhum caso, justificar a falta de diligência no cumprimento do seu dever de supervisão como parte do dever de diligência.”

<sup>420</sup> “Aliás, permitir que cada elemento do órgão de administração se defendesse invocando a sua específica formação e o seu desconhecimento sobre o tema que constitui objecto de deliberação estaria em franca contradição com a mensagem normativa que resulta dos deveres de cuidado, estimularia a ignorância (quanto menos se sabe, menos responsável se é) [...]” (RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro de responsabilidade*

No Brasil, um caso paradigmático quanto ao descumprimento do dever de vigiar é o da Sadia.<sup>421</sup> Para fins de aprendizado, o caso é riquíssimo porque toca em diversos temas que serão tratados na presente tese, tais como a *business judgment rule*, o ato *ultra vires* e, no que diretamente importa ao item ora examinado, o dever de vigiar.

A Sadia, segundo a previsão constante em seu estatuto social, deveria dedicar-se à indústria alimentícia, precisamente ao processamento de carnes de origem bovina, suína e avícola.<sup>422</sup> Por uma decisão de sua diretoria, respaldada pelo conselho de administração, a companhia, em virtude de sua operação multinacional, precisava adotar instrumentos capazes de lhe proteger de eventuais variações cambiais, motivo pelo qual começou a investir em derivativos na Bolsa de Valores de Nova Iorque.<sup>423</sup>

A finalidade, portanto, era clara: buscar proteção ante à possibilidade de que o dólar norte americano se apreciasse sobremaneira diante do real brasileiro. Em hipótese alguma a política da companhia teria por fim a especulação, isto é, gerar vultosos ganhos com investimentos arriscados e, justamente por essa razão, riscos à mesma.

Os detalhes da história da Sadia serão aprofundados mais adiante, por ocasião dos estudos concernentes à *business judgment rule* e ao ato *ultra vires*. No entanto, um

*civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 181).

<sup>421</sup> Comissão de Valores Mobiliários. Processo administrativo sancionador CVM nº. 18/08. Acusados: Adriano Lima Ferreira, Alcides Lopes Tápias, Cassio Casseb Lima, Diva Helena Furlan, Eduardo Fontana D'Ávila, Everaldo Nigro dos Santos, Francisco Silvério Morales Céspedes, José Marcos Konder Comparato, Luiza Helena Trajano Inácio Rodrigues, Marcelo Fontana, Norberto Fatio, Roberto Faldini, Vicente Falconi Campos, Walter Fontana Filho. Ementa: Descumprimento do esperado dever de diligência por parte dos administradores de uma companhia aberta. Multas e inabilitação temporária.

Diretor-relator: Alessandro Broedel Lopes. j. 14.12.2010.

<sup>422</sup> Eis o disposto no estatuto social da Sadia como o seu objeto: “Artigo 4º. A Sociedade tem por objeto: a) Exploração de atividades ligadas aos setores agrícola, industrial e comercial de produtos alimentícios em geral; b) Exploração de matadouros, curtumes, frigoríficos, fábricas de conservas, enlatadas ou não, de carnes, gorduras e laticínios, industrialização de óleos vegetais e, bem assim, a exploração de entrepostos frigoríficos com operação de depósito, conservação, armazenamento e classificação de carnes; c) Exploração de carnes em geral, produtos derivados e carnes selecionadas; d) Indústria e comércio de trigo, outros grãos e seus derivados; e) Exploração de granjas e criação de bovinos, suínos, ovinos, caprinos e aves; f) Exploração de serrarias; g) Transporte rodoviário de mercadorias próprias e de terceiros e locação de câmaras frigoríficas, silos e depósitos; h) Todas as atividades ligadas à agropecuária e agroindústria e à comercialização de grãos e outros produtos primários e/ou industrializados, no mercado interno e externo; i) Beneficiamento, industrialização e comercialização de substâncias e produtos em geral para alimentação humana e animal; j) Industrialização e comercialização de produtos químicos, sanitários e veterinários, para uso na agricultura, avicultura, bovinocultura, suinocultura e pecuária em geral; l) Atividades de florestamento e reflorestamento; m) Quaisquer outras atividades agrícolas, industriais e comerciais, correlatas aos fins da Sociedade; n) Planejamento e elaboração de projetos agropecuários e de engenharia, a cargo de profissionais devidamente habilitados junto aos órgãos competentes.”

<sup>423</sup> Detalhes a respeito da política financeira da companhia encontram-se disponíveis no relatório apresentado no processo administrativo sancionador CVM nº. 18/08, itens 32 et seq.

componente dessa história deve ser trazido agora, com o propósito de demonstrar, com clareza, o descumprimento do dever de vigiar pelos membros do conselho de administração.

A respeito da estrutura organizacional da companhia, vale esclarecer que a diretoria financeira, ao invés de ser subordinada à Presidência, reportava-se, diretamente, ao conselho de administração, algo considerado atípico em empresas do mesmo porte/atuação. Essa ligação direta entre a diretoria financeira e o conselho de administração, naturalmente, gerava um grau de responsabilidade ainda mais elevado aos conselheiros, uma vez que a Presidência não se colocava entre a referida diretoria e conselho de administração.<sup>424</sup>

O fim da história da Sadia, ocorrido em finais de 2008, é de conhecimento público e notório. De potencial compradora de sua maior concorrente à época, a Perdigão, a Sadia passou à condição de adquirida pela Perdigão, com prejuízos multimilionários aos seus acionistas, trabalhadores, consumidores etc. Com relação à causa desse trágico fim, isto é, se decorrente ou não da crise do *subprime* de 2008 que, em primeiro lugar, derrubou a bolsa de valores de Nova Iorque e, após, em efeito dominó, as bolsas de valores mundo afora, muita tinta e papel já foram consumidos. No entanto, um argumento singelo sinaliza o caminho: por que a crise foi arrasadora apenas para a Sadia e não para a Perdigão?

Uma ponderação, neste momento, faz-se importante: de fato, a crise financeira de 2008, iniciada nos Estados Unidos da América, foi seríssima e arrasou mercados financeiros em diversos países. Porém, a aplicação desse fato à situação da Sadia, ou melhor, aos controles internos estabelecidos pela mesma, é que acabou motivando a sua derrocada.

O conselho de administração da companhia, composto por membros do mais elevado conhecimento e experiência, jamais poderia ter observado de maneira passiva o que era desenvolvido pela diretoria financeira. Lhes era exigível, por força do dever de diligência (e, em particular, o dever de vigiar), que fossem tomadas medidas a fim de evitar o colapso.<sup>425</sup> As análises financeiras divulgadas comprovam isso.<sup>426</sup>

---

<sup>424</sup> A respeito da atipicidade dessa estrutura, com ligação direta da diretoria financeira ao conselho de administração, vale a leitura do voto do diretor relator, Alexandro Broedel Lopes, especialmente fls. 19 et seq.

<sup>425</sup> “Entre as hipóteses, surge naturalmente a dúvida a respeito da propriedade e da eficiência dos sistemas de controle gerencial que monitoram as operações causadoras desses problemas. Será que os executivos dessas organizações conheciam todos os riscos envolvidos nas operações realizadas? Se eles os conheciam, por que a aparente negligência? Estamos diante de um problema tecnológico de dificuldade de identificação e controle de riscos envolvidos ou o problema é de modelo de gestão e de estrutura organizacional apropriada para o controle?” (LIMA, Iran Siqueira. LOPES, Alexandro Broedel. *Contabilidade e controle de operações com derivativos*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 94).

<sup>426</sup> Trechos do voto do diretor-relator, Alexandro Broedel Lopes: “25. Traduzindo em números, considerando o patrimônio líquido da Companhia em 31/12/07, de R\$ 3.190.533.000,00, tal limite, para as operações realizadas

Uma passagem do voto do diretor-relator, Alexsandro Broedel Lopes, sintetiza com precisão a falha cometida pelos membros do conselho de administração:

53. E para finalizar a discussão sobre a importância na atuação da alta administração na adoção de controles internos eficientes, transcrevo trecho de obra consagrada inclusive no Brasil, após sua tradução para a língua portuguesa:

“As histórias por trás das perdas enfatizam a questão [...] que os derivativos podem ser usados tanto para hedge como para especulação, ou seja, tanto para reduzir riscos como para tomar riscos. Muitas perdas ocorreram porque os derivativos foram usados de maneira inadequada. Empregados que tinham autorização implícita ou explícita para hedgear os riscos da companhia resolveram, em vez disso, especular.

A principal lição a ser aprendida a partir dessas perdas é a importância de controles internos. A alta administração da companhia deve anunciar, de forma clara e não ambígua, a política sobre como os derivativos podem ser usados e em que extensão é permitido aos funcionários tomar posições sobre movimentos futuros nas variáveis de mercado. A administração deve instituir controles para assegurar que a política está sendo respeitada. Dar aos indivíduos autoridade para negociar derivativos sem monitoramento rígido dos riscos que estão sendo tomados é uma receita para o desastre.”<sup>427</sup>

O caso concreto revela que de nada adianta qualificar-se e informar-se para o exercício da administração de uma sociedade. Os dois primeiros desdobramentos do dever de diligência devem estar acompanhados do dever de vigiar e, a depender das circunstâncias específicas apresentadas, do dever de investigar, seja a fim de aperfeiçoar medidas inadequadas, seja para suspendê-las.

#### 2.4.2.4. Informar

---

em 2008, materializava-se em R\$ 638.106.600,00. É em função desse limite que devemos analisar a conduta dos administradores da companhia durante o ano de 2008, em relação às operações realizadas. Foi ultrapassado o limite estabelecido na política criada pelos próprios administradores? 26. Sobre esse ponto, a Política Financeira da Sadia estabelecia um cenário de stress para o dólar ao valor de R\$ 3,50. Tal cenário era muito pior do que de fato aconteceu no ano de 2008. Ou seja, em tese, pelo menos de acordo com sua política, a companhia estava preparada para cenários piores do que os de fato realizados. E ainda que a acusação tenha ressaltado a falta de "evidências da aplicação e reporte dos efeitos de cenários de stress", parece-me que a análise das demonstrações financeiras da Companhia, relativas ao ano de 2008, permitem conclusões mais contundentes. [...] 28. Neste quadro podemos ver que as operações "vendidas" com derivativos, realizadas ao longo de 2008 (agrupadas sob a rubrica de contratos futuros) gerariam perdas de R\$ 6.642.667.000,00, caso o dólar viesse a ser cotado a R\$ 3,45. Dessa forma, mesmo com a cotação do câmbio a uma taxa inferior ao limite de stress (R\$ 3,50), a companhia sofreria perdas que corresponderiam a mais que 200% do seu patrimônio líquido. [...] 32. Portanto, os dados constantes das próprias demonstrações financeiras da companhia demonstram que ela descumpria, ao absurdo, o limite de risco estabelecido em sua Política Financeira, no patamar de 20% do seu patrimônio líquido. Com base nos números apontados, o prejuízo efetivamente sofrido pela companhia poderia ter sido ainda mais relevante, em valores comparáveis ao ativo total da companhia, caso o dólar alcançasse os patamares previstos para os testes de stress estabelecidos, com o dólar cotado a R\$ 3,50.” (Ibid. p. 43-45)

<sup>427</sup> A obra referida é HULL, John C. F. *Fundamentos dos Mercados Futuros e de Opções*. São Paulo: Bolsa de Mercadorias & Futuros, 2006. p. 537.

O último desdobramento do dever de diligência se observa por meio do dever de informar ao mercado (acionistas, investidores, trabalhadores, consumidores, órgãos reguladores etc.) fidedignamente a respeito daquilo que deve ser informado.<sup>428</sup>

Com previsão no art. 157 da Lei nº. 6.404, de 15.12.1976, o dever de prestar informações completas e verdadeiras é fundamental tanto de uma perspectiva interna – aos acionistas – quanto externa – aos investidores – sobretudo para que haja confiança no mercado de bolsa de valores. Informações falsas ou incompletas geram especulação, sérias perdas financeiras e, o que é pior, a desconfiança no mercado bursátil.

Enquanto que os deveres de se qualificar, de se informar e de vigiar claramente convergem à diligência devida pelo administrador, o dever de informar pode se colocar numa zona fronteira entre os deveres de diligência e de lealdade. Sabe-se que eventual informação falsa ou incompleta poderá ser utilizada pelo administrador em seu próprio proveito, o que se choca com a fidúcia que se exige de sua conduta.<sup>429</sup> A administração deve ser realizada no interesse da sociedade, jamais em proveito próprio (Lei nº. 6.404, de 15.12.1976, art. 155).

Um exemplo paradigmático de violação ao dever de informar colhe-se do caso Enron,<sup>430</sup> demonstrando a derrocada daquela que chegou a ser considerada a maior companhia

---

<sup>428</sup> “A comunicação da ocorrência de fatos relevantes (*full disclosure*) deve ser prestada à Bolsa de Valores onde são negociados os títulos da referida companhia, devendo haver comunicação também por intermédio da imprensa. Este é o aspecto mais importante do dever de informar, que é imposto somente aos administradores de companhias de capital aberto, que negociam seus títulos em Bolsa de Valores ou mercado de balcão. Do princípio do *full disclosure*, que garante a todos os investidores oportunidades iguais de negociação, extraímos que será relevante o fato que puder influir, de modo ponderável, na decisão de investidores do mercado de capitais, no sentido de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela sociedade, sendo a divulgação de tais fatos um dever legal, conforme consta do art. 157, § 4.º, da Lei 6.404/1976. Além de imediatas, as informações devem ser precisas e não podem ser falsas, na medida em que criam falsa impressão por serem mal formuladas, conduzindo os acionistas e os investidores a uma impressão enganosa sobre os fatos prestados. Antes da divulgação deve ser guardado absoluto sigilo acerca das operações que possam influir no comportamento dos investidores, sendo vedado aos administradores usar informações privilegiadas para a obtenção de vantagem para si ou para terceiros, conforme disposto pelo art. 155, §§ 1.º a 4.º, da Lei 6.404/1976.” (BLOK, Marcela. *Business judgment rule: a responsabilidade dos administradores das sociedades anônimas*. Op. cit. p. 13). É de rigor a referência à instrução normativa CVM nº. 31, de 8.2.1984, a disciplinar a divulgação e do uso de informações sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas.

<sup>429</sup> “Surge, assim, a necessidade de balancear o dever de informação, de um lado, e o dever de sigilo, de outro”. (ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Responsabilidade dos administradores de S/A (e ações correlatas)*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 177).

<sup>430</sup> Informações colhidas em *Enron Scandal: The Fall of a Wall Street Darling*. Disponível em <https://www.investopedia.com/updates/enron-scandal-summary/>, visitado em 11.3.2018. A envergadura do caso é tamanha que se converteu em pauta permanente na Harvard Business School, na disciplina ministrada pelos professores Paul Healy e Krishna Palepu, sob o título: *The fall of Enron*.

dos Estados Unidos da América, cuja ação chegou a ser vendida na Bolsa de Valores de Nova Iorque por US\$ 90,75 e que, quando de seu colapso, foi vendida por US\$ 0,26.

Inicialmente, em 1985, a companhia foi fundada como consequência da fusão da Houston Natural Gas Co. e a Internorth Inc. Logo após a fusão, o à época *CEO* da Houston Natural Gas Co. passou à condição de *CEO* da Enron. Para além dos negócios com gás, a companhia recém criada passou a atuar com a venda de energia.

Em uma época marcada por pouca regulação, a empresa teve a oportunidade de posicionar-se de maneira estratégica e potencializar sobremaneira as suas operações. Beneficiou-se também da “bolha .com”, quando, então, adicionou aos seus negócios a transmissão de dados e voz em alta velocidade por meio de uma nova empresa, investindo massivamente no novo negócio. Em meados dos anos 2000, a Enron vendia o equivalente a US\$ 350 bilhões anuais.

Com a chegada da recessão, a empresa começaria a sentir o seu próprio peso. O *CEO*, Jeffrey Skilling, utilizava-se de uma forma irregular para esconder a real situação contábil da empresa, chamada “mark-to-market”. Ao invés de divulgar os fatos tais como ocorriam, a contabilidade era “maquiada” de modo a tranquilizar os investidores e o mercado, em claríssima violação ao dever de informar.

Ganhou notoriedade à época Andrew Fastow, promovido ao cargo de *CFO* (*chief financial officer* ou diretor financeiro) em 1998, além de David B. Duncan, sócio da renomada empresa de auditoria Arthur Andersen, responsável por fiscalizar e ratificar as demonstrações contábeis da Enron.<sup>431</sup>

No verão de 2001, a Enron estava em “queda livre”. Ken Lay e Jeffrey Skilling, que se sucederam no cargo de *CEO*, acabaram deixando a companhia por razões distintas e o mercado, pouco a pouco, começava a suspeitar seriamente dos resultados divulgados pela empresa. A confiança apresentava sinais de abalo. As agências de classificação começaram a

---

<sup>431</sup> Ana Novaes comenta o que se passou na relação havida entre a Enron e a Arthur Andersen: “O conflito ficou evidente na relação entre o auditor externo, a Arthur Andersen, e a Enron. Em 2001, a Andersen tinha mais de 2300 clientes e um faturamento de cerca US\$ 9 bilhões. Neste mesmo ano, a Andersen faturou com a Enron US\$ 25 milhões em honorários de auditoria e US\$ 27 milhões prestando serviços de consultoria. A Enron era a segunda maior cliente da Andersen. [...] Fica claro que este é um caso evidente de captura do vigia (regulador) pelo vigiado (regulado). Em outras palavras, a Andersen perdeu a sua independência em relação à Enron. Não mais ela servia aos interesses do público, mas sim aos interesses da administração da Enron”. (NOVAES, Ana. *Derivativos e governança corporativa. O caso Sadia – corrigindo o que não funcionou*. Disponível em [http://www.economia.puc-rio.br/mgarcia/Seminario/textos\\_preliminares/101705%20Derivativos%20e%20Governança%20Corporativa.pdf](http://www.economia.puc-rio.br/mgarcia/Seminario/textos_preliminares/101705%20Derivativos%20e%20Governança%20Corporativa.pdf), p. 2. Visitado em 23.7.2018).



rebaixar as suas notas e não demorou para que a Securities and Exchange Commission (SEC) começasse a investigá-la.

A Enron e a Arthur Andersen foram criminalmente processadas, incluindo acusações variadas tais como conspiração, *insider trading*, fraude para com o mercado de valores mobiliários etc.<sup>432</sup> O CFO, Andrew Fastow, mentor da referida contabilidade “mark-to-market”, foi denunciado por suas condutas. Restou condenado e cumpriu pena de prisão por quatro anos, beneficiando-se por acordo de colaboração premiada firmado com as autoridades norte-americanas. O CEO, Jeffrey Skilling, foi condenado à prisão por vinte e quatro anos, mas, por meio de recurso, conseguiu reformar a condenação original para o equivalente a dez anos.

Como consequência do escândalo envolvendo a Enron e a Arthur Andersen, o presidente dos Estados Unidos da América, George W. Bush, sancionou a lei Sarbanes-Oxley em 2002, com o objetivo de moralizar e evitar a manipulação de informações contábeis ou, noutras palavras, zelar pelo cumprimento rigoroso do dever de informar.

Até então, a falência da Enron foi a maior dos Estados Unidos da América, posteriormente ultrapassada pelas quebras da WorldCom, Leman Brothers e Washington Mutual. Os *stakeholders* da Enron perderam o equivalente a US\$ 74 bilhões em razão da falência. Uma duríssima lição aprendida e que revela a gravidade das consequências decorrentes da violação do dever de informar.

No Brasil, o caso Sadia também é digno de nota quando se examina o dever de informar. Conforme demonstrado no item relativo ao dever de vigiar, os membros do conselho de administração acabaram punidos pela Comissão de Valores Mobiliários porque deixaram de fiscalizar as manobras financeiras conduzidas pela diretoria financeira, designadamente os investimentos especulativos com derivativos na bolsa de valores de Nova Iorque.

Com relação ao dever de informar, os fatos examinados revelaram que as operações com derivativos eram apresentadas ao mercado de maneira equivocada, deixando de chamar a atenção àquilo que realmente ocorria. Ao invés de atribuir a rubrica de receitas financeiras aos ganhos obtidos com os derivativos, a companhia escrevia a sua contabilidade informando que

---

<sup>432</sup> Nota-se aqui a referida zona fronteira entre os deveres de diligência e de lealdade. Conquanto o descumprimento original tenha sido o do dever de informar, observa-se que a partir disso houve o aproveitamento de oportunidades por seus diretores, qualificando, em adição, o descumprimento do dever de lealdade.

ditos ganhos correspondiam a receitas operacionais, mascarando a realidade que, tempos depois, a levaria ao colapso. Os ganhos ou perdas não realizados não constavam nos balanços, mas apenas em notas explicativas muito reduzidas, de difícil compreensão para o mercado.<sup>433</sup>

Para que se dimensionem corretamente os fatos, entre 1996 e 2007 as empresas concorrentes da Sadia tinham, em média, 88% de seu capital alocado em atividades operacionais e somente 12% em ativos financeiros; a Sadia direcionava o seu capital da seguinte forma: pouco mais de 60% em atividades operacionais e algo próximo a 40% em operações financeiras! Depurando o lucro, a concorrência, em média, aferia mais de 80% em razão de resultados operacionais e algo em torno de 15% de receitas financeiras; entre 1996 e 2000, verifica-se que as receitas financeiras da Sadia chegaram a representar 56% do total dos seus lucros.<sup>434</sup>

A síntese do que se observou a respeito do dever de diligência é: (i) o administrador, para sê-lo, deve qualificar-se; (ii) Estando qualificado, deve informar-se; (iii) Seja como consequência da tomada de uma decisão sua ou motivado pelo acompanhamento das atividades da sociedade, deve vigiá-las e, conforme for, investigá-las e (iv) ao mercado, deve informações verdadeiras e completas. Compreendido como o dever de diligência se desdobra e o modo de preenchê-lo, é hora de passar ao exame do dever de lealdade.

#### 2.4.3. O dever de lealdade

---

<sup>433</sup> Esta observação foi apresentada por Alexandre Di Miceli da Silveira: “Os derivativos poderiam ter sido apresentados de forma bem mais transparente aos investidores. A companhia optava por alocar parte substancial dos ganhos com derivativos não como receita financeira, mas como operacional. Além disso, mostrava no balanço apenas os resultados já realizados, deixando para as notas explicativas o valor de mercado de ganhos ou perdas ainda não realizados. [...] A opacidade das operações com derivativos da Sadia foi possível porque as regras de contabilização de derivativos vigentes até 2008 eram relativamente frouxas. A principal regulamentação existente à época — a Instrução 235 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) — não exigia nenhuma padronização da forma como esses complexos instrumentos deveriam ser reportados pelas companhias. No caso da Sadia — que lançava grande parte dos ganhos com derivativos como receita operacional e adotava uma espécie de regime de caixa em vez do de competência nessas operações —, a falta de padronização dificultou a visualização correta de sua exposição a esses instrumentos. Para se ter uma ideia dos montantes envolvidos, no fim do primeiro semestre de 2008, a Sadia havia optado por não reconhecer em seu balanço um ganho financeiro não realizado da ordem de R\$ 326 milhões, valor ligeiramente superior ao lucro operacional do mesmo período. A apresentação clara desses números poderia ter alertado investidores sobre a enorme exposição da companhia a esses contratos.” (SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. *O Caso Sadia – Partes 1 e 2*. In *Revista Capital Aberto*. Ano 9, n. 106 e 107, 2012. p. 9).

<sup>434</sup> Dados colhidos em MALVESSI, Oscar. *Como a estratégia equivocada destrói a riqueza do acionista*. IBEF News, agosto/2010. p. 8.

Se houvesse a necessidade de escolher entre um administrador negligente e um desleal, pode-se entender que o primeiro seria menos nocivo à sociedade. A singela oração já permite alcançar uma primeira conclusão: o dever de lealdade é o mais importante entre os deveres fiduciários do administrador. A assertiva é de André Tunc:

Les dirigeants sont des personnes à qui les actionnaires ont confié l'avenir de la société. Ils doivent se montrer dignes de cette confiance. [...] Si l'on met à part le devoir qui leur incombe de respecter les limites de la personnalité morale de la société ainsi que les limites de leurs pouvoirs, devoir qui ne pose pas normalement de problèmes, leur devoir en tant que fiduciaires prend deux aspects fondamentaux : le devoir de diligence (*duty of care*) et le devoir de loyauté (*duty of loyalty*). C'est le dernier qui est le plus important. Les directeurs, dans leurs décisions, ne doivent considérer que les intérêts qui leur sont confiés, non les leurs. Ils doivent même éviter le plus possible les situations de conflits d'intérêts.<sup>435</sup>

E a importância do dever de lealdade se explica de forma muito simples. O administrador, seja enquanto diretor ou membro do conselho de administração, detém informações relevantíssimas, e as obtém antes que o mercado o faça. A eles são apresentadas oportunidades valiosas com vistas ao desenvolvimento de atividades pela sociedade, justamente porque nutrem a confiança dos acionistas. Se as oportunidades dirigidas à sociedade forem aproveitadas pelos administradores, é evidente que o interesse da sociedade estará em apuros.<sup>436</sup>

---

<sup>435</sup> TUNC, André. *Le droit américain de sociétés anonymes*. Paris: Economica, 1985. p. 130. Em tradução nossa: “Os administradores são pessoas às quais os acionistas confiam o futuro da sociedade. Eles devem se apresentar dignos dessa confiança. [...] Se considerarmos o dever que lhes incumbe, de respeitar os limites do estatuto da sociedade assim como os limites de seus poderes, dever que não representa normalmente problemas, o seu dever enquanto que fiduciário tem dois aspectos fundamentais: o dever de diligência (*duty of care*) e o dever de lealdade (*duty of loyalty*). É este último que é o mais importante. Os administradores, em suas decisões, não devem considerar que os interesses que lhes são confiados não são seus. Eles devem evitar mesmo ao máximo possível as situações de conflitos de interesses.” No mesmo sentido Joel Seligman, analisando o direito norte-americano: “The state law duty of loyalty is the most important fiduciary duty of corporate officers and directors. This duty requires that officers and directors not profit at the expense of their corporation, whether through self-dealing contracts, usurpation of corporate opportunities, or other means.” (SELIGMAN, Joel. *Corporations cases and materials*. Boston: Little, Brown & Cy, 1995. p. 455).

<sup>436</sup> São interessantes as notas de Arnaldo Wald quanto à importância do dever de lealdade não apenas como a ausência de deslealdade, mas como um padrão de conduta permanente, presente de modo incondicional no cotidiano do administrador, sócios, controlador etc. “É preciso que todos atuem sempre com boa-fé e lealdade. A boa-fé deve ser objetiva e não subjetiva, não bastando que a pessoa acredite que a sua conduta é a mais adequada. É necessário que a atuação esteja de acordo com os padrões dominantes na sociedade em determinado momento histórico. A lealdade, por sua vez, não é tão-somente a ausência de deslealdade, tal como o amor não é tão-somente a ausência de ódio. Lealdade é uma atitude de diligência no cumprimento das obrigações contratuais e uma verdadeira *affectio contractus*. No fundo, a boa-fé, a lealdade e a probidade, que se exigem do administrador e do controlador da empresa, correspondem à definição de *Treu und Glauben*, do art. 242 do CC alemão, no qual se determina a sinceridade (veracidade) e a boa-fé dos contratantes tanto no firmamento quanto na execução do contrato. Constituem, na lição de *Ripert*, a introdução da regra moral no direito, com o propósito

Para muito além de oportunidades, os administradores estão em posição privilegiada no que concerne ao relacionamento com a concorrência, com os órgãos reguladores, com trabalhadores, consumidores, meio-ambiente etc. Ser leal<sup>437</sup> é o pressuposto básico, sem o qual não há como conceber qualquer tipo de administração. Ao passo que erros podem ser admitidos (violações ao dever de diligência) já que, é da essência da pessoa humana cometer erros, as condutas desleais apresentam um contorno completamente diferente.<sup>438</sup>

Nesse sentido, é interessante observar como a Comissão de Valores Mobiliários observa as violações aos deveres de diligência e de lealdade. Em havendo violação ao dever de diligência, há certa leniência quanto à revisão do mérito da decisão administrativa; para

de atenuar, reforçar ou afinar a norma jurídica para compatibilizá-la com a ética.” (WALD, Arnoldo. *O governo das empresas*. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 15. p. 53, jan-mar. 2002. p. 55).

<sup>437</sup> Enquanto que o dever de diligência geralmente pressupõe um agir, o dever de lealdade trata de um não agir. Implica em não aproveitar oportunidades endereças à sociedade. Nesse sentido: LLEBOT. J. O. *Los deberes de los administradores de las sociedades anónimas*. Madrid, 1996. p. 49 et seq. Entende-se que essa distinção rígida é irrelevante e não oferece proveito prático. Haverá hipóteses nas quais o administrador diligente deverá deixar de fazer algo, o que, em hipótese alguma, poderá classificar a sua conduta como negligente. E o dever de lealdade também poderá apresentar-se a partir de um viés ativo como, por exemplo, ao identificar uma conduta desleal de outro diretor ou conselheiro, caberá ao administrador agir justamente para evitar a sua responsabilidade.

<sup>438</sup> A abertura do dever de diligência *vis à vis* a rigidez do dever de lealdade é observada de maneira dividida pela doutrina. A desnecessidade de preenchimento e/ou modulação do dever de lealdade é defendida por Cristina Guerrero Trevijano: “Para garantizar el correcto funcionamiento del órgano de administración de la sociedad se debe velar por el cumplimiento de los deberes por parte de todos los administradores. Por ello, mientras el deber de lealtad debe ser estricto y rígido, sin admitir ninguna modulación y afectando a todos los administradores por igual, la diligencia sí admite cierta flexibilidad y debe adaptarse a cada caso. La diligencia admite una modulación en función de la posición de cada administrador, en cambio, el deber de lealtad que deben los administradores a la sociedad no se altera por el hecho de que tengan funciones distintas. Un consejero siempre debe velar únicamente por los intereses sociales.” (GUERRERO TREVIJANO, Cristina. *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters/Aranzadi, 2014. p. 223). No mesmo sentido, mas com o olhar voltado às consequências relativas ao descumprimento dos deveres de diligência e lealdade (para o primeiro, maior flexibilidade; para o segundo, intolerância, PAZ-ARES, Cándido. *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*. In *Revista para el Análisis del Derecho*. ISSN-e 1698-739X, nº. 4, 2003. p. 76 et seq. Por outro lado, defendem a necessidade de preenchimento do dever de lealdade, tal como com o dever de diligência, Flávia Parente: “Registre-se que, embora a lei tenha adotado o critério analítico, o elenco dos principais deveres dos administradores das companhias, ou seja, o dever de diligência, o de lealdade, o de evitar situações de conflito de interesses e o de informar possuem todos eles padrões de conduta ou standards a serem observados. [...] Em resumo, os *standards* não possuem um conteúdo exato e hermético; ao contrário, exprimem uma linha de conduta, uma diretiva geral ou uma orientação que vão informar a conduta social média e servirão de medida ou elemento de comparação para o juízo de casos concretos. Por serem amplos e flexíveis são capazes de abranger as mais variadas situações.” (PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 34-35). No mesmo sentido: PARENTE, Norma Jonssen. *Limites da responsabilidade dos administradores pela indenização de prejuízos*. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. vol. 31/2006. p. 33 – 35. Jan - Mar / 2006. p. 2; PORTELLANO DIEZ, Pedro. *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*. Madrid: Civitas, 1996. p. 23 e BARRETO, Julio. *O conflito de interesses entre a companhia e seus administradores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 142.

violação ao dever de lealdade, ao revés, adota-se postura severa e, com efeito, o órgão regulador se imiscui no mérito da decisão negocial:

Em 2 de junho, em voto conferido no PAS CVM nº. 01/2009, o diretor relator, Roberto Tadeu, reiterou que os *standards* do dever de lealdade são diferentes daqueles do dever de diligência e que, nos casos em que se examina a possível quebra de lealdade do administrador para com a companhia, é possível analisar o mérito da decisão negocial tomada. Como já ocorrido anteriormente, a CVM aproximou-se da aplicação do *entire fairness review*<sup>439</sup> do direito norte-americano.<sup>440</sup>

Independentemente da controvérsia doutrinária a que se referiu, quanto à abertura ou à rigidez em torno do dever de lealdade, fato é que de um ponto de vista axiológico, os deveres de diligência e de lealdade apresentam-se de maneira distinta. O dever de lealdade, como observou António Menezes Cordeiro,<sup>441</sup> está relacionado com a pureza,<sup>442</sup> o que permite, de forma pragmática, intuir seja pela lealdade ou pela deslealdade. A diligência, por outro lado, requer um preenchimento detalhado.

Por menos complexo que o dever de lealdade seja quando comparado ao dever de diligência, alguma consideração deve ser feita observando no que, efetivamente, consiste uma oportunidade endereçada à sociedade. Seja por questões de ordem financeira, de previsão estatutária e/ou de proibição legal, concorrencial, de sigilo, haverá situações nas quais o simples fato de ser administrador não deverá importar num obstáculo automático ao aproveitamento de uma oportunidade. Será preciso, portanto, examinar, no caso concreto, os

---

<sup>439</sup> Restando violado o dever de lealdade, o administrador não poderá valer-se da *business judgment rule* a fim de evitar a revisão do mérito de sua decisão. Se lhe aplica, por consequência da violação ao dever de lealdade, a chamada *entire fairness review*, cujo efeito prático lhe transfere o ônus de demonstrar que a sua decisão foi tomada no interesse da companhia. Mariana Pargendler explica a questão: “Há consolidado posicionamento jurisprudencial no sentido de que a *business judgment rule* deve ceder diante da violação ao dever de lealdade. Sempre que o autor da ação demonstrar que a decisão foi tomada por administradores que têm interesse contraposto ao da sociedade, a deliberação fica sujeita ao rigoroso teste de *entire fairness* da operação – o qual transfere aos administradores o ônus de provar que o negócio atende aos melhores interesses da companhia, observando um “processo justo” e um “preço justo”, sob pena de responsabilização.” (PARGENDLER, Mariana. *Responsabilidade civil dos administradores e business judgment rule no direito brasileiro*. In *Revista dos Tribunais* v. 953/2015, p. 51-74, mar. 2015. p. 3).

<sup>440</sup> No mesmo sentido o PAS CVM nº. RJ 2011/5211. Trecho do voto do diretor relator, Pablo Rentería: “[...] não se analisa a decisão sob a ótica dos *standards* do dever de diligência previsto no art. 153 da Lei nº. 6.404/76, mas sim sob as regras dos artigos 154, 155 ou 156 dessa Lei, quando devidamente aplicáveis”.

<sup>441</sup> A referência encontra-se à fl. 225, nota de rodapé nº. 559.

<sup>442</sup> Ao comparar os efeitos emanados da boa-fé nas relações contratuais com os efeitos emanados do dever de lealdade nas relações societárias, Maria Elisabete Gomes Ramos chama a atenção a uma maior densidade quanto ao segundo: “Do ponto de vista substancial, é geralmente aceite que o dever de lealdade apresenta um critério mais exigente do que a boa fé nas relações contratuais. Os comentadores explicam que a severidade acrescida dos critérios aplicados aos administradores se justifica pela amplitude dos poderes e da influência destes últimos.” (RAMOS, Maria Elisabete Gomes Ramos. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 99).

fatos (a oportunidade) levados ao administrador para, à luz de um critério seguro, definir se a oportunidade poderá ou não ser aproveitada. Este é o objetivo a ser alcançado a seguir.

#### 2.4.3.1. O conteúdo do dever de lealdade

Com o propósito de ilustrar o conteúdo do dever de lealdade, vale trazer à colação o caso *Guth v. Loft*,<sup>443</sup> reiteradas vezes lembrado na literatura norte-americana a fim de esgrimir qual é a linha divisora entre as oportunidades dirigidas à empresa e aquelas que, por outro lado, podem ser aproveitadas pelos administradores.

Entre os anos de 1931 e 1935, Charles Guth presidiu o conselho de administração da Loft Inc., uma companhia voltada à industrialização e comercialização de bebidas de cola. Insatisfeito com as condições negociais praticadas pela Coca-Cola que, até então, fornecia o insumo necessário à fabricação das bebidas, o Sr. Guth resolveu, então, denunciar o contrato firmado com a Coca-Cola e começar a adquirir o insumo de sua concorrente, a Pepsi.

Sem o consentimento do conselho de administração da Loft Inc., Guth acabaria partindo para algo muito além da simples aquisição do insumo. A Pepsi, à época, encontrava-se à beira da falência. Observando, assim, uma oportunidade comercial interessante, Guth resolveu então alocar recursos humanos e financeiros da Loft Inc. na Pepsi para, logo após, adquirir, em nome próprio, posição relevante na Pepsi.<sup>444</sup>

Ao ser questionado, Guth argumentou que ele mesmo chegou a oferecer a oportunidade ao conselho de administração da Loft Inc., dizendo que se a companhia não quisesse, ele a arremataria. Os fatos que motivaram o não aproveitamento pela Loft Inc. são relevantes, valendo destacar os seguintes: (i) a situação econômico-financeira da Pepsi revelava-se péssima; (ii) investir em uma companhia para competir com a Coca-Cola demonstrava-se complexo; (iii) a oportunidade não se mostrava alinhada com a atividade

---

<sup>443</sup> *Guth v. Loft Inc.* 5 A.2d 503, 23 Del. Ch. 255 (Delaware, 1939) Os fatos relatados encontram-se disponíveis em <https://h2o.law.harvard.edu/collages/4308>, visitado em 1º.7.2018.

<sup>444</sup> “24. Guth, during the years 1931 to 1935 dominated Loft through his control of the Board of Directors. He has completely controlled Pepsi. Without the knowledge or consent of Loft's Board of Directors he drew upon Loft without limit to further the Pepsi enterprise having at one time almost the entire working capital of Loft engaged therein. He used Loft's plant facilities, materials, credit, executives and employees as he willed. Pepsi's payroll sheets were a part of Loft's and a single Loft check was drawn for both.”

regular da Loft Inc.; (iv) o risco financeiro de explorar um negócio de tão grande escala era elevadíssimo.<sup>445</sup>

A decisão tomada pela *Court of Chancellor* de Delaware foi taxativa: a oportunidade jamais deveria ter sido aproveitada por Guth, que atuava em nome da companhia.

By the decree entered the Chancellor found, inter alia, that Guth was estopped to deny that opportunity of acquiring the Pepsi-Cola trademark and formula was received by him on behalf of Loft, and that the opportunity was wrongfully appropriated by Guth to himself;<sup>446</sup>

Na qualidade de presidente do conselho de administração, ele deveria ser rigorosamente escrupuloso com o seu dever de lealdade, não apenas no sentido de proteger os interesses da companhia, mas também no sentido de evitar quaisquer condutas que pudessem colocá-la em risco.<sup>447</sup>

Passando à discussão relativa às consequências, isto é, os benefícios econômicos decorrentes do aproveitamento da oportunidade, a decisão determinou que todos os ganhos deveriam ser repassados à Loft Inc. e o fundamento para tanto não decorreu dos danos sofridos pela companhia, senão de algo mais elevado, concernente a uma ampla política pública capaz de evitar quaisquer tentações aproveitadoras por parte de administradores.<sup>448</sup>

---

<sup>445</sup> “26. Guth claimed that he offered Loft the opportunity to take over the Pepsi-Cola enterprise, frankly stating to the directors that if Loft did not, he would; but that the Board declined because Pepsi-Cola had proved a failure, and that for Loft to sponsor a company to compete with Coca-Cola would cause trouble; that the proposition was not in line with Loft’s business; that it was not equipped to carry on such business on an extensive scale; and that it would involve too great a financial risk.”

<sup>446</sup> Em tradução nossa: “Segundo a decisão, o *Chancellor* considerou, *inter alia*, que Guth estava obrigado a negar a oportunidade de adquirir a marca Pepsi-Cola e que a fórmula foi recebida por ele em nome da companhia Loft, e que a oportunidade foi equivocadamente apropriada por ele próprio.”

<sup>447</sup> “Corporate officers and directors are not permitted to use their position of trust and confidence to further their private interests. While technically not trustees, they stand in a fiduciary relation to the corporation and its stockholders. A public policy, existing through the years, and derived from a profound knowledge of human characteristics and motives, has established a rule that demands of a corporate officer or director, peremptorily and inexorably, the most scrupulous observance of his duty, not only affirmatively to protect the interests of the corporation committed to his charge, but also to refrain from doing anything that would work injury to the corporation, or to deprive it of profit or advantage which his skill and ability might properly bring to it, or to enable it to make in the reasonable and lawful exercise of its powers. The rule that requires an undivided and unselfish loyalty to the corporation demands that there shall be no conflict between duty and self-interest. The occasions for the determination of honesty, good faith and loyal conduct are many and varied, and no hard and fast rule can be formulated. The standard of loyalty is measured by no fixed scale.”

<sup>448</sup> “If an officer or director of a corporation, in violation of his duty as such, acquires gain or advantage for himself, the law charges the interest so acquired with a trust for the benefit of the corporation, at its election, while it denies to the betrayer all benefit and profit. The rule, inveterate and uncompromising in its rigidity, does not rest upon the narrow ground of injury or damage to the corporation resulting from a betrayal of confidence, but upon a broader foundation of a wise public policy that, for the purpose of removing all temptation, extinguishes all possibility of profit flowing from a breach of the confidence imposed by the fiduciary relation”.

Ao concluir, a decisão explicitou as circunstâncias nas quais o administrador seria livre para aproveitar a oportunidade, quais sejam: (i) considerando a natureza da companhia, se a oportunidade não lhe for essencial e (ii) se a companhia não tiver interesse ou expectativa, citando jurisprudência a respeito.<sup>449</sup>

O exame do caso revela que a oportunidade, de fato, jamais poderia ter sido aproveitada pelo presidente do conselho de administração, seja porque a mesma poderia ter sido essencial à Loft Inc., seja porque a mesma tinha interesse e expectativa a respeito dos negócios que, a partir de então, seriam desenvolvidos.

O aproveitamento da oportunidade pela empresa em sua essência, bem como o seu interesse e expectativa em valer-se da mesma foram o objeto central da atenção no caso acima referido. Vale a referência, agora, a outro caso, chamado *Irving Trust Co. v. Deutsch*,<sup>450</sup> cujo tema de fundo é o seguinte: a incapacidade financeira da empresa é motivo bastante para que o administrador possa aproveitar-se da oportunidade?

A Sonora Products Corporation of America tratava-se de uma sociedade dedicada à produção e comercialização de aparelhos acústicos (rádios, fonógrafos etc). Em março de 1928, era essencial à Sonora adquirir direitos de produção em conformidade com direitos de patente da chamada “*radio art*”, sendo vendedora destes direitos a De Forest Radio Company.

O Sr. Bell, empregado da Sonora, fora encarregado de fazer a operação com a De Forest, representada pelo Sr. Reynolds. Embora as negociações primitivas não tivessem sido conclusivas, posteriormente, com o apoio do Sr. Biddle, houve êxito.

As bases à conclusão do negócio encontravam-se acertadas e foram levadas ao conselho de administração da Sonora quando, em 9.4.1928, o Sr. Deutsch informou inexistirem os recursos necessários ao pagamento. Na ocasião, Deutsch acrescentou que alguns conselheiros estavam interessados, pessoalmente, em participar do negócio.<sup>451</sup>

---

<sup>449</sup> “It is true that when a business opportunity comes to a corporate officer or director in his individual capacity rather than in his official capacity, and the opportunity is one which, because of the nature of the enterprise, is not essential to his corporation, and is one in which it has no interest or expectancy, the officer or director is entitled to treat the opportunity as his own, and the corporation has no interest in it, if, of course, the officer or director has not wrongfully embarked the [5 A.2d 511] corporation's resources therein. *Colorado & Utah Coal Co. v. Harris et al.*, 97 Colo. 309, 49 P.2d 429; *Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co.*, 126 Ala. 496, 28 So. 199; *Pioneer Oil & Gas Co. v. Anderson*, 168 Miss. 334, 151 So. 161; *Sandy River R. Co. v. Stubbs*, 77 Me. 594, 2 A. 9; *Lancaster Loose Leaf Tobacco Co. v. Robinson*, 199 Ky. 313, 250 S.W. 997.”

<sup>450</sup> O caso é também comumente referido em decisões norte-americanas a respeito do dever de lealdade. *Irving Trust Co. v. Deutsch*, 73 F.2d 121 (2d Cir. 1934). US Court of Appeals for the Second Circuit – 73. September 17, 1934 (Disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/73/121/1547266/>, visitado em 1º.7.2018).

<sup>451</sup> “On April 9th, at an adjourned meeting of the board, Mr. Deutsch reported his inability to



Anote-se bem esta parte do histórico: a sociedade não tinha condições financeiras para exercer a opção, momento no qual alguns conselheiros manifestaram o interesse em exercê-la com recursos próprios. Chegado o momento do pagamento, a sociedade, de fato, não podia pagar quando, assim, os conselheiros o fizeram. Os certificados de aquisição das ações foram emitidos em nome dos conselheiros.

A tese fixada no caso ensina que, independentemente das circunstâncias financeiras, não cabe aos diretores e conselheiros exercer quaisquer direitos pertinentes à sociedade:

The theory of the suit is that a fiduciary may make no profit for himself out of a violation of duty to his *cestui*, even though he risks his own funds in the venture, and that anyone who assists in the fiduciary's dereliction is likewise liable to account for the profit so made.<sup>452</sup>

Aprendidas as duas lições a partir dos casos acima referidos, é hora de, pragmaticamente, explicitar um critério capaz de separar as oportunidades de uso exclusivo da sociedade daquelas que poderão ser aproveitadas pelos administradores, o que restou realizado por Pedro Portellano Diez de forma didática e completa.<sup>453</sup>

Diez inicia o seu raciocínio afirmando que, em linha de princípio, a resposta habitual é a negativa, no sentido de que o administrador “*tiene prohibido obtener ventajas propias (o para un tercero) a costa del sacrificio de la sociedad*”.<sup>454</sup>

A fim de facilitar o exame e, assim, matizar o conteúdo do dever de lealdade, o autor classifica as circunstâncias que, usualmente, são postas à presença dos administradores em três grandes grupos, observando os seguintes eixos temáticos: (i) atividades competitivas; (ii)

procure the necessary funds for Acoustic, and announced that “*several individuals were desirous of accepting said proposition on their own behalf*” and were willing to make arrangements so as to extend to Acoustic the benefits contemplated by the acquisition of the stock.”

<sup>452</sup> Em tradução nossa: “A teoria do processo é a de que o administrador não poderá auferir lucro para ele próprio sem que assim viole o seu dever, mesmo que coloque os seus recursos pessoais em risco no negócio, e que qualquer um que o auxilie será também responsável pelo lucro auferido”. A propósito do vocábulo *cestui*, a sua origem vem do francês e indica a pessoa que é merecedora de confiança. (“Mid 16th century: from Law French, short for cestui, ‘the person for whose benefit anything is given in trust to another’”. Fonte:

[https://en.oxforddictionaries.com/definition/cestui\\_que\\_trust](https://en.oxforddictionaries.com/definition/cestui_que_trust), visitado em 31.8.2018). Há vasta jurisprudência nesse sentido, a confirmar que a impossibilidade financeira não é um argumento válido a ser arguido por administradores para o aproveitamento de oportunidades dirigidas à sociedade. See *Jackson v. Smith*, 254 U.S. 586, 41 S. Ct. 200, 65 L. Ed. 418; *Wing v. Dillingham*, 239 F. 54 (C. C. A. 5); *Trice v. Comstock*, 121 F. 620, 61 L. R. A. 176 (C. C. A. 8); *Wendt v. Fischer*, 243 N.Y. 439, 154 N.E. 303; *Blake v. Buffalo Creek R. Co.*, 56 N.Y. 485; *Dutton v. Willner*, 52 N.Y. 312; *Farwell v. Pyle-National, etc., Co.*, 289 Ill. 157, 124 N.E. 449, 10 A. L. R. 363; *Higgins v. Lansingh*, 154 Ill. 301, 40 N.E. 362; *Trenton Banking Co. v. McKelway*, 8 N. J. Eq. 84.

<sup>453</sup> PORTELLANO DIEZ, Pedro. *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*. Madrid: Civitas, 1996.

<sup>454</sup> *Ibid.* p. 23. Em tradução nossa: “sem tem proibido obter vantagens próprias (ou para um terceiro) à custa do sacrificio da sociedade.”

atividades convenientes para a consecução dos fins sociais e (iii) atividades a respeito das quais a sociedade tenha manifestado o seu interesse.

#### 2.4.3.1.1. Atividades competitivas

Essencialmente, o objetivo consiste em proibir que as oportunidades da sociedade sejam desviadas pelos administradores o que, segundo Diez, constituiria uma regra contundente na Espanha.<sup>455</sup> Aprofundando o exame, o autor explica que a restrição não se destina a competições de toda ordem, mas, principalmente, àquelas que possam ocorrer *interna corporis*, isto é, dentro da administração da empresa.<sup>456</sup>

Diversos são os motivos para agir de modo rígido com relação à competição entre a sociedade e seus administradores. O primeiro, até mesmo por uma questão de cronologia, decorre do fato de que toda a informação relevante à sociedade chega ao conhecimento do administrador, de maneira que a competição, para ele, traz um atributo de grande vantagem diante da empresa. Seria fácil para o administrador, pensando apenas em interesse próprio, erguer outro negócio e, assim, lesar a sociedade de maneira decisiva. Interessante notar que essa proibição tem caráter preventivo, o que é plenamente justificável à medida que se o caráter fosse meramente ressarcitório a perda poderia ser impagável, isto é, os prejuízos poderiam motivar a ruína da própria sociedade.<sup>457</sup>

O segundo motivo revela que, possivelmente numa relação de causa e efeito, o benefício próprio do administrador poderá ser o prejuízo da sociedade. O conflito de interesses será permanente.<sup>458</sup>

---

<sup>455</sup> Ibid. p. 29. No Brasil, o exame dos artigos 155 e 156 da Lei nº. 6.404, de 15.12.1976, revela o mesmo cenário.

<sup>456</sup> “La justificación de la prohibición de competencia del administrador no es proteger a la sociedad de todo tipo de competencia. [...] La razón de ser de la prohibición de competencia es más bien la necesidad de contrarrestar el especial peligro que entraña para la sociedad la competencia de su administrador, puesto que éste está en situación de socavar e incluso de arruinar económicamente a la sociedad”. (Ibid. p. 31-32).

<sup>457</sup> “No es preciso, sin embargo, que la actividad competitiva del administrador haya provocado un perjuicio contablemente perceptible. La prohibición de competencia tiene carácter preventivo”. (Ibid. p. 33). No mesmo sentido: “o fator essencial da vedação é o uso da oportunidade, não o resultado da mesma” (MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1. t. 2. p. 381).

<sup>458</sup> PORTELLANO DIEZ, Pedro. Op. cit. p. 34. A Lei nº. 6.404, de 15.12.1976, sem seu artigo 156, parágrafos 1º e 2º, veda a possibilidade de que o administrador intervenha em quaisquer negócios da companhia nos quais ocorra conflito de interesses.

O terceiro motivo, de fácil compreensão, está relacionado à confiança que, uma vez perdida, dificilmente será restabelecida. Ou o administrador agirá no interesse da sociedade ou no seu interesse pessoal. Para essa motivação não há qualquer espécie de modulação.<sup>459</sup>

Ainda com relação às atividades competitivas, importa observar a espécie de atividade desenvolvida pela sociedade. A proibição, segundo o autor, dirige-se ao mercado relevante no qual a sociedade atua. Seriam irrelevantes as demais atividades relacionadas abstratamente no estatuto social, isto é, atividades que a sociedade não desenvolve.<sup>460</sup>

A respeito da continuidade no tempo da proibição, isto é, se seria apenas para atividades desenvolvidas permanentemente ou se valeria também para oportunidades pontuais, esporádicas, o autor afirma que a proibição valeria para ambas. Mais do que jurídico, o dever de abster-se de utilizar oportunidades conferidas à sociedade é moral.<sup>461</sup>

#### 2.4.3.1.2. Atividades convenientes para a consecução dos fins sociais

Diez comenta que se a oportunidade de negócios oferecida à sociedade lhe resultar prejudicial ou neutra, a proibição não seria aplicável.<sup>462</sup> Por outro lado, se resultar duvidosa a possibilidade de aproveitamento da oportunidade pela sociedade, não caberá ao administrador aproveitá-la.<sup>463</sup>

---

<sup>459</sup> Ibid. p. 34.

<sup>460</sup> Ibid. p. 39. Em todo caso, por uma questão de boa-fé e transparência, por mais que a eventual oportunidade não esteja em sintonia com as atividades desenvolvidas pela companhia, cabe ao administrador consultar a diretoria e o conselho de administração a respeito, já que nada impede que a mesma possa, a partir de então, nutrir interesse por tal novo empreendimento. Para um aprofundamento, vale referir a BROWN, J. *When opportunity knocks: an analysis of the Bridney & Clark and ALI Principles of Corporate Governance Proposals for deciding corporate opportunity claims*. J Corp, L. 1986, p. 257.

<sup>461</sup> Ibid. p. 43. Também assim Modesto Carvalhosa e Fernando Kuyven: “a inobservância do dever de lealdade não pode ser reparada com a mera compensação de eventuais danos daí decorrentes, na medida em que constitui quebra de confiança, que não convalesce ou se substitui materialmente. A quebra de confiança decorrente da deslealdade da conduta do administrador pode ser imaterial e é irreparável. Situa-se no campo da moral, da ética de conduta do gestor de bens alheios”. (CARVALHOSA, Modesto e KUYVEN, Luiz F. Martins. *Sociedades Anônimas. Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 3, p. 851).

<sup>462</sup> “Lo que al administrador no lo es exigible es que si, de acuerdo con la diligencia de un ordenado empresario, la actividad resulta *a priori* perjudicial o neutral para la sociedad, aquél se abstenga de aprovechar para sí o para un tercero la oportunidad de negocio”. (Ibid. p. 46).

<sup>463</sup> “Si resulta dudoso si la oportunidad es relevante para los fines sociales en el sentido descrito, se presume la pertenencia a la oportunidad a la sociedad. Esta regla responde a una circunstancia fácilmente comprensible. No debe permitirse que el administrador también interesado en el negocio conteste él mismo a semejante cuestión”. (Ibid. p. 47).

#### 2.4.3.1.3. Atividades a respeito das quais a sociedade tenha manifestado o seu interesse

A propósito desse terceiro eixo temático, o autor desdobra o impedimento para que a sociedade aproveite determinada oportunidade em razões cuja ordem é a seguinte: (i) incapacidade financeira; (ii) negativa de um terceiro contratar com a sociedade e (iii) restrição estatutária.

Como já se observou, a incapacidade financeira dificilmente será um argumento válido para afastar a sociedade e assim possibilitar a fruição da oportunidade pelo administrador. Em primeiro lugar, o administrador deve empenhar-se ao máximo para, caso a sociedade não disponha dos recursos necessários, ir ao mercado financeiro/crédito ou associar-se a outras sociedades com essa finalidade.

Deixar o administrador livre para aproveitar a oportunidade acabaria gerando uma situação em que, ao invés de trabalhar em prol da sociedade, o administrador acabaria trabalhando em proveito próprio, potencializando sobremaneira o conflito de interesses.<sup>464</sup>

Prosseguindo, a negativa de um terceiro para contratar com a sociedade jamais deve ser arguida com sucesso para afastar a oportunidade da sociedade. Se isto fosse permitido, o administrador acabaria gerando meios para, reiteradamente, mancomunar-se com terceiros em busca da recusa e, a seguir, contratar com os mesmos. Seria, assim como no item discutido anteriormente, novamente um estímulo ao conflito de interesses.<sup>465</sup>

Quanto à restrição legal para que a sociedade realize determinadas atividades, o autor divide o tema em três partes, a primeira quanto ao estatuto social, a segunda às situações nas quais a sociedade esteja em liquidação e a terceira quanto às restrições de ordem legal.

No que toca ao estatuto social, eventuais restrições devem ser observadas com cautela. Explica-se: uma empresa que produz tecidos e precisa adquirir uma fazenda anexa à fábrica para ampliar as suas instalações. Ainda que o estatuto social não contenha previsão no sentido de ‘adquirir propriedade imobiliária’, é óbvio que por haver alinhamento com o fim a que a

---

<sup>464</sup> Ibid. p. 64-65. Válida a referência o caso *Irving Trust Co. v. Deutsch*, às fls. 256-257.

<sup>465</sup> Ibid. p. 66-67.

sociedade se destina, o administrador não poderá valer-se para si da oportunidade para adquirir o terreno.<sup>466</sup>

Para as atividades alheias ao objeto social, a questão torna-se mais difícil, porém, ainda assim, caberia ao administrador levar a oportunidade ao conhecimento da sociedade considerando a possibilidade de que, por seu órgão representativo, eventualmente até mesmo se altere o estatuto social a fim de aproveitá-la.<sup>467</sup>

Naquelas situações em que houver a liquidação da sociedade, a proibição de concorrer também se aplica aos liquidantes, assim como aos administradores. Verificada a liquidação, o liquidante, diante de oportunidades de negócios que possam amenizar as perdas que são ínsitas à liquidação, não poderá aproveitá-las.<sup>468</sup>

Por fim, quanto à proibição para que a sociedade desenvolva determinadas atividades em razão de restrição de origem legal, Díez sustenta que nem assim haveria direito automático para que o administrador pudesse aproveitar as oportunidades e cita alguns exemplos: restrições legais a bancos de varejo, restrições antitruste para aquisição de sociedades por outras sociedades etc. Verificada a restrição legal, o administrador deve imediatamente comunicá-la à diretoria a fim de que, se possível, a proibição seja contornada mediante: (i) alteração do objeto social; (ii) criação de uma subsidiária que possa aproveitá-la.<sup>469</sup>

Como se vê, o dever de lealdade implica ao administrador, de forma bastante rígida, servir à sociedade, e não servir-se dela.<sup>470</sup> Seja quais forem as circunstâncias, a comunicação franca e completa entre o administrador, a diretoria e o conselho de administração é capaz de evitar muitos problemas.<sup>471</sup>

---

<sup>466</sup> Ibid. p. 68.

<sup>467</sup> Ibid. p. 69.

<sup>468</sup> Ibid. p. 70-71.

<sup>469</sup> Ibid. p. 72.

<sup>470</sup> No Brasil, Flávia Parente também propõe uma forma de preencher o dever de lealdade, embora de maneira mais sintética que o autor espanhol. O conteúdo de ambos é semelhante. Parente explica que a doutrina norte-americana desenvolveu alguns testes com essa finalidade, a saber: (i) teste do interesse ou expectativa – se a companhia tem interesse ou expectativa de que a oportunidade poderá lhe ser útil; (ii) teste da linha de negócios: observar o ramo de negócios explorado pela sociedade. Se houver algum alinhamento com a oportunidade, essa será da sociedade; (iii) teste da honestidade, justiça ou imparcialidade (*fairness test*): testar os dois anteriores e, após, avaliar a honestidade. (PARENTE, Flávia. Op. cit. p. 174 et seq.). O teste também é referido por Júlio Barreto. *O conflito de interesses entre a companhia e seus administradores*. Op. cit. p. 143.

<sup>471</sup> Ao analisar o dever de lealdade, Melvin A. Eisenberg propõe algum refinamento do mesmo, do qual derivaria o dever de fazer negócios de maneira leal (*duty of fair dealing*). “The duty of fair dealing is a special case-but by far the most important case-of the more general duty of loyalty”. (EISENBERG, Melvin Aron. *An overview of the principles of corporate governance*. The Business Lawyer. v. 48. August 1993, p. 1.284). A realização de

#### 2.4.3.2. O *insider trading*

A análise do dever de diligência, especialmente de seu quarto desdobramento – o dever de informar de maneira completa e fidedigna ao mercado – determina que o administrador, uma vez conhecedor da informação relevante, é dizer, aquela capaz de afetar o desempenho das ações da companhia junto à bolsa de valores, jamais deverá valer-se dessa condição seja para comprar ou vender ações e, assim, auferir vantagem pessoal.

Trata-se da conduta conhecida por *insider trading*, cuja reprimenda é observada pela Comissão de Valores Mobiliários como uma medida relevantíssima a fim de preservar a confiança no mercado bursátil. A prevalecer o contrário, isto é, se diretores e conselheiros pudessem comprar e vender ações antes de todos os demais investidores, é certo que o mercado ficaria completamente desacreditado, seja por conta da obtenção das informações privilegiadas, da manipulação e especulação prévias à compra e venda de ações, da conversão do que deveria ser uma gestão diligente numa total “não administração”, isto é, ao invés de zelar pelo interesse da companhia o administrador (*insider*) estaria preocupado com o seu próprio interesse, em obter vantagens em detrimento do interesse da sociedade.

A referida “não administração” caracteriza-se à medida que o administrador abandona a diligência devida à sociedade e, pensando exclusivamente em auferir proveito próprio, frise-se, em detrimento da companhia, vale-se da informação relevante que lhe é confiada para comprar ou vender ações. Se, como se observou detalhadamente no item relativo ao dever de

---

quaisquer negócios que não tenham sido antecedidos por consulta aos demais diretores/conselheiros gera, de pronto, as seguintes consequências: 1) inversão do ônus da prova (cabará ao administrador questionado comprovar que a decisão preencheu os pressupostos necessários – informação, desinteresse, racionalidade); 2) Mudança no rigor do exame que será realizado a respeito da decisão em questão; se precedida de consulta, o exame será mais brando, ocorrendo o contrário se não houver consulta. “Two significant effects are accorded to such authorization under section 5.02(a)(2)(B). First, the authorization shifts the burden of proof. If a self-interested transaction was not authorized or ratified by disinterested directors or shareholders, or authorized by a disinterested superior, the burden of proof is on the self-interested director or senior executive to show that the transaction was fair. In contrast, if the transaction was authorized in advance by disinterested directors, the burden of proof is on the complainant. Second, advance authorization by disinterested directors changes the standard of fairness under which the self-interested transaction is reviewed: The test is whether disinterested directors ‘could have concluded that the transaction is fair to the corporation.’ This test is intended to be easier for the director or senior executive to satisfy than a full fairness test, although harder to satisfy than the business judgment standard.” (Ibid. p. 1.287).

diligência, a administração requer qualificação, informação, controle (vigilância e investigação), além de informação completa e fidedigna ao mercado, é lógico que a conduta do *insider* representa algo absolutamente alheio a tudo isso. Sinteticamente, é deixar a diligência completamente de lado e substituí-la pela falta de lealdade.<sup>472</sup>

Para além de praticar uma conduta que corresponde à não administração da companhia, o *insider* age dolosamente,<sup>473</sup> já que ninguém compra ou vende papéis de uma determinada companhia senão de maneira deliberada.<sup>474</sup> E tamanhos são os prejuízos tanto financeiros quanto institucionais associados à sua ocorrência que em 2001, por força da Lei nº. 10.303, foi acrescido ao art. 155 da Lei nº. 6.404, de 15.12.1976, o § 4º, cujo enunciado normativo dispõe que o *insider trading* poderá caracterizar-se tanto no âmbito da

---

<sup>472</sup> Nelson Eizirik explica o antagonismo existente entre o dever de lealdade e o *insider trading*. “O administrador deve servir à companhia com lealdade, sendo-lhe vedado: usar em benefício próprio ou de outra pessoa, com ou sem prejuízo para a sociedade, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo; omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia, ou, visando a obtenção de vantagens, deixar de aproveitar oportunidade de negócios de interesse da companhia; adquirir, para revenda com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta pretenda adquirir. A Lei das S.A. igualmente veda a prática do “insider trading”, ao estabelecer, no artigo 155, parágrafo 1º, que o administrador deve guardar sigilo sobre qualquer informação relevante da companhia, obtida em razão de seu cargo, sendo-lhe proibido valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante a compra ou venda de valores mobiliários. O artigo 155, parágrafo 1º, deve ser interpretado conjuntamente com o disposto no parágrafo 4º do artigo 157, que trata do dever de informar (disclosure), mais adiante analisado. (EIZIRIK, Nelson. *Deveres dos administradores de S.A. Conflito de Interesses. Diretor de S.A. indicado para conselho de companhia concorrente*. In *Temas de direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 69).

<sup>473</sup> Fábio Konder Comparato, em 1978, escreveu a respeito da necessidade de moralização do mercado de bolsa de valores no Brasil e, nessa linha, da repressão ao *insider trading*. “Na *insider trading*, o que existe é o aproveitamento de informações reservadas sobre a sociedade emissora dos títulos em detrimento do outro contratante, que as ignora. Há, por conseguinte, antes uma omissão volitiva, do que uma atuação ou pressão sobre o valor de mercado dos direitos ou papéis negociados. O comportamento do *insider* é tipicamente de dolo por omissão, silenciando intencionalmente a respeito de fato ou qualidade que a outra parte ignorava, de tal arte que esta não teria por certo, celebrado o contrato se não existisse a omissão dolosa”. (COMPARATO, Fábio Konder. “*Insider Trading*”: sugestões para uma moralização do nosso mercado de capitais. In *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 13-14). Modesto Carvalhosa afirma que na questão concernente à obtenção de vantagem pessoal em detrimento da sociedade haverá de se presumir o dolo do administrador: “Enquanto a lei Societária fala em dolo, está simplesmente qualificando a conduta do administrador. Não se pode presumir o dolo do administrador, embora, nos casos de se conduzir para obtenção de benefício próprio em detrimento da companhia, torna-se presumido o dolo.” (CARVALHOSA, Modesto e KUYVEN, Fernando. Op. cit. p. 881). Especificamente a propósito do *insider trading*, vale referir às seguintes obras: LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros. *Mercado de capitais e “insider trading”*. São Paulo: RT, 1982. MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. *A utilização desleal de informações privilegiadas – “insider trading” – no Brasil e nos Estados Unidos*. RDM, 34/31-51. PROENÇA, José Marcelo Martins. “*Insider trading*”: regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2005. EIZIRIK, Nelson. “*Insider trading*” e responsabilidade do administrador de companhia aberta. RDM 55/170-175; FRANCO, Vera Helena de Mello; STAJN, Raquel. *Manual de direito comercial*. São Paulo: RT, 2005. v. 2 n. 3.6-4.1, p. 183-191.

<sup>474</sup> Note-se que aqui não há que se falar em culpa grave, mas exclusivamente em dolo. A culpa grave, intuitivamente, refere-se ao dever de diligência (mais propriamente a sua falta), ao passo que o dolo se relaciona com a ausência de lealdade. Este importante tema será abordado na parte final deste capítulo, assim como no capítulo 3, em razão de sua relevância para fins de exame de cobertura no contrato de seguro *D&O*.

administração da companhia (seria o *insider* primário), quanto fora dela (*insider* secundário).<sup>475</sup> A partir de então, qualquer pessoa que tiver acesso a informação relevante poderá responder por essa conduta.<sup>476</sup>

O proveito econômico pretendido pelo *insider* é mera consequência do êxito de sua conduta. Por essa razão, a sanção tem em vista a causa, não a consequência que, conforme se observou no item dedicado ao dever de lealdade, pode ser absolutamente insuficiente para reparar as perdas sofridas pela companhia. O mote é, indiscutivelmente, evitar o *insider trading*.

---

<sup>475</sup> Ao comparar o *insider* primário e o secundário, o primeiro seria ainda mais grave, por força da confiança nutrida pela companhia com um todo no administrador faltoso. Especificamente sobre o *insider trading* praticado por membro de conselho fiscal, Modesto Carvalhosa propõe um exame ainda mais rigoroso. “Os membros do conselho fiscal são tidos como *insiders* primários, uma vez que têm acesso direto às informações confidenciais da companhia, no exercício de suas funções como órgão social. [...] A prática do *insider trading* pelo conselheiro fiscal constitui modalidade típica de abuso no exercício da função, nos termos do § 1º deste art. 165, além de crime contra o mercado de capitais, conforme prevê o art. 27-D da Lei 6.385/1976.” (CARVALHOSA, Modesto e KUYVEN, Fernando. Op. cit. p. 950).

<sup>476</sup> Lei nº. 6.404, de 15.12.1976. “Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado: [...] § 4º É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários”. Como se observou, este parágrafo foi incluído pela Lei nº. 10.303, de 31.10.2001. Pouco tempo depois e na mesma direção, a Comissão de Valores Mobiliários publicou a instrução normativa nº. 358, de 3.1.2002, cujo art. 13 ampliou formidavelmente o rol de possíveis *insiders*. A tipificação requer o conhecimento da informação relevante e a sua utilização de modo irregular (em proveito próprio), pouco importando a posição ocupada pela pessoa na companhia. Merecem especial atenção os parágrafos 1º e 2º. “Art. 13. Antes da divulgação ao mercado de ato ou fato relevante ocorrido nos negócios da companhia, é vedada a negociação com valores mobiliários de sua emissão, ou a eles referenciados, pela própria companhia aberta, pelos acionistas controladores, diretos ou indiretos, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária, ou por quem quer que, em virtude de seu cargo, função ou posição na companhia aberta, sua controladora, suas controladas ou coligadas, tenha conhecimento da informação relativa ao ato ou fato relevante. § 1º A mesma vedação aplica-se a quem quer que tenha conhecimento de informação referente a ato ou fato relevante, sabendo que se trata de informação ainda não divulgada ao mercado, em especial àqueles que tenham relação comercial, profissional ou de confiança com a companhia, tais como auditores independentes, analistas de valores mobiliários, consultores e instituições integrantes do sistema de distribuição, aos quais compete verificar a respeito da divulgação da informação antes de negociar com valores mobiliários de emissão da companhia ou a eles referenciados. §2º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a vedação do caput se aplica também aos administradores que se afastem da administração da companhia antes da divulgação pública de negócio ou fato iniciado durante seu período de gestão, e se estenderá pelo prazo de seis meses após o seu afastamento.” Vale lembrar, ainda, que a referida Lei nº. 10.303, de 2001, trouxe o art. 25-D à Lei nº. 6.385, de 7.12.1976, tipificando o *insider trading* como crime contra o mercado de capitais. “Art. 27-D. Utilizar informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de valores mobiliários: (Redação dada pela Lei nº 13.506, de 2017) Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime. Exercício Irregular de Cargo, Profissão, Atividade ou Função. § 1º Incorre na mesma pena quem repassa informação sigilosa relativa a fato relevante a que tenha tido acesso em razão de cargo ou posição que ocupe em emissor de valores mobiliários ou em razão de relação comercial, profissional ou de confiança com o emissor. § 2º A pena é aumentada em 1/3 (um terço) se o agente comete o crime previsto no caput deste artigo valendo-se de informação relevante de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo.”



A partir de uma perspectiva prática, deseja-se demonstrar como, usualmente, o *insider trading* se aproveita da informação relevante que chega ao seu conhecimento para, sorrateiramente, começar o processo de compra ou venda de ações a fim de lograr o seu objetivo espúrio. O primeiro processo relatado trata de *insider* secundário e o segundo de *insider* primário.

O primeiro corresponde ao recurso nº. 13.433, do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.<sup>477</sup> A ementa, sucinta, dispõe:

EMENTA: recurso de ofício. Mercado de valores mobiliários. Uso de informações privilegiadas. Configurada a prática de *insider trading*. Irregularidades caracterizadas. Recurso de ofício provido.

A hipótese tratou da aquisição e posterior venda de ações do Banco Panamericano pelos acusados, tendo como pano de fundo a aquisição do Banco pela Caixa Econômica Federal. A cronologia revelada na peça de acusação quanto à aquisição e posterior venda das ações é autoexplicativa:

12.5.2009 – Eliane Taira adquire 3.000 (três mil) ações do Banco Panamericano;  
 21.5 a 26.5.2009 - Eliane Taira adquire 24.800 (vinte e quatro mil e oitocentas) ações do Banco Panamericano.  
 17.6 a 13.7.2009 - Eliane Taira adquire 142.400 (cento e quarenta e duas mil e quatrocentas) ações do Banco Panamericano.  
 29.7.2009 - Eliane Taira aliena 1.200 (mil e duzentas) ações do Banco Panamericano.  
 3.8 a 13.8.2009 - Eliane Taira adquire 136.000 (cento e trinta e seis mil) ações do Banco Panamericano.  
 13.11.2009 - Eliane Taira aliena 11.000 (onze mil) ações do Banco Panamericano.  
 25.11.2009 – Divulgação de notícias pela agência do Estado sobre a compra de aproximadamente 50% do capital social do Banco Panamericano pela Caixa Econômica Federal.  
 26.11.2009 – Divulgação de fato relevante pelo Banco Panamericano, confirmando que mantinha entendimento sobre a aquisição de 49% do capital votante e 20% do capital não votante pela Caixapar, sociedade subsidiária da Caixa Econômica Federal.  
 1.12.2009 – Divulgação de fato relevante, comunicando a alienação anteriormente divulgada pelo preço de 8,27 (oito reais e vinte e sete centavos) por ação.  
 1.12 a 2.12.2009 - Eliane Taira aliena 123.800 (cento e vinte e três mil e oitocentas) ações do Banco Panamericano.  
 9 a 15.12.2009 - Eliane Taira aliena 4.600 (quatro mil e seiscentas) ações do Banco Panamericano.  
 27.5.2010 - Eliane Taira aliena a totalidade de ações restantes do Banco Panamericano, obtendo lucro de R\$ 1.504.342,00, equivalente a 93% do valor investido.”

<sup>477</sup> Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. Recurso nº. 13.433, proc. nº. 10372.000668/2016-58. Processo CVM RJ 2011/2789. Recurso de ofício. Recorrente: Comissão de Valores Mobiliários. Recorridos: Eliane Taira e Frank Yamamoto. Relator: Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa, j. 26.4.2016.

A defesa apresentada por Eliane Taira e Frank Yamamoto, que era seu companheiro, fundamentou-se nos seguintes argumentos: “i) não tinham conhecimento a respeito de quaisquer informações relevantes relacionadas à aquisição; ii) não possuíam relação direta com a Caixa Econômica Federal; iii) Frank Yamamoto era sócio de uma mera prestadora de serviços da Caixa Econômica, sem que tivesse participado de quaisquer reuniões com o Banco Panamericano; iv) Frank Yamamoto foi funcionário do Banco Panamericano muito antes da ocorrência dos fatos discutidos; v) não haveria provas da caracterização do uso de informação relevante. A aferição de lucro não é um indicador suficiente; vi) impossibilidade de o acusado produzir prova negativa.”<sup>478</sup>

Para fundamentar a condenação dos acusados, o relator valeu-se de critério que, segundo anotou, é comumente observado pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional:

O CRSFN tem considerado certos indícios, tais como: (a) a ligação com pessoas internas da sociedade; (b) o momento (timing) das aquisições de valores mobiliários em relação ao momento (timing) da operação realizada (neste caso, a aquisição do controle do Banco Panamericano); (c) o padrão de negociação e o perfil do investidor; e (d) inexistência de justificativa econômica para a realização da operação, considerando-se não apenas o potencial ganho, mas também a potencial perda em proporção às práticas anteriores do investidor.<sup>479</sup>

Ao afirmar-se que a cronologia com que as ações foram adquiridas e posteriormente alienadas pelo casal era autoexplicativa, este dado foi relevante à formação do convencimento do relator:

Pela tabela do item 4 do relatório, vemos que as aquisições das ações, seja pelo Recorrente, ou por meio da carteira de investimentos de sua companheira, coincidem com o desenrolar das negociações da alienação de controle. Segundo apurado pela CVM, as negociações iniciaram-se em maio de 2009, mesmo período das primeiras aquisições de ações preferenciais pela companheira do Recorrente. Este, apesar de já ter comprado ações do Banco Panamericano anteriormente, também aumentou seu investimento a partir deste período. Ao longo do ano de 2009, durante as negociações, foram realizadas diversas aquisições de ações pelo Recorrente direta e indiretamente.

Após a divulgação do fato relevante, a CVM verificou que o Recorrente alienou a maior parte de suas ações, encerrando o ano de 2009 com apenas 1.600, das 47.000 que chegou a ser titular naquele ano. Sua companheira, apesar de ter conservado a posição por mais alguns meses, se desfez completamente das ações logo em maio de 2010. Assim se vê que o momento (timing) das transações com as ações coincide com o padrão de um agente em posse de informação privilegiada, que aumenta seus investimentos antes da divulgação do fato relevante ao mercado e se desfaz de sua

---

<sup>478</sup> Voto do relator. p. 5.

<sup>479</sup> Ibid. p. 9.

posição assim que possível, após a publicidade do fato, e não necessariamente de uma única vez.<sup>480</sup>

A efetiva obtenção da vantagem patrimonial pelo *insider* foi afastada pelo relator que, consoante descreveu, “para a configuração da infração administrativa, basta que o indivíduo tenha intenção de auferir vantagem. Portanto, a obtenção de lucro com tal estratégia pode ser tida como fator agravante da conduta, mas não nuclear.”<sup>481</sup>

Para efeitos didáticos, o caso revela que, desde o início, isto é, antes ainda da compra do primeiro lote de ações, o casal tinha conhecimento do fato relevante que, tempos depois, acabaria por ser divulgado ao mercado. Nota-se até certa “esperteza” quando venderam poucas ações aqui e acolá, com o propósito de despistar o que, no fundo, vinham fazendo.

Assim é o *insider trading*, a antítese à administração de uma companhia. Muito embora o caso em questão seja proveniente de *insider* secundário, a sua cronologia e o *modus operandi* valem perfeitamente como exemplo também para o *insider* primário.

O segundo objeto de estudo corresponde ao processo administrativo sancionador n°. RJ 2013/13172, da Comissão de Valores Mobiliários,<sup>482</sup> movido contra Eike Batista na qualidade de acionista controlador e presidente do conselho de administração da OSX Brasil S.A. Por determinação do novo regulamento da BMF Bovespa, as companhias que mantêm ações em bolsa de valores devem manter o patamar mínimo equivalente a 25% de suas ações em circulação.

A acusação, essencialmente, está calcada na alegação de que o acionista controlador, de posse de informação privilegiada, teria alienado ações da companhia antes da divulgação de fato relevante ao mercado, evitando, assim, considerável perda patrimonial.

O fato de haver a obrigação imposta pelo novo regulamento da BMF&BOVESPA não autorizaria a venda de ações de posse de informação privilegiada por seu acionista controlador, considerando que havia outras opções disponíveis para, sem operar a venda, cumprir a referida obrigação. O controlador teria evitado prejuízo da ordem de R\$ 10.506.614,00.<sup>483</sup>

---

<sup>480</sup> Ibid. p. 9-10.

<sup>481</sup> Ibid. p. 11.

<sup>482</sup> Comissão de Valores Mobiliários. Processo administrativo sancionador n°. RJ 2013/13172. Acusado: Eike Fuhrken Batista, na qualidade de acionista controlador e presidente do conselho de administração da OSX Brasil S.A. Relator: Diretor Henrique Balduino Machado Moreira.

<sup>483</sup> Voto do relator. p. 5.

A cronologia detalhada do caso é a seguinte. Em 19.4.2013, a OSX divulgou comunicado ao mercado informando que a companhia havia atingido o patamar mínimo de 25% de ações em circulação estabelecido pelo regulamento do novo mercado da BMF&BOVESPA S.A. Por esta razão, o controlador alienou, em 19.4.2013, 9.911.900 ações, ao preço de R\$ 3,40 cada, num volume total de R\$ 33.700.460,00. A divulgação do fato relevante ao mercado ocorreu em 17.5.2013, logo após a alienação.

A defesa de Eike Batista alegou que a venda não decorreu de qualquer intenção de obter vantagem indevida. Muito ao contrário, foi feita em obediência ao já referido regulamento da BMF&BOVESPA, de sorte que, na hipótese, incidiria o *“o erro de proibição como excludente, pois o acusado agiu com a convicção de cumprimento do dever legal (enquadramento do free float compulsório para a OSX em 19.4.2013) e sem o entendimento de deter qualquer informação privilegiada.”*<sup>484</sup>

O diretor-relator concluiu pela condenação de Eike Batista e o fez, resumidamente, considerando as duas presunções decorrentes da aplicação do art. 13 da Instrução Normativa CVM nº. 358/2002, cujo texto é o seguinte:

Art. 13. Antes da divulgação ao mercado de ato ou fato relevante ocorrido nos negócios da companhia, é vedada a negociação com valores mobiliários de sua emissão, ou a eles referenciados, pela própria companhia aberta, pelos acionistas controladores, diretos ou indiretos, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária, ou por quem quer que, em virtude de seu cargo, função ou posição na companhia aberta, sua controladora, suas controladas ou coligadas, tenha conhecimento da informação relativa ao ato ou fato relevante.

Esse dispositivo regulamentou o art. 155, § 1º da Lei 6.404, de 15.12.1976.

Art. 155. [...] § 1º. Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários.

Considerando os males trazidos ao mercado acionário pela prática do *insider trading*, a interpretação comumente adotada pela CVM em casos desta natureza é no sentido de que há

---

<sup>484</sup> Ibid. p. 7.

duas presunções relativas contra os acusados: (i) a efetiva utilização da informação privilegiada e (ii) a intenção dos acusados de auferir vantagem.<sup>485</sup>

Segundo o entendimento do relator, era evidente que o acionista controlador estava de posse de informações relevantíssimas quando resolveu vender o referido quinhão de ações da companhia. A desvalorização brutal do papel posteriormente à divulgação do fato relevante ao mercado ratificou esse entendimento.<sup>486</sup>

A respeito do principal argumento de defesa – o referido “erro de proibição”, já que a imposição de obrigação pelo regulamento do novo mercado BMF&BOVESPA impediria a aplicação da sanção pela CVM – o relator explicou que, na realidade, o enquadramento ao volume mínimo de ações determinado pela BMF&BOVESPA (*free float*) já vinha sendo negociado pela OSX há bastante tempo, inclusive com pedidos de prorrogação de prazo, assunção de obrigações em etapas graduais etc.<sup>487</sup>

Ora, considerando a versão suscitada pela defesa, o relator afirmou que se Eike Batista tivesse formulado novo pedido de prorrogação de prazo para adequação ao *free float* ao argumento de que o mesmo possuía informação relevante, certamente o seu pedido seria deferido porém, ao invés de assim proceder, a conduta foi em sentido diverso, vendendo-se as ações pouco antes da divulgação do fato relevante:

No caso ora analisado, considerando que o acionista controlador estava de posse de informação relevante ainda não divulgada ao mercado, circunstância que o impedia de alienar ações naquele momento, tal situação excepcional seria plenamente apta a fundamentar uma solicitação de prorrogação, o que não foi sequer tentado pelo Acusado. Evidente que um pedido com este fundamento, diverso, portanto, daquele que fundamentou o pleito anterior, indeferido, teria sido tratado de outra forma pela BM&FBovespa.<sup>488</sup>

O diretor Pablo Rentería divergiu do relator e votou pela absolvição do acusado por entender que, no caso concreto, as referidas presunções relativas de que o *insider* realmente conhecia a informação relevante e que teria vendido as ações com o intuito de auferir vantagem deveriam ser afastadas.<sup>489</sup>

Mesmo em hipóteses nas quais se discuta a prática do *insider trading*, tipo que traz em si, de maneira clara, a intenção, o dolo daquele que o pratica e que, dessa maneira, estaria a

---

<sup>485</sup> Ibid. p. 17.

<sup>486</sup> Ibid. p. 19.

<sup>487</sup> Ibid. p. 19.

<sup>488</sup> Ibid. p. 20.

<sup>489</sup> O diretor Pablo Rentería cita os seguintes julgados da CVM, no sentido de que as presunções relativas poderiam ser realmente elididas. PAS CVM RJ 2010/4206, j. 23.8.2011, PAS CVM RJ 2013/11654, j. 23.9.2014 e PAS CVM 25/2004, j. 30.9.2008, entre outros.

violar o dever de lealdade, Rentería assinalou que “*tais exemplos evidenciam que o Colegiado da CVM vem reconhecendo que a negociação de posse de informação privilegiada pode resultar de diferentes razões jurídicas ou econômicas, que afastam o ânimo de obter vantagem indevida. Nesse quadro, a questão relativa à presença ou ausência do elemento intencional resolve-se no plano dos fatos e, na busca da verdade, cabe ao julgador, respeitado o seu livre convencimento motivado, ponderar se as provas apresentadas contra a presunção indicam, de maneira inequívoca, que a finalidade do acusado, ao negociar, foi outra que não a de tirar proveito da informação privilegiada.*”<sup>490</sup>

Em síntese, a divergência votou pela absolvição do acusado por entender que, de fato, Eike Batista vendeu as ações porque encontrava-se obrigado a cumprir a determinação imposta pelo regulamento do novo mercado BMF&BOVESPA e porque o fato de não haver solicitado nova prorrogação de prazo não autorizaria a conclusão de que, por força disto, restaria demonstrado o dolo. Se, realmente, o controlador quisesse evitar perda patrimonial mediante a venda de ações, isto teria ocorrido muito antes da data assinalada considerando que o valor de mercado da OSX já vinha numa depreciação há um bom tempo.<sup>491</sup> A seguir, o diretor Leonardo P. Gomes Pereira votou com o diretor relator, Henrique Balduino Machado Moreira, pela condenação do acusado.

Este segundo caso trazido à análise releva que mesmo as hipóteses de violação ao dever de lealdade podem se apresentar de maneira complexa, fugindo de classificações do tipo “tudo ou nada”. Não há como, *prima facie*, informar que porque se trata de *insider trading*, necessariamente haverá as duas presunções adotadas pela CVM em se tratando de *insider primário*: (i) o conhecimento da informação privilegiada pelo *insider* e (ii) dolo, traduzido na intenção de obter vantagem indevida.

Por mais que entre os deveres de diligência e de lealdade seja possível enxergar uma diferença axiológica que, muito claramente, os separa, não há como, açodadamente, formular as conclusões. Observando, por exemplo, o critério colhido no voto do primeiro caso – timing da aquisição e venda das ações *vis à vis* a operação (fato relevante divulgado), padrão de negociação e perfil do investidor, além da inexistência de justificativa econômica à realização da compra/venda das ações – que é o comumente adotado nos julgamentos realizados pelo

---

<sup>490</sup> Voto do diretor Pablo Rentería, p. 30.

<sup>491</sup> *Ibid.* p. 3.

Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional é preciso aplicar-lhe os fatos e, assim, reunir os elementos hábeis à formação de um exame seguro.

## 2.5. *A business judgment rule*

Embora ainda seja nova no Brasil, a *business judgment rule*<sup>492</sup> (ou, no vernáculo, a regra<sup>493</sup> do julgamento do negócio), vem sendo aplicada nos Estados Unidos da América há cerca de duzentos anos.<sup>494</sup>

Essencialmente, o instituto tem por finalidade preservar o ato regular de gestão, proveniente de decisão negocial<sup>495</sup> informada, refletida e desinteressada,<sup>496</sup> evitando a

<sup>492</sup> “The ‘business judgment’ sustains corporate transactions and immunizes management from liability where the transaction is within the powers of the corporation (intra vires) and the authority of management, and involves the exercise of due care and compliance with applicable fiduciary duties.” (HENN, Harry G.; ALEXANDER, John R. *Laws of corporations*. 3 ed. St. Paul: West, 1991. v.1. p. 44).

<sup>493</sup> Observa-se a *business judgment rule* como um padrão de comportamento a ser adotado pelo administrador por ocasião da tomada de uma decisão, não exatamente como uma regra. A distinção entre regra e padrão de comportamento quanto a esse tema específico foi realizada com precisão por Stephen Bainbridge: “Rules say, ‘Drive 55 mph’, while standards say, ‘drive reasonably’. Within that dichotomy, the business judgment rule clearly is misnamed; it is a standard, not a rule”. (BAINBRIDGE, Stephen M. *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*. 57 Vand. L. Rev. 83. 2004. p. 128).

<sup>494</sup> “A primeira decisão a respeito da *business judgment rule* data de 1829 e se refere ao caso Percy v. Millaudon, de Louisiana. Na ocasião, a Corte estadual decidiu que o simples prejuízo não faz o administrador responsável; para a responsabilização seria necessária a comprovação de ter o administrador praticado ato inadmissível ao padrão do homem comum em semelhantes condições. O precedente integrou seguidas decisões jurisprudenciais antes de qualquer menção em *standards*. Por influência da jurisprudência norte-americana, veio a constar do art. 72º, n. 2 do Código das Sociedades de Portugal, de forma a determinar a exclusão da responsabilidade do administrador se provado que este atuou ‘em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial’”. (HENTZ, Luiz Antônio Soares. *Ação social de responsabilidade e business judgment rule*. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 68/2015. p. 99-112. Abr/Jun 2015).

<sup>495</sup> É importante frisar que a decisão deverá ser negocial, isto é, guardar relação com a administração da companhia. Decisões alheias à administração não serão protegidas pelo instituto. Nesse sentido. BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. *A administração de companhias e a business judgment rule*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 131. O autor cita, em caráter exemplificativo, as seguintes decisões negociais: “Assinatura de contratos de compra e venda; decisão informada de delegar uma tarefa; decisão do conselho de administração a respeito da contratação do presidente de uma companhia, bem como dos valores de remuneração a ele concedidos após a sua destituição.”

<sup>496</sup> É paradigmático, no Brasil, o acórdão proferido pela Comissão de Valores Mobiliários no processo administrativo sancionador nº. RJ 2005/1.443 no qual, de forma explícita, o órgão aderiu à aplicação da *business judgment rule* em suas decisões. O relator foi o diretor Pedro Oliva Marcílio de Sousa: “Para evitar os efeitos prejudiciais da revisão judicial, o Poder Judiciário americano criou a chamada ‘regra da decisão negocial’

responsabilização pessoal de diretores e conselheiros<sup>497</sup> quando se encontrarem presentes esses pressupostos.

Os três pressupostos – decisão negocial informada, refletida e desinteressada – remetem prontamente ao exame dos deveres de diligência e de lealdade, cujo conteúdo foi

---

(Business Judgment Rule), segundo a qual, desde que alguns cuidados sejam observados, o Poder Judiciário não irá rever o mérito da decisão negocial em razão do dever de diligência. A proteção especial garantida pela regra da decisão negocial também tem por intenção encorajar os administradores a servir à companhia, garantindo-lhes um tratamento justo, que limita a possibilidade de revisão judicial de decisões negociais privadas (e que possa impor responsabilidade aos administradores), uma vez que a possibilidade de revisão *ex post* pelo Poder Judiciário aumenta significativamente o risco a que o administrador fica exposto, podendo fazer com que ele deixe de tomar decisões mais arriscadas, inovadoras e criativas (que podem trazer muitos benefícios para a companhia), apenas para evitar o risco de revisão judicial posterior. [...] Para utilizar a regra da decisão negocial, o administrador deve seguir os seguintes princípios: (i) Decisão informada: a decisão informada é aquela na qual os administradores basearam-se nas informações razoavelmente necessárias para tomá-la. Podem os administradores, nesses casos, utilizar, como informações, análises e memorandos dos diretores e outros funcionários, bem como de terceiros contratados. Não é necessária a contratação de um banco de investimento para a avaliação de uma operação; (ii) Decisão refletida: a decisão refletida é aquela tomada depois da análise das diferentes alternativas ou possíveis consequências ou, ainda, em cotejo com a documentação que fundamenta o negócio. Mesmo que deixe de analisar um negócio, a decisão negocial que a ele levou pode ser considerada refletida, caso, informadamente, tenha o administrador decidido não analisar esse negócio; e (iii) Decisão desinteressada: A decisão desinteressada é aquela que não resulta em benefício pecuniário ao administrador. Esse conceito vem sendo expandido para incluir benefícios que não sejam diretos para o administrador ou para instituições e empresas ligadas a ele. Quando o administrador tem interesse na decisão, aplicam-se os standards do dever de lealdade (*duty of loyalty*).” Neste outro caso – o processo administrativo sancionar nº. 2009/2610, relator o diretor Eli Loria, j. 28.9.2010, a CVM deixou de aplicar a *business judgment rule* justamente porque restou ausente o seu primeiro pressuposto: a decisão, no caso, não foi informada. “1.17. Mas mesmo se os administradores desconhecem a alteração ocorrida, eles não estariam isentos de responsabilidade. Administradores de companhias abertas não podem permanecer sentados, passivamente, no aguardo de informações. Não é à toa que o art. 153 da lei determina que eles se comportem não apenas como homens probos, mas também como homens ativos. [...] 1.19. Pergunto: (i) Como pode um administrador saber se um aumento de capital dessa magnitude é necessário se ele desconhece a situação patrimonial da companhia naquele momento? (ii) Como pode ele fixar um preço de emissão adequado se não tem ideia de como se comportaram as receitas da companhia no último trimestre do exercício social que se encerrou há três meses? (iii) Como pode ele fixar o preço de emissão do aumento de capital com base em seu valor patrimonial se não tem a mínima ideia de qual seja o patrimônio líquido da companhia naquele momento? 1.20. Em vista disso, não vejo como os pressupostos de aplicação da regra da decisão empresarial – decisão informada, refletida e desinteressada – possam ter sido atendidos nessa situação. 1.21. Por um lado, se os administradores não sabiam da transformação ocorrida na situação patrimonial da Companhia, eles certamente não tomaram uma decisão informada ao aprovar o aumento de capital, violando assim o primeiro pressuposto. 1.22. Por outro lado, se conheciam a transformação ocorrida, sua decisão foi, no melhor dos casos, irrefletida. O mais provável, porém, é que sua decisão tenha sido interessada ou interesseira; ou seja, os administradores perseguiram os interesses do acionista controlador em detrimento da companhia.” Os seguintes arestos também aludem à *business judgment rule*: PAS 21/2004, diretor relator Pedro Marcílio. j. 15.05.2007, PAS 2009/2610, diretor relator Marcos Barbosa. j. 28.09.2010; PAS 25/2003, diretor relator Eli Loria. j. 28.03.2008 e PAS 24/2006, diretor relator Otávio Yazbek. j. 18.02.2013.

<sup>497</sup> Nos Estados Unidos da América a aplicação do instituto a diretores é controvertida. Com relação aos conselheiros, não há dúvida. Dan Bailey reproduz uma série de decisões provenientes do Estado da Califórnia nas quais a *business judgment rule* não é aplicada a diretores. O argumento pela inaplicabilidade decorre da maior participação dos diretores no cotidiano da sociedade, o que exigiria um padrão de diligência potencializado. (BAILEY, Dan. *The business judgment rule under attack*. Disponível em <http://dri.org/docs/default-source/dri-online/course-materials/2013/professional-liability/12-the-business-judgment-rule-under-attack.pdf?sfvrsn=4>, visitado em 12.7.2018). No Brasil, não há discussão desse teor. Em se tratando de decisão negocial informada, refletida e desinteressada, pouco importa se a sua origem emanar da diretoria ou do conselho de administração. O instituto presta-se para tutelar o conteúdo da decisão.



apresentado nos itens precedentes. A necessidade de se informar e de refletir antes de decidir<sup>498</sup> guarda pertinência com o dever de diligência, ao passo que o desinteresse, isto é, a inexistência de quaisquer interesses pessoais por parte do administrador possui relação franca com o dever de lealdade.

Se decisões informadas, refletidas e desinteressadas estivessem sob o escrutínio permanente seja de órgãos reguladores, seja do Poder Judiciário, fato é que menos decisões seriam tomadas e, o que é pior, as efetivamente tomadas estariam cercadas de tanta cautela, tanto receio quanto às suas possíveis consequências que a própria administração cotidiana das companhias estaria ameaçada.

Conforme comentado anteriormente, o mundo empresarial atualmente é extremamente competitivo, tecnológico e dinâmico. A administração das sociedades deve estar atenta a esses atributos. Que a decisão negocial informada, refletida e desinteressada pode gerar riscos e perdas patrimoniais, isto é sabido e, com efeito, faz “parte do jogo”. O que não se pode, em hipótese alguma, é tolher a capacidade criativa de administradores talentosos por conta de revisões tardias (*ex post*) de suas decisões. Obviamente e a *contrario sensu*, o instituto não se presta para tutelar decisões de administradores que sejam evitadas de negligência grave quanto aos deveres de se informar e de refletir<sup>499</sup>, de deslealdade, má-fé e/ou fraude.<sup>500</sup>

---

<sup>498</sup> O instituto também se aplica a decisões que importem em deixar de agir. Assim, Pedro Henrique Castello Brigagão: “A esse respeito, é importante ter em mente que a decisão por não agir também é uma decisão e não pode ser confundida com uma omissão. [...] Um administrador pode entender, por exemplo, que os custos para a implementação de uma política financeira em sua companhia sejam muito altos e, por isso, não deva ser levado adiante. Essa é uma decisão – de não agir – e deve ser considerada como tal.” (BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. *A administração de companhias e a business judgment rule*. Op. cit. p. 129-130) e Cristina Guerrero Trevijano: “En conclusión, podemos afirmar que los administradores serán responsables de sus actos u omisiones y que la protección que la business judgment rule les otorga debe alcanzar únicamente a acciones u omisiones conscientes (decisiones de no actuar) que sean decisiones empresariales, esto es, aquéllas en las que los administradores gozan de un margen de discrecionalidad que les permite elegir entre distintas soluciones alternativas, ya sean decisiones de gestión en sentido estricto o en un sentido más amplio, incluyendo las directamente encaminadas a la consecución del objeto social así como determinadas decisiones de organización o funcionamiento interno de la sociedad, en concreto aquéllas que no deriven de obligaciones legales o estatutarias sino que sean expresión del genérico deber de diligente administración. (TREVIANO, Cristina Guerrero. *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters/Aranzadi, 2014. p. 260).

<sup>499</sup> A negligência grave é considerada o oposto da diligência regular (informar-se e refletir antes da tomada da decisão) e, quando verificada, importa na não aplicação do instituto. “Em casos que envolvem decisões negociais, a diligência exigida de conselheiros e diretores vem sendo pautada pelas cortes com base no conceito da negligência grave (ou *gross negligence*). Isto é, será considerado devidamente diligente aquele que não for gravemente negligente.” (BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. Op. cit. p. 137). Exemplo paradigmático de negligência grave colhe-se no caso *Smith v. Van Gorkom*, objeto de comentários às fls. 236 et seq.

<sup>500</sup> “The business judgment rule does not protect decisions by directors that constitute fraud, illegality or *ultra vires* conduct”. (BLOCK, Dennis J.; BARTON, Nancy E; RADIN, Stephen A. *The business judgment rule*:

Analisando os pressupostos à aplicação do instituto, que seja consentido formular uma conclusão: o administrador diligente será tutelado pela *business judgment rule*; o administrador desleal não. Aludindo aqui ao contrato de seguro *D&O*, o administrador diligente será tutelado pela apólice; o administrador desleal (cujo interesse pessoal se sobreponha ao interesse da sociedade) não estará coberto, simplesmente porque de decisão negocial não se tratará. Ainda, o administrador gravemente negligente, muito embora não seja protegido pelo instituto, poderá restar coberto pela apólice a depender do convencionado pelas partes.<sup>501</sup>

### 2.5.1. O porquê de se proteger a decisão negocial informada, refletida e desinteressada

Convém iniciar lembrando dos motivos pelos quais há um regime de responsabilidade próprio para o administrador (item 2, supra). Em síntese, discorreu-se a respeito da (i) necessidade de que a administração seja eficiente, o que restaria confrontado pelo regime de responsabilidade civil comum (Código Civil), (ii) a simbiose das responsabilidades contratual e extracontratual a depender das relações jurídicas desenhadas, (iii) a inexistência de um padrão de comportamento único a ser adotado por administradores para fins de comparação, (iv) as diferenças de tratamento quanto aos deveres de diligência e de lealdade, além do (v) regime próprio de nulidades no direito societário *vis à vis* o direito civil.

---

*fiduciary duties of corporate directors*. 5 ed. New York: Aspen Law and Business, 1998. p. 90). Especificamente quanto à inaplicabilidade do instituto às decisões que impliquem em violação ao dever de lealdade, refere-se a PARGENDLER, Mariana. *Responsabilidade civil dos administradores e business judgment rule no direito brasileiro*. In *Revista dos Tribunais* v. 953/2015, p. 51-74, mar. 2015. p. 3. Também assim Cristina G. Trevijano: “En este mismo sentido se ha expresado también la doctrina norteamericana que no admite el juego de la regla en supuestos de conflictos de intereses o falta de independencia”. (TREVIJANO, Cristina Guerrero. Op. cit. p. 256). No mesmo sentido Maria Elisabete Gomes Ramos e Elena F. Pérez Carillo: “A insindicalidade do mérito das decisões dos administradores não equivale a uma cega e irrestrita desresponsabilização. A *business judgment rule* não funciona (não protege os administradores) em casos de violação do dever de lealdade, de violação da lei ou até, segundo algumas compreensões, nos casos conhecidos como *corporate waste*. Regressemos ao teor do art. 72º., nº. 2, do CSC. Recai sobre o administrador o ônus de provar que actuou «em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial»”. (PÉREZ CARILLO, Elena F. RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Responsabilidade civil e seguro dos administradores. Reflexões em torno das experiências portuguesa e espanhola*. In *Boletim da faculdade de direito da Universidade de Coimbra*. nº. 82. 2006, p. 295-296. Disponível em [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org), visitado em 11.9.2017. p. 305).

<sup>501</sup> Dolo e culpa grave atinentes ao contrato de seguro *D&O* serão analisados com rigor no capítulo 3.

Admitindo-se que o regime de responsabilidade para o administrador é, de fato, próprio, o que, acredita-se, restou demonstrando por motivação sólida, a decisão negocial informada, refletida e desinteressada, igualmente, deverá ser protegida ou, com outras palavras, a *business judgment rule* deve ser recebida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Para além dessa ordem de motivos os mais relevantes, é válido lembrar a essa altura da doutrina administrativista que, quanto ao mérito das decisões de viés regulatório, obsta, como regra, a sua revisão pelo Poder Judiciário.

Marcos Juruena Villela Souto<sup>502</sup> alude àquilo que a doutrina chamava de “juízo do razoável ou do tolerável”,<sup>503</sup> isto é, desde que o ato administrativo se revista dos requisitos

---

<sup>502</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002. p. 359-366. Rigorosamente nesse sentido colhe-se a lição de Luiza Rangel de Moraes, calcada nas lições de Caio Tácito e Miguel Seabra Fagundes: “Quanto aos conceitos de desvio de poder e de discricionariedade, podemos colher os conceitos adotados pelo direito administrativo, que podem ser de grande valia também para aferir a responsabilidade do administrador privado. Nesse diapasão, oportuna a lição de Caio Tácito: ‘Em suma: o poder discricionário é a faculdade concedida ao administrador de examinar livremente os fatos e decidir, à luz da conveniência, sobre o modo de agir. A existência do fato em si mesmo é um dado objetivo, insuscetível de ser afetado pela intenção do administrador. [...] Não há na persecução da prova, nenhuma ingerência jurisdicional no mérito do ato administrativo, ou seja, na porção discricionária, de livre cogitação do administrador. Os dados probatórios são compulsados, mitigadamente, pelo juiz com o fito exclusivo de exercer o diagnóstico, que lhe é peculiar, da legitimidade – e, jamais da conveniência e oportunidade do ato administrativo’. Por sua vez, Miguel Seabra Fagundes ensina: ‘Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão somente, sob o prisma da legalidade. Este é o limite do controle quanto à extensão. [...] O mérito se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concerne ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos. Ao ângulo do merecimento, não se diz que o ato é ilegal ou legal, senão que é ou não é o que devia ser, que é bom ou mau, que é pior, ou melhor, do que outro’”. (MORAES, Luiza Rangel de. *Business judgment rule e sua aplicação no direito brasileiro e na apuração de responsabilidade dos administradores de companhias abertas em processos administrativos sancionadores*. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 60/2013, p. 127-149, abr-jun 2013). Nelson Eizirik e Bernard Sharfman: “The rule creates a strong presumption against judicial reviews of duty of care claims. The court will abstain from reviewing the substantive merits of directors conduct unless the plaintiff can carry the very heavy burden of rebutting that presumption. [...] O juízo de oportunidade e conveniência (discricionariedade) de uma decisão empresarial não pode ser exercido por juízes ou por quaisquer outras pessoas. Trata-se de prerrogativa exclusiva dos administradores, que, em razão de sua experiência e do acesso que têm a informações, estão mais habilitados do que os juízes e os próprios acionistas a tomarem quaisquer decisões referentes aos negócios da companhia” (SHARFMAN, Bernard S. *Being informed does matter: fine tuning gross negligence twenty plus years after Van Gorkom*. In *The Business Lawyer*. v. 62. p. 145. Chicago: Section of Business Law of the American Bar Association, nov. 2006. E EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais – Regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 438-439. Também, Osmar Brina Corrêa-Lima: “O próprio equilíbrio jurídico exige que o juiz e o administrador se coloquem em seus polos respectivos, exercendo a função típica a que se acham habilitados, não somente pela graduação específica, mas também pela formação profissional”. (CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 262).

<sup>503</sup> A *business judgment rule*, ao invés de adotar o postulado da razoabilidade, adota o da racionalidade. Este se explica por meio da compreensão básica do que é ou não é lógico, explicável com facilidade. O razoável carrega uma dose mais acentuada de subjetivismo e, por isso, de explicação mais complexa. Assim Cristina G. Trevijano. “El criterio de revisión de la *business judgment rule*, por lo tanto, supone que cuando se den los presupuestos para la aplicación de este estándar, las decisiones de los administradores se revisarán conforme a criterios basados en la racionalidad y no necesariamente en la razonabilidad de las mismas. Se trata, pues, de la aplicación de un estándar de revisión sensiblemente menos exigente que el estándar de conducta debida puesto

legais existentes, não caberá ao Estado-Juiz revê-lo, considerando, sobretudo, o tecnicismo que, ao menos em tese, deve orientar o ato praticado pelo órgão regulador:

Quando a ordem jurídica se remete a questões técnicas complexas de difícil compreensão ou de impossível reprodução probatória (por sua característica intrínseca), o juiz deve se contentar com o “juízo do tolerável”, ou seja, uma decisão motivada da Administração (já que o estado da arte ainda não permitiu a certeza absoluta). O juiz não pode dirimir dúvidas sobre as quais a ciência ou a técnica ainda não firmaram uma verdade universal (salvo se a técnica não foi bem utilizada – insuficiência, erro de fato, incongruência). Deve, no entanto, analisar se há transparência e coerência lógica na motivação científica, técnica ou de experiência. O controle das questões complexas deve ir até onde sejam possíveis os aspectos objetiváveis; no mais, deve se aceitar o juízo do razoável. [...]

A dificuldade é que os juizes são generalistas e os reguladores especialistas; distantes da realidade das operações cotidianas, os juizes podem falhar em apreciar a complexidade dos pontos, o que pode representar em ordens inapropriadas.<sup>504</sup>

Assim, a *business judgment rule* acaba por gerar forte resistência à revisão do mérito de decisões tomadas por administradores, já que parte substancial de seu agir é caracterizado por considerável dose de discricionariedade.<sup>505</sup> Partindo da premissa de que a decisão foi

que, si bien la razonabilidad o no de una determinada decisión empresarial puede ser cuestionable, pocas veces podremos afirmar que estamos ante decisiones claramente irracionales”. (GUERRERO TREVIJANO, Cristina. Op. cit. p. 239). Ainda mais didático é o escrito de Chaim Perelman. “Lo racional se define como «pertenciente o relativo a la razón» y, de manera general, se entiende que una decisión es racional cuando respeta las reglas de la lógica y se inspira en principios de eficiencia, coherencia y sinceridad. Por su parte, la idea de razonable aparece en el derecho como componente común de conceptos jurídicos indeterminados, tales como el de la «diligencia debida» y, cuyo contenido es variable en función de las circunstancias de cada caso. Mientras que las nociones de «razón» y «racionalidad» se vinculan a criterios bien conocidos de la tradición filosófica, como las ideas de verdad, coherencia y eficacia, lo «razonable» está ligado a una margen de apreciación admisible y a lo que parece socialmente aceptable. La razonabilidad se define, por lo tanto, como «sentido común» ante determinadas circunstancias, en tanto que lo racional aparece más como una solución lógica de manera general. Lo razonable depende de elementos ambiguos, no está formalizado ni mecanizado y, lo racional es la lógica general aplicable a las situaciones.” (PERELMAN, C. *Le raisonnement et le déraisonnable en droit*. Paris, 1984. p. 240-241). Por essas razões Maria Elisabete Gomes Ramos afirma que: “A responsabilidade do administrador é apurada por intermédio do critério da irracionalidade.” (RAMOS, Maria Elisabete Gomes Ramos. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 93).

<sup>504</sup> Nesse “embate” entre reguladores e juizes, o comentário de Carlos Ari Sundfeld a propósito da interpretação para o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº. 4.657, de 4.9.1942, com a redação empregada pela Lei nº. 12.376, de 30.12.2010): “Como muitos magistrados e integrantes de órgãos de controle vêm agindo como se fossem administradores públicos, a nova Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lindb) buscou garantir que eles suportem os ônus dos integrantes do Executivo caso extrapolem suas competências. [...] Em palestra nesta quarta-feira (29/8), Carlos Ari Sundfeld explicou que a lei apenas obriga ao juiz que pretender desenhar políticas públicas com suas decisões avaliar as consequências de seus despachos.” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Nova Lindb busca responsabilizar juiz que agir como administrador, diz Sundfeld*. Consultor Jurídico, São Paulo. 29.8.2018).

<sup>505</sup> A respeito da difícil tarefa de examinar os limites da discricionariedade do administrador (exatamente para que não se converta em arbitrariedade), Luiz Antônio Soares Hentz comenta um caso que ganhou relevo nos Estados Unidos, quando investidores processaram os administradores do Citigroup em razão de perdas decorrentes da excessiva exposição no mercado de empréstimos de *subprime*: “Noutro caso, a regra teve plena vigência. Em 2009, a Court of Chancery (1.o grau) de Delaware (*civil action* n. 3338-CC) analisou e julgou caso que se tornou paradigma para a questão da responsabilização dos administradores. Acionistas do Citigroup

precedida de informações técnicas e que o administrador agiu de maneira leal e nos melhores interesses da sociedade, não há que se rever a sua decisão.<sup>506</sup> Nesse sentido, é interessante a análise de Marina Pargendler<sup>507</sup> ao explicar que da tensão existente entre o dever de diligência e a *business judgment rule*, esta se saiu vencedora:

Se a relação entre o dever de lealdade e a *business judgment rule* é pouco controvertida, o mesmo não ocorre em relação ao dever de diligência. Isso porque, no limite, existe considerável tensão entre permitir-se que o juiz reavalie uma decisão tomada pelos administradores, de um lado, e o propósito da *business judgment rule* de preservar o âmbito de discricionariedade daqueles na gestão da companhia, de outro. Do ponto de vista histórico, a *business judgment rule* saiu-se vencedora nesse embate. Em 1968, Joseph W. Bishop, professor de direito societário da Universidade de Yale, já advertia que a busca por casos em que os administradores houvessem sido responsabilizados por conduta culposa, na ausência de conflito de interesses, seria comparável à procura de “um pequeníssimo número de agulhas em um enorme palheiro<sup>508</sup>”. Em 1981, George W. Dent ainda qualificava o dever de diligência como “moribundo”.

Vale ressaltar que a não revisão do mérito das decisões negociais informadas, refletidas e desinteressadas também é objeto de alguma crítica pela doutrina, ao argumento de que, em primeiro lugar, a inafastabilidade de ameaça ou lesão a direito do Poder Judiciário, assegurada pela Constituição Federal,<sup>509</sup> chocar-se-ia com a pretendida ‘imunidade’.<sup>510</sup>

---

tentavam responsabilizar os membros da diretoria e do conselho de administração pelas perdas decorrentes da exposição excessiva ao mercado de empréstimos de *subprime*. A corte decidiu em favor dos réus, administradores do Citigroup, sustentando ser compreensível que investidores queiram responsabilizar alguém por suas perdas em um momento de crise, mas que a acusação imputada aos *directors* e *officers* não era pertinente, justamente porque os acionistas outorgaram-lhes a discricionariedade para agir, permitindo-lhes maximizar os ganhos da companhia e de seus sócios em longo prazo, assumindo riscos sem o receio de serem pessoalmente responsabilizados por eventuais perdas. (HENTZ, Luiz Antônio Soares. *Ação social de responsabilidade e business judgment rule*. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 68/2015. p. 99-112. Abr/Jun 2015. p. 5).

<sup>506</sup> « La gestion est plus une question d’opportunité que de légalité et il n’existe pas actuellement en ce domaine de règles suffisamment précises. La gestion d’une entreprise suppose l’acceptation de certains risques ». (GUYON, Yves. *Droit des affaires*. t. 1. *Droit commercial général et sociétés*. 12 éd. Paris : Economica, 2003. n. 459. p. 502).

<sup>507</sup> PARGENDLER, Mariana. *Responsabilidade civil dos administradores e business judgment rule no direito brasileiro*. In *Revista dos Tribunais* v. 953/2015, p. 51-74, mar. 2015. p. 3.

<sup>508</sup> A obra de J. Bishop referida pela autora é BISHOP JR., Joseph W. *Sitting Ducks and Decoy Ducks: New Trends in the Indemnification of Corporate Directors and Officers*. Yale Law Journal, New Haven. v. 77. p. 1078-1103, May 1968. p. 1099.

<sup>509</sup> Constituição Federal de 5.10.1988. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] Inc. XXXV. - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

<sup>510</sup> Corresponde à posição de Carlos Klein Zanini, para o qual “Suprimir ao juiz o poder de examinar o mérito das decisões empresariais encontra óbice no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, que proíbe a exclusão de qualquer matéria da apreciação do Poder Judiciário. Ademais, a regra de julgamento parece servir na jurisprudência norte-americana à mesma função exercida no Brasil pela noção de obrigação de meio”. (ZANINI, Carlos Klein. *A doutrina dos ‘fiduciary duties’ no direito norte-americano e a tutela das sociedades e acionistas*

Demais disso, a resistência apresenta-se da seguinte forma: ora, se juízes normalmente examinam a conduta de engenheiros quanto à adequação dos motores de aviões que foram entregues, os frutos entregues por fazendeiros (sua adequação ao padrão industrial desejado), bem como se o sistema prisional afeta ou não a saúde dos prisioneiros, por que, então, apenas não examinar o mérito de decisões negociais?<sup>511</sup>

O argumento se apresenta valoroso, mas não convence. Remete-se, por oportuno, ao tema relacionado aos múltiplos padrões de comportamento existentes para os administradores de sociedades, em cotejo com o padrão de comportamento de médicos e advogados (item 2, supra). A decisão empresarial é cercada por muitas variantes e não há, à diferença da medicina e da advocacia, um histórico do que deve, com plena convicção, adotar-se como certo ou errado. Essa razão explica, de forma objetiva, a real dificuldade que juízes têm para rever o mérito de decisões negociais informadas, refletidas e desinteressadas, sem embargo dos outros argumentos suscitados (fomentar a inovação, a tomada de risco, o encorajamento do administrador etc).<sup>512</sup>

Diante de decisão negocial informada, refletida e desinteressada, o foco deve transmudar-se de seu mérito para o processo de tomada de decisão, isto é, a sua legalidade em si, não o seu embasamento.<sup>513</sup>

*minoritários frente aos administradores de sociedades anônimas. In Revista de Direito Mercantil, nº. 109. São Paulo: RT, p. 140).*

<sup>511</sup> Esta crítica é de Frank Easterbrook e Daniel Fischel. “The standard justifications are that judges lack competence in making business decisions and that the fear of personal liability will cause corporate managers to be more cautious and also result in fewer talented people being willing to serve as directors. There are helpful but not sufficient. They do not explain why the same judges who decide whether engineers have designed the compressors on jet engines properly, whether the farmer delivered pomegranates conforming to the industry’s specifications, and whether the prison system adversely affects the mental states of prisoners cannot decide whether a manager negligently failed to sack a subordinate who made improvident loans.” (EASTERBROOK, Frank H., FISCHEL, Daniel R. *The economic structure of corporate law*. Massachusetts: Harvard University Press, 1991. p. 94).

<sup>512</sup> Vale a referência à posição de Eric Posner quanto à revisão do mérito da decisão negocial. “Courts have trouble understanding the simplest of business relationships. This is not surprising. Judges must be generalists, but they usually have narrow backgrounds in a particular field of the law. Moreover, they often owe their positions to political connections, not to merit. Their frequent failure to understand transactions is well documented. One survey of cases involving consumer credit, for example, showed that the judges did not even understand the concept of present value [...] Skepticism about the quality of judicial decision making is reflected in many legal doctrines, including the business judgment rule in corporate law, which restrains courts from second-guessing managers and directors” (POSNER, Eric A. *A Theory of Contract Law Under Conditions of Radical Judicial Error*. 94 Nw. U. L. REV. 749, 754. 2000. p. 215).

<sup>513</sup> “São recorrentes as referências à *business judgment rule* norte-americana (ou à “regra de decisão empresarial”, em literal tradução ao vernáculo) nas decisões da autarquia. A alusão aos contornos da regra no direito norte-americano – e a defesa de sua aplicabilidade no direito brasileiro – são particularmente frequentes. Contudo, longe de representar transplante automático e fidedigno das

## 2.5.2. A recepção do instituto pelo ordenamento jurídico brasileiro

Por se tratar de instituto nascido e que se desenvolveu nos Estados Unidos da América, a sua recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro deve cercar-se de alguma cautela considerando as diferenças existentes entre os dois ordenamentos jurídicos (anglo-saxão e continental).<sup>514</sup>

A propósito das diferenças e de seu impacto com vistas à sua recepção no Brasil, Mariana Pargendler cita quais devem ser os principais pontos de atenção do intérprete:

- (i) “Competição regulatória” entre os Estados norte-americanos: em virtude da prerrogativa conferida aos Estados norte-americanos para legislar, os seus diplomas legais são influenciados por interesses diversos, o que gera dúvida quanto à eficiência do sistema de responsabilidade civil dos administradores. Sabidamente, o Estado de Delaware costuma favorecer os interesses dos acionistas, contudo, concomitantemente, não deseja desagradar aos administradores, o que acaba motivando essa disputa que não encontra paridade no ordenamento jurídico brasileiro;
- (ii) A profunda aversão à interferência do Poder Judiciário sobre decisões dos administradores presente nos EUA não é, obrigatoriamente, observada da mesma maneira no Brasil. As diferenças entre as matrizes econômicas dos dois

---

soluções de direito comparado, as decisões da CVM utilizam-se da doutrina norte-americana de forma seletiva, não raro dela se afastando, a pretexto de segui-la. A mais influente e citada manifestação da CVM sobre a *business judgment rule*, proferida no voto do Diretor Pedro Oliva Marcílio de Sousa no PAS RJ2005/1443, diz que “[n]a ausência de decisões prévias ou de reflexões sobre o assunto no Brasil, a jurisprudência norte-americana pode servir como um bom subsídio, especialmente porque lá se procura extrair conceitos e regras a partir de casos concretos”. E conclui: “[a] construção jurisprudencial norte-americana para o dever de diligência em nada discrepa do que dispõe o art. 153 da Lei 6.404/1976, sendo possível utilizar-se, no Brasil, dos mesmos standards de conduta aplicados nos Estados Unidos”. O cerne do teste cunhado na decisão vem assim formulado: “Em razão da regra da decisão negocial, o Poder Judiciário americano preocupa-se apenas com o processo que levou à decisão e não com o seu mérito. [...]”. (PARGENDLER, Mariana. *Responsabilidade civil dos administradores e business judgment rule no direito brasileiro*. In *Revista dos Tribunais* v. 953/2015, p. 51-74, mar. 2015. p. 6-7).

<sup>514</sup> “A *business judgment rule* é uma regra sintética, cristalizadora de princípios já suficientemente escandidos pelos juristas de *civil law*. Nós copiamos a regra. Mas é preciso ceder a tentação de importar, com ela, toda a confusão e incompreensão que a cercam nos Estados Unidos.” (CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Aide, 1989. p. 126).

países, aquele notadamente liberal, gera situações que, dificilmente, serão vistas no Brasil. Por isso, também nesse ponto, há necessidade de cautela;

(iii) A eficiência do sistema jurídico norte-americano, sobretudo em razão da maior disponibilidade de recursos aos minoritários para solucionar os seus problemas, também deve motivar preocupações com vistas à recepção do instituto.<sup>515</sup>

Carlos Eduardo Vergueiro<sup>516</sup> acrescenta aos argumentos já apresentados o fato de que nos Estados Unidos da América a *business judgment rule* é aplicada como forma de evitar que as condutas de administradores sejam apreciadas pelo Tribunal do Júri. A sua arguição como argumento de defesa, por si só, acaba por converter uma questão fática numa questão jurídica, atraindo, pois, a solução do caso à análise do juiz togado e não mais a do grupo de jurados, característica distante da realidade brasileira.

Sopesadas as críticas, resta saber, então, por intermédio de que dispositivos legais o instituto foi recebido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Quanto a esse ponto específico, a doutrina apresenta-se dividida, havendo os que defendem a recepção da *business judgment rule* exclusivamente pelo art. 159, § 6º da Lei nº. 6.404, de 15.12.1976, e outros a sustentar a recepção com base não apenas em um dispositivo específico, mas como base no sistema de responsabilidade do administrador adotado pela referida lei como um todo.

A recepção com fincas apenas no art. 159, § 6º é defendida por Mariana Pargendler, segundo a qual “*corretamente entendido, o art. 159, § 6.º, consagra verdadeira business judgment rule à brasileira. A similitude guardada com a business judgment rule reside sobretudo na ratio comum: tutelar as decisões empresariais tomadas de forma honesta e bem intencionada, ainda que venham a se mostrar prejudiciais ou equivocadas a posteriori, pelas razões identificadas à exaustão pela doutrina e jurisprudência norte-americanas.*”<sup>517</sup>

<sup>515</sup> PARGENDLER, Mariana. Op. cit. p. 6.

<sup>516</sup> VERGUEIRO, Carlos Eduardo. *Business judgment rule. Conceito, utilização no Brasil e comparação com os Direitos português e italiano*. In *Revista de Direito Empresarial*. v. 9/2015, p. 29-56, mai/jun 2015. p. 4.

<sup>517</sup> PARGENDLER, Mariana. Op. cit. p. 6. No mesmo sentido BENSAL, Bruno Marques. *A business judgment rule no direito brasileiro: da responsabilidade dos administradores na perspectiva do direito comparado e na jurisprudência da CVM*. In *Revista de Direito Empresarial*. v. 7/2015. p. 111-131. Jan - Fev / 2015.



Por outro lado, a recepção do instituto pelo sistema de responsabilidade do administrador adotado pela Lei nº. 6.404, de 15.12.1976 como um todo, designadamente a partir do art. 153, é defendida por Pedro Henrique Castello Brigagão.<sup>518</sup>

O § 6º do art. 159<sup>519</sup> define que “§ 6º o juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.”<sup>520</sup> Ora, a *business judgment rule* não tem por objetivo excluir a responsabilidade do administrador. Até mesmo por uma questão de cronologia, a exclusão da responsabilidade requer que a responsabilidade esteja configurada para, posteriormente, tratar-se da exoneração. O juiz, diante do enunciado normativo, dispõe de uma prerrogativa (“poderá”), ao passo que o instituto, como se viu, tem como alvo justamente evitar a responsabilização, com a condição de que a decisão negocial seja informada, refletida e desinteressada. Parece correta a crítica de Brigagão:

O artigo 159, § 6º, ignora, assim, as características da regra da decisão negocial que levam em conta os atributos da decisão tomada pelo administrador. Isto é, parece não ser relevante, para fins de exclusão da responsabilidade do administrador com base nessa norma, o fato de a atuação do réu ter se caracterizada como *ultra vires*, por exemplo. [...] Também não parece ser relevante, para fins do mencionado parágrafo, verificar se a decisão foi racional ou não. Importa apenas checar se a decisão se deu de boa-fé e no interesse da companhia.<sup>521</sup>

<sup>518</sup> BRIGAGÃO, Pedro Henrique C. *A administração de companhias e a business judgment rule*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 165 et seq.

<sup>519</sup> Quanto ao enunciado normativo, a doutrina lhe traz críticas agudas: “texto de sabor kafkaniano” (BARRETO FILHO, Oscar. *Medidas judiciais da companhia contra os administradores*. RDM 40/9-18. p. 17) e “infeliz” a Lei das S.A., por “conceder verdadeiro *bill* de indenidade aos administradores culposos” (BULGARELLI, Waldirio. *Manual das sociedades anônimas*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 1991. n. 7.11, p. 164).

<sup>520</sup> É possível refletir a respeito de um paralelismo entre o § 6º do art. 159 da lei societária com o art. 944, parágrafo único, do Código Civil, na medida em que ambos, examinando a conduta do lesante (o seu grau de culpa – lei civil – e a sua boa-fé – lei societária) implicam na possibilidade de reduzir o montante a ser pago e na exoneração da responsabilidade, respectivamente.

<sup>521</sup> BRIGAGÃO, Pedro Henrique C. Op. cit. p. 170. Corroboram esse posicionamento Ermiro Ferreira Neto: “Deve-se ter claro que os modelos são convergentes em muitos pontos, mas não semelhantes. Com a devida *venia* da doutrina, que parece ter se firmado em sentido contrário, por exemplo, não se pode tomar como fundamento da possibilidade de aplicação da *business judgment rule* no Brasil a regra do artigo 159, § 6º da Lei nº 6.404/76. O objetivo da regra anteriormente enunciada não é evitar a sindicabilidade das decisões administrativas por parte do Poder Judiciário. Ao contrário, para se valer da prerrogativa de excluir a responsabilidade do administrador, antes deverá o magistrado, por óbvio, tê-la reconhecido. Tal minúcia não é retórica, pois ao reconhecer a responsabilidade, deverá o magistrado, na forma dos artigos 153 e 158, aferir culpa, dolo ou atuação do administrador em desconformidade com a Lei e com o estatuto da companhia. Disto resulta, pois, a possibilidade de, num exemplo, o administrador negligente ou imperito ser ‘perdoado’ pelo Poder Judiciário, se ele comprovar que agiu no interesse da companhia e de boa-fé.” (FERREIRA NETO, Ermiro. *Business judgment rule e responsabilidade civil do administrador: ensaio sobre a função da doutrina na construção de modelos jurídicos*. In *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*. Belo Horizonte, ano 4, n. 10, p. 61-80, set./dez. 2015. p. 77-78). Também Marcelo Vieira von Adamek. *Responsabilidade dos administradores de S/A (e as ações correlatas)*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 131 et seq. “ainda que o direito brasileiro não tenha incorporado a *business judgment rule* – ponto em que se diverge no presente artigo – seu arcabouço hermenêutico ‘é um desdobramento do próprio sistema de responsabilidade civil dos administradores’

Não há que se falar, portanto, na recepção do instituto por meio de apenas um dispositivo isolado, tal e qual não é possível interpretar a responsabilidade do administrador baseando-se apenas em um dispositivo legal. “*Não se interpreta o direito em tiras*”.<sup>522</sup>

É preciso analisar o sistema de responsabilidade do administrador por inteiro e, sopesando os seus pressupostos, designadamente aqueles previstos nos incisos I e II do art. 158 da Lei n.º. 6.404, de 15.12.1976 e aqueles imanentes à *business judgment rule*, então aplicá-la.<sup>523</sup>

### 2.5.3. *Business judgment rule* e o seguro D&O

Observou-se que a *business judgment rule* tem por objetivo evitar a responsabilização do administrador quando a decisão negocial questionada for informada, refletida e desinteressada. Nota-se, assim, fazendo uso de uma linguagem metafórica, o primeiro ‘escudo’ disponibilizado para o administrador.

---

aplicando-a ‘na definição de responsabilidade civil por falta de gestão, pela bitola do dever de diligência; opera, assim, na delimitação das próprias regras de conduta, afastando assim a ilicitude (sem constituir propriamente uma específica causa de exclusão de culpa ou escusa do dever de indenizar)’”.

<sup>522</sup> A expressão foi cunhada por Eros Grau. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Obrigatória também a referência a P. Perlingieri quanto à interpretação da norma isolada. “Pensar que se possa interpretar a norma singular ‘na sua nudez linguística’, como realidade ‘solitária, irregular, errante’, torna-se de um ponto de vista lógico, uma petição de princípio e de um ponto de vista axiológico, uma escolha não conforme à vigente hierarquia das fontes e dos valores. [...] O humilde trabalho de exegese e do comentário não são incompatíveis, ao contrário, postula uma abordagem mais ampla: também “os fragmentos do mundo” podem ser entendidos se se conhece o mundo ao qual pertencem.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 629).

<sup>523</sup> A propósito da aceitação da *business judgment rule* em Portugal e na Itália, Maria Elisabete Gomes Ramos e Elene F. Pérez Carillo anotam: “A *business judgment rule* vai sendo incorporada na experiência jurídica destes países seja pela recepção no «diritto vivente» seja pela cristalização em normas gerais e abstractas.” (PÉREZ CARILLO, Elena F. RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Responsabilidade civil e seguro dos administradores. Reflexões em torno das experiências portuguesa e espanhola*. In *Boletim da faculdade de direito da Universidade de Coimbra*. n.º. 82. 2006, p. 304. Disponível em [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org), visitado em 11.9.2017). As autoras trazem, ainda, as seguintes referências adicionais: BONELLI, F. *La responsabilità degli amministratori*. In. G. E. COLOMBO e G. B. PORTALE (diretto da). *Trattato delle società per azioni*. Torino, 1991. p. 361 et seq. A propósito da insindicabilidade das escolhas de gestão - princípio que, à data em que se escreve, o autor refere pacífico na jurisprudência italiana (Sic). invoca a *business judgment rule*. Em Portugal, a sentença da 3. Vara Cível de Lisboa de 27.10.2003, proferida pelo Juiz Pedro Caetano Nunes, acolhe o pensamento fundamental da *business judgment rule*. Cfr. P Caetano Nunes. *Corporate governance*. Coimbra, 2006, p. 10 ss.”

Esse ‘escudo’, também como se pôde constatar, não é infalível e, inspirado na fidúcia, na confiança (máxima boa-fé), não poderá ser usado quando o administrador aja deslealmente para com a sociedade.

Com relação ao dever de diligência, os pressupostos para que o administrador possa valer-se da *business judgment rule* são informar-se e refletir antes da tomada da decisão. Se assim não o fizer e, por conseguinte, restar demonstrada a negligência grave (culpa grave), o ‘escudo’ não será eficaz.

Comparativamente, o seguro *D&O* é mais amplo do que a *business judgment rule*, a começar pela cobertura para o adiantamento dos custos de defesa, o que inexistia naquela. Enquanto que o instituto tem por fim evitar a responsabilidade, o seguro *D&O*, uma vez alegada (e/ou comprovada) a responsabilidade, estará a postos para disponibilizar a garantia. Para além da cobertura uma vez restando demonstrada a responsabilidade, o seguro *D&O* também é eficaz até mesmo antes da sua caracterização, lembrando das ações judiciais/reclamações infundadas que implicam em ônus aos administradores.

Com relação ao dever de diligência, o seguro *D&O*, legalmente, poderá cobrir até mesmo a culpa grave do administrador, o que se sujeita à autonomia privada dos contratantes, ponto que também ilustra a sua maior amplitude comparativamente à *business judgment rule*, refratária à culpa grave, como se anotou.

No tocante ao dever de lealdade, a restrição à aplicabilidade do instituto é similar à observada no seguro *D&O*. Se a conduta do administrador é desleal, isto é, se não é tomada no sentido de zelar pelos interesses da sociedade, pode-se afirmar que não se trata de uma decisão negocial. Ora, se não é decisão negocial, não encontra guarida nem na *business judgment rule*, tampouco no seguro *D&O*.

Valendo-se da metáfora utilizada para o instituto como o primeiro ‘escudo’, o seguro *D&O* se apresenta como uma espécie de segundo ‘escudo’. A proteção do primeiro escudo pode ou não ser suficiente. Independentemente disso, o segundo ‘escudo’ estará à disposição do administrador.<sup>524</sup> A demonstrar a insuficiência da *business judgment rule*, vale observar

---

<sup>524</sup> Dan Bailey posiciona-se exatamente nesse sentido: “As summarized below, several recent cases and litigation tactics demonstrate this important defense for directors and officers is not full proof, and suggest a disturbing trend (outside of Delaware) toward diluting the benefit of the Business Judgment Rule. At a minimum, these cases and tactics highlight the volatile liability exposure which directors and officers face despite the BJR and the need for strong D&O financial protections to address that exposure.” (BAILEY, Dan. *The business judgment rule under attack*. Disponível em <http://dri.org/docs/default-source/dri-online/course-materials/2013/professional-liability/12-the-business-judgment-rule-under-attack.pdf?sfvrsn=4>, visitado em

prática que, pouco a pouco, vem se tornando cada vez mais comum nos Estados Unidos da América.

Dan Bailey observa que, nos últimos anos, os litígios apresentados contra diretores e administradores vêm ganhando um conteúdo distinto. Ao invés de as vítimas simplesmente concentrarem a causa de pedir em alegações afetas à administração irregular da sociedade, o que, como se observou, remete à *business judgment rule*, as mesmas adicionam um componente distinto às suas reclamações, convertendo-as em discussões relacionadas à perda de valor mobiliário das ações da companhia cuja administração estiver sendo discutida. No direito norte-americano, as chamadas *securities litigation* não se sujeitam à aplicabilidade da *business judgment rule*, o que aumenta exponencialmente o risco de responsabilização dos administradores implicados.<sup>525</sup>

## 2.6. O regime de responsabilidade civil adotado pela Lei nº. 6.404, de 15.12.1976

O regime de responsabilidade do administrador encontra-se disciplinado pelo art. 158 da lei societária, especialmente o enunciado normativo apresentado no *caput*, combinado com os incisos I e II:

Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que

---

12.7.2018, p. 121). As referências a seguir corroboram o ponto, qual seja, o seguro *D&O* como um reforço à proteção financeira dos administradores: CAMPINS VARGAS, A. *Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos*. In *RDM*. 2003, p. 981-1104. IRIBARREN BLANCO, M. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Aranzadi: Navarra, 2005. p. 92. RONCERO SÁNCHEZ. António. *El seguro de responsabilidad civil. (Sujetos, interés y riesgo)*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2002. p. 35 et seq. VETTER. *Aktinerechtilche Probleme der D&O – Versicherung*. In *AG* 2000, p. 453 et seq.

<sup>525</sup> “An example of this strategy is the D&O litigation arising out of the 2010 Gulf of Mexico oil spill. Although the Deepwater Horizon rig explosion and resulting oil spill was sudden and unexpected, securities class actions were filed against the directors and officers of British Petroleum (BP), alleging that prior to the explosion and spill the defendants misrepresented and failed to disclose information regarding the adequacy of BP’s safety programs and BP’s resulting risk exposure. The defendant D&Os argued to the court, among other things, that the securities claims should be dismissed because the true nature of the alleged wrongdoing was merely mismanagement. With surprising ease and with little analysis, the court rejected the defendants’ argument, noting that the plaintiffs alleged the defendants launched an ongoing public relations campaign before the Deepwater Horizon incident to improve BP’s safety image with investors and that the subsequent alleged safety misrepresentations were not limited to the Deepwater Horizon catastrophe.” (BAILEY, Dan. *The business judgment rule under attack*. Disponível em <http://dri.org/docs/default-source/dri-online/course-materials/2013/professional-liability/12-the-business-judgment-rule-under-attack.pdf?sfvrsn=4>, visitado em 12.7.2018. p. 124). A referência do caso mencionado é BP p.l.c. Sec. Litig., 758 F. Supp. 2d 428 (S.D. Tex., Feb. 13, 2012).

contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:  
 I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;  
 II - com violação da lei ou do estatuto.

Essencialmente, o ato regular de gestão não enseja a responsabilidade já que, em verdade, quem atua é a própria sociedade, por pessoa interposta, no caso, o administrador, situação que se atera completamente se o ato de gestão for irregular, isto é, se o administrador agir com culpa ou dolo (inc. I) ou se violar a lei ou o estatuto social da sociedade (inc. II).

Com relação à hipótese tratada no inc. I, o exame desse dispositivo se refere diretamente à conduta culposa ou dolosa do administrador, ou seja, ao autor de ação com vistas à sua responsabilização é exigível a comprovação da conduta culposa (violação ao padrão de comportamento exigível do homem experiente de negócios) ou dolosa.

Já quanto à infração da lei ou do estatuto social da companhia – a hipótese tratada no inc. II – é a que desperta maiores problemas no campo doutrinário, na medida em que se encontram as seguintes posições: (i) uma presunção relativa de culpa do administrador, a exigir, portanto, o ônus de o implicado demonstrar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão autoral (art. 373, inc. II do CPC),<sup>526</sup> ao invés da distribuição

---

<sup>526</sup> José Edwaldo Tavares Borba posiciona-se pela necessidade de que seja comprovada a culpa (inc. I) e pela presunção de culpa (inc. II): “Quando o administrador atuar no âmbito de seus poderes e em consonância com as normas legais e estatutárias aplicáveis, a caracterização do ilícito civil depende da comprovação de que houve culpa (negligência, imprudência e ou imperícia) ou dolo (intenção deliberada de produzir o resultado danoso). Na segunda hipótese, tendo o administrador infringido o estatuto da sociedade ou a legislação aplicável, não se indaga a respeito da efetiva ocorrência de culpa, posto que esta se presume, como consequência do fato mesmo da infração cometida.” (TAVARES BORBA, José Edwaldo. *Direito societário*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 383). José Luiz Bulhões Pedreira e Alfredo Lamy Filho comungam do mesmo posicionamento de Tavares Borba, acrescentando a inversão do ônus da prova à hipótese de que trata o inc. II do art. 158 decorrente da presunção de culpa do administrador: “A responsabilidade civil dos administradores de companhia é regulada por normas especiais da lei de sociedade por ações, que adaptam os princípios do regime geral da responsabilidade civil definidos pelo Código (responsabilidade por dano causado por ato antijurídico e culposo) às peculiaridades da situação do administrador. [...] O ato que o administrador pratica como órgão da companhia é da pessoa jurídica, e é o patrimônio da companhia que responde pela reparação dos danos que causar a terceiros. Em caso de ato regular de gestão, a responsabilidade é apenas da companhia; mas o administrador que pratica o ato com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto, também responde pessoalmente – com seu patrimônio. [...] Segundo o regime geral de responsabilidade civil definido no artigo 159 do Código Civil, aquele que pede indenização por prejuízo decorrente de ato ilícito deve provar a culpa de quem o praticou. A lei de sociedades por ações inverte o ônus da prova se o ato do administrador viola a lei ou o estatuto, o que se justifica porque os administradores são profissionais – comerciantes, empresários ou técnicos – e a estrita observância da lei e do estatuto é fundamental para a proteção de todos os interessados na companhia ou na sua atividade.” (LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A. Pressupostos, elaboração, aplicação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 597). Nelson Eizirik, da mesma maneira, pontua a necessidade de comprovação da culpa (inc. I) e sua presunção (inc. II): “Nos termos do art. 158, inciso I da Lei das S.A., o administrador é civilmente responsável pelos prejuízos que causar quando, embora procedendo dentro de suas atribuições, atuar com culpa ou dolo. Trata-se, no caso, da responsabilidade subjetiva [...]. O administrador pode ser civilmente responsabilizado, também, quando procede com violação da lei ou do estatuto. Há, no caso, uma inversão do ônus da prova, presumindo-se a sua culpa. [...] A presunção de culpa do administrador, porém, não é

convencional do ônus probatório ao autor pelo fato constitutivo de sua pretensão (art. 373, inc. I) ou (ii) responsabilidade objetiva, prescindindo por completo da demonstração do elemento culposo.<sup>527</sup>

Quanto à posição n. (i) – presunção de culpa, a doutrina alude também à conseqüente inversão do ônus da prova, já que, conforme explicado, é o administrador que deverá produzir prova segura de seu correto agir para se eximir da responsabilidade.

Além de encontrar guarida na questão do risco provocado pela atividade desenvolvida, pelo olhar do ofensor a objetivação da responsabilidade civil também é explicada a partir da possibilidade de socializar as perdas que serão impostas para fazer frente às indenizações a pagar.

Assim, exemplificativamente, quando uma determinada sociedade se dedica à indústria química, é preciso que, do ponto de vista contábil/financeiro, esta se organize para poder suportar os riscos de sua própria operação, socializando-os. Caso polua um ecossistema, deverá, previamente, estar preparada para absorver esses riscos. Ora, esse raciocínio não é válido para os administradores, pessoas humanas que são. É preciso ter em

absoluta, admitindo prova em contrário; cabe ao administrador, para eximir-se da responsabilidade, provar que não agiu dolosa ou culposamente. (EIZIRIK, Nelson. Op. cit. p. 74). E, no mesmo sentido, Maurício Moreira Mendonça de Menezes: “O art. 121, do Dec. 2.627/40, que regulava as sociedades anônimas, dispunha que os diretores não eram pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraíssem em nome da sociedade em virtude de ato regular de gestão, mas responderiam civilmente pelos prejuízos que causassem quando procedessem, dentro de suas atribuições, com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto. Essa disciplina foi mantida pelo art. 158, da Lei nº. 6.404/76, cuja interpretação majoritária tende a considerar essa responsabilidade subjetiva, aplicando-se o instituto da culpa presumida nas hipóteses de violação da lei ou de estatuto.” (MENEZES, Maurício Moreira Mendonça de. *Responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras*. In *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 25. 2004, p. 142).

<sup>527</sup> Modesto Carvalhosa afirma ser objetiva a responsabilidade do administrador de sociedades anônimas por violação ao inc. II do art. 158: “O administrador, ao inobservar o seu dever de lealdade, está infringindo a lei, criando um risco de dano para a companhia, razão por que a sua responsabilidade é objetiva.” (CARVALHOSA, Modesto. Op. cit. p. 231). Para a hipótese tratada no inc. I. Trajano de Miranda Valverde conclui pela responsabilidade subjetiva e para a verificada no inc. II, concorda com a posição de Carvalhosa: “Trata o § 1º da responsabilidade civil dos diretores por prejuízos que, no exercício de suas funções, causarem à sociedade, aos acionistas ou a terceiros. E distingue, quanto à causa dos prejuízos, duas ordens de atos: os que são praticados pelo diretor, dentre suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo, e os que positivam violação da lei ou dos estatutos. Os prejuízos decorrentes de ações ou omissões da segunda categoria prescindem de prova da culpa do diretor, tomado o termo culpa em sentido lato, compreendendo o dolo e a má-fé. Os prejuízos, que se originarem de atos ou operações praticadas pelo diretor, dentro de suas atribuições e poderes, somente são reparáveis mediante prova de sua culpa ou dolo.” (VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 318 et seq.). Ainda defendem a responsabilidade objetiva: AZEVEDO, Antônio Ivanir de. *Responsabilidade civil do administrador*. RT 653/78-84, p. 80. MARTINS, Fran. *Prescrição de ação*. In *Novos estudos de direito societário (sociedades anônimas e sociedades por quotas)*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 157 e MARIANI, Irineu. *Responsabilidade civil dos sócios e dos administradores de sociedades empresárias (à luz do novo Código Civil)*. In RT 834/58-73.

mente, muito claramente, as relações jurídicas havidas entre a sociedade e seus contratantes, por um lado, e o administrador e aqueles que contratam com a sociedade, por outro.

O solidarismo constitucional (C.F., art. 3º, inc. I), fundado na dignidade da pessoa humana (C.F., art. 1º, inc. III), não pode ser enxergado de forma unilateral. Da mesma maneira que a vítima deve ser inteiramente preservada e tutelada em sua dignidade, a mesma tábua axiológica deve ser dirigida ao administrador, igualmente pessoa física, dotado de integridade psicofísica a ser protegida pelo ordenamento jurídico.

Na relação entre um ofendido e uma sociedade, parece bem clara a possibilidade de que haja socialização dos riscos; já numa relação entre um ofendido e, suponha-se, um dado ofensor pessoa física – o administrador de uma sociedade –, dita socialização seria complexa, para não dizer impossível, a depender da envergadura da conduta em questão.

Com essa fundamentação, Fábio Ulhoa Coelho sustenta que, mesmo após o advento do novo Código Civil, a responsabilidade do administrador permanece carecendo de que seja demonstrando o elemento culposo para que surja a obrigação de indenizar (culpa, dano e nexo causal), embora não mencione, neste comentário específico, expressamente, a hipótese de que trata o inc. II do art. 158 da lei societária.

A contextualização a que me refiro é clara: vez por outras, a doutrina comercialista pretende que a responsabilidade dos administradores por descumprimento de seus deveres seria, em alguns casos, objetiva. Na vigência do Código Bevilacqua, os que defendiam a responsabilidade objetiva dos administradores de sociedade anônima sempre se deparavam com a dificuldade de apontar o dispositivo de lei em que estaria abrigada. Mas, a partir da vigência do Código Reale, eles poderiam lembrar a parte final do parágrafo único do art. 927, sob o argumento de que a atividade normalmente desenvolvida pelos administradores de sociedade anônima implica, por sua natureza, o risco aos direitos da companhia, seus acionistas, empregados e comunidade? A resposta é negativa. Como visto, essa disposição legal só é aplicável às atividades em que o assim chamado autor do dano reúne as condições de socializar os custos dos infortúnios a ela associados. Não é o caso dos administradores de sociedade anônima. Eles não têm como embutir em sua remuneração algo como uma taxa de socialização dos custos associados aos riscos da atividade profissional. Não exercem, em outros termos, a atividade geradora de risco a que se refere a regra geral da responsabilidade objetiva. [...] A responsabilidade dos administradores de sociedade anônima, em suma, continua subjetiva, mesmo depois da entrada em vigor do Código Reale em 2003.<sup>528</sup>

Com relação à hipótese de que trata o art. 158, inc. I, Marcelo Vieira von Adamek afirma que caberá ao autor de eventual ação com vistas à responsabilização do administrador

---

<sup>528</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Prefácio à obra *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*, de Flávia Parente. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

comprovar a conduta culposa (art. 373, I do CPC), por força do que determina a regra geral da responsabilidade civil a que alude o art. 186 do CC.<sup>529</sup>

Avançando à específica hipótese prevista no inc. II do art. 158 – responsabilidade decorrente de violação da lei ou do estatuto –, inicialmente o autor afirma inexistir responsabilidade objetiva e, a seguir, comenta a respeito do posicionamento majoritário da doutrina, anteriormente exposto, que admite a existência de uma presunção relativa de culpa por parte do administrador faltoso, a ser elidida mediante produção de prova em sentido contrário.

Nesse particular, Adamek propõe uma discussão interessante ao investigar se, de fato, as hipóteses tratadas nos incisos I e II mereceriam tratamento distinto no que concerne aos pressupostos necessários ao surgimento da obrigação de indenizar. Com fundamento na análise realizada por Fábio Ulhoa Coelho (em trabalho distinto e mais completo do que o mencionado anteriormente à fl. 286), o autor conclui que, a bem da verdade, as duas hipóteses não guardariam diferenças no que toca aos aludidos pressupostos, ao argumento de que: *“não existe nenhuma disposição legal de direito positivo a excepcionar, em relação aos administradores de sociedade anônima, a regra geral de responsabilidade civil. O art. 158 da Lei das S/A não menciona inversão do ônus probatório, nem descarta a culpa como pressuposto da responsabilidade”*.<sup>530</sup>

A explicação mais provável para a distinção entre as condutas mencionadas nos incisos I e II partiria de uma atribuição de responsabilidade apenas à sociedade (conduta prevista no *caput*), de atribuição de responsabilidade ao administrador por condutas culposas, admitindo-se, nesse caso, a extensão de responsabilidade à sociedade (inc. I) e, ainda, a responsabilidade exclusiva do administrador quando verificada conduta contrária à lei ou aos estatutos - inc. II - (a exclusividade poderia ser relativizada, isto é, trazendo a responsabilidade conjunta da sociedade naquelas hipóteses em que os terceiros contratantes estivessem de boa-fé).<sup>531</sup> Finalizando esse item, o autor afirma: *“Mais do que isso, julgamos*

---

<sup>529</sup> “Por isso, quando estiver em discussão o descumprimento do dever de diligência, o autor da ação terá o ônus de descrever na petição inicial e provar no curso da ação: (i) a conduta dos administradores (comissiva ou omissiva); (ii) aquela que teria sido a correta, sob o prisma do dever de diligência; e (iii) a inadequação daquela conduta concreta à luz da abstrata.” (ADAMEK, Marcelo Vieira von. Op. cit. p. 215).

<sup>530</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Natureza subjetiva da responsabilidade civil dos administradores de companhias*. In *Revista de Direito de Empresa*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 28.

<sup>531</sup> ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas)*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 220 et seq.



que, em todos os casos de responsabilidade civil, não se prescinde da culpa do agente [...].”<sup>532</sup>

À luz de todos os fundamentos mencionados, de fato nota-se que não há na redação dos incisos I e II do art. 158 da lei societária determinação expressa no sentido de objetivar a responsabilidade do administrador. Mesmo nas hipóteses nas quais ocorra violação da lei ou do estatuto social não há como deixar de observar a culpa como pressuposto à responsabilização.<sup>533</sup>

A temática alusiva à responsabilidade do administrador de instituição financeira é útil para ratificar o entendimento pela inexistência de responsabilidade objetiva do administrador *lato sensu*. Em virtude da supressão da locução ‘culpa e dolo’ pela Lei nº. 4.595, 31.12.1964, o que representou uma mudança significativa frente à legislação anterior,<sup>534</sup> à época houve controvérsia quanto, a partir da referida supressão, adotar-se a responsabilidade objetiva. Algum tempo mais tarde sobreveio a Lei nº. 6.024, de 13.03.1974, cujo artigo 40 tampouco aludiu à necessidade de que fosse demonstrada a culpa (o art. 39 permaneceu exigindo a

---

<sup>532</sup> Ibid. p. 225.

<sup>533</sup> Mesmo para os defensores da responsabilidade objetiva baseada no risco, a culpa continua a ser examinada, seja para fins de exercício do direito de regresso, seja para fins de examinar o fato exclusivo da vítima. “Mesmo os autores que defendem a teoria do risco, como os eminentes Profs. Alvíno Lima (*Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1960) e Wilson Melo da Silva (*Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974) reconhecem que a culpa deve complementar o risco nas relações sociais. Assim, no campo dos acidentes de automóveis ou da responsabilidade estatal, o princípio objetivo deve ser temperado pela aplicação da culpa no tocante à ação regressiva ou à apuração do comportamento da própria vítima, quando teve culpa concorrente, ensejando ou facilitando a ocorrência do prejuízo.” (WALD, Arnaldo. *A culpa e o risco como fundamentos da responsabilidade pessoal do diretor do banco*. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 40. p. 345. Abr / 2008. p. 9). Maria Elisabete Gomes Ramos e Elena F. Pérez Carillo, examinando os ordenamentos jurídicos português e espanhol, afirmam: “Embora o regime jurídico-civil admita outros princípios de imputação, o regime jurídico-societário da responsabilidade civil pela administração elege exclusivamente o princípio da culpa (*Verschuldensprinzip*) e rejeita, de modo inequívoco, o princípio do risco (*Risikoprinzip*). A ausência de culpa inviabiliza a responsabilização dos administradores.” (Maria Elisabete Gomes Ramos e Elena F. Pérez Carillo. Op. cit. p. 301). Também Miguel Iribarren Blanco: “Al amparo de ese tenor literal, algunos autores han estimado que los administradores responden en los dos primeros supuestos por el solo hecho de la infracción, con independencia de su culpa. Un análisis más detenido, sin embargo, de la norma lleva a desechar esa tesis de la responsabilidad objetiva. [...] En este punto no cabe hablar de responsabilidad objetiva, cualesquiera que sean los resultados de la gestión. La mayor o menor presencia de culpa o negligencia es el único factor que determina la responsabilidad”. (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2005. p. 106-109).

<sup>534</sup> Em artigo dedicado ao histórico legislativo referente à responsabilidade de administradores de instituições financeiras, Maurício Moreira Mendonça de Menezes menciona o Decreto-lei nº. 9.328/46, e a Lei nº. 1.808/53, ambos a expressar a demonstração da culpa como pressuposto à responsabilidade. (MENEZES, Maurício Moreira Mendonça de. Op. cit. p. 137 et seq).

prática de atos ou omissões).<sup>535</sup> A propósito da interpretação a ser empregada ao art. 40, Arnaldo Wald fez o seguinte comentário:

A própria interpretação literal do mencionado parágrafo nos obriga a concluir neste sentido, pois o texto legal não se referiu a quaisquer prejuízos “sofridos” pela entidade, mas sim aos “prejuízos causados”, invocando, pois, um vínculo de causalidade, que deve existir em relação a cada um dos administradores. [...] Ora, as mesmas razões que impedem a comunicação de culpa de uma diretoria para outra, obrigando cada um a responder pelos danos causados e pelas obrigações assumidas durante a sua gestão (art. 40 da Lei 6.024/1974), justificam a atribuição da responsabilidade individual de cada diretor, em relação aos atos e omissões por eles praticados (art. 39 da Lei 6.024/1974), repugnando o nosso direito, como em seguida provaremos, qualquer forma de contaminação de culpa ou de extensão indevida de responsabilidade.<sup>536</sup>

Mesmo à luz de enunciado normativo que deixou de, expressamente, exigir a comprovação da culpa como pressuposto à responsabilização do administrador, prevaleceu entendimento no sentido de que a responsabilidade não poderia ser objetiva.

Diante da controvérsia apresentada, entende-se que a responsabilidade do administrador mesmo nas hipóteses de violação da lei ou do estatuto social (inc. II) continuará a ser subjetiva. Com relação à presunção relativa referida pela doutrina às hipóteses tratadas no inc. II, entende-se por seu cabimento, divergindo-se, assim, da posição defendida por Fábio Ulhoa Coelho e Marcelo Vieira von Adamek.

Para chegar a essa conclusão é preciso ter em conta o que se passa na administração cotidiana das companhias brasileiras. Imagine-se que o estatuto social proíba a tomada de quaisquer empréstimos e que, ainda assim, o diretor financeiro o faça. Eventual acionista minoritário que deseje contestar essa medida, em condições normais de distribuição do ônus probatório (CPC, art. 371), terá enormes dificuldades para reunir documentos e comprovar a culpa do diretor que, por seu turno, terá todas as evidências em suas mãos e, sem maior esforço, poderá elidir a referida presunção relativa.

Os acionistas minoritários, no Brasil, têm muitas dificuldades para exercer os seus direitos contra os administradores que praticam atos irregulares de gestão, especialmente

---

<sup>535</sup> Lei nº. 6.024, de 13.03.1974. Art. 39. Os administradores e membros do Conselho Fiscal de instituições financeiras responderão, a qualquer tempo, salvo prescrição extintiva, pelos atos que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido. Art. 40. Os administradores de instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações por elas assumidas durante sua gestão, até que se cumpram. Parágrafo único. A responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante dos prejuízos causados.

<sup>536</sup> WALD, Arnaldo. Op. cit. p. 6.

quando as contas são aprovadas em assembleia.<sup>537</sup> Se, mesmo diante de violação da lei ou do estatuto social a distribuição do ônus da prova se mantiver inalterada, a dificuldade somente aumentará e, em alguma medida, não haverá um desestímulo legal a que as condutas previstas no inc. II sejam praticadas.

É preciso, portanto, diante das hipóteses previstas no inc. II, ratificar que, sem embargo de a responsabilidade permanecer subjetiva, caberá ao administrador o ônus de demonstrar que não houve violação da lei ou do estatuto social. Refletindo sobre a carga dinâmica da prova, parece bem nítido que o administrador, munido de toda a informação e instrumentos necessários, terá acesso a meios de produção de prova que um acionista minoritário jamais terá.

Do ponto de vista do contrato de seguro *D&O*, é preciso ter em vista que nem toda violação da lei ou do estatuto social será concluída com o propósito de prejudicar a sociedade. Suponha-se que após consultar pareceres elaboradores por auditores externos e por advogados tributaristas renomados, o diretor financeiro decida deixar de recolher um tributo específico, quer porque há controvérsia quanto à caracterização do fato gerador, quer porque há julgados favoráveis à tese defendida por consultores externos.

Na hipótese relatada, a violação da lei não terá qualquer objetivo de prejudicar a sociedade e, nesse sentido, se sobrevier auto de infração contra o diretor, a cobertura no âmbito do seguro *D&O* deverá estar disponível.

Com relação às violações ao estatuto social, o mesmo raciocínio expressado para a violação da lei pode ser compartilhado. Nem toda violação do estatuto social será concebida

---

<sup>537</sup> A assertiva é do próprio Marcelo Vieira von Adamek: “Em certos países, a aprovação das contas e do balanço não isenta, sob nenhuma hipótese, o administrador de responsabilidades; em outros, exige-se expressa manifestação da assembleia geral nesse sentido, assegurando-se o direito de oposição por parte da minoria qualificada; em outros, ainda, prevalece o sistema misto. Entre nós, entretanto, tudo se passa de forma mais liberal, e o que é exceção ou mesmo proibido em outros países vem de merecer o irrestrito acolhimento por parte do legislador: a aprovação das contas e das demonstrações financeiras, dependente da votação da maioria simples dos presentes ao conclave e sem qualquer direito de oposição por parte da minoria, importa, por si só, na exoneração dos administradores e, com isso, impede (eficácia preclusiva) que contra eles sejam exercidas as pretensões indenizatórias da companhia.” (ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade dos administradores de S/A e as ações correlatas*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 253-255). No mesmo sentido Ana Novaes: “Por outro lado, a ação de responsabilidade brasileira sobre os administradores é uma luta inglória para o investidor, exceto para os grandes fundos de pensão e fundos mútuos que poderiam partir para uma ação desta natureza nem que fosse apenas para obter efeitos educativos e demonstrativos, pois o resultado na prática é muito pequeno já que dificilmente um administrador de companhia teria recursos para cobrir tamanho prejuízo. Como é conhecida no mercado americano, a única solução para um caso deste é a venda das ações em bolsa com prejuízo.” (NOVAES, Ana. *Derivativos e governança corporativa. O caso Sadia – corrigindo o que não funcionou*. Disponível em [http://www.economia.puc-rio.br/mgarcia/Seminario/textos\\_preliminares/101705%20Derivativos%20e%20Governança%20Corporativa.pdf](http://www.economia.puc-rio.br/mgarcia/Seminario/textos_preliminares/101705%20Derivativos%20e%20Governança%20Corporativa.pdf), p. 2. Visitado em 23.7.2018. p. 13-14).

para prejudicar a companhia ou os seus acionistas. É preciso, portanto, interpretar os fatos e chegar à solução juridicamente pertinente. Se, por hipótese, um membro do conselho de administração resolve tomar um empréstimo bancário para proveito pessoal, o que é vedado pelo estatuto social, está claro que o seguro *D&O* não lhe oferecerá cobertura. Não se observa, no exemplo, decisão negocial e, além disso, qualquer espécie de contributo/proveito à sociedade.

### 2.6.1. O ato *ultra vires*

O inc. II do art. 158 da lei societária é o que gera maior controvérsia quanto à espécie de responsabilidade imputável aos administradores e que, como pressuposto, requer a violação da lei ou do estatuto social (quanto ao segundo, observa-se o chamado ato *ultra vires*).

Ao conceber a constituição de uma sociedade, seus sócios, previamente, deliberam a respeito das atividades que serão desenvolvidas, harmonizando as suas diferenças e buscando um denominador comum. Uma vez alcançada a conclusão, é hora de preparar o seu estatuto social, que é documento essencial considerando que deve retratar, da maneira mais clara e completa possível, tudo que revela a identidade da companhia. Nesse sentido, o art. 2º, § 2º da Lei nº. 6.404, de 15.12.1976 dispõe:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes. [...] § 2º O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo.

Por mais claro que o estatuto social possa ser, em não raras ocasiões os administradores acabam por praticar condutas que ou contrariam ou vão além do que o mesmo dispõe, circunstância que caracteriza o ato *ultra vires*.<sup>538</sup> Anote-se, porém, que nem

---

<sup>538</sup> “Cabe acrescentar que os administradores possuem o dever de obediência ao contrato ou estatuto social, devendo agir nos limites do objeto social, isto é, *intra vires*. Em contraposição, se os administradores extrapolam os limites do objeto social agem *ultra vires*. Os administradores sempre responderam pelos prejuízos causados pelos atos praticados *ultra vires* (art. 158, II, Lei de Sociedade por Ações). [...] O estatuto social deve definir o objeto social de modo preciso e completo visando a (i) possibilitar aos acionistas dissidentes de deliberação de

todo ato que o extrapole lhe será necessariamente contrário e, portanto, caracterizador desta espécie de ato.

O direito das sociedades, atualmente, reveste-se de um dinamismo intenso, o que desagua na obrigatoriedade de que os administradores precisem tomar decisões rápidas, sob pena de colocar toda a atividade empresarial desenvolvida em sérios apuros.

Esse dinamismo, com efeito, não se amolda com facilidade a rígidos padrões conceituais, carecendo de flexibilidade justamente para suportar a dura realidade do cotidiano. Ilustrando o quão complexa pode ser a administração de uma sociedade, em instantes pode ocorrer uma crise na Ásia, como a que se sucedeu em 1997, com impactos imediatos no mundo inteiro, notadamente nas economias menos maduras. Nesse sentido, pode ocorrer crise como a dos *subprimes* em 2007, nos Estados Unidos da América, derrubando bolsas e provocando retração mundo afora. Dois rápidos exemplos que comprovam claramente que os administradores devem ser argutos e ágeis, não podendo ficar reféns de estatutos sociais que engessem a sua capacidade criativa.

A criatividade deve ser ponderada com cautela, refletindo a respeito dos passos que serão tomados sob as diretas luzes do interesse da sociedade que, conforme sabido, representa algo que vai além ao interesse exclusivo dos acionistas.<sup>539</sup>

---

alteração de objeto social se retirarem da sociedade, bem como (ii) delimitar a área de atuação e discricionariedade dos administradores por atos contrários ou além do estabelecido no Estatuto Social e na lei. [...] O objeto social incorpora a atividade e o lucro, sendo considerado *ultra vires* o ato praticado pelo administrador em desrespeito a um desses elementos. O ato *ultra vires* também será aquele em desacordo com os poderes dos administradores, estabelecidos no Estatuto Social, no capítulo da administração, bem como aquele ato dispensável à realização do objeto social que não esteja implícito nos poderes da administração ou no próprio objeto social ou o ato com abuso de discricionariedade”. (SILVA, Alexandre Couto. *Responsabilidade dos administradores de S/A: business judgment rule*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 107-121). “A fidelidade ao objeto social não constitui uma questão de dogmática jurídica, mas sim, e ao invés disso, uma questão de natureza funcional e pragmática, voltada para a tutela do interesse do acionista, o qual se encontra adstrito à atividade que informou a sua participação social.” (TAVARES BORBA, José Edwaldo. *Objeto Social*. in *Temas de Direito Comercial*. Renovar: Rio de Janeiro, 2007. p. 136-137). Nos EUA, a obediência ao estatuto social remete ao que se chama de tutela da *reasonable expectations of shareholders*: “One of the most significant trends in the law of shareholder relationships in recent years is the increasing willingness of courts to look to reasonable expectations of shareholders to determine whether oppression or similar grounds exist as a justification for involuntary dissolution or another remedy” (O’NEAL, Hodge. THOMPSON, R. O’Neal’s. *Oppression of Minority Shareholders. Protecting Minority Rights in Squeeze-Outs and Other Intracorporate Conflicts*. v. 1, 2. West Group, 2000, Chap. 7 p. 88). Sob o aspecto contratual-societário, a teoria das *reasonable expectations* é assim resumida por Melvin A. Eisenberg: “One of the most basic applications of this principle [reasonable expectations] is the concept of unfair surprise, which renders unenforceable a term that one party knew or should have known would violate the other party’s fair expectations.” (EISENBERG, Melvin Aron. *The Structure of Corporation Law*. Columbia Law Review. n° 89. 1989).

<sup>539</sup> Anna Beatriz Margoni e Carolina Dias Tavares Guerreiro comentam situação na qual determinado acionista controlador, ao invés de zelar pelos interesses da companhia (isto é, *uti socii*), acabou conflitado por ter privilegiado seus próprios interesses pessoais (*uti individui*), contrariando, pois, o dever de lealdade: “Dessa

A respeito dessa necessidade de ponderação entre os espaços previstos pelo estatuto social e os passos seguidos pelos administradores, a doutrina classifica os poderes que lhes são atribuídos como implícitos, a permitir, pois, que seus atos sejam dúcteis/integrativos. Fran Martins explica:

Assim, para atenuar o rigor do disposto no início deste artigo, de que o administrador deve pautar os seus atos, conforme os poderes e atribuições que lhe foram conferidos pela lei, com o intuito de lograr os fins da sociedade, ou seja, dentro do objeto social, dispõe a lei que deve ele exercer também essas atribuições “*no interesse da companhia*”. [...] O interesse social se caracteriza pelas vantagens que podem advir para a sociedade, ainda mesmo que os atos praticados não se enquadrem perfeitamente dentro do objeto da companhia. [...] Mas a verdade é que os atos praticados no interesse social podem, mesmo, ultrapassar os poderes que os administradores possuem para realizar o objeto social.<sup>540</sup>

---

forma, os administradores das companhias têm o dever de zelar pelos interesses desta, impedindo que os interesses do acionista controlador prevaleçam sobre os interesses da companhia. Se assim não o fizer, estará violando seus deveres fiduciários com a companhia e permitindo que o acionista controlador atue com abuso de poder (lembrando que um dos elementos que caracteriza o acionista controlador é a capacidade de eleger a maioria dos membros da administração da companhia; eventual conivência do administrador com o ato abusivo do controlador que o elegeu pode ser relativamente fácil de demonstrar).” (MARGONI, Anna Beatriz Alves e GUERREIRO, Carolina Dias Tavares. *Exercício abusivo do poder de controle e o dever de reparar o dano*. In *Direito Empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. Coord. CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro et al. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 489).

<sup>540</sup> MARTINS, Fran. Op. cit. p. 369-370. No mesmo sentido Osmar Brina Corrêa-Lima: “A definição do objeto social de modo preciso e completo pelo estatuto social – como determina a lei, no § 2º do art. 2º - delimita a atuação da sociedade e de seus representantes, mas não afasta a existência de poderes implícitos dos administradores. Exemplo de poder implícito não definido como objeto da sociedade é a contratação de empregados. Os atos ou atividades que extrapolam a precisa e completa definição do objeto social são chamados de *ultra vires*. [...] Modernamente, essa teoria acha-se em franca decadência. Considerando o dinamismo da vida empresarial, doutrina e jurisprudência constaram ser impossível existir de quem contrata com a sociedade o exame e a avaliação dos poderes estatutários dos administradores a cada transação. Procura-se, assim, proteger a boa-fé de terceiros que contratam com a sociedade acreditando na palavra de seus representantes.” (CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 17-18). Os chamados atos integrativos não podem ser confundidos como um “cheque em branco” de titularidade dos administradores. “Essa preocupação com a essência do objeto social, contudo, não perde de mira que a prática de atos nele não expressamente previstos, mas que possam ser compreendidos como complementares ou necessários à sua realização, não implica por si só em desvio daquele objeto matriz, mas tão somente na prática de medidas meramente acessórias ou instrumentais, por vezes até imprescindíveis à sua boa concretização. São os chamados atos integrativos do objeto social que, como bem aponta o Prof. Guerreiro, se apresentam como que espécie do gênero posto estatutariamente e que, ante sua obviedade, não exigem a previsão expressa e exaustiva no estatuto, na medida em que somente servem de anteparo à prática da atividade econômica principal da companhia, esta sim regrada em sua completude. (v.g. as atividades de propaganda e marketing visando à divulgação dos produtos e serviços distribuídos pela sociedade e previstos em seu objeto social). O que não significa dizer que a existência e o reconhecimento desses atos integrativos implique na outorga de um cheque em branco aos administradores para que pratiquem todo e qualquer ato desconexo à atividade central da companhia e que, ao fim do dia, tentar-se-á rotular como a simples prática de um ato singular tendente à realização do objeto social posto no estatuto. De maneira alguma.” (BARBOSA, Henrique Cunha. *Responsabilidade de administradores e controladores: o “caso Sadia” numa incursão “guerreiriana” para além do dever de diligência e da ação social*. In *Direito empresarial e outros estudos de Direito em homenagem a José Alexandre Tavares Guerreiro*. Coord. CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro; WARDE JÚNIOR, Walfrido; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares. São Paulo: Quartier Latin, 2013. Também disponível em [http://www.barbosabarbosa.com.br/images/direito\\_empresarial.pdf](http://www.barbosabarbosa.com.br/images/direito_empresarial.pdf), p. 1-38, visitado em 27.7.2018. p. 15-16). A referência à obra de J. A. Tavares Guerreiro é: TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Sobre a interpretação do objeto social*. In *Revista de Direito Mercantil* nº. 54, p. 68.

Waldírio Bulgarelli exemplificou a questão com perspicácia: o administrador de uma sociedade florestal cuja posição geográfica dista léguas de distância de qualquer destino navegável, teria adquirido um navio, respaldado por cláusula estatutária que permitia a aquisição de todos os materiais necessários ao transporte de madeira. Nesse contexto, sua conduta seria lícita, dado que autorizada pelo estatuto, embora completamente inútil e irracional.<sup>541</sup>

A prática de condutas contrárias ao estatuto social da sociedade também pode ter como consequência a desconsideração da sua personalidade jurídica, a teor do disposto no art. 50 do Código Civil e no art. 28, *caput* do Código de Defesa do Consumidor (se lhes aplica a chamada ‘teoria maior’,<sup>542</sup> além do próprio art. 28, § 5º também da lei consumerista (a chamada ‘teoria menor’),<sup>543</sup> a requerer, portanto, atenção redobrada do administrador sob pena de responder com o seu próprio patrimônio.<sup>544</sup>

A fim de ilustrar os efeitos práticos da discussão em referência, o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp. nº. 1.349.233-SP, Relator o Min. Luis Felipe

<sup>541</sup> BULGARELLI, Waldírio. *Questões de direito societário*. São Paulo: RT, 1983. p. 6. Aludindo aos postulados da racionalidade (em oposição à razoabilidade), a decisão comentada por Bulgarelli seria completamente irracional, isto é, inexplicável desde uma perspectiva puramente lógica.

<sup>542</sup> Código Civil, art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. Código de Defesa do Consumidor, art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

<sup>543</sup> Lei nº. 8.078, de 11.9.1990. Art. 28, § 5º. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

<sup>544</sup> Para além das chamadas teorias maior e menor, a doutrina também analisa o instituto por meio das seguintes teorias: 1) subjetiva, defendida por Fabio Ulhoa Coelho, quando verificados o abuso ou a fraude. *Lineamentos da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*. In *Revista do advogado*. São Paulo. nº. 36, p. 38-44. Mar. 1992, p. 40; 2) teoria objetiva, defendida por Fábio Konder Comparato (a desconsideração requer desvio de finalidade e confusão patrimonial). COMPARATO, Fábio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 356. Ao analisar historicamente a questão, Gustavo Tepedino sustentou que ambas as teorias – subjetiva e objetiva – têm sido adotadas em conjunto: “Por outro lado, não raro ambas as teorias – objetiva e subjetiva – têm sido adotadas conjuntamente. Sustenta-se, em doutrina, a atribuição de um adequado elastério ao instituto, porquanto se contemplou não apenas a hipótese do abuso (teoria subjetiva) mas também a confusão patrimonial.” (TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica*. In *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro, v. 8. nº. 30. p. 53-77, abr-jun. 2007, p. 60). Vale referir, também, ao exame de todo o histórico e da adoção hodierna do instituto por AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A desconsideração da pessoa jurídica: de Requião aos nossos dias*. In *O moderno direito empresarial do século XXI. Estudos em homenagem ao centenário do professor Rubens Requião*. FACHIN, Edson et. al. (Coord.) Rio de Janeiro: GZ Editoria, 2018. p. 321-353).

Salomão (4ª Turma, DJ 5.2.2015), examinou um caso interessante para fins de compreender a aplicabilidade da teoria *ultra vires*.

No âmbito de uma sociedade anônima chamada Companhia Müller de Bebidas, fundada por um imigrante alemão que se estabeleceu no sul do Brasil, seus dois filhos – Benedito e Luiz Augusto - discutiram até as últimas instâncias os rumos que a sociedade vinha tomando.

Benedito, na qualidade de substituto processual da companhia (art. 159, § 4º da Lei nº. 6.404, de 15.12.1976), propôs ação indenizatória contra Luiz Augusto (administrador da sociedade), reclamando perdas sofridas pela mesma em virtude de atos irregulares de gestão, praticados contrariamente às previsões do estatuto social.

Sinteticamente, os argumentos da companhia contra seu administrador foram da seguinte ordem: (i) os atos do administrador exorbitaram os poderes de direção previstos no estatuto da sociedade e no acordo de acionistas; (ii) os atos não se inseriram no objeto social da companhia; (iii) os atos, ainda que se entenda por sua prática dentro dos limites legais, teriam sido prejudiciais à companhia, além de haver indícios de fraude.

A companhia dedicava-se à exploração da atividade empresarial no ramo de bebidas, notadamente aguardente (cachaça), a conhecida “Caninha 51”. O administrador, com o suposto intento de desenvolver com maior profundidade as atividades da companhia, lançou numa arrojada estratégia de marketing, patrocinando um evento de moda realizado em São Paulo no inverno de 2005 chamado “São Paulo Fashion Week”. Para isso, empenhou a verba de R\$ 1.493.000,00. Firmou contratos de publicidade com a agência África para exibição de propagandas na televisão aberta no valor de aproximadamente R\$ 5.5 milhões.

As investidas em marketing compreenderam ainda o pagamento de R\$ 500 mil à Campari Itália S.P.A, a contratação de um funcionário para desempenhar funções também de propaganda cuja dispensa precipitada onerou a sociedade em quase R\$ 70.000,00.

Foram realizados dois eventos: um em Paris em novembro de 2004 – uma festa para 300 pessoas oferecida pela grife Daslu, com custo de aproximados R\$ 140.000,00, com pagamento efetuado pela sociedade e nota fiscal emitida pela agência de publicidade África. (O público presente à festa era de *socialites* e colunáveis); o outro evento se deu em São Luís do Maranhão em julho de 2004, com gasto de quase R\$ 500 mil, o que incluiu o fretamento de um Boeing para transporte dos convidados.



Um dado importante é que o estatuto social da companhia possibilitava o pagamento de despesas de até R\$ 250.000,00 com assinatura exclusiva do administrador; para valores superiores, seria necessária a assinatura de ao menos dois diretores. Para permanecer “obedecendo” a essa limitação, os pagamentos superiores foram divididos em tantos quantos fossem necessários, sempre no limite de R\$ 250.000,00, até que a soma alcançasse o montante necessário.

O Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, destacou os atos que, em sua análise, importaram em excesso de poder – atos *ultra vires*, haja vista, exemplificativamente, os inúmeros pagamentos cujo montante superou o limite de R\$ 250.000,00.

Por violação ao art. 158, inc. II, entendeu-se que o administrador deveria responder pelos atos irregulares que praticou, contrariando as previsões constantes no estatuto social. Ora, em se tratando de uma companhia cujo iter é vender cachaça, qual seria o seu interesse em realizar uma festa em Paris, destinada exclusivamente à classe social “A”? Como é sabido, o público que consome cachaça encontra-se em classes sociais outras, menos abastadas, a revelar, portanto, o ato *ultra vires*.

Sem embargo, a controvertida estratégia de marketing de patrocínio da “São Paulo Fashion Week” também foi duramente questionada pelo mesmo motivo acima revelado. Para o público consumidor de cachaça, de que adiantaria patrocinar um elegante e sofisticado evento de moda, que reúne a alta sociedade paulistana?

Citando Modesto Carvalhosa e Fábio Ulhoa Coelho em comentários ao art. 159 da lei societária, Waldemar Ferreira quanto ao interesse da sociedade e diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o Relator concluiu pela responsabilidade exclusiva do administrador, negando provimento ao recurso especial interposto pelo mesmo cuja finalidade era reformar o acórdão da Justiça de São Paulo que o havia condenado. Uma passagem do voto do Min. Salomão, por sua pertinência, comporta transcrição:

Porém, sentença e acórdão também adotaram uma segunda linha argumentativa, relacionada a prejuízos experimentados pela companhia, consistentes, segundo se afirmou, na falta de retorno advindo dos contratos de patrocínio. No particular, a sentença manifestou entendimento segundo o qual seria “pouco provável, quase inacreditável, que um evento como a SPFW pudesse atingir, ainda que por meio de ‘mídia espontânea’, o que parece equivaler a uma mídia indireta, os públicos das classes C, D e E”.

O acórdão recorrido, por sua vez, e na mesma linha adotada pela sentença, aduziu que, “diante da gritante ilogicidade de campanha tão dispendiosa em evento de classe alta, absolutamente dissociado do público-alvo do produto que se pretendia divulgar, sem contraprova dos fatos modificativos alinhados pela defesa, fosse ou não para beneficiar o seu enteado, a restituição dos gastos à sociedade, pelo réu, era

e é imperativo de direito”. [...]

Não obstante essa construção, no caso em exame, segundo apuraram as instâncias ordinárias, não se trata simplesmente de uma gestão infrutuosa - o que seria tolerável no âmbito da responsabilidade civil -, caso não demonstrada a falta de diligência do administrador.

Segundo se apurou, tratou-se de gastos com nítidos traços de fraude, como despesas em duplicidade, hospedagens simultâneas em mais de uma cidade, notas fiscais servis a encobrir despesas particulares próprias, de parentes e outros.<sup>545</sup>

Nota-se que a conclusão do Relator acabou fiando-se na violação ao dever de lealdade, na medida em que a campanha de marketing não teve por fim trazer qualquer contributo aos interesses da sociedade, senão aos caprichos pessoais do administrador.<sup>546</sup>

O segundo caso a ser comentado é, mais uma vez, o da Sadia.<sup>547</sup> Para fins de delimitação da exposição ao tema em exame – o ato *ultra vires* – vale lembrar, em essência, do estatuto social da companhia, cujo objeto é a exploração da indústria alimentícia, com o processamento de carnes de origem bovina, suína e avícola.

Para além das violações aos deveres de vigiar e de informar, previamente analisados, a questão central a essa altura restringe-se ao exame da decisão tomada pela comissão de valores mobiliários contra o diretor financeiro e os membros do conselho de administração, especialmente quanto ao que fora consignado a respeito da *business judgment rule* e do ato *ultra vires*.

No voto do relator, diretor Alexandro Broedel Lopes, o raciocínio adotado, acompanhado por unanimidade pelos demais diretores, foi no sentido de que a *business judgment rule* não estava sendo discutida no caso concreto. Independentemente da prática do ato flagrantemente *ultra vires*, o relator, quanto a esse ponto, assim se posicionou:

18. Esclareça-se que não está se falando do julgamento negocial dos administradores acerca do nível adequado de risco e retorno que a companhia deve se expor. Essa é uma decisão gerencial que não deve ser questionada por esta autarquia.

<sup>545</sup> Houve divergência parcial que saiu vencedora, por entender que somente as despesas assumidas quanto à campanha televisiva teriam trazido benefício à companhia, não caracterizando, pois, ato *ultra vires*.

<sup>546</sup> “o interesse social consiste, portanto, no interesse dos sócios à realização desse escopo, pois o objetivo da sociedade é alcançado pelo exercício da atividade empresarial, especificamente prevista no estatuto como objeto social.” (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 248).

<sup>547</sup> Remete-se o leitor às fls. 242 et seq., nas quais, para fins de exemplificar os deveres de vigiar/investigar e de informar, o caso Sadia foi trazido. Henrique Cunha Barbosa chama a atenção a algumas infelizes curiosidades quanto ao histórico da companhia: “Aliás, esse fato traz a lume uma curiosidade jurídica no mínimo sintomática envolvendo a Sadia, qual seja o fato de ser uma companhia useira em capitanear polêmicas, tais como: (i) a primeira tentativa de *take over* hostil, repita-se, naufragada; (ii) a primeira companhia a ter diretores/acionistas condenados criminalmente por *insider trading*; (iii) senão a primeira, uma das primeiras companhias nacionais a ter deflagrado o problema dos derivativos tóxicos. (BARBOSA, Henrique Cunha. Op. cit. p. 7).

19. Nesse ponto, abro um parêntese para debater, desde já, o argumento de defesa que levantou a utilização do chamado *business judgment rule*, pelo qual os atos realizados pelo administrador na regular gestão da companhia, segundo o seu julgamento de conveniência e oportunidade, não podem ser atacados se os seus efeitos se mostraram danosos. Esse argumento de defesa está correto. Porém, não se aplica ao presente caso, tendo em vista que: (i) não está em discussão a decisão da Sadia em realizar operações complexas, com derivativos; (ii) não estão em discussão, tampouco, os prejuízos gerados por essas operações. Como se desenvolverá no decorrer desse voto, estamos discutindo, tão somente, a diligência dos seus administradores na adoção e monitoração dos sistemas de controles, que serviam para a verificação do cumprimento das políticas internas implantadas na própria Sadia.<sup>548</sup>

Ora, se a decisão de investir em derivativos arriscadíssimos na bolsa de Nova Iorque contrariou às escâncaras o estatuto social da companhia, caracterizando-se, portanto, como ato *ultra vires*, entende-se que a *business judgment rule* não poderia ser invocada pela defesa seja do diretor financeiro, seja dos membros do conselho de administração. A decisão que contraria rasgadamente o estatuto social não pode ser entendida como uma decisão negocial, o primeiro pressuposto à aplicação do instituto.

Henrique Cunha Barbosa lamentou a oportunidade perdida pela Comissão de Valores Mobiliários para, exemplarmente, fixar o entendimento acerca da não aplicabilidade da *business judgment rule* por ocasião do cometimento de ato *ultra vires*.

Primeiro porque, reconhecendo esse atropelo ao objeto social estatutário da companhia, o âmbito de defesa dos administradores se afunila por demais, especialmente levando-se em conta que o foco da celeuma deixa de transitar pela seara da culpa e de sua respectiva subjetividade, apontando então para uma responsabilidade presumida e – ao menos a priori – solidária dos gestores e conselheiros envolvidos, na medida em que ficam sub examine não mais supostos atos regulares de gestão - aos quais poder-se-ia tentar proteger sob o pálio da regra da *business judgment rule* -, mas sim atos *ultra vires* - e, portanto, irregulares - pondo por terra de plano esse potencial salvo conduto.<sup>549</sup>

<sup>548</sup> Voto do diretor relator, Alexsandro Broedel Lopes. Processo administrativo sancionar CVM nº. 18/08. p. 42. Comporta transcrição, ainda, a seguinte passagem alusiva à *business judgment rule*: “Ainda que essa versão dos fatos seja plausível, o próprio Diretor Financeiro reconhece que essa decisão, de manter ou reverter as posições, reveste-se do ‘business judgment rule’, razão pela qual a CVM não poderia manifestar-se sobre o seu mérito. Concordo com esse argumento, como disse anteriormente. O que não concordo, contudo, que esses acontecimentos, relativos a fatos mais próximos da eclosão da crise internacional, demonstrem a diligência do Diretor Financeiro. O que demonstraria a sua diligência seria a utilização correta dos instrumentos de *hedge*, que servem justamente para criar uma proteção para companhia sobre eventos incertos. Isso pode soar óbvio. Porém, em situações como essa, nota-se que essa importante faceta dos derivativos, de realização de *hedge* para a companhia, é por vezes negligenciada por aqueles que mais precisam de proteção. Volto a afirmar que não estou avaliando a propriedade da realização de tais operações, mas somente sua adequação às políticas de risco estabelecidas pela própria companhia.” (p. 50).

<sup>549</sup> BARBOSA, Henrique Cunha. Op. cit. p. 10. Com relação ao antagonismo entre a *business judgment rule* o ato *ultra vires*, o autor afirma: “E esse descasamento entre a BJR e os atos *ultra vires* se dá pela simples razão de que o objeto social constitui elemento cardeal do contrato plurilateral, possuindo relevância inarredável na configuração do fim comum para o qual se estabelece – ou se adere - à sociedade. Tãmanha é a importância do

Com relação às consequências ruins decorrentes do entendimento adotado pelo órgão regulador, Barbosa concluiu:

Aliás, parece gravitar justamente aqui um dos perigosos males conceituais de que padece o julgamento do caso Sadia pela CVM, fruto provavelmente da má delimitação dada ao tema no Processo Administrativo Sancionador. Por paradoxal que possa parecer, o que estranhamente se estatuiu ao fim e ao cabo do julgamento foi que a prática de supostos atos ditos integrativos ou singulares – por mais divorciados que sejam da atividade fim da sociedade –, pode sim, eventualmente, suplantar o próprio objeto social formalmente estabelecido. Mais que isso, e não menos preocupante, o que se pode inferir do julgado é que, mesmo nessas hipóteses *ultra vires*, a regra da *business judgment rule* seria potencialmente aplicável, desde que o que estivesse em mira fosse o resultado danoso porventura decorrente de tal ato.<sup>550</sup>

Para que se tenha a correta dimensão das perdas decorrentes dos atos *ultra vires* praticados no caso Sadia, a justificar o porquê da preocupação externada pelo referido autor, os números falam por si. Para muito além do prejuízo de R\$ 760 milhões formalmente divulgado pela companhia em 25.9.2008, é preciso grifar que em 1.9.2008, o seu valor de mercado era de R\$ 7,1 bilhões. Com a divulgação dos fatos pela empresa em 25.9.2008, o seu valor despencou, chegando, em 30.12.2008, a R\$ 2,7 bilhões, correspondentes a 38% do valor original.

Uma consideração final quanto às perdas sofridas pelos acionistas minoritários. Em 6.4.2009, uma assembleia geral extraordinária deliberou pela propositura de ação de responsabilidade civil contra o ex-diretor financeiro da companhia, Sr. Adriano Lima Ferreira. Sucede que logo depois, em 27.4.2009, a assembleia geral ordinária aprovou as contas referentes ao exercício fiscal imediatamente anterior sem quaisquer ressalvas, o que obstaculizou a reparação que se fazia devida.<sup>551</sup>

---

objeto social, que Ascarelli desde sempre deixou assente que, “nos contratos plurilaterais, o escopo, em sua precisa configuração em cada caso concreto (por exemplo, constituição de uma sociedade para a compra e venda de livros), é juridicamente relevante. Constitui o elemento “comum”, “unificador” das várias adesões, e concorre para determinar o alcance dos direitos e dos deveres das partes. Ele se prende justamente àquela atividade ulterior, a que o contrato plurilateral é destinado.” (Op. cit. p. 12). A referência à obra de ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001. p. 395.

<sup>550</sup> Ibid. p. 17.

<sup>551</sup> O tema foi submetido ao Superior Tribunal de Justiça por meio do REsp nº. 1.313.725-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., v.u., j. 26.6.2012, cuja conclusão foi no sentido de reputar quitadas as obrigações da administração em razão da referida aprovação das contas. Somente mediante a anulação da assembleia geral ordinária seria possível discutir os pleitos ressarcitórios. Os seguintes trechos do voto do Ministro Relator explicam o ponto: “O conflito dos autos surge em relação ao artigo 134, § 3º, da referida norma, ao prescrever que “A aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os

Ainda em seu artigo, Henrique Cunha Barbosa procura um caminho alternativo diante da aprovação das contas no sentido de indenizar as perdas bilionárias sofridas pelos acionistas minoritários, frise-se, diante de atos absolutamente contrários às disposições constantes no estatuto social da empresa.<sup>552</sup>

Seja como for, o ato *ultra vires* não merece guarida pela *business judgment rule*. Sob a ótica do contrato de seguro *D&O*, a percepção de que o ato *ultra vires* não se qualifica como uma decisão negocial, porque contrária ao estatuto social da companhia (o contrato plurilateral referido por Ascarelli), também deverá determinar a inexistência de cobertura.<sup>553</sup>

---

administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (art. 286)". [...] Com efeito, já no Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, o Brasil adotava o entendimento de que a aprovação da gestão constitui ato jurídico perfeito a proteger os interesses dos administradores, sem cuja anulação estes não podem ser responsabilizados. Já dizia o artigo 101 da citada norma que "A aprovação, sem reserva, do balanço e das contas exonera de responsabilidade os membros da diretoria e do Conselho Fiscal, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (artigo 156)". [...] Verifica-se que a regra do artigo 134, § 3º, da Lei nº 6.404/76 é especial em relação ao artigo 159 do mesmo diploma legal, de modo que, no caso de aprovação de contas, não bastaria a prévia deliberação da assembleia geral para a propositura da ação de responsabilidade civil, mas, sim, antes ou concomitantemente, o ajuizamento da ação de anulação da assembleia que aprovou as contas. [...] Nessa linha de raciocínio, somente após o trânsito em julgado da sentença que acolher a anulatória, pela ocorrência dos citados vícios, é possível ajuizar a ação de responsabilidade pertinente. [...] No presente caso, portanto, não há falar em ação de responsabilização contra o recorrido, porquanto o diretor foi exonerado de responsabilidade desde que teve suas demonstrações financeiras aprovadas pela assembleia geral posterior."

<sup>552</sup> O caminho alternativo diz respeito ao vício de informação quanto à divulgação das informações ao mercado, isto é, a violação do dever de informar. Com arrimo na doutrina de José Alexandre Tavares Guerreiro, Barbosa sustenta que dessa maneira seria viável a propositura da ação judicial pelos acionistas minoritários com fundamento no § 7º do art. 159 da lei societária. "Nesse sentido, se em tese a desvalorização de ações qualificarse-ia eventualmente no conceito de dano indireto do acionista, não seria despropositado acreditar que esse dano pode ter tido como origem e pano de fundo justamente um *disclosure* deficitário e fraudulento, induzindo o acionista a erro fosse na decisão de aquisição de suas ações, fosse na de permanência ou retirada da companhia. E, quando se fala de vício informacional, a doutrina pende para a acolhida da pretensão individual do acionista, como se pode depreender, v.g, da seguinte lição do Prof. Guerreiro: 'A ação individual tem como pressuposto o prejuízo do acionista como tal, *ut socii*. Em relação à sociedade, o acionista é verdadeiro terceiro, em razão da própria diferenciação ontológica, criada pelo direito, entre a pessoa jurídica e a pessoa de cada sócio. Mas o que se leva em conta, na ação individual, não é tal circunstância, senão a existência de lesão a direitos do acionista enquanto partícipe da comunidade acionária. Assim, por exemplo, é individual a ação do acionista contra os administradores que infringem o dever de lealdade, dispondo de informação relevante, não divulgada ao público, para obter vantagens na venda de ações da companhia no mercado, em detrimento do acionista que, ignorando referida informação relevante, deixa de vender suas próprias ações.'" (BARBOSA, Henrique Cunha. Op. cit. p. 26-27). A referência à obra de TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Responsabilidade dos Administradores*. Op. cit. p. 83.

<sup>553</sup> A título de informação, vale lembrar que o caso Sadia teve repercussões no âmbito do seguro *D&O* contratado pela companhia. Segundo notícias publicadas à época, a Sadia havia contratado o seguro, cujos recursos foram utilizados para custear a defesa dos seus administradores. "A Sadia contratara um seguro *D&O* junto ao Bradesco e ao Chubb de R\$ 10 milhões, valores estes que estão sendo utilizados pelos administradores responsabilizados para o pagamento de honorários advocatícios, eventuais custas processuais e pagamento de multas." Notícia disponível em: <http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,,EMI177051-16642-2,00> PROFISSAO+DE+RISCO.html, visitado em 14.09.2013. Não foi somente o caso da Sadia que tornou mais popular a contratação do seguro *D&O*. Também o caso da Aracruz, que, de forma semelhante, envolveu investimento em derivativos, mereceu destaque no mercado mobiliário. Notícia disponível em

## 2.7. Proposta de um tratamento distinto conforme sejam violados os deveres de diligência e de lealdade

A síntese da parte final deste capítulo decorre de uma constatação singela: as violações aos deveres de diligência e de lealdade não podem ser equiparadas. É fundamental estabelecer um corte metodológico capaz de expor que as infrações para cada qual terão consequências distintas, o que se afigura relevante tanto para fins de caracterização da responsabilidade do administrador, quanto para fins de análise de cobertura no âmbito do contrato de seguro *D&O*.

Como ensina Cándido Paz-Ares, grande parte dos problemas relativos a esta disciplina decorre justamente de uma equivocada insistência em tratar as infrações aos dois deveres da mesma maneira – “*No pueden meterse dentro del mismo saco la regulación de los ‘actos de gestión indebida’ y la regulación de los ‘actos de apropiación indebida’*”.<sup>554</sup>

A fundamentação para chegar a essa constatação será apresentada neste item final. Se o mote é prover condições para que o administrador possa desenvolver o seu mister de

---

<http://fazenda.gov.br/resenhaeletronica/MostraMateria.asp?page=eamp;cod=559872>, igualmente visitado em 14.09.2013.

<sup>554</sup> PAZ-ARES, Cándido. *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*. In *Revista para el Análisis del Derecho*. ISSN-e 1698-739X, nº. 4, 2003. p. 4-5. Em tradução nossa: “Não se podem meter dentro do mesmo saco a regulação dos atos de ‘gestão indevida’ e a regulação dos atos de ‘apropriação indevida’”. Maria Elisabete Gomes Ramos ratifica esta interpretação em Portugal: “O que exala da experiência norte-americana é a diferenciação de regimes que governam as reacções às violações do *duty of care* e do *duty of loyalty*. Reserva-se à violação do *duty of care* uma «política de indulgência», enquanto é de severidade a marca imprimida às reacções à violação do *duty of loyalty*. [...] Argumenta-se que a preocupação fundamental de qualquer sistema de responsabilidade civil dos administradores há-se ser a violação do dever de lealdade porque é esta que rende mais ganhos aos infractores. De modo diverso, com a violação do dever de cuidado, o administrador poupa atenção, disponibilidade, mas não obtém um rendimento patrimonial directo. Acresce que, para a violação dos deveres de cuidado, há mecanismos de controlo aptos a substituir a responsabilidade civil, enquanto as sociedades não dispõem de mecanismos alternativos que permitam controlar a violação do *duty of loyalty* (porque esta envolve condutas menos visíveis, que tendem a ocorrer no fim do mandato dos administradores, e a extracção de benefícios ilegítimos é propiciada pelo controlo exercido pelo administrador). Por fim, o grau de incerteza jurídica e o inerente risco de *overcompliance* (incrementado pela necessidade de evitar a responsabilidade) são próprios do *duty of care*. Ora, o *overcompliance*, as estratégias defensivas, as «muralhas de papel», os custos de gestão de risco, a aversão ao risco dos administradores, a gestão conservadora – enquanto estratégias destinadas a evitar a responsabilidade -, tornam menos eficiente o desempenho da sociedade.” (RAMOS, Maria Elisabete Gomes *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 172-173).

maneira ágil, inovadora e com algum apetite pelo risco, não se lhe deve colocar a espada de Dâmocles permanentemente sobre a sua cabeça. Os efeitos seriam deletérios tanto para o administrador quanto para a sociedade.<sup>555</sup> Por outro lado, no que se refere à lealdade, para agir sempre nos interesses da sociedade não deve haver tolerância.

el régimen de responsabilidad de los administradores ha de configurarse de modo que sea tan severo con las infracciones del deber de lealtad como indulgente con las infracciones del deber de diligencia. Nuestra propuesta se sustancia, en definitiva, en una política de abstención con la negligencia y en una política de intervención con la infidelidad.<sup>556</sup>

### 2.7.1. Violação ao dever de lealdade. Rigidez

Os motivos que conduzem à necessidade de que o regime de responsabilidade em matéria de violação ao dever de lealdade seja mais severo podem ser observados em três linhas de argumentação: (i) o plano de incentivos para o descumprimento; (ii) os mecanismos de supervisão e controle das decisões e (iii) a análise do grau de incerteza quanto à tomada de decisão.

Com relação ao plano de incentivos para o descumprimento do dever de lealdade, é preciso notar que o administrador desleal se aproveita de uma oportunidade dirigida à sociedade e, como consequência disto, efetivamente obtém um proveito próprio. Seja pela contratação em condições mais vantajosas, pelo desenvolvimento de uma atividade empresarial valendo-se da infraestrutura da companhia, ou ainda por que, utilizando-se do

---

<sup>555</sup> Ao invés da ousadia, o administrador seria conservador, com prejuízos notáveis tanto para si próprio quanto para a sociedade. “El fenómeno del ‘conservadurismo’, producto de la aversión al riesgo, determina que los administradores planifiquen las estrategias empresariales con un nivel de riesgo inferior al que convendría a los accionistas (no se olvide que éstos, en la medida en que tengan diversificadas sus carteras, son neutrales al riesgo). La teoría contractual de la empresa ha puesto de relieve la gravedad de esta inercia conservadora, que empuja a los administradores a renunciar a proyectos de inversión altamente rentables (aunque tengan una gran varianza) y a promover proyectos de inversión poco rentables (aunque sean aptos para diversificar los negocios y reducir el riesgo de empresa)”. (PAZ-ARES, Cándido. Op. cit. p. 9-10). PAZ-ARES sinaliza que o regime de responsabilidade severo para administradores teve como consequência o rápido desenvolvimento dos seguros *D&O*, o que foi retratado por CAMPINS VARGAS, Aurora. *Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos: especial referencia al ámbito de cobertura del seguro*. Revista de Derecho Mercantil n.º 249/2003, p. 2-5. (PAZ-ARES, Cándido. Ibid. p. 29).

<sup>556</sup> Ibid. p. 5. Em tradução nossa: “o regime de responsabilidade dos administradores deve configurar-se de modo que seja tão severo com as infrações ao dever de lealdade como indulgente com as infrações ao dever de diligência. Nossa proposta se fundamenta, em definitivo, em uma política de abstenção com a negligência e uma política de intervenção com a infidelidade”.

conhecimento de informação privilegiada, compra ou venda ações (*insider trading*), não há dúvida de que a deslealdade espelha uma conduta cujo fim é obter proveito particular.<sup>557</sup>

A violação ao dever de diligência não apresenta esse conteúdo. Por ser negligente, o administrador não extrai qualquer espécie de proveito. Muito ao contrário, pode sofrer consequências ruins como, por exemplo, a destituição pela assembleia-geral, abalos à sua reputação de difícil mensuração financeira, a perda de bônus, ou seja, a comparação da violação aos dois deveres – lealdade e diligência – desde a perspectiva do plano dos incentivos, é claramente antagônica.<sup>558</sup>

No prisma dos mecanismos de supervisão e controle das decisões desleais *vis à vis* negligentes, as diferenças também são bastante consideráveis. Diante de uma conduta negligente de um administrador, Paz Ares defende que a necessidade de ingressar em juízo para questioná-la é remota pelas seguintes razões: (i) a sociedade, frequentemente, vai ao mercado captar recursos, de modo que as próprias condutas negligentes funcionarão como uma espécie de termômetro. À medida que haja mais erros, mais difícil será a captação de recursos. Os administradores, por suas próprias forças, tomarão as cautelas necessárias para evitar os erros; o mercado, por si só, fará um controle tácito; (ii) os administradores, assim, acabam por investir recursos próprios e específicos, isto é, o seu esforço pessoal no desenvolvimento das atividades; (iii) as sociedades vivem sob o permanente escrutínio de mercados com elevados índices de informações (bolsa de valores, órgãos antitruste, Banco Central). Não há espaço para erros, por mais que estes ocorram. As condutas negligentes aparecem, publicamente.<sup>559</sup>

Já as condutas desleais são usualmente sorrateiras, praticadas às escuras. O esforço do administrador desleal é para escondê-las, o que costuma ocorrer próximo ao final de seus

---

<sup>557</sup> Observando as consequências da conduta dolosa na generalidade dos contratos de seguros e no seguro *D&O*, Miguel Iribarren Blanco chama a atenção à possibilidade de que os ganhos do segurado nesta espécie contratual sejam bem maiores. “Ordinariamente, en la cobertura frente a un riesgo cualquiera, el asegurado, descontada la indemnización que pueda obtener del asegurador si se cumplen las condiciones del seguro, no gana nada por que se produzca el siniestro, sino al contrario; sufre un daño, a cuya reparación sirve, precisamente, el seguro. En cambio, en este seguro, el daño causado por los administradores en la gestión de la sociedad del que resulta su responsabilidad puede tener, como reverso, el beneficio propio o de terceros.” (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2005. p. 177).

<sup>558</sup> PAZ-ARES, Cándido. Op. cit. p. 6.

<sup>559</sup> Ibid. p. 6.



termos. Ocorrendo desta forma, a alternativa judicial acaba sendo o único remédio disponível.<sup>560</sup>

Quanto à análise do grau de incerteza com vistas à tomada de decisão, é preciso ter em vista, muito claramente, o espectro consideravelmente amplo que se abre para o administrador quando pretende agir de modo diligente. Há inúmeros fatores relevantes a considerar, o que se apresenta de maneira completamente diferente quando se concebe uma decisão desleal (a conduta desleal não decorre de qualquer incerteza). Enquanto que o juízo valorativo a respeito da negligência se apresenta complexo do ponto de vista económico-técnico, o juízo valorativo que acompanha a decisão desleal se formula a partir de valores morais e deontológicos,<sup>561</sup> reduzindo sensivelmente o grau de incerteza. A lealdade não pode ser medida. Ou é leal ou não é.

Um regime de responsabilidade severo quanto a condutas desleais não gera efeitos colaterais notáveis. Por mais que possa haver algum risco de perder uma oportunidade comercial que esteja numa zona cinzenta entre o que seja uma oportunidade para a sociedade ou para o administrador, isto é marginal. Agora, um regime de responsabilidade severo quanto à diligência pode, efetivamente, tolher a capacidade criativa, o apetite pelo risco, fundamentais para o desenvolvimento económico.<sup>562</sup>

As violações ao dever de lealdade devem ser evitadas de todas as maneiras, considerando que as suas consequências poderão representar, em pecúnia, quantia muitíssimo

---

<sup>560</sup> “el único remedio eficaz contra las actividades de esta naturaleza - los llamados ‘pelotazos’ en nuestra jerga financiera - es la responsabilidad ante los tribunales”. (Ibid. p. 7).

<sup>561</sup> “Desde el punto de vista del riesgo de error, la responsabilidad por negligencia y la responsabilidad por deslealtad presentan también diferencias notables. En principio, resulta intuitivamente evidente que las conductas desleales apenas entrañan riesgo de error para los administradores, puesto que es baja la probabilidad: (i) de que el administrador se equivoque en el juicio; tratándose de operaciones que se descualifican precisamente por la extracción excesiva de ventajas personales, todo el mundo sabe dónde están los límites; (ii) de que el juez yerre al valorar el caso, pues, a diferencia de lo que ocurre con el juicio de negligencia - que entraña una valoración técnico-económica compleja -, el juicio de lealtad es de orden moral o deontológico, y para ello están bien preparados los jueces; y (iii) de que el administrador tenga dificultades de prueba, al menos si está establecido un protocolo o procedimiento formal homologado para la aprobación de las transacciones potencialmente conflictivas. En cambio, las conductas negligentes plantean serios problemas de error. Nos referimos fundamentalmente a aquéllas que se adoptan en el ámbito de la gestión empresarial. El riesgo procede de la escasa pericia de los jueces en este ámbito y de la inexistencia de una *lex artis* consolidada que permita suplir la impericia con el recurso a expertos. Esto hace que la probabilidad de que lleguen a equipararse o confundirse los malos resultados económicos y las faltas de diligencia sea considerablemente elevada.” (Ibid. p. 8)

<sup>562</sup> Ibid. p. 9.

superior à apurada no caso concreto. Se o administrador tiver apenas que ressarcir os danos gerados à sociedade, do ponto de vista financeiro a sua conduta poderá até compensar.<sup>563</sup>

Essas violações não poderão sujeitar-se à autonomia privada entre administradores e companhia, no sentido de admitir a sua inclusão em contratos de indenidade. Ora, se representam um dever norteador de toda e qualquer conduta do administrador, a fundamentação que inspira essa impossibilidade tem uma forte conotação de ordem moral e pública<sup>564</sup>, não sendo passível de livre convenção entre as partes.

Sob a perspectiva do exercício da ação de responsabilidade do administrador desleal, Paz-Ares defende que os seus pressupostos não podem ser os mesmos observados na ação endereçada contra o administrador negligente. Na Espanha, a propositura da ação de responsabilidade traz os seus requisitos sem distinguir as violações aos deveres de diligência e de lealdade, sistemática igualmente adotada no Brasil.<sup>565</sup>

Lá, é requerida a aprovação da assembleia geral e, ademais, que se detenha o equivalente a 5% do capital social. Segundo Paz-Ares, a experiência prática revela que as exigências legais representam barreiras praticamente intransponíveis, que acabam provocando um crescimento das discussões do tema sob a ótica do direito penal.<sup>566</sup>

---

<sup>563</sup> Ibid. p. 25. O autor se refere à bibliografia vasta acerca do tema. C. PAZ-ARES. *Comentario a los arts. 1665-1708*. In C. PAZ-ARES; L. Díez-PICAZO, R. BERCOVITZ y P. SALVADOR (dirs.). *Comentario del Código Civil*. II, Madrid, 1991, p. 1420-1421. DIEZ, Pedro Portellano. *El deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocios*. ob. cit. p. 131 e ss.; LLEBOT, J. O.. *El sistema de la responsabilidad de los administradores: doctrina y jurisprudencia*. In *Revista de Derecho de Sociedades* 7 (1996), p. 70.

<sup>564</sup> “recordar la necesidad de consagrar el carácter imperativo del régimen de responsabilidad derivado del deber de lealtad. Debe impedirse que la regulación legal pueda ser derogada o modificada en los estatutos de la sociedad o trivializada de cualquier otra forma”. (PAZ-ARES, Cándido. Op. cit. p. 15).

<sup>565</sup> No Brasil, a fonte legal correspondente é o art. 159 da Lei nº. 6.404, de 15.12.1976. Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. § 1º A deliberação poderá ser tomada em assembleia-geral ordinária e, se prevista na ordem do dia, ou for consequência direta de assunto nela incluído, em assembleia-geral extraordinária. § 2º O administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta ação ficarão impedidos e deverão ser substituídos na mesma assembleia. § 3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembleia-geral. § 4º Se a assembleia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social. § 5º Os resultados da ação promovida por acionista deferem-se à companhia, mas esta deverá indenizá-lo, até o limite daqueles resultados, de todas as despesas em que tiver incorrido, inclusive correção monetária e juros dos dispêndios realizados. § 6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia. § 7º A ação prevista neste artigo não exclui a que couber ao acionista ou terceiro diretamente prejudicado por ato de administrador.

<sup>566</sup> Vale especial atenção aos itens 1 e 2 do art. 134, do Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de dezembro. Art. 134. Acción social de responsabilidad. 1. La acción de responsabilidad contra los Administradores se entablará por la Sociedad, previo acuerdo de la Junta general, que puede ser adoptado aunque no conste en el orden del día. Los Estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la prevista por el artículo 93 para la

Com o objetivo de flexibilizar os requisitos com vistas ao ajuizamento das ações de responsabilidade decorrentes de violações ao dever de lealdade, o autor propõe uma ampliação do rol de legitimados, exemplificando-o por meio de acionistas que detenham, por exemplo, certa quantia em moeda corrente considerada relevante. Para além da ampliação do rol, Paz-Ares sugere a realização de audiência inicial perante o juiz responsável pela causa, de modo que, se for constatada a ausência de fundamentos, a mesma possa ser liminarmente rechaçada. Por fim, propõe-se, também, a obrigatoriedade de homologação judicial para quaisquer transações que possam ser feitas pelas partes, evitando demandas com fins de extorsão.<sup>567</sup>

Quanto à avaliação do aproveitamento das oportunidades pelo administrador, Paz-Ares defende um regime de transparência absoluta a ser iniciado por este diante do conselho de administração; a seguir, do conselho ao auditor externo; e, se o caso, aos órgãos reguladores e aos mercados de bolsa de valores, por exemplo. Consoante afirmado inicialmente, o objetivo é praticamente eliminar o risco de que decisões desleais sejam tomadas.<sup>568</sup>

Ao finalizar os seus comentários relativos à rigidez no tratamento de violação ao dever de lealdade, o autor propõe a aplicabilidade de danos de caráter punitivo ao administrador desleal. Para além de sujeitar-se à responsabilidade administrativa perante o órgão regulador e o mercado de bolsa, à eventual responsabilidade penal (a depender da conduta praticada, isto é, se tipificada ou não na legislação criminal), Paz-Ares adentra no campo do dano punitivo no direito civil.

---

adopción de este acuerdo. 2. En cualquier momento la Junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el 5 por 100 del capital social. El acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los Administradores afectados. 3. La aprobación de las cuentas anuales no impedirá ni supondrá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supone la renuncia a la acción acordada o ejercitada. 4. Los accionistas, en los términos previstos en el artículo 100, podrán solicitar la convocatoria de la Junta general para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad y también entablar conjuntamente la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los Administradores no convocasen la Junta general solicitada a tal fin, cuando la Sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando éste hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad. 5. Los acreedores de la Sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los Administradores cuando no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos. (PAZ-ARES, Cándido. Op. cit. p. 21).

<sup>567</sup> A quantia mencionada pelo autor é equivalente a 50.000 ou 60.000 euros. Se por um lado o autor propõe a flexibilização dos requisitos, por outro rejeita a ampla abertura observada nos Estados Unidos da América em que qualquer acionista pode deflagrar ação contra o administrador. “Hay que encontrar una solución intermedia y ponderada que logre el debido *trade-off* entre los costes derivados de la litigación estratégica y los beneficios derivados de la litigación justificada.” (Ibid. p. 22-23).

<sup>568</sup> Ibid. p. 23.

É interessante observar em sua proposta que o autor não é insensível às dificuldades que o tema suscita no ordenamento jurídico espanhol, resistência também existente no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>569</sup>

A construção elaborada por Paz-Ares remete ao instituto da cláusula penal e à celebração dos contratos de indenidade entre administradores e sociedades. Ora, se é possível a contratação que contemple apenas as violações ao dever de diligência (impossibilidade quanto ao dever de lealdade), qual seria o óbice no sentido de conceber os danos punitivos sob a roupagem de cláusula penal?<sup>570</sup>

Os danos punitivos, segundo o critério de cálculo oferecido, deveriam ser aferidos mediante a soma do prejuízo efetivamente gerado pela conduta desleal com a multiplicação do lucro auferido por um coeficiente determinado entre, por exemplo, 1 a 5 vezes, adotando-se desde o menor ao maior multiplicador conforme fosse a gravidade da violação.<sup>571</sup>

---

<sup>569</sup> Entre os firmes defensores da inexistência de danos puramente punitivos no ordenamento jurídico brasileiro, recorre-se à posição de Maria Celina Bodin de Moraes: “O instituto dos *punitive damages* constitui-se, em sistemas jurídicos como o nosso, em uma figura anômala, intermediária entre o direito civil e o direito penal, pois que tem o objetivo precípua de punir o agente ofensor, embora o faça através de uma pena pecuniária que deve ser paga à vítima. Tal caráter aflagante, aplicado indiscriminadamente a toda e qualquer reparação de danos extrapatrimoniais, coloca em risco princípios fundamentais de sistemas jurídicos que têm na lei a sua fonte normativa, na medida em que se passa a aceitar a ideia, extravagante à nossa tradição, de que a reparação não se constitui mais como o fim último da responsabilidade civil mas a ele se atribuem, também, como intrínsecas, as funções de punição e dissuasão de castigo e prevenção. Além disso, para além das afirmações peremptórias a favor de um caráter punitivo da reparação do dano extrapatrimonial, a doutrina civilista pouco avança no que tange à sua especificação. Se tal reparação há de ter caráter punitivo, como, na prática, ela se traduz em critérios ou parâmetros a serem utilizados pelo juiz?” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*. In *Revista trimestral de direito civil*. v. 18. Abr/jun 2004. p. 72-73). Por reconhecer a inexistência do dano punitivo no ordenamento jurídico brasileiro, Antônio Junqueira de Azevedo propôs a criação de uma nova categoria de dano, o chamado dano social. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In *Novos Estudos e Pareceres do Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009).

<sup>570</sup> “No ignoro las resistencias que encontrará esta propuesta entre los juristas más celosos de nuestra tradición jurídica. Los daños punitivos representan para muchos la encarnación de instituciones foráneas imposibles de casar con los principios domésticos. No obstante, pienso que este tipo de inquietudes no tardarán en desvanecerse. De hecho, bien miradas las cosas, enseguida advertimos que los daños punitivos de que hablamos son menos incoherentes con nuestro sistema de derecho privado de lo que a primera vista pudiera parecer. Recordaré a tal efecto la naturaleza exquisitamente contractual de la responsabilidad de los administradores y la evidencia incontestable de que, en el ámbito del contrato, nuestro derecho los admite sin ambages ni reticencias, aunque sea bajo otro nombre, en los arts. 1152-1155 CC. Es indudable, en efecto, que las sociedades pueden incorporar a sus estatutos cláusulas penales que garanticen el cumplimiento de los deberes de fidelidad. Nada tendría de extraño, por ello, que una empresa que sale a Bolsa opte, con el fin de maximizar el precio de venta de las acciones, por ofrecer como *bonding* de sus compromisos de lealtad el pago de una cláusula penal. De hecho, tenemos noticia de algún caso en que ha ocurrido algo de esto. Y siendo ello así, ¿qué sentido tiene oponer reparos a que lo haga la ley completando un contrato que los inversores no están en condiciones de completar? El hecho, además, de que la norma que introduce los daños punitivos sea meramente dispositiva, como postulamos, refuerza la idea de que estamos en el ámbito de la contratación y debilita la fuerza de la objeción cultural o del trasplante”. (Op. cit. p. 28)

<sup>571</sup> Ibid. p. 27.

Entende-se a preocupação do autor e a proposta de desenvolver os danos punitivos como resposta às violações ao dever de lealdade, mas, respeitosamente, entende-se que o ordenamento jurídico brasileiro não a admitiria. Vale, a título de esclarecimento, notar que a recente Lei nº. 13.506, de 13.11.2017, que alterou sensivelmente o processo administrativo sancionador no âmbito do Banco Central do Brasil e na Comissão de Valores Mobiliários, majorando as multas administrativas até a ordem de R\$ 2 bilhões, já tem a finalidade precípua de punir.

Reprimir, punir, sancionar, efetivamente têm o viés típico do direito penal e do direito administrativo nos processos administrativos sancionadores. A referência à cláusula penal, de origem civilista, não quer parecer juridicamente adequada em razão da diferença de finalidade pretendida. A cláusula penal (em que apenas o nome, de fato, remete ao crime), de crime e punição propriamente ditas nada tem.<sup>572</sup> Trata-se de uma antecipação das perdas e danos convencionados pelas partes, que não geram punição ou repressão ao devedor.

Entenda-se bem: nos processos crime e administrativo sancionador, a violação da lei ou normas administrativas gera a aplicação da sanção respectiva (pena e sanção); no direito civil, as partes podem livremente convencionar o conteúdo de uma cláusula penal,<sup>573</sup> tão somente prefixando o valor de suas perdas caso o devedor descumpra a obrigação convencionada. Os institutos são completamente distintos.

Mediante a ressalva especificamente para o dano punitivo, as demais reflexões de Paz-Ares afiguram-se juridicamente pertinentes. Entende-se, refletindo acerca das propostas apresentadas, que as mesmas são amplamente justificáveis e estariam a merecer acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>572</sup> Antonio Pinto Monteiro disserta a respeito das duas principais finalidades atribuídas à cláusula penal, quais sejam, (i) a iniciativa das partes no sentido de, previamente, delimitar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações e, assim, evitar desgastes os mais variados com o litígio e (ii) mediante a estipulação de um *plus* sobre a indenização decorrente do descumprimento, estimular o cumprimento das obrigações (o efeito compulsório). Não há espaço para o efeito puramente punitivo. (MONTEIRO, Antonio Pinto. *O modelo aberto de cláusula penal no movimento de harmonização do direito europeu dos contratos*. In *Revista de Direito Civil Contemporâneo* v. 6/2016, p. 181-196. Jan-Mar 2016). É oportuna a referência à tese de doutoramento de Otávio Luiz Rodrigues Júnior. *Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito brasileiro*. 2006. Tese (doutorado em direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2006.

<sup>573</sup> Vale referir ao art. 412 do Código Civil brasileiro, ao determinar que a cominação não poderá ultrapassar o valor da obrigação principal. “Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.”

### 2.7.2. Violação ao dever de diligência. Tolerância

As presentes considerações vão ao encontro do quanto fora afirmado a respeito da aplicabilidade da *business judgment rule* no ordenamento jurídico brasileiro. Ao assumir que uma decisão negocial informada, refletida e tomada no interesse da sociedade deve propiciar alguma zona de proteção ao administrador, evitando, assim, a sua responsabilização pessoal, realmente se propõe tolerância para com as violações ao dever de diligência.

Nesse sentido, Paz-Ares inicia a sua exposição concordando com o quanto fora afirmado por Joaquín Garrigues a respeito do que seja um grau de culpa gerador de responsabilidade ao administrador, qual seja, o da culpa grave, em cotejo com a leve ou ordinária<sup>574</sup>, o que justificar-se-ia a partir da

dificultad de discernir si una operación dañosa obedece a negligencia o al riesgo empresarial y la dificultad de reclutar administradores valiosos si se les expone a un riesgo de responsabilidad por faltas leves de negligencia.<sup>575</sup>

Como se observou anteriormente, seja por força dos elevadíssimos custos (as chamadas “*murallas de papel*”), seja em razão do conservadorismo em oposição à ousadia, ou, ademais, seja por conta dos diversos motivos que explicam a adoção de um regime de responsabilidade próprio para o administrador, não se lhes pode responsabilizar por toda e qualquer perda decorrente da tomada de suas decisões, ressaltando-se a culpa grave e o dolo.

Em alusão à *business judgment rule*, Paz-Ares comenta com perspicácia que “*no parece sensato sustituir las decisiones gerenciales por decisiones judiciales (una política*

---

<sup>574</sup> Trata-se da *gross negligence*, tantas vezes comentada no caso *Smith v. Van Gorkom*. “Esta es la solución adoptada para las sociedades colectivas por nuestro Código de Comercio (art. 144) y fue también la técnica seguida por la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, que exoneraba de responsabilidad a los administradores que hubiesen actuado con culpa leve u ordinaria (art. 79) en contra de la regla general sobre la diligencia exigible en el cumplimiento de las obligaciones establecida en los Códigos Civiles (v. art. 1103 CC)”. (Ibid. p. 30)

<sup>575</sup> GARRIGUES, Joaquín. In GARRIGUES, J. y URÍA, R. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*. 3 ed. v. I. Madrid, 1976. p. 164. Em tradução nossa: “a dificuldade de discernir se uma operação danosa obedece à negligência ou ao risco empresarial e a dificuldade de recrutar administradores valiosos se se lhes expõem a um risco de responsabilidade por faltas leves de negligência”. Observa-se na doutrina aqueles que defendem a possibilidade de que até mesmo a culpa grave não seja geradora de responsabilidade ao administrador: ‘En la discusión general, nuestro criterio es favorable a la posibilidad de exonerar la responsabilidad por culpa grave (v. los argumentos que esgrime PANTALEÓN, F. *Responsabilidad de los auditores: extensión, limitación, prescripción*. Madrid, 1996, p. 44-52; ha de añadirse que la jurisprudencia ha comenzado también a revisar la vieja máxima *culpa lata dolo aequiparatur* (v. la interesantísima SAP Bilbao 22-V-1987)’. (PAZ-ARES, Cándido. Op. cit. p. 44).

*judicial agresiva con los errores de gestión equivaldría a replicar los costes de la gestión e intervención de las empresas por el Estado)*”.<sup>576</sup>

Comparando a aplicabilidade do instituto em países de tradição jurídica continental *vis à vis* anglo-saxã, Paz-Ares defende que nos países continentais há maior necessidade de sua incorporação, o que decorre das seguintes razões: (i) uma menor sofisticação dos juízes, que estariam menos familiarizados com o julgamento de questões financeiras/empresariais sofisticadas; (ii) a composição acionária das companhias em países de tradição jurídica continental, na qual há concentração excessiva de ações nas mãos de muito poucos acionistas, já determina uma pressão considerável sobre os administradores. Os acionistas controladores se encarregam desse mister cotidianamente, o que não ocorre nos países de tradição jurídica anglo-saxã haja vista a grande dispersão acionária; (iii) nos países continentais a inovação é fundamental. A inércia, o conservadorismo, definitivamente não trarão desenvolvimento algum.<sup>577</sup>

Com relação aos fundamentos (ii) excessiva concentração acionária e (iii) inovação em oposição ao conservadorismo, concorda-se plenamente com o autor. O fundamento (i) menor preparo dos juízes para lidar com questões financeiras/empresariais requer um exame mais detido, o que possivelmente fugiria ao escopo da presente tese. Uma reflexão, todavia, pode-se consignar: a justiça de precedentes, característica dos países de tradição anglo-saxã, seria uma facilitadora à formação de um repositório de decisões a partir das quais os juízes poderiam amparar as suas conclusões. Por mais que se observe um movimento nos países de tradição jurídica continental no sentido de também adotar os precedentes, este movimento

---

<sup>576</sup> PAZ-ARES, Cándido. Op. cit. p. 31. Em tradução nossa: “não parece sensato substituir as decisões gerenciais por decisões judiciais (uma política judicial agressiva com os erros de gestão equivaleria a replicar os custos da gestão à intervenção nas empresas pelo Estado.”

<sup>577</sup> Ibid. p. 33. Paz-Ares esclarece que em diversos países da Europa continental a *business judgment rule* vem sendo incorporada, citando as fontes respectivas. Na Itália, a sentença da Corte de Cassação de 12.11.1965 (num. 2359) e na doutrina F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*. In G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE (dirs.). *Trattato delle società per azioni*. v. IV. Torino, 1991. p. 361 et seq.; na Suíça, v. GRASS. A.R. *Management-Entscheidungen Vor dem Richter. Schranken der richterliche Überprüfbarkeit von Geschäftsentscheiden in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen*. Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaft 2000, p. 3 et seq. O país que se mostrava mais refratário – a Alemanha – acabou igualmente aplicando-a. O marco decorreu da decisão no caso ‘Arag’, do Tribunal Supremo alemão, ao que sucedeu o célebre estudo do professor Peter Ulmer, sugerindo incluir o instituto ao § 93 do Aktiengesetz. A proposta de Ulmer foi acolhida pela Comissão designada pelo governo alemão com vistas à reforma da governança corporativa. (v. BAUMS. *Regierungskommission Corporate Governance*. n. 70, p. 107-108).

ainda é incipiente, o que talvez explique a dificuldade dos juízes diante de questões complexas financeiras/empresariais.<sup>578</sup>

Compreendidos os motivos pelos quais as violações ao dever de diligência não podem ser tratadas com rigidez absoluta, Paz-Ares avança e propõe uma maneira de limitar as importâncias devidas pelos administradores a título de indenização. Por entender que a sua responsabilidade seria contratual, a construção com vistas à limitação utilizaria a cláusula penal:<sup>579</sup>

que la responsabilidad de los administradores es responsabilidad contractual y que, en consecuencia, no está sujeta a los imperativos propios de la responsabilidad extracontractual, cuya función primordial es la compensación de las víctimas (por lo demás, en nuestro contexto, la compensación es menos realizable y menos urgente).<sup>580</sup>

A limitação da indenização a ser paga pelo administrador corresponderia à multiplicação da importância anual de sua remuneração, exemplificativamente, 5 a 10 vezes, o que, à primeira vista, soa bastante atípico. Imaginando perdas vultosas causadas a acionistas, cujo montante supere sobremaneira o limite sugerido por Paz-Ares, haveria um déficit preocupante. Sob as luzes do princípio da *restitutio in integrum* e refletindo a respeito da cada vez mais presente relativização das diferenças entre os regimes de responsabilidade contratual e extracontratual, a limitação privaria a vítima da tutela que lhe é devida.

<sup>578</sup> Por uma aproximação dos sistemas jurídicos continental e anglo-saxão, há bibliografia vasta. Confira-se a título exemplificativo as seguintes referências: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law na sociedade contemporânea*. Disponível em: [http://pct.capes.gov.br/teses/2011/40003019006P4/TES.PDF]. Acesso em: 10.06.2016; BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Brasília: Revista da AGU, 2016. v. 15, n. 3; BINGHAM, Tom. *The Rule of Law*. Londres: Penguin Books, 2010; BUSSANI, Mauro. *A Pluralistic Approach to Mixed Jurisdictions*. Disponível em: [http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/22134514]. Acesso em: 11.11.2016; DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012; FIORINI, Aude. *The Codification of Private International Law in Europe: Could the Community Learn from the Experience of Mixed Jurisdictions?* Disponível em: [http://www.ejcl.org/121/papers121.html]. Acesso em: 10.01.2017; GARAPON, Antonie; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e common law em uma Perspectiva Comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; GIDRON, Tamar. *Israel in Mixed Jurisdiction World Wide – The Third Legal Family*. 2 ed. Nova York: Cambridge University Press, 2012; SILVA, Diogo Bacha. *A Valorização dos Precedentes e Os Sistemas civil law e common law*. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2.

<sup>579</sup> A propósito da responsabilidade contratual ou extracontratual do administrador, remete-se às fls. 197-199.

<sup>580</sup> PAZ-ARES, Cándido. Op. cit. p. 39. Em tradução nossa: “que a responsabilidade dos administradores é responsabilidade contratual e que, em consequência, não está sujeita aos imperativos próprios da responsabilidade extracontratual, cuja função primordial é a compensação das vítimas (demais disso, em nosso contexto, a compensação é menos realizável e menos urgente)”.



Ocorre, porém, que a proposta de Paz-Ares não é isolada ou uma característica própria da doutrina na Espanha. A sua análise tem como ponto de partida análises desse mesmo teor realizadas em diversos países como, por exemplo, a Alemanha, os Estados Unidos da América e, dentre os países emergentes, a Coreia do Sul. A limitação de responsabilidade, vale enfatizar, não seria aplicável às condutas dolosas (violações ao dever de lealdade), valendo exclusivamente às condutas culposas (violações ao dever de diligência).<sup>581</sup> A limitação traria algumas vantagens, dentre as quais o autor ressalta (i) uma maior previsibilidade quanto às indenizações que serão pagas ao final, facilitando o labor dos juízes; (ii) redução da litigiosidade e (iii) a redução do custo com vistas à contratação do seguro *D&O*.<sup>582</sup>

Deixando de lado por um instante o método de cálculo proposto por Paz-Ares e observando apenas a questão atinente à limitação de responsabilidade do administrador, vale esclarecer que a sua adoção no ordenamento jurídico espanhol observou o seu ponto de partida no art. 1.103 do Código Civil espanhol, cujo enunciado normativo abre a possibilidade de que nas hipóteses nas quais a responsabilidade decorra de negligência do administrador, o Tribunal poderá limitar o montante a pagar analisando as circunstâncias do caso concreto.<sup>583</sup>

Considerando a previsão legal e agora retomando a base de cálculo sugerida pelo autor, o mesmo entende que a limitação da indenização a ser paga pelo administrador não

---

<sup>581</sup> “Propuestas de este tipo se han lanzado en los más diversos foros de gobierno corporativo: (i) en el área continental, es ilustrativa la discusión contenida en el Informe de la Comisión constituida por el Gobierno Alemán, aun cuando ciertamente, amparada en la generalización del seguro de responsabilidad civil de consejeros y directivos, no da el paso final (v. BAUMS, TH. (ed.), *Bericht der Regierungskommission Corporate Governance*, núm. 71, p. 108-109); (ii) en el área anglosajona, la realizada por el American Law Institute (Principles of Corporate Governance, sect. 7.19, vol. II, p. 238); y (iii) en el área de las economías emergentes o en transición, la efectuada por el Grupo de Consultores Internacionales para la reforma de la legislación societaria en Corea (he aquí los términos en que se formula la recomendación: ‘Articles 399 and 401-402 of the Commercial Code should be amended to provide that the personal liability of an independent director will be limited, in the case on non-wilful breaches of duty non-involving personal benefit for the director or the director’s family, to a multiple [...] of the director’s total annual compensation from the company (including the value of non-cash compensation)’. (B. BLACK, M. BARRY, T.J. O’BRIEN e Y. MOOSHIN. *Corporate Governance in Korea at the Millenium: Enhancing International Competitiveness (Final Report and Legal Reform Recommendations to the Ministry of Justice of the Republic of Korea*. May 15, 2000), *Journal of Corporation Law* 2001, p. 563)”. (PAZ-ARES, Cándido. Op. cit. p. 40).

<sup>582</sup> “Podrían citarse otros beneficios adicionales de la limitación de responsabilidad tales como: (i) la posibilidad de una mejor aplicación judicial de los deberes de diligencia, pues los jueces son reacios a imponer indemnizaciones que se perciben como enormes por infracciones cuyo reproche social no es elevado; (ii) la reducción de la litigación; (iii) la rebaja del coste del seguro de responsabilidad civil; etc., pero entendemos que ninguna de ellas resulta especialmente relevante.” (Ibid. p. 39).

<sup>583</sup> Código Civil espanhol. Art. 1103. La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos. É oportuna, aqui, a referência ao art. 159, § 6º da Lei nº. 6.404, de 15.12.1976, bem como ao art. 944, parágrafo único do Código Civil brasileiro, cuja análise foi apresentada às fls. 278-281.

careceria de qualquer reforma legislativa, bastando que os estatutos das companhias fossem emendados.<sup>584</sup> A propósito da emenda aos estatutos, Paz-Ares nota, com perplexidade, o seguinte: conquanto a doutrina espanhola critique a emenda a fim de limitar a responsabilidade do administrador, por outro lado, admite, sem quaisquer ressalvas, a contratação do seguro *D&O*.<sup>585</sup>

En efecto, siendo la limitación estatutaria de responsabilidad funcionalmente equivalente al seguro de responsabilidad civil, no se acierta a comprender por qué se objeta una práctica y se bendice la otra. [...] Lo que me causa perplejidad es que esta misma doctrina, que no opone resistencia al seguro ajeno, se obstina en rechazar autoseguro por la propia sociedad, que en eso consisten las limitaciones de responsabilidad.<sup>586</sup>

Respeitosamente, diverge-se do autor porque os contratos de indenidade firmados entre os administradores e as companhias não são equivalentes aos contratos de seguro *D&O*. Enquanto que a limitação de responsabilidade a ser inserida nos referidos contratos de indenidade efetivamente poderá restringir o montante a ser pago pelo administrador, o contrato de seguro *D&O* não produz qualquer efeito limitador.

Como se observou no capítulo dedicado à causa do contrato de seguro *D&O* (capítulo 1), a síntese dos seus efeitos jurídicos essenciais implica na transferência do risco financeiro que, em sua íntegra, recai sobre o administrador. A responsabilidade perante eventuais prejudicados continuará a ser do administrador. A transferência é, como se observou, exclusivamente financeira.

Por mais que o contrato de seguro *D&O* também disponha dos seus limites máximos de indenização a pagar, estes limites não se confundem com os limites propostos por Paz-Ares. No seguro *D&O* os limites são internos, próprios da relação tomador, segurado e

---

<sup>584</sup> PAZ-ARES, Cándido. Op. cit. p. 41.

<sup>585</sup> Ilustra este punto de vista generalizado Iturmendi, quien después de negar validez a las cláusulas estatutarias de limitación (pp. 77-78) admite sin reserva alguna los seguros de responsabilidad civil (p. 90) e incluso propicia su contratación: “recomendamos que preferentemente se lleve a cabo una política de aseguramiento de todos los miembros componentes de órganos colegiados de administración”. Esta situación está muy extendida también más allá de nuestras fronteras: v., por ejemplo, MERTENS, H.J., en Hachnburg/Ulmer (eds.), *GmbH-Gesetz, Grosskommentar*, 8ª ed., II, Berlín-New York 1997, Anm. 89, p. 285 o la propia *sect. 310* de la *Companies Act* británica, que declara imperativas las reglas de responsabilidad, pero permite el seguro (también allí esta situación es fuente de perplejidades: v. BAXTER, C., “*Demystifying D & O Insurance*”, *Oxford Journal Legal Studies* 15 (1995), p. 541-542.

<sup>586</sup> PAZ-ARES, Cándido. Op. cit. p. 42-43. Em tradução nossa: “Com efeito, sendo a limitação estatutária de responsabilidade funcionalmente equivalente ao seguro de responsabilidade civil, não se compreende por que se rejeita uma prática e se aceita a outra. [...] O que me causa perplexidade é que esta mesma doutrina, que não opõe resistência ao seguro alheio, insiste em rechaçar o autoseguro pela própria sociedade, que no caso consistem as limitações de responsabilidade.”

seguradora, jamais limitando o direito dos lesados. A limitação e adequação dos estatutos sugerida por Paz-Ares ensejará a redução de eventuais direitos dos lesados.

Ainda quanto à referida acolhida ‘sem restrições’ do seguro *D&O*, é preciso lembrar que este contrato, bem como a generalidade dos contratos de seguro, não cobrirá condutas dolosas (leia-se, condutas desleais) por parte do administrador, o que, da mesma maneira, é observado nos referidos contratos de indenidade – “*non-wilful breaches of duty non-involving personal benefit for the director or the director’s family*”.<sup>587</sup> Demonstra-se, assim, inexistir qualquer espécie de paradoxo quanto a, por um lado, criticar os contratos de indenidade, em especial, a limitação da indenização devida pelo administrador e, por outro, acolher o contrato de seguro *D&O*.

Finalizando este item, acredita-se que o ponto mais sensível, a pedra de toque que distingue os deveres de diligência e de lealdade, observa-se na questão do benefício decorrente de suas violações. O administrador negligente apenas perde em razão de sua conduta; o administrador desleal ganha. Por mais que as duas outras questões suscitadas – o escrutínio pelo mercado (intenso quanto à diligência e rarefeito quanto à lealdade) – e o amplo espectro de incerteza por ocasião da tomada de decisão (diligência) e a inexistência de incerteza (lealdade) – sejam importantes, é na perda e no ganho que se observa o divisor de águas que, inclusive, apresenta uma clara zona de interseção com o seguro *D&O*.

Se, como se observou, o dolo não é tutelado pelo contrato de seguro, soa bem claro que a conduta desleal tampouco será. Nesse mesmo sentido e em reforço a essa conclusão, também se observou que a *business judgment rule* igualmente não a tolera, apenas produzindo efeitos diante de condutas negligentes.

Bem examinada a responsabilidade do administrador, o que compreendeu os motivos para lhe oferecer tratamento próprio, os deveres de diligência (seus desdobramentos) e de lealdade, a *business judgment rule*, o *ato ultra vires* e, por fim, o porquê do tratamento diferente para as violações dos dois deveres, é hora de passar ao quarto capítulo da tese e aprofundar tudo que se absorveu quanto à causa e ao risco (a responsabilidade do administrador), sob as luzes do contrato de seguro *D&O*.

---

<sup>587</sup> Este período foi extraído da referência citada à fl. 311, nota de rodapé nº. 770. Em tradução nossa: “violações não intencionais do dever não envolvendo benefício pessoal para o diretor ou para a sua família”.

### **3. O REGIME JURÍDICO DO CONTRATO DE SEGURO *D&O* A PARTIR DAS DEFINIÇÕES DA CAUSA E DO RISCO – ESTRUTURA, CONTRATAÇÃO, COBERTURAS E EXCLUSÕES.**

Chega-se ao terceiro e último capítulo desta tese havendo percorrido um caminho que, espera-se, tenha projetado luzes sobre, inicialmente, a causa do contrato de seguro *D&O*, o que se fez passando pelos seus antecedentes necessários, quais sejam, o contrato de seguro, o contrato de seguro de responsabilidade civil e o contrato de seguro de proteção jurídica. No capítulo 2 observou-se o risco pertinente a essa espécie contratual – a responsabilidade do administrador – para, agora, uma vez pavimentado o caminho, apresentar-se o capítulo final.

Será a oportunidade para examinar o regime jurídico do contrato de seguro *D&O* a partir da sua causa e do seu risco, o que far-se-á mediante o exame dos seguintes itens: estrutura, contratação, coberturas e exclusões.

#### **3.1. Estrutura**

Neste item, dedicado à forma por meio da qual o contrato de seguro *D&O* se estrutura, cuidar-se-á dos seguintes vetores: 1) contrato facultativo; 2) licitude; 3) instrumento de *compliance* e governança corporativa; 4) o seu desenvolvimento em países de sistema jurídico continental requer amadurecimento e contextualização; 5) para além de um seguro de responsabilidade civil; 6) tende a ser um seguro de grandes riscos, sem embargo da contratação por adesão; 7) se lhe é aplicável a disciplina dos seguros por conta de terceiros e 8) a contratação se dá à base de reclamação com notificação.

##### **3.1.1. O seguro *D&O* é facultativo**

Não mais se controverte quanto à relevância do contrato de seguro *D&O*,<sup>588</sup> independentemente dos efeitos derivados da *business judgment rule* como o referido “primeiro escudo” com vistas à proteção dos administradores.<sup>589</sup> Muito embora a sua contratação não seja legalmente obrigatória,<sup>590</sup> fato é que a prática revela uma “quase

<sup>588</sup> Conquanto o comentário refira-se à sociedade norte-americana, o surgimento cada vez maior de demandas contra administradores no Brasil contextualiza a referência: “Numa sociedade intensamente litigiosa, cultora da atitude «file first and think later», imbuída do «deep pocket thinking», não será de estranhar que os administradores e altos funcionários de sociedades – especialmente de sociedades abertas cotadas (public held corporations) – sejam escolhidos como alvos privilegiados. [...] Neste quadro é impensável exercer o cargo de administrador sem a assistência de mecanismos de proteção.” (RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 239-243). Nos Estados Unidos da América, dados empíricos revelam que administradores renunciaram aos seus cargos ou deixaram de aceitá-los em razão da não contratação do seguro *D&O*: “There are reports of directors resigning because their firms had lost insurance coverage and of individuals declining invitations to serve on boards in increasing numbers.” (ROMANO, Roberta. *What Went Wrong with Directors' and Officers' Liability Insurance?* In *Delaware Journal of Corporate Law*. v. 14. n.º. 1. 1989, p. 1-2). No mesmo sentido: LEWIN. *Director Insurance Drying Up*. N.Y. Times, Mar. 7, 1986, at D1, col. 2.

<sup>589</sup> A referência aos “primeiro e segundo escudos” foi apresentada no capítulo 2, fls. 215 et seq. A insuficiência da *business judgment rule* e o conseqüente crescimento exponencial da demanda pelo seguro *D&O* foi relatada por William Caraccio: “Corporate management decisions traditionally protected under the business judgment rule's umbrella are becoming increasingly vulnerable to outside attack. [...] The tightening of the business judgment rule may increase not only a director's ultimate exposure to liability, but also his litigation expenses, as courts become less willing to resolve actions in favor of the directors at an early stage of the proceeding. Both liability exposure and litigation expenses, of course, directly impact the ultimate cost and availability of *D&O* coverage.” (CARACCIO, L. William. *Void Ab Initio: Application Fraud as Grounds for Avoiding Directors' and Officers' Liability Insurance Coverage*. 74 *California Law Review* n.º. 929. 1986, p. 929-999. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol74/iss3/12>, visitado em 15.10.2018, p. 934-936).

<sup>590</sup> “Es más, cabría pensar en el establecimiento de la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil, si no para todos los administradores de sociedades, sí al menos para los de ciertas clases de sociedades. La imposición de la obligación de asegurarse los administradores, en todo caso, puede provenir de los estatutos o bien de los acuerdos de la Junta general.” (SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Administradores*. In *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. Coord. SÁNCHEZ CALERO, Fernando. Madrid: Edersa, 1994, p. 40-41). Margarita Viñuelas Sanz alude à tramitação de um projeto de lei na Espanha, cujo objetivo foi o de tornar obrigatória a contratação do seguro *D&O*: “Bien es cierto que en la tramitación parlamentaria de la Ley 6/2005, de 22 de abril, se planteó la imposición de la obligación de contratar un seguro a favor de los administradores de sociedades cotizadas, que finalmente no fue incorporada en su redacción final”. (VIÑUELAS SANZ, Margarita. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores societarios: la responsabilidad concursal*. In *Anuario Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá III*. 2010, p. 372). Na Espanha colhe-se o mesmo entendimento em GUERRERO LEBRÓN, María Jesús. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*. Madrid: La Ley, 2004. p. 54. Para um aprofundamento a respeito dos motivos que conduzem ao desenvolvimento dos seguros obrigatórios naquele país: PAVELEK ZAMORA, Eduardo. *Seguros obligatorios y obligación de*

*asegurarse*. In *Revista Española de Seguros*. Abril-Junio. 2001, p. 15 et seq. Na Alemanha o tema também foi debatido, concluindo-se pela preservação da autonomia privada das partes. BAUMS, T. *Bericht der Regierungskommission Corporate Governance*, 2001, p. 116. Na França, para determinadas espécies de administradores a contratação do seguro *D&O* é legalmente obrigatória: “en Francia, el art. 6, apartado 2, de la Ley de 31 de diciembre de 1971, de reforma de las profesiones jurídicas, establece que los abogados pueden, tras siete años en el ejercicio de la profesión y el cumplimiento de ciertos requisitos, ser miembros del Consejo de vigilancia o administradores de una sociedad mercantil y, a su vez, el art. 27 de esa misma ley determina que la responsabilidad inherente a las actividades contempladas en la misma debe ser objeto de cobertura por un seguro especial en las condiciones establecidas por la Ley de 13 de julio de 1930.” (RONCERO SÁNCHEZ, António. *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima. Sujetos, interés y riesgo*. Cizur

obrigatoriedade” decorrente dos riscos a que os administradores se expõem. Como se teve a oportunidade de demonstrar exemplarmente no capítulo 2, que administrador, em condições normais, aceitaria assumir uma posição à qual se exija a tomada rotineira de decisões despido de uma robusta apólice de seguro?<sup>591</sup>

Afirma-se de maneira atécnica a respeito de uma “quase obrigatoriedade” porque, do ponto de vista estritamente legal, ou a contratação é obrigatória ou não é; não há espaço para “meia obrigação”. Ocorre, todavia, que sem embargo da inexistência de uma previsão legal que torne compulsória a contratação do seguro *D&O* pelo empresariado brasileiro, “contra fatos não há argumentos” e, justamente, os fatos demonstram à saciedade que, ao menos nas sociedades anônimas cotizadas, dentre aquelas que compõem o índice BMF-Bovespa o índice de contratação do seguro *D&O* é muito próximo aos 100%.<sup>592</sup> Esta realidade atinente à amplíssima contratação não é diferente nos mais diversos ordenamentos jurídicos consultados por ocasião da elaboração desta tese.

A, como se afirmou, atécnica “quase obrigatoriedade”, é potencializada, exemplificativamente, por disposições legais existentes em Portugal<sup>593</sup> e na Espanha<sup>594</sup> que aludem ou à obrigatoriedade ou à convenção nos estatutos sociais das companhias quanto à apresentação de algum instrumento de garantia, o que propicia condições para que este contrato tenha amplo espaço para se desenvolver. Esta exigência legal se explica de maneira

Menor (Navarra): Aranzadi, 2002. p. 45). Também na França, refere-se a PERSONNE, J. C. LINEL, B. *Responsabilités des dirigeants d'entreprises*. Paris, 1984.

<sup>591</sup> O título sugestivo de artigo que responde a essa pergunta dá o tom: BAUM and BYRNE. *The Job Nobody Wants*. Business Week. September 8, 1986. at 56.

<sup>592</sup> Dentre as 53 companhias que compõem o índice BMF-Bovepsa, apenas uma revelou não contratar o seguro *D&O*. Informações disponíveis no relatório nº 83/2016-CVM/SEP/GEA-3, elaborado pela Comissão de Valores Mobiliários.

<sup>593</sup> Em Portugal, Pedro Pais de Vasconcelos anota: “Segundo o artigo 396º do Código das Sociedades Comerciais, a responsabilidade dos administradores das sociedades anónimas deve ser (na redacção originária) caucionada ‘por alguma das formas previstas na lei’, podendo essa caução ‘ser substituída por um contrato de seguro, a favor da sociedade’”. (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *D&O Insurance: O seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*. Lisboa: Amedina, 2007. p. 25). No mesmo sentido quanto ao ordenamento jurídico português: PÉREZ CARILLO, Elena F. RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Responsabilidade civil e seguro dos administradores. Reflexões em torno das experiências portuguesa e espanhola*. In *Boletim da faculdade de direito da Universidade de Coimbra*. nº. 82. 2006, p. 291-348. Disponível em [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org), visitado em 11.9.2017. p. 294-295.

<sup>594</sup> Na Espanha, António Roncero Sánchez explica que: “La vigente LSA permite que la sociedad, mediante una disposición estatutaria o un acuerdo de su Junta General, pueda exigir al administrador la prestación de una garantía para hacer frente a las responsabilidades que puedan derivarse del ejercicio del cargo (art. 123.1 LSA), entre las cuales la contratación de un seguro de responsabilidad civil puede considerarse de las más eficaces. [...] La contratación de un seguro de responsabilidad civil de administradores podrá ser «convencionalmente» obligatoria pero no lo es legalmente.” (RONCERO SÁNCHEZ, António. *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima. Sujetos, interés y riesgo*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2002. p. 61).

lógica: há, incontestavelmente, um aumento gradativo e exponencial das demandas contra os administradores,<sup>595</sup> sejam investigações, processos administrativos ou judiciais, termos de ajustamento de conduta, multas, acordos de leniência, contratos de indenidade etc.<sup>596</sup> Consoante exposto na introdução da presente tese, o seguro *D&O* é e será protagonista no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>597</sup>

### 3.1.2. O seguro *D&O* é lícito

É interessante notar, no entanto, que nem sempre o seguro *D&O* foi bem recebido. Inicialmente, houve bastante ceticismo e até mesmo posições bastante rígidas a sustentar a sua ilegalidade, designadamente por duas ordens de argumentos: (i) o seguro para os administradores acabaria por gerar uma administração menos cautelosa, propiciando, assim, *moral hazard*;<sup>598</sup> (ii) na medida em que havia restrições ao estabelecimento de arranjos legais

---

<sup>595</sup> Para uma análise das principais causas à apresentação de demandas as mais diversas contra administradores nos Estados Unidos da América: CARACCIO, L. William. *Void Ab Initio: Application Fraud as Grounds for Avoiding Directors' and Officers' Liability Insurance Coverage*. cit. p. 933-936. “Disgruntled stockholders remain the single largest source of claims made against corporate management; shareholder actions, including derivative and class action suits, represent at least forty percent of all D & O claims filed. [...] The following are the principal types of allegations in D & O claims made by all sources, including shareholders, in order of frequency: misleading representations (18.9%), collusion or conspiracy to defraud (9.1%), breach of duty to minority stockholders (7.4%), failure to honor employment contract (7.2%), civil rights denial or discrimination (7.2%), interference with contractual rights (7%), and antitrust violations (6.1%). The remaining 37% of claims involve a variety of ‘other’, less frequent allegations.”

<sup>596</sup> Com relação aos termos de ajustamento de conduta, acordos de leniência e as multas, estes serão objeto de comentário específico no item dedicado às coberturas, posteriormente. De pronto, vale dizer que a cobertura para multas administrativas e civis apenas foi viabilizada no Brasil por meio da Circular SUSEP nº. 553, de 23.5.2017, art. 5º, § 5º. Até então, prevalecia a posição no sentido de restringir a cobertura, ao argumento de que não haveria interesse legítimo do segurado para contratá-la. Esta percepção, no sentido de restringir a cobertura no seguro *D&O* para multa e, na mesma direção, aos termos de ajustamento de conduta e acordos de leniência, foi manifestada por Marília de Cara, frisando-se que a publicação da obra é anterior à publicação da referida Circular: “A propósito dos termos de compromisso, as seguradoras entrevistadas confirmaram que também tem sido amplamente discutida a equiparação do termo de compromisso à multa. Prevalendo esta tese, as quantias previstas no termo também estariam excluídas do âmbito da cobertura.” (CARA, Marília de. *A aplicabilidade do seguro de responsabilidade civil de administradores e diretores no âmbito da administração das companhias*. 2013. 148 f. Dissertação. (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. p. 94).

<sup>597</sup> Na introdução foram trazidos os dados fornecidos pela SUSEP quanto às vendas do seguro *D&O* no Brasil. De um total de R\$ 52 milhões em 2003, o volume de prêmios arrecadados saltou para R\$ 405 milhões em 2017. (fl. 22, nota de rodapé nº. 56).

<sup>598</sup> “Pero es que la realidad se ha encargado de mostrarnos que la contratación de un seguro *D&O* no destruye los incentivos para el cuidado necesario, pues sobre el administrador siempre pesa el riesgo de ser destituido una vez

que implicassem em diminuição ou exoneração da responsabilidade de administradores, o seguro seria contrário a essas normas.<sup>599</sup>

Algum tempo foi necessário para se demonstrar o equívoco dos dois argumentos. Ora, em primeiro lugar e, aqui fazendo uma comparação talvez bastante “elástica”, o fato de uma pessoa dispor de um seguro automóvel não gera maior número de acidentes de trânsito; o tresloucado motorista, por ser segurado, pensará: já que tenho seguro, sairei guiando pela cidade como um louco porque, se acidentes ocorrerem, é a minha seguradora que arcará com os custos respectivos? Isto, definitivamente, não ocorre. O administrador de uma sociedade, seja pequena, média ou grande, dispõe de um ativo intangível valiosíssimo, qual seja, a sua

---

se promueva contra él la correspondiente acción social de responsabilidad, lo que, acompañado de las inhabilitaciones, de las multas y hasta de las eventuales sanciones penales, no constituye precisamente un escenario muy propicio para la relajación. De hecho, en los ordenamientos donde estos seguros se hallan más extendidos, lejos de provocarse en los administradores una disminución de su cuidado, se ha fomentado una política de dirección más dinámica y, por lo mismo, más beneficiosa para los intereses de los accionistas.” (YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores societarios, ante el concurso culpable. (No siempre la culpa lata se equipara al dolo)*. In *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. ISSN 1696-0394, nº. 119. 2014, p. 6). A propósito do *moral hazard* no Brasil, Francisco de Assis Braga alude também a outras espécies de *hazards* e propõe uma diferença entre o *moral* e o *morale hazard*. “Hazard: condição que pode aumentar ou criar a probabilidade de dano (*physical, moral, morale e legal hazards*). Um tipo de *hazard* é o chamado *physical hazard*. Sabemos que muitos dos incêndios são provocados por curto-circuito (fenômeno termoelétrico), mas sabemos, também, que a probabilidade de ocorrer um curto depende muito do estado de manutenção da rede, e se a manutenção é deficiente, temos aí um *hazard* de natureza física. [...] O *moral hazard* já é algo subjetivo. Diz respeito àquele segurado que contrata o seguro de má-fé, ele já contrata o seguro com o objetivo de fazer dinheiro – o risco, para ele, vai depender da sua própria vontade, deixando, pois, de ser algo aleatório. O outro tipo de *hazard*, o *morale*, com “e” no final, é aquela postura do segurado que, exatamente por ter feito o seguro, se torna indiferente em relação à sorte do bem que segurou. Se determinada pessoa não tem seguro, por exemplo, ela só deixa seu carro em estacionamentos, mantém o sistema de alarme do carro funcionando adequadamente etc.; depois que a mesma pessoa contrata o seguro, esquece tudo isso, deixa o carro em qualquer lugar, se o sistema de alarme pára de funcionar, ela não corrige o defeito, e age assim exatamente porque tem seguro. E ultimamente, surgiu, também, o chamado *legal hazard*, que consiste na influência que há sobre a atividade seguradora da jurisprudência e da legislação”. (BRAGA, Francisco de Assis. *Bases técnicas da empresa securitária*. In *Seguros: uma questão atual*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 17-20). Para uma aproximação ao conceito de *moral hazard* no direito inglês: “7.1. Moral hazard: the insured’s claim history and prior refusals of cover. Material facts which can be classified as relating to moral hazard concern the character of the insured and, as commented above, will include matters such as his claims history, previous refusals of cover and criminal record. In this regard, Blair J. defined moral hazard as ‘an increase in the likelihood of it being made to appear falsely that loss or damage had occurred failing within the scope of the policy.’” (LOWRY, John. RAWLINGS, Philip. MERKIN, Robert. *Insurance Law. Doctrine and principles*. 3 ed. Oxford: Hart Publishing, 2011. p. 102).

<sup>599</sup> Maria Elisabete Gomes Ramos explica a referida ilegalidade: “a) o afrouxamento da diligência aplicada pelos administradores no desempenho do cargo; e b) o desrespeito das proibidas exoneração e limitação da responsabilidade; [...] o seguro de responsabilidade civil incorpora medidas tendentes a manter a diligência do segurado em níveis aceitáveis, como sejam as franquias, a exclusão do dolo, o agravamento de prémios ou até a recusa em renovar a apólice. [...] o seguro não deve ser assimilado a convenções exoneradoras ou limitadoras da responsabilidade dos administradores. Estando garantidos pelo seguro, os administradores continuam a ser juridicamente responsáveis pelos mesmos factos ilícitos e de acordo com os mesmos pressupostos.” (RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 339-340).



reputação.<sup>600</sup> O simples fato de dispor de uma apólice de seguro não fará com que o administrador passe a ser negligente. O efeito é justamente o contrário, no sentido de prover condições para que a administração seja a mais eficiente e arrojada possível.<sup>601</sup>

Com relação à segunda linha argumentativa, é preciso ter em mente que o contrato de seguro *D&O* não se qualifica como um instrumento apto a diminuir, quanto mais exonerar a responsabilidade do administrador. Entendê-lo desta maneira é cometer um erro crasso. Ora, como se observou por ocasião do estudo da causa do contrato de seguro *D&O*, os seus efeitos jurídicos essenciais operam a transferência dos riscos financeiros que pesam sobre o administrador à seguradora decorrentes de um ato de gestão. Se houver perdas financeiras a terceiros e a responsabilidade for imputada ao segurado, o pagamento será efetuado pela seguradora, obviamente respeitando os limites contratuais. O terceiro não receberá verbas a menor (não há, portanto, no seguro *D&O*, instrumento que restrinja a responsabilidade do administrador), tampouco deixará de receber verbas a que tenha direito (o seguro *D&O* não é, em hipótese alguma, instrumento que o exonere de responsabilidade).<sup>602</sup>

---

<sup>600</sup> São precisas a propósito da importância da reputação as palavras de Diogo Leite de Campos: “Tal inconveniente – superado aliás por inúmeras vantagens – não se manifesta no âmbito da responsabilidade do administrador e do seu seguro. Nesta última matéria verifica-se necessariamente na culpa, ou seja, num juízo ético-jurídico de censura dirigido a quem podia e devia ter actuado de outro modo. [...] Sendo assim, os actos ilícitos implicarão um grave desprestígio profissional, com os necessários inconvenientes económicos. Estas desvantagens evitarão, em regra, que o administrador, uma vez coberto pelo seguro, afrouxe a sua diligência e dê causa a um aumento dos danos. [...] Parece-me, portanto, sobejamente justificada, a palavra de incitamento que não quero deixar de dizer, a favor do alargamento sistemático do seguro à cobertura dos riscos da responsabilidade civil do administrador de empresa.” (CAMPOS, Diogo Leite de. *A responsabilidade civil profissional de empresa e seu seguro*. In *Colóquio Luso-Francês promovido pelas secções portuguesa e francesa*. Association Internationale du Droit de L’Assurance. Novembro, 1973. p. 11-13).

<sup>601</sup> Wim Weterings ressalva aquela que seria a percepção a respeito do tema na Holanda: “In addition, a D&O insurance policy prevents the fear of liability and class action from causing directors to act excessively cautiously and not to take enough entrepreneurial risks, where running a business in fact assumes taking acceptable risks in the interest of the shareholders and other stakeholders.” (WETERINGS, Wim. *Possible conflicts of interest with D&O insurance in event of shareholders' class actions*. In *European Insurance Law Review*. n.º. 3/2013, p. 23-33. Disponível em [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org). Visitado em 8.10.2018). Na Espanha a compreensão é a mesma: “Aún más. En ocasiones, como ya ha sido apuntado, tener la responsabilidad asegurada puede favorecer la función preventiva ya que las compañías aseguradoras pueden ser los mejores controladores de las negligencias corporativas. Pero no sólo esto. La realidad nos muestra también que, en los ordenamientos donde la contratación de estos seguros está más extendida, lejos de provocar en los administradores una disminución de su deber de cuidado, su presencia ha servido para superar el temor del administrador a una acción de responsabilidad, y fomentar una política de dirección más dinámica beneficiando así los intereses de los accionistas.” (CAMPINS VARGAS, Aurora. *Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos: especial referencia al ámbito de cobertura del seguro*. In *Revista de derecho mercantil*. n. 249/2003. Civitas. p. 7).

<sup>602</sup> Didaticamente: se o terceiro tiver uma perda equivalente a 100 (cem) moedas e o seguro *D&O* tiver um limite contratual correspondente a 50 (cinquenta) moedas, caberá ao administrador-segurado arcar com a diferença – 50 (cinquenta moedas). Como se afirmou, não há qualquer restrição ou exoneração da responsabilidade do administrador.

### 3.1.3. O seguro D&O como instrumento de *compliance* e governança corporativa

De um passado de críticas e desconfiança, o seguro *D&O* passou a ser utilizado de maneira tão intensa que, para muito além de um contrato de seguro, tornou-se um instrumento indicador de *compliance* e governança corporativa<sup>603</sup> no meio empresarial,<sup>604</sup> sendo utilizado para fins diversos como, *e.g.*, análise de companhias com vistas à realização de fusões e aquisições, auditorias, análise de riscos para fins de investimento, o que é fruto das informações disponibilizadas pela sociedade e seus administradores por ocasião das tratativas com as seguradoras.

Se, anualmente, paga-se mais prêmio pela mesma cobertura, isto pode ser um indicador (i) de que os controles internos da tomadora estão falhando; (ii) do pagamento de bônus descontextualizados com a realidade financeira da sociedade; (iii) de receitas infladas, a revelar uma conduta com o propósito de atrair investidores etc.<sup>605</sup>

As expectativas da tomadora e administradores a respeito das possíveis demandas (investigações, processos administrativos, judiciais e/ou arbitrais) também revelam um indicador valioso a fim de que se possa fazer um diagnóstico das perdas em potencial. A

---

<sup>603</sup> Para uma definição do que seja governança corporativa, recorre-se a Tom Baker e Sean Griffith: “‘Corporate governance’ is a broad concept that the legal literature has given a narrow definition. Scholars discuss it most often in the context of specific regulatory reforms or in terms of charter provisions and other easily observable structural characteristics on which regressions can be run. But corporate governance may refer more broadly to any aspect of the system of incentives and constraints operating within a firm.” (BAKER, Tom. GRIFFITH, Sean J. *Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' & Officers' Liability Insurance Market*. In *The University of Chicago Law Review*. n.º. 74. 2007. p. 516. Disponível em [http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty\\_scholarship/52](http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/52), acessado em 28.03.2017.

<sup>604</sup> Nos Estados Unidos da América há vasta literatura a respeito do seguro *D&O* como instrumento a serviço da governança corporativa. Refere-se, ilustrativamente, às seguintes obras: HOLDERNESS, C. G. *Liability insurers as corporate monitors*. In *Rev. L. & Econ.* 10 (1990), p. 115 et seq.; O'SULLIVAN, J. *Risk & Insurance*. 64 (1997), p. 546-558; BHAGAT, BRICKLEY & COLES. *Managerial Indemnification and Liability Insurance: the effect on shareholder wealth*. In *J. of Risk & Insurance*. p. 721 et seq.; no Brasil, são raras as citações. AMARO, Anderson de Souza. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores*. In *Revista de direito empresarial*. v. 2. mar. 2014, p. 97.

<sup>605</sup> “D&O insurers seek to price policies according to the risk posed by each corporate insured and that, in doing so, they make a detailed inquiry into the corporate governance practices of the prospective insured.” (BAKER, Tom. GRIFFITH, Sean J. *Ibid.* p. 489).

relação entre prêmio pago (para mais ou para menos) já foi especificamente estudada como uma ferramenta útil à avaliação do nível de governança corporativa adotado.<sup>606</sup>

O escrutínio a que as companhias se submetem para fins de contratar as suas apólices de seguro *D&O* acaba por gerar um efeito positivo, de viés preventivo. A admitir-se que quanto melhor for a governança menos prêmio se pagará, maior será o interesse das companhias em aperfeiçoar as suas boas práticas, num claro círculo virtuoso. Em assim sendo, menores serão os custos seja com o seguro, seja quanto à sua própria reputação, o que se amolda ao caráter preventivo adotado pela disciplina da responsabilidade civil, explicitado na introdução.<sup>607</sup>

#### 3.1.4. O desenvolvimento do seguro *D&O* em países de sistema jurídico continental requer amadurecimento e contextualização

O contrato de seguro *D&O* foi introduzido no Brasil nos anos 90 por uma iniciativa da Unibanco Aig Seguros S.A. e do IRB-Brasil Resseguros S.A.<sup>608</sup> Exatamente como ocorreu

<sup>606</sup> O estudo foi elaborado por John Core, professor do MIT – Massachusetts Institute of Technology “by showing that measures of weak governance implied by the D&O premium are positively related to excess CEO compensation.” A pesquisa, em adição, indica que: “D&O premiums are significantly higher when inside control of share votes is greater, when inside ownership is lower, when the board is comprised of fewer outside directors, when the CEO has appointed more of the outside directors, and when inside officers have employment contracts. In addition, the results indicate that a disclosure of any type of pending or prior litigation significantly increases D&O premiums.” (CORE, John E. *The Directors’ and Officers’ insurance premium: an outside assessment of the quality of corporate governance*. Publicado em 28.5.2000, disponível em <http://ssrn.com/abstract=-229803>. Visitado em 3.10.2018).

<sup>607</sup> O caráter preventivo da responsabilidade civil foi retratado na introdução, p. 7. Referências quanto à finalidade preventiva de responsabilidade derivada do seguro *D&O* podem ser consultadas em: TRAUTMAN, Lawrence J. ALTENBAUMER-PRICE, Kara. *D&O insurance: A primer*. In *American University Business Law Review*. v. 1, 2012. p. 337-367; BYRNE, Ian. *Directors’ and Officers’ Insurance and Corporate Governante Risk*. In *Governance and risk*. Org. George Dallas. New York: McGraw-Hill, 2004, p. 239 e George M. Cohen, cuja assertiva é precisa: “This bundling of loss-prevention and risk-distribution services gives liability insurers an incentive to get the loss prevention right and, thus, should make their loss-prevention services more valuable than those of other loss-prevention services providers, such as experts, who do not assume any of the risk”. (COHEN, George M. *Legal Malpractice Insurance and Loss Prevention: A Comparative Analysis*. 4 Conn Ins L J 305, 343-44. 1998, p. 491).

<sup>608</sup> A elaboração da primeira apólice de seguro *D&O* no Brasil foi comentada à fl. 23. Nos Estados Unidos da América, esse seguro teve origem na primeira metade do século passado. Interessante a notícia veiculada no jornal *New York Times*, de 9.4.1939: “El 9 de abril de 1939 aparecía en el *New York Times* la noticia de que se había propuesto a algunos aseguradores estadounidenses un seguro de responsabilidad para administradores de sociedades, cuyo fin era la protección «against increasing liability, prevent resignations and aid use of professionals’ on Boards». Cfr. CARLISLE, P. M. *New type of insurance to protect Company directors is proposed*. In *The New York Times*, 9 de abril de 1939, sec. 6, p. 7-8. Em comparação com o pleno desenvolvimento nos Estados Unidos, na Europa o processo foi mais lento e gradual. Na Alemanha, por

em outros ordenamentos jurídicos continentais (à diferença dos ordenamentos jurídicos anglo-saxões), o contrato chegou no Brasil por meio da tradução de apólices que eram comercializadas principalmente nos Estados Unidos da América. Estas, por sua vez, nos idos dos anos 60, corresponderam a, especificamente, dois ‘formulários padrão’ disponibilizados pelo *Lloyd’s*, de Londres, no qual, nos anos 30, este seguro se apresentou pela primeira vez.<sup>609</sup>

Observa-se na doutrina contemporânea algum comentário no sentido de relativizar as diferenças existentes entre os ordenamentos jurídicos continentais e anglo-saxões o que, no Brasil, decorreria da importância dos instrumentos processuais utilizados a fim de reduzir o

---

exemplo, era comum a venda dos seguros de proteção jurídica aos administradores, de escopo muito reduzido frente ao seguro *D&O*. Na Itália, as primeiras apólices datam dos anos 80. (SANTINI, G. *Proposte per un’assicurazione “all risks” degli amministratori di società*. Giur. It. 1985, p. 465 e BRUNO, S. *Polizze assicuratrici della responsabilità degli amministratori di società per azioni*. Quaderni: CERADI, 1990. TOMBARI, U. *L’assicurazione della responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*. BBTC, 1999, p. 180 a 211. Na França, as primeiras apólices datam dos anos 70, como consequência das modificações havidas no direito de sociedades do país. O desenvolvimento foi tímido e com pouca aceitação prática. WALLERAND, J. M. *L’assurance de la responsabilité civile des mandataires sociaux*. 1998, p. 1-3. LAMBERT-FAVRE, Yvonne. *Risques et assurances des entreprises*. 3 ed. 1991, p. 37-32. Na Inglaterra não foi muito diferente e o desenvolvimento foi gradual, principalmente porque havia uma certa leniência quanto à análise das condutas dos administradores. Para uma análise detalhada do histórico em cada um dos países referidos remete-se a IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2005. p. 65-69. Na Suíça pode-se observar, para além do seguro *D&O*, outra espécie de contrato de seguro dirigida à responsabilidade de administradores. Trata-se do ‘seguro de RC administrador’, específica e nominalmente voltado para membros do conselho de administração. A anotação cabe a Joël Roy: «Distinctions d’avec l’assurance D&O. La différence principale de l’assurance D&O d’avec l’assurance RC administrateur réside dans l’objet de l’assurance et dans la définition du cercle des personnes assurées. Alors que l’assurance RC administrateur se rapporte à une seule personne pour son activité comme membre non gestionnaire d’un conseil d’administration – généralement expressément désignée – d’une société tierce, l’assurance D&O a un objet plus large et comprend un cercle d’assurés (qui ne sont pas expressément désignés, le statut d’assuré dépendant de leur rang hiérarchique au sein du preneur) plus important (notamment les membres gestionnaires du conseil d’administration). L’objet de l’assurance D&O s’étend aux activités gestionnaires des membres du conseil d’administration. En outre, la couverture de l’assurance D&O s’étend même aux organes de fait, chose unimaginable en assurance RC administrateur. » (ROY, Joël. *L’assurance D&O*. In *Droit des Assurances Privées*. In *Université de Lausanne. Faculté de droit, des sciences criminelles et d’administration publique*. 2016. p. 6).

<sup>609</sup> Em artigo que se tornou um ‘clássico’ na literatura norte-americana a respeito do seguro *D&O*, Joseph Bishop, em 1966, criticava os formulários do *Lloyd’s* que serviram de base à elaboração das primeiras apólices nos Estados Unidos da América: “The weaknesses of directors’ and officers’ liability insurance on which I have so far touched are, after all, only matters of coverage and draughting. As I have suggested, they probably result from the fact that the draughtsmen of the Lloyd’s form and its American copies have regarded the contract as merely a variation of the liability insurance policies with which they have long been familiar, failing to perceive that it presents difficult problems of corporation law. (BISHOP, Joseph W. *New cure for an old ailment: insurance against directors’ and officers’ liability*. In *The business lawyer*. November 1966, p. 106). William Caraccio também comenta o dado histórico: “Lloyd’s of London began marketing D & O liability coverage in the mid-1950’s, although the coverage did not receive attention until a decade later. American companies began to enter the market in the late 1960’s.” (CARACCIO, L. William. *Void Ab Initio: Application Fraud as Grounds for Avoiding Directors’ and Officers’ Liability Insurance Coverage*. 74 *California Law Review* n.º. 929. 1986, cit. p. 929. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol74/iss3/12>, visitado em 15.10.2018).

número de processos pendentes de julgamento perante o Poder Judiciário (súmulas vinculantes, recursos repetitivos, incidentes de resolução de demandas repetitivas, entre outros).<sup>610</sup>

No entanto, no que concerne à introdução do contrato de seguro *D&O* no Brasil, a crítica à tradução *ipsis literis* sem que se fizesse uma análise das diferenças conceituais existentes entre os dois ordenamentos remanesce. A título de exemplo, veja-se o que se passa com a adoção do termo – *wrongful act* –, presente na generalidade das apólices disponíveis nos Estados Unidos da América, traduzido no Brasil para ‘ato danoso’. Se, naquele país, por efeito de precedentes, entende-se o conceito de ‘*wrongful act*’ de uma determinada maneira, no Brasil a expressão ‘ato danoso’ é polissêmica e imprecisa.<sup>611</sup> Ora, e se o ato danoso decorrer de violação ao dever de lealdade, revelando conduta dolosa do segurado, haverá cobertura? Transcreve-se, na sequência, o conceito de ato danoso presente nas condições gerais das apólices emitida pelas seguradoras Y e Z, cujo texto é similar àquele adotado pelas demais seguradoras em atuação no Brasil:

Apólice Y:

Ato ilícito/ato danoso. Qualquer acontecimento que produza danos, garantidos pela Apólice, e atribuídos por terceiros prejudicados, à responsabilidade do Segurado,

<sup>610</sup> Para uma análise da aproximação entre os sistemas jurídicos continental e anglo saxão remete-se às seguintes fontes: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Interpretação da lei e de precedentes: civil e common law*. In *Revista dos Tribunais*. v. 893/2010, p. 33-45. “A impressão que fica, portanto, a partir do exame de aspectos históricos relativos ao *common law* e ao *civil law*, é a de que os precedentes vinculantes no sistema brasileiro [seja a súmula vinculante, seja a súmula dita “impeditiva” de recursos] ou, ainda, a vinculatividade dos casos “piloto”, quando há expressiva quantidade de processos repetitivos, apresentam diferenças dignas de nota em relação ao sistema de precedentes vinculantes no *common law*, neste trabalho representados pelo sistema inglês. Vistos de longe, geram a afirmação não equivocada de que apresentam aspectos comuns, sendo um deles, indubitavelmente, as principais finalidades de ambos: gerar previsibilidade e respeitar a isonomia, reforçando a noção de sistema jurídico. Numa visão mais aproximada, enxergam-se algumas divergências interessantes. Usualmente, em sistemas de *civil law*, um precedente não vincula. Vincula, isto sim, um entendimento que tenha sido adotado por uma quantidade expressiva de acórdãos, durante um certo espaço de tempo.” Sugere-se também o exame de HASELOF, Fabíola Utzig. *Jurisdições mistas: civil law & common law*. In *Revista de Processo*. v. 270/2017, p. 385-406.

<sup>611</sup> É curioso notar que no direito inglês a expressão *wrongful act* também é criticada: “The basis of the cover is wrongful act. This includes any actual or alleged breach of contract, breach of duty, breach of trust, act, error, neglect, omission, misstatement, misleading statement, or breach of warranty of authority or any other act done or wrongfully attempted. This apparently wide ranging protection is restricted by limiting it to acts done or wrongfully attempted by the directors individually or collectively in the discharge of their duties, solely in their capacity as directors or officers of the company. It is not enough for an alleged wrongful act to have taken place, the claim must relate to the insured being responsible. So, if a director libels someone in the course of a takeover, and does so as director of the firm, then cover applies. If the director says the same thing as a private individual, then cover does not apply. It is not always easy to separate private life from public life. If a director is well known and does or says something in his garden, he is not necessarily acting in his private capacity if he is regarded by the public as acting and speaking in his capacity as a director.” (YOUNGMAN, Ian. *Directors’ and officers’ liability insurance. A guide to international practice*. 2 ed. Cambridge: Woodhead Publishing Ltd and CRC Press LLC, 1999. p. 18-19).

desde que este acontecimento tenha ocorrido durante o período de vigência ou durante o período de retroatividade, quando aplicável.

Ato danoso é qualquer ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência, imperícia, declaração enganosa, falha nos deveres de informar, diligência ou lealdade ou de finalidade das atribuições e desvio de poder, efetiva, alegada ou tentada, que viole direito ou cause dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, praticado pelo segurado exclusivamente por conta da investidura em quaisquer dos casos mencionados na definição de segurado, ou qualquer outra alegação realizada contra um Segurado exclusivamente por ser investido em tal cargo<sup>612</sup>.

Apólice Z:

Ato danoso: Refere-se ao fato gerador, sendo qualquer quebra de dever estatutário, quebra de confiança, quebra de garantia de autoridade, negligência, erro ou qualquer outro ato ou omissão danoso cometido ou tentado ou alegadamente cometido ou tentado, exclusivamente em decorrência de conduta culposa, por: [...].<sup>613</sup>

A leitura da definição apresentada na apólice Y é amplíssima. O conceito inclui toda sorte de violações aos deveres fiduciários - diligência e lealdade – os dois principais deveres dos administradores, consoante explicitado no capítulo 2 - ambos misturados de maneira perigosa. Ora, os deveres de diligência e de lealdade não podem ser tratados da mesma maneira. Como magistralmente afirmou Cándido Paz-Ares, “*no pueden meterse dentro del mismo saco la regulación de los ‘actos de gestión indebida’ y la regulación de los ‘actos de apropiación indebida’*”<sup>614</sup>.

A aplicação desse raciocínio ao contrato de seguro *D&O* deveria ensejar a elaboração de uma definição de ato danoso que, à diferença do que se leu na cláusula acima reproduzida, não contemplasse violações ao dever de lealdade, considerando a sua atração pelo dolo.<sup>615</sup>

A segunda transcrição na página anterior – a apólice Z – gera menos exposição do que a primeira, embora também permita interpretação no sentido de que o ato danoso contemplaria violações ao dever de lealdade. Ao afirmar: “*qualquer quebra de dever estatutário, quebra de confiança*”, o texto se abre já que os deveres estatutários são diversos e contemplam obrigações relacionadas aos deveres de diligência e de lealdade. É verdade que logo a seguir a própria cláusula apresenta a ressalva: “*exclusivamente em decorrência de*

<sup>612</sup> Relembra-se a metodologia aplicada anteriormente por ocasião da transcrição de cláusulas das apólices consultadas. A fim de preservar os direitos autorais das seguradoras que as elaboraram, serão feitas referências a letras ao invés de nominiais. As letras mencionadas sempre correspondem às mesmas apólices citadas. Aqui, remete-se às condições gerais da apólice Y, p. 13.

<sup>613</sup> Condições gerais da apólice Z, p. 4.

<sup>614</sup> PAZ-ARES, Cándido. *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*. In *Revista para el Análisis del Derecho*. ISSN-e 1698-739X, nº. 4, 2003. p. 4-5. Em tradução nossa: “Não se pode tratar da mesma maneira a regulação dos atos de ‘gestão indevida’ e a regulação dos atos de ‘apropriação indevida’”. A referência completa encontra-se à fl. ---, no capítulo 2.

<sup>615</sup> A simbiose entre o dever de lealdade e o dolo no âmbito do contrato de seguro *D&O* será enfrentada no item dedicado às exclusões, no presente capítulo.

*conduta culposa*”, todavia, a fim de que se apresente um texto escoreito, melhor teria sido a assertiva de que as violações ao dever de lealdade, derivadas de conduta dolosa do segurado, não terão cobertura, isto é, restarão fora da definição de ato danoso para fins de especificação do risco no contrato.

O leitor poderá pensar: considerando que o contrato, posteriormente, exclui a cobertura para conduta dolosa, o problema estaria resolvido. Ainda que se admita a solução do problema *a posteriori*, um erro não justifica o outro. Seria juridicamente correto, desde o início, por ocasião da especificação dos riscos cobertos, informar que a expressão ‘ato danoso’ não contempla violações ao dever de lealdade derivadas de conduta dolosa do segurado. Esta definição, inclusive, amolda-se à causa do contrato de seguro *D&O*, conforme se observou no capítulo 1.<sup>616</sup> Respeita-se a tradição e o conhecimento profundo decorrentes de cerca de oitenta anos de desenvolvimento do seguro *D&O* nos Estados Unidos da América, mas, é preciso ter cautela com traduções *ipsis literis* que não se preocupam em matizar as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos continental e anglo-saxão.<sup>617</sup>

### 3.1.5. O seguro *D&O* não é apenas um seguro de responsabilidade civil

<sup>616</sup> A definição da causa do contrato de seguro *D&O* encontra-se no capítulo 1.

<sup>617</sup> Nos países cujo sistema jurídico é o continental, a crítica à tradução descontextualizada é uniforme. Na Espanha, António Roncero Sánchez: “La traslación mimética de pólizas de contrato construidas en relación con otros ordenamientos jurídicos, que se manifiesta en la propia denominación del seguro, no plantea problemas de ilicitud sino exclusivamente de clara y, en ocasiones, profunda inadecuación. [...] la utilización de conceptos acuñados en el ordenamiento jurídico estadounidense para delimitar el riesgo asegurado – wrongful act. [...] Que la traducción de pólizas supone una gran desventaja porque de ese modo no se diseña el contrato de seguro contemplando la situación jurídica del país en el cual va a ser celebrado lo cual, a su vez, provoca un importante conjunto de consecuencias negativas”. (RONCERO SÁNCHEZ, António. *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima. Sujetos, interés y riesgo*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2002. p. 57). También IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2005. p. 73). Em Portugal, Maria Elisabete Gomes Ramos observa: “A título de exemplo da pressão das apólices norte-americanas podem ser destacadas [...] a utilização de conceitos consolidados na experiência norte-americana (v.g. *wrongful act*) mas sem exacta correspondência nos ordenamentos de *civil law*.” (RAMOS, Maria Elisabete Gomes Ramos. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 288-289). No Chile, Teodoro Wigodski e Hector Gaitan Peña sinalizam este problema, quando citam a tradução equivocada da expressão *wrongful act*. WIGODSKI, Teodoro. GAITAN PEÑA, Hector H. *Seguro de responsabilidad de directores y ejecutivos para el buen gobierno corporativo*. Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas. Escuela de postgrado. 2005, p. 15-16.

Conquanto a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP classifique o contrato de seguro *D&O* como um contrato de seguro de responsabilidade civil,<sup>618</sup> o exame das coberturas comumente disponibilizadas permite concluir que, na realidade, trata-se de um contrato que vai muito além de um típico seguro de responsabilidade civil, cuja previsão legal encontra-se no art. 787 do Código Civil.<sup>619</sup> A análise atenta do *caput* desse dispositivo legal – “*No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro*” vinca: garantia ao segurado para perdas e danos causados a terceiros.

No capítulo 1, por ocasião do exame da causa do contrato de seguro de responsabilidade civil, observou-se que a síntese de seus efeitos jurídicos essenciais é representada pela garantia contratada pelo segurado a fim de lidar com o surgimento de uma dívida de responsabilidade civil decorrente do reconhecimento de sua culpa. Não se tutela uma parte destacada do patrimônio do segurado (o interesse legítimo relativo ao carro ou à residência – numa alusão ao seguro de danos), senão o seu patrimônio inteiro (ativo e passivo), sempre tendo em vista eventuais perdas e danos causados a terceiros.<sup>620</sup>

Afirma-se que o contrato de seguro *D&O* vai muito além de um contrato de seguro de responsabilidade civil por, ao menos, três argumentos diferentes: (i) há cobertura *interna corporis*, isto é, por perdas havidas pelo próprio tomador por condutas dos administradores segurados; (ii) as coberturas usualmente oferecidas vão muito além de coberturas próprias do seguro de responsabilidade civil e (iii) a responsabilidade de administradores tutelada pelo seguro *D&O* não é puramente civil; cobre-se responsabilidade civil, trabalhista, tributária, ambiental, antitruste, criminal etc.

Se a causa do contrato de seguro de responsabilidade civil tem como seu deflagrador as perdas e danos sofridos por terceiros, o contrato de seguro *D&O* não poderia cobrir lesões sofridas pelo próprio tomador do seguro (a sociedade que o contrata por conta de seus administradores). No entanto, observa-se em diversas apólices disponibilizadas no Brasil a

---

<sup>618</sup> A SUSEP classifica o seguro *D&O* no ramo nº. 310: R.C. Administradores e Diretores *D&O*.

<sup>619</sup> Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro. § 1º Tão logo saiba o segurado das consequências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador. § 2º É defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador. § 3º Intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador. § 4º Subsistirá a responsabilidade do segurado perante o terceiro, se o segurador for insolvente.

<sup>620</sup> A causa do seguro de responsabilidade civil encontra-se definida no capítulo 1, fls. 101 et seq.



cobertura para perdas sofridas pelo próprio tomador.<sup>621</sup> Exemplificativamente, suponha-se que o administrador, por um erro, tenha celebrado um contrato que cause perdas ao tomador. Ora, para perdas e danos ocorridos no seio da própria sociedade tomadora, o seguro de responsabilidade civil não deveria tutelá-los porque não se trata de terceiro, mas de parte, diretamente responsável pela contratação da apólice.<sup>622</sup>

Embora, como se afirmou, seja comum observar em apólices brasileiras a cobertura para perdas sofridas pelo próprio tomador, o mesmo não ocorre para perdas e respectivas

---

<sup>621</sup> Quanto à inclusão de cobertura para perdas sofridas pelo próprio tomador, refere-se à apólice emitida pela seguradora Y: “Cobertura adicional de reclamações apresentadas por segurado, sociedade ou empresa coligada. Independentemente do estipulado na exclusão 4.6, se esta extensão de cobertura for contratada, no caso de reclamações contra o segurado apresentadas por ou em nome de qualquer segurado, sociedade ou coligada [...]”. (p. 67). Na doutrina, Miguel Iribarren Blanco observa esta peculiaridade no ordenamento jurídico espanhol: “La asegurabilidad de la responsabilidad frente a la sociedad se ve complicada por la peculiar relación de los administradores asegurados con aquélla, y el consiguiente riesgo de que el seguro de responsabilidad acabe cubriendo daños propios. [...] la afirmación de la asegurabilidad de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad exige tener en cuenta ese vínculo entre ambos que, según sea más o menos estrecho, puede llevar a que, en la práctica – no formalmente –, no exista separación entre los administradores asegurados y la sociedad perjudicada, y provocar, en consecuencia, que los daños causados por los administradores a la sociedad sean, en realidad, total o parcialmente, daños causados a sí mismos o, en todo caso, debidos a actos en cuya realización haya intervenido la sociedad.” (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2005. p. 34). Para as hipóteses nas quais não seja contratada a cobertura para as perdas havidas pelo próprio tomador, António Roncero Sánchez explica que o seguro de proteção jurídica poderia cobrir a lacuna deixada pelo seguro D&O: “El seguro de defensa jurídica puede proteger contra reclamaciones que no queden cubiertas por el seguro de responsabilidad civil de administradores como, por ejemplo, las realizadas por la propia compañía tomadora en el caso de que se excluya la responsabilidad interna o social cuando sea exigida por la propia sociedad tomadora. En general, aquél contiene un menor número de exclusiones y ofrece, consecuentemente, una mayor cobertura en este ámbito.” (RONCERO SÁNCHEZ, António. *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima. Sujetos, interés y riesgo*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2002. p. 83). Também quanto à cobertura para o próprio tomador, o tema foi comentado, no Brasil, por Roberta Mauro Medina Maia e Leonardo Joseph Burman: “Da hipótese, surge a seguinte indagação: o tomador de seguro (a empresa) pode ser considerado terceiro vítima pela apólice D&O, admitindo-se com isso que a seguradora arque com o pagamento de indenização que será destinada à Companhia? Ao que nos parece, se por um lado a resposta positiva descaracteriza a feição do seguro de responsabilidade civil – grupo em que se inclui a apólice D&O, por outro demonstra a necessária revisão dos conceitos de parte e terceiro, tendo em vista que, embora o tomador seja parte do contrato de seguro, nada impede que o mesmo possa se tornar vítima dos atos daquele que visava proteger quando efetuou o contrato de seguro. Com efeito, quando uma empresa contrata a apólice D&O, não o faz apenas para garantir a incolumidade patrimonial daquele que irá dirigi-la, de modo a conferir alguma segurança ao diretor no exercício de suas atividades. O interesse maior do tomador de seguro é justamente resguardar o patrimônio da empresa dos atos do administrador ou diretor, sem importar tanto se o prejuízo atinge terceiros ou o patrimônio da própria Companhia, como se vê no caso mencionado.” (MAIA, Roberta Mauro Medina. BURMAN, Leonardo Joseph. *Apontamentos sobre o seguro de responsabilidade civil para atos de gestão de administradores ou diretores de empresas (D&O)*. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro. v. 30. abr./jun. 2007. p. 10-11).

<sup>622</sup> Vale lembrar que em virtude da também comum contratação da cobertura “side C” – a chamada *entity coverage* (cobertura para a própria sociedade) – ambos, isto é, administradores e a sociedade figuram como segurados da apólice, o que será examinado no item referente às coberturas, posteriormente.

demandas propostas entre os administradores segurados, isto é, a demanda proposta por um administrador contra outro administrador.<sup>623</sup>

Observando a referida ampliação da garantia para perdas e danos sofridos pelo próprio tomador, nota-se que o seguro *D&O* efetivamente vai além de um típico contrato de seguro de responsabilidade civil.<sup>624</sup>

O segundo argumento em prol de sua caracterização mais abrangente decorre da disponibilização de coberturas *atípicas* que dizem respeito aos próprios segurados, não possuindo relação com perdas e danos causados a terceiros. Vale referir a custos com *marketing* e publicidade com vistas ao restabelecimento da imagem de administradores, penhora *on line*, indisponibilidade de bens, multas, práticas trabalhistas indevidas, extradição, proteção de imagem pessoal etc.<sup>625</sup> Observa-se, claramente, que a tutela nessas circunstâncias se encontra dirigida aos próprios administradores, e não às perdas e danos havidos por terceiros.

À luz dessas chamadas coberturas *atípicas* no âmbito de um seguro nomeado pela SUSEP como um típico seguro de responsabilidade civil para administradores, a doutrina passa a classificá-lo como um seguro multirrisco ou, um seguro de natureza mista, estruturando-se, portanto, com um espectro consideravelmente mais amplo do que um seguro de responsabilidade civil.<sup>626</sup>

---

<sup>623</sup> A exclusão para demandas propostas por um administrador segurado contra outro administrador segurado tem por fim evitar conluio entre os segurados, em prejuízo dos interesses da seguradora. É a conhecida exclusão *insured v. insured*, presente nas apólices de seguro *D&O* mundo afora. Há vastíssima produção acadêmica a respeito. CAMPINS VARGAS, Aurora. *Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos: especial referencia al ámbito de cobertura del seguro*. In *Revista de derecho mercantil*. n. 249/2003. Civitas. p. 14; IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2005. p. 285-286; BREGMAN, Bob e JORDAN, Sean. *20 ways to improve directors and officers liability coverage or practices*. In *IRMI D&O compass*. March 2017. Disponível em <https://www.irmi.com/free-newsletters/d-o-compass/>, visitado em 7.9.2017. p. 17; TRAUTMAN, Lawrence J. ALTENBAUMER-PRICE, Kara. *D&O insurance: A primer*. In *American University Business Law Review*. v. 1, 2012. p. 353.

<sup>624</sup> Nos Estados Unidos da América, William Caraccio critica a cobertura para a própria tomadora: “The underwriters themselves are livid, asserting that D&O liability coverage was designed solely to cover claims against corporate officials by third parties, not the corporation itself.” (CARACCIO, L. William. *Void Ab Initio: Application Fraud as Grounds for Avoiding Directors' and Officers' Liability Insurance Coverage*. 74 *California Law Review* n°. 929. 1986, *cit.* p. 938. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol74/iss3/12>, visitado em 15.10.2018).

<sup>625</sup> Essas coberturas *atípicas* foram observadas nas apólices emitidas pelas seguradoras X, p. 3 e Y, p. 3.

<sup>626</sup> Há consenso na doutrina quanto à classificação do seguro *D&O* como um contrato de seguro para além do seguro de responsabilidade civil. Refere-se às seguintes obras: LACERDA, Maurício Andere Von Bruck. *O seguro dos administradores no Brasil. O D&O insurance brasileiro*. Curitiba: ed. Juruá, 2013. p. 106: “Um pouco mais delicado, contudo, é o enquadramento, no âmbito dos interesses relacionados aos seguros de responsabilidade civil, do custeio de despesas que se revertem diretamente em favor do administrador. Nesse

O terceiro argumento decorre do fato de que o administrador responde por dívidas das mais diversas naturezas, passíveis de cobertura pelo contrato. Questões de natureza tributária, consumerista, administrativa/regulatória, trabalhista, antitruste, criminal etc., todas são elegíveis com, ao menos, uma condição estrutural, por assim dizer: que a conduta do administrador seja culposa; se for dolosa, não restará coberta. Diante das variadas espécies de responsabilidade a que o administrador se expõe, seria demasiadamente superficial afirmar que o seguro seria apenas de responsabilidade civil.

Restando compreendido que o seguro *D&O* vai além de um seguro de responsabilidade civil comum, é preciso ter em mente a sua especificação no ramo dos seguros de responsabilidade profissional, isto é, a fonte da possível dívida de responsabilidade do segurado deverá estar atrelada a uma conduta que emane de suas atividades profissionais. Isto é importantíssimo para fins de delimitação do risco segurado, no sentido de que se a atividade colocada em xeque não for profissional – um ato de gestão empresarial – fatalmente estará fora do escopo de cobertura.<sup>627</sup>

---

sentido, destacam-se os denominados custos de publicidade, pelos quais a seguradora promove, em favor do segurado, o pagamento das despesas havidas com a contratação de consultores em *marketing* para mitigarem os efeitos adversos causados à reputação do reclamado em decorrência de uma reclamação. [...] tal tipo de concessão parece extrapolar o âmbito da apuração da responsabilidade civil do segurado, uma vez que o capital segurado é revertido em benefício direto do segurado.” O autor refere, a seguir, às coberturas para indisponibilidade de bens e penhora *on line*, claramente dirigidas a interesses próprios dos administradores, não necessariamente voltados à tutela do interesse de terceiros, a ampliar, portanto, o espectro do seguro *D&O* para além de um contrato de seguro de responsabilidade civil: “Assim como ocorre em outros ramos dos seguros de responsabilidade civil, os seguros dos administradores comercializados no mercado brasileiro configuram-se como seguros ‘multiriscos’ de ‘natureza mista’. Ao menos, por enquanto, parece preponderante a tutela patrimonial do administrador segurado, fator determinante para o seu enquadramento no ramo dos seguros de responsabilidade civil, não obstante contenha em seu ‘bojo’ a tutela de outros interesses, em especial a garantia dos riscos de responsabilização da própria sociedade, ou riscos ‘da administração’ de um modo geral, e a tutela de danos próprios suportados pelo administrador. (Ibid. p. 107-108). Em Portugal: RAMOS, Maria Elisabete Gomes Ramos. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 307-309: “Aos signos *D&O Insurance* ou *Directors’ and Officers’ Liability Insurance* a literatura europeia não anglo-saxónica faz corresponder a designação seguro de responsabilidade civil dos administradores. Todavia, o *D&O Insurance*, tal como surge moldado pela indústria seguradora, abrange múltiplas e heterogêneas coberturas. As apólices de seguro de responsabilidade civil dos administradores comercializadas em Portugal cobrem, ainda, outros riscos. Garantem, por exemplo, responsabilidades de administradores, directores e gerentes de entidades externas, custos de investigação, despesas de defesa, despesas de reabilitação de imagem pública. [...] Observa-se que no mercado segurador português as designadas apólices de seguro de responsabilidade civil de administradores e directores cobrem outros riscos além do de se constituir no património do segurado uma obrigação de indemnizar terceiros.”

<sup>627</sup> Assim, José Fernández del Moral Dominguez: “Al ser un seguro de responsabilidad civil, el asegurador cubre el riesgo del nacimiento, a cargo del asegurado, de una deuda de responsabilidad civil con unas características determinadas; y al ser profesional, se exige que esta responsabilidad aseguradora sea la dimanante de su actividad profesional.” (MORAL DOMÍNGUEZ, José Fernández Del. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (póliza D&O)*. Granada: Comares, 1998. p. 47).

### 3.1.6. O seguro D&O tende a ser um contrato de seguro de grandes riscos, sem embargo da contratação por adesão

Vale dizer ainda quanto à estrutura, que o seguro D&O se classifica dentre a espécie dos seguros de grandes riscos, em oposição à espécie dos seguros chamados massificados. Isto decorre da percepção de que, em regra, de um lado – tomador e administradores – e do outro – seguradora – não se apresentam como vulneráveis e, portanto, legitimados à tutela protetiva.<sup>628</sup>

Afirma-se em regra porque, excepcionalmente, poderá haver situações nas quais a tomadora será uma pequena sociedade, não conhecedora deste seguro específico, o que tornaria o seu administrador elegível à tutela protetiva. Entretanto, a grande maioria das contratações apresentará para além de sociedades dotadas de alguma envergadura dos dois

---

<sup>628</sup> Em Portugal, Maria Elisabete Gomes Ramos afirma: “O seguro de responsabilidade civil dos administradores, para além de ser um seguro voluntário, tende a ser um seguro não massificado. A este propósito, fala-se em apólices *tailor made* para vincar não só a heterogeneidade das condições gerais elaboradas pelos diferentes seguradores, como também o facto de as apólices, relativamente a cada sociedade, atenderem às singularidades do risco segurado.” (RAMOS, Maria Elisabete Gomes Ramos. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 318). Na Espanha, nessa mesma direção, António Roncero Sánchez: “lo relevante para la caracterización del seguro como de grandes riesgos no es el tamaño o la magnitud del riesgo, entendida en el sentido de mayor o menor probabilidad de producción del siniestro, sino las dimensiones del tomador. [...] La exclusión del carácter imperativo de las normas legales en este caso se fundamenta en la presunción de que los tomadores de estos contratos tienen entidad económica suficiente para no ser considerados «contratantes débiles»”. (RONCERO SÁNCHEZ, António. *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima. Sujetos, interés y riesgo*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2002. p. 72-73). O autor também refere-se à adoção dessa mesma posição na Alemanha: “se refiere a las sociedades tomadoras de estos contratos de seguro como «demandantes sofisticados» que generalmente dispondrán de gerentes internos de riesgo y se servirán de asesores jurídicos y grandes y experimentadas empresas de intermediación”. (Ibid. p. 74). A fonte da obra alemã consultada é SCHEIFELE, B. H. *Die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Manager in den Vereinigten Staaten von Amerika*. Karlsruhe, 1993. p. 117. Também na Espanha refere-se a Gutiérrez Gilsanz: El fundamento de la exclusión del carácter imperativo reside en la presunción de que los tomadores de estos seguros tienen entidad económica suficiente para no ser considerados “contratantes débiles” y, por tanto, para quedar al margen de un principio de imperatividad cuya razón de ser se sitúa, precisamente, en la protección del asegurado como la parte más débil del contrato.” (GUTIÉRREZ GILSANZ, J. *El riesgo en el seguro de responsabilidad civil de los auditores de cuentas*. Madrid: La Ley, 2007. p. 380). No Brasil, Maurício Andere Von Bruck Lacerda apresenta visão contrária, argumentando que aos seguros D&O não deve ser oferecido tratamento diferenciado, é dizer, se lhes aplicariam as normas consumeristas: “Neste cenário, não se vislumbra que os contratos de seguro dos administradores devam receber, ao menos em regra, tratamento diferenciado.” (LACERDA, Maurício Andere Von Bruck. *O seguro dos administradores no Brasil. O D&O insurance brasileiro*. Curitiba: ed. Juruá, 2013. p. 123).

lados, *risk managers* (especialistas em seguro), usualmente alocados em áreas específicas nas sociedades tomadoras, além de corretores de seguros altamente especializados.<sup>629</sup>

Embora, no Brasil, o clausulado especificamente disponibilizado para esse contrato esteja submetido ao padrão determinado pela Circular SUSEP nº. 553, de 23.5.2017, mundo afora, designadamente nos Estados Unidos da América, o seguro *D&O* é classificado como um dos contratos menos padronizados, isto é, sujeito a clausulados os mais variados.<sup>630</sup>

Conquanto habitualmente absorva riscos de grande envergadura, a contratação do seguro *D&O* se dá por adesão e em conformidade com “redações padrão”<sup>631</sup> previamente chanceladas pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, designadamente por conta do disposto no art. 36, letra c) do Decreto-lei nº. 73, de 21.11.1966.<sup>632</sup>

<sup>629</sup> Um aprofundamento dos motivos pelos quais se entende pela não aplicação da legislação consumerista à generalidade das contratações do seguro *D&O* foi apresentada no capítulo 3, item 1.6.

<sup>630</sup> “El *D&O* es uno de los contratos de seguros menos estandarizados.” (PÉREZ CARRILLO, Elena F. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales. El seguro D&O en EEUU*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 67). A propósito da existência de clausulados padronizados por determinação do órgão regulador, remete-se o leitor ao capítulo 3, item 1.8. fls. ---.

<sup>631</sup> Quanto à imposição regulatória sobre o conteúdo dos clausulados, as lições de Vera Helena de Mello Franco, observando o ambiente legal brasileiro: “A limitação da vontade das partes na determinação do conteúdo contratual advém de dois fatores: primeiro, porque devem ser mencionados os elementos exigidos pela lei, segundo, porque as condições gerais que integram as apólices estão submetidas ao controle administrativo do Estado.” (FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de direito securitário: seguros terrestres privados*. São Paulo: Maltese, 1993. p. 73) e Joaquín Garrigues, observando o ambiente legal espanhol: “El contenido de la póliza no es libre, en un doble sentido. En primer lugar, porque han de mencionarse los elementos que la ley exige y los hemos indicado. En segundo lugar, porque está sometido a la aprobación de las autoridades del control.” (GARRIGUES, Joaquín. *Contrato de seguro terrestre*. Madrid: Imprenta Aguirre, 1983. p. 122).

<sup>632</sup> Com relação à padronização dos contratos, a doutrina se divide, havendo aqueles que a defendem, por ser positiva à proteção dos consumidores – é o caso de Amadeu Carvalhaes Ribeiro: “Ocorre que o contrato de seguro, talvez mais do que qualquer outro, exige a padronização. Este é um dos alicerces da técnica securitária, conforme visto no Capítulo 5. O segurador que abrir mão da padronização contratual em benefício de um segurado prejudicará a si e aos demais segurados. Ao invés de lutar contra essa característica peculiar da atividade, a regulação deve reconhecê-la como premissa.” (RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Direito de seguros: resseguro, seguro direto e distribuição de serviços*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 115) – e aqueles que a reputam contraproducente e retrógrada, por entenderem que o estabelecimento de condições contratuais jamais deveria ser uma atribuição do órgão regulador. Cita-se, a propósito, Walter A. Polido: “A Susep brasileira extinguiu o denominado “seguro singular”, ou seja, o clausulado ‘*tailor made*’ (elaborado caso a caso, segundo as especificidades de cada segurado), determinando que as Seguradoras nacionais adotem textos padronizados já homologados pela Autarquia, com possível inserção de cláusulas particulares de modo a atenderem às reais necessidades de cada segurado isoladamente. O procedimento, na sua essência, se contradiz com a modernidade exigida pelo sistema segurador, sendo que ele imprime maior complexidade no conteúdo do contrato de seguro, o qual passa a ter vários textos desnecessariamente e todos eles sobrepostos, um ampliando ou revogando parte do outro. Esta situação, meramente burocrática e desprovida de boa técnica securitária, se contrapõe às exigências instituídas pelo próprio CDC, no que se refere à clareza, transparência e objetividade dos contratos (artigos 46, 47, 54), além de confrontar com o dispositivo contido no CC/2002 (art. 423), expondo desnecessariamente as Seguradoras. O modelo contratual determinado pela Susep e para todos os ramos, inclusive sofre de crise existencial em face dos novos paradigmas encontrados na atualidade e determinados em face da máxima coerência e transparência contratual. Determinar, portanto, que todos os ramos devam apresentar numa mesma e única apólice texto de Condições Gerais, acompanhado de outro texto de Condições Especiais, mais infinidade de Cláusulas Particulares e todas elas com o objetivo de garantir, da melhor forma e a mais

A pouca criatividade que ainda existia no mercado brasileiro atendia aos seguros para grandes riscos. Ocorre, porém, que por meio da Circular nº. 458, de 19.12.2012,<sup>633</sup> o órgão regulador eliminou os seguros chamados singulares, justamente estabelecidos para riscos específicos e complexos.

O conteúdo das apólices é rígido, assim como as propostas, cuja elaboração fica a cargo do oblato e não do proponente. Esta forma de contratação motiva percepções, inclusive, no sentido de que a oferta com vistas à contratação do seguro partiria não do proponente (possivelmente o futuro tomador-segurado), mas da própria seguradora, a ensejar, com ainda maior convicção, o entendimento pela aplicação da legislação protetiva.<sup>634</sup>

Especialmente quanto aos seguros classificados como massificados,<sup>635</sup> há consenso seja na doutrina, seja na jurisprudência, até mesmo em virtude de a questão ser de há muitos

abrangente possível, os riscos apresentados pelo proponente do seguro, não mais condiz com a simplificação contratual exigida na contemporaneidade.” (POLIDO, Walter. *Regulação do contrato de seguro e reflexos no resseguro: o Brasil abaixo do standard internacional*. In *Anais do I Congresso Internacional de Direito do Seguro. VI Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho”*. IBDS, Conselho da Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Roncarati, 2015. p. 249-293).

<sup>633</sup> Circular SUSEP nº. 458, de 19.12.2012. Art. 1º. Extinguir a modalidade de seguros singulares. Art. 2º As sociedades seguradoras deverão, obrigatoriamente, disponibilizar produtos não padronizados para atender necessidades específicas de seus segurados, mediante disposições previstas em coberturas adicionais e/ou condições particulares, de contratação facultativa, nos termos da legislação vigente. Art. 3º As apólices vigentes de seguros singulares, atualmente em vigor, não poderão ser renovadas. Parágrafo único. Caso haja interesse na continuidade da comercialização do seguro originalmente emitido como seguro singular, a sociedade seguradora deverá emitir nova apólice observando o disposto no artigo 2º desta Circular.

<sup>634</sup> Luis Poças aborda essa problemática à luz dos Direitos português, espanhol e belga. Segundo o autor, “no plano estritamente jurídico – e porque o risco é, como referimos, um elemento fundamental do contrato, dependendo as condições deste da aferição daquele pelo segurador – o papel de proponente é formalmente assumido pelo “candidato” a tomador do seguro, que apresenta ao segurador uma declaração negocial (proposta contratual), em regra mediante o preenchimento e subscrição de um formulário previamente fornecido pelo segurador, onde aquele concretiza algumas das condições pretendidas e descreve o risco que pretende fazer segurar, concluindo-se o contrato com a aceitação do segurador.” No entanto, Poças esclarece que “em situações pontuais de seguros de riscos de massa que impliquem condições de risco padronizadas, o segurador prescinde do conhecimento e avaliação das características do risco concreto a segurar, que aceita de antemão. Neste caso, o breve formulário facultado pelo segurador constitui, com efeito, uma oferta ao público, e o seu preenchimento pelo destinatário corresponde à aceitação da proposta e à conclusão do contrato.” Ao final, o autor aborda o iter negocial de outros sistemas jurídicos. “No Direito espanhol, por exemplo, a iniciativa do potencial tomador não corresponde a uma verdadeira proposta, mas antes a um convite para que o segurador lhe dirija, ele sim, uma proposta (*invitatio as offerendum*): aí “é o segurador que, enviando um formulário ao presumível tomador, deve qualificar-se como verdadeiro proponente.” Também no ordenamento belga a proposta de seguro, subscrita pelo candidato a tomador do seguro, assume a natureza de um convite a contratar (*appel d’offre*), não vinculando o candidato nem o segurador à conclusão do contrato: no prazo de 30 dias, o segurador deve dirigir ao candidato, seja uma proposta contratual (que pode assumir a forma de uma apólice pré-assinada ou de uma proposta de cobertura provisória), seja um questionário, seja uma comunicação de recusa do contrato. A aceitação da proposta dá-se mediante a assinatura, pelo tomador do seguro, da proposta contratual (proposta ou apólice pré-assinada) que o segurador lhe enviou, podendo este retractar-se até esse momento.” (POÇAS, Luis. *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*. Lisboa: Almedina, 2013. p. 47-49).

<sup>635</sup> Entende-se por seguros massificados aqueles nos quais a relação jurídica é desenvolvida entre consumidor (tomador-segurado) e seguradora (fornecedora), havendo, claramente, vulnerabilidade técnica e econômica

anos de *lege lata*, quanto à qualificação dos contratos na modalidade por adesão e, na mesma direção, pela incidência do Código de Defesa do Consumidor.

A discussão passa a um patamar distinto ao refletir a respeito da contratação dos seguros para os chamados grandes riscos que, usualmente, colocarão frente a frente sociedades técnica e financeiramente hipersuficientes, seja do lado do tomador-segurado, seja do lado da seguradora. Com efeito, observando esse patamar, é preciso assumir, claramente, que sociedades não vulneráveis estarão negociando como, exemplificativamente, indústrias, concessionárias as mais diversas, bancos etc. Os dois centros de interesses que se “sentam à mesa” para negociar estarão em posição paritária, ou seja, *business to business* ou *B to B*, como dizem os anglo-saxões, e não *business to consumer/costumer (B to C)*.

Vale dizer que é usual, também, que ditos tomadores-segurados disponham em seu *staff* de pessoal altamente capacitado e que conhece o contrato de seguro de modo satisfatório, e isto quando não detém as suas próprias corretoras de seguros cativas, a afastar, sobejamente, as possíveis alegações de que haveria hipossuficiência seja técnica, jurídica ou econômica.

Considerando o quanto fora afirmado anteriormente a respeito da padronização dos clausulados para quaisquer riscos, importa, a essa altura, entender no que consiste a negociação a ser desenvolvida entre tomador-segurado e seguradora. Independentemente da padronização, há, com efeito, a possibilidade de que as cláusulas particulares sejam concebidas em atenção às necessidades específicas do tomador-segurado.<sup>636</sup> De fato, os textos

---

daquele em relação a esta. Entre outros, são exemplos os seguros de automóvel, residencial, vida e acidentes pessoais, saúde, prestamistas etc. Em oposição aos seguros massificados encontram-se os seguros de grandes riscos, nos quais inexistem vulnerabilidade e as contratações, diante desse cenário, são realizadas em regime paritário. A propósito, portanto, da não incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações ditas paritárias, vale lembrar da proposta de Paula A. Forgioni, no concernente a uma nominada ‘teoria geral dos contratos empresariais’. Forgioni reprime a aplicabilidade da lei protetiva às relações paritárias: “Definição dos contratos empresariais. A exclusão dos contratos com consumidores. Fixadas essas premissas, conclui-se que os contratos com consumidores (ou “B2C”, na terminologia estadunidense) não mais integram o direito comercial. [...] a confusão entre os contornos do direito comercial e do direito do consumidor pode comprometer a percepção dos fundamentos do primeiro. As matérias possuem lógicas diversas, de forma que a aplicação do Código do Consumidor deve ficar restrita às relações de consumo, ou seja, àquelas em que as partes não se colocam e não agem como empresa. De outra parte, se o vínculo estabelece-se em torno ou em decorrência da atividade empresarial de ambas as partes, premidas pela busca do lucro, não se deve subsumi-lo à lógica consumerista, sob pena de comprometimento do bom fluxo de relações econômicas.” (FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: RT, 2009. p. 29-34).

<sup>636</sup> Nos contratos de seguros as cláusulas são apresentadas obedecendo à seguinte forma: em primeiro lugar, as condições gerais; após, as especiais e, em terceiro lugar, as particulares. As particulares são mais específicas frente às especiais, e as especiais mais específicas frente às gerais. O art. 1º do anexo I, do capítulo I da Circular SUSEP nº. 256, de 16.6.2004, prevê: “**Art. 1º.** Para fins de remissão, consideram-se: I - Condições Contratativas: as Condições Gerais, Especiais e Particulares de um mesmo plano de seguro, submetidas à SUSEP previamente a sua comercialização; II - Condições Gerais: conjunto das cláusulas, comuns a todas as modalidades e/ou coberturas de um plano de seguro, que estabelecem as obrigações e os direitos das partes contratantes; III -

previamente apresentados pelas seguradoras ao órgão regulador não poderão ser modificados, contudo, há possibilidade de escolher dentre as múltiplas opções de cláusulas particulares disponíveis aquelas que melhor se amoldem às necessidades do proponente, considerando o seu interesse legítimo e o risco respectivo. Por mais rígido que seja o arcabouço regulatório e legal brasileiro, há formas de customizar a contratação.

Observando os chamados seguros para grandes riscos, ao invés de apresentar cláusulas preconcebidas, sujeitas, obrigatoriamente, às amarras do regulador, convém abrir um parêntese e aprender com o exemplo trazido pela Espanha, cuja lei de seguros, de maneira *aristotélica*, determina que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem. Vale observar o segundo parágrafo do art. 44 da *Ley* nº. 50, de 8.10.1980:

Artículo 44

[...]

No será de aplicación a los contratos de seguros por grandes riesgos, tal como se delimitan en esta Ley, el mandato contenido en el artículo 2 de la misma.<sup>637</sup>

O comando a que o art. 44 se refere, previsto no art. 2º, diz respeito à aplicação compulsória de todos os preceitos positivados, excepcionando-se a incidência precisamente nos chamados grandes riscos. A mesma exceção foi ratificada no art. 107, segundo parágrafo,

Condições Especiais: conjunto das disposições específicas relativas a cada modalidade e/ou cobertura de um plano de seguro, que eventualmente alteram as Condições Gerais; IV - Condições Particulares: conjunto de cláusulas que alteram as Condições Gerais e/ou Especiais de um plano de seguro, modificando ou cancelando disposições já existentes, ou, ainda, introduzindo novas disposições e eventualmente ampliando ou restringindo a cobertura”. A propósito da organização das condições contratuais em gerais, especiais e particulares, convém observar o comentário de J. C. Moitinho de Almeida: “Os contratos de seguro inserem condições gerais, aplicáveis à generalidade dos seguros relativos a riscos homogêneos (assim, as condições gerais do seguro de responsabilidade civil), condições especiais, também de natureza geral que completam e especificam as gerais (assim, as condições do seguro de responsabilidade civil do médico) e condições particulares que respeitam ao contrato em causa, adaptando-o às exigências das partes. Razões de lógica impõem que as condições particulares prevaleçam sobre as especiais e gerais, as especiais sobre as gerais, as escritas sobre as impressas e as impressas para que remetem as condições escritas sobre as impressas para que remetem as condições impressas.” (MOITINHO DE AMEIDA, J. C. *A interpretação e integração das lacunas do contrato de seguro*. In *Contrato de seguro. Estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 135-136). No mesmo sentido: LA TORRE, Antonio. *Le Assicurazioni, L'assicurazione nei codici, Le assicurazioni obbligatorie*. Milano: Giuffrè, 2000. p. 45. MALEVILLE, Marie-Hélène, *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*. Paris: LGDJ, 1995. p. 162 et seq., BIGOT, Jean. *Traité de droit des assurances terrestres*. v. III. Paris: LGDJ, 2002. p. 406 e GONZÁLEZ, Luis Pérez-Serrabona. *El contrato de seguro, interpretación de las condiciones generales*. Granada: Comares, 1993. p. 78.

<sup>637</sup> Em tradução nossa: “Artigo 44. [...] Não será de aplicação aos contratos de seguro para grandes riscos, tal como se delimitam nesta lei, o mandato contido no art. 2º desta.”



ao dispor que nos seguros para grandes riscos as partes terão liberdade para escolher a lei aplicável, revelando a preponderância da autonomia privada nessas hipóteses.<sup>638</sup>

Fernando Sánchez Calero<sup>639</sup> sintetiza a necessidade de tratamento diferenciado para os seguros de grandes riscos por duas razões principais: a primeira, decorrente da relação paritária entre tomador-segurado e a seguradora; a segunda tem o seu ponto de partida na constatação de que a subscrição de grandes riscos por seguradoras ensejará a contratação de resseguro, a fim de que aquelas possam diluir os seus próprios riscos financeiros. Quanto maior for a flexibilidade no sentido de permitir o alinhamento entre as coberturas previstas no contrato de seguro e no contrato de resseguro, melhor será tanto para as seguradoras, quanto para os tomadores-segurados.<sup>640</sup>

---

<sup>638</sup> Ley nº. 50, de 5.10.1980. Artículo 2. Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado. Artículo 107. 1. La ley española sobre el contrato de seguro será de aplicación al seguro contra daños en los siguientes casos: a) Cuando se refiera a riesgos que estén localizados en territorio español y el tomador del seguro tenga en él su residencia habitual, si se trata de persona física, o su domicilio social o sede de gestión administrativa y dirección de los negocios, si se trata de persona jurídica. b) Cuando el contrato se concluya en cumplimiento de una obligación de asegurarse impuesta por la ley española. 2. En los contratos de seguro por grandes riesgos las partes tendrán libre elección de la ley aplicable.

<sup>639</sup> SÁNCHEZ CALERO, Fernando. 4 ed. *Ley de contrato de seguro*. Dir. F. Sánchez Calero. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 1.004-1.005. Yvonne Lambert-Favre, observando o *Code des assurances* francês, compartilha do posicionamento de Sánchez Calero, por também entender que os seguros para grandes riscos carecem de flexibilidade quanto ao estabelecimento de seu conteúdo: “Cependant ce caractère de contrat d’adhésion s’estompe pour les très gros risques industriels qui sont généralement placés par l’intermédiaire des « courtiers » ou « assureurs-conseil ». Ce sont des commerçants, mandataires des particuliers assurés, leurs clients, et pour le compte desquels ils discutent des modalités de la garantie avec les entreprises d’assurance qui leur semblent le mieux placées pour garantir le risque à couvrir.” (LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *Droit des assurances*. 11 ed. Paris : Dalloz, 2001. p. 183). Interessante também o que se colhe da experiência portuguesa. Ao tratar de cláusulas gerais, especiais e particulares, Rita Gonçalves Ferreira da Silva comenta que, em conformidade com o Direito português, haveria determinadas cláusulas de exclusão absoluta e outras de exclusão relativa. As de exclusão absoluta não poderiam receber tratamento distinto pelas partes, ao passo que às relativas isto seria possível: “As cláusulas de exclusão absolutas não podem ser afastadas ou negociadas pelas partes contratuais, ao contrário do que ocorre com as cláusulas de exclusão relativas, que podem ser afastadas por vontade de ambas as partes contratuais [...] De entre as cláusulas de exclusão absolutas características deste específico contrato de seguro podemos enumerar as seguintes: 1) a eventual responsabilidade criminal – mesmo que diga respeito, exclusivamente, a penas de multas -, disciplinar ou contra ordenacional do segurado, bem como o pagamento de qualquer taxa, coima ou multa; 2) riscos tipicamente cobertos por outros ramos de seguro; 3) os comportamentos dolosos (não meramente negligentes) que causem danos a terceiros; 4) danos causados por actos de guerra, invasão, hostilidade, insurreição, poder militar ou civil usurpado ou em tentativa de usurpação de poder, terrorismo, sabotagem, assalto; 5) danos causados a terceiros excluídos (ou não incluídos no âmbito do) pelo respectivo contrato de seguro ou danos próprios.” (SILVA, Rita Gonçalves Ferreira da. *Do contrato de seguro de responsabilidade civil geral. Seu enquadramento e aspectos jurídicos essenciais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007. p. 191).

<sup>640</sup> A propósito da harmonia entre as coberturas oferecidas nos contratos de seguro e resseguro, habitualmente esta deverá ser a regra. O contrário isto é, a desarmonia, será observada em hipóteses excepcionais. É o quanto afirmam O’Neill e Woloniecki: “Is there a presumption of coverage under a reinsurance contract? That is to say, is it the presumed intention of the parties that everything that is covered under the original insurance is to be covered under the reinsurance? One may suppose that in the case of proportional reinsurance contracts, this will

Lo que quiere decir que al declarar su carácter dispositivo de ciertas normas de esa ley, algunas manifestamente rigurosas que producen a mi juicio en estos casos de los grandes riesgos resultados en especial injustos, como acontece por ejemplo con la aplicación de su artículo 20 relativo a los intereses moratorios a cargo del asegurador cuando la cuantía de la indemnización es elevada. Por otro lado, la flexibilidad del régimen del contrato de seguro permite en determinados supuestos que su disciplina se adapte con más facilidad a las circunstancias y modalidades del contrato de seguro de que se trate, no simplemente porque el régimen dispositivo permite a las partes un estudio previo de las cláusulas que los contratantes convengan, sino también porque ese régimen consiente con mayor facilidad la adaptación de esa disciplina a la evolución del mercado internacional de seguro, en particular en no relativo al reaseguro.<sup>641</sup>

Registra-se, assim, que o tratamento legal para os seguros massificados e para os seguros de grandes riscos não deve ser o mesmo. Considerando a prática hodierna no Brasil, convém lembrar que muito embora a padronização seja a regra para ambos, a autonomia privada poderá ser exercida por tomadores-segurados e seguradores por meio da contratação das referidas cláusulas particulares. A padronização e, por consequência, a contratação por adesão, são fatos determinados pelo atual arcabouço legal e regulatório, mas, independentemente disso, não deve haver a percepção de que este regime seja, automaticamente, gerador de abusividade.<sup>642</sup>

---

frequently be the intent. In *Vesta v Butcher* the House of Lords appear to have assumed that all reinsurance contracts were, by their very nature, presumed to be back-to-back with the original insurance contract. Lord Griffiths said: ‘In the ordinary course of business reinsurance is referred to as ‘back-to-back’ with the insurance, which means that the reinsurer agrees that if the insurer is liable under the policy the reinsurer will accept liability to pay whatever percentage of the claim he has agreed to reinsure. A reinsurer could of course, make a special contract with an insurer and agree only to reinsure some of the risks covered by the policy of insurance, leaving the insurer to bear the full costs of the other risks. Such a contract would I believe be wholly exceptional, a departure from the normal understanding of the back-to-back nature of reinsurance and would require to be spelt out in clear terms. I doubt if there is any market for such a reinsurance’.” (O’NEILL, P.T. and WOLONIECKI, J.W. *The Law of Reinsurance in England and Bermuda*. 3<sup>rd</sup> ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2010. p. 192).

<sup>641</sup> Em tradução nossa: “O que quer dizer que ao declarar o caráter dispositivo de certas normas desta lei, algumas manifestamente rigorosas que produzem, a meu juízo, nestes casos dos grandes riscos resultados especialmente injustos, como acontece, por exemplo, com a aplicação do seu artigo 20 relativo aos interesses moratórios a cargo do segurador quando a quantia da indenização é elevada. Por outro lado, a flexibilidade do regime do contrato de seguro permite em determinadas situações que a sua disciplina se adapte com mais facilidade às circunstâncias e modalidades do contrato de seguro de que se trate, não simplesmente porque o regime dispositivo permite às partes um estudo prévio das cláusulas que os contraentes desejam, mas também porque esse regime ajusta-se com maior facilidade à adaptação desta disciplina à evolução do mercado internacional de seguro, em particular no que se refere ao reaseguro”.

<sup>642</sup> Nesse sentido, o comentário de Vera Helena de Mello Franco: “A predeterminação contratual não afasta a presença de cláusulas facultativas da livre escolha das partes: mas a fase de discussão preliminar não existe e o contrato é qualificado ‘de adesão’.” (FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de direito securitário: seguros terrestres privados*. São Paulo: Maltese, 1993. p. 26).

Os problemas eventualmente existentes nos contratos e cláusulas disponibilizados deverão ser corrigidos observando-se as normas<sup>643</sup> e a principiologia contratual aplicável – a liberdade de contratar, a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) e a relatividade dos contratos, adicionados à boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio contratual<sup>644</sup> – mas, que não se conduza ao equívoco de sustentar que o regime contratual seria, tal como determinado pelo art. 36, letra c) do Decreto-lei nº. 73, de 21.11.1966, bem como pela Circular SUSEP nº. 256, de 16.6.2004, abusivo *tout court*.

Fechado o parêntese inspirado pelo aprendizado proveniente da lei de seguros da Espanha, convém atentar ao tratamento que vem sendo conferido a essa questão no Brasil, a suscitar reflexão.

O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp. nº. 1.352.419,<sup>645</sup> Relator o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, aplicou a legislação consumerista em determinada relação jurídica na qual havia paridade entre as partes. A hipótese cuidava de um seguro empresarial contratado por sociedade dedicada ao comércio de automóveis, vitimada por sinistro que consistiu no furto de um dos veículos que se encontrava estacionado em seu pátio.

<sup>643</sup> A título exemplificativo, refere-se aos artigos 113 (interpretação conforme a boa-fé), 156 (estado de perigo), 157 (lesão), 187 (abuso de direito), 421 (função social do contrato), 422 (boa-fé objetiva), 423 (interpretação *contra proferentem*), 424 (nulidade de cláusulas que estipulem a renúncia antecipada a direitos pelo aderente), 478 (onerosidade excessiva) e 2035 parágrafo único (novamente, a função social do contrato), todos do Código Civil.

<sup>644</sup> Anderson Schreiber alude à chamada principiologia contratual clássica, bem como aos novos princípios contratuais, com especial atenção ao equilíbrio contratual: “Apresentados em bloco, os ‘novos princípios contratuais’ parecem formar uma tríade inseparável, não raramente sendo mencionados em conjunto em decisões judiciais. Parte da nossa doutrina também os invoca em bloco, sobrepondo seus significados e combinando-os em sua aplicação, de tal maneira que, por vezes, se torna difícil precisar se lhes reserva significado efetivamente autônomo e papel próprio. Uma análise detida revela, contudo, que cada um desses princípios, além de corresponder a conceito autônomo e percurso histórico peculiar, encontra-se, em nossa atual experiência jurídica, em um estágio de desenvolvimento inteiramente distinto dos demais.” (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 25-26).

<sup>645</sup> Ementa: Recurso especial. Civil. Seguro empresarial. Violação do art. 535 do CPC. Inexistência. Proteção do patrimônio da própria pessoa jurídica. Destinatária final dos serviços securitários. Relação de consumo. Caracterização. Incidência do CDC. Cobertura contratual contra roubo/furto qualificado. Ocorrência de furto simples. Indenização devida. Cláusula contratual abusiva. Falha no dever geral de informação ao consumidor. [...] 4. A cláusula securitária a qual garante a proteção do patrimônio do segurado apenas contra o furto qualificado, sem esclarecer o significado e o alcance do termo “qualificado”, bem como a situação concernente ao furto simples, está eivada de abusividade por falha no dever geral de informação da seguradora e por sonegar ao consumidor o conhecimento suficiente acerca do objeto contratado. Não pode ser exigido do consumidor o conhecimento de termos técnico-jurídicos específicos, ainda mais a diferença entre tipos penais de mesmo gênero. 5. Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº. 1.352.419, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T, v.u., j. 19.8.2014).

Ao argumento de que o aludido veículo compunha o patrimônio da sociedade e que o seguro, assim, estaria dirigido para proteger os seus próprios ativos, qualificando-a, portanto, como destinatária final do serviço securitário, a Corte acabou por considerar o Código de Defesa do Consumidor aplicável, pouco importando o fato de o veículo destinar-se justamente ao giro de sua atividade empresarial, caracterizando, portanto, insumo.

A discussão de fundo referiu-se à alegada ambiguidade de cláusula contratual que excluía a cobertura para furto na modalidade simples, apenas provendo cobertura para o furto do tipo qualificado, mas, neste particular, o ponto específico não interessa à presente discussão.

O que se deseja consignar e que está a merecer atenção é que a aplicação desse entendimento poderá conduzir à incidência da legislação protetiva de forma incorreta. Imagine-se, por hipótese, a contratação de um seguro para uma plataforma de petróleo. Caso se parta da premissa de que a plataforma compõe o ativo da empresa petrolífera e que, por essa simplória razão, a sociedade seria destinatária final do seguro, haveria espaço para também aplicar o Código de Defesa do Consumidor o que, com efeito, não corresponde à principiologia prevista nos artigos 5º, inc. XXXII e 170, inc. V da Constituição da República.<sup>646</sup>

Não se controverte quanto aos enormes avanços gerados pelo Código de Defesa do Consumidor no Brasil,<sup>647</sup> porém, é preciso interpretar as hipóteses de aplicabilidade e não

---

<sup>646</sup> Constituição Federal. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor;

<sup>647</sup> “O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/1990) completou 25 anos de vigência em 2015. É um passado e um presente de conquistas da sociedade brasileira e do movimento consumerista. Há muito a comemorar. Foram muitas as conquistas da sociedade civil organizada, da Academia e dos Autores do Anteprojeto, do Ministério Público, da Defensoria Pública, dos servidores do Procon e AGU, da Advocacia e da Magistratura, mas acima de tudo foram conquistas do Brasil em direção ao desenvolvimento econômico (art.170 c/c art. 218 da CF/1988) e a uma sociedade de consumo mais saudável e harmônica a reconhecer o dever de proteção do Estado ao sujeito de direitos vulnerável no mercado, o consumidor (art. 5º, XXXII c/c art. 48 ADCT da CF/88). Importantes horizontes do desenvolvimento foram alcançados no país, pois o CDC protegeu igualmente a todos, ricos e pobres, doutores e analfabetos, crianças e adultos, respeitando sua dignidade e diferenças, impondo a mesma lealdade e qualidade na prestação, considerando todos destinatários finais de produtos e serviços como consumidores (art. 2º CDC) equiparando a vulneráveis (art. 2º, parágrafo único a art. 29 CDC) e a todas as vítimas dos fatos do serviço e do produto, também como consumidores. Esta igualdade dos diferentes, dos leigos, dos não profissionais, dos mais fracos e o reconhecimento da vulnerabilidade de todos na posição social de consumidor (art. 4º, I, CDC), como afirma Antônio Herman Benjamin é a pedra de toque, pedra angular, que ajudou a construir esse sucesso de 25 anos de vigência.” (MARQUES, Cláudia Lima. *25 anos de Código de Defesa do Consumidor e as sugestões traçadas pela revisão de 2015 das diretrizes da ONU de*

aplicabilidade com o rigor necessário. Aos hipersuficientes, mesmo que sejam destinatários finais dos seguros contratados, falta-lhes a vulnerabilidade, o desequilíbrio original que, justamente, requer a aplicação da lei protetiva como forma de equilibrar a relação.<sup>648</sup> A lei

---

*proteção dos consumidores para a atualização.* In *Revista de Direito do Consumidor*. v. 103. jan-fev. 2016, p. 55-100).

<sup>648</sup> Ao longo de cerca de trinta anos de tramitação da legislação consumerista, a interpretação do conceito de consumidor, prevista no art. 2º do CDC, passou por modificações importantes. Paulo Maximilian W. Mendlowicz Schonblum, respaldado por doutrina relevante, apresenta o embate havido entre finalistas e maximalistas: “Tratando exatamente da dimensão deste grupo a ser protegido, a corrente finalista, bastante influenciada pelos direitos francês e belga, busca um conceito restrito de consumidor, a fim de proteger um grupo menor de forma mais efetiva. Conforme lição de Gustavo Tepedino (*Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento*. Editorial publicado na Revista Trimestral de Direito Civil, v. 22, 2005), teme-se a possibilidade de, com a expansão exagerada do conceito, banalizar-se a tutela concedida aos consumidores em detrimento das conquistas que se vinham afirmando gradativamente na jurisprudência. Deste modo, criou-se a definição de consumidor como o destinatário final *fático e econômico*, sendo o primeiro aquele que retira o produto do mercado para uso próprio e de sua família, enquanto o segundo, aquele que efetivamente o consome, sem auferir qualquer remuneração, sem qualquer “fim negocial”. Exclui-se, portanto, do conceito, de um lado os revendedores e, de outro os profissionais liberais e as pessoas jurídicas. Em outra perspectiva – ensina Cláudia Lima Marques (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT. 2004, p. 72) –, a corrente maximalista enxerga o CPDC como um novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, elevando-o a Código geral para toda a sociedade de consumo, pela instituição de normas e princípios para os agentes de mercado, que assumiriam papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. Na prática, a grande distinção reside no fato de que para os maximalistas, o consumidor somente necessita ser destinatário final fático, pouco importando a questão econômica, resultando, então, na inclusão daqueles que adquirem o produto/serviço como *bem de capital*, ou seja, utilizam-no de forma profissional.” (SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. *A lei 8.078/90 e o conceito evoluído e mutável de consumidor*. In *Revista FOCUS* nº.1, mai. 2006, p. 2-3). Schonblum complementa informando que atualmente prevalece tanto no Superior Tribunal de Justiça, quanto na doutrina, a posição finalista, à qual se acrescenta a necessária demonstração da vulnerabilidade do consumidor. Esta corresponderia à posição finalista aprofundada: “Em que pesem os entendimentos até então majoritários, entende-se mais acertado observar não somente a destinação do produto/serviço, mas também a questão da vulnerabilidade (art. 4º, I, do CPDC), manifestada através de aspectos técnicos, econômicos, jurídicos e circunstanciais, e definida perfeitamente por Frédéric Fiechter-Boulevard (*La Notion de Vulnérabilité et sa Consécration par le Droit*. In: *Vulnérabilité et Droit*. Presses Universitaires de Grenoble : Grenoble, 2000), como “a explicação para as regras de proteção do consumidor”. Parece correta a definição do jurista francês, pois, se a lei consumerista tem como escopo a busca da igualdade nas relações jurídicas através de regras de proteção e defesa da parte mais fraca, não devem as mesmas regras ser utilizadas em situações nas quais não haja disparidades. Além disso, tão grave quanto deixar de usar tais regras em casos de desigualdade é a sua utilização nas situações de isonomia, criando, em função da desnecessidade, a própria desarmonia. Justamente por isso, tem-se como a pedra de toque da proteção dispensada aos consumidores a adoção de um critério que privilegie a averiguação da vulnerabilidade.” (Ibid. p. 3-4). Do Superior Tribunal de Justiça, colhem-se julgados demonstrativos de que a posição prevalente é, de fato, a já aludida finalista aprofundada: “Corretagem de valores e títulos mobiliários. Relação de consumo. Incidência do CDC. [...] Com isso, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei n. 8.078/1990, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. A despeito disso, a jurisprudência tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado. Nesse sentido, esta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte, embora não seja destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade.” (Superior Tribunal de Justiça. REsp nº. 1.599.535-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., v.u., j. 14.3.2017). No mesmo sentido o REsp nº. 1.176.019-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., v.u., j. 20.10.2015. “[...] Recurso especial. Ação regressiva. Seguro. Pessoa jurídica. Transportadora que contrata seguro para proteção de sua frota

protetiva, como se disse, responsável por avanços consideráveis no País, não deve ser mal aplicada.

Discussão desse mesmo teor foi levada à II Jornada de Direito Comercial, realizada em 27.2.2015. Especificamente quanto ao contrato de seguro *D&O*, a proposição nº. 3.7 teve por escopo reputar o Código de Defesa do Consumidor inaplicável a este contrato. Eis o texto proposto:

Proposição 3.7. O contrato de seguro dos administradores (D&O Insurance), celebrado entre a companhia seguradora e a sociedade empresária (tomadora) não se submete às normas do direito do consumidor, sem prejuízo da incidência do disposto nos artigos 423 e 424 do Código Civil.

O enunciado, tal como apresentado, caminhava claramente na direção do racional explicitado linhas acima. A sociedade empresária (tomadora) não é vulnerável. As estatísticas disponíveis a respeito da contratação desse seguro revelam que a maioria esmagadora das empresas contratantes têm capital aberto em bolsa de valores,<sup>649</sup> negociam títulos, *bonds*, operam no Brasil e no exterior e seus executivos (os segurados), no mesmo sentido, não são e nem mesmo podem ser hipossuficientes. Conveniente, a esta altura, lembrar do disposto no artigo 153 da Lei nº. 6.404, de 15.12.1976,<sup>650</sup> especificamente quanto à interpretação comumente adotada pela doutrina no que toca ao grau de diligência exigido dos administradores.

Aos executivos de sociedades, considerando a relevância do cargo que exercem, exige-se consideravelmente mais do que o padrão de diligência característico ao *bonus pater familiae*. O “velho homem-médio”, de formação e conhecimento medianos, não tem condições para administrar uma sociedade, seja pequena, quiçá as de grande porte.<sup>651</sup>

Conhecimento profundo, a ser adquirido nas boas escolas de administração, economia, engenharia de produção, aliado à rica experiência prática, são ingredientes essenciais, sem os quais essa tarefa se torna de difícilíssima consecução. Ao invés do ultrapassado *bonus pater*

e contra danos causados a terceiros. Destinatária final do produto. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Necessidade de análise conjunta do critério da vulnerabilidade.”

<sup>649</sup> A respeito da pujança da maioria das sociedades contratantes do seguro *D&O* remete-se aos dados apresentados na introdução, especificamente à fl. 20 e nota de rodapé nº. 53.

<sup>650</sup> Lei nº. 6.404, de 15.12.1976. Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

<sup>651</sup> Esta temática será observada detalhadamente no capítulo 2.

*familiae*, é preciso abrir espaço para o *businessman* ou, no vernáculo, o homem experiente de negócios. Nelson Eizirik explica a questão da seguinte forma:

O dever de diligência, de acordo com o moderno direito societário, não pode mais ser entendido simplesmente como o cuidado do bom pai de família. Atualmente, para se verificar se um administrador observou o dever de diligência, é preciso comparar, hipoteticamente, sua atuação com o de um bom administrador de empresas. Ou seja, avaliar, caso a caso, qual seria a atitude recomendável, naquelas circunstâncias específicas, naquele tipo de negócio, de acordo com as normas da ciência da administração de empresas. Neste sentido, destaca-se a Lei alemã (*AktG*) de 1965 que determina, em seu art. 93, que “os membros da direção devem dar à sua gestão os cuidados de um administrador competente e consciencioso.”<sup>652</sup>

Conforme explicado por Eizirik, a lei societária brasileira poderia ter adotado redação similar à empregada pela lei alemã, ou, ainda, pelas leis portuguesa, espanhola, argentina e norte-americana, cujos textos se referem a uma qualificação diferenciada para o exercício do cargo.<sup>653</sup>

---

<sup>652</sup> EIZIRIK, Nelson. *Deveres dos administradores de S.A. Conflito de interesses. Diretor de S.A. indicado para conselho de companhia concorrente*. In *Temas de direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 68. No mesmo passo a lição de Modesto Carvalhosa: “São insuficientes os atributos de diligência, honestidade e boa vontade para qualificar as pessoas como administradores. É necessário que se acrescente a competência profissional específica, traduzida por escolaridade ou experiência e, se possível, ambas. O próprio art. 152 expressamente estabelece esses requisitos, ao falar em competência, reputação profissional e tempo de dedicação às suas funções”. (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. São Paulo: Saraiva. 1998, p. 228) e Fran Martins: “Constituindo a sociedade anônima uma instituição, se bem que os administradores possam praticar atos que ultrapassem os que lhe são impostos pela lei ou pelo estatuto, tem-se requerido para esses administradores qualificações profissionais especializadas, donde os simples cuidados de um homem ativo e probo (ou, na expressão clássica, a diligência de um bom pai de família) serem insuficientes para capacitar tais pessoas a dirigirem as sociedades anônimas.” (MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. v 2. t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 361-362).

<sup>653</sup> Flávia Parente, em obra exclusivamente dedicada ao dever de diligência dos administradores, fez um apanhado das legislações de Portugal, Espanha, Argentina e Estados Unidos da América, cujos textos referem-se a um *plus* na qualificação dos administradores: “O dever de diligência encontra-se previsto no Código das Sociedades Comerciais português (Decreto-lei nº. 49.381, de 15.11.1969), no seu artigo 64º, que dispõe que: ‘os gerentes, administradores ou diretores de uma sociedade devem atuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores.’ [...] Posteriormente, a Lei das Sociedades Anônimas espanhola, de 1951 (*Ley de 17 de Julio de 1951 de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas*), abandonou a concepção tradicional da figura do administrador como mandatário para concebê-lo como órgão da sociedade. Com a adoção desse novo modelo, substituiu-se a figura do bom pai de família e passou-se a exigir dos administradores, no desempenho de seu cargo, a diligência de ‘*un ordenado comerciante y de un representante leal*’. [...] Com a reforma legislativa empreendida em 1989, o dever de diligência passou a ser tratado no artigo 127.1 da atual Lei das Sociedades Anônimas espanhola, nos seguintes termos: ‘*Artículo 127. Ejercicio del cargo. 1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal.*’ [...] O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas, assim o de lealdade, encontram-se disciplinados no artigo 5º da Lei de Sociedades Comerciais argentina (Lei nº. 19.550, de 1972) que dispõe que ‘*los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.*’” (PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 55-63). Quanto à regulação dos Estados Unidos da América, a autora explica que o § 8.30 do *Model Business Corporation Act*, de 1984, teve sua redação sensivelmente alterada em 1999, suprimindo-se o item (2) cujos dizeres mencionavam a “*ordinarily prudent person*”, entendendo-se, a partir de então, que o

Por essas razões e sobretudo considerando a ressalva consignada no enunciado proposto, quanto à aplicação dos artigos 423 e 424 do Código Civil,<sup>654</sup> a incidência do Código de Defesa do Consumidor no âmbito do contrato de seguro *D&O*, seja quanto aos segurados (diretores, conselheiros e administradores), seja quanto à tomadora (sociedade), afigura-se incorreta, justamente por constituir uma moldura jurídica não merecedora da tutela protetiva assegurada pela Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor.<sup>655</sup>

---

padrão de diligência exigível seria mais qualificado. “Em 1999, a redação do 8.30 (a) do *Model Act* foi alterada para eliminar o item (2) do preceito, uma vez constatada a inadequação da referência a “*ordinarily prudent person*” às funções do administrador. Com efeito, o administrador de uma sociedade não pode ser equiparado a uma “pessoa comum”. (...). (Ibid. p. 66).

<sup>654</sup> Código Civil. Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

<sup>655</sup> A jurisprudência brasileira vem se mostrando refratária à aplicação do Código de Defesa do Consumidor em discussões havidas entre tomadores, segurados e seguradoras. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº. 0035225-17.2012.8.19.0209. Relator: Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos 18ª Câmara Cível. v.u., j. 11.10.2017. “Apelação Cível. Direito securitário. Agravos retidos não conhecidos, pois não reiterados. Contrato de seguro de responsabilidade civil por ato de administradores. RC D&O (Directors and Officers Insurance). Relação de consumo não configurada. Contrato celebrado entre pessoas jurídicas de grande porte. Inexistência de vulnerabilidade. Equilíbrio contratual.” Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº. 1025767-63.2013.8.26.0100. Relator Desembargador Enio Zulani. 4ª Câmara de Direito Privado. v.u., j. 22.5.2014. “Neste ponto, de se salientar que mesmo que fossem aplicadas as disposições do CDC - o que é discutível porque a natureza do seguro de responsabilidade civil geral do administrador se aproxima de um contrato empresarial, no qual grandes companhias buscam proteger financeiramente o administrador na condução do negócio as disposições do contrato são claras, válidas e foram aprovadas pela SUSEP Superintendência de Seguros Privados.” Também do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Risível a alegação pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor a uma das maiores empresas do Brasil em um contrato de nítido caráter

empresarial como o de seguro de responsabilidade civil dos administradores da empresa, em razão da função por eles exercidas. É o que basta para afastar o regime jurídico pretendido.” (Processo nº. 1108961-19.2017.8.26.0100, 11ª Vara Cível. Sentença. j. 2.8.2018). Conquanto proveniente do ordenamento jurídico norte-americano, a percepção de J. Bisceglia quanto à inaplicabilidade de leis protetivas de consumidores a tomadores e administradores do seguro *D&O* mostra-se em linha com a posição que vem sendo adotada pela jurisprudência brasileira. “Although judges sometimes sympathize with ordinary consumers forced to decipher policyspeak, a similar argument on behalf of a corporation would probably not be successful. Directors and officers may be as naive as the ordinary consumer about insurance, but corporations often employ risk managers, who possess sophistication equal to the insurance company's about policy provisions. Thus, the corporation would probably not make much headway with a reasonable-expectations argument. Furthermore, D&O insurance is negotiable, the particular policy created in bargaining sessions between the corporation's risk manager and the insurance company's representative. In the present competitive market, the corporation is in a position to bargain.” (BISCEGLIA, Julie J. *Practical aspects of directors' and Officers' liability insurance – allocating and advancing legal fees and the duty to defend*. In *UCLA Law Review*. v. 32: 690. 1985. Disponível em [www.heinonline.com](http://www.heinonline.com), visitado em 8.10.2018. p. 706). Também Tom Baker e Sean Griffith: “As noted, the D&O market has sophisticated parties on both the buyer's and seller's side of the transaction. In addition, expert intermediaries - specialized D&O insurance brokers - typically facilitate the transaction.” (BAKER, Tom. GRIFFITH, Sean J. *Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' & Officers' Liability Insurance Market*. In *The University of Chicago Law Review*. nº. 74. 2007. Disponível em [http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty\\_scholarship/52](http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/52), acessado em 28.03.2017, p. 502).



Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber,<sup>656</sup> ao examinarem os ambientes comercial e societário, detectam um distanciamento dos valores existenciais que justificam e ensejam a aplicação da tutela protetiva. O comentário é preciso e arremata o ponto:

O ambiente comercial e societário, e, em particular, o ambiente interempresarial, são palco de interesses distintos daqueles que guiam as relações obrigacionais comuns, e se encontram ainda mais distantes dos valores existenciais que recomendam uma tutela protetiva. [...] Os standards de comportamento são distintos.

Por mais que o arcabouço legal e regulatório dos contratos de seguro no Brasil conduza, obrigatoriamente, à sua padronização e que, por consequência, as contratações ocorram invariavelmente por adesão, é preciso interpretar as situações que dizem respeito aos vulneráveis e aos não vulneráveis de modo distinto. Com especial atenção ao contrato de seguro *D&O*, por observar-se que a contratação se dá entre hipersuficientes entende-se pela não aplicação da lei protetiva, sem prejuízo, obviamente, de que se apliquem os remédios previstos no Código Civil, isto é, às relações paritárias. Em síntese, o fato de haver contratação por adesão não implica, automática e necessariamente, na aplicação da lei protetiva.

### 3.1.7. Se lhe aplica a disciplina dos seguros por conta de terceiros

Em termos gerais, aquele que detém um interesse legítimo contratará o seguro para tutelar a si mesmo, isto é, o seu próprio interesse legítimo. Assim costuma ocorrer em hipóteses as mais variadas quando, *e.g.*, (i) contrata-se um seguro cujo interesse legítimo recai sobre uma parcela destacada do patrimônio próprio (um carro, uma casa), (ii) quando se viaja ao exterior e se contrata o seguro viagem, (iii) quando se busca a tutela para riscos decorrentes de acidentes pessoais (seguro de acidentes pessoais), desemprego (seguro prestamista), aquisição da casa própria (seguro de crédito vinculado ao sistema financeiro de habitação) etc. Esses exemplos têm um traço que os une, qual seja, tomador e segurado

---

<sup>656</sup> SCHREIBER, Anderson e TEPEDINO, Gustavo. *Os efeitos da Constituição em relação à cláusula geral de boa fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil*. in *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 42-43.

representam a mesma pessoa, seja física ou jurídica. O interesse legítimo é atribuído àquele que conclui a contratação do seguro.

Estrutura diferente se apresenta quando tomador e segurado não correspondem à mesma pessoa, o que, também costuma ocorrer em variadas hipóteses que ampliam formidavelmente o alcance dos contratos de seguro. Alguns exemplos ilustram essa segunda estrutura: (i) a sociedade, na qualidade de estipulante, resolve contratar, coletivamente, o seguro-saúde para todos os seus empregados que, a partir de então, passam à condição de segurados (CC, art. 801);<sup>657</sup> (ii) a ascendente resolve contratar o seguro de vida nomeando os seus dois descendentes como beneficiários; (iii) a construtora, por determinação do investidor que lhe contratou à execução da obra, contrata seguro-garantia nomeando-o como segurado (Circular SUSEP nº. 477, de 30.9.2013) e (iv) a sociedade, seja para atrair administradores talentosos, seja para protegê-los e/ou para proteger-se diante de eventuais demandas de responsabilidade, contrata o seguro *D&O* por conta de seus administradores.<sup>658</sup>

A segunda estrutura, na qual tomador e segurado representam centros de interesses distintos, representa o instituto dos chamados seguros por conta de outrem, previstos no art. 767,<sup>659</sup> cujo enunciado normativo outorga ao segurador a possibilidade de opor ao segurado todas as defesas que tenha contra o estipulante o que, no âmbito do contrato de seguro *D&O*, representa questão complexa e que fomenta debates os mais interessantes.

Figurando a sociedade como tomadora e, assim, como responsável pela prestação de informações relativas às suas atividades e às de seus administradores à seguradora, como tratar a questão concernente à omissão de informações relevantes e à prestação de informações incompletas e/ou inverídicas? A conduta (ação ou omissão da tomadora) será oponível aos segurados, mesmo que eles sejam inocentes? Note-se que o exame do enunciado normativo previsto no art. 767 do Código Civil permite concluir de maneira afirmativa, já que *“no seguro à conta de outrem, o segurador pode opor ao segurado quaisquer defesas que tenha contra o estipulante, por descumprimento das normas de conclusão do contrato, ou de*

<sup>657</sup> Art. 801. O seguro de pessoas pode ser estipulado por pessoa natural ou jurídica em proveito de grupo que a ela, de qualquer modo, se vincule. § 1º O estipulante não representa o segurador perante o grupo segurado, e é o único responsável, para com o segurador, pelo cumprimento de todas as obrigações contratuais. § 2º A modificação da apólice em vigor dependerá da anuência expressa de segurados que representem três quartos do grupo.

<sup>658</sup> Note-se bem: no âmbito do seguro *D&O* o interesse legítimo poderá ser detido tanto pelos administradores, quanto pela sociedade tomadora que, em assim sendo, passará à condição de segurada. No item dedicado às coberturas este tema será aprofundado.

<sup>659</sup> Art. 767. No seguro à conta de outrem, o segurador pode opor ao segurado quaisquer defesas que tenha contra o estipulante, por descumprimento das normas de conclusão do contrato, ou de pagamento do prêmio.

*pagamento do prêmio*”. Mas, esta solução simplista, por assim dizer, afigura-se coerente, quando se reflete sobre os pressupostos ensejadores da responsabilidade de administradores no direito brasileiro, essencialmente atrelados à culpa individual?<sup>660</sup>

O instituo dos seguros por conta de outrem é bastante antigo e de franca aplicabilidade aos contratos de seguro em geral, como se pôde perceber por meio dos exemplos referidos anteriormente. Diversas teorias se apresentam com o propósito de explicá-lo, tais como a gestão de negócios (a seguradora seria gestora de negócios do segurado, o que soa equivocado, já que gestão de negócios não há), mandato ou representação (a seguradora como mandatária do segurado, o que se revela não menos equivocado) e a estipulação a favor de terceiro.<sup>661</sup> O instituto se apresenta de formas bastante diferentes, cada qual com as suas próprias características e regimes jurídicos, tomando como norte a titularidade do interesse legítimo: se própria, se de outrem.<sup>662</sup>

---

<sup>660</sup> A propósito da culpa como fundamento à responsabilidade de administradores no ordenamento jurídico brasileiro remete-se o leitor ao capítulo 2. A discussão quanto à plena aplicabilidade do enunciado normativo previsto no art. 767 do Código Civil ao contrato de seguro *D&O* será abordada no item dedicado à contratação, posteriormente.

<sup>661</sup> A ‘estipulação a favor de terceiro’ como o instituto de direito civil que melhor explica o ‘seguro por conta de outrem’, como instituto do ‘direito dos seguros’, se se permite afirmar a existência de um ‘direito dos seguros’ propriamente dito para além do direito civil, é adotado de maneira tranquila pela doutrina. Embora com algumas sutilezas e contextualizações que serão realizadas a seguir, pode-se afirmar com convicção que há uma clara convergência entre os dois institutos. Cita-se, a propósito, Fernández Sánchez Calero: “Se ha discutido ampliamente por la doctrina al estudiar la naturaleza jurídica del seguro por cuenta ajena si estamos ante un negocio representativo, una gestión de negocios, un contrato de comisión, un negocio a favor de tercero o si puede encuadrarse dentro de la doctrina de la sustitución. Aun cuando la cuestión no es fácil de resolver, parece más conveniente aceptar la tesis que encuadra esta figura dentro del negocio a favor de tercero, porque si bien es cierto que el artículo 7, en especial en párrafo final, ha dado solución a un conjunto de problemas que con anterioridad trataba de resolver la doctrina, el encuadramiento de la figura que estamos estudiando dentro del esquema del contrato a favor de tercero – con el art. 1257-2 del Código Civil – puede ayudar a dar respuesta a otras cuestiones que con el artículo 7 no se puedan resolver, quedando en firme, claro está, que el seguro por cuenta ajena no puede ser contratado en favor de un tercero cualquiera, sino únicamente a favor de la persona que resulte titular del interés asegurado en el momento del siniestro, de manera tal que el tomador del seguro por falta de interés nunca puede obtener el derecho a la prestación del asegurador que deriva del contrato.” (SÁNCHEZ CALERO, Fernández. *Ley de contrato de seguro*. 4 ed. Dir. F. Sánchez Calero. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 219). O art. 1257 do Código Civil espanhol dispõe: “Artículo 1257. Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada.” Na Itália, colhe-se doutrina nesta mesma direção. PUTZOLU, Volpe, *L’assicurazione*. Milano: Griuffrè, 1968. p. 104 et seq.

<sup>662</sup> “Para que el tomador del seguro participe en el contrato actuando por cuenta ajena, es preciso que exista una tercera persona (el asegurado) titular. De interés determinado ajeno al tomador del seguro, porque en definitiva la distinción entre seguro por cuenta propia y seguro por cuenta ajena está basada en la diferencia del sujeto que es titular del interés del asegurado. En el primer caso, este titular es el tomador del seguro, en el segundo, el titular del interés es un tercero”. (SÁNCHEZ CALERO, Fernández. *Ibid.* p. 219). A referência à contratação por conta própria ou de outrem na Espanha se colhe do art. 7 da Ley nº. 50, de 8.10.1980. “Artículo 7. El tomador

Antigono Donati ressalta a importância do instituto e o divide em três categorias distintas, quais sejam: (i) *o seguro por conta de outrem* – “assicurazione per conto altrui” - no qual há uma separação entre a pessoa do tomador e a pessoa do segurado (o interesse legítimo tutelado é o do segurado); (ii) *o seguro concluído para uma terceira pessoa* – “assicurazione sulla persona di un terzo” - no qual a separação se dá entre o tomador-segurado, representando a mesma pessoa, e o beneficiário, no outro pólo da relação jurídica (aplicabilidade exclusiva aos seguros de pessoas) e (iii) *o seguro a favor de um terceiro* – “assicurazione a favore di terzi” – a separação ocorre entre tomador-segurado e o beneficiário. As espécies (ii) e (iii) são semelhantes: a (ii) aplica-se exclusivamente aos seguros de pessoas; a (iii) aos demais seguros.

Especificando as três categorias, Donati inicia propondo um desdobramento da primeira categoria, a do seguro por conta de outrem. Nesta, o autor acrescenta tanto o seguro por conta de outrem (um terceiro, previamente definido), quando um terceiro indefinido por ocasião da conclusão do contrato, abrindo espaço para o chamado seguro por conta de quem se espera - *assicurazione per conto di chi spetta*.<sup>663</sup> A esta primeira categoria amolda-se o

---

del seguro puede contratar el seguro por cuenta propia o ajena. En caso de duda se presumirá que el tomador ha contratado por cuenta propia. El tercer asegurado puede ser una persona determinada o determinable por el procedimiento que las partes acuerden. Si el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas, las obligaciones y los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado. No obstante, el asegurador no podrá rechazar el cumplimiento por parte del asegurado de las obligaciones y deberes que correspondan al tomador del seguro. Los derechos que derivan del contrato corresponderán al asegurado o, en su caso, al beneficiario, salvo los especiales derechos del tomador en los seguros de vida.”

<sup>663</sup> L’ass. per conto di terzi e quella per conto di chi spetta in nome proprio sono per il diritto assicurativo molto più interessanti della precedente: si ha la prima quando lo stipulante sa e dichiara (ass. per conto di terzo denominato), si ha la seconda quando non sa o comunque non dichiara chi sarà il titolare dell’interesse assicurato al momento del sinistro (ass. per conto di terzi indeterminati o per conto di chi spetta). La prima nasce ben presto nella ass. marittima [...]. L’ass. per conto di terzi indeterminati o per conto di chi spetta (in questa è compresa anche la persona del contraente) permette adunque l’assicurazione quando sia incerto chi sia il titolare dell’interesse al momento della conclusione del contratto (titolari incerti o alternativi: ad es. controversia sulla proprietà); quando vi siano più titolari e non è possibile specificarne preventivamente la quota (titolari cumulativi; ad es. condominio); quando infine muti il titolare durante l’esposizione al rischio (titolari successivi: ad es. alienazione). (DONATI, Antigono. *Manuale delle assicurazioni private*. Milano: Giuffrè, 1956. p. 156-157). O fundamento legal para os seguros por conta de outrem e por conta de quem se espera está previsto no art. 1891 do Código Civil italiano. “Art. 1891 Assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta. Se l’assicurazione è stipulata per conto altrui o per conto di chi spetta, il contraente deve adempiere gli obblighi derivanti dal contratto, salvi quelli che per loro natura non possono essere adempiuti che dall’assicurato. I diritti derivanti dal contratto spettano all’assicurato, e il contraente, anche se in possesso della polizza, non può farli valere senza espresso consenso dell’assicurato medesimo. All’assicurato sono opponibili le eccezioni che si possono opporre al contraente in dipendenza del contratto. Per il rimborso dei premi pagati all’assicuratore e delle spese del contratto, il contraente ha privilegio sulle somme dovute dall’assicuratore nello stesso grado dei crediti per spese di conservazione (2756).” Luigi Farenza esclarece a respeito da plena aplicabilidade dessa categoria aos seguros de transportes, no qual o responsável pelo transporte poderá não saber, no momento da

contrato de seguro *D&O*, no qual a sociedade tomadora (pessoa distinta do administrador) efetiva a contratação por conta de seus executivos. Habitualmente, a elegibilidade dos executivos da sociedade tomadora ao seguro é realizada de maneira aberta, em oposição à nominal, atualmente em desuso.<sup>664</sup> A abertura é eficaz tanto por ocasião da conclusão do contrato (todos os executivos neste momento passam à condição de segurados), quanto para o seu desenvolvimento posterior (administradores demitidos deixarão de ser segurados; os admitidos passarão à condição de segurados, independentemente de endosso da apólice).

A segunda categoria, consoante observado acima, tem aplicabilidade apenas no âmbito do seguro de pessoas. Um requisito essencial ao seu estabelecimento é que o tomador-segurado tenha interesse na vida do terceiro em nome do qual o seguro é contratado.<sup>665</sup>

Na terceira categoria, a do seguro a favor de um terceiro, tomador e segurador coincidem na mesma pessoa. Ocorre que a garantia contratada acaba por tutelar a um terceiro, que pode ser estranho ao interesse segurado.<sup>666</sup> À terceira categoria Donati atribui a disciplina

conclusão do contrato, quem será, ao fim e ao cabo, o titular da mercadoria. (FARENGA, Luigi. *Manuale de diritto delle assicurazioni private*. 5 ed. Torino: G. Giappichelli, 2016. p. 172).

<sup>664</sup> A próprio, a definição de segurado na apólice X: “Segurado. Qualquer pessoa física que seja, tenha sido ou se torne um: (i) Conselheiro ou Diretor de uma Sociedade desde que atuando em sua função na Sociedade; (ii) empregado de uma Sociedade, incluindo mas não se limitando a gestor de risco (risk manager), advogado, contador, auditor interno, desde que atuando em sua função na Sociedade; ou Não são considerados Segurados qualquer gestor de risco, advogado, contador, auditor ou consultor que não seja empregado da Sociedade, bem como qualquer liquidante, depositário, administrador do processo de recuperação judicial ou falimentar ou qualquer outro responsável por agir em nome da Sociedade em caso de insolvência desta.” (p. 11).

<sup>665</sup> Como si è detto (supra n. 100), il terzo sulla cui persona l’assicurazione è contratta, commo tale, non solo non à soggetto del contratto, ma viene in considerazione solo commo oggetto dell’interesse esposto al rischio. Pertanto: a) l’assicurato deve avere un interesse sulla persona sulla quale viene contratta l’assicurazione. [...] (FARENGA, Luigi. Ibid. p. 161) A sua disciplina legal emana do art. 1890 do Código Civil italiano. Art. 1890 Assicurazione in nome altrui Se il contraente stipula l’assicurazione in nome altrui senza averne il potere, l’interessato può ratificare il contratto anche dopo la scadenza o il verificarsi del sinistro (1399, 2031 seguente). Il contraente è tenuto personalmente ad osservare gli obblighi derivanti dal contratto fino al momento in cui l’assicuratore ha avuto notizia della ratifica o del rifiuto di questa. Egli deve all’assicuratore i premi del periodo in corso nel momento in cui l’assicuratore ha avuto notizia (1335) del rifiuto della ratifica. Luigi Farenga acrescenta que a disciplina dos seguros concluídos para terceiros tem aplicabilidade nas situações nas quais há uma relação de representação, por exemplo, genitor ou tutor de menores ou de interditados, ou quando há interesse legítimo sobre a pessoa em nome da qual se contrata o seguro: “Ciò può avvenire perché il contraente stipula in nome e per conto dell’assicurato, in virtù di un rapporto rappresentativo; ovvero perché il contraente ha in interesse (indiretto o concorrente) all’assicurazione, ed allora stipula a favore dell’assicurato”. (FARENGA, Luigi. Ibid. p. 171). No Brasil, há correspondência legal ao disposto no art. 790 do Código Civil. “Art. 790. No seguro sobre a vida de outros, o proponente é obrigado a declarar, sob pena de falsidade, o seu interesse pela preservação da vida do segurado. Parágrafo único. Até prova em contrário, presume-se o interesse, quando o segurado é cônjuge, ascendente ou descendente do proponente.”

<sup>666</sup> “Si ha assicurazione a favore di terzo in senso tecnico quando, pur coincidendo in una sola persona la figura del contraente e quella di assicurato (sì che si tratta sempre di assicurazione per conto del contraente), con queste non coincide la figura del beneficiario, cioè di colui a cui favore è stipulata la prestazione dell’assicuratore, che può essere un estraneo all’interesse assicurato.” (DONATI, Antigonò. Idib. p. 162).

da estipulação a favor de terceiro, segundo os termos previstos no art. 1.411 do Código Civil italiano.<sup>667</sup> Luigi Farenga, por sua vez, afirma que a estipulação a favor de terceiro amoldar-se-ia ao seguro por conta de outrem ou por conta de quem se espera,<sup>668</sup> isto é, a primeira categoria mencionada por Donati.

À terceira categoria a sistemática do seguro garantia parece se amoldar. O risco transferido à seguradora é o de inadimplemento do tomador, pessoa jurídica diferente daquela para a qual o seguro é contratado, habitualmente chamado de segurado.<sup>669</sup> Ora, se o risco assegurado é o de inadimplemento do próprio tomador, o terceiro a favor do qual a garantia é contratada tem muito mais a feição de um beneficiário do que o de um segurado propriamente dito, como se observa no seguro *D&O*.

Entenda-se bem a diferença: como se afirmou, no seguro garantia, o risco de inadimplemento é do tomador; no seguro *D&O*, o risco financeiro transferido à seguradora decorre do ato de gestão do administrador-segurado. Em regra, o seguro-garantia será gratuito para o chamado segurado (prefere-se chamá-lo por beneficiário, porque o contrato de seguro lhe é gratuito), uma vez que o prêmio é pago pelo tomador. No seguro *D&O*, por mais que o prêmio seja pago pela sociedade tomadora, seria equivocado afirmar que há gratuidade para com o administrador-segurado. É óbvio que se a sociedade o paga é porque o faz a título de remuneração, bônus ou possível benefício atribuído aos administradores.<sup>670</sup> A diferença em questão demarca os dois tipos.

---

<sup>667</sup> “L’ass. a favore di terzi ha la natura di contratto a favore di terzi ai sensi dell’art. 1411; essa è valida quando lo stipulante vi ha interesse (art. 1411) o, nell’ass. vita, in ogni caso (art. 1920). [...] Poichè il terzo acquista un diritto proprio (art. 1415, 1920), a lui non sono opponibili le eccezioni personali allo stipulante, ma poichè il suo diritto nasce dal contratto, gli sono opponibili le eccezioni dal contratto derivanti (art. 1413).” (DONATI, Antigono. Ibid. p. 163-164). Artigo 1411 do Código Civil italiano: “Art. 1411 Contratto a favore di terzi. È valida la stipulazione a favore di un terzo (1875, 1920), qualora lo stipulante vi abbia interesse (1174). Salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione. Questa però può essere revocata o modificata dallo stipulante, finché il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente, di volerne profittare (1920 e seguenti). In caso di revoca della stipulazione o di rifiuto del terzo di profittarne, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante, salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto.

<sup>668</sup> Ao comentar o art. 1891 do Código Civil italiano (reproduzido na nota de rodapé nº. 43), Farenga propõe: “La fattispecie in esame viene correttamente ricondotta nell’ambito della figura generale del contratto a favore di terzi (art 1411 ss. c.c.), il quale – stabilisce il comma 1 dell’art. 1411 c.c. – è valido se lo stipulante ha interesse a stipulare a favore del terzo. Como detto, nell’assicurazione, il contraente ha un interesse, seppur indiretto o concorrente, a stipulare a favore dell’assicurato”. (FARENGA, L. Ibid. p. 173).

<sup>669</sup> Circular SUSEP nº. 477, de 30.9.2013. Art. 2º O Seguro Garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado. Art. 6º. Para fins desta Circular definem-se: I – Sinistro: o inadimplemento das obrigações do tomador cobertas pelo seguro; II – Tomador: devedor das obrigações por ele assumidas perante o segurado.

<sup>670</sup> A assertiva é de Pedro Pais de Vansconcelos. “Com uma maior divulgação do D&O Insurance, passou a haver, numa mesma administração de uma mesma sociedade, administradores com seguros diferentes,

Antigono Donati, Luigi Farenza e Fernández Sánchez Calero, como se observou, concordam quanto à adequação da estipulação a favor de terceiro como o instituto que, no direito civil, respalda o seguro por conta de outrem, embora o façam com matizes diferentes. No Brasil, a estipulação a favor de terceiro encontra-se prevista nos artigos 436 a 438 do Código Civil,<sup>671</sup> possuindo forte influência do direito francês<sup>672</sup> como sendo aquela que, por primeiro, buscou uma remodelação do princípio da relatividade dos contratos.<sup>673</sup>

No que concerne ao direito do terceiro, o seu fundamento, segundo a doutrina nacional, também emana de um contrato; não um contrato convencional, mas *sui generis*,<sup>674</sup>

contratados com seguradoras diversas. Por outro lado, na prática, passaram a ser as sociedades a custear os seguros dos seus administradores, a título de *fringe benefit*.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *D&O Insurance: O seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*. Lisboa: Amedina, 2007. p. 14. A tradução para *fringe benefit* é benefício salarial. No mesmo sentido IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2005. p. 364.

<sup>671</sup> Art. 436. O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação. Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigir-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438. Art. 437. Se ao terceiro, em favor de quem se fez o contrato, se deixar o direito de reclamar-lhe a execução, não poderá o estipulante exonerar o devedor. Art. 438. O estipulante pode reservar-se o direito de substituir o terceiro designado no contrato, independentemente da sua anuência e da do outro contratante. Parágrafo único. A substituição pode ser feita por ato entre vivos ou por disposição de última vontade. (Substituição do terceiro no contrato de seguro: Art. 791. Se o segurado não renunciar à faculdade, ou se o seguro não tiver como causa declarada a garantia de alguma obrigação, é lícita a substituição do beneficiário, por ato entre vivos ou de última vontade. Parágrafo único. O segurador, que não for cientificado oportunamente da substituição, desobrigar-se-á pagando o capital segurado ao antigo beneficiário).

<sup>672</sup> *Code*. Art. 1165. Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121. Art. 1121. On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter. Na reforma do *Code* promulgada em 2016, refere-se ao seguinte dispositivo: artigo 1199. « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV. »

<sup>673</sup> Não haveria relatividade dos efeitos contratuais em caráter absoluto. O contrato é fruto do contato social. “A verdade é que nenhum dos nossos atos se circunscreve, em seus efeitos, a nós mesmos ou aos que nele intervieram diretamente. Se, de um lado, constitui verdade indelegável a de nenhum terceiro poder ser vinculado a um contrato no qual, não consentiu, por outro lado, não menos incontestável é que a existência de uma obrigação, de um contrato ou de qualquer outro ato jurídico representa um fato social, e que, como tal, produz os seus efeitos num meio social, com repercussões e reações em face de terceiros, que delas não podem escapar”. (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil. Fontes das obrigações: contratos*. v. III. 6 ed. rev. atualiz. pelo Prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. p. 134).

<sup>674</sup> A excepcionalidade do contrato como fundamento à estipulação favor de terceiro é atribuída a Caio Mário da Silva Pereira: “Finalmente vem a sua configuração como contrato. Não um contrato como todos os outros, porém *sui generis*, visto como nasce, firma-se, desenvolve-se e vive como os demais contratos, porém se executa de maneira peculiar, com a *solutio* em favor de um terceiro estranho à relação criada. Como nota Clóvis Beviláqua, que é defensor de seu caráter contratual, existe uma despersonalização do vínculo, ao contrário da generalidade dos contratos, criando o que ele denomina “relação contratual dupla”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos*. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 108).

com características próprias e derivadas de uma duplicação da relação jurídica primitiva.<sup>675</sup> A atribuição patrimonial dirigida ao terceiro deve ser gratuita<sup>676</sup> e o seu direito, diante da relação havida entre estipulante e promitente, nasce de maneira autônoma.<sup>677</sup>

Com relação à capacidade e ao consentimento do terceiro, a doutrina caminha no sentido de reputá-lo desnecessário, principalmente a considerar a atribuição positiva. Mera ciência seria o bastante para aperfeiçoá-lo.<sup>678</sup>

A questão alusiva à determinação ou indeterminação do terceiro por ocasião da feitura do contrato não é vista como um óbice à caracterização da estipulação em seu favor;<sup>679</sup> o

---

<sup>675</sup> A duplicação da relação jurídico primitiva foi comentada por Clóvis Beviláqua. “A estipulação a favor de terceiro é um caso em que se duplica a relação jurídica, ou seja, existem mais de um sujeito que são partes, um desde a formação do negócio, outro na fase de cumprimento ou execução. Segundo seu expressivo enunciado, ocorre, quando da introdução da figura em determinado tipo contratual, uma espécie de geminação, sendo a estipulação uma maneira de se elaborarem contratos geminados.” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Bahia: Fonseca Magalhaes, 1896. p. 226).

<sup>676</sup> Entre tantos outros, menciona-se Orlando Gomes: “Para haver estipulação em favor de terceiro é necessário que do contrato resulte, para este, uma atribuição patrimonial gratuita.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 196).

<sup>677</sup> O exercício do direito pelo terceiro em face do estipulante e do promitente foi cunhada por Fábio Konder Comparato: “Uma tal dissociação se apresenta no caso da estipulação a favor de terceiro. Uma parte, num contrato, estipula a uma outra o cumprimento de uma prestação a favor de um terceiro, sem que este seja representado pelo estipulante. ‘Aí se opera uma curiosa dissociação das obrigações correlativas que o contrato gera’ (Ripert et Boulanger, II, n. 640). O estipulante se obriga em face do promitente, sem se tornar seu credor. O direito de crédito nasce imediata e diretamente imputado no terceiro beneficiário. À sua vez, o promitente se torna responsável em face de duas outras pessoas, o estipulante e o beneficiário, mas não deve a prestação a não ser ao beneficiário.” (COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d’analyse dualiste de l’obligation em droit privé*. Paris : Dalloz, 1964, p. 197).

<sup>678</sup> “A sua anuência não é consentimento, é mera concordância, a qual pode se dar por qualquer ato inequívoco, que permita que o efeito do contrato seja estendido a ele” (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 45). Em sentido diverso Washington de Barros Monteiro. O autor afirma que a estipulação a favor de terceiro somente se aperfeiçoa “no momento em que o terceiro manifesta o propósito de aceitar o benefício prometido”. (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Direito das obrigações. 2ª parte. Contratos, declarações unilaterais de vontade e obrigações por atos ilícitos*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 53).

<sup>679</sup> “O terceiro beneficiário deve ser designado, determinada e individualmente, no momento da estipulação. Pode o terceiro ser uma pessoa indeterminada, contanto que determinável. Essa determinação é sobretudo importante nos contratos de seguros em benefício de terceiros. Carece de valor a estipulação em favor de um terceiro indeterminado e indeterminável. Entretanto, admite-se a validade da estipulação em relação a uma pessoa futura como beneficiária, v.g., se uma pessoa cede um terreno a uma municipalidade para construção de uma igreja, a fábrica paroquial desta igreja, criada posteriormente, pode exigir o cumprimento dessa obrigação.” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. fonte. p. 141). “Neste caso, o terceiro pode ser indeterminado e até mesmo inexistente no momento da estipulação, mas esperado no futuro. Também aqui os efeitos, posto que benéficos, dependem da aceitação pelo terceiro, o que significa que, embora falte o seu consentimento por ocasião do contrato, este aparece supervenientemente, exatamente como no caso do negócio sobre patrimônio alheio.” (ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 220). Especificamente quanto à ‘determinabilidade’, Caio Mário comunga da posição quanto à possibilidade de que o terceiro seja até mesmo indeterminado por ocasião da conclusão do contrato: “Outro aspecto a considerar reside na indagação formulada pela doutrina (Clain et Capitant, Mazeaud et Mazeaud, De Page) se é válida a estipulação em favor de pessoa indeterminada e futura. Pelo nosso direito não padece dúvida. Somente a indeterminação absoluta do credor invalida o contrato. Se o terceiro é momentaneamente indeterminado, mas susceptível de identificação



problema, no entanto, ocorre quando não se sabe, ao certo, se o terceiro efetivamente estará presente para fins de exercer o seu direito. Nesse passo, Luciano de Camargo Penteado curva-se ao que ele mesmo denomina por recorrência sóciojurisprudencial, mas, diante da inexistência do terceiro, propõe uma solução diferente, qual seja, ao invés da estipulação em seu favor, a adoção de outro instituto, qual seja, o contrato aberto em seu favor (arts. 467 e seguintes do Código Civil).<sup>680</sup>

Entretanto, o argumento favorável às seguradoras, de que o terceiro não foi parte, tem algo de racionalidade e, talvez, se bem explorado, permitiria identificar uma “estipulação a favor de terceiro eventual”, que não é regulada pelo Código, mas uma categoria a ser construída pela doutrina a partir da recorrência sóciojurisprudencial ou, o que parece mais apurado, um contato aberto a favor de terceiro.<sup>681</sup>

Concorda-se quanto à aplicação da estipulação a favor de terceiro como instituto capaz de explicar a operabilidade dos seguros por conta em suas diversas categorias. Vale esclarecer, contudo, que o direito autônomo, referido por Fábio Konder Comparato, e a atribuição patrimonial gratuita, referida por Orlando Gomes, não se apresentam de maneira absoluta, isto é, para todas as espécies de contratos de seguros.

A apregoada autonomia do direito a ser exercido pelo terceiro, isto é, algo que seria independente da relação jurídica original, não parece amoldar-se de forma hígida à generalidade dos contratos de seguro. Ora, em matéria de seguro automóvel, a embriaguez do segurado poderá caracterizar agravamento do risco e, assim, privar o terceiro do direito à

---

(determinável), o ato é válido. O mesmo dir-se-á da futuridade, desde que ligada a fatores positivos de caracterização, como a referência aos herdeiros do estipulante ou de pessoa conhecida, alusão à prole de certo casal etc.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. cit.* p. 110-111).

<sup>680</sup> Art. 467. No momento da conclusão do contrato, pode uma das partes reservar-se a faculdade de indicar a pessoa que deve adquirir os direitos e assumir as obrigações dele decorrentes. Art. 468. Essa indicação deve ser comunicada à outra parte no prazo de cinco dias da conclusão do contrato, se outro não tiver sido estipulado. Parágrafo único. A aceitação da pessoa nomeada não será eficaz se não se revestir da mesma forma que as partes usaram para o contrato. Art. 469. A pessoa, nomeada de conformidade com os artigos antecedentes, adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes do contrato, a partir do momento em que este foi celebrado. Art. 470. O contrato será eficaz somente entre os contratantes originários: I - se não houver indicação de pessoa, ou se o nomeado se recusar a aceitá-la; II - se a pessoa nomeada era insolvente, e a outra pessoa o desconhecia no momento da indicação. Art. 471. Se a pessoa a nomear era incapaz ou insolvente no momento da nomeação, o contrato produzirá seus efeitos entre os contratantes originários.

<sup>681</sup> PENTEADO, Luciano de Camargo. *Ibid.* p. 150. A recorrência sócio-jurisprudencial referida pelo autor decorre da consolidação do entendimento pretoriano no sentido de admitir a chamada ação direta de terceiro contra a seguradora e o segurado, conjuntamente, na relação jurídico-processual, decorrente da contratação de seguro de responsabilidade civil. O fundamento de direito civil invocado pela jurisprudência para sustentar a ação proposta pelo terceiro, designadamente a do Superior Tribunal de Justiça, é o da estipulação a favor de terceiro, sem embargo dos óbices anteriormente referidos. Essa matéria, inclusive, é objeto da Súmula nº. 529 daquele Tribunal. “No seguro de responsabilidade civil facultativo, não cabe o ajuizamento de ação pelo terceiro prejudicado direta e exclusivamente em face da seguradora do apontado causador do dano.”. DJ 18.5.2015.

indenização. No seguro *D&O*, suponha-se que a tomadora adquira outra sociedade e, a seguir, abra o seu capital em bolsa de valores, tudo independentemente de comunicação à seguradora. O direito dos administradores-segurados estará em xeque, o mesmo ocorrendo com o direito de eventuais terceiros lesados pelas condutas desses últimos. É preciso entender que a ‘autonomia’ do direito do terceiro não é maior nem menor que aquela outorgada ao segurado por força do contrato. As mesmas exceções que a seguradora tiver contra o segurado terá contra o terceiro, frise-se, com fundamento no contrato.<sup>682</sup>

Vale, agora, observar como essa sistemática se aplica ao contrato de seguro *D&O*. Nas décadas de 60 e 70 do século passado, nos Estados Unidos da América, o seguro *D&O* era contratado por iniciativa dos próprios administradores, pessoas físicas,<sup>683</sup> o que se revelava até mesmo lógico a considerar que o risco financeiro decorrente de demandas as mais variadas pesava sobre os seus próprios patrimônios.

Com o passar do tempo e a gradativa penetração do seguro na sociedade norte-americana, a contratação passou a ser feita pelas companhias por conta de seus

---

<sup>682</sup> Com relação ao regime de exceções oponíveis pela seguradora aos terceiros em razão de condutas do segurado, Fernández Sánchez Calero, de maneira clara, explica que o fundamento do direito do terceiro é de matriz extracontratual/responsabilidade aquiliana (perdas e danos causados pelo segurado) mas, superado este primeiro pressuposto, há que passar pelas fronteiras delimitadas pelo contrato de seguro. Limites temporais, financeiros e causais entrarão em jogo e, tanto para o segurado, quanto para o terceiro, deverão prevalecer. Assim, o tratadista espanhol conclui que as exceções contratuais que a seguradora tiver contra o segurado serão igualmente oponíveis em face dos terceiros. Na Espanha, porém, há uma intrincada controvérsia alusiva ao dolo do segurado, no sentido de que este não seria oponível aos terceiros. O tema é altamente polêmico e remete ao conflito entre os artigos 19 e 76 da Ley 50, de 8.10.1980: “El asegurador puede oponer al asegurado las mismas excepciones que podría oponer al tomador del seguro. Ha quedado indicado que el derecho del asegurado surge directamente del contrato y su posición jurídica viene condicionada por el régimen del propio contrato. El asegurado se verá influido por los hechos extintivos o impeditivos que puedan afectarle, no ya simplemente por carecer la condición de asegurado, sino también porque se hayan producido hechos que pueden impedir el nacimiento del derecho a la indemnización (v. gr. se ha extinguido el contrato por el transcurso del tiempo; están en suspenso los efectos del contrato por falta de pago de la prima etc.) El incumplimiento del deber precontractual del tomador del seguro respecto a la declaración del riesgo, la delimitación del riesgo que se haya pactado, los límites cuantitativos de la indemnización o la aplicación de la regla proporcional y, en general, cuanto resulte del régimen del contrato acordado por el tomador del seguro con el asegurado, afecta directamente la posición jurídica del asegurado. En el caso del seguro de responsabilidad civil la posición jurídica del tercero perjudicado y las excepciones que puede oponer el asegurador están sometidas al régimen especial previsto en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguros.” (SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Ley de contrato de seguro*. Ibid. p. 230).

<sup>683</sup> Assim, GUERRERO LEBRÓN, María Jesús. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*. Madrid: La Ley, 2004. p. 55; IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2005. p. 63.

administradores,<sup>684</sup> atraindo, pois, a aplicação do instituto dos seguros por conta de terceiros.<sup>685</sup>

A contratação pelas sociedades por conta de seus executivos demonstrou, claramente, uma distinção entre aquele que contratava o seguro – a sociedade, denominada tomadora do seguro – e os destinatários da cobertura securitária em si, os administradores segurados. Entendia-se, à época, que o interesse legítimo deflagrador da contratação seria apenas o dos administradores. Atualmente, há inclusive quem afirme o contrário, isto é, que o maior interesse tutelado pelo contrato seria o da sociedade,<sup>686</sup> sem embargo do interesse dos chamados *stakeholders* – trabalhadores, consumidores, colaboradores, o meio-ambiente, os concorrentes, em suma, uma contratação que deve ser concluída em atenção à sua função social.<sup>687</sup>

No Brasil, originalmente, o seguro *D&O* era contratado exclusivamente pelas sociedades por conta de seus administradores, o que era resultado de uma *práxis* negocial,<sup>688</sup> não de qualquer espécie de restrição de ordem legal a considerar que o interesse legítimo

<sup>684</sup> Nesse sentido AMARO, Anderson de Souza. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores*. In *Revista de direito empresarial*. v. 2. mar. 2014, p. 97.

<sup>685</sup> A doutrina é uniforme nesse sentido. Na Argentina, Diego Sánchez e Pablo C. Frick: “su carácter de 'seguro por cuenta de terceros', pues generalmente las figuras de tomador y beneficiario difieren ya que la sociedad suele contratar la póliza a favor de sus administradores.” (SÁNCHEZ, Diego C. FRICK, Pablo D. *El seguro de directors and officers (D&O) y su utilidad como instrumento de gestión societaria*. In *IX Congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*. San Miguel de Tucumán, 2004. p. 756). Na Espanha: PÉREZ CARRILLO, Elena F. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales. El seguro D&O en EEUU*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 43).

<sup>686</sup> Isto se passa nos Estados Unidos da América: “In the United States (where relatively speaking many more internal liability claims occur), it has even emerged in the literature that for that reason a D&O insurance policy is more in the interest of the legal entity/shareholders than in the interest of the director for whom the D&O insurance policy was taken out by the company”. (WETERINGS, Wim. *Possible conflicts of interest with D&O insurance in event of shareholders' class actions*. In *European Insurance Law Review*. n.º. 3/2013, p. 25. Disponível em [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org). Visitado em 8.10.2018).

<sup>687</sup> Nos Estados Unidos da América também se alude à função social do contrato: “D&O insurance is not only important for the directors, shareholders and the company concerned, but it also has a societal relevance.” (WETERINGS, Wim. *Ibid.* p. 25). Em Portugal, o comentário é de Diogo Leite de Campos: “A função social do seguro de responsabilidade reside também na protecção não só do segurado como também do próprio lesado. Aquele transfere para outrem o peso económico da obrigação de indemnizar. O lesado encontrar um devedor solvável e pronto.” (CAMPOS, Diogo Leite de. *A responsabilidade civil profissional de empresa e seu seguro*. In *Colóquio Luso-Francês promovido pelas secções portuguesa e francesa*. Association Internationale du Droit de L'Assurance. Novembro, 1973. p. 8).

<sup>688</sup> A *práxis* a que se referiu pode ser observada mundo afora. Nesse sentido: na Espanha: PÉREZ CARRILLO, Elena. *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*. Madrid/Barcelona, 1999, p. 246; na Itália: TOMBARI, U. *L'assicurazione della responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*. In *Banca, Borsa e Titoli di Credito*. 2 (1999), p. 183 e s.; na Alemanha: MERTENS H.J. *Bedarf der Abschluss einer D&O Versicherung durch die Aktiengesellschaft der Zustimmung der Hauptversammlung?* In *Die Aktiengesellschaft*. 10 (2000) p. 448; na França: LINEL, B; PERSONNE, J. C. *Responsabilité des dirigeants d'entreprises*. Paris, 1981. p. 51.

original era o dos próprios administradores. A *práxis* acabou positivada pela Circular SUSEP nº. 541, de 14.10.2016, no art. 4º, *caput*:

Art. 4º O seguro de RC D & O é um seguro de responsabilidade civil, contratado por uma pessoa jurídica (tomador) em benefício de pessoas físicas que nela, e/ou em suas subsidiárias, e/ou em suas coligadas, exerçam, e/ou passem a exercer, e/ou tenham exercido, cargos de administração e/ou de gestão, executivos, em decorrência de nomeação, eleição ou contrato de trabalho (segurados).

Pouco tempo depois o próprio órgão regulador publicou a Circular nº. 553, de 23.5.2017, revogando a anterior. Por meio do novo ato normativo, a contratação do seguro foi viabilizada para pessoas físicas e jurídicas, a teor do disposto no art. 4º, § 3º:

Art. 4º O seguro de RC D & O é um seguro de responsabilidade civil, contratado por uma pessoa jurídica (tomador) em benefício de pessoas físicas que nela, e/ou em suas subsidiárias, e/ou em suas coligadas, exerçam, e/ou passem a exercer, e/ou tenham exercido, cargos de administração e/ou de gestão, executivos, em decorrência de nomeação, eleição ou contrato de trabalho (segurados), ou pela própria pessoa física. [...] § 3º Os planos de seguro de RC D & O com a possibilidade de contratação por pessoa jurídica, e aqueles com a possibilidade de contratação por pessoas físicas, devem ter números de processos, correspondentes aos seus respectivos registros eletrônicos de produtos, distintos.

Nada obstante a viabilidade legal para a contratação pelas pessoas físicas dos administradores, pouco mais de um ano e meio após a publicação da Circular SUSEP nº. 553 se tem notícia de que apenas uma seguradora, no Brasil, teria iniciado a sua comercialização.<sup>689</sup>

Justifica-se o desinteresse por parte das seguradoras a partir de uma perspectiva pragmática: a sociedade tomadora contrata e responsabiliza-se pelo cumprimento do contrato perante todo o grupo de administradores segurados; a depender da envergadura da sociedade, o grupo pode ser bem grande e heterogêneo, a revelar, como se demonstrou no capítulo 2, diversos centros de interesses.<sup>690</sup>

Ora, se assim não fosse, a dificuldade de gestão do contrato de seguro *D&O* pela seguradora seria enorme; a depender da envergadura da sociedade tomadora, seria praticamente impossível. Para além disso, quão maior for o número de seguradoras participantes da regulação dos sinistros pertinentes ao mesmo grupo de administradores, mais

<sup>689</sup> Em contato mantido com as principais seguradoras que atuam no ramo de *D&O* no Brasil, a única a revelar a contratação por meio das pessoas físicas dos administradores foi a Argo Brasil Seguros S.A.

<sup>690</sup> Numa sociedade cotizada, comumente apresentar-se-ão, diretoria, conselho de administração, conselho fiscal, comitê de auditoria etc. Os membros que os compõem são diferentes e seus afazeres também.

difícil será alcançar conclusão harmônica. Por essas razões,<sup>691</sup> a contratação obedecendo a sistemática dos seguros por conta continua a ser a regra nos seguros *D&O*.

Vale dizer, contudo, que há situações nas quais a contratação por pessoa física afigure-se relevante e necessária, o que requer a atenção por parte das seguradoras em atuação no Brasil. No capítulo 2, ao discorrer a respeito da composição do conselho de administração, observou-se que este pode ser interno, isto é, composto por administradores da própria companhia, ou híbrido, isto é, formado por administradores internos e externos, havendo, inclusive, uma maior valorização por parte das agências de classificação de risco aos conselhos híbridos, justamente porque trariam em si uma maior autonomia diante da diretoria.

A posição dos conselheiros independentes pode, em não raras situações, ser antagonista à posição dos membros da diretoria. Na qualidade de responsáveis por fiscalizar a diretoria, é bastante comum observar circunstâncias nas quais aqueles estarão questionando as condutas destes. Imaginando uma sociedade que tenha contratado o seguro *D&O* para todos os seus administradores (membros da diretoria, conselheiros internos e externos), pode-se intuir que o exercício da fiscalização pelo conselho de administração vai ao encontro da

---

<sup>691</sup> Aurora Campins Cargas explicita essas razões: “el principal problema que plantea la contratación del mismo en cualquiera de sus dos ámbitos de cobertura (responsabilidad externa o interna) tiene su origen en los dos rasgos más característicos de la praxis aseguradora en este ámbito: el seguro de responsabilidad civil de administradores se contrata colectivamente y la prima la paga la sociedad administrada. En efecto, aún cuando los propios administradores pueden estipular la póliza, lo habitual es que sea la sociedad administrada la tomadora del seguro. Aún más. En ocasiones las compañías aseguradoras no admiten la posibilidad de contratar pólizas individuales por cada administrador asegurado exigiendo que sea la sociedad administrada la que concierte una póliza colectiva para todas las personas que ejercen funciones de administración dentro de la sociedad. Las razones de esta práctica contractual se explican fácilmente por las economías de escala en la contratación. A la ratio económica habría que añadir las complicaciones que se producirían entre las diferentes compañías aseguradoras ante la reclamación de responsabilidad solidaria de los administradores si cada administrador hubiese contratado su póliza con una compañía distinta los problemas derivados del ejercicio de acciones de regreso entre administradores asegurados y no asegurados en los supuestos de que no todos hubiesen concluido contratos de seguro.” (CAMPINS VARGAS, Aurora. *Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos: especial referencia al ámbito de cobertura del seguro*. In *Revista de derecho mercantil*. n. 249/2003. Civitas. p. 12). Em artigo dedicado à realidade existentes nos mercados português e espanhol, Maria Elisabete Gomes Ramos e Elena F. Pérez Carrillo ratificam o desinteresse das seguradoras pela subscrição dos riscos individualmente: “A praxis internacional relativa a este seguro, de algum modo, padronizou a via do seguro por conta de terceiros em que a sociedade surge como tomadora e os administradores surgem como segurados. Para esta prática, muito contribui a pressão negocial exercida pelas empresas seguradoras: em alguns casos estas não aceitam a celebração do contrato de seguro directamente por cada um dos administradores segurados e exigem a subscrição de forma colectiva pela própria sociedade em que aqueles exercem funções.” (PÉREZ CARILLO, Elena F. RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Responsabilidade civil e seguro dos administradores. Reflexões em torno das experiências portuguesa e espanhola*. In *Boletim da faculdade de direito da Universidade de Coimbra*. nº. 82. 2006, p. 295-296. Disponível em [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org), visitado em 11.9.2017).

contratação de apólice de *D&O* distinta, preferencialmente com outra seguradora, viabilizando, dessa maneira, a tutela mais eficiente de cada qual.<sup>692</sup>

Finalizando o item e considerando que a contratação é coletiva, não se pode esquecer que cada administrador, individualmente, é relevante. Tom Baker,<sup>693</sup> ao analisar a maneira empregada por diversas seguradoras norte-americanas para precificar o seguro *D&O*, apresentou algumas respostas inusitadas. Inicialmente, quanto à importância de cada administrador, o professor afirmou:

The underwriters we interviewed all had their own method of assessing D&O risk, the precise details of which they were typically unwilling to share. Some claimed that their underwriting process was driven by a mathematical model, while others described hashing out these decisions in discussion with colleagues around a large table. All of the underwriters we talked to, however, emphasized the importance of individual risk rating.<sup>694</sup>

A inusitada resposta apresentada por um dos subscritores entrevistados foi: “*See D&O Interviews. One joked, ‘I would have to kill you if I told you.’*”<sup>695</sup>

### 3.1.8. A contratação se dá à base de reclamação, com notificação

Ao menos antes de 1986, a contratação dos seguros sempre se dava conforme as ocorrências havidas, o que se encontrava em harmonia com as suscetibilidades próprias dos seguros de danos e de pessoas. Nos contratos de seguros destinados às embarcações, por

<sup>692</sup> O tema foi analisado por Miguel Iribarren Blanco: “Seguramente por eso, como respuesta, han reaparecido, en estos últimos meses, seguros individuales exclusivamente dirigidos a los consejeros independientes, con condiciones de cobertura para ellos bastante más favorables que los ordinarios, que, en resumidas cuentas, tratan de evitar la incertidumbre sobre si el seguro ofrecerá protección o quedará paralizado como consecuencia de causas de diversa índole. Así, por ejemplo, se restringe la nulidad del seguro por la información inexacta contenida en la declaración, especialmente cuando ésta resulte de la de documentos redactados con anterioridad por la sociedad; y se garantizan los derechos contractuales de los administradores asegurados en caso de quiebra de la sociedad.” (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2005. p. 63).

<sup>693</sup> BAKER, Tom. GRIFFITH, Sean J. *Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' & Officers' Liability Insurance Market*. cit. p. 508-509.

<sup>694</sup> Em tradução nossa: “Os subscritores que nós entrevistamos têm os seus próprios métodos de verificação do risco no seguro *D&O*, cujos detalhes eles não se mostraram favoráveis à divulgação. Alguns disseram que sua precificação era guiada por modelos matemáticos, outros disseram alcançar decisões após discutir com outros subscritores numa grande mesa. Todos os subscritores com os quais conversamos, no entanto, enfatizaram a importância de individualizar os risos examinados.”

<sup>695</sup> Em tradução nossa: “Veja entrevistas de diretores e conselheiros, subscritor #9, itens 9-11 (citado na nota 39). Um brincou: ‘eu teria que matá-lo se lhe dissesse’”.

exemplo, a contratação pelo período de vigência de um ano e o naufrágio ocorrido no decorrer deste período não permitiam qualquer dúvida quanto à caracterização do sinistro durante o período de vigência. O acidente com o automóvel, o incêndio na indústria, o falecimento do segurado, entre outros, permitiam uma análise e subscrição do risco de maneira objetiva, clara, independentemente do exame de outras circunstâncias. O que interessava, portanto, para fins de caracterização do sinistro durante o prazo de vigência da apólice era a sua ocorrência.<sup>696</sup>

Situação distinta se observava nos contratos de seguro de responsabilidade civil uma vez que a ocorrência do sinistro poderia não suscitar, instantaneamente, nem mesmo a violação do direito, tampouco a reclamação do terceiro prejudicado.

Ilustrativamente, o acidente com o automóvel de propriedade do segurado, na perspectiva do seguro de danos (o seguro cujo interesse legítimo tutela o veículo), é o quanto basta para aferir a ocorrência na espécie. Já a responsabilidade civil do segurado por suposta violação do direito de terceiros requer o exame de outros pressupostos, a começar pelo exame da: (i) efetiva responsabilidade civil do segurado (responsabilidade extracontratual – art. 186 e 927 do Código Civil); (ii) contratação da cobertura contratual aplicável à hipótese – por exemplo: o terceiro reclama danos morais não contratados na apólice e (iii) da formulação, pelo terceiro, de reclamação contra o segurado, administrativa ou judicial. A ocorrência objetiva, clara, pertinente aos seguros de danos e de pessoas, apresenta-se de maneira diferente e complexa nos seguros de responsabilidade civil.

Um fato histórico comprova a assertiva. Na Europa, durante a década de 70, ganhou notoriedade o escândalo relacionado ao uso da talidomida. Surgido como medicamento eficaz para o tratamento dos enjoos principalmente durante os primeiros meses de gestação e após ser testado em roedores sem quaisquer efeitos colaterais, o remédio foi rapidamente prescrito para milhares de mulheres ao redor do mundo.<sup>697</sup>

---

<sup>696</sup> SKINNER, William P. *Allocation between claims-made and occurrence policies*. Presented at the ALI-ABA Course of Study. Insurance Coverage in the New Millennium. October 11-12. 2001, p. 4-5. Disponível em <http://www.cov.com/files/publication/2235cecb-9680-4109-a3c0-0e4cccb483ef/presentation/publicationattachment/a0158e29-354d-4351-9be1-12f2c16dc727/oid6589.pdf>.

<sup>697</sup> Para informações detalhadas a respeito do uso da talidomida e as respectivas consequências à formação dos fetos recomenda-se seja acessado o sítio do sistema de informação sobre agentes teratogênicos, da Universidade Federal da Bahia. Disponível em <http://www.siat.ufba.br/talidomida>, acessado em 11.5.2018.

Tempos depois, começaram a nascer as primeiras crianças com má formação congênita, porém, até então, não era possível identificar o nexo causal entre a tal deformidade e o uso da talidomida.

Mais tarde ainda, finalmente, comprovou-se, cientificamente, que o uso da substância por mulheres grávidas motivou o nascimento de diversos bebês com sérias deformidades congênitas.

Analisando esse histórico sob a perspectiva do seguro de responsabilidade civil, nota-se o quão complexa seria a caracterização dos sinistros com base na data de sua ocorrência. Ora, a ingestão do medicamento havia sido realizada num dado momento no tempo; a gestação evoluía até que a criança nascesse com má formação congênita. Diante dessa cronologia, em que momento, efetivamente, poderia ser caracterizado o sinistro? Seria: (i) a ingestão do medicamento; (ii) durante a gestação ou (iii) com o nascimento da criança? Ainda, o momento da formalização da reclamação também deveria ser considerado para fins de identificação do sinistro?

A questão ora apresentada revela, portanto, uma exposição que, efetivamente, pode ser longa demais, o que geraria enormes dificuldades para análise e precificação do risco em referência.<sup>698</sup> Desenhava-se, assim, o cenário que, mais tarde, culminaria com a adoção, pelo mercado segurador, do conhecido método de identificação dos riscos a partir de sua reclamação e não mais de sua ocorrência.<sup>699</sup>

Diante de tamanha exposição as seguradoras norte-americanas elaboraram uma forma diferente de subscrever os riscos dos segurados. Ao invés de ater-se à ocorrência dos sinistros, o fato gerador passaria a ser a reclamação apresentada pelo terceiro. Assim ocorreu o

---

<sup>698</sup> A questão relativa aos riscos de latência prolongada é sensível para as seguradoras que, obrigatoriamente, devem constituir suas reservas técnicas para fazer frente aos pagamentos devidos. Na medida em que não se tem conhecimento a respeito dos sinistros ocorridos e/ou das reclamações realizadas, a constituição das reservas torna-se difícil. A exposição prolongada associada aos sinistros ocorridos mas não reclamados é conhecida no jargão securitário pelos *incurred but not reported risks*, da sigla em inglês IBNR, cujo conceito é o seguinte: “An estimate of the liability for claim-generating events that have taken place but have not yet been reported to the insurer or self-insurer. The sum of IBNR losses plus incurred losses provides an estimate of the total eventual liabilities for losses during a given period.” (Disponível em <http://www.irmi.com/online/insurance-glossary/terms/i/incurred-but-not-reported-ibnr-losses.aspx>, acessado em 11.5.2018).

<sup>699</sup> Para uma análise precisa a respeito da mencionada mudança do sistema de identificação dos sinistros à base de ocorrências para o sistema à base de reclamações, remete-se ao artigo de William P. Skinner. *Allocation between claims-made and occurrence policies*. Presented at the ALI-ABA Course of Study. Insurance Coverage in the New Millennium. October 11-12. 2001, p. 3-4. “The year 1985 is significant for another reason. After 1985, many large corporations were no longer able to purchase any significant amounts of liability insurance on ‘occurrence’ forms. Instead, they were forced to obtain coverage on a ‘claims-made’ basis. Indeed, so many policyholders were forced to switch to claims-made policies in the mid-1980s that there were charges that the insurance industry had engaged in a massive conspiracy in violation of the antitrust laws.”



surgimento da contratação das apólices à base de reclamações (*claims made basis*). O tema que, originalmente, motivou essa forma de contratação decorreu das enormes perdas provocadas pelo uso do asbesto (amianto) nos Estados Unidos da América.

Ao final do século XIX e início do Século XX, o amianto era considerado como um material maravilhoso, por ser abundante, de baixo custo, resistente a altas temperaturas e ao ataque ácido, alcalino e de bactérias. Além disso, apresentava outras qualidades tais como incombustível, durável, flexível, indestrutível, resistente, sedoso etc.<sup>700</sup>

Com todas essas qualidades, o amianto chegou a ser qualificado como um “mineral mágico”, empregado largamente na construção civil, naval, fundições, aeroespacial, bélica, petrolífera, bélica, têxtil etc.

De grande “herói”, pouco a pouco o material foi passando à condição de terrível vilão, em razão da contaminação provocada por seu manuseio e o desenvolvimento de seríssimas doenças no aparelho respiratório.

No que se refere especificamente ao seguro de responsabilidade civil, o problema é que o desenvolvimento das doenças se dava de forma lenta, sendo impossível precisar no tempo a relação causal existente entre a exposição à substância e o surgimento da moléstia. Exemplificativamente, os operários poderiam manusear o material hoje e a doença vir a se manifestar dez ou quinze anos mais tarde. Contratado o seguro de responsabilidade civil na origem, isto é, por ocasião da exposição da vítima ao componente químico e surgindo a reclamação tantos anos depois, era preciso criar uma forma capaz de propiciar a garantia ao segurado e que, ao mesmo tempo, não implicasse em exposição longa demais ao segurador.

Para que se dimensione a gravidade das consequências decorrentes do uso do amianto nos Estados Unidos da América, estatísticas oficiais apontam que a substância é a causadora das maiores perdas na chamada *mass tort litigation* (advocacia em responsabilidade civil) daquele país, envolvendo mais de 8.000 réus e 700.000 autores, havendo indicação de que as perdas deverão alcançar algo em torno de US\$ 200 a 275 bilhões de dólares norte-americanos.<sup>701</sup>

---

<sup>700</sup> Informações detalhadas a respeito dos asbestos disponíveis em [http://www1.inca.gov.br/conteudo\\_view.asp?ID=15](http://www1.inca.gov.br/conteudo_view.asp?ID=15), acessado em 11.7.2014.

<sup>701</sup> “Legal claims for injuries from asbestos involve more plaintiffs, more defendants, and higher costs than any other type of personal injury litigation in U.S. history. As the litigation bankrupts more and more firms and continues to enrich tort lawyers, the issue has reached Congress, where legislation has been under consideration to establish a compensation fund to resolve the issue. By the beginning of 2001, 600,000 individuals had filed lawsuits against more than 6,000 defendants. The total amount that defendants and insurers had spent on

Foi sob a influência desses fatos que o mercado de seguros norte-americano criou a forma de contratação à base de reclamações, substituindo gradualmente a contratação à base de ocorrências.<sup>702</sup>

No Brasil, a utilização dessa modalidade de contratação surgiu em 1988 por intermédio do IRB-Brasil Resseguros S.A., com o propósito de atender a uma demanda específica do seguro de responsabilidade civil para produtos no exterior. Os importadores estrangeiros, principalmente dos Estados Unidos da América, pressionavam para que os seguros contratados no Brasil também o fossem segundo a forma de reclamação, alinhando-se à contratação praticada no exterior.

À medida em que os anos se passaram, várias seguradoras passaram a utilizar a contratação à base de reclamações em diversas espécies do seguro de responsabilidade civil, sempre que houvesse dificuldade de identificar no tempo a concreta ocorrência do sinistro.

Sob o ponto de vista legal, a introdução da contratação à base de reclamação no Brasil sofreu alguns revezes até que, apenas em 2003, a Circular SUSEP nº. 235, de 21.10.2003, posteriormente substituída pela Circular SUSEP nº. 252, de 26.4.2004, a viabilizou.<sup>703</sup>

resolving claims - including all legal costs - has been estimated at \$54 billion. Eighty-five corporations have filed for bankruptcy because of asbestos liabilities and several insurance companies have either failed or are in financial distress. Estimates of the total number of people who eventually will file claims range from 1.1 million to 3 million. Estimates of the eventual cost of asbestos litigation range from \$200 billion to \$265 billion. Representing asbestos victims has proved extremely profitable for lawyers. It is estimated that legal expenses consumed about 66 percent of asbestos compensation paid during the 1980s and about 60 percent during the 1990s. Based on these figures, of the \$54 billion already spent on asbestos litigation, about \$34 billion went to lawyers. If litigation costs eventually reach \$200 billion, lawyers could collect an additional \$88 billion.” (WHITE, Michelle J. *Asbestos and the future of mass torts*. NBER Working Paper nº. 10308. Disponível em <http://www.nber.org/digest/jul04/w10308.html>, acessado em 11.06.2018).

<sup>702</sup> Eis o comentário de Walter Polido: “A apólice de ocorrências deve ser utilizada apenas para aquelas situações de riscos nas quais o aparecimento ou a constatação dos danos e das perdas garantidas pelo seguro se deem de forma imediata, pronta, perceptível a olho nu e sem quaisquer dificuldades aparentes. Exemplos: (a) riscos industriais operacionais, sem qualquer tipo de cobertura atribuída a danos ambientais. O incêndio propagado a terceiro vizinho, cujos danos são perceptíveis desde logo. (b) guarda de veículos de terceiros; (c) eventos artísticos; (d) instalação e montagem de equipamentos; (e) construção de imóveis; (f) condomínios, escolas, hotéis e clubes. O modelo de ocorrências praticamente imperou absoluto até os anos 80 no mundo todo. A partir da crise ocorrida nos EUA e em razão de reclamações emblemáticas ocorridas naquele país, notadamente na área de produtos químicos e farmacêuticos, além dos sinistros de poluição ambiental de origem gradual, o mercado norte-americano não pôde prosseguir subscrevendo esses riscos nas mesmas bases que havia aceitado nas décadas anteriores e cujos reflexos se mostraram catastróficos em termos de volume de indenizações pagas. Nasceu da necessidade de mudança o novo modelo: *claims made basis*. Criado pelo ISO nos primeiros anos da década de 80, o novo modelo se espalhou rapidamente pelo resto do mundo, chegando também ao Brasil em 1988.” (POLIDO, Walter A. *Seguros de responsabilidade civil: manual prático e teórico*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 429-430).

<sup>703</sup> Precisamente em 2001, a Secretaria de Direito Econômico, por meio da Portaria nº. 03, ampliou o rol de cláusulas consideradas abusivas previstas no Código de Defesa do Consumidor, acrescentando o item 11, com os seguintes dizeres: “11- (considera-se abusiva cláusula que) limita temporalmente, nos contratos de seguro de Responsabilidade Civil, a cobertura apenas às reclamações realizadas durante a vigência do contrato, e não ao

Por mais que se compreenda o raciocínio que motivou a contratação à base de reclamações em seguros cuja exposição seja prolongada, a sua operação, em termos práticos, pode gerar situações de inexistência de cobertura, fragilizando sobremaneira essa forma de contratação.

Para que, concretamente, entendam-se as suas implicações, haverá hipóteses nas quais determinadas condutas lesivas do segurado, que causem danos a terceiros e que tenham ocorrido durante o prazo de vigência da apólice, ficarão desguarnecidas da cobertura securitária ante o esgotamento do prazo contratado para a exteriorização da reclamação.

A situação ora retratada foi duramente criticada em diversos países por ocasião da implementação da contratação à base de reclamações em seus ordenamentos jurídicos com argumentos bastante sensíveis. Ora, admitindo-se a equivalência entre as obrigações correspectivas do tomador-segurado e da seguradora, aquele deveria encontrar a contrapartida na obrigação de garantir as perdas e danos devidos aos terceiros, ocorridas durante a vigência do contrato. Na Espanha, em princípio, a adoção dessas cláusulas foi duramente criticada pela doutrina, como revela Fernández Sánchez Calero:

El hecho causante del daño que origina la responsabilidad civil del asegurado ha de producirse, según he indicado anteriormente, dentro del período de la duración material de la relación jurídica que deriva del contrato de seguro. De forma que, en principio, quedan excluidos aquellos hechos dañosos que hacen nacer una deuda de responsabilidad con anterioridad al comienzo de la duración material y también los hechos producidos con posterioridad a su terminación. [...] Se trata de cláusulas que al delimitar temporalmente el riesgo cubierto favorecen generalmente al asegurador, al tiempo que resultan gravosas para el asegurado, ya que al quedar viva la responsabilidad civil no asegurada será el propio asegurado, en cuanto causante del daño al tercero perjudicado, quien deberá hacerse cargo de las consecuencias de esa responsabilidad. Al propio tiempo, al haberse reconocido en nuestro ordenamiento, el derecho del tercero perjudicado a reclamar directamente al asegurador, tal derecho al delimitarse el riesgo de la forma indicada se extingue en cuanto que la responsabilidad del asegurado ha quedado al margen de la cobertura del seguro.<sup>704</sup>

---

evento ou sinistro ocorrido durante a vigência.” A partir de então, o mercado de seguros voltou-se para a SUSEP que, em 2003, publicou a Circular nº. 235, permitindo a sua contratação. Após divergências e embates entre a Secretaria de Direito Econômico e a Superintendência de Seguros Privados, aquela acabou revogando a Portaria nº. 03. Para uma análise detalhada do histórico a respeito da implementação da contratação à base de reclamações, recomenda-se a leitura do artigo *Claims Made. Breve histórico e regulamentação no Brasil*, de Osvaldo Haruo Nakiri. In *Revista do IRB*. nº. 299, abril de 2.005.

<sup>704</sup> SÁNCHEZ CALERO, Fernando. 4 ed. *Ley de contrato de seguro*. Dir. F. Sánchez Calero. Navarra: Aranzadi, 2010, p. 1.643-1.644. Em tradução nossa: “O fato causador do dano que origina a responsabilidade civil do segurado deve ser produzido, conforme indiquei anteriormente, dentro do período de duração material da relação jurídica que deriva do contrato de seguro. De forma que, em princípio, estarão excluídos aqueles fatos danos que geram uma dívida de responsabilidade com anterioridade ao início da duração material e também os fatos produzidos com posterioridade ao seu término. [...] Se trata de cláusulas que ao delimitar temporalmente o risco coberto favorecem geralmente a seguradora, ao mesmo tempo em que resultam gravosas para o segurado, e que ao restar viva a responsabilidade civil não assegurada, será o próprio segurado, enquanto causante do dano ao terceiro prejudicado, que deverá suportar as consequências dessa responsabilidade. Ao próprio tempo, ao haver-

A fim de contornar a situação retratada, reveladora da possível inexistência de cobertura para o tomador-segurado, criaram-se prazos adicionais, isto é, que vão além do prazo original de vigência da apólice,<sup>705</sup> tanto para trás – período retroativo – quanto para frente – períodos complementar/suplementar. A adição desses prazos complementar e suplementar requer cautela por parte do tomador-segurado a considerar que mesmo mediante a sua adição ao período de vigência regular reclamações apresentadas após o término do prazo suplementar não estarão cobertas.<sup>706</sup>

A cobertura retroativa, obviamente, não se presta para assegurar riscos pretéritos, isto é, já ocorridos por ocasião da conclusão do contrato de seguro. Com efeito, pode haver fatos pretéritos à conclusão do contrato cujas reclamações não tenham chegado ao conhecimento do tomador-segurado. Assim é que, para esses fatos pretéritos, frise-se, não conhecidos pelo tomador-segurado, será aplicável a cobertura retroativa.

Os referidos prazos complementar e suplementar adicionam-se ao período regular de vigência do contrato, no sentido de que as reclamações formuladas por terceiros durante estas extensões temporais estarão cobertas. Para fins de cobertura das reclamações há de se entender que à vigência normal do contrato serão somados os prazos complementar e suplementar.

Ainda quanto à contratação dos seguros à base de reclamação, vale dizer que a definição apontada pela SUSEP e, conseqüentemente, pela generalidade dos contratos de seguro de responsabilidade civil em todas as suas modalidades no Brasil, contém um

se reconhecido no nosso ordenamento o direito de o terceiro prejudicado reclamar diretamente contra a seguradora, tal direito, ao delimitar-se o risco segundo a forma indicada, extingue-se enquanto que a responsabilidade do segurado ficará à margem da cobertura do seguro.”

<sup>705</sup> No Brasil, por meio da Circular SUSEP nº. 336, de 22.1.2007, o órgão regulador disciplinou a contratação dos seguros à base de reclamações, definindo a data retroativa de cobertura, o prazo complementar e o prazo suplementar. A diferença entre o prazo complementar e o suplementar é que neste as seguradoras cobram prêmio adicional para implementá-lo, ao passo que naquele não.

<sup>706</sup> Observando novamente a realidade na Espanha, esta foi mais uma razão para, em princípio, haver forte oposição à adoção das cláusulas *claims made basis*. “Ciertamente, el empleo general del criterio de la reclamación para delimitar la cobertura temporal del seguro D&O en un ordenamiento como el nuestro, en el que el siniestro se considera el hecho dañoso, es inviable de todo punto. Baste pensar que si el seguro cubre las reclamaciones por responsabilidad civil ejercitadas durante la vigencia del contrato, podría cubrir tantos hechos dañosos acaecidos con anterioridad (en contra el art. 4 LCS, que establece la nulidad del seguro, si en el momento de la conclusión, había ocurrido el siniestro); como no cubrir siniestros (hechos del administrador que causen daños) producidos estando el seguro en vigor, al no dirigirse el perjudicado contra él en ese periodo de tiempo, en contra del propio espíritu del contrato. Para armonizar estos dos sistemas habría que establecer numerosísimas excepciones y reglas particulares.” (MORAL DOMÍNGUEZ, José Fernández Del. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (póliza D & O)*. Granada: Comares, 1998. p. 198-199).

equivoco primário. Para observá-lo, convém examinar o disposto na Circular SUSEP nº. 336, de 22.1.2007, em seu anexo I, art. 3º:

Art. 3º Considera-se, para fins desta norma: [...] II - apólice à base de reclamações (“claims made basis”): forma alternativa de contratação de seguro de responsabilidade civil, em que se define, como objeto do seguro, o pagamento e/ou o reembolso das quantias, respectivamente, devidas ou pagas a terceiros, pelo segurado, a título de reparação de danos, estipuladas por tribunal civil ou por acordo aprovado pela sociedade seguradora, desde que:

- a) os danos tenham ocorrido durante o período de vigência da apólice ou durante o período de retroatividade; e
- b) o terceiro apresente a reclamação ao segurado: 1. durante a vigência da apólice; ou 2. durante o prazo complementar, quando aplicável; ou 3. durante o prazo suplementar, quando aplicável;<sup>707</sup>

Por tudo que se explicou linhas acima, no sentido de que esta modalidade de contratação decorreu da necessidade de se atentar à reclamação formulada por terceiros prejudicados contra os segurados, e não mais à ocorrência dos danos, a inclusão da alínea a), acima, é paradoxal.

Contratando-se a apólice à base de reclamação, o raciocínio a ser empregado deve considerar a reclamação. O raciocínio centrado na ocorrência do dano é pertinente à outra modalidade de contratação, à base de ocorrência. A doutrina é pacífica nesse sentido.<sup>708</sup>

<sup>707</sup> Vale dizer que a mesma redação foi inserida no art. 3º. da Circular SUSEP nº. 553, de 23.5.2017, relacionada ao seguro *D&O*. “Art. 3º Para fins desta norma, são adotadas as seguintes definições: [...] II - apólice à base de reclamações (“claims made basis”): forma alternativa de contratação de seguro de responsabilidade civil, em que se define, como objeto do seguro, o pagamento e/ou o reembolso das quantias, respectivamente, devidas ou pagas a terceiros, pelo segurado, a título de reparação de danos, estipuladas por tribunal judicial civil, decisão arbitral ou decisão administrativa, ou por acordo aprovado pela sociedade seguradora, desde que: a) os danos tenham ocorrido durante o período de vigência da apólice ou durante o período de retroatividade; e b) o terceiro apresente a reclamação ao segurado: 1. durante a vigência da apólice; ou 2. durante o prazo complementar, quando aplicável; ou 3. durante o prazo suplementar, quando aplicável;”

<sup>708</sup> “D&O policies are ‘claims made’ policies, meaning they cover all claims made against the insured during the period the policy is effective, regardless of whether the acts that led to liability occurred during the policy period.” (ACKERMAN, Joshua Phares. *A Common Law Approach to D&O Insurance “In Fact” Exclusion Disputes*. In *The University of Chicago Law Review*. n. 79:1429: 2012. Disponível em [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org). p. 1.433). Também: “Most D&O policies operate on a ‘claims made’ basis, meaning that regardless of the date of the original occurrence giving rise to the lawsuit against the insured, only claims filed with the insurer during the policy period will be covered.” (CARACCIO, L. William. *Void Ab Initio: Application Fraud as Grounds for Avoiding Directors’ and Officers’ Liability Insurance Coverage*. 74 *California Law Review* nº. 929. 1986, p. 951. Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol74/iss3/12>, visitado em 15.10.2018. Na Espanha observa-se o mesmo entendimento: “Por ejemplo, el Tribunal Supremo ha considerado como cláusula lesiva aquella que condiciona la cobertura de la responsabilidad civil a que tanto el hecho dañoso, como la reclamación del tercero perjudicado, como la puesta en conocimiento de ambas circunstancias a la compañía aseguradora, tengan lugar dentro del período de vigencia de la póliza”. (SHAIK, Darío A. Sandoval. *Las condiciones generales del contrato de seguro y su control interno e internacional*. Madrid. 2012. 430 f. Tese (Doctorado en Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012. p. 320). A decisão mencionada pelo autor é a SSTS de 20 de marzo de 1991 (Ar. 2267) e de 23 de abril de 1992 (Ar. 3323).

Por fim e quanto ao seguro *D&O*, a Circular SUSEP nº. 553, de 23.5.2017, introduziu para essa modalidade a chamada contratação à base de reclamação uma novel faculdade ao segurado, qual seja, a de notificar, durante o período de vigência da apólice “*fatos ou circunstâncias potencialmente danosos, cobertos pelo seguro, mas ainda não Reclamados*”, o que, uma vez realizado, vinculará a apólice em questão para fins de recebimento de reclamações futuras.

Art. 3º.

[...]

III - apólice à base de reclamações, com cláusula de notificações: tipo especial de contrato celebrado com apólice à base de reclamações, que faculta, ao segurado, exclusivamente durante a vigência da apólice, a possibilidade de registrar, formalmente, junto à seguradora, fatos ou circunstâncias potencialmente danosos, cobertos pelo seguro, mas ainda não reclamados, vinculando a apólice então vigente a reclamações futuras que vierem a ser apresentadas por terceiros prejudicados (se o segurado não tiver registrado, na seguradora, o evento potencialmente danoso, e este vier a ser reclamado, no futuro, por terceiros prejudicados, será acionada a apólice que estiver em vigor por ocasião da apresentação da reclamação).

A motivação à inclusão da notificação na apólice à base de reclamação é louvável: permitir ao segurado e até mesmo viabilizar uma gestão mais proativa diante de seus possíveis problemas e, quanto à seguradora, gerar uma percepção mais acurada do risco que subscreveu, antevendo os possíveis sinistros futuros.

No entanto, vale observar, a partir da experiência havida em países cujos mercados de seguros são mais desenvolvidos que o brasileiro, que a boa motivação se transformou, na realidade, numa utilização equivocada do instituto. Ao se aproximar o prazo de vencimento da apólice e antevendo possível não renovação, os segurados começavam a comunicar centenas de supostos avisos de expectativas às seguradoras, a fim de registrá-los e, assim, preservar direitos, originando as chamadas *laundry lists* (“roupa suja”).<sup>709</sup>

<sup>709</sup> “Some companies, when informed of their D&O insurer’s intent to cancel coverage, have resorted to an innovative, if somewhat desperate, measure to squeeze as much D&O coverage as possible out of their existing policy. Almost every D&O policy contains a provision stating that if an insured reports to its insurer, prior to the policy expiration date, any occurrence which indicates the potential for a claim, the insurer will provide coverage even if an actual claim has not been asserted against the insured before the policy expires. Capitalizing on this provision, nimble companies have fashioned what is now referred to within the insurance industry as a ‘laundry list’ - an expansive list making reference to every conceivable act, error, or omission known to the insured which could give rise to a claim in the future. Presented to the insurer just prior to the expiration of the policy, the laundry list is intended to preserve forever coverage of any actual claims arising from listed occurrences. [...] the laundry list may be used by a subsequent D&O carrier as a basis for substantial exclusions from coverage. Moreover, if the old carrier successfully denies coverage of laundry list recitals on the ground that they are too vague or general to constitute reported claims, the insured will be left with sizable gaps in protection.” (CARACCIO, L. William. *Idem*. p. 946-948). No mesmo sentido: MALLEEN, Ronaldo E. EVANS, David W. *Surviving the directors’ and officers’ liability crisis: insurance and the alternatives*. In *Delaware Journal of*

Sucedo que grande parte das expectativas não se convertiam em sinistros, gerando, com isso, uma percepção ruim do risco em questão e, por consequência, sérias dificuldades para obter cotações em outras seguradoras.

Demais disso, observa-se, ainda, que a apólice contratada à base de reclamações acabava convertendo-se numa apólice à base de ocorrências, invertendo, completamente, a lógica para a qual foi concebida.

Diante de circunstâncias que, efetivamente, possam converter-se em sinistros futuros, o segurado terá a faculdade de notificá-las à seguradora, registrando-se a apólice em vigor para a alocação dos futuros sinistros.

## 3.2. Contratação

### 3.2.1. Precificação e controvérsia quanto ao pagamento do prêmio pela tomadora

A precificação do seguro *D&O* é complexa, o que é consequência do próprio regime de responsabilidade de administradores, igualmente complexo.<sup>710</sup> Como se teve a oportunidade de explicar no capítulo 1, alusivo à causa do contrato de seguro, o mutualismo é um dos seus elementos essenciais; a administração do fundo de prêmios pagos por toda uma coletividade é peça chave para que a seguradora disponha dos recursos necessários para custear as indenizações devidas, o que é resultado, entre outros atributos, de uma base de dados estatísticos confiáveis.

---

*Corporate Law*. n. 2, v. 2. 1987, p. 458. Disponível em [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org). Visitado em 16.4.2017. Na Espanha, Miguel Iribarren Blanco fez o mesmo comentário: “fueron, en algunas ocasiones, utilizadas abusivamente por los asegurados, que notificaban al asegurador, poco antes del fin del plazo, una lista de todos los acuerdos tomados por el órgano de administración durante el período de seguro (denominadas *laundry lists*), convirtiendo los seguros *claims made* en *loss occurrence*. Por esta razón, actualmente, están redactadas de modo más restrictivo, exigiéndose no sólo la notificación del acto lesivo, sino también la concreción de los daños que pueden haber sido causados y la explicación de las circunstancias.” (BLANCO, Miguel Iribarren. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2005. p. 211).

<sup>710</sup> “There seem to be no really reliable statistics on the incidence of such litigation, in large part, no doubt, because so many such suits are settled before there is a reportable decision, although not before there has been a good deal of well compensated legal work.” (BISHOP, Joseph W. *New cure for an old ailment: insurance against directors' and officers' liability*. In *The business lawyer*. November 1966, p. 93).

No seguro automóvel, por exemplo, a seguradora dispõe de informações as mais precisas quanto às taxas de sinistralidade em conformidade com sexo, idade, atividade profissional, mecanismos de segurança, velocidade média, deslocamentos habituais, pernoite em garagem, estacionamento em vias públicas etc. É a aplicação da conhecida lei dos grandes números, de J. Bernoulli.<sup>711</sup>

No âmbito do seguro *D&O* as estatísticas disponíveis não são comparáveis àquelas presentes em tantos outros ramos securitários, o que gera grandes dificuldades para a sua precificação.<sup>712</sup> Nesse sentido, o prêmio acaba por ser calculado considerando dois elementos fundamentais:<sup>713</sup> (i) um algoritmo cuja fórmula de cálculo varia de seguradora para seguradora;<sup>714</sup> (ii) a decisão do subscritor, adicionando ou diminuindo valor ao número final.<sup>715</sup> De fato, o prêmio no seguro *D&O* é marcado por forte dose de subjetivismo por parte do subscritor.

---

<sup>711</sup> A lei dos grandes números foi referida no capítulo 1, fl. 52.

<sup>712</sup> A dificuldade é ressaltada por Margarita Viñuelas Sanz: “En España, el volumen de contratación de este seguro es moderado, quizás por la posibilidad de que su existencia genere una mayor propensión a declarar responsables a los administradores y/o a fijar indemnizaciones más cuantiosas, aunque seguramente en mayor medida por la complejidad del riesgo asegurado, su definición, y el estudio estadístico de la probabilidad de producción de siniestro, así como su importancia económica.” (VIÑUELAS SANZ, Margarita. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores societarios: la responsabilidad concursal*. In *Anuario Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá III*. 2010, p. 372). No Brasil, a mesma dificuldade foi relatada por Roberta Mauro Medina Maia e Leonardo Joseph Burman: “uma das principais características do seguro *D&O* refere-se à complexidade dos riscos envolvidos. [...] Portanto, não se pode dizer que os riscos são homogêneos, variando de acordo com o tipo de atividade desempenhada pela empresa, o histórico profissional de seus diretores e administradores, a existência ou não de holdings, a figura societária escolhida, dentre outros fatores. A amplitude e complexidade dos riscos, a dificuldade na obtenção de dados estatísticos que retratem as atividades dos administradores e diretores, bem como a importância das operações econômicas envolvidas, fazem com que o seguro *D&O* seja considerado um grande desafio para muitas companhias seguradoras.” (MAIA, Roberta Mauro Medina. BURMAN, Leonardo Joseph. *Apontamentos sobre o seguro de responsabilidade civil para atos de gestão de administradores ou diretores de empresas (D&O)*. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro. v. 30. abr./jun. 2007. p. 7).

<sup>713</sup> “As we learned, *D&O* underwriters begin with a simple algorithm, which differs from company to company, and then employ a highly discretionary, largely unobservable (even for the companies' own pricing actuaries) system of credits and debits, the application of which may be constrained by a competitive underwriting market.” (BAKER, Tom. GRIFFITH, Sean J. *Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' & Officers' Liability Insurance Market*. In *The University of Chicago Law Review*. nº. 74. 2007. p. 527. Disponível em [http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty\\_scholarship/52](http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/52), acessado em 28.03.2017).

<sup>714</sup> “No underwriter or actuary would provide us with their company's precise algorithm, but they did tell us the factors used in their algorithms: market capitalization (all insurers), industry sector (most insurers), stock price volatility (many insurers), accounting ratios (many insurers), and age/maturity of the applicant corporation (some insurers).” (BAKER, Tom. GRIFFITH, Sean. *Ibid.* p. 528-529).

<sup>715</sup> “All underwriters reported using some form of debit and credit system to arrive at an ultimate price, which, as a result, can vary widely from the output of the basic pricing algorithm. As described by one of our participants: ‘Actuaries set the overall rates for an insurance company, but then within that rating system, an underwriter has a lot of leeway. I mean, they probably have judgments that are plus or minus 40 percent.’ The influence of actuarial science thus declines once underwriters begin to issue credits and debits.” *Ibid.* p. 530.



O algoritmo será composto por informações que, conforme for o grau de relevância atribuído por cada seguradora, repercutirão em preços maiores ou menores. As seguintes informações costumam ser relevantes para fins de inserção no algoritmo: “a. setor da atividade; b. onde a desenvolve (países); c. tempo em operação; d. informações sobre outros seguros anteriormente contratados, bem como possíveis litígios pendentes ou previsíveis; e. quantidade de administradores; f. possíveis contratos de indenidade.”<sup>716</sup>

Em trabalho dedicado à precificação do seguro *D&O* nos Estados Unidos da América, Tom Baker e Sean J. Griffith expuseram dados adicionais para o cálculo do prêmio, dentre os quais vale mencionar os seguintes: (i) com relação ao tipo de indústria na qual a tomadora está inserida – se está em fase de crescimento, se é uma indústria madura ou uma *start up*? (ii) A tecnologia empregada pela tomadora, se o caso, é cientificamente comprovada, é uma nova tecnologia? Os produtos são bons para consumo ou ainda serão experimentados? (iii) A história da companhia tomadora quanto a fusões e aquisições. Há tomadas de controle hostil em seu histórico? Foram realizadas *joint ventures* recentemente? (iv) Composição da diretoria e conselho de administração. Qual é o histórico dos administradores? Há processos pendentes de julgamento? Qual foi o resultado de outros julgamentos? (v) Governança corporativa. Quais são as diretrizes adotadas pela tomadora para controlar e prevenir riscos de responsabilidade? Há casos relatados de *insider trading*? Como se dá o relacionamento com investidores? (vi) Recuperação judicial, extrajudicial e falência. Há histórico nesse sentido? Há algum processo dessa natureza em curso? (vii) Análise financeira. Como as receitas se comportaram nos últimos anos? Algo notável, seja para mais ou para menos?<sup>717</sup>

O objetivo, explicam Baker e Griffith, é formar uma base de dados confiável de maneira que a seguradora possa, então, precificar de maneira assertiva ou, conforme for, declinar do risco em questão. Quanto maior for a volatilidade, possivelmente menor será o interesse da seguradora. Como um subscritor de uma seguradora respondeu: “[I]t is not about picking winners as much as avoiding losers [...] If I avoid three or four bad claims a year, we had a great year.”<sup>718</sup>

<sup>716</sup> RAMOS, Maria Elisabete Gomes Ramos. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 437.

<sup>717</sup> BAKER, Tom. GRIFFITH, Sean J. Ibid. p. 512-514.

<sup>718</sup> Em tradução nossa: “Não se trata de escolher vencedores mas evitar perdedores [...] Se eu evitar três ou quatro riscos ruins durante o ano, nós teremos um grande ano”. (BAKER, Tom. GRIFFITH, Sean J. Ibid. p. 516).

Com relação à maneira empregada para aferir o apetite pelo risco das sociedades tomadoras, os professores norte-americanos trazem dados curiosos, especificamente relacionados a informações que tocam na privacidade dos administradores. Para além das questões convencionais (acima mencionadas), dados pessoais também são levados em consideração:

With regard to risk taking, insurers seek to avoid those executives whose appetite for risk exceeds the norm. As one actuary explained: Maybe the most important questions you can ask a CEO is how many speeding tickets do you have? What kind of car do you drive? How many times have you been married? How often do you drink? How much do you drink? [...] Do you have extramarital affairs? Simply because you're looking for risk takers. Risk takers above the norm—those are the people that get in trouble. In a lot of situations, that kind of information is more important than how much cash or what their balance sheet looks like, or what new products they have coming out.<sup>719</sup>

O processo de análise das informações fornecidas pela tomadora é bem detalhado e oneroso. Há situações nas quais até mesmo as partes – tomadora e seguradora – chegam a firmar acordos de confidencialidade para que todas as informações necessárias possam fluir com clareza.<sup>720</sup>

Ainda com relação ao prêmio, discute-se a respeito da legalidade do pagamento efetuado pela sociedade por conta de seus administradores. O fundamento suscitado para contestá-lo decorre da crítica que se fez, no passado, à licitude do próprio seguro *D&O*, no sentido de que o administrador assegurado seria menos zeloso, além de que haveria limitação e/ou exoneração de seu dever de indenizar como resultado da contratação da apólice.<sup>721</sup>

A crítica não vinga. Explicou-se que o seguro *D&O* não exonera, tampouco limita a responsabilidade do administrador. As vítimas de seus erros de gestão, na realidade, serão beneficiadas pela contratação já que, ao fim e ao cabo e, logicamente, respeitando os limites convencionados no contrato, haverá um devedor solvente.

---

<sup>719</sup> Em tradução nossa: “com relação à tomada de risco, as seguradoras procuram evitar aqueles executivos cujo apetite pelo risco excede a normalidade. Como um atuário explicou: talvez as questões mais importantes que você poderá perguntar a um CEO referem-se ao número de multas por excesso de velocidade que foram recebidas? Que carro você dirige? Quantas vezes foi casado? Com que frequência bebe? Quanto bebe? [...] Tem relacionamentos extraconjugais? Simplesmente porque você está examinando tomadores de risco. Tomadores de risco além do normal são exatamente aqueles que se envolvem em problemas. Em muitas situações, esse tipo de informação é mais importante do que o volume de receita ou o fluxo de caixa, ou como o seu balanço se apresenta, ou que produtos serão comercializados.” (BAKER, Tom. GRIFFITH, Sean J. Ibid. p. 523-524).

<sup>720</sup> Ibid. p. 511.

<sup>721</sup> Quanto à ilicitude do seguro *D&O*, remete-se o leitor ao item 1.2, fls. 316 et seq., deste mesmo capítulo.

Na Espanha, em particular, esta questão ganhou alguma notoriedade em virtude de dispositivo constante na lei das sociedades anónimas daquele país que impede a renúncia, pela sociedade, à responsabilidade e conseqüente ressarcimento pelos administradores.<sup>722</sup>

Miguel Iribarren Blanco conclui que o pagamento do prêmio pela sociedade não é ilegal principalmente porque a sociedade também possui interesse legítimo em sua contratação. Blanco compara eventual estatuto social que preveja renúncia à responsabilidade do administrador com a paga do prêmio e afirma, acertadamente, que os dois institutos são absolutamente incomparáveis. O seguro, à diferença de estatuto que preveja a renúncia à responsabilidade de seus administradores, é benéfico para todos: administradores, sociedade e possíveis lesados (terceiros); a renúncia, por outro lado, pode realmente prejudicá-los.<sup>723</sup>

### 3.2.2. Prestação de informações à seguradora como dever

A contratação do seguro *D&O*, diferentemente de outros tantos contratos de seguro, é caracterizada por uma peculiaridade que, na prática, enseja grande litigiosidade. Como se observou, este seguro encontra-se no chamado gênero dos seguros por conta de outrem, no qual uma pessoa jurídica, o tomador, contrata a apólice por conta de seus administradores. Realidade similar se apresenta nos demais seguros de riscos profissionais, *v.g.* responsabilidade civil médicos, advogados, notários etc., nos quais uma sociedade contrata o seguro para os seus profissionais.<sup>724</sup>

<sup>722</sup> O comentário é de Miguel Iribarren Blanco: [...] la ley impide a la sociedad renunciar a la responsabilidad de sus administradores, dejando de obtener la reparación de los daños sufridos, si no se dan determinados requisitos a través de los cuales quedan protegidos los sujetos a quienes afecta. Y en la medida en que mediante el pago de las primas de un seguro se produzca el mismo efecto que la ley trata de evitar, es justo preguntarse si es lícito que lo haga.” (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2005. p. 86-87).

<sup>723</sup> *Ibid.* p. 91.

<sup>724</sup> Roberta Mauro Medina Maria e Leonardo J. Burman propõem uma equiparação entre os seguros *D&O* e de risco profissional, atentando, contudo, às especificidades do regime de responsabilidade dos administradores: “Do ponto de vista técnico, podemos observar uma notável proximidade entre o seguro de responsabilidade por atos de gestão de diretores ou administradores (D&O) e aqueles de responsabilidade de advogados, auditores ou outros profissionais que desempenham atividades pautadas em relações de confiança. Contudo, esta modalidade securitária apresenta características muito específicas, tais como a complexidade dos riscos envolvidos, a tendência à contratação de apólice destinada a garantir prejuízos puramente econômicos e a sua frequente contratação coletiva. A apólice D & O admite, também, a previsão de garantias específicas, como aquelas destinadas ao adiantamento de honorários advocatícios ou despesas realizadas com a defesa de diretores ou

A peculiaridade decorre do fato de que, usualmente, aquele que presta as informações à seguradora não corresponde às pessoas físicas que as detém. Se o tomador – uma sociedade de pequeno porte – contrata o seguro para os seus administradores – imaginem-se, três pessoas, pode-se intuir que o tomador estará obrigado a colher todas as informações solicitadas pela seguradora, que integram o questionário exibido pela mesma.

Ocorre que o seguro *D&O*, normalmente, será contratado por sociedades de médio e de grande porte, com dezenas, talvez centenas de administradores, lotados em órgãos distintos (diretoria, conselhos de administração e fiscal, comitês de auditoria, subsidiárias, controladas etc), o que torna a prestação de informações à seguradora uma tarefa bastante complexa.

Para além da problemática alusiva ao questionário formulado pela seguradora, isto é, o seu alcance, a compreensão, pelo tomador, a respeito das informações efetivamente desejadas pela seguradora, o que se aplica à generalidade dos contratos de seguro, a questão central a ser resolvida é a seguinte: a omissão ou a prestação de informações inverídicas pelo tomador afeta o direito dos segurados? Haveria algum critério capaz de gerar segurança jurídica a fim de resolver essa questão?

Antes de aprofundar a discussão que ora se apresenta, convém enfatizar a importância das informações prestadas pelo tomador para fins de exame do risco que será ou não subscrito pela seguradora. A importância da boa-fé no contrato de seguro prescinde de comentários mais aprofundados, a considerar, inclusive, a sua expressa previsão legal.<sup>725</sup>

Se assim é, a considerar a relevância dos dados que são informados à seguradora é preciso ter em conta que as possíveis violações a esse dever lhe geram consequências seríssimas que, como se percebe, correrá o risco não calculado de precificar um seguro com

---

administradores em arbitragens, processos judiciais ou administrativos.” (MAIA, Roberta Mauro Medina. BURMAN, Leonardo Joseph. *Apontamentos sobre o seguro de responsabilidade civil para atos de gestão de administradores ou diretores de empresas (D&O)*. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro. v. 30. abr./jun. 2007, p. 5).

<sup>725</sup> Código Civil. Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes. Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido. Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio. Há profícua produção acadêmica a respeito da importância da boa-fé no contrato de seguro. FICHTNER, Priscila Mathias de Moraes. *A Boa-fé Qualificada no Contrato de Seguro*. 2009. 280 f. Tese de doutorado (Doutorado em direito civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Seja consentido referir a GOLDBERG, Ilan. *Uma Visão Realista da Boa-fé no Contrato de Seguro*. In *Cadernos de Seguro*. v. 147. 2008. p. 7-13. *Confiança, cooperação, máxima boa-fé e o contrato de seguro*. In *Revista Jurídica de Seguros da CNSeg*. Rio de Janeiro: CNSeg. nº. 6, maio de 2017. p. 80-131.

base em dados irreais. É lógico que se assim o fizer estará prejudicando a si mesma e ao mutualismo, isto é, riscos corretamente subscritos e precificados serão misturados a riscos mal precificados, e o que é pior, tendo como origem conduta do tomador contrária à boa-fé.<sup>726</sup>

Considerando o prejuízo causado à seguradora pela conduta do tomador, isto é, o fazer ou não fazer de sua parte gera prejuízo à esfera patrimonial de outrem, compartilha-se da posição que observa nessa circunstância um autêntico dever do tomador, em oposição a um mero ônus.<sup>727</sup>

<sup>726</sup> Para facilitar a compreensão geral a respeito da temática enfrentada neste item, parte-se da premissa de que a omissão de informações decorre de má-fé do proponente. Isto porque se não houver má-fé, a solução legalmente prevista não corresponderá à perda do direito à garantia. (Código Civil, art. 766 *caput vis à vis* art. 766, parágrafo único).

<sup>727</sup> A propósito da distinção entre ônus e dever, a lição de Comparato é precisa. (COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito*. São Paulo: RT, 1968). A origem dessa discussão foi elaborada por Francesco Carnelutti (*Teoria Generale del Diritto*. 1942). Ônus e dever teriam em comum uma “limitação da esfera de ação daquele a quem incumbem, ou, em outras palavras, no sacrifício de um interesse do seu titular”. A distinção, no entanto, decorreria do sentido desse sacrifício. “Enquanto no dever o sujeito passivo subordina um interesse próprio a um interesse alheio, no ônus ele apenas subordina um interesse próprio a outro interesse próprio”. (COMPARATO, Fábio Konder, p. 120). Da distinção decorreria que o ônus jamais geraria uma ação específica com vistas ao seu cumprimento (não haveria direito e pretensão), o que ocorreria na esfera do dever. O descumprimento do ônus geraria sacrifício exclusivo àquele que o descumpre, ao passo que o sacrifício, no dever, tocaria num interesse alheio, lesando-o, disso decorrendo um ato ilícito. “la pietra di paragone per distinguere tra onere ed obbligo consiste nel vedere se la violazione del precetto possa o non definirsi come atto illecito” (Carnelutti, *Ibid.* p. 174). A aplicação dessa teoria ao contrato de seguro teria motivado uma conclusão primitiva no sentido de que a única obrigação (*e.g.* dever) legalmente imposta ao segurado seria o pagamento do prêmio, afigurando-se claro que, em havendo impontualidade, assistiria à seguradora direito e pretensão à cobrança. Todos os demais ‘fazereres’ – avisar o sinistro, alterações relevantes do risco, agir para minorar/evitar perdas – salvamento etc. - seriam classificados como ônus, porque diriam respeito a um sacrifício exclusivo do próprio segurado (COMPARATO, Fábio Konder. *Ibid.* p. 121). Comparato esclarece que, à época, o maior defensor dessa posição foi Antigono Donati, e o fundamento singelo para tanto explicar-se-ia a partir da inexistência de ação específica pela seguradora a fim de compelir o segurado a cumprir os demais fazereres. A única consequência seria a perda do direito à garantia. O posicionamento de Donati foi duramente criticado por Comparato: “Esta interpretação nos parece fundada em manifesto equívoco” (COMPARATO, Fábio Konder. *Ibid.* p. 122). E o faz com rigor técnico, a partir da constatação de que o traço distintivo não deveria ser observado na existência ou inexistência de ação específica com vistas ao cumprimento de determinada obrigação de fazer. Comparato refere-se, exemplificativamente, aos contratos sinalagmáticos nos quais a exceção do contrato não cumprido e a cláusula resolutiva tácita operariam como autênticas sanções diante do inadimplemento, independentemente de execução forçada específica. “O critério dos efeitos da inexecução de uma situação jurídica passiva, desligado da indagação de sua causa, e da relação jurídica na qual se insere, presta-se a toda sorte de confusões, como esta na qual incidiu, segundo cremos, o insigne jurista italiano. Não é exato que a sanção da não aquisição ou da decadência de um direito seja própria do ônus, e que o inadimplemento de um dever dê sempre lugar à execução forçada. Nos contratos bilaterais, regidos pelo princípio da interdependência das prestações, a *exceptio non adimpleti contractus* e a cláusula resolutiva tácita constituem autênticas sanções do inadimplemento, sem execução forçada de forma específica. No primeiro caso, aliás, não se trata nem mesmo de uma pretensão, mas de uma exceção.” (COMPARATO, Fábio Konder. *Ibid.* p. 122). O pagamento do prêmio que, segundo Donati, seria verdadeiramente o único dever do segurado, não resiste à crítica formulada por Comparato. Compreenda-se bem o ponto: o não pagamento do prêmio não geraria, automaticamente, a execução específica pela seguradora; mas geraria, mediante notificação prévia ao segurado, a suspensão da garantia, ou seja, a aplicação da *exceptio non adimpleti contractus*. (COMPARATO, Fábio Konder. *Ibid.* p. 123). Comparato prossegue observando que, “os ônus não constituem um elemento da relação da obrigação, qualquer que ela seja. A situação do devedor, na relação obrigacional, é

Qualificando a prestação do tomador à seguradora como um dever, a questão imediatamente posterior e também sujeita à controvérsia refere-se ao nexo causal entre o dado omitido e/ou incorretamente informado e os fatos que motivam a ocorrência do sinistro. Sobre esse ponto, em particular, inclusive, a VII Jornada de Direito Civil apresentou o enunciado nº. 585, preconizando a necessidade do nexo causal:

Impõe-se o pagamento de indenização do seguro mesmo diante de condutas, omissões ou declarações ambíguas do segurado que não guardem relação com o sinistro.

Discorda-se dessa posição. Um exemplo explica o porquê da divergência. Hipoteticamente, por ocasião do preenchimento de questionário com vistas à contratação de um seguro de vida, o proponente, deliberadamente, omite padecer de um câncer no intestino. A seguradora, confiando na informação prestada, anui com a proposta e emite a apólice. Vale lembrar, a essa altura, o que diz o enunciado normativo disposto no art. 766 do Código Civil. “*Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido.*”

Tempos mais tarde, já na fase de execução do contrato, o segurado vem a falecer vitimado por um infarto do coração, diagnosticado como não possuindo qualquer relação com o câncer omitido. A prevalecer o entendimento adotado na aludida Jornada de Direito Civil, a má-fé desse segurado estaria sendo brindada, premiada com o pagamento da soma segurada. A sua conduta, frise-se, consciente e deliberada, seria totalmente irrelevante? Seria essa a *mens legis* ao trazer para o contrato de seguro a boa-fé ‘capitalizada’ – a chamada máxima boa-fé?

Para muito além da discussão apenas calcada no contrato de seguro, é preciso enxergar mais longe e ter em mente que esse ajuste, assim como todo e qualquer contrato sinalagmático

---

*uma situação de dever, e não de necessidade*”. (p. 123). O autor acaba por concluir que “*as situações passivas que incumbem pela lei ou pelo contrato ao segurado são, a nosso ver, autênticos deveres, e não ônus*”, alterando, assim, posicionamento anterior publicado no *Essai d’Analyse Dualiste de l’Obligation en Droit Privé*, Paris : Dalloz, 1964. n. 15. p. 26. A referência à obra de Antigono Donati é *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*. t. III. Milano, 1956. p. 283 et seq. No Brasil, Carlos Harten defende posição contrária, no sentido de que a prestação de informações pelo segurado à seguradora qualificar-se-ia como ônus, também aludindo à inexistência de ação de obrigação de fazer específica. (HARTEN, Carlos. *El deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro. Exposición crítica del modelo brasileño y estudio del derecho comparado*. Salamanca: Ratio Legis, 2007. p. 47 et seq.). Embora o título da obra seja em espanhol, o autor é brasileiro e o trabalho retrata as suas conclusões quanto ao ordenamento jurídico brasileiro. Em Portugal, Luís Poças defende a prestação de informações pelo segurado como dever. (POÇAS, Luís. *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*. Lisboa: Almedina, 2013).

(obrigações correspectivas), traz em si um equilíbrio entre as prestações de ambas as partes. Ainda que o sinalagma no contrato de seguro não seja perceptível como numa compra e venda,<sup>728</sup> por exemplo, não há como negar que há cientificismo por detrás dos cálculos atuariais que ensejaram, no exemplo hipotético, o pagamento de um determinado prêmio a considerar as informações realmente prestadas pelo proponente.

Ora, se a seguradora tivesse sido informada a respeito do câncer de intestino, das duas uma: ou teria declinado da contratação, ou teria cobrado prêmio a maior. Aqui, claramente, o critério que explicita a severidade ou não do risco a ser subscrito. O fato de o sinistro não guardar relação com o câncer não altera em nada, rigorosamente nada, o dever do segurado prestar as informações corretas à seguradora, sob pena de subverter completamente a lógica solidarista sobre a qual esse contrato se encontra erguido.

Ao se assumir que a omissão de um dado relevantíssimo – o câncer de intestino – é irrelevante, desinfluyente, não se tenha dúvida de que o equilíbrio contratual estará sendo vulnerado.<sup>729</sup>

A necessidade de demonstrar o nexos causal, pois, é perigosa e traiçoeira. Ao invés de melhor tutelar os interesses dos segurados, fará exatamente o contrário. Imagine-se que o entendimento pela desnecessidade do nexos causal ganhe corpo. Em larga medida, estar-se-á assumindo que os segurados podem mentir, deliberadamente, e que nada lhes acontecerá desde que o nexos causal não seja demonstrado.

A doutrina nacional e estrangeira,<sup>730</sup> de maneira bastante tranquila, alude à necessidade de que o proponente preste as declarações à seguradora imbuídos de lealdade, com a máxima boa-fé. A relativização desse dever não ajuda a ninguém.<sup>731</sup>

---

<sup>728</sup> “Não é necessária qualquer equivalência objectiva. Nem subjectiva. Continuará a haver sinalagma se uma das prestações for de valor objectivamente superior à outra e cada uma ou ambas as partes tiver consciência da diferença de valores” (REGO, Margarida Lima. *Contrato de seguro e terceiros. Estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p. 312).

<sup>729</sup> “Dos três novos princípios desenvolvidos pela teoria contratual contemporânea, evidencia-se déficit no tratamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial do equilíbrio das prestações em relação a seus congêneres boa-fé objetiva e função social. [...] A Constituição de 1988, por possuir feição compromissória, a albergar zonas de tensão entre ideias antagônicas, fixou, a um lado, o princípio da livre iniciativa e, a outro, o da solidariedade social, de cuja compatibilidade se extrai a caracterização do equilíbrio econômico das avenças. Sem descuidar da autonomia das partes, a axiologia constitucional sugere a presença do equilíbrio entre as prestações pactuadas, eis que a solidariedade rejeita o desequilíbrio disfuncional. [...] Assim, dentre as consequências da releitura do princípio, tem-se que o equilíbrio, em perspectiva dinâmica, não deve ser aferido pontualmente com base em aspectos singulares do contrato, mas sim tomando-se em conta a complexidade da relação em sua inteireza, a caminho do que se pode denominar equilíbrio funcional.” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo e RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. *Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos*. In Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira, Vitor Almeida. (Orgs.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 425-442).

### 3.2.3. Questionário

Com relação ao questionário, a sua elaboração pela seguradora, no ramo *D&O*, deve cercar-se das mesmas cautelas adotadas em outros ramos. A particularidade própria desse seguro não diz respeito ao questionário em si, mas à responsabilidade pelo seu preenchimento, ou melhor, os efeitos decorrentes de omissão e/ou informação falseada considerando a contratação coletiva concluída pela tomadora por conta dos seus administradores.

Especificamente quanto ao questionário, controverte-se quanto ao alcance das respostas exigidas do proponente: por um lado, entende-se que o dever do proponente é amplo, no sentido de informar tudo o que sabe a respeito do risco, para muito além, inclusive, do que for perguntado; por outro lado, o pensamento é de que as respostas deverão circunscrever-se àquilo que, efetivamente, for perguntado pela seguradora.

Essa controvérsia propiciou discussão candente na Espanha, o que resultava de um dispositivo previsto no Código de Comércio – o art. 381, *vis à vis* o art. 10 da Ley nº. 50, de 8.10.1980 (a lei do contrato de seguro). Enquanto que o Código Comercial propugnava a primeira corrente – informação amplíssima – a lei do contrato de seguro foi mais objetiva, delimitando o dever de responder àquilo que fosse perguntado. Nesse embate, considerando, entre outros fatores, a especificidade da lei própria para o contrato de seguro, esta prevaleceu<sup>732</sup>.

---

<sup>730</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 428; ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 131; STIGLITZ, Rubén S. *Derecho de seguros*. 4. ed. Buenos Aires: La Ley, 2004. t. I. p. 355.

<sup>731</sup> Nesse sentido, a defender a desnecessidade do nexa causal entre o dado omitido e os fatos que conduzem à ocorrência do sinistro: OLIVEIRA, Arnaldo Costa. *Artigo 25.º* In MARTINEZ, Pedro Romano et al. *Lei do contrato de seguro anotada*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 132.

<sup>732</sup> Assim, Fernández Sánchez Calero: “en el sentido de entender que el deber de declaración del tomador del seguro es un deber de contestación a un cuestionario preparado por el asegurador [...]. A diferencia del artículo 381 del Código de Comercio, en el que el asegurado estaba obligado a decir todo lo que sabía sobre el riesgo y también a decir exactamente todo lo que dice, el artículo 10 circunscribe el deber de declaración al cuestionario que el asegurador someta al presunto tomador del seguro. [...] Dicho en otros términos, la configuración del deber de declaración como deber de responder implica que si el asegurador no hace las oportunas preguntas al tomador del seguro éste se encuentra liberado de las consecuencias de ese deber.” (SÁNCHEZ CALERO, Fernando. 4 ed. *Ley de contrato de seguro*. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 285-292). No mesmo sentido María



No Brasil, a doutrina não se posiciona, explicitamente, no sentido de quaisquer das posições acima referidas, o que, possivelmente, seja uma consequência da redação empregada no art. 765 do Código Civil quando, principiologicamente, alude à máxima boa-fé de ambas as partes.

Entende-se que a segunda posição – responder às perguntas formuladas – é coerente e, sobretudo, racional (no sentido de que se permite compreender de maneira lógica). A primeira posição – responder de maneira amplíssima, para além do que for perguntado, será passível de infundável polêmica: o segurado entende que respondeu adequadamente; a seguradora não. E, assim, mais e mais litigiosidade advirá.

Adotando-se a segunda posição, é preciso ter cautela e evitar excessos.<sup>733</sup> Especificamente com relação ao seguro *D&O*, um julgamento recente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro merece exame.<sup>734</sup> No caso, dois foram os temas discutidos: 1) omissão de informações relevantes quando do preenchimento do questionário; 2) a interpretação de determinada questão formulada no questionário e a resposta apresentada.

No que toca ao primeiro tema, a conclusão foi de que houve omissão de informação relevante. Muito embora a ação penal cujo custo de defesa requerido tivesse sido deflagrada depois da emissão da apólice, os fatos que a ensejaram eram anteriores e, taxativamente, do

---

Jesús Guerrero Lebron: “Sea cual sea el proceso negociador que se siga, teniendo en cuenta que el tomador no tiene el deber de declarar nada sobre lo que no se le pregunte en el cuestionario, no cabe duda de la importancia que tiene una correcta formulación de dicho cuestionario a los efectos de la descripción del riesgo. [...] Por todo ello está plenamente justificado que en los seguros de responsabilidad civil de administradores y directivos las entidades aseguradoras redacten minuciosos cuestionarios que traten de reunir toda la información necesaria para retratar de la manera más exacta posible tanto a la sociedad como a los candidatos a ser asegurados por la póliza, con el objeto de estudiar y valorar el riesgo que se pretende cubrir en cada caso.” (GUERRERO LEBRÓN, María Jesús. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*. Madrid: La Ley, 2004. p. 65-66).

<sup>733</sup> Num contrato de seguro de responsabilidade civil para notários, uma apelação julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro chama a atenção. O questionário formulado pela seguradora continha a seguinte indagação: “Esclareça o proponente se durante os três anos anteriores à data de preenchimento da proposta teve conhecimento a respeito de alguma reclamação inerente ao exercício de sua profissão. Em caso positivo, discrimine-a(s)”. O proponente respondeu negativamente e o contrato assim se aperfeiçoou. Tempos depois, surgiu um sinistro quando, então, a seguradora descobriu que o segurado sofria diversas ações judiciais, todas relacionadas a erros e omissões relacionados ao exercício de sua profissão. A seguradora, então, negou a cobertura e o caso foi resolvido pelo Poder Judiciário. Em síntese, o Tribunal concluiu que o questionário elaborado pela seguradora era falho, porque se a mesma desejasse obter informações a respeito de reclamações, deveria ter perguntado exatamente isso. Se perguntou quanto à existência de ações judiciais, equivocou-se, porque reclamação não é sinônimo de ação judicial. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº. 2008.001.03431. 7ª Câmara Cível. Relator Des. José Geraldo Antônio. v.u. j. 27.2.2008.

<sup>734</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº. 0035225-17.2012.8.19.0209. Apelante: Thechnos S/A. Apelado: ACE Seguradora S/A. Relator: Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos. 18ª Câmara Cível. v.u. j. 11.10.2017.

conhecimento do segurado, a afastar, portanto, a cobertura securitária.<sup>735</sup> Com relação ao segundo ponto é que se propõe maior atenção. O questionário apresentado pela seguradora à tomadora da apólice continha questão relacionada à existência de processos judiciais e/ou administrativos, inquéritos etc. contra a sociedade e seus administradores, o que foi respondido de maneira afirmativa. Logo a seguir, questionou-se quanto à expectativa do segurado de que o inquérito converter-se-ia em ação penal, o que foi respondido de forma negativa. Cumpre transcrever os seguintes trechos da decisão:

Por outro lado, a resposta afirmativa ao item 10.5, do questionário de risco (pasta 157, fls. 182) não infirma a conclusão alcançada, pois apenas informa, genericamente, a existência anterior de “demandas judiciais ou extrajudiciais, inclusive inquéritos administrativos contra os administradores atuais e/ou contra os administradores de gestões anteriores”.

Ademais, a negativa à indagação do item 16, do mesmo documento, permitiu a inferência de que os procedimentos anteriores não eram contemporâneos à contratação do seguro e não acarretavam “expectativa quanto à ocorrência de demanda judicial ou extrajudicial contra os administradores relacionada aos seus atos de gestão” (pasta 157, fls. 183).<sup>736</sup>

Com fincas na resposta negativa concernente à, frise-se, expectativa de que o inquérito converter-se-ia em ação penal, o relator concluiu que o segurado teria violado a boa-fé objetiva,<sup>737</sup> na medida em que não teria subsidiado a seguradora com informação verdadeira.

Deve-se ressaltar que o princípio da boa-fé objetiva, que rege as relações contratuais securitárias (art. 765, do Código Civil), exigia que a resposta à “expectativa” não se pautasse em considerações pessoais quanto ao arquivamento do inquérito, mas na possibilidade objetiva de uma ação penal dele decorrer, o que, àquela altura, se afigurava um acontecimento potencial e, por conseguinte, deveria ter sido pormenorizadamente relatado.<sup>738</sup>

Entende-se que uma pergunta alusiva a uma expectativa pode, sem dúvida, propiciar ao menos duas respostas. É preciso lembrar que à primeira pergunta, afeta à existência de processos judiciais, administrativos, inquéritos e afins, o proponente respondeu afirmativamente. Analisando a questão objetivamente, não se pode dizer que o segurado

<sup>735</sup> O contrato de seguro não cobrirá riscos pretéritos, já que de riscos não se tratam. Os riscos, para que assim o sejam, são futuros, isto é, aleatórios, jamais do conhecimento do segurado.

<sup>736</sup> Trechos do voto do relator, p. 8.

<sup>737</sup> A máxima boa-fé, prevista no art. 765 do Código Civil, amolda-se muito mais à boa-fé subjetiva do que à objetiva. Para assim observar o tema, basta ler o parágrafo único do art. 766, que trata da inexatidão e/ou omissão de informações não eivada da má-fé do segurado. “Art. 766. [...] Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio.” Ora, contrária à boa-fé subjetiva é a má-fé. Em todo caso, entende-se que ao contrato de seguro, por ser um contrato como outros tantos previstos no Código Civil, naturalmente também se aplica o princípio da boa-fé objetiva.

<sup>738</sup> Ibid. p. 8

ludibriou a seguradora, falseando ou prestando informação incompleta. Apenas respondeu o que sabia, com base em sua expectativa.

Como se observou anteriormente, a segunda posição – responder àquilo que for perguntado – soa lógica, em comparação com a primeira – responder amplissimamente. Ainda que assim o seja, é preciso interpretá-la com cautela, evitando excessos para ambos os lados.

### 3.2.4. A cláusula de divisibilidade de declarações - *severability or innocent director clause*

Nos Estados Unidos da América há muita litigiosidade relativa a esse tema, o que se potencializa em razão da forma de contratação do seguro *D&O* – o seguro por conta dos administradores. A cláusula de divisibilidade de declarações – no inglês - *severability*<sup>739</sup> - aplica-se ao menos em dois marcos temporais distintos: 1) por ocasião da prestação de informações à seguradora com vistas ao aperfeiçoamento do contrato e 2) uma vez concluído o contrato, durante o seu desenvolvimento. A essa altura, comentar-se-á apenas a primeira forma de aplicação da cláusula, reservando-se a segunda ao item concernente às exclusões.<sup>740</sup>

A fim de organizar esse item e expor algumas das questões e critérios suscitados pelos Tribunais norte-americanos, serão reproduzidos, a seguir, três casos reiteradamente citados na literatura jurídica daquele país. Os casos, apresentados em ordem cronológica, são: (i) *Bird v. Penn Central Company*;<sup>741</sup> (ii) *Shapiro v. American Home*<sup>742</sup> e (iii) *Cutter & Buck, Inc. v.*

<sup>739</sup> “Severability: A provision that keeps the remaining provisions of a contract or statute in force if any portion of that contract or statute is judicially declared void, unenforceable, or unconstitutional.” (*Black’s Law Dictionary*. 9 ed. Editor GARNER, Bryan A. Minnesota: Thomson Reuters, 2009. p. 1.498).

<sup>740</sup> Ian Youngman comenta acerca da aplicabilidade da cláusula nos dois marcos temporais referidos: “Some insurers will automatically include severability of the proposal and policy; others will include it for the policy but not the proposal; while others will include it for the proposal but not the policy. It is important that each individual director and officer should be able to claim the benefit of the policy without reference to the company or colleagues. To provide severability of the policy, it is necessary to frame the cover in such a way that it provides composite cover and not joint insurance. This way, each director protects his or her own rights and interests since each director's circumstances and right to indemnity are considered separately and not prejudiced by the act, knowledge or claim of any other person.” (YOUNGMAN, Ian. *Directors’ and officers’ liability insurance. A guide to international practice*. 2 ed. Cambridge: Woodhead Publishing Ltd and CRC Press LLC, 1999. p. 31-32).

<sup>741</sup> *Bird v. Penn Central Company*. 334 F. Supp. 255 (E.D. Pa. 1971). U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania. November 16, 1971.

<sup>742</sup> *Shapiro v. American Home Assur. Co.* 584 F. Supp. 1245 (D. Mass. 1984)

*Genesis Insurance Company*.<sup>743</sup> Vale dizer que, no Brasil, a jurisprudência ainda não enfrentou essa temática, o que justifica ainda mais o exame da experiência norte-americana.

(i) *Bird v. Penn Central Company*

John Basil Bird e outros subscritores da apólice de seguro *D&O* contratada por Penn Central Company, emitida em 2.7.1968, pretenderam a sua anulação ao argumento de que David Bevan, executivo responsável pelo comitê financeiro da companhia, preencheu o questionário com vistas à análise de risco pela seguradora omitindo informações relevantes. A ação foi proposta pelos subscritores (*underwriters*), acredita-se, em nome da seguradora.

O referido questionário, no seu item 10, dispõe que “*nenhuma pessoa a ser segurada tem conhecimento de qualquer ato, erro ou omissão que ela sabia ser passível de gerar qualquer reclamação futura que venha a recair sobre o escopo do seguro pretendido*”.<sup>744</sup> A resposta do Sr. Bevan foi negativa.

Os autores da demanda afirmam que Bevan, assim como outros conselheiros, tinham conhecimento a respeito de pelos menos três fatos relevantes que foram omitidos: i) investimento realizado pela Penn Central Company em aviação executiva; ii) conflito de interesses de determinados conselheiros participantes de um empreendimento denominado Penphil Corporation; iii) alegadas atividades ilegais de Howard Butcher, o conselheiro de uma ferrovia e diretor sênior da corretora de valores Butcher & Sherrerd, também acusada de participar dessas atividades.

No que toca à relevância dos dados omitidos por Bevan quanto aos direitos dos demais conselheiros e diretores da tomadora, Penn Central Company, isto é, a oponibilidade da conduta de Bevan em relação aos demais administradores, a decisão baseou-se no fato de que a apólice foi contratada pela companhia em seu próprio nome. Segundo esse raciocínio, os

---

US District Court for the District of Massachusetts. April 25, 1984.

<sup>743</sup> *Cutter & Buck, Inc. v. Genesis Insurance Company*. 306 F. Supp. 2d 988 (2004). United States District Court, W.D. Washington, At Seattle. February 11, 2004.

<sup>744</sup> No original em inglês: “No person proposed for this insurance is cognizant of any act, error, or omission which he has reason to suppose might afford valid grounds for any future claim such as would fall within the scope of the proposed insurance except as follows”

conselheiros e diretores seriam meramente beneficiários, cujos nomes nem mesmo constaram no contrato de seguro.<sup>745</sup>

Desta maneira, a considerar a relação jurídica estabelecida entre a seguradora e a companhia Penn Central Company, a inocência de todos os administradores à exceção de Bevan foi considerada irrelevante:

Construing the policy in this manner with the Penn Central Company as the contracting party and principal, the innocence of individual directors and officers, such as moving defendants, would be irrelevant. The officers and directors would all be in the position of third party beneficiaries. Their rights as such would depend on the contract, and if it is voidable for fraud as to the contracting party, Penn Central, their rights would rise no higher.<sup>746</sup>

Considerando que Bevan ostentou poderes para, em nome da companhia, preencher o formulário, e restando comprovado que o mesmo omitiu informações relevantes, então houve motivação suficiente para rescindir a apólice.<sup>747</sup>

Outra possibilidade de enxergar a questão seria considerar cada conselheiro e diretor como segurados, individualmente, ao invés de meramente beneficiários. Embora houvesse apenas um contrato de seguro, esta nova forma de observação permitiria entender que haveria diversos contratos, cada qual firmado com um conselheiro/diretor, individualmente considerados para os propósitos de aplicação da *agency law*.<sup>748</sup> Ocorre, contudo, que as alegações apresentadas dão conta de que Bevan não tinha poderes para responder perguntas em nome de cada um dos conselheiros/diretores, mas em nome da companhia.<sup>749</sup>

---

<sup>745</sup> A seguir reprodução parcial do acórdão, no original: “While the policy refers to the Company by name, it nowhere individually names any of the officers or directors. Finally, defendants Kirk and Kattau themselves allege that the Company negotiated the policy, and that they did not learn of it until after it was issued.”

<sup>746</sup> Em tradução nossa: “Escrevendo a apólice dessa maneira com a Penn Central Company na qualidade de principal parte contratante, a inocência de conselheiros e diretores, individualmente, como aqueles que se defenderam na demanda, seria irrelevante. Os conselheiros e diretores estariam todos numa posição de terceiros beneficiários. Os seus direitos, nessas circunstâncias, estariam vinculados ao contrato, e se este foi nulo em razão de fraude quanto à parte contratante, Penn Central, os seus direitos não seriam acolhidos.”

<sup>747</sup> No original em inglês: “Under this view of the policy, if Bevan's authority, or apparent authority to act for Penn Central in obtaining the insurance policy can be proven, his actions would be imputed to the Company, with rescission being granted if all the requisite elements of fraud were present.”

<sup>748</sup> A *agency law*, no direito brasileiro, seria equivalente ao contrato de mandato. É dizer, no caso concreto, que a Bevan teriam sido outorgados poderes pelos demais diretores e conselheiros para representá-los. “Agency. A fiduciary relationship created by express or implied contract or by law, in which one party (the agent) may act on behalf of another party (the principal) and bind that other party by words or actions.” (*Black's Law Dictionary*. 9 ed. Editor GARNER, Bryan A. Minnesota: Thomson Reuters, 2009. p. 70).

<sup>749</sup> No original em inglês: “Another construction of the policy, which would also be plausible, would consider each insured as a contracting party rather than a third party beneficiary. While physically there is only one policy for officers' and directors' liability insurance it may be read to amount in fact to several contracts, each of which insured an individual officer or director. [...] If we were to accept this construction of the policy, each insured would have to be considered a separate principal for the purposes of agency law. Movants' affidavits are

A conclusão alcançada pelo Tribunal da Pennsylvania acabou sendo favorável à seguradora, principalmente respaldando-se na maneira através da qual a apólice foi redigida. Embora Bevan tenha agido em nome da companhia – Penn Central Company – e não em nome de cada um dos administradores, individualmente, a Corte reconheceu que a posição dos administradores, como beneficiários (terceiros em relação à apólice) restou suscetível e vulnerável à conduta daquele que, ao preencher o questionário, omitiu informações relevantes da seguradora.

O Tribunal apontou, ainda, para alguma contradição por parte dos administradores inocentes decorrente de sua pretensão no sentido de empregar eficácia à apólice. Ora, ao assim agirem, o contrato, em sua inteireza, produziria efeitos, não sendo possível seccioná-lo de maneira a tutelar direitos individuais de cada diretor ou conselheiro.<sup>750</sup> Nesse sentido, a Corte citou diversos julgados a respaldar a sua conclusão.<sup>751</sup> Finalmente, a conclusão apontou à relevância da conduta de Bevan no caso concreto para confirmar a viabilidade jurídica do pedido formulado pela parte autora,<sup>752</sup> essencialmente com base na teoria da *agency law*. Os seguintes trechos, correspondentes à conclusão do juiz relator, resumem, didaticamente, a sua motivação para decidir:

Under a "well established doctrine of agency law," since the knowledge of the agent is imputed by law to the principal, any "fraud of the agent in inducing a contract is binding on an innocent principal." Should Bevan's fraud be proven at trial, the entire D&O policy would be rescindable. [...] While we recognize that innocent officers and directors are likely to suffer if the entire policy is voidable because of one man's fraudulent response, it must be recognized that plaintiff insurers are likewise innocent parties.<sup>753</sup>

---

uncontroverted that defendant Bevan had no actual authority to answer questions on an insurance application on their behalf as individuals.

<sup>750</sup> No original em inglês: "This unresolved factual question alone would be enough to deny summary judgment. However, more fundamental is the fact that movants are by this argument attempting to affirm this contract, not avoid it. Movants cannot have it both ways. They may not in the same breath deny that defendant Bevan had any authority to act, and thus attempt to dissociate themselves from any statements he made in obtaining the policy, while at the same time claim to have a binding policy and seek coverage under it. It is a matter of hornbook law that a contract must be affirmed in its entirety in order to effect its ratification. A principal may not claim the benefits of a contract without accepting the consequences of statements made by his agent, or apparent agent, which induced the contract in the first place."

<sup>751</sup> E. g., *Newland, Admx. v. Lehigh Valley Railroad Company*, 315 Pa. 193, 173 A. 822 (1934); *Federal Sales Co. of Philadelphia v. Farrell*, 264 Pa. 149, 107 A. 668 (1919); *Singer Manufacturing Company v. Christian*, 211 Pa. 534, 60 A. 1087 (1905); *Kalbach v. Marine-Galligan Co.*, 92 Pa. Super. 185 (1927); *Bowman v. Cochran Coal Company*, 77 Pa. Super. 118 (1921); Restatement, Law of Agency 2d sec. 96 (1958).

<sup>752</sup> Thus, whether the policy is viewed as one contract with Penn Central as the only party besides plaintiffs, or many individual contracts with each insured a party to one of them, defendant Bevan's actions are of paramount importance in determining whether plaintiffs can rescind this policy.

<sup>753</sup> Em tradução nossa: "Segundo a "bem definida doutrina da *agency law*", considerando que o conhecimento do agente é imputado ao representado pela lei, qualquer "fraude do agente ao induzir uma contratação é vinculante para o representado inocente". Ao comprovar-se a fraude de Bevan no Tribunal, a apólice de seguro *D&O* será

Esta foi, nos Estados Unidos da América, a primeira decisão a, especificamente, cuidar da cláusula da divisibilidade das declarações numa apólice de seguro *D&O*. Não há dúvida de que a mesma deixou uma mensagem muito clara ao mercado, no sentido de que a omissão de informações relevantes efetivamente poderia ensejar a nulificação da apólice como um todo, com efeitos para todos os administradores, ainda que inocentes.

Com relação à principal teoria referida na decisão – a *agency law* - entende-se que, no direito brasileiro, seria difícil afirmar que Bevan agia em nome de todos os demais administradores, não havendo outorga expressa de poderes para tanto. A decisão não explicita se, realmente, os demais administradores nomearam a Bevan como seu mandatário, o que, possivelmente, decorra da diferença entre os dois institutos – *agency law* e mandato. A decisão, quanto à aplicação da *agency law*, afirma que os poderes são conferidos pela lei. Demais disso, no direito brasileiro o administrador age em nome da sociedade, não de quaisquer sócios ou outros administradores. Consoante afirmado por Pontes de Miranda, o administrador apresenta a sociedade.<sup>754</sup>

Com relação à participação dos administradores na apólice como meros terceiros/beneficiários, entende-se que, neste particular, a decisão se equivoca. Como se demonstrou no item relacionado aos seguros por conta de outrem, há, nessa categoria, diferentes formas de materializá-la. Na primeira categoria se apresenta o seguro por conta de outrem ou por conta de quem pertencer; na segunda, o seguro concluído para uma terceira pessoa. Referiu-se, também, a uma terceira categoria – o seguro a favor de um terceiro – irrelevante à compreensão da questão ora posta.

O seguro *D&O* não se amolda à segunda categoria, na qual o segurado apenas nomeia um beneficiário, que receberá a soma segurada caso o sinistro ocorra. Trata-se, como se viu, de uma categoria cuja aplicação é pertinente exclusivamente ao seguro de pessoas. O seguro *D&O* diz respeito à primeira categoria, na qual a tomadora, na qualidade de estipulante, contrata o seguro por conta de seus administradores que, a partir de então, passam à condição

---

integralmente rescindida. [...] Enquanto reconhecemos que diretores e conselheiros inocentes sofrerão se a apólice for nulificada em razão da conduta de uma pessoa, é preciso reconhecer que os autores também são partes inocentes.”

<sup>754</sup> A referência encontra-se no capítulo 2, fl. 164. Também se observa no direito inglês uma crítica à teoria da *agency* no contexto relatado. “La aplicación estricta de la teoría de la *agency* a la relación entre administrador sociales puede ser algo forzada, en particular por lo que se refiere a la autoridad, o *authority*, con la que supuestamente actúan en nombre de sus compañeros de Consejo.” (FRIDMAN, G. H. L. *The Law of Agency*. 2 ed. London: Butterworths, 1966).

de segurados, não de meros beneficiários (terceiros ou *third party*), consoante assentou a decisão.

Seja como for, a decisão remeteu à aplicação da *agency law theory* e, para além disso, sinalizou ao mercado de maneira educativa que a omissão de informações relevantes por ocasião do preenchimento do questionário ensejaria a nulificação da apólice.

(ii) *Shapiro v. American Home*

Jack Shapiro era presidente da companhia Giant que, como tomadora, contratou seguro *D&O* com a seguradora American Home. A apólice foi emitida em 26.7.1972, com vigência pelo prazo de 3 anos e capital segurado equivalente a US\$ 5 milhões.

Antes da emissão da apólice, em 7.7.1972, Shapiro preencheu e assinou o questionário de análise de risco submetido à seguradora, ocasião na qual informou desconhecer quaisquer informações, erros ou omissões que pudessem gerar uma reclamação. Tratava-se da questão nº. 14, com os seguintes dizeres:

Algum conselheiro ou diretor têm conhecimento ou informação de qualquer ato, erro ou omissão que possam gerar uma reclamação na apólice em questão?<sup>755</sup>

O questionário, a seguir, esclareceu que se alguma informação fosse do conhecimento do segurado quaisquer reclamações ou ações derivadas da mesma estariam excluídas de cobertura.<sup>756</sup>

<sup>755</sup> No original em inglês: “Question No. 14: Does any Director or Officer have knowledge or information of any act, error or omission which might give rise to a claim under the proposed policy?” To this question, Shapiro answered No.”

<sup>756</sup> No original em inglês: “in Item No. 17: It is agreed that if such knowledge or information exists any claim or action arising therefrom is excluded from this proposed coverage.” É importante ter em mente nesse caso, em particular, que a omissão partiu do próprio tomador, o CEO da companhia. Se a omissão dissesse respeito a outro administrador, isto é, aquele que não fosse o tomador, possivelmente haveria outra conclusão. Miguel Iribarren Blanco é que faz essa distinção: “A la pregunta hecha, sea como fuere, no es posible responder adecuadamente sin distinguir entre tomador y asegurados. Con carácter general, no hay duda de que el conocimiento y la conducta del primero tiene efecto sobre la relación jurídica de todos los asegurados; pero no porque sea su representante, sino porque como contratante en nombre propio queda sometido a las obligaciones y cargas resultantes del contrato. [...] La pregunta pasa, entonces, a ser si la conducta o los conocimientos poseídos por un administrador se extienden a los demás. [...] A mi juicio, no hay razón para dar una respuesta afirmativa. Aunque la infracción tenga por objeto circunstancias que afecten a la estimación del riesgo global, el asegurador queda suficientemente protegido disponiendo de las facultades que la ley le reconoce ante la defectuosa declaración y no hay por qué extender en su beneficio las consecuencias de los estados subjetivos individuales. (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2005. p. 228-229).



Em 1977, Shapiro, juntamente com outros conselheiros da Giant (tomadora), foram processados ao argumento de que teriam praticado fraudes relacionadas a valores mobiliários. O resultado do julgamento foi no sentido de condená-los pelas fraudes, especificamente considerando que a companhia, por meio de seus conselheiros, divulgou ao mercado informações financeiras equivocadas que lhes fizeram crer que os resultados da mesma eram muito melhores do que os realmente existentes. Shapiro e os demais buscaram a seguradora a fim de haver as importâncias despendidas com essas demandas, oportunidade na qual a cobertura lhes foi negada.

Então Shapiro e os demais administradores da companhia demandaram contra a seguradora American Home, questionando a negativa apresentada, principalmente ao argumento de que a conduta do responsável pelo preenchimento do questionário não poderia prejudicar os demais conselheiros e diretores. Com relação à falsidade nas declarações prestadas à seguradora antes da conclusão do contrato, seria injusto fulminar o direito de outros conselheiros e diretores que sequer tinham relacionamento próximo com Shapiro, quiçá sabiam aquilo que estava sendo informado.

A primeira parte da decisão cuida da definição daquilo que se deve entender por omissão de informação relevante – *material misrepresentation*<sup>757</sup> – o que, no caso, foi entendido em conformidade com as leis do Estado de Massachusetts, localidade na qual a apólice foi emitida.

---

<sup>757</sup> “Material misrepresentation. 1. Contracts. A false statement that is likely to induce a reasonable person to assent or that the maker knows is likely to induce the recipient to assent. 2. Torts. A false statement to which a reasonable person would attach importance in deciding how to act in the transaction in question or to which the maker knows or has reason to know that the recipient attaches some importance.” (*Black’s Law Dictionary*. 9 ed. Editor GARNER, Bryan A. Minnesota: Thomson Reuters, 2009. p. 1091).

A respeito das informações na fase pré-contratual no direito norte-americano, as *representations* são classificadas como declaração de informações pelo segurado, dividindo-as em normais ou materiais. Violações ao tipo considerado normal implicam em indenizar as perdas e danos sofridas pelo lesado, enquanto que as violações do tipo material, dada a sua relevância à análise do risco, podem motivar a rescisão do contrato. As *material representations*, quanto à sanção aplicável, assemelham-se às *warranties*. A relevância da infração é examinada a partir da constatação, pelo segurador, de que se fosse sabedor do dado omitido, ou não teria concluído o contrato ou teria cobrado prêmio sensivelmente maior. Nos direitos inglês e americano a prestação de informações sob a categoria de *representation* ou *warranty* é relevante para fins do dever de investigar por parte da seguradora. Em se tratando de *representation*, a seguradora deve investigar; em se tratando de *warranty*, cabe à seguradora apenas confiar na informação prestada. (GUERRERO LEBRÓN, María Jesús. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*. Madrid: La Ley, 2004. p. 71-72).

A propósito desse tema específico, a decisão narra que em conformidade com a *common law*, afirmações formuladas pelo proponente que tenham conduzido o subscritor a erro quanto à natureza do risco a ser coberto são consideradas omissões relevantes.<sup>758</sup>

A seguir, a decisão consignou que as omissões decorrentes do preenchimento do questionário por Shapiro realmente foram relevantes. “*Os fatos omitidos por Shapiro foram aqueles que uma seguradora ao emitir uma apólice de seguro D&O precisaria conhecer ao decidir positivamente pela subscrição. Considerando que o seguro D&O é um fenômeno relativamente novo e considerando que o escopo de cobertura é amplo, as seguradoras têm razões para ser muito cautelosas ao emitir as apólices*”.<sup>759</sup>

No caso, as informações omitidas por Shapiro diziam respeito a dados financeiros da tomadora relativos ao ano de 1972, que foram gravemente adulterados para maior. Além disso, Shapiro respondeu negativamente quanto ao conhecimento de quaisquer “atos, erros ou omissões” pelos executivos da companhia que pudessem originar reclamações. Historicamente, a apresentação de informações financeiras falsas determina a propositura de diversas ações judiciais por minoritários e órgãos reguladores nos Estados Unidos. O Tribunal entendeu que foi justamente por essa razão que a companhia Giant, liderada por seu presidente, Shapiro, contratou o seguro *D&O*.<sup>760</sup>

Restando definido que a omissão de informações foi relevante, a decisão passou a considerar os seus efeitos para com os demais conselheiros e diretores. Privar todos os conselheiros e diretores em razão da conduta de apenas um deles acabaria por restringir demais a amplitude da cobertura da apólice.

Ao fundamentar a decisão, a Corte aludiu ao precedente, à época recente, apresentado no caso de *Bird v. Penn Central*. Naquele caso, o argumento dos conselheiros inocentes foi

---

<sup>758</sup> No original em inglês: “Statements that misled the underwriter as to the nature of the risk being undertaken were considered material. *Daniels v. Hudson River Fire Insurance Co.*, 66 Mass. (12 Cush.) 416 (1853); *Curry v. Commonwealth Insurance Co.*, 27 Mass. (10 Pick.) 535 (1830).”

<sup>759</sup> No original em inglês: “The facts misrepresented by Shapiro were those that an insurer issuing a D & O policy is most likely to consider in making the underwriting decision. Since D & O insurance is a relatively recent phenomenon, and since the scope of coverage is potentially quite large, companies have reason to be very careful in issuing policies.”

<sup>760</sup> No original em inglês: “In this case, Shapiro submitted a financial statement for 1972 that grossly overstated Giant’s earnings. More than that, however, Shapiro falsely stated in the application for insurance that he did not know of any “act, error or omission” by Giant officials which might give rise to a claim. The filing of a false financial statement exposes a company and its officers to civil liability by investors and stockholders under common law and federal securities law. These are the very risks against which Giant was seeking insurance.

rejeitado porque entendeu-se que o executivo responsável pelo preenchimento do formulário agiu em nome dos demais, o que, na decisão, é atribuído, como se viu, à *agency law theory*.<sup>761</sup>

Porém, principalmente considerando a posição de conselheiros externos à administração da Giant, a aplicação do entendimento apresentado em *Bird v Penn State* não seria amoldável à situação fática de *Shapiro*. Assim, ao invés de se embasar na *agency law theory*, a decisão adotou fundamento distinto, qual seja, a interpretação do contrato de seguro, especialmente à maneira empregada para formular a pergunta de número 14, anteriormente reproduzida. Vale examinar essa parte do acórdão:

The form, in Question No. 14, inquires about knowledge of *any* officer or director concerning facts which might give rise to claims under the policy. Because of the likelihood of joint and several liability being imposed on all directors for the wrongdoing of one, the facts known by Shapiro were highly material not only to his potential liability, but to that of all other directors. Since Shapiro's answer misrepresented the risk incurred in insuring all those covered by the policy, it follows that American Home can avoid responsibility to all the insureds on the basis of that misrepresentation. Nothing in the contract indicates that the parties intended a different result.<sup>762</sup>

Os administradores questionaram a conclusão alcançada pelo Tribunal. Alegaram que a apólice, embora representada por apenas um contrato, deveria ser observada como uma multiplicidade de contratos, isto é, cada segurado seria tutelado por um contrato, de modo que a conduta de um não poderia afetar os demais.<sup>763</sup>

A decisão também rejeitou esse argumento de maneira contundente, na medida em que a apólice foi negociada e concebida a requerimento da tomadora, Giant. Apenas um prêmio foi pago para toda a cobertura disponibilizada. O juiz afirmou que, a partir da linguagem e termos empregados, não seria possível assumir que nem mesmo a Giant, nem a American

---

<sup>761</sup> No original em inglês: “The court rejected the “innocent” insureds’ motion for summary judgment, on the grounds that the officer who made the false statement was acting as an agent for the others and thus his fraud was binding on them. *Bird v. Penn Central*, 334 F. Supp. 255 (E.D.Pa.1971), *on rehearing* 341 F. Supp. 291 (E.D.Pa.1972).

<sup>762</sup> Em tradução nossa: “O questionário, na pergunta nº. 14, questiona a respeito do conhecimento por qualquer diretor ou conselheiro relacionado a fatos que pudessem ocasionar reclamações afetas à apólice. Em razão da aplicação da responsabilidade conjunta e solidária imposta a todos os administradores como consequência da falta de um administrador, os fatos conhecidos por Shapiro eram muito importantes não apenas para sua possível responsabilidade, mas também para todos os demais administradores. Considerando a resposta de Shapiro o risco foi mal avaliado e subscrito para todos os administradores, de modo que a American Home pode evitar a responsabilidade quanto a todos os segurados respaldada por essa omissão. Nada no contrato indica que as partes quiseram um resultado diferente.”

<sup>763</sup> No original em inglês: “[...] an alternative interpretation of the policy by arguing that it should be viewed as a series of separate contracts between the insurer and each individual officer.”

Home, teriam desejado contratar múltiplos contratos. Isto, por óbvio, poderia ter sido feito, mas, as condições e o preço seriam outros.<sup>764</sup>

Por fim, os autores questionaram se a invalidação da apólice inteira não feriria a ordem pública. A decisão também refutou esse argumento. Ora, não haveria nada de contrário à ordem pública ao estabelecer que a omissão de informações relevantes por parte do presidente da companhia poderia afetar as coberturas dos demais conselheiros.

É importante extrair do julgamento desse caso uma diferença marcante diante do caso anterior – *Bird v Penn State*. No primeiro caso, todos os administradores implicados pertenciam à administração interna da companhia, isto é, diretores e conselheiros internos; no segundo caso, os conselheiros implicados eram externos, o que acabou conduzindo a fundamentação adotada pelo Tribunal para outra temática, diferente da *agency theory*.

No segundo caso, prevaleceu a interpretação da cláusula cujos dizeres aludiam ao conhecimento, pelo presidente, Shapiro, a respeito de informações que fossem do conhecimento de qualquer executivo da companhia.

Como se observou no julgamento, os administradores tentaram conduzir a discussão de maneira individualizada, porém, a conclusão alcançada foi no sentido de que apenas uma apólice foi emitida para todos, não havendo nada no clausulado capaz de sustentar o argumento suscitado pelos administradores.

Em síntese, a redação do clausulado foi o fiel da balança nesse segundo caso.

### (iii) *Cutter & Buck, Inc. v. Genesis Insurance Company*

A apólice de seguro *D&O* foi emitida pela Genesis Insurance Company para a tomadora, Cutter & Buck, Inc. – doravante C&B, e seus administradores.

A tomadora, C&B, tratava-se de uma companhia aberta dedicada à venda de artigos esportivos no varejo. Segundo as regras contábeis aplicáveis à espécie, a efetivação da venda apenas poderia ser contabilizada quando a mesma fosse concluída, isto é, por ocasião de sua

---

<sup>764</sup> No original em inglês: “It is true that such an exclusion significantly limits the protection afforded to outside or innocent corporate officials under D & O policies. But there is no legal barrier to the making of contracts of insurance that would protect innocent insureds against loss of coverage because of the fraud of another. Various commentators have suggested procedures by which this end could be accomplished. See, e.g., Schaeftler, *supra*, at 171. Of course, an insurer issuing a D & O policy with such protection for innocent directors will bear increased risks, and a corporation seeking such a policy must expect to be charged a higher premium than it would pay for a like policy without such an extension of coverage.”

chegada ao consumidor final. Vale dizer que as hipóteses de restituição das mercadorias pelos consumidores eram diminutas e somente atreladas a defeitos de qualidade das mesmas.

Com o intuito de manter as suas receitas em patamares elevados, a C&B, em meados de 2001, começou a fazer um arranjo com os seus distribuidores por meio do qual as vendas das mercadorias eram “maquiadas”.<sup>765</sup> Ao invés de contabilizá-las quando da efetiva compra pelos consumidores, a empresa passou a considerar como fato gerador a entrega das mercadorias aos seus distribuidores. As restituições das mercadorias pelos distribuidores eram ocultadas através de outros canais de distribuição.

Nessa mesma época ocorreu o processo de renovação do contrato de seguro *D&O* com a Genesis, cuja subscritora, Winnie Van, reuniu-se pessoalmente com o CFO - *chief financial officer* ou, diretor financeiro da C&B, Sr. Steve Lowber, o CEO - *chief executive officer* ou presidente, Sr. Harvey Jones e o COO - *chief operations officer* ou diretor de operações, Sr. Martin Marks. Na ocasião, a informação transmitida à representante da seguradora foi de que as vendas somente eram contabilizadas quando os consumidores adquiriam os produtos. A proposta e o questionário com vistas à renovação da apólice foram preenchidos e assinados pelo CFO, Sr. Lowber, culminando com a emissão da mesma.

Em abril de 2002, Jones e Marks renunciaram às suas funções. Fran Conley, membro do conselho de administração da C&B, assumiu interinamente como CEO. Mais tarde, em agosto de 2002, Conley tomou conhecimento a respeito das irregularidades ocorridas quando, então, publicou comunicado oficial informando que a responsabilidade deveria ser imputada a Lowber, Jones e Marks.<sup>766</sup>

Em setembro de 2002 foram deflagradas diversas ações judiciais por acionistas minoritários contra a C&B, questionando, justamente, a perda de valor ocorrida com as suas ações em virtude da divulgação dos fatos concernentes à referida manobra contábil. A C&B, por sua vez, endereçou as ações à companhia de seguros Genesis, a fim de obter a garantia oferecida por sua apólice de *D&O*.

---

<sup>765</sup> A maior parte dos litígios nos Estados Unidos da América relacionados a informações deficientes decorre de alterações contábeis nos dados informados. (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. cit. p. 217). Também assim GUERRERO LEBRÓN, María Jesús. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*. Madrid: La Ley, 2004. p. 72.

<sup>766</sup> No original em inglês: “The managers responsible for these business decisions and those who were responsible for the integrity of the Company's financial statement no longer have any role with the Company. They include Jones, Marks, and Lowber”.

Com fundamento na omissão de informações relevantes à contratação do seguro, a seguradora negou a cobertura como um todo, isto é, produzindo efeitos tanto para a tomadora quanto para todos os administradores, independentemente de sua participação efetiva na mencionada manobra contábil.

A análise do caso desdobra-se em diversos eixos temáticos os mais interessantes. Para delimitá-los ao exame da cláusula de divisibilidade de declarações, convém atentar aos seguintes: 1) o que entender por omissão relevante de informações (*material misrepresentation*) e a intenção de enganar (*intent to deceive*) e 2) o conteúdo da cláusula de *severability* em si.

A lei do Estado de Washington, aplicável à hipótese, dispõe que “*No oral or written misrepresentation or warranty made in the negotiation of an insurance contract shall be deemed material or defeat or avoid the contract, unless the misrepresentation or warranty is made with the intent to deceive.*”<sup>767</sup>

O questionário preenchido e assinado pelo então CFO da C&B continha a seguinte declaração:

For the purpose of this application, the undersigned declares that the statements herein are true and complete. The information contained in and submitted with this application is on file with the insurer and along with the application (together with all previous applications and material changes thereto which the insurer receives notice) is considered physically attached to the policy and will become a part of it. The insurer will have relied upon this application and attachments in issuing any policy. The application will become a part of such policy if issued.<sup>768</sup>

Sucedeu-se uma discussão a respeito do alcance da declaração preenchida e assinada pelo Sr. Lowber; segundo a C&B, apenas as informações pertinentes ao questionário sujeitar-se-iam aos efeitos da declaração, ao passo que a seguradora entendeu que quaisquer informações relacionadas à contratação produziriam efeitos, tanto no concernente à proposta quanto no tocante aos seus anexos.

Com relação aos documentos que seguiram anexados à proposta, a própria declaração consignou, expressamente, que os anexos a integrariam. A propósito do entendimento do que

<sup>767</sup> Fonte. RCW 48.18.090 (1). Em tradução nossa: “Nenhuma omissão de informações orais ou escritas realizadas na negociação de um contrato de seguro será considerar relevante ou nulificará o contrato, a não ser que a omissão seja realizada com o intuito de enganar.”

<sup>768</sup> Em tradução nossa: “Para o propósito dessa proposta, o abaixo assinado declara que as afirmações aqui contidas são verdadeiras e completas. As informações contidas aqui e submetidas com essa proposta estão em arquivo com a seguradora e, conjuntamente com a proposta (conjuntamente também com todas as propostas anteriores e modificações relevantes realizadas que a seguradora foi notificada) é considerada fisicamente anexada à apólice e será parte dela. A seguradora confiará nessa proposta e seus anexos ao emitir a apólice. A proposta será convertida em parte da apólice, se for emitida.”

seria uma omissão relevante de informações para análise de risco pela seguradora, o acórdão referiu-se a diversos outros julgados nos Estados Unidos da América. Observaram-se variados critérios indicativos do que seria uma omissão relevante de informações: i. se a omissão influenciou a decisão da seguradora pela emissão da apólice;<sup>769</sup> ii. A informação será relevante se influenciou o risco avaliado pela seguradora;<sup>770</sup> iii. Quando a seguradora não pergunta a respeito de uma determinada questão, presume-se que a mesma não é relevante;<sup>771</sup> iv. A *contrario sensu*, se a seguradora pergunta a respeito de determinada informação, presume-se que a mesma é relevante.<sup>772</sup>

O exame do caso concreto à luz dos critérios apresentados revelou, conclusivamente, que o CFO da C&B, ao omitir as manobras contábeis realizadas com o seu expresso conhecimento, induziu a seguradora em erro. As informações omitidas foram consideradas relevantes.

No concernente à intenção de enganar (*intent to deceive*), o acórdão trouxe fundamentação robusta a comprová-la. Em primeiro lugar, afirmou-se que o exame da intenção de enganar é uma questão de fato. Na medida em que se comprova que o segurado tinha conhecimento do dado omitido, presume-se que o mesmo teve a intenção de enganar, cabendo-lhe provar o contrário.<sup>773</sup>

Para concluir que, no caso concreto, a C&B, por seu CFO, teve a intenção de enganar a seguradora, o acórdão partiu das seguintes constatações: 1) os documentos adunados aos autos, dentre os quais se referiu à declaração em forma de *mea culpa* formulada pelo CFO; 2) a invocação da 5ª emenda da Constituição dos Estados Unidos da América pelo próprio CFO,

<sup>769</sup> “A representation made in conjunction with an insurance policy application or negotiation is material if the representation influenced the insurance company's decision to issue the coverage.” *Queen City Farms, Inc. v. Central National Ins. Co. of Omaha*. 126 Wash.2d 50, 100, 882 P.2d 703 (1994).

<sup>770</sup> “Information is material if the information measures the risk, which is ‘the touchstone of an insurance contract.’” *Verex Assurance, Inc. v. John Hanson Savings and Loan, Inc.* 816 F.2d 1296, 1302 (9<sup>th</sup> Cir.1987).

<sup>771</sup> “when an insurer asks no information in regard to a certain matter, it is a fair assumption that it regards the matter as immaterial.” *Uslife Credit Life Ins. Co. v. McAfee*. 29 Wash.App. 574, 577, 630 P.2d 450 (1981).

<sup>772</sup> “This implies that when an insurer specifically asks information in regard to a certain matter, the presumption is that the matter is material.” *Jaunich v. Nat'l Union Fire Ins. Co.* 647 F. Supp. 209, 211 (N.D.Cal.1986) (holding that “the financial health of a company as well as the existence of circumstances that can lead to litigation are material to an insurer's decision to issue a D & O liability policy”), *Shapiro v. Am. Home Assurance Co.*, 584 F. Supp. 1245, 1249 (D.Mass.1984) (same).

<sup>773</sup> No original em inglês: “Whether a misrepresentation is made with an intent to deceive is a question of fact. *Wilburn v. Pioneer Mutual Life Ins. Co.* 8 Wash. App. 616, 620, 508 P.2d 632 (1973). Nonetheless, in analyzing RCW 48.18.090, the Washington Supreme Court noted that “[w]hen a false statement has been made knowingly, there is a presumption that it was made with intent to deceive ....” *Music v. United Ins. Co. of Am.* 59 Wash.2d 765, 769, 370 P.2d 603 (1962). “In the absence of credible evidence that false representations were made without [an] intent to deceive, the presumption prevails.” *Wilburn*, 8 Wash. App. at 620, 508 P.2d 632 (emphasis in original) (citing Music)”. ”

quando questionado em juízo a respeito da “maquiagem contábil”. Neste particular, considerando as outras evidências e a própria confissão do administrador, a referida invocação foi utilizada contra aquele que a arguiu.<sup>774</sup>

Com relação à aplicabilidade da cláusula *severability* ou *innocent director*, o seu conteúdo é o seguinte:

In the event that the Application, including materials submitted therewith, contains misrepresentations made with the actual intent to deceive, or contains misrepresentations which materially affect either the acceptance of the risk or the hazard assumed by the INSURER under this Policy, this Policy in its entirety shall be void and of no effect whatsoever; and provided, however, that no knowledge possessed by any DIRECTOR or OFFICER shall be imputed to any other DIRECTOR or OFFICER except for material information known to the person or persons who signed the Application. In the event that any of the particulars or statements in the Application is untrue, this Policy will be voided with respect to any DIRECTOR or OFFICER who knew of such untruth.<sup>775</sup>

A propósito da interpretação da cláusula, o Tribunal esclareceu que a finalidade da interpretação é ir ao encontro das intenções das partes.<sup>776</sup> Os seguintes princípios foram invocados a fim de interpretá-la: i. O contrato deve ser examinado como um todo, de maneira que a cada termo ou expressão seja empregado valor;<sup>777</sup> ii. Intepretações que impliquem na nulidade do contrato devem ser evitadas;<sup>778</sup> iii. Quando não houver ambiguidade, os tribunais devem se abster de interpretar a cláusula<sup>779</sup> e iv. Quando houver ambiguidade, a intepretação favorável ao segurado deve prevalecer.<sup>780</sup>

---

<sup>774</sup> No original em inglês: “In a civil proceeding, the court may draw a negative inference from a party's invocation of his Fifth Amendment privilege in refusing to answer a question, so long as there is independent evidence of the fact to be inferred. Doe by & through Rudy - Glanzer v. Glanzer. 232 F.3d 1258, 1264 (9th Cir.2000), SEC v. Colello. 139 F.3d 674, 677 (9th Cir.1998).

<sup>775</sup> Em tradução nossa: “no caso de a proposta, incluindo documentos enviados com ela, contenham omissões/incompletudes feitas com o objetivo de enganar, ou contenham omissões/incompletudes que afetem a aceitação do risco pela seguradora de maneira relevante, esta apólice em sua inteiriza será nulificada e nenhum efeito será dela decorrente; e informado, contudo, que nenhum conhecimento detido por qualquer conselheiro ou diretor deverá ser oponível a qualquer outro conselheiro ou diretor excetuando informações relevantes do conhecimento da pessoa ou pessoas que assinaram a proposta. Caso quaisquer das informações constantes na proposta seja falsa, a apólice será nulificada com relação a qualquer conselheiro ou diretor que tivesse conhecimento de tal inverdade.”

<sup>776</sup> The purpose of contract interpretation is to give effect to the parties' intentions. Berg v. Hudesman, 115 Wash.2d 657, 801 P.2d 222 (1990).

<sup>777</sup> A contract must be interpreted as a whole such that every term in the contract is given effect and force. Boeing Co. v. Aetna Casualty & Surety Co., 113 Wash.2d 869, 876, 784 P.2d 507 (1990).

<sup>778</sup> “Interpretations that contradict and thereby nullify clauses within the contract are disfavored.” *Stouffer v. Knight & \*1012 Cont'l Cas. Co.* 96 Wa. App. 741, 750, 982 P.2d 105 (1999).

<sup>779</sup> “When language is unambiguous, courts may not interpret the contract in such a way to create an ambiguity where none exists.” *Callahan v. State Farm Life Ins. Co.* 82 Wash. App. 807, 808, 920 P.2d 205 (1996).

<sup>780</sup> “However, when the language is ambiguous, the ambiguity must be construed against the insurer, especially where the language concerns exclusions limiting coverage.” *Findlay v. United Pac. Ins. Co.* 129 Wash.2d 368,



A interpretação da cláusula acima reproduzida, sob as luzes do contrato, como um todo, determinou a conclusão no sentido de eximir integralmente a seguradora da obrigação de indenizar. O exame completo da cláusula de divisibilidade de declarações, não de trechos isolados, não gera qualquer ambiguidade, devendo prevalecer, pois.<sup>781</sup>

Com relação ao conteúdo da cláusula em si, o acórdão narra que o corretor nomeado pela C&B a fim de assessorá-la com vistas à contratação do seguro teve a oportunidade de sugerir a redação que melhor lhe aprouvesse. Ao depor em juízo, o corretor afirmou que o objetivo da cláusula era proteger os administradores inocentes diante de administradores que viessem a ser responsabilizados. O problema, contudo, não se encerrou nesse ponto. Os administradores inocentes estariam protegidos se o administrador responsável pelo preenchimento e assinatura do questionário não soubesse a respeito dos fatos relevantes que acabaram sendo deliberadamente omitidos.<sup>782</sup>

Assim como no segundo caso, *Shapiro v. American Home*, este terceiro caso também foi resolvido mediante a interpretação da cláusula de divisibilidade das declarações. Em adição à interpretação, o fato de o questionário ter sido acompanhado pela documentação contábil da tomadora também foi relevante à conclusão alcançada.

374, 917 P.2d 116 (1996). Contract language is ambiguous if it is "fairly susceptible to more than one reasonable interpretation." *Mendoza v. Rivera-Chavez*. 88 Wash. App. 261, 268, 945 P.2d 232 (1997).

<sup>781</sup> No original, em inglês: "Here, the contract language itself is unambiguous when the severability of application provision is read in its entirety rather than reading sentences or clauses in isolation. The first clause of the first sentence provides that the Policy will be void in its entirety if the application or materials submitted with the application contain misrepresentations made with an intent to deceive. The second clause of this sentence together with the second sentence limit when the Policy may be deemed void in its entirety. The second sentence preserves coverage for directors or officers who had no knowledge of the misrepresentations within the application materials. However, the universe of those who are deemed to have such knowledge is established by the second clause of the first sentence. That clause indicates that a director's or officer's knowledge of a misrepresentation made with an intent to deceive is not imputed to other directors or officers unless the application's signor knew of the misrepresentation. This clearly implies that when the signor knows that there are misrepresentations in the application materials, that knowledge is imputed to all other directors or officers."

<sup>782</sup> No original em inglês: "This evidence does not show what C & B specifically intended in seeking a severability of application provision. There is no evidence in the record of any communication between the parties that would indicate a specific intent in including this provision. C & B's insurance broker Paul Nowak testified in deposition that severability was a term used in the industry to separate coverage for "white hats and dark hats. While hats being people who may not have been involved in certain activities, and then dark hats being people who were being alleged of being involved with some wrongdoing and possibly not getting coverage." (Gangnes Dec., Ex. G at 193-94). However, he did not testify that he intended to prevent the signor's knowledge from being imputed to other directors and officers. "White hats" are covered when the signor does not know of material misrepresentations in the application materials. [...] In the end, while C & B cites various principles and inconclusive facts which favor its interpretation, its proposed interpretation cannot be adopted without nullifying the clear and plain language of the first sentence of the provision. Therefore, the Court interprets the provision to mean that the signor's knowledge of a misrepresentation in the application materials is imputed to otherwise innocent directors or officers. Consequently, the policy is void as to all directors or officers when the signor knows of a misrepresentation in the application materials."

Em conformidade com as leis de Washington, Estado no qual a apólice foi emitida e a demanda foi proposta, os fatos revelaram o intuito de enganar a seguradora, viciar a sua vontade por ocasião das negociações que culminaram com a emissão da apólice. A interpretação do que seja a *material misrepresentation* também foi de relevo, propondo-se alguns critérios a fim de identificá-la.

A síntese que se apresenta com relação aos três casos apresentados é a seguinte: no primeiro, prevaleceu a *agency law theory*; no segundo, a solução se deu por meio da interpretação da cláusula e no terceiro, também, através de interpretação, adunada pelos documentos contábeis maquiados que acompanharam a proposta.<sup>783</sup>

Como alternativas a fim de gerar maior segurança jurídica diante de critérios oscilantes, sugere-se, por primeiro, que as seguradoras elaborem um *check-list* detalhado a respeito do que será questionado, bem como dos documentos que deverão ser enviados. Questões relativas a, por exemplo, recusas, pela administração, de propostas de aquisição/fusão, mudanças no controle da companhia, alterações nas auditorias externas e propostas de aquisição de 5% ou mais das quotas da companhia. O relatório, além disso, deverá atentar para casos de negligência por parte dos administradores que possam motivar reclamações. Ausência em reuniões, oposição de ressalvas ou divergências em reuniões do conselho de administração, desídia ao deixar de consultar opiniões de auditores/advogados externos à companhia etc.<sup>784</sup>

A segunda alternativa consiste em exigir propostas individuais de cada administrador que deseje a contratação da apólice. A ideia é atraente, mas, pragmaticamente, enfrenta sérias dificuldades. O risco analisado pela seguradora não é individual, mas de toda a companhia que deseja contratar o seguro. Ele é uno. O segundo óbice decorre da possibilidade de que

---

<sup>783</sup> William Caraccio escreveu um artigo cujo tema é a nulificação do contrato de seguro *D&O* por omissão de informações na fase precontratual. O autor citar inúmeras fontes, referências e, quanto à mescla de fundamentos apresentados na jurisprudência norte-americana, afirma: “For example, most courts have focused some attention on whether the misrepresentation or ignorance of one insured director or officer should affect the coverage of the other insureds. But even where different courts have concluded that due to the material misrepresentation of one insured the entire D&O policy was void ab initio, no two courts have yet agreed as to the theory upon which that conclusion should rest. One court relied upon the agency relationship binding together all the directors and officers, holding that the knowledge of one should be imputed to all. Another court rejected the agency theory, yet declared the D&O policy void ab initio on an intent-of-the-parties rationale. Still a third acknowledged a limited agency relationship existing between officer applicant and corporation but not between officers; since the applicant was not the same officer possessing the preexisting knowledge, coverage under the policy was not denied to him or the other innocent insureds.” (CARACCIO, L. William. *Void Ab Initio: Application Fraud as Grounds for Avoiding Directors' and Officers' Liability Insurance Coverage*. cit. p. 954-955).

<sup>784</sup> Ibid. p. 991-992.

advenham condenações solidárias a um determinado grupo de administradores, *e.g.*, os membros do conselho de administração. Se a hipótese for essa, como tratá-los individualmente?<sup>785</sup>

A terceira alternativa consiste em terceirizar o preenchimento do questionário, bem como a apresentação dos documentos respectivos, a escritórios de advocacia especializados. Da mesma maneira que as seguradoras, habitualmente, contratam escritórios de advocacia para lhes assessorar nas regulações dos sinistros, a contratação de escritórios de advocacia, pelas tomadoras/segurados, pouparia atritos futuros. O ponto negativo quanto a essa alternativa decorre de um aumento significativo nos custos de subscrição da apólice.<sup>786</sup>

No Brasil, a cláusula de divisibilidade de declarações sequer é apresentada nas condições das apólices disponíveis. Apenas na apólice X constam os seguintes dizeres, no questionário, isto é, não nas condições gerais:

Se uma apólice de seguro for emitida, é compreendido e acordado que para a concessão de cobertura a quaisquer dos segurados, a seguradora confiou nas declarações e informações contidas nesta proposta. Todas as tais declarações e informações são a base da cobertura e serão consideradas incorporado (*sic.*) dentro e constituindo parte da apólice emitida. Com respeito a tais declarações e informações, nenhuma declaração feita ou conhecimento em poder de qualquer segurado (diferente do conhecimento ou informações possuídas pelas pessoas que preencheram a presente proposta) será imputado a qualquer outro segurado para determinar se a cobertura está disponível para qualquer reclamação feita contra tal outro segurado.<sup>787</sup>

O exame desse texto revela alguma semelhança com a cláusula reproduzida acima, à fl. 365, mas, ao que parece, a tradução é sensivelmente pior do que o texto no original em inglês. Na cláusula da apólice norte-americana, o conhecimento de informações por parte do responsável pelo preenchimento do questionário que seja falseado ou omitido da seguradora será oponível aos demais administradores. A cláusula, como redigida, sanciona a falsidade com rigor. A mecânica do seguro por conta de terceiros não pode se prestar para acobertar omissões de qualquer tipo.

Considerando a experiência norte-americana com relação a esse tema, parece evidente que litígios dessa natureza ocorrerão no Brasil. Como se observou, nos Estados Unidos da América isso é muito comum. Diante desse porvir, cumpre sugerir que as apólices brasileiras enfrentem a questão antes que os Tribunais o façam.

---

<sup>785</sup> Ibid. p. 993.

<sup>786</sup> Ibid. p. 995-996

<sup>787</sup> O questionário apresentado pela apólice Y é completamente omissivo quanto à divisibilidade das declarações.

Deixando de lado, por ora, a experiência anglo-saxã e atentando à realidade de sistemas jurídicos continentais, na Espanha, Miguel Iribarren Blanco enfrentou a questão e, de forma categórica, ressaltou que a contratação por conta dos segurados não pode, em hipótese alguma, desobrigá-los do dever de prestar as informações que sejam do seu conhecimento à seguradora. Pensar o contrário seria completamente ilógico.<sup>788</sup>

Blanco anota que na Itália, Antigono Donati, desde 1936, antes, portanto, da entrada em vigor do Código Civil italiano de 1945, já assinalava a importância de se manter o dever de prestar informações a todos os segurados quando o seguro fosse contratado na modalidade ‘por conta’. Eis as palavras do professor italiano:

è principio fondamentale dell’assicurazione per conto di terzi e di quella per conto di chi spetta che il contegno e la conoscenza dell’assicurato equivalgono a quelli del contraente, quando essi abbiano rilevanza giuridica. In conformità di tale principio, agli effetti del diritto di impugnativa del contratto in caso di reticenza o di dichiarazione falsa od erronea (art. 429) e della ritenzione del premio da parte dell’assicuratore in caso di malafede (art. 429 ult. Cpv.), hanno rilievo tanto la conoscenza delle circostanze, che dovevano essere esattamente e completamente dichiarate, e il dolo del contraente, quanto la conoscenza e il dolo di chi à titolare dell’interesse al momento della conclusione del contratto.<sup>789</sup>

Ao comentar o art. 1894 do Código Civil italiano,<sup>790</sup> Salandra posiciona-se da mesma maneira que Donati. Supondo uma hipótese na qual o tomador não tenha conhecimento de informação relevante, mas que o segurado tenha, constitui dever deste último levar a

---

<sup>788</sup> “La importancia de la identificación de los obligados es máxima porque la prestación objeto del deber viene definida subjetivamente, en función de lo que se conozca. Se informa sobre lo que se conoce y hasta ese límite, de forma que si el asegurado sabe más que el tomador, lo cual no es nada extraño, interesa que quede también obligado. [...] De forma que negar el deber de los asegurados significa mantener, a su vez, la irrelevancia de su actitud. Siendo ello absurdo, hay que concluir que, con carácter general, los asegurados están sometidos al deber de información sobre el riesgo en los seguros por cuenta ajena a todos los efectos. Tiene que ser así, porque si no ningún seguro se suscribiría por cuenta propia, sino por un tercero a quien se le podría ocultar impunemente información sobre el riesgo, sin que, como consecuencia de ello, tuviese el asegurador derecho a quedar liberado del pago de la indemnización.” (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. p. 222-223).

<sup>789</sup> Em tradução nossa: “é um princípio fundamental do seguro por conta de terceiros e por conta de quem corresponda que a conduta e os conhecimentos do segurado equivalente aos do tomador quando tenham relevância jurídica. Em conformidade com tal princípio, para os efeitos do direito de impugnação (denúncia) do contrato em caso de omissões ou declarações falsas ou equivocadas (art. 429) e de retenção do prêmio em caso de má-fé (art. 429), têm relevância tanto o conhecimento das circunstâncias que deveriam ser exatamente e completamente declaradas e o dolo do tomador como o conhecimento e o dolo de quem é titular do interesse no momento da celebração do contrato.” (DONATI, Antigono. *L’assicurazione per conto de chi spetta*. Perugia: Ed. Guerriero Guerra, 1936. p. 95-96).

<sup>790</sup> Código Civil italiano. Art. 1894 Assicurazione in nome o per conto di terzi. Nelle assicurazioni in nome o per conto di terzi, se questi hanno conoscenza dell’inesattezza delle dichiarazioni o delle reticenze relative al rischio, si applicano a favore dell’assicuratore le disposizioni degli artt. 1892 e 1893 (1391,1932).

informação ao conhecimento da seguradora.<sup>791</sup> O mesmo posicionamento prevalece na Alemanha.<sup>792</sup>

Entende-se, assim, que os questionários das apólices brasileiras devem caminhar nessa direção, chamando a atenção dos responsáveis pelo preenchimento quanto à importância deste fazer, às consequências decorrentes de eventuais incompletudes e falseamentos por parte de todos os colaboradores da companhia elegíveis à condição de segurados.

Seria o caso de, por exemplo, propor um encontro com a diretoria e o conselho de administração para explicar o funcionamento do seguro *D&O*, os riscos cobertos, as exclusões, mas, antes disso, ressaltar a importância de prestar toda a informação solicitada pela seguradora no questionário. Quão melhor for o processo de contratação menos litigiosidade haverá.<sup>793</sup>

### 3.3. Coberturas

---

<sup>791</sup> SALANDRA, A. *Assicurazione*. In *Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*. t IV, 1948: «può avvenire, nelle assicurazioni stipulate in nome o per conto di terzi, che la descrizione del rischio venga fatta in buona fede dal contraente sulla base di dati inesatti o manchevoli ricevuti dalla persona del nome o per conto della quale conclude il contratto; od anche semplicemente nella ignoranza del vero stato delle cose, conosciuta invece da quella. In questa ipotesi il contraente è in buona fede, ma non lo è l'assicurato; il contratto è stato concluso da altri per lui per sottrarsi l'applicazione delle norme poste dalla legge a tutela dell'assicuratore. Pertanto l'assicurato è tenuto a comunicare all'assicuratore quelle circostanze influenti sulla valutazione del rischio, che egli conosca e che eventualmente il contraente ignorasse o que comunque abbia taciuto o inesattamente dichiarato».

<sup>792</sup> La antigua redacción del §79 VVG alemán era similar a la del comentado precepto italiano. Sin embargo, no satisfacía a la mejor doctrina, que desde muy pronto advirtió la necesidad de que los asegurados quedasen sometidos al cumplimiento de los deberes y propuso la extensión del principio según el cual el conocimiento y la conducta del asegurado equivalen a la del tomador del seguro a todos los deberes secundarios. (EHRENBERG, V. *Die Versicherung für fremde Rechnung*. Ihering Jahrbücher, 1891, p. 422 a 482. También em *Versicherungsrecht*. 1893, p. 193-194). (IRIBARREN BLANCO, Miguel. Op. cit. p. 223-236).

<sup>793</sup> A importância do questionário, especialmente em apólices de seguro *D&O*, é enfatizada por Ronald Mallen e David Evans: “The prior knowledge inquiry is especially pertinent to professional liability insurance in general. Professional liability claims contrast sharply with general liability claims where the misconduct and injury are usually simultaneous. A professional liability claim, including claims against directors and officers, can arise out of an act or omission whose causative effect may take months or years to manifest in damages or a claim. Identifying preexisting acts and omissions which can give rise to future claims avoids insuring a risk for which no adequate premium can be received, akin to the aphorism, ‘Where there is smoke, there is fire.’ (MALLEN, Ronald E. EVANS, David W. *Surviving the directors’ and officers’ liability crisis: insurance and the alternatives*. In *Delaware Journal of Corporate Law*. n. 2, v. 2. 1987, p. 439-472. Disponível em [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org). Visitado em 16.4.2017. p. 445)

Duas são as principais coberturas disponibilizadas pelo contrato de seguro *D&O*: (i) o custo de defesa e (ii) a indenização. À diferença da generalidade dos seguros de danos – automóvel, residencial ou incêndio e dos seguros de pessoas – vida e acidentes pessoais, os seguros de responsabilidade civil contemplam a cobertura para o custo de defesa, valendo frisar que no seguro *D&O* esta, com o passar dos anos, tornou-se mais importante do que a indenização propriamente dita, a ser paga ao final do processo proposto contra o administrador.

No gênero dos seguros de responsabilidade civil há tempos já havia a cobertura para o custo de defesa, por meio da qual a seguradora arcava com o pagamento das despesas contraídas pelo segurado para fazer frente à demanda que lhe fosse endereçada.<sup>794</sup> Exemplificativamente, no seguro automóvel ao qual se incluía a cobertura para responsabilidade civil, o segurado, uma vez processado em juízo, outorgaria poderes ao advogado de sua confiança com vistas ao patrocínio da causa. Os honorários ajustados com o advogado seriam custeados pela seguradora, mediante o desconto dos montantes respectivos dos limites em moeda previstos na apólice.

Isto jamais representou um fato relevante, algo que chamasse a atenção do mercado segurador, designadamente porque os honorários em questão eram módicos - uma consequência das demandas consideradas. Por mais graves que fossem os acidentes de

---

<sup>794</sup> Circular SUSEP nº. 437, de 14.6.2002. Anexo II, item 14: Defesa em juízo civil. 14.1 - Quando qualquer ação civil (ou penal), vinculada a danos cobertos por esse seguro, for proposta contra o Segurado ou seu preposto, será dado imediato conhecimento do fato para a Seguradora, para a qual serão remetidas cópias das notificações ou de quaisquer outros documentos recebidos. 14.1.1 - Em tais casos, o Segurado (ou seu preposto) ficará obrigado a constituir, para a defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos, procurador ou advogado, exceto nos casos em que a lei dispensar tal nomeação. 14.1.2 - A Seguradora poderá intervir na ação, na qualidade de assistente. 14.2 - Embora as negociações e os procedimentos relativos à liquidação do sinistro, com os reclamantes, sejam conduzidos pelo Segurado, a Seguradora se faculta o direito de dirigir os entendimentos, ou intervir em qualquer fase daquelas negociações e procedimentos. 14.3 - É vedado ao Segurado transigir, pagar ou tomar outras providências que possam influir no resultado das negociações ou litígios, em especial reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, salvo se tiver a anuência expressa da Seguradora. 14.4 - A Seguradora indenizará também, quando contratualmente previsto, as custas judiciais e os honorários do advogado ou procurador, nomeado(s) pelo Segurado, até o valor do Limite Máximo de Indenização fixado para essa cobertura, observada, quando for o caso, a eventual proporção na responsabilidade pela indenização principal. 14.4.1 - A Seguradora reembolsará as custas judiciais e os honorários do(s) advogado(s) de defesa do reclamante, somente quando o pagamento advenha de sentença judicial ou acordo autorizado pela Seguradora, e até o valor da diferença, caso positiva, entre o Limite Máximo de Indenização da cobertura invocada, e a soma da quantia pela qual o Segurado for civilmente responsável, com o reembolso de despesas emergenciais contempladas pela cobertura. 14.4.2 - Se o Segurado e a Seguradora nomearem advogados diferentes, na hipótese de não ter sido contratualmente previsto o reembolso das custas judiciais e dos honorários do(s) advogado(s) de defesa do Segurado, cada parte assumirá, individualmente, os gastos integrais pelas contratações respectivas.

trânsito, as discussões, do ponto de vista jurídico, não eram complexas; não ensejavam a contratação de advogados de renome.

No âmbito específico do seguro *D&O* essa realidade foi sensivelmente alterada. Como se observou no capítulo 2, quando se discorreu a respeito da disciplina própria que a responsabilidade do administrador representa, os temas, invariavelmente, são complexos e, com efeito, tocam em diversas outras disciplinas. Nota-se, como ponto de partida, a importância do direito societário, especialmente os artigos 153 a 158 da Lei nº. 6.404, de 1976 e, a depender do tema discutido, uma verdadeira miríade de possibilidades quanto à adição de outras matérias. A relação a seguir é meramente exemplificativa: regulatórias, concorrenciais, propriedade intelectual, proteção de dados, tributária, trabalhista, consumerista, ambiental etc.

Toda a complexidade trouxe a reboque a participação de advogados renomados, constituídos pelos segurados, cujos honorários são, de fato, vultosos. Por mais subjetivo que seja definir o que é ou não vultoso em matéria de precificação de serviços prestados por profissionais liberais, sabe-se, por regras de experiência comum, o que é vultoso e o que é módico. Note-se bem: não se está a diminuir ou relativizar a importância do trabalho desenvolvido por profissionais ou mais tarimbados; a questão é buscar compatibilizar o valor dos honorários em meio à realidade presente nos contratos de seguro *D&O*.<sup>795</sup>

Para que se dimensione a importância desse tema – custo de defesa no seguro *D&O* – basta observar que dentre os quatro julgamentos mais importantes ocorridos no Brasil nos

---

<sup>795</sup> A preocupação com esse tema nos Estados Unidos da América é notável: “The Scope of Insurers' Duty to Pay and Reimburse Defense Costs Under Liability and Indemnity Contracts Without question, money is the major variable that fans the debate over whether an insurer must defend an insured's allegedly immoral and intentional acts. In fact, regardless of the types of third-party allegations, the amount of money allocated and spent for defense costs under either liability or indemnity contracts is a source of much controversy. The reason for the controversy is that, on the one hand, insurers think defense costs are excessive and undermine profits, while on the other hand, insureds assert that exorbitant premiums without adequate representation fly in the face of the very purpose of premiums-to cover litigation expenses. Are defense costs too expensive? The answer depends upon one's point of view. But some things are clear: ‘in absolute terms, defense costs are increasing faster than indemnity costs, and in some lines they may now exceed indemnity.’ Additionally, defense costs are often greater than the policy limits under both liability and indemnity contracts. Moreover, the average cost of representing or indemnifying directors and officers under indemnity policies continues to rise annually.’ Furthermore, the cost of defending insureds in certain types of cases can approach tens of millions of dollars a year.” (RICE, Willy E. *Insurance contracts and judicial discord over whether liability insurers must defend insureds' allegedly intentional and immoral conduct: a historical and empirical review of federal and state courts' declaratory judgments – 1900-1997*. Disponível em <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1396&context=aulr>, p. 1159).

últimos anos, todos tiveram como ponto de partida o pedido, pelos segurados, com vistas ao custeio de suas defesas.<sup>796</sup> No exterior, a doutrina a esse respeito é pacífica.<sup>797</sup>

<sup>796</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível nº. 543.194-4/9-00. Relator Desembargador Vito Guglielmi. Partes: Banco Santos, Edegar Cid Ferreira, Unibanco Aig Seguros e IRB – Brasil Resseguros S.A. 6ª Câmara de Direito Privado. v.m. j. 11.12.2008; Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.601.555. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Partes: Antônio José Monteiro da Fonseca e Ace Seguradora S.A. 3ª T., v.u., j. 14.2.2017; Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0454890-88.2015.8.19.0001. Relator Desembargador Jessé Torres. Partes: Ildefonso Colares Filho e Zurich Minas Brasil Seguros S.A. 2ª Câmara Cível. j. 3.5.2017. v.u.; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº. 1011986-32.2017.8.26.0100. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Hamid Bdine. Partes: Galvão Participações S.A. e Fairfax Brasil Seguros Corporativos S.A. j. 1.8.2018. v.m.

<sup>797</sup> No direito inglês, Adolfo Paolini e Deepak Nambisan explicam que o conceito de perda (“loss”), no contrato de seguro *D&O*, ampliou-se para contemplar os custos de defesa: “Nevertheless, the concept of ‘loss’ has been expanded in the context of D&O insurance, since it may include not only sums payable by way of damages but also legal costs incurred in the defense of proceedings, settlements or arbitration of claims. For example, Lloyd’s Form LSW 736 provides that ‘Loss’ means the ‘legal liability’ of the Directors or Officers to pay: (i) damages or costs awarded against the Directors or Officers; (ii) settlements as agreed by Underwriters [...] (iii) Costs and Expenses”. ‘Costs and expenses’ are defined as including: ‘all necessary and reasonable fees and expenses incurred resulting from the investigation, monitoring or settlement of any claim.’” (PAOLINI, Adolfo. NAMBISAN, Deepak. *Directors’ and Officers’ liability insurance*. London: Informa, 2008., p. 16). Em Portugal, Maria Elisabete Gomes Ramos afirma: “Não é por acaso que na evolução do *D&O* a cobertura dos custos do litígio passou progressivamente a constituir a função principal do seguro. A seguradora suporta, em primeiro lugar, o custo do litígio e, com o remanescente do capital coberto, a indemnização. (RAMOS, Maria Elisabete Gomes Ramos. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 319), o que é ratificado por Pedro Pais de Vasconcelos: “A cobertura objectiva alargou-se ainda numa matéria da maior relevância: as despesas do litígio. Os valores das indemnizações pedidas em *class actions* são geralmente brutais e a respectiva litigância muito intensa e agressiva. Tal torna dispendiosíssima a defesa dos administradores nessas acções. Ainda que o risco de condenação seja pequeno, ou mesmo nulo, os administradores são forçados a transaccionar em condições desvantajosas, ou mesmo a soçobrar, por falta de dinheiro com que financiar a lide. O *D&O Insurance* passou, por essa razão, a cobrir também os custos do litígio. Esta cobertura passou progressivamente a constituir a função principal do seguro. A seguradora suporta, em primeiro lugar, o custo do litígio e, só com o remanescente do capital coberto, a indemnização. Hoje em dia, esta é a principal cobertura do *D&O Insurance*.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *D&O Insurance: O seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 15). Na Espanha, Miguel Iribarren Blanco: “Además de las indemnizaciones resultantes de la responsabilidad civil de los asegurados, constituye obligación del asegurador en los seguros de responsabilidad civil de administradores el pago de los gastos ocasionados por la defensa frente a la reclamación del perjudicado. Esa obligación viene impuesta en la propia LCS en el artículo 74 para cuando la dirección jurídica sea asumida por el asegurador; pero incluso en el caso contrario, como es frecuente en estos seguros, lo usual es que se disponga por las partes que están comprendidos esos gastos en la garantía del seguro.” (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2005. p. 238). No mesmo sentido Antonio Roncero Sanchez: “En el seguro de responsabilidad civil el riesgo asegurado es la responsabilidad civil y, salvo que se excluya, también la defensa jurídica del asegurado frente a reclamaciones formuladas contra él en exigencia de su responsabilidad. Usualmente, la delimitación de ambos riesgos se realiza de forma independiente, aunque interconectada como consecuencia precisamente de la propia interconexión existente entre la cobertura de ambos riesgos.” (SANCHEZ, António Roncero. *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (sujetos, interés y riesgo)*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi/Thomson, 2002. p. 250). No Brasil, Maurício Andere Von Bruck Lacerda afirmou o mesmo. (LACERDA, Maurício Andere Von Bruck. *O seguro dos administradores no Brasil. O D&O insurance brasileiro*. Curitiba: ed. Juruá, 2013. p. 201).



Por força da Circular SUSEP nº. 553, de 23.5.2017, a autarquia determinou que o custo de defesa poderá contemplar a garantia básica disponibilizada pelo contrato de seguro *D&O*. Nesse sentido, o art. 5º, § 3º:

Art. 5º No seguro de RC D & O, a sociedade seguradora garante aos segurados, quando responsabilizados por danos causados a terceiros, em consequência de atos ilícitos culposos praticados no exercício das funções para as quais tenham sido nomeados, eleitos e/ou contratados, o reembolso das indenizações que forem obrigados a pagar, a título de reparação, por sentença judicial transitada em julgado, ou em decorrência de juízo arbitral, ou por acordo com os terceiros prejudicados, com a anuência da sociedade seguradora.

[...]

§ 3º A garantia poderá abranger os custos de defesa e os honorários dos advogados dos segurados.

Critica-se a posição adotada pela mesma quando afirma que “*a garantia poderá abranger os custos de defesa*”. Ora, verificando-se que o custo de defesa é da essência do seguro *D&O* a norma deveria ter imposto uma obrigação às seguradoras, jamais uma mera faculdade. Até mesmo por força do art. 424 do Código Civil, é difícil conceber um seguro *D&O* que não contenha cobertura para o custo de defesa do segurado. Isto geraria uma “*renúncia antecipada*” do segurado “*a direito resultante da natureza do negócio*”<sup>798</sup>, o que o esvaziaria completamente de sua motivação e de sua causa.<sup>799</sup> A imperfeição regulatória encontra-se remediada pela própria práxis mercadológica, uma vez que não se observam

<sup>798</sup> As expressões em itálico correspondem à dicção do art. 424 do Código Civil. Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

<sup>799</sup> Vale registrar que a Circular SUSEP nº. 553, que se encontra atualmente em vigor, sem embargo da crítica à possibilidade de abranger a cobertura para o custo de defesa, é melhor do que a sua antecessora, a Circular SUSEP nº. 541, de 14.10.2016 que, nos artigos 5º, § 3º e 7º, inc. III, letra a), tratou do custeio da defesa como cobertura adicional específica, isto é, a ser contratada de forma apartada se assim o segurado a quisesse: “Art. 5º No seguro de RC D & O, a sociedade seguradora garante aos segurados, quando responsabilizados por danos causados a terceiros, em consequência de atos ilícitos culposos praticados no exercício das funções para as quais tenham sido nomeados, eleitos e/ou contratados, o reembolso das indenizações que forem obrigados a pagar, a título de reparação, por sentença judicial transitada em julgado, ou em decorrência de juízo arbitral, ou por acordo com os terceiros prejudicados, com a anuência da sociedade seguradora. [...] § 3º A garantia não cobre os custos de defesa e os honorários dos advogados dos segurados, exceto se contratada cobertura adicional específica. [...] Art. 7º As condições contratuais dos planos de seguro de RC D & O devem se apresentar subdivididas em três partes, denominadas condições gerais, condições especiais e condições particulares, cujas características são: [...] III - as condições particulares alteram as condições gerais e/ou as condições especiais, sendo classificadas como coberturas adicionais, cláusulas específicas ou cláusulas particulares, conforme a natureza da alteração promovida: a) as coberturas adicionais cobrem riscos excluídos implícita ou explicitamente nas condições gerais e/ou especiais (por exemplo, danos morais, quando risco excluído); é obrigatória a presença de cobertura adicional cobrindo os custos de defesa e honorários de advogados, e facultativa a presença de coberturas adicionais que efetuem a extensão do seguro, garantindo bens de pessoas relacionadas familiar e/ou legalmente com os segurados, tais como: [...]”.

quaisquer apólices de seguro *D&O* no Brasil que deixem de disponibilizar a cobertura para o custo de defesa.<sup>800</sup>

Explicada a relevância do custo de defesa à própria sustentação do seguro *D&O*, a consequência disto decorrente é que a indenização acaba por ficar relegada ao segundo plano, o que também deve gerar preocupação. Imaginando-se hipótese na qual o segurado acabe utilizando todo o limite segurado para custear a sua defesa, não haverá mais qualquer disponibilidade para pagar a indenização acaso devida, ao fim e ao cabo do processo. Sempre tendo como norte a causa do contrato de seguro *D&O* a fim de resolver os problemas existentes,<sup>801</sup> é preciso ter cautela com o esgotamento da apólice apenas com o custeio da defesa, pensando na adoção de limites distintos e que não se comuniquem dentro da apólice.

A utilização dos limites da apólice para o custeio da defesa remete a uma discussão similar, qual seja, a das despesas de salvamento, cujo efeito prático é, essencialmente, o mesmo: consumo dos limites segurados em subtração da soma segurada. A possível compatibilidade do regime adotado com as despesas de salvamento *vis à vis* o custo de defesa é objeto do próximo item.

### 3.3.1. Regime jurídico do custo de defesa *vis à vis* as despesas de salvamento

---

<sup>800</sup> A relevância dessa cobertura também pode ser observada na Resolução MPS/CGPC nº. 13, de 1.10.2004 (D.O.U de 16.10.2004), que estabelece princípios, regras e práticas de governança, gestão e controles internos a serem observados pelas entidades fechadas de previdência complementar - EFPC. O art.22, *caput*, da norma, veda a cobertura do seguro *D&O* para dirigentes, ex-dirigentes, empregados e ex-empregados das entidades fechadas de previdência complementar. O parágrafo único, no entanto, admite a contratação do seguro com o objetivo específico de custear a defesa das referidas pessoas. “Art. 22. É vedada a contratação de seguro para cobertura de responsabilidade civil, penal ou administrativa de dirigentes, ex-dirigentes, empregados ou ex-empregados da EFPC, seja por contratação direta ou por meio da patrocinadora, cujo prêmio implique qualquer ônus financeiro, direto ou indireto, para a entidade fechada de previdência complementar ou para os planos de benefícios por ela operados. Parágrafo único. O conselho deliberativo poderá assegurar, inclusive por meio de contratação de seguro, o custeio da defesa de dirigentes, ex-dirigentes, empregados e ex-empregados da EFPC, em processos administrativos e judiciais, decorrentes de ato regular de gestão, cabendo ao referido órgão estatutário fixar condições e limites para a finalidade pretendida.”

<sup>801</sup> Definiu-se a causa do seguro *D&O* ao final do capítulo 1 nos seguintes termos: “mediante o pagamento do prêmio pela sociedade (tomadora), opera-se a transferência dos riscos financeiros que, frise-se, em razão do ato de gestão, pesam sobre o patrimônio pessoal do administrador à seguradora, cuja obrigação contemplará tanto os custos de defesa quanto a indenização propriamente dita, respeitando-se os limites contratuais convencionados” (fls. --- et seq.)

A discussão relativa às medidas adotadas pelo segurado a fim de evitar ou minorar as consequências derivadas de um sinistro remete à análise das despesas de salvamento que, no Código Civil, encontram-se disciplinadas no art. 771.<sup>802</sup> O enunciado normativo dispõe: *correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento consequente ao sinistro*. De interesse também o art. 779, quando alude aos gastos incorridos para evitar o sinistro, minorar o dano ou salvar a coisa.<sup>803</sup> O exame destes dispositivos revela, claramente, que a responsabilidade pelas despesas de salvamento é da seguradora respeitando o limite contratado. Questiona-se: o limite à indenização compreende as despesas de salvamento?

Na Espanha, María del Mar Maroño Gargallo<sup>804</sup>, em obra especificamente dedicada a essa temática, comentou o art. 17 da Ley nº. 50, de 8.10.1980<sup>805</sup> e defendeu a necessidade de que as despesas de salvamento sejam pagas pela seguradora. Em síntese e relembrando da causa do contrato de seguro,<sup>806</sup> o segurado o contrata para transferir à seguradora os riscos financeiros relativos ao interesse legítimo previamente delimitado. Se as despesas de salvamento correrem à sua conta, a causa restará esvaziada, entendeu a autora, embora o tenha feito com outras palavras. A segunda razão decorre da necessidade de evitar a

---

<sup>802</sup> “Art. 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências. Parágrafo único. Correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento consequente ao sinistro.”

<sup>803</sup> Art. 779. O risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou consequentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa. Quanto à inclusão das despesas com prevenção à ocorrência de sinistros no gênero ‘despesas de salvamento’, refere-se a Amalia Rodríguez González: “A nuestro juicio, sin embargo, no es desacertado considerar la prevención como una medida útil que coadyuva al deber de aminorar los daños causados por el siniestro.” (GONZÁLEZ, Amalia Rodríguez. *El deber de aminorar las consecuencias del siniestro en el contrato de seguro*. Madrid: Dykinson, 2009, p. 37-38).

<sup>804</sup> MAROÑO GARGALLO, María del Mar. *El deber de salvamento en el contrato de seguro. Estudio del art. 17 de la Ley 50/1980*. Granada: Comares, 2006. p. 71.

<sup>805</sup> Ley nº. 50, de 8.10.1980. Art. 17. El asegurado o el tomador del seguro deberán emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro. El incumplimiento de este deber dará derecho al asegurador a reducir su prestación en la proporción oportuna, teniendo en cuenta la importancia de los daños derivados del mismo y el grado de culpa del asegurado. Si este incumplimiento se produjera con la manifiesta intención de perjudicar o engañar al asegurador, éste quedará liberado de toda prestación derivada del siniestro. Los gastos que se originen por el cumplimiento de la citada obligación, siempre que no sean inoportunos o desproporcionados a los bienes salvados serán de cuenta del asegurador hasta el límite fijado en el contrato, incluso si tales gastos no han tenido resultados efectivos o positivos. En defecto de pacto se indemnizarán los gastos efectivamente originados. Tal indemnización no podrá exceder de la suma asegurada. El asegurador que en virtud del contrato sólo deba indemnizar una parte del daño causado por el siniestro, deberá reembolsar la parte proporcional de los gastos de salvamento, a menos que el asegurado o el tomador del seguro hayan actuado siguiendo las instrucciones del asegurador.

<sup>806</sup> A causa do contrato de seguro foi definida no capítulo 1, fls. --- et seq.

propagação dos danos, isto é, minorá-los ao máximo, o que também pode ser explicado por meio do dever de cooperação que toca em ambos os contratantes.<sup>807</sup>

Compreendido o porquê de imputar à seguradora o custeio do salvamento, a questão seguinte diz respeito ao limite, tal como descrito acima: as despesas com salvamento poderão extrapolar o limite segurado ou a este circunscrever-se-ão?

A doutrina, nesse particular, divide-se. Pedro Alvim defende a primeira posição, no sentido de que o salvamento poderá ir além do limite, posto que realizado no interesse da

---

<sup>807</sup> “Si a través de la concertación de un contrato de seguro se pretende que el asegurado no sufra un perjuicio patrimonial a causa del siniestro, mal podría conseguirse esto si, imponiéndose el deber de salvamento, tuviera luego que abonar los gastos que puedan generarse en el cumplimiento de dicho deber. Por lo demás, las medidas de salvamento se adoptan con el objetivo de que los daños derivados del siniestro sean los menores posibles y, en consecuencia, también sea lo menor posible la indemnización que tenga que pagar el asegurador. Es por esta razón que las normas que regulan el deber de salvamento atribuyen los gastos generados por el cumplimiento de este deber a dicho asegurador, barajándose argumentos como el principio de que el seguro no puede ser causa de enriquecimiento injusto o destacándose también la necesidad de estimular la diligencia del asegurado en la ejecución del salvamento.” (MAROÑO GARGALLO, María del Mar. Op. cit. p. 71).

própria seguradora,<sup>808</sup> António Menezes Cordeiro posiciona-se pela dedução das despesas com salvamento do limite segurado.<sup>809</sup>

Novamente a partir da causa do contrato de seguro, entende-se que o limite convencionado pelas partes como o topo da quantia disponível no contrato não poderá ser extrapolado com eventuais despesas de salvamento. Por mais que se entenda que as referidas despesas são contraídas em nome da seguradora, não há como ir além do limite contratado. Não haveria correspondência capaz de sustentar a extrapolação que, evidentemente,

---

<sup>808</sup> “Estabelece nossa apólice-padrão de seguro-incêndio que são indenizáveis, até o limite máximo da importância segurada, os danos materiais e despesas decorrentes de providências tomadas para o combate à propagação dos riscos cobertos, para o salvamento e proteção dos bens descritos na apólice e para o desentulho do local. Se o segurado faz despesas de salvamento que, somadas aos prejuízos, ultrapassam a importância segurada, só receberá, segundo a cláusula acima, até o limite dessa. Como se vê, não foi acolhida a lição de Vivante que parece mais justa. Se as despesas são feitas no interesse exclusivo do segurador, desde que oportunas e necessárias, não deviam estar sujeitas a qualquer restrição. É o entendimento que Clóvis dá ao dispositivo do art. 1.461, do Código Civil. Diz ele: ainda que a responsabilidade do segurador se limita aos danos provenientes do risco assumido, não somente abrange-os todos, como ainda se estende aos consequentes, como sejam os ocasionados pela água empregada para apagar o incêndio, e os determinados pelo salvamento dos objetos.” (ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 402). Ernesto Tzirulnik ratifica a posição de Pedro Alvim, embora por um fundamento distinto: as despesas de salvamento não compõem a garantia securitária; elas decorrem da lei. A seguir, Tzirulnik defende a necessidade que, em havendo extrapolação do limite previsto na apólice, deverá ser considerado como ‘novo’ limite a importância correspondente ao limite originalmente convencionado: “Medidas de salvamento não estão contidas na garantia do seguro: decorrem de lei. O parágrafo único do dispositivo ora comentado deixa claro que todas as medidas de salvamento (imediatas ou não) correm “à conta do segurador”. Essas medidas posteriores ao sinistro não integram a garantia do seguro, por isso que são debitadas à conta da seguradora. [...] O contrato deve fixar um limite financeiro específico para as despesas de salvamento. Se elas são tomadas no interesse da seguradora e correm à sua conta e não à conta dos segurados-, não integrando a garantia, a falta de estipulação do limite de reembolso ao segurado, o “limite fixado no contrato” terá valor igual à importância segurada e a seguradora, em caso de perda total, poderá ser levada a prestar quantia igual a até duas vezes àquela fixada como teto da garantia do seguro.” (TZIRULNIK, Ernesto et. al. *O contrato de seguro de acordo com o novo Código Civil*. 3 ed. São Paulo: Roncarati, 2016. p. 147). Rubén Stiglitz, ao analisar o art. 27 da lei de seguros da Argentina, afirma o mesmo: ““Los gastos de salvamento no estarían incluidos en el límite del art. 27. La interpretación por lo tanto, debe ser que dicho límite no supone detraer de la suma asegurada los gastos de salvamento, sino que, además de la indemnización derivada del contrato de seguro, el asegurador deberá asumir los gastos de salvamento, hasta un importe igual a la suma asegurada. (...) Los gastos de salvamento constituyen un derecho diferente del de la indemnización por siniestro (...)” (STIGLITZ, Rubén S. *Clausulas abusivas en el contrato de seguro*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 91-93).

<sup>809</sup> “O reembolso, verificados os requisitos, é pago antes da data da realização do sinistro (127.º/2), sendo deduzido do montante do capital seguro disponível, salvo se as despesas resultarem de determinações concretas do segurador ou se a sua cobertura autónoma resultar do contrato (127.º/3).” (CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos seguros*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 801). Vale referir ao art. 127 do Decreto-Lei nº. 72, de 6.4.2008, especialmente os itens 1 a 3: “1 - O segurador paga ao tomador do seguro, segurado ou beneficiário as despesas efectuadas em cumprimento do dever fixado nos n.os 1 e 2 do artigo anterior, desde que razoáveis e proporcionadas, ainda que os meios empregados se revelem ineficazes. 2 - As despesas indicadas no número anterior devem ser pagas pelo segurador antecipadamente à data da regularização do sinistro, quando o tomador do seguro, o segurado ou o beneficiário exija o reembolso, as circunstâncias o não impeçam e o sinistro esteja coberto pelo seguro. 3 - O valor devido pelo segurador nos termos do n.o 1 é deduzido ao montante do capital seguro disponível, salvo se corresponder a despesas efectuadas em cumprimento de determinações concretas do segurador ou a sua cobertura autónoma resultar do contrato.”

colocaria o mutualismo em xeque. Para arcar com quantias desprovidas do correspondente – leia-se prêmio – é óbvio que a seguradora precisaria sacrificar os fundos que administra, prejudicando-os. A clássica oração de Milton Friedman, aqui, pede passagem: “*There is no such thing as a free lunch*”.<sup>810</sup>

O dispositivo legal – art. 771 – realmente determina que os custos correm à conta da seguradora, ou seja, a fonte da obrigação é realmente legal, mas, logo a seguir, complementa a frase dispondo “nos limites do contrato”. Não há como viabilizar o seguro, como atividade empresarial que é,<sup>811</sup> sem respeitar os limites contratualmente ajustados.<sup>812</sup>

A questão concernente às despesas de salvamento deve ser estudada considerando as diferenças existentes entre o seguro de dano e o de responsabilidade civil. Em se tratando de seguro de dano, no qual o interesse legítimo recai sobre determinado bem patrimonial específico, a percepção de que as despesas de salvamento terão como consequência o pagamento a menor pela seguradora facilita a conclusão no sentido de que as mesmas deverão correr às suas expensas.

---

<sup>810</sup> FRIEDMAN, Milton. *There's no such thing as a free lunch*. New York: Open Court Publishing, 1975. Do ponto de vista jurídico, entende-se que não se pode ir além do limite contratual sob pena de desequilibrá-lo seriamente. Quanto à importância do equilíbrio contratual, remete-se a Anderson Schreiber: “Nesse sentido, o princípio do equilíbrio das prestações merece especial atenção. Sua inspiração objetiva, radicada na justiça contratual, diverge inteiramente dos princípios liberais que formam a matriz do direito contratual brasileiro. Por incrível que pareça, os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato representam concessões mais fáceis ao pensamento liberal-individualista. É que a boa-fé objetiva vem, não raro, encarada com um “mínimo ético” do *laissez faire* e a função social permanece mais presente na justificativa abstrata que na vida concreta das relações contratuais. Já o princípio do equilíbrio das prestações não admite composição ou meio-termo; é zona de conflito, verdadeira praça de guerra entre a ideologia liberal e o solidarismo contratual aplicado às relações privadas. Por isso mesmo, esse “novo” direito dos contratos – ainda hoje, mais anunciado que vivido, mais aguardado que em construção – deveria ter o princípio do equilíbrio das prestações como seu ponto de partida, seu pilar fundamental.” (SCHREIBER, Anderson. *O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão*. In *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 136).

<sup>811</sup> A empresarialidade emana do parágrafo único do art. 757 do Código Civil, cuja importância foi ressaltada por Tulio Ascarelli. *O conceito unitário do contrato de seguro*. Trad. Ernesto Leme e Aristides Lobo. – Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65945/68556>, p. 389-437. Visitado em 4.12.2018. Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados. Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

<sup>812</sup> A propósito da importância de se respeitarem os limites contratados as palavras de Comparato são precisas: “Antes de vermos mais em detalhe estas três hipóteses de sinistro, convém advertir que a enumeração é taxativa, não só em virtude do pacífico entendimento doutrinário, como também por força de expresso mandamento legal. Com efeito, conforme dispõe o Código Civil (art. 1.460), editando princípio aplicável a todos os ramos de seguro, “quando a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, não responderá por outros o segurador”. Em matéria de seguro vigora pois o princípio da tipicidade na definição do risco. (COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito*. São Paulo: RT, 1968. p. 56). No mesmo sentido: PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. 2 ed. T. 46. Rio de Janeiro: Borsóii, 1966. p. 69 e DONATI, Antigono. *Trattato del diritto delle assicurazioni private*. T. III. Milano: Giuffrè, 1952. p. 301.

Explica-se a afirmação a partir do seguinte exemplo: um terrível incêndio começa a consumir a fábrica e o segurado, imediatamente, aciona a sua brigada de incêndio, contrata serviços específicos de remoção de escombros e entulho, convoca peritos etc., tudo com o propósito de proteger o bem sobre o qual recai o interesse legítimo segurado.

Como consequência de sua atuação, o valor a ser pago pela seguradora, após concluída a regulação do sinistro, é consideravelmente menor do que o esperado. Assim, constata-se com clareza que esse exemplo ilustra como, em se tratando de seguro de dano, é perfeitamente defensável a posição em prol do custeio da defesa pela seguradora.

Examinando o seguro de responsabilidade civil que, para fins de análise, pode ser o seguro de risco profissional,<sup>813</sup> a questão se apresenta de maneira diferente. Enquanto que no seguro de dano a garantia tutela um interesse legítimo que recai sobre parte específica do patrimônio do segurado, no seguro de responsabilidade civil essa clareza já não existe. Como se viu no capítulo 1, no tocante à causa do contrato de seguro de responsabilidade civil, o que se tutela, diretamente, é o patrimônio inteiro do segurado. Os terceiros também o são, porém, de forma indireta.<sup>814</sup>

Assim, a ocorrência de um sinistro de responsabilidade civil, cuja caracterização não é precisa como no seguro de danos,<sup>815</sup> consuma uma lesão ao patrimônio do segurado, sendo possivelmente irrelevantes as eventuais medidas adotadas com o objetivo de amenizá-la. Raciocinando a respeito de um seguro de responsabilidade civil para um advogado, por exemplo, uma vez perdido o prazo processual na ação judicial em curso, a conduta já estará consumada e as perdas também.

---

<sup>813</sup> Seguro de responsabilidade civil contratado por profissionais liberais como, por exemplo, médicos, advogados, contadores, corretores de seguros etc. ou, o próprio seguro *D&O*.

<sup>814</sup> A causa no contrato de seguro de responsabilidade civil. Capítulo 1, fls. 131 et seq.

<sup>815</sup> Afirma-se que no seguro de responsabilidade civil a caracterização do sinistro não é cronologicamente precisa como no seguro de dano porque há dificuldade de identificar o evento que, precisamente, terá como efeito o acionamento da cobertura securitária. Nesse exato sentido: “Two fundamental insurance coverage questions presented by such claims are often referred to as the “trigger” and “scope” of coverage. The trigger of coverage is the event that must occur during the period of an insurance policy in order for coverage under the policy to be applicable. The scope of coverage is the amount that must be provided by a policy once it has been triggered.” (SKINNER, William P. *Allocation between claims-made and occurrence policies*. Presented at the ALI-ABA Course of Study. Insurance Coverage in the New Millennium. October 11-12, 2001, p. 1. Disponível em <http://www.cov.com/files/publication/2235cecb-9680-4109-a3c0-0e4cccb483ef/presentation/publicationattachment/a0158e29-354d-4351-9be1-12f2c16dc727/oid6589.pdf>, acessado em 30.06.2014). Remete-se o leitor à fls. 83 et seq., nas quais se discorreu a respeito da introdução, no Brasil, da forma de contratação do seguro à base de reclamação (*claims made*) em oposição à base de ocorrência (*occurrence basis*).

Por essa razão a doutrina apresenta posicionamento contrário à classificação dos custos de defesa em seguro de responsabilidade civil como típicas despesas de salvamento.

María del Mar Maroño Gargallo a explicou:

La naturaleza de los gastos de defensa es una cuestión que ha venido siendo discutida por la doctrina italiana. [...] Una serie de autores consideran que tales gastos son objeto de una prestación autónoma del asegurador distinta de la relativa a los gastos de salvamento. El es el caso de Vigorita « *Sul limite de rimborso delle spese di lite* », *Assicuraz*, Parte II, 1958, págs. 193 y ss. señalando como argumento destacable el relativo al diverso objeto que tienen las dos categorías de gastos: los gastos de salvamento pretenden evitar o disminuir el perjuicio o el daño material producido a la cosa asegurada: frente a esto, los gastos judiciales presuponen un daño ya acabado y cerrado en su consistencia, y una disputa entre las partes sobre el qué y el cuanto del resarcimiento.<sup>816</sup>

Como se observou, a distinção entre as despesas de salvamento e o custo de defesa decorreria do fato de que, enquanto naquelas as perdas ainda seriam passíveis de mitigação (evitar ou diminuir os gastos à conta da seguradora), nestas a possibilidade seria bastante remota ou inexistente. As despesas estariam concluídas, sendo imodificáveis.

Refletindo sobre o custo de defesa no âmbito do seguro *D&O* e sua possível congruência com o tratamento empregado às despesas de salvamento nos seguros de danos, é preciso ter em vista que uma vez consumado o sinistro – um ato de gestão que cause perdas e danos a terceiros – caberá ao segurado cuidar de sua defesa, contratando, para tanto, advogados com a expertise necessária para patrocinar a sua defesa em questões as mais complexas. A expertise do profissional respectivo poderá, decisivamente, influenciar no montante da indenização a ser (ou não) paga ao final do processo em tramitação. Uma boa defesa, com sólidos argumentos, efetivamente poderá mitigar o montante indenizatório a ser pago.

Entendendo a questão nesses termos afigura-se plenamente defensável a posição que observa nos custos de defesa instituto com os mesmos contornos identificáveis nas despesas de salvamento, a serem arcados pela seguradora. Em oposição a Vigorita, María del Mar M. Gargallo cita diversos autores:

---

<sup>816</sup> MAROÑO GARGALLO, María del Mar. Op. cit. p. 113. Em tradução nossa: a natureza dos gastos de defesa é uma questão que vem sendo discutida pela doutrina italiana. [...] Uma série de autores consideraram que tais gastos são objeto de uma prestação autónoma da seguradora distinta da relativa às despesas de salvamento. É o caso de Vigorita « “*Sul limite de rimborso delle spese di lite* », *Assicuraz*, Parte II, 1958, págs. 193 et seq., assinalando como argumento destacável o relativo ao diverso objeto que têm as duas categorias de gastos: os gastos de salvamento têm por fim evitar ou diminuir o prejuízo ou o dano material produzido na coisa segurada: diante disto, os gastos judiciais pressupõe um dano já consumado e definitivo em sua consistência, e uma disputa entre as partes sobre o que e em quanto montará o ressarcimento.



Por el contrario, otro grupo de autores sostiene que los gastos de defensa en el seguro de responsabilidad civil son gastos de salvamento. En este sentido se expresan autores como Donati, o Santi, quien, entre otras razones, aduce que con ellos se trata de reducir el débito de responsabilidad en que se concreta el daño al entender que en el seguro de responsabilidad civil el siniestro no está constituido por el hecho dañoso para el tercero, sino por la deuda de responsabilidad del asegurado hacia el tercero; y por ello la carga de salvamento no se agota en la inminencia del hecho dañoso al tercero, sino que se extiende a todo el procedimiento de determinación y liquidación. Vid. también Fiorentino [...]; o Aultetta quien rebate los argumentos de Vigorita apuntando, entre otros extremos que, en el seguro de responsabilidad civil el daño viene determinado por la cantidad a pagar al tercero, suma que no depende exclusivamente de la entidad del daño producido a ese tercero, sino también de la mayor o menor habilidad en la conducción del proceso. Esa actividad puede ayudar a aumentar o disminuir el daño y es por tanto actividad de salvamento.<sup>817</sup>

O sinistro no seguro de responsabilidade civil não seria exclusivamente identificável a partir do dano causado ao terceiro, senão à dívida de responsabilidade atribuível ao segurado. O que o segurado fizer após a ocorrência do fato danoso será importante para fins de apuração do *quantum* a pagar, maior ou menor justamente a depender da diligência imediatamente empregada após a sua ocorrência.

Entende-se não haver óbice algum à qualificação do custo de defesa como despesa de salvamento.<sup>818</sup> O fato de o seguro ser de dano ou de responsabilidade civil não altera o

---

<sup>817</sup> MAROÑO GARGALLO, María del Mar. *El deber de salvamento en el contrato de seguro. Estudio del art. 17 de la Ley 50/1980*. Granada: Comares, 2006. p. 113. Em tradução nossa: “Pelo contrário, outro grupo de autores sustenta que os custos de defesa no seguro de responsabilidade civil são despesas de salvamento. Nesse sentido se expressam autores como Donati, ou Santi, quem, entre outras razões, aduz que com eles se trata de reduzir a dívida de responsabilidade na qual se concretiza o dano ao entender que no seguro de responsabilidade civil o dano não está constituído pelo fato danoso ao terceiro, senão pela dívida de responsabilidade do segurado diante do terceiro; e, por isso a despesa de salvamento não se esgota na iminência do fato danoso ao terceiro, mas se estende a todo o procedimento de determinação e liquidação. Vid. Também Fiorentino [...]; ou Aultetta quem rebate os argumentos de Vigorita apontando, entre outros extremos que, no seguro de responsabilidade o dano vem determinado pela quantidade a pagar ao terceiro, soma que não depende exclusivamente do dano causado ao terceiro, mas também da maior ou menor habilidade na condução do processo. Essa atividade pode ajudar a aumentar ou diminuir o dano e é, portanto, atividade de salvamento.

<sup>818</sup> Rubén Stiglitz também conclui desta forma: “La naturaleza de estos gastos de defensa jurídica en el seguro de responsabilidad civil es discutida en la Doctrina en lo relativo a considerar si pueden o entrar dentro de los denominados gastos de salvamento. El legislador imputa los gastos derivados de la defensa jurídica al asegurador, sin establecer que los gastos de esa dirección se jurídica serán de cuenta del asegurador, pero sólo hasta el límite pactado en la póliza. [...] A pesar de las particularidades que pueda presentar el deber de salvamento en el contrato de seguro de defensa jurídica no cabe duda de que, en atención al principio general de buena fe, es exigible. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que en este seguro, el deber de salvamento debe entenderse como un deber de no agravar las consecuencias económicas del siniestro, y que tiene varias manifestaciones: así, el deber de actuar de común acuerdo con el asegurador en las transacciones que produzcan obligaciones o pagos a cargo de éste, y el deber de no perjudicar la subrogación del asegurador.” (STIGLITZ, Rubén S. *Clausulas abusivas en el contrato de seguro*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 105-107). Nesse sentido no Brasil Maurício Andere Von Bruck Lacerda: “Não se verifica óbice, contudo, ao enquadramento de tais despesas na categoria dos ‘prejuízos’ definidos pela norma do art. 779 do referido diploma legal, que, ao tratar dos seguros de danos, preceitua ‘o risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultados ou consequentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa’.

raciocínio segundo o qual é dever das partes zelar para que os danos e, conseqüentemente, a indenização, ao final, sejam os menores possíveis.<sup>819</sup> E agir dessa maneira implica em, para o segurado, cuidar de sua defesa da melhor forma, e, à seguradora, arcar com os custos respectivos, lembre-se, atentando aos limites do contrato. Para muito além das questões atinentes ao contrato de seguro, entende-se que se trata de um corolário da aplicação do princípio da boa-fé objetiva e, mais especificamente, de seus deveres anexos – a cooperação.<sup>820</sup>

A generalidade das apólices brasileiras de seguro *D&O* passa ao largo quanto à equiparação do tratamento do custo de defesa à despesa de salvamento, comportando-se da mesma maneira a Circular SUSEP nº. 553, de 23.5.2017.<sup>821</sup> Nota-se, noutra direção,

Como já dito, as ações judiciais e reclamações interpostas em face do segurado, buscando atingir o capital segurado, representam risco concreto de majoração dos eventuais danos decorrentes da conduta do segurado, exigindo, portanto, medidas efetivas no sentido de coibir eventuais excessos.” (LACERDA, Maurício Andere Von Bruck. *O seguro dos administradores no Brasil. O D&O insurance brasileiro*. Curitiba: ed. Juruá, 2013. p. 205).

<sup>819</sup> Stiglitz assevera que no seguro de responsabilidade civil deve-se empreender iniciativa ainda maior com vistas ao salvamento a considerar as possíveis perdas e danos causados a terceiros: “Respecto a los de responsabilidad civil, algún autor considera que el asegurado tiene la obligación moral y jurídica de atenuar los daños de los terceros, víctimas de un siniestro, bajo pena de ver agravada su responsabilidad civil, y que el asegurador debe participar en esos gastos y salvamento. En el caso de seguro de enfermedad o el individual de accidentes, el asegurado por la obligación de salvamento, acepta el tratamiento prescrito, por ejemplo, una intervención quirúrgica para minimizar su incapacidad o invalidez.” (STIGLITZ, Rubén S. Ibid. p. 60).

<sup>820</sup> Assim, Pietro Perlingieri: “Si giunge, così, alla concezione del rapporto obbligatorio come rapporto di cooperazione tra due situazione giuridiche soggettive oltra due soggetti. Rapporto di cooperazione in cui non si sottolinea più la subordinazione di una situazione giuridica all'altra né di un soggetto ad altro soggetto per scopi egoistici di uno dei due soggetti né per scopi superiori della produzione -, ma si sottolinea la cooperazione dei due soggetti, delle due situazioni giuridiche soggettive, in posizione paritetica. Oggi, strutturalmente, l'istituto è rimasto apparentemente lo stesso, ma questa relazione non si giustifica come subordinazione, bensì come cooperazione al fine di raggiungere un risultato, utile per tutte e due le parti e meritevole di positiva valutazione da parte dell'ordinamento. Nella giustificazione di questa cooperazione si supera la concezione individualista, egoistica del rapporto giuridico. Questa prospettiva consente di giustificare l'esistenza di una letteratura in cui si sottolinea già nel titolo.” (PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: E.S.I., 1984. p. 49-50). Rubén Stiglitz afirma que o salvamento tem como base a solidariedade, a defesa da comunidade de riscos: ““(…) Con carácter general se indica que las cargas que tiene el asegurado, surgen principalmente por la necesidad de defender la comunidad de riesgos sobre la que se constituye la explotación económica de la actividad asegurada. De este modo, al asegurado se le exige el cumplimiento de estas cargas para evitar que disfrute de ventajas especiales, que podrían perjudicar a las restantes personas integradas en la comunidad de riesgos, organizada y administrada por el mismo asegurador. (...)” (STIGLITZ, Rubén S. Ibid. p. 46).

<sup>821</sup> O normativo SUSEP, no art. 7º, inc. III, letra b), parte final, refere-se às despesas emergenciais. Misturando temas que não têm qualquer identidade – cláusula de arbitragem com as chamadas despesas emergenciais – insiste no equívoco já referido, constante na Circular SUSEP nº. 256, novamente afirmando que a contratação de cobertura para as tais despesas deve ser dar em apartado. Como se observou anteriormente, se os custos são contraídos em nome do segurado, mas também no interesse da seguradora, deve-se atrair o que determina o art. 771 do Código Civil. Quanto à diferença de nome – despesa de salvamento e emergencial, o seu exame funcional revela tratar-se de uma questão meramente semântica. Funcionalmente significam o mesmo. A seguir, a redação do normativo: “Art. 7º As condições contratuais dos planos de seguro de RC D & O devem se apresentar subdivididas em três partes, denominadas condições gerais, condições especiais e condições particulares, cujas características são: [...] III - as condições particulares alteram as condições gerais e/ou as

referências nos clausulados a custos emergenciais,<sup>822</sup> bem como para gerenciamento de crise,<sup>823</sup> ambos seguindo a sistemática adotada no seguro de dano à despesa de salvamento. Por mais que não haja tratamento expresso nos textos observados, o exame de sua funcionalidade revela que as apólices, ainda que seja implicitamente, equipararam a disciplina do custo de defesa à despesa de salvamento (despesa emergencial, gestão de crise).

Cumpra, agora, aprofundar o exame do parágrafo único do art. 771 do Código Civil, quanto ao “*limite fixado no contrato*”. Afinal, o custo de defesa deve compor o mesmo limite destinado à indenização ou, deve-se propor um limite em adição ao originalmente contratado?

As apólices de seguro *D&O* no Brasil e no exterior habitualmente cuidam das duas garantias – custo de defesa e indenização – dentro do mesmo limite e, na medida em que se consomem recursos com o custo de defesa, descontam-se os valores respectivos do limite existente.<sup>824</sup> O saldo remanescente, ao final, será reservado à indenização, havendo a

condições especiais, sendo classificadas como coberturas adicionais, cláusulas específicas ou cláusulas particulares, conforme a natureza da alteração promovida: [...] b) as cláusulas específicas alteram disposições das condições gerais, das condições especiais e/ou de coberturas adicionais, sendo obrigatória a presença de cláusula específica de

arbitragem, nos termos da lei, e, quando for o caso, de cláusula específica relativa à opção por cobertura em separado das despesas emergenciais efetuadas pelos segurados ao tentar evitar e/ou minorar os danos, atendidas as disposições do contrato;”.

<sup>822</sup> A título exemplo, a cláusula constante na apólice X: “Contratada esta extensão de cobertura, e sujeito ao Limite Máximo de Indenização por Cobertura Contratada estabelecido na Especificação da Apólice, na hipótese de que não seja possível notificar previamente à Seguradora antes que os Custos de Defesa tenham sido incorridos por um Segurado com relação a uma Reclamação coberta, a Seguradora aprovará retrospectivamente tais Custos de Defesa, quando verificadas as seguintes hipóteses: (i) Ordem ou Mandado Judicial ou Extrajudicial exarado por uma autoridade competente durante o Período de Vigência da Apólice que imponha restrições de direito e/ou de liberdade a um Segurado, sobre a qual o Segurado tome ciência subitamente, sem tempo hábil para formalizar um Aviso de Sinistro junto à Seguradora; (ii) Reclamação contra um Segurado, sobre a qual o Segurado tome ciência formal durante período de férias, períodos de descanso ou recesso ou quando a formalização à Seguradora não seja possível em virtude de impossibilidade de comunicação; ou (iii) Reclamação contra um Segurado que requeira providências urgentes, sob pena de perda de direito à defesa do Segurado caso fosse esperada a autorização da Seguradora. Ainda que atendidas as hipóteses acima descritas, a notificação da Reclamação e dos Custos de Defesa incorridos deverá ser apresentada à Seguradora assim que possível.”

<sup>823</sup> Também da apólice X: “Cobertura adicional para gerenciamento de crise para empresas de capital fechado. Observado o Limite Máximo de Indenização por Cobertura Contratada na Especificação da Apólice, a Seguradora pagará os Custos de Gerenciamento de Crise de uma Sociedade exclusivamente com relação à Crise ocorrida durante o Período de Vigência e avisada à Seguradora na forma disposta nesta Apólice. O pagamento dos Custos de Gerenciamento de Crise nos termos desta Apólice não prejudicará ou afetará os direitos que a Seguradora tenha por força de lei ou por força desta Apólice. Esta Cobertura Adicional se aplica independentemente de uma Reclamação ser proposta contra uma Parte Segurada como resultado da referida Crise e, sempre que uma Reclamação for proposta, independentemente de o valor ser devido antes ou depois da propositura da Reclamação.”

<sup>824</sup> A doutrina é pacífica. Em Portugal, Maria Elisabete Gomes Ramos afirma: “Algumas condições gerais vinculam que os custos de defesa referem-se a custos contraídos por ou em nome da pessoa segura. Efectivamente, por força do art. 6º, nº. 5, a sociedade responde solidariamente com os administradores quando estes são demandados por sócios ou terceiros. Sendo este o caso, haverá que destringar entre o quinhão dos custos

possibilidade de que não haja mais quaisquer recursos. Observa-se, também, o estabelecimento de alguns sublimites para coberturas específicas como, por exemplo, multas, mas, é importante frisar que esses sublimites se encontram colocados no seio do único limite disponibilizado.

A fim de evitar o esgotamento do capital segurado com o custeio da defesa, torna-se necessário estabelecer um limite distinto, em adição ao primeiro, logicamente que mediante o pagamento do prêmio respectivo. Ao invés de se disponibilizar apenas um limite global para as duas garantias, haveria dois limites, cada qual respondendo por cada uma das garantias e sem que houvesse comunicação entre eles. Os custos de defesa seriam consumidos até que

---

absorvido pela defesa dos administradores-segurados e a parte consumida na defesa da sociedade. Esta distribuição de custos é relevante porque quanto mais o segurador pagar a título de despesa de defesa, menos restará do capital seguro para pagar indemnizações aos prejudicados pelas actuações ilícitas e culposas dos administradores. De modo a impedir que o capital seguro seja consumido nos custos de defesa jurídica, algumas condições gerais do seguro de responsabilidade dos administradores estipulam limites específicos para a cobertura daqueles custos.” (RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 482). Na Espanha, A. Roncero Sánchez: “El ámbito de la cobertura ofrecida por el asegurador se extiende a todos los gastos necesarios y razonables derivados de la defensa jurídica del asegurado, incluyendo también en su caso, las fianzas que puedan exigir al asegurado en razón o como consecuencia de un procedimiento en exigencia de su responsabilidad. De este modo, dado que los gastos de defensa jurídica se asumen integralmente por la compañía aseguradora (salvo que en el contrato se establezca un límite especial para ello), éstos teóricamente podrían llegar a consumir la totalidad de la prestación del asegurador sin dejar margen para el pago de indemnizaciones.” (RONCERO SÁNCHEZ, António. *El seguro de responsabilidad civil. (Sujetos, interés y riesgo)*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2002. p. 323-324) e Elena F. Pérez Carrillo: “Los gastos de defensa se definen en las pólizas D&O como riesgos patrimoniales de los asegurados, es decir, como “loss” equiparables a la indemnización de responsabilidad cubierta por la parte I, de forma que generalmente la indemnización del seguro D&O de EEUU en concepto de defensa proviene del mismo fondo o agregado que el resto de las indemnizaciones que la aseguradora pueda estar obligada a satisfacer a los asegurados. Ello implica que si se adelantan gastos de defensa, éstos se deducen del límite total de indemnización pactada. No obstante, es posible que el contrato de seguro fije sumas específicas de indemnización o sumas aseguradas parciales por cada una de las coberturas (responsabilidad sustantiva, reembolso y defensa).” (PÉREZ CARRILLO, Elena F. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales. El seguro D & O en EEUU*. Barcelona: Marcial Pons, 2005. Nos Estados Unidos da América, é praxe observar custo de defesa e indenização inseridos no mesmo limite. Poucos Estados norte-americanos os distinguem: “Whether the policy’s definition of ‘loss’ includes defense costs, as it often does, payment of defense costs is typically afforded subject to, and not in addition to, the policy’s aggregate limit of liability. This is because, given the nature of the coverage, the defense costs incurred by the insureds are often the most substantial portion of the loss sustained by the insureds. [...] However, there are a few states, such as Vermont, that require insurers to offer coverage for defense costs in addition, depending on the risk and/or the insured’s negotiating power, some insurers may be willing to offer coverage for defense costs in addition to the policy’s limit or liability or provide a sub-limit for some types of defense coverage, such as for derivative demands.” (MONTELEONE, Joseph P. *Directors and officers liability. Exposures, risks management and coverage*. 2 ed. Erlanger: The National Underwriter Company, 2013. p. 124) Na Inglaterra: “The authors take the view that that the inclusion of defence costs as part of the losses in respect of which directors and officers may be liable, and as part of the total aggregate limit of indemnity, dictates the conclusion that defence costs cover complements the core insuring clause. It does not have an independent existence: on the contrary, it is accessory to the main insuring clause and therefore follows the fortune of that clause.” (PAOLINI, Adolfo. NAMBISAN, Deepak. *Directors’ and officers’ liability insurance*. London: Informa, 2008. p. 155-156).

houvesse o seu esgotamento, sem prejuízo para o capital segurado correspondente ao segundo limite.<sup>825</sup>

Com relação à quantia correspondente ao segundo limite, observa-se por exemplo, na Espanha, doutrina no sentido de que a ambos os limites deveria corresponder o mesmo montante: se para a indenização se estabelecer o equivalente a X moedas, as mesmas X moedas deverão ser estabelecidas para o custo de defesa. Ter-se-ia o equivalente a 2X, embora não fosse possível consumir um limite para gastos com o outro e vice-versa.<sup>826</sup>

### 3.3.2. Dever de defender (*duty to defend*) e dever de indenizar (*duty to indemnify*)

A cobertura para o custo de defesa, no exterior, apresenta-se, essencialmente, sob duas formas distintas: (i) dever de defesa (*duty to defend*) e (ii) dever de indenizar os custos havidos pelo segurado (*duty to indemnify*).<sup>827</sup>

<sup>825</sup> No mesmo sentido LACERDA, Maurício Andere Von Bruck. *O seguro dos administradores no Brasil. O D&O insurance brasileiro. cit.* p. 211.

<sup>826</sup> “Ahora bien, fiado dicho límite, lo que ya no queda muy claro es cómo va a operar el mismo, porque en el precepto no se resuelve de forma nítida la cuestión de si la suma asegurada actúa como límite sólo de los gastos, o de los gastos en unión con la indemnización del siniestro. Es decir, ¿significa esto que según el artículo 17.3 LCS la indemnización a pagar como prestación principal del seguro más la indemnización de los gastos de salvamento no han de superar la suma asegurada?, o por el contrario, ¿quiere decir que la indemnización a pagar por razón del siniestro, es independiente de la indemnización de los gastos de salvamento, la cual paralelamente también tiene como límite numérico la cifra de la suma asegurada? En nuestra doctrina autores como los profesores Sánchez Calero, Vicent Chuliá, Martí, Olavarría o Botana, entre otros, se inclinan por la segunda de las soluciones apuntadas; opción que también nosotros creemos más acertada.” (MAROÑO GARAGALLO, María del Mar. *Ibid.* p. 94).

<sup>827</sup> A propósito das duas formas – *duty to defend* e *duty to indemnify* – nos Estados Unidos da América: “Duty to defend provisions rest within the insurer’s (rather than the insured’s) responsibility for defending claims and managing the litigation process. Among the most important aspects of managing claims is selecting defense counsel. While duty to defend policies give insurers considerable control over the litigation process, they are nevertheless beneficial for many insureds. This is especially true for smaller organizations and nonprofit firms that lack both the experience and internal legal staff required to manage complex litigation. Non-duty to defend (also known as “duty to pay”) provisions require only that the insurer pay, as incurred, defense costs, judgments, and settlements. In contrast to duty to defend provisions, they place responsibility for managing a D&O claim within the province of the insured. (However, it should be mentioned that even most non-duty to defend wording allows the insurer to have final approval over the insured’s choice of defense counsel.) Non-duty to defend policies are most often selected by larger organizations because they have more experience in handling complex litigation as well as internal legal staff to do so.” (BREGMAN, Bob e JORDAN, Sean. *20 ways to improve directors and officers liability coverage or practices*. In *IRMI D&O compass*. March 2017. Disponível em <https://www.irmi.com/free-newsletters/d-o-compass/>, visitado em 7.9.2017. p. 12). No mesmo sentido BAKER, Tom. GRIFFITH, Sean J. *Ensuring Corporate Misconduct: How Liability Insurance Undermines Shareholder Litigation*. Chicago: The University of Chicago Press Books, 2010. p. 130-131.

Na primeira forma - dever de defesa – a seguradora assume o seu pleno controle, o que contempla a definição da estratégia a ser seguida, o advogado a ser constituído e, conseqüentemente, o pagamento de todos os custos – honorários advocatícios, periciais, custas processuais etc. Ao assim agir, para além de zelar pelos interesses do segurado, a seguradora estará zelando pelo seu próprio interesse.

Na segunda forma – o dever de indenizar os custos havidos pelo segurado – a seguradora apenas pagará as quantias despendidas pelo segurado com a sua defesa; não haverá, tal como referido quanto ao dever de defesa, a assunção do controle. Quanto à amplitude, a segunda forma é consideravelmente mais restrita do que a primeira.

Nos seguros de responsabilidade civil em geral, contratados no exterior, é muito comum observar a primeira forma – o dever de defesa assumido pelas seguradoras – sem maiores controvérsias. As questões suscitadas são simples, de maneira que os segurados não manifestam resistência à escolha e pagamento dos seus advogados pela seguradora. Por outro lado, no contrato de seguro *D&O* a questão tem um contorno próprio, seja por conta da complexidade das discussões (responsabilidade do administrador e suas múltiplas vicissitudes), seja, fundamentalmente, em razão dos riscos de abalo à reputação dos executivos, principalmente os das grandes companhias abertas. Vaidade, confiança e possíveis conflitos de interesses determinam que esses profissionais queiram constituir os seus próprios advogados e não aqueles indicados pelas seguradoras.<sup>828</sup>

---

Na Espanha, por força do disposto no art. 74 da Ley nº. 50, de 8.10.1980, o *duty to defend* é obrigatório às seguradoras, salvo disposição contratual em contrário. “Salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando quien reclame esté también asegurado con el mismo asegurador o exista algún otro posible conflicto de intereses, éste comunicará inmediatamente al asegurado la existencia de esas circunstancias, sin perjuicio de realizar aquellas diligencias que por su carácter urgente sean necesarias para la defensa. El asegurado podrá optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica por el asegurador o confiar su propia defensa a otra persona. En este último caso, el asegurador quedará obligado a abonar los gastos de tal dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza.” Sánchez Calero comenta: “El artículo 74 declara que el asegurador – salvo pacto en contrario – «asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado». La LCS a diferencia de otros ordenamientos ha reconocido expresamente esta facultad del asegurador, cuyo fundamento se encuentra en el interés de éste en el resultado de las reclamaciones de los perjudicados.” (SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Ley de contrato de seguro*. Dir. SÁNCHEZ CALERO, Fernando. Cizur Menor: Aranzadi, 2.010, p. 1.664). Na França a chamada - *direction du procès* e na Itália a *gestione de la lite* ficam submetidas à autonomia privada. (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2005. p. 282-284).

<sup>828</sup> Assim Lawrence Trautman e Kara J. Altenbaumer-Price: “D&O policies historically have not been written on a ‘duty to defend’ basis due to the fact that the policies were intended to cover the very ‘brain trust’ of the corporation and these individuals did not wish to have such delicate matters as their personal defense left to the control of an insurance company. While this results in the insurer losing some amount of control over the costs

A amplitude da primeira forma traz consigo, conseqüentemente, prêmio mais elevado. Para o segurado, haverá a tranquilidade de saber que a seguradora assumirá o controle de sua defesa mesmo em hipótese na qual a reclamação seja dirigida contra administradores segurados e outros não segurados; demais disso, o segurado não precisará desembolsar quaisquer recursos para custear a sua defesa. Tudo correrá às expensas da seguradora.

A segunda forma apresenta prêmio mais em conta e, a reboque, cláusulas delimitadoras do risco segurado que, quanto ao custeio da defesa pela seguradora, habitualmente determinarão a sua realização ao final da demanda proposta contra o administrador e, caso seja demonstrada a existência de cobertura. Diante das duas formas disponíveis, cabe ao segurado escolher a que melhor se amolde à sua necessidade.<sup>829</sup> Entendida a funcionalidade das duas formas de contratação no exterior, vale dizer que no Brasil a primeira forma não tem vez. É curioso notar que a origem para a sua eliminação emana de discussão havida no início dos anos 2000 no âmbito do seguro automóvel. Antes do advento da Circular SUSEP/DETEC/GAB nº. 003/2006, quando os segurados eram acionados por terceiros as seguradoras, mediante o requerimento dos segurados, podiam indicar advogados à realização de suas defesas, o que ocorria mediante o pagamento dos honorários às expensas das seguradoras, abatendo-os das importâncias seguradas.

---

and conduct of the defense effort, it is generally relieved from any potential exposure as a result of hiring counsel who may subsequently be negligent in the defense of the insureds.” (TRAUTMAN, Lawrence J. ALTENBAUMER-PRICE, Kara. *D&O insurance: A primer*. In *American University Business Law Review*. v. 1, 2012. p. 351). No mesmo sentido Julie Bisceglia. (BISCEGLIA, Julie J. *Practical aspects of directors' and Officers' liability insurance – allocating and advancing legal fees and the duty to defend*. In *UCLA Law Review*. v. 32: 690. 1985, p. 691. Disponível em [www.heinonline.com](http://www.heinonline.com), visitado em 8.10.2018). Também Tom Baker e Sean J. Griffith, embora admitam que para empresas de menor porte seja viável observar a *duty to defend* em apólices de *D&O*: “D&O insurance is unique relative to other forms of liability insurance in that D&O policies do not always include a duty to defend. Smaller organizations often have D&O policies that include the duty to defend, but larger firms tend to have policies that instead include a duty to advance defense costs. [...] The carrier retains the right to ‘associate’ with the defense: it is entitled to obtain certain information, to consent to settlement, and to specify a list of defense counsel from which the insured must choose. Moreover, the carrier retains the prerogative to control the cost of the defense in some ways including by negotiating with defense counsel and by ‘monitoring counsel to reduce unnecessary discovery or motion practice’”. (BAKER, Tom. GRIFFITH, Sean J. *Ensuring Corporate Misconduct: How Liability Insurance Undermines Shareholder Litigation*. cit. p. 145).

<sup>829</sup> Comparando o custo-benefício das duas formas, nos Estados Unidos da América recomenda-se que a seguradora insista na contratação da primeira: “By including a duty to defend, the insurance company is not doing its policyholders a favor, but looking after its own interests. The company can assume more direct control over any litigation than it presently can. Presently, a lawyer not chosen by the company conducts the litigation and, more significantly, the settlements. Nothing prompts him to try to save the company's money; he has every reason to settle up to the policy limits and no reason to struggle for a lower figure. The company must approve settlements, but it cannot unreasonably withhold its approval and doubtful cases are resolved in the insured's favor.” (BISCEGLIA, Julie J. *Practical aspects of directors' and Officers' liability insurance – allocating and advancing legal fees and the duty to defend*. In *UCLA Law Review*. v. 32: 690. 1985, p. 690-718. Disponível em [www.heinonline.com](http://www.heinonline.com), visitado em 8.10.2018. p. 714).

Dita prática se passava regularmente. Muitas vezes os segurados nem mesmo conheciam advogados interessados ou aptos ao patrocínio de suas defesas, o que vinha ao encontro da indicação, pela seguradora, frise-se, a partir de pedido expresso dos segurados. A lista de advogados passíveis de indicação pela seguradora era preparada considerando a expertise dos mesmos, a habitualidade com que defendiam reclamações dessa natureza, o que gerava menor dispêndio de recursos pela seguradora e, para os segurados, a apresentação de defesa consistente, elaborada por profissional habituado a tal espécie de ação judicial.

Eventualmente, poderiam surgir conflitos de interesses entre os segurados e a seguradora, decorrentes, por exemplo, do interesse da seguradora em chegar a um acordo por considerar iminente a sentença desfavorável, ao passo que o segurado não; da inexistência de uma cobertura específica na apólice e da apresentação de pedido justamente dirigido a essa cobertura pelo terceiro etc.

A Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio da Seccional do Estado de São Paulo, ao conhecer esses fatos, emitiu um parecer por meio do qual criticou, duramente, a indicação dos advogados dos segurados pelas seguradoras, encaminhando-o à SUSEP. A Seccional argumentou que a escolha dos advogados se tratava de ato personalíssimo a ser exercido pelos segurados independentemente de qualquer interferência das seguradoras.<sup>830</sup>

A SUSEP fez coro à manifestação da Ordem dos Advogados e, por meio da referida Carta Circular SUSEP/DETEC/GAB nº 3/2006<sup>831</sup> excluiu a indicação dos advogados aos segurados. Questão similar já havia sido objeto do exame do órgão regulador quanto à livre

---

<sup>830</sup> Trata-se do parecer nº. E-3.988. A sua íntegra pode ser consultada em <http://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/melhores-pareceres/e-3-988-2011>, visitado em 18.11.2018.

<sup>831</sup> Carta Circular SUSEP/DETEC/GAB nº. 3/2006: “Informamos que, de acordo com o disposto no PARECER PF – SUSEP / COORDENADORIA DE CONSULTAS, ASSUNTOS SOCIETÁRIOS E REGIMES ESPECIAIS – Nº 24161/ 2006 da Procuradoria Federal junto à SUSEP, ratificada por decisão do Conselho Diretor desta Superintendência em reunião ordinária realizada em 29/06/2006, a sociedade seguradora que prevê a oferta de serviços advocatícios a seus segurados, mesmo através da prestação de serviços terceirizados, deverá interromper de imediato tal prática. Ressaltamos ainda, que, caso esta oferta esteja prevista em cláusulas contidas em suas condições contratuais deverá suprimi-las, sob pena de aplicação das penalidades cabíveis.” Posteriormente, a autarquia editou a Carta Circular SUSEP/DETEC/GAB nº. 5/2008, retificando a norma anterior. Em linhas gerais, a nova norma vedou a vinculação de serviços advocatícios oferecidos nos contratos de seguros a profissionais específicos, determinando que as cláusulas de tal natureza devem ser redigidas de modo a tornar claro aos segurados que, na hipótese de ocorrência do sinistro, a utilização da cobertura respectiva ocorrerá por meio de reembolso de despesas efetuadas junto a profissionais livremente escolhidos. Nessas hipóteses, o limite da garantia contratada deverá ser respeitado. Ainda, ficou vedada a oferta, direta ou indireta, de serviços advocatícios, nos quais não fique caracterizado o exercício da livre opção pelo consumidor.



escolha das oficinas mecânicas pelos segurados, por meio da Circular SUSEP nº. 269, de 30.9.2004.<sup>832</sup>

Questiona-se a legalidade do parecer emitido pela Ordem dos Advogados do Brasil e, também, as normas emitidas pela SUSEP. Se uma seguradora impusesse a constituição de advogado ao segurado, certamente este fazer seria ilegal. Quer-se a constituição deste ou daquele profissional por conta de sua reputação, renome, conhecimento jurídico e, acima de tudo, confiança.

As seguradoras, quando a restrição foi anunciada pela Ordem dos Advogados, não impunham a contratação de advogados. Cumpre frisar: a sugestão se formulava quando os segurados assim desejavam; quando a pediam à seguradora, o que era comum. Muitas das vezes o segurado era leigo e jamais havia sido processado; de repente, por força de um acidente de trânsito, encontrava-se “no banco dos réus”. Assim, angustiado, pedia à seguradora que lhe fosse sugerido um advogado. Entende-se que essa questão, com essa moldura fática, não tinha traço algum de ilegalidade.

A preocupação da Ordem dos Advogados do Brasil e da SUSEP é, obviamente, no sentido de zelar pelos interesses dos segurados; ambas entenderam que a indicação dos advogados, pelas seguradoras, privaria os segurados do direito à livre escolha. O que se pretende consignar a respeito é que, possivelmente, a pretensa proteção do segurado seja, na realidade, prejudicial aos seus próprios interesses. Na Espanha, María Ángeles Calzada Conde compara as duas formas referidas e não titubeia: o dever de defesa é melhor do que o dever de indenizar:

No obstante, dejar la dirección jurídica en manos del asegurado puede estimular la colusión entre asegurado y tercero o, sencillamente, que el asegurado se sienta inclinado a reconocer su responsabilidad en perjuicio del asegurador.<sup>833</sup>

---

<sup>832</sup> Circular SUSEP nº. 269, de 30.9.2004. Art. 14. Deverá ser prevista contratualmente a livre escolha de oficinas pelos segurados, para a recuperação de veículos sinistrados”.

<sup>833</sup> CALZADA CONDE, María Ángeles. *El seguro voluntario de responsabilidad civil*. Madrid: Ed. Montecorvo, 1983. p. 143. Em tradução nossa: “Não obstante, deixar a direção jurídica nas mãos do segurado pode estimular a colusão entre o segurado e o terceiro o, simplesmente, que o segurado sinta-se inclinado a reconhecer a sua responsabilidade em prejuízo da seguradora.” Nos Estados Unidos da América, Joshua P. Ackerman tem a mesma percepção: “This approach distinguishes between D&O policies that contain a duty to defend and those that contain a duty to advance defense costs. Unlike the duty to advance defense costs, the duty to defend is broader than the duty to indemnify.” (ACKERMAN, Joshua Phares. *A Common Law Approach to D&O Insurance “In Fact” Exclusion Disputes*. In *The University of Chicago Law Review*. n. 79:1429: 2012. Disponível em [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org). p. 1.456).

Seja como for, a partir da publicação pela SUSEP dos normativos referidos acima a indicação de advogados pelas seguradoras no Brasil foi proibida o que, no seguro *D&O*, foi observado na Circular SUSEP nº. 553, de 23.5.2017, que, em seu art. 7º., inc. I, letra b), determina que as condições gerais desse seguro deverão conter:

cláusula versando sobre a defesa em juízo civil, trabalhista, penal e/ou em processo administrativo e/ou arbitral, na qual fique claro que os segurados podem escolher livremente seus respectivos advogados.

A SUSEP venceu a livre escolha do advogado pelo segurado, mas, com relação à valoração dos honorários advocatícios, nada observou. Como consequência, tem-se uma polêmica sem fim, afinal, como valorar, razoavelmente, os honorários devidos ao advogado escolhido pelo segurado?<sup>834</sup> Haveria uma *carte blanche* decorrente da existência de um capital segurado robusto?<sup>835</sup>

As apólices disponíveis no Brasil determinam que uma vez escolhido o advogado pelo segurado, será seu dever levar tal fato ao conhecimento da seguradora, a fim de que a mesma consinta com a contratação desejada. Nesta dinâmica, outra questão polêmica, também decorrente da referida no parágrafo anterior, apresenta-se: poderá a seguradora deixar de

---

<sup>834</sup> “This is one that has been on almost everyone’s Top 10 list from time immemorial. It seems as long as there are lawyers and insurers who must pay their fees, there are going to be fights over the bill. [...] Almost all D&O policies somewhere in the form state that they will only pay ‘reasonable and necessary’ fees. [...] what fees and expenses the insurer deems to be reasonable and necessary?” (MONTELEONE, Joseph P. *Directors and officers liability. Exposures, risks management and coverage*. 2 ed. Erlanger: The National Underwriter Company, 2013. p. 164). Elena F. Pérez Carrillo acrescenta que algumas decisões norte-americanas aludem ao postulado da racionalidade, ao invés de referir à razoabilidade. Para uma distinção de ambos remete-se à fl. 227, capítulo 2. “El asegurador no puede negarse irracionalmente a admitir tales gastos. *The Center Found v Chicago Ins. Co.* Cal. Rptr. 13 (Cal. Ct. App., 1991). ‘El deber de buena fe que pesa sobre los asegurados incluye la obligación de actuar de forma razonable al seleccionar a los abogados independientes y experimentados para que preparen una defensa eficaz, y que mantengan prácticas éticas en cuando a sus honorarios. Estos honorarios son susceptibles de revisión por parte del asegurador para verificar que corresponden a lo habitual en el mercado’. (PÉREZ CARRILLO, Elena F. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos*. cit. p. 189).

<sup>835</sup> Nos Estados Unidos da América, o segurado não tem em mãos uma carta em branco para pagar o quanto entender ao advogado de sua confiança. Há uma necessidade de equilibrar os seus interesses aos da seguradora: “A D&O policy should fairly balance both the director's and the insurance company's needs for security and control. The director needs his legal fees paid as they accrue, and he needs some control over the course of litigation, particularly over the decision to settle or fight. The insurance company wants to minimize costs and therefore does not want to give the director *carte blanche* to hire the most expensive legal talent he can find. It wants to retain the control it has over the litigation, again to minimize expenses.” (BISCEGLIA, Julie J. *Practical aspects of directors' and Officers' liability insurance – allocating and advancing legal fees and the duty to defend*. In *UCLA Law Review*. v. 32: 690. 1985, p. 690-718. Disponível em [www.heinonline.com](http://www.heinonline.com), visitado em 8.10.2018. p. 714).

consentir com a escolha do segurado? Em que condições?<sup>836</sup> Para que se compreenda o ponto, transcreve-se a cláusula específica constante na apólice Z:

Os segurados serão inteiramente responsáveis por todas as medidas para defesa nas reclamações apresentadas contra estes, e não poderão adotar qualquer medida que prejudique a posição da seguradora. A seguradora não terá o dever de defender as reclamações feitas contra qualquer segurado. [...] Sem o prévio consentimento por escrito da seguradora, os segurados não deverão admitir ou assumir qualquer responsabilidade, nem celebrar acordos, aceitar qualquer condenação, nem serão adiantados pagamentos a nenhum representante legal para defesa de quaisquer segurados, não devendo tal consentimento ser negado ou postergado sem justa causa. Somente acordos que tenham sido autorizados pela seguradora e condenações transitadas em julgado serão recuperáveis como prejuízos financeiros, segundo os termos desta apólice.<sup>837</sup>

As amarras apresentadas pela Circular SUSEP nº. 553, de 23.5.2017, acabaram impondo às seguradoras a adoção de um padrão de redação que peca justamente porque lhe falta adotar um critério. Quando a cláusula refere à necessidade de uma justa causa para que a seguradora deixe de consentir com o pagamento dos honorários do advogado escolhido pelo segurado, o faz sem explicitar no que ela consiste. Seria, por exemplo, a convicção de que o sinistro não tem cobertura? Ou que os honorários ajustados com o advogado são exorbitantes considerando a relevância da causa subjacente, o seu valor, tempo de tramitação, potencial lesivo ao segurado, praxe de mercado para causas similares? A falta de critério gera insegurança jurídica.<sup>838</sup>

---

<sup>836</sup> Tomando como fonte o direito inglês, Adolfo Paolino e Deepak Nambisan aludem ao pressuposto da razoabilidade e explicitam alguns exemplos do que qualificaria o não razoável: clara inexistência de cobertura ou questões de alocação que carecem de solução prévia. “If consent is required, one must ask what its limits are. In some jurisdictions, the principle is that consent must not be withheld unreasonably. But whether an insurer is behaving reasonably will turn not just on whether is behaving sensibly and fairly but also, possibly, on whether, for example, there exist good reasons for the insurer to believe that there is no coverage under the policy. Therefore, insurers might quite reasonably (and not unreasonably) withhold consent where there are serious or feasible grounds to believe that the assured is not entitled to be indemnified, or that one or more of the conditions necessary for the recovery of defence costs have not been satisfied. Such issues might include, for example: (i) where issues of good faith in contract formation arise; (ii) where the nature of the wrong is evidently not covered under the policy; or (iii) where issues of allocation have to be settled first.” (PAOLINI, Adolfo and NAMBISAN, Deepak. *Directors’ and Officers’ liability insurance*. cit. p. 161). No Brasil, Maurício Andere Von Bruck Lacerda segue o mesmo caminho: “[...] que os segurados deverão sempre buscar a anuência da seguradora antes de assumirem quaisquer despesas dessa natureza, sob o risco de não serem reembolsados, sendo certo que a seguradora não poderá negar ou postergar seu consentimento sem justa causa”. (LACERDA, Maurício Andere Von Bruck. *O seguro dos administradores no Brasil. O D&O insurance brasileiro*. cit. p. 208).

<sup>837</sup> Apólice Z, p. 24.

<sup>838</sup> A ausência de critério não é uma exclusividade brasileira. Nos Estados Unidos da América, Joseph P. Monteleone retrata a mesma deficiência: “Notwithstanding the insureds’ obligation to defend themselves, the insurer usually has the right to consent to the retention of legal counsel. Although it is not common for D&O policies to contain the criteria on which such consent may be based, insurers typically consider the expertise and experience of the counsel proposed as well as whether the rate charged is appropriate for the applicable jurisdiction.” (MONTELEONE, Joseph P. *Directors and officers liability. Exposures, risks management and coverage*. 2 ed. Erlanger: The National Underwriter Company, 2013p. 121). Na Inglaterra, Adolfo Paolini atenta

Um julgado, proveniente do Tribunal de Justiça do Paraná, justamente discutiu a alegada exorbitância dos honorários cobrados pelo advogado constituído pelo segurado, diante da resistência da seguradora para pagá-los. A cláusula específica no contrato de seguro aludia à razoabilidade para fins de estipulação de honorários. Buscando extrair um critério capaz de propiciar alguma previsibilidade quanto ao tema, o Tribunal observou a complexidade das demandas propostas, num total de cinco: penais e de improbidade administrativa, exigindo defesas igualmente complexas.

Para tanto, o acórdão consignou que o segurado precisaria contratar profissionais altamente qualificados, cujos honorários seriam elevados. Em síntese, a quantia discutida, da ordem de mais de R\$ 300.000,00 (trezentos mil Reais), foi considerada razoável à luz dos balizadores explicitados: 1) complexidade das demandas; 2) necessidade de contratação de advogados capacitados, cujos honorários são, de fato, mais elevados. A seguir, alguns trechos do inteiro teor do acórdão:

[...] Além disso, a alegação da seguradora de que os custos de defesa não obedeceram à cláusula que define que estes devem ser razoáveis, não deve prosperar. [...] Quanto à razoabilidade do valor cobrado a título de honorários advocatícios, inserta em cláusula do contrato, de se dizer que trata de critério subjetivo. Como visto, os honorários contratados dizem respeito à defesa do autor em várias ações de grande complexidade, o que exige a contratação de profissionais com determinadas qualidades. Frise-se que o autor é réu em 5 ações – penais e de improbidade -, as quais demandam a prática de atos de defesa de alta complexidade, por consequência os serviços de profissionais altamente qualificados, cujos honorários são mais elevados. Assim, a alegação de imoderação na contratação dos honorários não se sustenta, em vista de seu caráter subjetivo aliado à não demonstração da seguradora do que seria razoável. Por todo o exposto, devem ser

---

à necessidade de razoabilidade tanto no concernente à negativa da seguradora, quanto à escolha do advogado pelo segurado, ou seja, uma via de mão dupla. O autor comenta que em alguns casos o teste da razoabilidade foi substituído pelo da racionalidade, por entender-se que não cabe ao Poder Judiciário fazer as vezes nem da seguradora, nem do segurado, na tomada de suas decisões. Como se observou no capítulo 2, o postulado da racionalidade é objetivo, decorre do que se pode e do que não se pode explicar de maneira lógica; o postulado da razoabilidade sujeita-se a uma maior dose de subjetivismo: “We have seen that market practice is that D&O policies commonly require the insurer’s consent before the assured incurs defence costs in either defending or settling a liability. [...] Therefore, insurers might quite reasonably (and not unreasonably) withhold consent where there are serious or feasible grounds to believe that the assured is not entitled to be indemnified, or that one or more of the conditions necessary for the recovery of the defence costs have not been satisfied. [...] Where the policy so provides, the insured must also act reasonably in selecting counsel who is willing to engage in billing practices which are susceptible to review at a standard higher than that usually found in the marketplace, given that the insurer is paying the fees of another. [...] In the UK some authorities have gone further by affirming that it is not even necessary for a policy to expressly state the unlawful withholding of the insurer’s consent. [...] That said, some of the more recent reinsurance cases have rejected the test of reasonableness and have opted for an “irrationality” test akin to that applicable in judicial review cases. The reason for this is that the court is not entitled to substitute its own commercial judgment for that of the insurers, but the court must nonetheless ensure that the insurers have reached their decision by taking into account only factors relevant to the claim and putting aside matters that are obviously irrelevant.” (PAOLINI, Adolfo. NAMBISAN, Deepak. *Directors’ and officers’ liability insurance*. London: Informa, 2008. p. 161-163).

considerados válidos os recibos apresentados pelo autor, assim como os contratos de honorários acostados os autos. Destarte, é devida a indenização pleiteada pelo autor, no valor de R\$ 382.180,46 (trezentos e oitenta e dois mil, cento e oitenta reais e quarenta e seis centavos), em vista da previsão de cobertura no contrato de seguro, assim como da comprovação das despesas despendidas e das obrigadas por contrato.<sup>839</sup>

No capítulo 1, quando se discorreu a respeito da causa do seguro de proteção jurídica, também se enfrentou questão cujos contornos são similares aos ora tratados.<sup>840</sup> Referiu-se, na ocasião, ao célebre embate havido entre Bernard Cerveau e Yvonne Lambert-Favre; o primeiro, a defender a necessidade de limites e a segunda, criticando-os veementemente. Lembrou-se, àquela altura, da participação de ninguém menos que o Presidente da República. A discussão chegou à Corte de Cassação Francesa que, quanto à limitação, entendeu-a lícita. O mesmo posicionamento prevaleceu perante o Tribunal Supremo da Espanha.

Nessa direção, assim como se fez com o seguro de proteção jurídica, entende-se necessário fazer com o seguro *D&O*. Os balizadores apresentados para aquele seguro se amoldam a esse, quais sejam: (i) a complexidade do caso, o que também refere-se ao seu tempo de tramitação estimado; (ii) as diligências e custos impostos pela natureza da disputa; (iii) o montante em discussão, em condições que sejam compatíveis com os recursos e com o patrimônio do beneficiário; (iv) a praxe mercadológica para casos similares e (v) a reputação do advogado constituído.

Na Espanha a adoção de limites quanto à paga dos honorários escolhidos pelos segurados é vista com naturalidade, sobretudo considerando que remanesce a cobertura com vistas à indenização aos prejudicados pela conduta do administrador.<sup>841</sup>

Com relação aos possíveis conflitos de interesses entre segurados e seguradoras, Joseph Bishop, já na década de 60, aludia aos acordos com vistas a encerrar a demanda de fundo, proposta pelos terceiros contra os segurados. Em demandas comuns de

<sup>839</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº. 652.608-1, Relator Des. Sergio Luiz Patitucci. 9ª Câmara Cível. j. 24.6.2010. v.u.

<sup>840</sup> A propósito da discussão entre seguradoras e segurados quanto ao estabelecimento dos honorários dos advogados escolhidos por estes últimos. Capítulo 1, fls. 86 et seq.

<sup>841</sup> “[...] no parece descabellado, sin embargo, permitir que se establezcan, bajo ciertas circunstancias, límites cuantitativos. En los seguros de responsabilidad civil de administradores, en particular, la entidad de los gastos de defensa es un argumento a favor. Cuando la ley obliga al asegurador a pagarlos está pensando en que la garantía principal del seguro no es ésa, sino las indemnizaciones de responsabilidad civil, y el pago de esos gastos representa una carga menor para aquél, que no afecta a sus decisiones sobre la suscripción de seguros de responsabilidad civil. Si, como ocurre en estos seguros, su importancia fuese mayor y pasase a ser equivalente a la garantía de las deudas de responsabilidad civil, no sería nada ilógico admitir que se sometiese a límites cuantitativos.” (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2005. p. 293).

responsabilidade civil, Bishop observou que a simplicidade dos temas discutidos propiciava convergência entre os interesses de ambos; no seguro *D&O*, especialmente em ações propostas por minoritários contra os administradores, era comum observar o conflito já que os segurados, por receio de abalo à sua reputação, insistiam em litigar, ao passo que as seguradoras desejavam encerrar as demandas.<sup>842</sup>

Nas hipóteses nas quais a seguradora manifeste interesse em encerrar o litígio por acordo e o segurado, injustificadamente, resista, as apólices normalmente apresentam uma cláusula dispondo que o valor final a ser pago pela seguradora corresponderá à oferta apresentada na ocasião em que houve a recusa imotivada do segurado. São as chamadas *hammer clauses*.<sup>843</sup>

Entende-se que a legalidade de cláusulas como esta no direito brasileiro está condicionada à demonstração clara de que a recusa do segurado é injustificada. O interesse do segurado pelo litígio pode justificar-se de diversas formas, seja porque entende não ser culpado, porque a sua reputação não admite transação ou porque o tema de fundo discutido na demanda é controvertido. Em havendo dúvida, a recusa do segurado não poderá ser qualificada como injustificada e a cláusula não se sustentará.

---

<sup>842</sup> “[...] the Lloyd's forms and the two American forms which copy them provide that ‘no costs, charges or expenses shall be incurred without the [insurer's] consent.’ Such a clause may be unobjectionable in the ordinary liability policy, where the insured's prime objective is normally to dispose of the claim against him with a minimum of publicity and inconvenience. But in the case of stockholders' suits, where publicity is often hard to avoid, directors and officers, anxious to vindicate their conduct and preserve their good business reputations, might very well rather fight than settle. An insurance company in the same circumstances would often prefer settlement for a modest sum to costly litigation whose outcome is uncertain.” (BISHOP, Joseph W. *New cure for an old ailment: insurance against directors' and officers' liability*. In *The business lawyer*. November 1966, p. 105-106). Miguel Iribarren Blanco observa o mesmo potencial para conflitos entre administradores e seguradoras no seguro *D&O*: “Dicho esto, conviene añadir que ese interés especial, que será, normalmente, en que la responsabilidad civil no se declare o que la indemnización sea lo más reducida posible, puede llegar a ser divergente del asegurador cuando aquél pretenda llegar a un acuerdo rápido con los perjudicados para evitar la publicidad de la reclamación y el daño consiguiente a su reputación y a la de la sociedad, aun riesgo de acabar pagando más.” (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2005. p. 284).

<sup>843</sup> “si el asegurado rechaza su propuesta de acuerdo con los perjudicados, no quedan obligados a pagar más que la cantidad resultante de la transacción y los gastos de defensa devengados hasta este momento.” (BLANCO, Miguel Iribarren. *cit.* p. 289). Joseph Monteleone resalta a importância de que a resistência do segurado seja injustificada. “If the insurer recommends a settlement within the Policy's applicable limit of liability which is acceptable to the claimant and the insured unreasonably refuse to consent, then the insurer's liability for all loss on account of such claim shall not exceed the amount for which the insurer could have settled such claim, plus defense costs up to the date the insureds refused to settle such claim.” (MONTELEONE, Joseph P. *Directors and officers liability. Exposures, risks management and coverage*. 2 ed. Erlanger: The National Underwriter Company, 2013. p. 166).

Restando claro que, no Brasil, apenas se admite o dever de indenizar (a segunda forma, consoante referido no início desse item), cumpre fazer uma anotação quanto ao momento em que a seguradora deverá arcar com os custos de defesa.<sup>844</sup>

Cronologicamente, o pagamento dos custos de defesa poderá ser realizado (i) na medida em que ocorrerem e (ii) apenas ao fim e ao cabo da demanda de fundo, quando, por decisão final transitada em julgado, a dívida de responsabilidade do segurado estiver definida.<sup>845</sup>

### 3.3.3. As coberturas A, B e C. Questões concernentes aos limites e à alocação

---

<sup>844</sup> Vale, desde já, consignar que esse tema poderá guardar relação íntima com a questão concernente à exclusão para atos dolosos e a presunção de inocência, o que será observado posteriormente, às fls. 460 et seq., neste mesmo capítulo.

<sup>845</sup> Este é a sistemática nos Estados Unidos da América. Matizando as diferenças entre as formas referidas – duty to defend e duty to indemnify – Robert Siedland e Graig Goesel ressaltam que na segunda forma o pagamento dos custos de defesa será efetuado ao final, após a definição da responsabilidade do segurado: “Even with Side A coverage, if an insurance policy does not obligate the insurer to defend the insureds against claims, directors and officers might face the prospect of an insurer refusing to advance defense costs, advancing less than all actual defense costs incurred or only providing coverage after such director or officer prevails in defending its claim. A “duty to defend” policy requires the insurer to defend the directors, officers and/or company for any claim that is potentially covered pursuant to the provisions of the policy. This means that any doubt about coverage is resolved in favor of the policyholder and the insurer must pay for the defense of the claim. A non-duty to defend policy obligates the insurer to reimburse its insureds for only covered costs (including defense expenses). Thus, an insurer might contend that a particular claim is not covered and refuse to pay the insured’s costs of defense until the insured prevails or a court rules that the exclusion does not apply. Some companies purchase D&O policies without such duty to defend provisions in order to obtain a lower insurance premium. By doing so, however, they deny their directors and officers much of the peace-of-mind a D&O policy should provide. Litigation costs in most cases will be significant, and finding the resources to fund such litigation to a successful outcome could severely strain the finances of, or even bankrupt, any officer or director.” (SIEDLAND, Robert P. GOESEL, Craig E. *D&O insurance: Avoiding traps and keeping coverage in a distressed banking environment*. In *The Banking Law Journal*. nº.128. 2011, p. 211-212. Disponível em [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org), visitado em 8.10.2015). No mesmo sentido Elena F. Pérez Carrillo: “La regla general y tradicional en la cobertura de defensa D&O en Estados Unidos es la indemnización *a posteriori*.” (PÉREZ CARRILLO, Elena F. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos*. cit. p. 189). Pérez Carrillo esclarece que a concorrência acirrada na segunda metade dos anos 90 motivou uma mudança na forma de custear a defesa dos segurados. Ao invés de efetuar o pagamento ao final, as seguradoras passaram a custear contemporaneamente, isto é, à medida em que os custos fossem despendidos. cit. p. 192. No Chile, é normal a adoção de cláusula contratual que determine o reembolso à tomadora ao final da tramitação da demanda de fundo: “Muchas pólizas disponen que la empresa inicialmente cubra los gastos de defensa y sólo hasta el final del proceso judicial efectúa el reembolso, pero esto puede evitarse si se incluye previamente una aclaración que requiera al asegurador entregar un avance de la suma asegurada para gastos de defensa a medida que se incurre en ellos, claro está, después que el monto deducible es alcanzado.” (WIGODSKI, Teodoro. GAITAN PEÑA, Hector H. *Seguro de responsabilidad de directores y ejecutivos para el buen gobierno corporativo*. Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas. Escuela de postgrado. 2005. p. 19).

No capítulo 1, quando se examinou a causa do contrato de seguro *D&O*, no item relacionado ao interesse legítimo comentou-se a respeito dos três lados (*sides*) por meio dos quais as coberturas para custeio da defesa e da indenização se apresentam nesse contrato: as chamadas *sides* A, B e C.<sup>846</sup>

Explicou-se que, em sua origem, o seguro *D&O* surgiu com o propósito de tutelar o interesse legítimo dos administradores, para os quais o seguro era contratado. Em se tratando de cobertura dirigida aos administradores, observa-se a cobertura *side* A; nesta, a seguradora pagará aos administradores diretamente, não havendo qualquer interferência ou necessidade de passar pela sociedade tomadora.

Acrescentou-se que as coberturas *sides* B e C, à diferença da *side* A, dirigem-se aos interesses da sociedade tomadora: na *side* B, quando a sociedade efetua o pagamento dos custos de defesa e/ou da indenização aos seus executivos, essa cobertura lhe proverá do reembolso junto à seguradora – daí o seu nome em inglês: *corporate reimbursement*. A *side* C, por sua vez, trata-se de uma cobertura contratada pela tomadora em seu próprio interesse – contratação por conta própria, não por conta de seus executivos. Geralmente, em razão de reclamações afetas a valores mobiliários (ações propostas por minoritários, por exemplo), se a sociedade for demandada a cobertura C será acionada. É a chamada *entity coverage*.

Propondo-se uma demanda contra os administradores e a sociedade tomadora, imaginando-se, hipoteticamente, que haja administradores segurados e outros não segurados, há, de fato, dificuldades para fins de se imputar o quinhão de responsabilidade de cada qual e, assim, fazer as alocações respectivas no contrato de seguro. As seguintes indagações afloram: que porção dos custos de defesa deverá ser alocada entre administradores segurados e não segurados? Que porção deverá ser alocada aos administradores e à companhia (se contratada a cobertura C)? Como os custos de defesa deverão ser distribuídos tendo em conta reclamações cobertas e outras não cobertas?

---

<sup>846</sup> É possível observar algumas apólices que acrescentam ainda a *side* D, num contexto em que o seguro é contratado por uma sociedade, a tomadora, mas a cobertura estende-se para todas as suas subsidiárias e controladas. O alongamento da cobertura às subsidiárias e controladas é chamado de cobertura D. A anotação é de Fernando Sánchez Calero: “Por otro lado se advierte que en este seguro de responsabilidad civil aflora el fenómeno de los grupos de sociedades, en el sentido de que el ámbito de aseguramiento se proyecta no simplemente sobre los administradores y directivos de la sociedad matriz o dominante, sino también sobre estos administradores y directivos de las sociedades filiales o dominadas.” (SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *El seguro de responsabilidad civil para administradores, directores y gerentes de las sociedades mercantiles*. In *VII Congreso Ibero latinoamericano de Derecho de Seguros*. Rosario, Argentina. 7-10 de noviembre de 2001. p. 395).



Não é preciso trazer um exemplo com maior sofisticação para observar a complexidade da questão. Pensando apenas em administradores segurados e numa demanda proposta contra um, em meio a um grupo de cinco administradores. A maneira por meio da qual a SUSEP estruturou o seguro *D&O* no Brasil implica na existência de um limite conjunto para todos os administradores segurados. Aquele que chegar primeiro terá cobertura; os demais correm o risco de encontrar o capital segurado esgotado.<sup>847</sup>

As apólices de seguro *D&O*, no Brasil, usualmente apresentam cláusula dispondo que, em primeiro lugar, as perdas deverão ser alocadas na cobertura A, o que se revela louvável no sentido de zelar pelo interesse dos administradores. A seguir, a transcrição da cláusula respectiva na apólice X:

Ordem dos Pagamentos

No caso de Perdas Indenizáveis resultantes de uma Reclamação para a qual o pagamento seja devido mediante os termos desta Apólice, a Seguradora deverá em qualquer caso:

- (i) primeiro, será feito pagamento por Perda Indenizável coberta pela Cobertura Básica Garantia A desta Apólice prevista nas Condições Especiais da Apólice; e
- (ii) depois dos pagamentos referidos no item (i) acima terem sido feitos com base no valor remanescente de Limite Agregado disponível após tal pagamento, a Seguradora poderá pedir ao Tomador uma solicitação escrita para estipular a ordem e os valores com os quais cada Perda Indenizável deve ser paga, ou para receber a proporção que deve ser retida em nome de cada Parte Segurada que tenha incorrido em tal Perda Indenizável.

Sujeito à cláusula de Limite Máximo de Garantia da Apólice, um pagamento de uma Perda Indenizável conforme essa cláusula de Ordem dos Pagamentos desonerará a Seguradora de suas obrigações de acordo com esta Apólice em relação a tal Perda Indenizável.<sup>848</sup>

Ocorre, porém, que a sociedade tomadora, ao contratar a cobertura C, também paga prêmio para tanto. Indaga-se: seria lícito, considerando a correspectividade entre as

<sup>847</sup> A Circular SUSEP nº. 553, de 23.5.2017, dispõe em seu art. 5º, § 7º, quanto ao limite único, o quanto segue: “A garantia prevalece até o limite máximo de indenização (LMI) contratado pelo tomador para cada cobertura, que é aplicável coletivamente a todos os segurados, respeitados os respectivos limites agregados (LA), e, quando cabível, o limite máximo de garantia da apólice (LMG).” Interessante notar a crítica de Miguel Iribarren Blanco à existência do limite único e coletivo nos seguros *D&O*: “No suele haber, sin embargo, límites personales para cada administrador, de forma que puede ser que la garantía se consuma completamente sin que algunos de ellos hayan sido objeto de reclamaciones ni incurrido en responsabilidad civil.” (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2005. p. 296).

<sup>848</sup> Apólice X, p. 30-31. A primeira parte da apólice Y é idêntica à cláusula da apólice X. Observa-se uma diferença na parte final da cláusula, a seguir reproduzida: “21.2. O pedido de recuperação judicial, extrajudicial ou falência ou insolvência de uma Sociedade ou um Segurado não deverá eximir a Seguradora de nenhuma de suas obrigações de priorizar o pagamento de Perdas Indenizáveis cobertas nesta Apólice em conformidade com esta cláusula.” (Apólice Y, p. 45). O trecho refere-se à eventual situação de insolvência da tomadora que, em algumas apólices, restringe sobremaneira a cobertura para os administradores. Este tema será aprofundado no item relacionado às exclusões - fls. 451 et seq. A apólice Z não contém a prioridade de pagamento para a cobertura A, o que reforça a afirmação no sentido de que as dificuldades com a alocação serão constantes.

obrigações dos administradores (segurados), da sociedade tomadora (também segurada, por força da cobertura C) e da seguradora, determinar a prioridade para a cobertura A e, a depender dos fatos, esgotar os recursos e nada deixar disponível para a cobertura C? Observando a causa do contrato de seguro *D&O*, esta sistemática, tal como disposta, não a contrariaria?<sup>849</sup> Entende-se que sim. Este tema será examinando por ocasião do desenvolvimento do presente item.

É também comum observar nas apólices uma cláusula referente à alocação chamada de ‘melhores esforços das partes’, ou, no inglês, a *best efforts clause*, cuja redação costuma ser a seguinte:

7.4. A seguradora concorda em envidar seus melhores esforços para determinar a alocação justa e adequada das quantias entre tomador, os segurados, outras pessoas físicas ou jurídicas, com respeito a: (i) custos de defesa incorridos em conjunto; (ii) qualquer acordo conjunto celebrado; e/ou (iii) qualquer julgamento de responsabilidade conjunta ou individual contra o tomador e/ou qualquer segurado e/ou qualquer pessoa física ou jurídica que não seja segurada por esta apólice em relação a qualquer reclamação.

7.4.1 Caso a reclamação envolva tantos riscos ou pessoas cobertos como riscos ou pessoas não cobertos por esta apólice, deverá ser feita pela seguradora a alocação justa e adequada dos custos de defesa, condenação e/ou acordos.<sup>850</sup>

O problema, assim como se observou no tocante à razoabilidade para negar o pagamento dos custos de defesa, bem como para a escolha do advogado, pelo segurado, decorre da inexistência de critério. Dizer que as partes se comprometem a envidar os seus melhores esforços soa romântico, mas, de maneira pragmática, as bonitas palavras não resolvem as intrincadas questões referidas acima. Analisando a cláusula disponibilizada pelo *Lloyd's*, Adolfo Paolini fez a seguinte afirmação: “*This is, of course, in large part an aspirational (and perhaps rather optimistic) clause. And not necessarily easily enforceable.*”<sup>851</sup>

<sup>849</sup> Sem embargo da crítica que se fez à cláusula de ordem de pagamento em prol da cobertura A, entende-se que a sua sistemática gera maior previsibilidade do que a utilização dos capitais segurados por ordem de chegada: “Otherwise, the principle of ‘first come, first served’ will be in effect, as is the case in the event such a clause is absent from the policy.” (WETERINGS, Wim. *Possible conflicts of interest with D&O insurance in event of shareholders' class actions*. In *European Insurance Law Review*. nº. 3/2013, p. 28. Disponível em [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org). Visitado em 8.10.2018).

<sup>850</sup> Apólice Z, p. 24-25. A redação das cláusulas nas apólices X e Y é muito similar. Em inglês: “With respect to the defence costs and any joint settlement of any claim [...] the company and the insureds and the Insurer agree to use their best efforts to determine a fair and proper allocation of the amounts as between the company and the insureds and the insurer.” (O texto corresponde à apólice da seguradora norte-americana National Union 47353 - 8/88).

<sup>851</sup> PAOLINI, Adolfo. NAMBISAN, Deepak. *Directors' and officers' liability insurance*. London: Informa, 2008. p. 165. Em tradução nossa: “Isto é, claro, em grande parte uma cláusula reveladora de uma aspiração (e, talvez, otimista mesmo). E não necessariamente de fácil aplicação.” A cláusula objeto do comentário do autor

Suponha-se uma demanda proposta contra diversos administradores, alguns segurados, outros não, além da sociedade. Todos os administradores, frise-se, segurados e não segurados, contribuíram para a tomada da decisão de maneira desigual: alguns se informaram mais, fiscalizaram mais; outros cuidaram da divulgação dos fatos ao mercado. A sociedade, porque é representada por todos esses diretores, também foi demandada. Com sobriedade, tem-se que a cláusula de melhores esforços é incapaz de resolver hipóteses como a ora reportada que, em matéria de seguro *D&O*, são bastante comuns. Antes de propor critérios objetivos, que sejam capazes de buscar a solução para esses problemas de alocação, convém analisar, detalhadamente, a operacionalidade de cada uma das coberturas A, B e C.

### 3.3.3.1. Cobertura A

A cobertura que mais importa aos administradores é a A.<sup>852</sup> A fim de que não seja necessário atravessar um caminho que passe por dentro da sociedade tomadora para obter os recursos necessários ao custeio de sua defesa e, posteriormente, da indenização, o administrador possui, por meio da cobertura A, a via direta para com a seguradora.

---

contém a seguinte redação: “With respect to Costs and Expenses and any joint settlement, the Company and the Directors and Officers and Underwriters agree to use their best efforts to determine a fair and proper allocation of the amount as between the Company and the Directors and Officers and Underwriters.” (Section (6)(g) of Lloyd’s form LSW 73).

<sup>852</sup> Não é sem motivo que o contrato se chama *D&O insurance*: “At some point, D&O insurance was introduced with only Side A coverage for the purpose of offering directors and officers protection against the risk of personal liability. The insurance is called ‘Directors’ and Officers’ Liability Insurance’ for good reason. The protection of the company was added later to the cover provided by the D&O insurance policy (Side B and Side C). That is another type of coverage, for another insured party, for other situations. That is why it is preferable to make a division between the cover of the director - for whom the D&O insurance was originally intended - and the cover of the company against shareholders’ claims - against which risk it is difficult to obtain protection beyond the D&O insurance policy.” (WETERINGS, Wim. *Possible conflicts of interest with D&O insurance in event of shareholders’ class actions*. In *European Insurance Law Review*. cit. p. 27). Bob Bregman e Sean Jordan reforçam a importância da cobertura A para os administradores; a cobertura B, inclusive, nem mesmo precisaria ser contratada: “Finally, although rarely, Side A policies can be written as primary coverage, leaving the Side B exposure self-insured. The rationale for this approach is that only Coverage A is truly necessary to protect the directors and officers. This is because the coverage afforded by Coverage B (corporate reimbursement) can be self-insured by the corporate organization (in theory, at least), whereas the coverage offered by Coverage A cannot, since it applies only to claims for which the organization is not legally obligated or is financially unable to provide indemnification.” (BREGMAN, Bob e JORDAN, Sean. *20 ways to improve directors and officers liability coverage or practices*. In *IRMI D&O compass*. March 2017. Disponível em <https://www.irmi.com/free-newsletters/d-o-compass/>, visitado em 7.9.2017. p. 3)

Curiosamente, a origem das coberturas A e B é comum. Decorre de dois formulários distintos elaborados pelo *Lloyd's* em 1976, o primeiro atinente à cobertura A e o segundo à cobertura B. Considerando os valores habitualmente despendidos pelas sociedades para custear defesas e indenizações devidas por seus administradores, afigurava-se sobretudo lógico criar também a cobertura B.<sup>853</sup>

No Brasil, os contratos de seguro *D&O* apresentam as coberturas A e B como parte integrante da garantia básica, ao passo que a C é contratada de maneira facultativa por meio de cláusula particular.<sup>854</sup> Muito embora os destinatários das três coberturas sejam diferentes – como se observou, a A voltada para os administradores, B e C voltadas à sociedade tomadora – as seguradoras vendem as suas apólices contemplando as A e B sempre em conjunto.

No exterior, embora também seja possível contratar as coberturas A e B com a mesma seguradora, observa-se, adicionalmente, uma sistemática muito diferente e consideravelmente mais ampla do que a existente no Brasil. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, é comum observar a contratação da garantia A com uma seguradora e a B (e possivelmente também a C) com outra seguradora.<sup>855</sup>

A contratação com seguradoras distintas tem o efeito prático de evitar ao máximo os conflitos de interesses entre administradores e a sociedade, cujos interesses nem sempre serão convergentes (*e.g.* o administrador, cômico de sua reputação, não deseja transigir em hipótese alguma; a sociedade, receosa de que o caso será julgado desfavoravelmente, quer transigir). As coberturas A e B, se contratadas através da mesma apólice e com a mesma seguradora, estariam em rota de colisão considerando a hipótese relatada.

<sup>853</sup> “Most policies derive from one of two Lloyd's standard forms, the more modern version being ‘Lydando n.º. 1’, which was issued in 1976. In today’s restrictive market, the form is undergoing constant revision. Directors’ and officers’ liability insurance typically affords protection to the company’s directors and officers for a ‘wrongful act’ which arises from their conduct in their capacities as directors and officers of the company. A second form, commonly available and known as ‘company reimbursement’ coverage, repays to the corporation sums paid to indemnify its officers and directors.” (MALLEEN, Ronald E. EVANS, David W. *Surviving the directors’ and officers’ liability crisis: insurance and the alternatives*. In *Delaware Journal of Corporate Law*. n. 2, v. 2. 1987, p. 444. Disponível em [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org). Visitado em 16.4.2017).

<sup>854</sup> As apólices X, Y e Z se apresentam desta maneira. Nos Estados Unidos da América, o mesmo padrão é também disponibilizado, muito embora lá haja diversos outros arranjos para concluir a contratação das apólices: “In most D&O insurance policies, both Side A and Side B are covered as standard. Further, the option exists of expanding the D&O insurance with Side C coverage. This corporate entity cover protects the company against claims that are brought directly against the company itself. The coverage is often limited to so-called securities claims, mostly defined as claims by securities holder of the corporate policyholder”. (WETERINGS, Wim. *Possible conflicts of interest with D&O insurance in event of shareholders’ class actions*. In *European Insurance Law Review*. n.º. 3/2013. Disponível em [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org). Visitado em 8.10.2018. p. 26)

<sup>855</sup> “In addition, a choice can be made to make a (greater) division between the Side A and Side C coverage within the D&O insurance policy or to take out a separate Side A policy altogether.” (WETERINGS, Wim. *Possible conflicts of interest with D&O insurance in event of shareholders’ class actions*. *Ibid.* p. 23).

A contratação das coberturas A e B em seguradoras diferentes atende a outro propósito, para além de evitar os conflitos de interesses. Nos Estados Unidos da América, onde as ações coletivas proposta contra administradores e companhias representam perdas e danos elevadíssimos, os administradores encontram-se premidos pela necessidade de buscar reforços de cobertura A, justamente para que não fiquem na dependência da cobertura B que, como se sabe, também poderá estar sendo consumida.

É nesse contexto que as coberturas A *DIC* – *difference in conditions policies* ganham espaço relevante, doravante, a cobertura A *DIC*.<sup>856</sup> A cobertura A *DIC* não é oferecida como parte de um conjunto de outras coberturas, como se observa no Brasil. Ela deve ser considerada como uma cobertura própria, um aditivo à apólice de seguro *D&O* primitiva.<sup>857</sup>

Originalmente, a contratação da cobertura A em separado era observada em raras situações; apenas conselheiros externos, extremamente cautelosos e preocupados com a possibilidade de que as companhias na quais trabalhavam ficassem insolventes e, assim, não mais pudessem custear as suas defesas, é que as contratavam. Recentemente, a procura pela cobertura A *DIC* tem sido muito maior, tornando-se habitual. A finalidade perseguida pelos administradores vai muito além da contratação de um seguro em excesso à primeira camada de cobertura (*layer*),<sup>858</sup> propiciada pela apólice primitiva. Busca-se por meio da cobertura A

---

<sup>856</sup> “*DIC - difference in conditions policies*: A policy designed to broaden coverage by providing additional limits of coverage for specific perils when standard markets won't provide adequate limits of coverage, providing coverage for perils that are excluded on standard coverage forms, or supplementing international policies that are written by admitted insurers in the applicable foreign countries”. (Fonte: <https://www.irmi.com/term/insurance-definitions/difference-in-conditions-insurance>, visitado em 20.11.2018).

<sup>857</sup> “Side A Only DIC is not offered as part of a blended suite of products, but rather as something to be considered as an adjunct to a traditional D&O policy.” (MONTELEONE, Joseph P. *Directors and officers liability. Exposures, risks management and coverage*. 2 ed. Erlanger: The National Underwriter Company, 2013. p. 175).

<sup>858</sup> Em grandes riscos é comum a contratação de seguros em diferentes camadas (*layers*) de coberturas. A primeira camada responde por perdas de, suponha-se, 1 até 100; a segunda camada, de 101 até 200; a terceira, 201 a 300. Trata-se de contratos de seguros que se superpõem uns aos outros. Quanto maior a camada, mais dificilmente será consumida. As contratações em múltiplas camadas são chamadas de torres de seguro – *insurance towers*. Para evitar divergências entre as seguradoras que compõe a torre, é comum a utilização da cláusula *follow form* ou *leading underwriting form*, por meio da qual as seguradoras obrigam-se a acompanhar a decisão da seguradora responsável pela primeira camada. A propósito, os esclarecimentos de Tom Baker e Sean Griffith: “As a result of these constraints, corporations must purchase several D&O policies in order to reach the aggregate amount of insurance they desire. D&O insurance packages are thus said to come in “towers” -that is, separate layers of insurance policies stacked to reach a desired total amount of coverage. The bottom layer of a D&O tower is called the “primary policy,” and the insurance company offering that policy is referred to as the “primary insurer.” Primary insurers have the closest relationship with the policyholder. Because the primary insurer's policy is the first to respond to a covered loss and therefore is the most likely to incur a payment obligation, the primary insurer charges a higher premium than those higher up in the tower of coverage. The market for primary insurance is dominated by a small number of companies, most significantly AIG and Chubb.”

*DIC* suprir toda e qualquer deficiência relacionada à apólice primitiva, seja quanto a exclusões de cobertura, seja quanto à possível extrapolação de limites de capital segurado etc.<sup>859</sup>

Analisando a rica experiência norte-americana, Joseph P. Monteleone considera alguns motivos à contratação da cobertura *A DIC*: (i) a cobertura será eficaz quando a tomadora estiver insolvente; (ii) para muito além das hipóteses em que houver insolvência da tomadora, a cobertura *A DIC* também será importante no contexto das ações derivativas propostas por acionistas em razão de restrições legais ao ressarcimento das quantias despendidas pelos administradores junto às sociedades tomadoras; (iii) para todas as situações nas quais a apólice primitiva falhar, a cobertura *A DIC* será o ‘porto seguro’ para o administrador – *e.g.* denúncia da apólice original, negativa pela seguradora emissora da mesma, aplicabilidade de determinadas cláusulas delimitadoras de risco, entre outras.<sup>860</sup>

Não se observa no Brasil nada que se aproxime do formato apresentado nos Estados Unidos da América, sobretudo quanto à cobertura *A DIC* e, legalmente, não há obstáculos para tanto. Por meio da Circular SUSEP nº. 553, de 23.5.2017, restou autorizada a contratação do seguro *D&O* por pessoas físicas, mas, consoante anotado anteriormente, apenas uma seguradora aprovou o clausulado respectivo. É fato que entre vender o seguro *D&O* para pessoas físicas e introduzir no mercado brasileiro cultura muito mais arrojada do que a aqui

Excess insurers—those higher up in the tower—become responsible for covered losses on a layer-by-layer basis as the limits of each underlying policy become exhausted by loss payments." Excess policies typically are sold on a "following form" basis, meaning that the contract terms (other than limits and price) in the excess policy are the same as those in the underlying policy. Because all excess policies are less likely to respond to a covered loss than the primary policy and each successive layer of excess insurance is less likely to respond to a claim than the layer immediately beneath it, the premiums associated with excess policies are lower the higher the policy is situated in the tower of coverage. As a result, the total premium that a corporate insured pays for its D&O coverage will be a blended amount of several distinct premiums paid to separate insurance companies. The higher the limits a corporation buys, the more companies that are likely to make up the tower of coverage." (BAKER, Tom. GRIFFITH, Sean J. *Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' & Officers' Liability Insurance Market*. In *The University of Chicago Law Review*. nº. 74. 2007. p. 504-505. Disponível em [http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty\\_scholarship/52](http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/52), acessado em 28.3.2017).

<sup>859</sup> Ibid. p. 176. "There are many primary Side A only DIC policy forms in the market today, and many insurers will additionally write this coverage on an excess only basis. Most of these policies are typically ‘follow form’ and DIC (i.e., except for a few independent terms, conditions and endorsements, these policies essentially incorporate the primary policy into theirs). Where there is a conflict in terms or the underlying coverage has a restriction that the Side A only does not, the Side A will apply on a Difference in Conditions (DIC) basis by becoming broader than the underlying with respect to the conflicting or nonfollowed provision. In these situations, the Side A, by virtue of its DIC provision, may actually drop down to provide the primary coverage for a claim otherwise excluded in the underlying insurance." (MONTELEONE, Joseph P. *Directors and officers liability. Exposures, risks management and coverage*. Op. cit. p. 176).

<sup>860</sup> Ibid. p. 178.

existente há uma distância considerável. O órgão regulador deu um passo; cabe agora ao mercado dar os seus passos.<sup>861</sup>

### 3.3.3.2. Cobertura B - aproximação com os contratos de indenidade

A cobertura B, também conhecida por *corporate reimbursement*, trata-se do reembolso obtido pela sociedade com a seguradora, em razão das quantias despendidas para custeio da defesa e/ou pagamento de indenização devidas pelos administradores.<sup>862</sup>

As apólices brasileiras não fazem qualquer espécie de distinção no tocante aos capitais segurados, no sentido de separá-los para as coberturas A e B. O limite da apólice é uno e contempla todas as coberturas disponíveis, A e B e, mediante contratação através de cláusula particular, a cobertura C também. Reitera-se, por oportuno, a crítica apresentada no item anterior considerando que os interesses legítimos tutelados são diferentes, motivo pelo qual deveria haver uma separação no referido limite global da apólice para cobertura A e outro para B e C. Como se observou, para os administradores o ideal seria contratar a cobertura A com uma seguradora, deixando B e C – as coberturas destinadas à sociedade tomadora – para outra seguradora.

Atentando à cobertura B e observando que a mesma tem por fim reembolsar os valores despendidos pela sociedade com o custeio da defesa e indenização devidos por seus administradores, cumpre referir ao chamado acordo ou contrato de indenidade, doravante, contrato de indenidade, a ser firmado pelas sociedades com os seus administradores a fim de

---

<sup>861</sup> A contratação do seguro *D&O* por pessoa física foi abordada no item 1.7, fls. 329 et seq. Para que não se afirme que as inovações norte-americanas são boas, mas, inaplicáveis à realidade brasileira, considerando as notáveis diferenças entre os dois mercados, vale verificar que no Chile também se propõe a contratação das coberturas A e C com seguradoras diferentes: “El problema surge en el evento que la empresa es demandada, separadamente o solidariamente con sus directores y ejecutivos, en consecuencia la suma asegurada es reducida o dividida para pagar prioritariamente la reclamación en contra de la empresa. Como hemos mencionado antes, una forma de protegerse contra esta circunstancia es contratar una póliza independiente para los directores y ejecutivos.” (WIGODSKI, Teodoro. GAITAN PEÑA, Hector H. *Seguro de responsabilidad de directores y ejecutivos para el buen gobierno corporativo*. Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas. Escuela de postgrado. 2005. p. 17).

<sup>862</sup> À diferença da cobertura A, na cobertura B se aplica franquia. Nesse sentido as apólices X, Y e Z são iguais.

indenizá-los das possíveis perdas que experimentarem em razão do exercício de atos regulares de gestão.

O contrato de indenidade foi qualificado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) como uma espécie complementar de indenização, ladeada pelo contrato de seguro *D&O*, disponibilizado no âmbito da administração das companhias. Cumpre mencionar os principais esclarecimentos prestados pela Superintendência de Relações com Mercados e Intermediários daquela autarquia, objeto do relatório nº 83/2016-CVM/SEP/GEA-3,<sup>863</sup> de 14.11.2016:

Primeiramente, o contrato deve ser submetido à deliberação em assembleia geral, na qual administradores que sejam também acionistas devem se abster de votar.

Quanto aos limites financeiros e temporais do contrato, ele próprio deve preestabelecer um valor máximo global a ser indenizado e um período de cobertura. Devem ser distinguidas, de um lado, (i) despesas processuais, honorários advocatícios e outras restrições patrimoniais como bloqueio de bens pessoais; e, de outro lado, (ii) decisões definitivas condenatórias.

Despesas processuais e similares podem ser custeadas pela Companhia, desde que não estejam presentes hipóteses como: (i) o administrador confessar sua conduta ilícita; (ii) houver a prática comprovada de má fé por parte do administrador; (iii) o ato do administrador seja tipificado como crime; ou (iv) o ato do administrador gere prejuízos à Companhia ou a terceiros, na forma do artigo 158 da Lei nº 6.404/76, por meio de violação de lei, estatuto, ou ainda, se dentro de suas atribuições agir comprovadamente com dolo ou culpa grave. Já os pagamentos resultantes de condenações impostas aos administradores não devem ser ressarcidos nem mesmo caso os atos que tenham causado tais pagamentos venham a ser considerados atos regulares de gestão. Tal prática configuraria ato de liberalidade em favor do administrador.

Adicionalmente, um compromisso de indenidade tampouco pode alcançar acordos com autoridades governamentais, regulatórias, legislativas, judiciais ou administrativas.

Isso porque tais acordos podem interromper a apuração de fatos ou obstar um eventual reconhecimento de que situações configuram “comprovada má-fé”, “culpa grave ou dolo” etc., situações que podem afastar definitivamente qualquer obrigação da Companhia no âmbito de tal contrato.

Demais acordos, em processos movidos por acionistas, por exemplo, podem ser custeados pela Companhia, desde que haja uma avaliação de que os atos dos administradores envolvidos foram atos regulares de gestão.

É recomendável que essa avaliação envolva a participação de um terceiro independente, cujo critério de seleção seja predefinido no contrato, desde que a manifestação deste terceiro contenha declaração de que: (i) os fatos apurados são suficientes para uma avaliação conclusiva; e (ii) não há expectativa razoável de que novos fatos sobre a questão em análise possam ser identificados.

A preocupação é que, por força da presunção geral de boa-fé e inocência, associada a uma apuração insuficiente dos fatos, a Companhia seja levada a custear valores que não deveria e, a rigor, nem poderia suportar.

No que tange a decisões que devam ser tomadas pela Companhia, não poderá evidentemente haver participação do próprio pleiteante da indenização, mas também

---

<sup>863</sup> O relatório, em sua íntegra, pode ser consultado em [http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/2016/20161011/0293\\_SEP.pdf](http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/2016/20161011/0293_SEP.pdf). Visitado em 21.11.2018.



de outros administradores que estejam envolvidos na mesma demanda que tenha dado origem ao pedido de indenização. Isso porque eventuais aprovações “cruzadas” de um administrador em favor de outro infringiriam o art. 156 da Lei 6.404/76. Ademais, o referido instrumento de indenidade não deve ser utilizado em benefício dos administradores, nem mesmo no que tange a despesas processuais, honorários advocatícios etc., no contexto de ações movidas pela companhia contra estes administradores, por quebra do dever fiduciário, nos termos do art. 159 da Lei 6.404/76.<sup>864</sup>

Cerca de dois anos mais tarde veio à baila o parecer de orientação CVM nº. 38, de 25.9.2018, em virtude de dúvidas suscitadas pelo mercado quanto à utilização do contrato de indenidade. Em conformidade com o documento, no contrato de indenidade “*a companhia assume parte do risco financeiro individual do administrador, relativo à investigação, acusação ou responsabilização da qual seja alvo, observados os termos e condições fixados no contrato*”.<sup>865</sup>

Na seção dedicada aos atos passíveis de indenização, o parecer esclarece que as despesas decorrentes de atos dos administradores praticados fora do exercício de suas atribuições, com má-fé, culpa grave ou mediante fraude, ou ainda, em interesse próprio ou de terceiros, em prejuízo ao interesse da companhia, não poderão ser objeto dos contratos de indenidade.

No que se refere aos valores em si, o documento preconiza a razoabilidade das quantias envolvidas, assim como todas as informações necessárias e disponíveis no momento do requerimento para avaliar a adequação da concessão.

Uma anotação importante diz respeito à deliberação em assembleia para a aprovação do pagamento de indenidade nas seguintes circunstâncias:

(i) mais da metade dos administradores sejam beneficiários diretos da deliberação sobre o dispêndio de recursos; (ii) houver divergência de entendimento sobre o enquadramento do ato do administrador como passível de indenização; ou (iii) a exposição financeira da companhia se mostre significativa, considerando os valores envolvidos. (p. 3)

Analisando os condicionantes divulgados pela CVM, é possível apontar semelhanças e diferenças entre o contrato de indenidade e o seguro *D&O*. Iniciando pelas semelhanças, parece bem claro que ambos se apresentam como mecanismos de proteção financeira

<sup>864</sup> Comissão de Valores Mobiliários. Relatório nº 83/2016-CVM/SEP/GEA-3, de 14.11.2016. p. 6-7.

<sup>865</sup> Parecer de orientação CVM nº. 38, de 25.9.2018, p. 1. O documento, em sua íntegra, pode ser consultado em [http://www.imprensanacional.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/42373934/do1-2018-09-26-parecer-de-orientacao-cvm-n-38-de-25-de-setembro-de-2018-42373791](http://www.imprensanacional.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/42373934/do1-2018-09-26-parecer-de-orientacao-cvm-n-38-de-25-de-setembro-de-2018-42373791), visitado em 21.8.2018.

disponibilizados aos administradores.<sup>866</sup> Os contratos de indenidade não poderão tutelar atos dos administradores praticados fora do exercício de suas atribuições, com má-fé, culpa grave ou mediante fraude, ou ainda, em interesse próprio ou de terceiros, em prejuízo ao interesse da companhia.<sup>867</sup> Observa-se, aqui, uma harmonia quanto ao escopo de cobertura do seguro *D&O*, à exceção da culpa grave, que merecerá consideração própria posteriormente.<sup>868</sup>

O parecer de orientação também determina que deverá haver uma separação de verbas destinadas ao custeio da defesa daquelas empregadas com a indenização a terceiros em si; o seguro *D&O* também opera essa distinção nas duas garantias principais oferecidas – custo de defesa e indenização, muito embora o limite máximo de indenização seja comum a ambas. Com relação à indenização, os dois institutos se distinguem: o contrato de indenidade é restritivo – *“Ademais, o referido instrumento de indenidade não deve ser utilizado em benefício dos administradores, nem mesmo no que tange a despesas processuais, honorários advocatícios etc., no contexto de ações movidas pela companhia contra estes administradores, por quebra do dever fiduciário, nos termos do art. 159 da Lei 6.404/76”*;

---

<sup>866</sup> A título ilustrativo, vale dizer que a Comissão de Valores Mobiliários de Portugal - CVMM – é favorável à implementação cada vez maior do seguro *D&O*: “E neste quadro de escassa responsabilização judicial dos administradores que a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) considerou relevante estimular os seguros de responsabilidade dos administradores (*D&O Insurance*). [...] Não deixa de ser relevante que a CMVM tenha proposto a introdução simultânea no ordenamento jurídico português do binómio *business judgment rule/D&O Insurance*. Sendo institutos distintos, aproximam-se na circunstância de se encontrarem intrinsecamente ligados à gestão das sociedades e de convergirem numa certa protecção dos administradores contra a responsabilização pessoal. A ambos subjaz o pensamento de que é vantajoso para a sociedade administrada e para a competitividade da economia em geral o exercício em termos protegidos da discricionariedade dos administradores.” (PÉREZ CARRILLO, Elena F. RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Responsabilidade civil e seguro dos administradores. Reflexões em torno das experiências portuguesa e espanhola*. In *Boletim da faculdade de direito da Universidade de Coimbra*. nº. 82. 2006, p. 294-297. Disponível em [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org), visitado em 11.9.2017). No mesmo sentido: VASCONCELOS, Pedro Pais de. *D&O Insurance: O seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*. Lisboa: Almedina, 2007. p. 26-27.

<sup>867</sup> Da mesma maneira nos Estados Unidos da América: “Según el MBCA, las exoneraciones de responsabilidad no pueden aplicarse cuando el administrador en cuestión ha recibido beneficios financieros a los cuales no tenía derecho, cuando ha causado daños intencionados a la sociedad o a sus accionistas, o ha repartido dividendos ilegalmente, o se ha producido una violación intencional de la Ley. - MBCA, art. 2002 (b)(4)(1999).” (PÉREZ CARRILLO, Elena F. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales. El seguro D&O en EEUU*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 37). O mesmo raciocínio se aplica à conduta dolosa, não elegível aos contratos de indenidade, tampouco ao seguro *D&O*: “Pretty clearly a corporation cannot indemnify or insure a director against the penal consequences-fines and prison terms-of deliberate wrongdoing, such as a flagrant, intentional violation of the antitrust laws, or a willful violation of the anti-fraud provisions of the Securities Act, done within the scope of his duty to the company.” (BISHOP, Joseph W. *New cure for an old ailment: insurance against directors' and officers' liability*. In *The business lawyer*. November 1966, p. 107)

<sup>868</sup> A equiparação da culpa grave ao dolo, habitual em sede de responsabilidade civil, merece contornos próprios em matéria de responsabilidade do administrador e, ainda mais, no seguro *D&O*. No item relacionado às exclusões esse tema será enfrentado - fls. 422 et seq.

mediante contratação de cobertura particular para perdas havidas pela tomadora, o seguro *D&O* poderá cobrir essa parcela.<sup>869</sup>

A principal diferença entre os dois instrumentos decorre da titularidade daquele que responde pelo pagamento. No contrato de indenidade, é a própria companhia que paga; no seguro *D&O*, o pagamento correrá por conta da seguradora. O processo de aprovação de um pagamento no contrato de indenidade poderá ser burocrático e, ao submetê-lo à aprovação assemblear, gerará exposição dos administradores. No seguro *D&O* não haverá esse inconveniente, tampouco aprovações cruzadas por administradores etc.

Nos esclarecimentos prestados pela Superintendência de Relações com Mercados e Intermediários consignou-se que “*um compromisso de indenidade tampouco pode alcançar acordos com autoridades governamentais, regulatórias, legislativas, judiciais ou administrativas*”, ao argumento de que a apuração dos fatos ou eventual reconhecimento de culpa restaria obstado. É comum observar nas apólices de seguro *D&O* cobertura para os custos de defesa relativos a acordos firmados com autoridades as mais diversas, desde que, por óbvio, não se estejam tutelando condutas deliberadas (dolosas) por parte dos administradores.

A sequência do documento diz respeito às ações propostas por minoritários, passíveis de cobertura pelo contrato de indenidade, mas com uma condição: que a conduta do administrador causante das perdas e danos reclamados seja classificada como um ato regulador de gestão. Sugere-se, nos esclarecimentos, que a análise quanto à classificação seja realizada por um terceiro. Ora, como se observou no capítulo 2, o seguro *D&O* naturalmente cobre as consequências decorrentes do ato regular de gestão, mas também cobre, em alguma medida, as derivadas do ato irregular de gestão (exceção-se, como se afirmou, a conduta dolosa). Tampouco se observa no seguro *D&O* a nomeação de um terceiro para analisar a regularidade ou não da conduta.

O tema ‘contrato de indenidade *vis à vis* seguro *D&O*’ é novo no Brasil, no entanto, é bastante conhecido nos Estados Unidos da América, onde há fieis defensores dos dois institutos, cada qual apontando as suas qualidades.<sup>870</sup>

---

<sup>869</sup> A cobertura para a própria sociedade tomadora motivou a consideração de que o seguro *D&O* vai além de um seguro de responsabilidade civil. Item 1.5, fls. 324-327.

<sup>870</sup> William Caraccio entende que o seguro *D&O* é mais amplo (e, portanto, melhor) do que o contrato de indenidade: “First, unlike insurance, indemnification contracts can confer protection only to the extent of corporate assets. Second, while *D&O* insurance may cover judgments and settlements in certain securities-fraud

As leis, naquele país, são elaboradas a nível estadual, havendo variações de Estado para Estado. Os contratos de indenidade são objeto de restrição decorrente de regras morais e de ordem pública (*public policy*), ao argumento de que os administradores devem pagar, pessoalmente, pelas consequências de seus atos. A SEC, no âmbito dos litígios relacionados a valores mobiliários, é restritiva quanto à possibilidade de utilização dos contratos de indenidade em favor dos administradores.<sup>871</sup>

Nesse contexto, o seguro *D&O* se aparta dos contratos de indenidade, figurando como instrumento capaz de gerar a proteção financeira de que os administradores necessitam.

A CVM, segundo se depreende de suas manifestações, não é tão restritiva quanto a SEC. Ações judiciais que discutam valores mobiliários poderão ser contempladas pelos

and negligence actions, the Securities Exchange Commission rules and many state statutes prohibit corporate indemnification of those amounts in derivative suits. Finally, the dearth of cases interpreting these contracts renders the likelihood and extent of their enforcement speculative.” (CARACCIO, L. William. *Void Ab Initio: Application Fraud as Grounds for Avoiding Directors' and Officers' Liability Insurance Coverage*. 74 California Law Review n.º. 929. 1986, p. 946. Available at:

<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol74/iss3/12>, visitado em 15.10.2018). Maria Elisabete Gomes Ramos concorda com W. Caraccio: “O seguro confere uma protecção mais extensa do que a permitida pela *corporate indemnification* nas situações em que o reembolso societário é proibido e não há razões de *public policy* que obstem à estipulação do seguro. Será o caso das condenações e transacções decididas nas *derivative actions* que, não podendo ser objecto de reembolso societário, podem ser cobertas pelo *D&O insurance*. [...] Um segundo caso de discrepante protecção conferida pela *corporate indemnification* e *D&O insurance* situa-se no universo do direito federal dos valores mobiliários. A autoridade federal para os valores mobiliários (SEC) determinou que a prestação de *corporate indemnification* é, no contexto do *Securities Act*, contrária à *public policy*. No entendimento da SEC, a manutenção do *D&O insurance* não é proibida pela *public policy*, mas deve ser divulgada.” (RAMOS, Maria Elisabete Gomes Ramos. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 269-270). Fazendo o contraponto, Donald Pease afirma que o contrato de indenidade é consideravelmente melhor do que o seguro *D&O*: “Indemnification provided in statutes and corporate bylaws offers significant protection for directors, particularly outside directors. Indeed, it affords more protection to directors than *D&O insurance*. A well-known commentator on corporation law stated that ‘compared to indemnification, *D&O insurance* protection is second best by a large margin.’” (PEASE, Donald E. *Outside directors: Their importance to the corporation and protection from liability*. In *Delaware Journal of Corporate Law*. v. 12. 1987, p. 71. Disponível em Hein on line p. 71). O texto referido pelo D. Pease é HERZEL. *The Crisis in D&O Insurance and Proposed Legislation Concerning Corporate Indemnification Liability Caps and Higher Standards for Liability in Derivative Suits*. In *Ali Aba Video Law Review Study. Protecting Directors and officers in an era of uncertain D&O liability insurance* 99, 101 (1986).

<sup>871</sup> A origem das restrições aos contratos de indenidade nos Estados Unidos da América é antiga; remonta ao ano de 1939, quando uma Corte Estadual em Nova Iorque decidiu que uma companhia não podia ressarcir os seus administradores por custos legais havidos na demanda: “Directors in earlier times could rely on corporate indemnification to shield them from actions brought by unruly stockholders. In modern practice, however, indemnification itself has fueled the present interest in *D&O insurance*. Fifty years ago, no one would have questioned a corporation's right to indemnify its directors and officers involved in corporate litigation. In 1939, however, a New York state court in *New York Dock Co. v. McCollom* unexpectedly ruled that a corporation could not indemnify its directors for legal expenses, even though they had successfully resisted a stockholders' derivative suit. [...] Such statutes place a heavy public-policy burden on the courts, because corporate indemnification provisions may collide with established legal principles: No one may profit from his own wrongdoing; no one may insure himself against intentional or criminal misconduct.” (BISCEGLIA, Julie. Op. cit. p. 695-697).

acordos de indenidade. A restrição, como se observou, toca nas ações de responsabilidade do administrador de que trata o art. 159, da Lei nº. 6.404, de 15.12.1976, ademais das outras restrições e condicionantes mencionados: classificação da conduta do administrador como ato regular de gestão, em conformidade com os poderes conferidos pelo estatuto social, que seja no interesse da sociedade, não evitada de má-fé, entre outros.

A fim de que o administrador disponha da proteção financeira mais sólida possível, a utilização dos dois institutos vem a calhar.

### 3.3.3.3. Cobertura C

A cobertura C surgiu em meados dos anos 90, como uma reação das sociedades diante da exposição a que elas próprias se encontravam submetidas, como consequência das condutas dos seus administradores.<sup>872</sup> Para além da exposição, a questão concernente à alocação também se apresentava complexa. Numa possível demanda proposta contra administradores segurados e a sociedade tomadora que, à época, não figurava como segurada, como distribuir os riscos de cada qual de maneira correta?<sup>873</sup>

Como se observou no capítulo 1, no item relacionado à causa do seguro *D&O* – especialmente, o seu interesse legítimo - a cobertura C é comumente vinculada a reclamações cujo pano de fundo seja a discussão sobre valores mobiliários. *E.g.*, minoritários questionam em juízo a desvalorização das ações da companhia, arrolando no polo passivo respectivo tanto os administradores quanto a sociedade.<sup>874</sup>

A inovação que se deseja apresentar decorre de um possível alargamento da cobertura C, para reclamações mais amplas do que a temática referida, vincada ao mercado de valores mobiliários. No Brasil, não há nada nesse sentido; no exterior, há alguma doutrina que já se debruçou sobre a novel possibilidade. Principalmente considerando as sociedades não

<sup>872</sup> A primeira apólice nos EUA a oferecer a *side C* foi emitida pela National Union Fire Insurance of Pittsburgh, 1993. (PÉREZ CARRILLO, Elena F. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales. El seguro D&O en EEUU*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 196).

<sup>873</sup> Miguel Blanco refere ao problema de alocação como o motivo para o surgimento da cobertura C. (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2005. p. 61).

<sup>874</sup> A cobertura C restrita a questões do mercado de valores mobiliários é comum no Brasil e no exterior. As apólices X, Y e Z se apresentam exatamente dessa maneira.

cotizadas, observa-se um espaço fecundo ao desenvolvimento dessa forma mais robusta da cobertura C.<sup>875</sup>

#### 3.3.3.4. Critérios para a solução de problemas de alocação

O exame funcional das coberturas A, B e C permite observar que os diferentes interesses legítimos tutelados poderão ensejar conflitos os mais variados.<sup>876</sup> Dois casos, particularmente, foram importantes no sentido de estimular o desenvolvimento de critérios minimamente seguros a fim de resolver os problemas que se apresentaram. São eles: 1) *Pepsico, Inc. v. Continental Casualty*<sup>877</sup> e 2) *Nordstrom Inc. v. Chubb & Son Inc.*<sup>878</sup>

O primeiro caso - *Pepsico, Inc. v. Continental Casualty* – dá conta de que, em razão de violação a uma norma da SEC, que consistiu na apresentação de informações contábeis falsas,

---

<sup>875</sup> “Under corporate D&O forms, entity coverage applies only to claims involving securities issued by the corporate entity. The most familiar claims to which entity coverage applies are shareholder class action suits alleging that management’s errors or omissions caused a drop in the corporation’s share price and ultimately a loss to the shareholders. In contrast, under D&O forms written for nonprofits and privately held organizations, entity coverage is truly that—the corporate entity is covered for all types of claims (unless excluded), including those involving securities issued by the organization. (Admittedly, the securities exposure is minimal for privately held firms and nonexistent for nonprofits.) The fact that the entity coverage within nonprofit and private company D&O forms is not restricted to securities-related claims creates a strong selling point for such policies. While there is no limit to the kinds of scenarios under which these entities could be named in a nonsecurities lawsuit, representative claims might include allegations that the entity did one of the following: - Breached a contract to supply or buy certain goods or services; - Used a preacquisition due diligence process as a ruse to gain information about a competitor; - Hired away several of a competitor’s key personnel, who then revealed their former employer’s trade secrets. While none of these types of claims against the company would be covered under the entity coverage found within a D&O policy written for a publicly held company, they would be covered by a policy written for a nonprofit or privately held company.” (BREGMAN, Bob e JORDAN, Sean. *20 ways to improve directors and officers liability coverage or practices*. In *IRMI D&O compass*. March 2017. Disponível em <https://www.irmi.com/free-newsletters/d-o-compass/>, visitado em 7.9.2017. p. 11). Na Alemanha, por exemplo, a cobertura C costuma contemplar as reclamações concernentes às práticas trabalhistas indevidas.

<sup>876</sup> A doutrina reconhece que os problemas relacionados à alocação são variados e, assim, fonte de litigiosidade severa. “Trata-se de uma das partes mais importantes do clausulado do contrato de seguro D&O, da qual emanam grande quantidade de litígios. (LACERDA, Maurício Andere Von Bruck. *O seguro dos administradores no Brasil. O D&O insurance brasileiro*. Curitiba: ed. Juruá, 2013. p. 169). Nos Estados Unidos da América, Julie Bisceglia afirma: “If, as frequently happens, a corporation and its directors are sued together, and if one lawyer or team of lawyers represents both, how are expenses allocated?” (BISCEGLIA, Julie J. *Practical aspects of directors' and Officers' liability insurance – allocating and advancing legal fees and the duty to defend*. In *UCLA Law Review*. v. 32: 690. 1985, p. 692. Disponível em [www.heinonline.com](http://www.heinonline.com), visitado em 8.10.2018).

<sup>877</sup> *Pepsico, Inc. v. Continental Casualty*. 640 F. Supp. 656 (SDNY, 1986). Informações detalhadas disponíveis em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/640/656/1452357/> visitado em 20.11.2018.

<sup>878</sup> *Nordstrom Inc. v. Chubb & Son Inc.* 54 F. 3 d 1424 (9<sup>th</sup> Circuit). Informações detalhadas disponíveis em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/820/530/1759581/>, visitado em 20.11.2018.

a Pepsico, seus diretores, conselheiros e o auditor externo responsável pela contabilidade da companhia, Sr. Arthur Young, foram processados conjuntamente (a acusação referia à responsabilidade solidária de todos) e, posteriormente, conseguiram formalizar um acordo com as autoridades norte-americanas. Ato contínuo, buscaram o ressarcimento integral das quantias pagas à SEC junto à sua seguradora, a Continental Casualty, cuja resposta foi negativa. Vale esclarecer que a Pepsico figurou apenas como tomadora, ou seja, não era segurada, e que Arthur Young, o auditor responsável pela contabilidade, tampouco era segurado.<sup>879</sup>

O fator determinante à propositura da ação judicial pela SEC foi a fraude contábil cometida pela Pepsico. As investigações conduzidas pelas autoridades revelaram a participação decisiva do auditor contábil externo, Arthur Young e, em paralelo, a inexistência de participação dos demais diretores e conselheiros também processados. Cumpre lembrar que enquanto que a Pepsico e Arthur Young não eram segurados, os demais diretores e conselheiros eram.

À luz desses fatos, a seguradora argumentou que os valores que compuseram o acordo firmado com a SEC, da ordem de US\$ 22 milhões, deveriam ser objeto da correta alocação, respeitando o quinhão segurado e o não segurado. A Pepsico, por sua vez, questionou a posição da seguradora aduzindo que não haveria como identificar, de forma individualizada, a responsabilidade de cada qual – isto é, o quinhão segurado e o não segurado.

O Tribunal entendeu pelo acerto da recusa, por considerar que a fraude contábil, de responsabilidade substancialmente imputável ao auditor externo, não segurado, é que ensejou a propositura da ação judicial pela SEC. Este caso deu origem à forma de alocação conhecida por *relative exposure allocation*,<sup>880</sup> isto é, à luz dos fatos que motivam a responsabilidade e o

---

<sup>879</sup> Com relação ao acordo realizado antes do consentimento formal da seguradora, os fatos relatados no processo noticiam que as partes anuíram com a possibilidade de que o acordo fosse realizado, sem que isto implicasse na perda do direito à recuperação dos montantes pagos pela Pepsico. O presente esclarecimento é importante na medida em que a conclusão de um acordo sem o consentimento da seguradora poderá privar o segurado do direito de haver a quantia despendida a esse propósito.

<sup>880</sup> Alguns trechos da decisão: “Continental contends that despite the unitary nature of the claims, the directors’ and officers’ risk of liability was minimal relative to the risk facing PepsiCo and Arthur Young. It contends that some allocation must be made among the defendants. Alternatively, Continental has amended its answer to include its demand that it be allowed to insist upon contribution from PepsiCo and Arthur Young as joint tortfeasors. According to Continental, it would be unfair that PepsiCo and Arthur Young, neither of which are insured by Continental, should “free ride” on the directors and officers insurance policy. The policy clearly provides that it covers only the directors and officers of PepsiCo, not the corporation and not its accounting firm. See Policy I.(a), I.(b), Ex. 1 to Rolfe Affidavit. The

consequente acionamento do seguro, analisa-se a exposição do quinhão imputável à ‘porção’ segurada e à ‘porção’ não segurada.

No segundo caso - *Nordstrom Inc. v. Chubb & Son Inc* – a autora da ação contra a seguradora – Nordstrom, conjuntamente com seus conselheiros e diretores – foi processada em ações coletivas nos âmbitos estadual e federal, posteriormente consolidadas numa ação coletiva federal. A principal acusação dirigida contra a companhia e seus administradores referiu-se ao fato de que os seus administradores deixaram de divulgar ao público informações concernentes a práticas trabalhistas indevidas e consequente responsabilidade civil. A não divulgação teria sobrevalorizado a cotação do valor das ações da empresa na bolsa de valores.

A ação coletiva foi finalizada por acordo no valor de US\$ 7,5 milhões, bem abaixo dos US\$ 25 milhões correspondentes ao capital segurado. A seguradora, por entender que deveria alocar o montante total correspondente ao acordo segundo uma ordem de 50% para a companhia tomadora (Nordstrom), frise-se, não segurada, e os 50% remanescentes aos administradores segurados, pagou a metade dos US\$ 7,5 milhões e, na mesma proporção, metade dos custos de defesa despendidos, equivalentes a US\$ 1 milhão, aproximadamente. (US\$ 3,25 milhões, mais US\$ 500 mil, à conta da seguradora).

---

policy provides for payments to PepsiCo only for the amount it indemnifies the defendant directors and officers. Our Court of Appeals, applying New York law, has permitted insurance companies the right to apportion payments on a lump sum settlement according to who was or was not insured. [...] Continental has now made clear that it finds the settlement is reasonable as a whole. It objects, however, that the amount is unreasonable if it is considered a measure of the directors’ and officers’ liability. Continental would have been within its rights to make this sort of objection under the Policy prior to the settlement; because of the non-waiver agreement it may raise these same objections now. Continental has not insured the Corporation or Arthur Young, both of which benefitted from the settlement. It is extremely unlikely that the directors and officers would have agreed to a settlement, the costs of which they would be expected to pay in total. It is equally unlikely that Continental would have approved such a settlement.

Allocation of responsibility according to the relative exposures of the respective parties to the class action litigation is therefore appropriate. Although jointly and severally liable to the plaintiffs, joint tortfeasors may demand contribution from each other, even in a securities fraud case. These allocations are often made, albeit only as approximations, according to some notion of relative fault. The allocation of risk in this case does not appear to present any special complexity or difficulty. This court concludes, therefore, that the Policy requires the parties to allocate the settlement costs between those amounts attributable to the directors and officers and those attributable to PepsiCo and its accountants.” Este método também foi aplicado em *Nodaway Valley Bank v Continental Casualty Co.* - 715 F Supp 14588 (WD Mo, 1989). No caso, a Corte entendeu que a alocação entre a companhia tomadora e os administradores implicados deveria ocorrer à ordem de 10 e 90%, respectivamente: “the D&O carrier had to indemnify the majority in respect of the loss since it was the assured directors who potentially might have been exposed to the higher amount of responsibility. [...]”. O método é criticado porque a decisão quanto à alocação dos percentuais é subjetiva; demais disso, a experiência prática revela que é a tomadora que, usualmente, sofrerá as primeiras consequências decorrentes de uma conduta irregular de um administrador, seja por conta de sua condição financeira, seja porque os administradores agem em nome da companhia. (PAOLINI, Adolfo. Op. cit. p. 170).



A seguradora não questionou a existência de cobertura para a ação de fundo, proposta contra a tomadora e os segurados; o que a mesma pretendeu, ao argumento de que parte considerável da responsabilidade seria imputável à própria Nordstrom, foi aplicar o referido percentual a título de alocação. A tomadora, por seu turno, enfatizou que a origem do problema não teve qualquer relação com a conduta da empresa em si, senão as falhas cometidas pelos executivos processados em juízo, únicos responsáveis pela omissão das informações questionadas.

Diante desses fatos, o Tribunal concluiu pela impossibilidade de aplicar qualquer percentual a título de alocação, determinando o pagamento integral pela seguradora.<sup>881</sup> Este caso deu origem ao método de alocação conhecido por *larger settlement rule*.<sup>882</sup> À diferença do caso Pepsico, cuja conclusão foi no sentido de excluir qualquer responsabilidade da seguradora por considerar que a responsabilidade decorreu da conduta do auditor contábil não segurado, no caso Nordstorm a responsabilidade decorreu, substancialmente, da conduta dos administradores implicados, todos segurados. Não houve sustentação jurídica para aplicar alocação de qualquer grau.

Adolfo Paolini acrescenta, ainda, o critério que, no direito inglês, é conhecido por *Reasonably Related Defence Costs Test*.<sup>883</sup> O teste consiste em elaborar uma análise qualitativa da reclamação formulada. Caso se entenda que parte substancial da mesma possui cobertura, então o custo de defesa será integralmente devido, mesmo que, eventualmente, beneficie administradores não segurados.<sup>884</sup>

---

<sup>881</sup> O seguinte trecho do acórdão sintetiza a fundamentação adotada: “No right of allocation exists for the defense of non-covered claims that are ‘reasonably related’ to the defense of covered claims. All claims against Nordstrom were also made against its officers and directors. Defendants insist on their need to obtain more detailed billing statements and to depose the attorneys who were involved in defending the class actions. Despite defendants’ extensive review of counsel for Nordstrom’s billing statements, defendants can proffer no evidence to support their contention that additional discovery will reveal defense costs incurred independent of any ‘reasonable relation’ to the defense of claims against the directors and officers.”

<sup>882</sup> Os dois casos – Pepsico e Nordstrom - foram comentados por Elena F. Pérez Carrillo. (PÉREZ CARRILLO, Elena F. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales. El seguro D&O en EEUU*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 172-173).

<sup>883</sup> A tradução literal seria incapaz de explicar a que o critério se propõe. Melhor reproduzir as palavras do autor: “Reasonably Related Defence Costs Test: [...] defence costs are regarded as “reasonably related” to the defence of covered claims if those costs would have been incurred had it been the case that only insured claims against the officers and directors had been alleged in the relevant proceedings. If this is the case, then insurers are liable to pay 100% of defence costs even if these result in benefiting both insured and uninsured claims. [...] If insurers wish to avoid this possibility, they bear the burden of proving that some or all of the costs incurred were completely unrelated to any insured claim against the assured directors or officers.” (PAOLINI, Adolfo. Op. cit. p. 165).

<sup>884</sup> A aplicação do *reasonably related defence cost* ocorreu no seguinte caso, referido por Paolini - *New Zealand Insurance Company Limited v. New Zealand Forest Products Limited and another*. (1995) 8 ANZ Ins 75, 769.

Vale referir, ainda, ao critério nominado por *pro-rata*, segundo o qual o montante a ser pago, seja a título de custo de defesa, seja a título de acordo/indenização, é dividido proporcionalmente considerando o número de administradores implicados. Imagine-se 10 administradores, 5 segurados e outros 5 não segurados. O total do custo de defesa, somado à indenização, corresponde a 100 moedas. O cálculo, segundo esse critério, será aritmético: 100 dividido por 2 (parte segurada e parte não segurada) é igual a 50. A seguradora, então, pagará o equivalente a 50 moedas.

O método é criticável. As demandas propostas contra administradores, em geral, lhes imputam responsabilidade solidária. É muito difícil fazer cálculos aritméticos perfeitos considerando o quinhão de responsabilidade de cada qual. O nível de engajamento e participação de cada diretor e da companhia não pode ser medido de forma aritmética, o que, em geral, acabará fazendo com que a divisão segundo o critério *pro-rata* dificilmente seja equânime.<sup>885</sup>

A síntese dos critérios comumente observados na doutrina e nos acórdãos paradigmáticos alusivos à matéria é a seguinte:

- (i) *Pepsico v. Continental* e a *relative exposure allocation*: analisa-se a relevância da participação dos administradores segurados e dos não segurados; o mesmo exame deverá ser realizado quanto à tomadora, isto é, se ostentar ou não a condição de segurada. O caso *Pepsico* revelou que a conduta do auditor externo, Arthur Young, foi relevante à ocorrência da fraude contábil. A *Pepsico* não era segurada, mas apenas tomadora, de sorte que seria ilegal imputar responsabilidade à seguradora cuja origem decorreu de conduta de administrador não segurado;

---

The issue before the New Zealand High Court and subsequently the Privy Council was whether a D&O reimbursement policy covered not only the assured director in respect of not only amounts that he was legally liable to pay but also sums paid in relation to a settlement to which uninsured co-defendants were also party. All defendants were represented by the same US attorneys and the claim was settled for US\$ 3,3 million with an additional US\$ 8 million spent on defence costs. Two sides of cover had been provided, that is, (i) D&O insurance and (ii) company reimbursement insurance in respect of all sums the latter had lawfully paid to the directors by way of indemnity. [...] The Privy Council held that the policy did not contemplate severability and went on to decide that the policy was to be construed as to covering all of the costs accrued in the defence of the claim if these costs were reasonably related to the insured's director's own liability, regardless of the benefits accruing to other defendants from those payments." (PAOLINI, Adolfo. Op. cit. p. 166).

<sup>885</sup> PAOLINI, Adolfo. Ibid. p. 168.

(ii) *Nordstrom v. Chubb e a larger settlement rule*: também se analisa a relevância da conduta dos administradores segurados e dos administradores não segurados para a deflagração das perdas e danos questionados. No caso concreto, as práticas trabalhistas indevidas foram imputadas a administradores segurados; a seguradora não questionou a existência de cobertura, apenas pretendeu aplicar a alocação segundo a ordem de 50% para os administradores segurados e os 50% remanescentes à conta da tomadora Nordstrom (não segurada), ao argumento de que a mesma também seria partícipe das condutas que ocasionaram as perdas.

Considerando a relevância da conduta dos administradores segurados à propositura das ações coletivas e, por outro lado, a participação insignificante da tomadora Nordstrom, o Tribunal concluiu pela impossibilidade de aplicação de qualquer espécie de alocação.

(iii) O terceiro critério referido é o da *Reasonably Related Defence Costs Test* que, como observado, consiste em elaborar uma análise qualitativa da reclamação formulada. Caso se entenda que parte substancial da mesma possui cobertura, então o custo de defesa/indenização será integralmente devido, mesmo que, eventualmente, beneficie administradores não segurados.

(iv) O quarto e último critério examinado é o *pro-rata*, sujeito a uma análise matemática que, na prática, será de difícil aplicação. Concorde-se com a crítica endereçada por Adolfo Paolini porque, do ponto de vista jurídico, é difícil atribuir percentuais rígidos considerando o grau de responsabilidade de diversos administradores. Suponha-se uma falha da diretoria de relacionamento com investidores que importe em ação judicial contra este diretor e, adicionalmente, o diretor contábil, considerando que a falha foi de natureza contábil; diversos membros do conselho de administração, haja vista a falha na fiscalização da diretoria de relacionamento com investidores e na diretoria contábil. Com efeito, é realmente difícil atribuir percentuais aritméticos diante de questões as mais complexas.

Com relação aos três critérios anteriormente referidos, muito embora os seus nomes sejam diferentes observa-se que, em suas funcionalidades, os efeitos se aproximam. Ao alocar

perdas a administradores segurados e não segurados ou ao examinar reclamações cobertas e descobertas, é preciso fazer uma análise qualitativa a respeito.

A conduta dos administradores segurados foi decisiva à eclosão do resultado final? Respondendo-se afirmativamente, entende-se que haverá cobertura (Nordstrom), possivelmente extensiva a administradores não segurados; respondendo-se negativamente, não haverá cobertura (Pepsico). De fato, o resultado da análise dependerá do caso concreto, dos seus fatos. O que se deseja consignar é um critério que vá além da referida cláusula de melhores esforços (*best efforts clause*), cujo romantismo é incapaz de solucionar os problemas do mundo real.

A alocação é um tema difícil nas apólices de seguro *D&O*. Nada obstante, espera-se que os casos discutidos e o critério proposto sinalizem com um caminho a ser seguido a fim de resolver as questões vindouras.

#### 3.3.4. Cobertura para multas

Em meio aos riscos financeiros que gravitam sobre o patrimônio pessoal dos administradores, aqueles decorrentes da aplicação de multas civis, administrativas e penais são relevantíssimos.<sup>886</sup> Dados estatísticos revelam que aproximadamente 60% das reclamações formuladas contra os administradores têm origem em demandas de órgãos

---

<sup>886</sup> Vale lembrar dos efeitos práticos decorrentes da promulgação da Lei nº. 13.506, de 13.11.2017, que, entre outras questões, aumentou as multas imputáveis no âmbito dos processos administrativos sancionadores instaurados pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários. Quanto ao Banco Central do Brasil, leia-se: “Art. 7º. A penalidade de multa não excederá o maior destes valores: I - 0,5% (cinco décimos por cento) da receita de serviços e de produtos financeiros apurada no ano anterior ao da consumação da infração, ou, no caso de ilícito continuado, da consumação da última infração; ou II - R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais). Quanto à Comissão de Valores Mobiliários, o art. 35 determinou a emenda da Lei nº. 6.385, de 7.12.1976, cujo art. 9º, § 1º, passou a dispor da seguinte redação: “§ 1º A multa deverá observar, para fins de dosimetria, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a capacidade econômica do infrator e os motivos que justifiquem sua imposição, e não deverá exceder o maior destes valores: I - R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais); II - o dobro do valor da emissão ou da operação irregular; III - 3 (três) vezes o montante da vantagem econômica obtida ou da perda evitada em decorrência do ilícito; ou IV - o dobro do prejuízo causado aos investidores em decorrência do ilícito.”

reguladores - investigações e processos administrativos que, muitas das vezes, culminarão com a aplicação de multas.<sup>887</sup>

A partir do advento da Circular SUSEP nº. 541, de 14.10.2016 (art. 5º, § 4º), as seguradoras, no Brasil,<sup>888</sup> puderam disponibilizar a cobertura para multas civis e

<sup>887</sup> A estatística foi apresentada por Marília de Cara. (CARA, Marília de. *A aplicabilidade do seguro de responsabilidade civil de administradores e diretores no âmbito da administração das companhias*. 2013. 148 f. Dissertação. (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. p. 87.

<sup>888</sup> No exterior o tema continua a ser controvertido. No Reino Unido, o FCA (Financial Conduct Authority) Handbook restringe a cobertura para as multas impostas pelo próprio órgão. Para a generalidade das multas civis e administrativas admite-se a cobertura; para multas criminais nega-se. (Section 6.1.5, FCA: “No firm may enter into, arrange, claim on or make a payment under a *contract of insurance* that is intended to have, or has or would have, the effect of indemnifying any person against all or part of a financial penalty”. (Fonte: <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/GEN/6.pdf>, visitado em 22.11.2018); nos Estados Unidos o tema é controvertido, havendo variações de Estado para Estado. Mais recentemente, a cobertura para multas civis e administrativas vem sendo admitida: “Historically, the insurance market has considered civil fines and penalties to be uninsurable for public policy reasons. Recently, however, the demand for investigations coverage and increased competition among D&O carriers has led some carriers to offer civil fines and penalties coverage. While it is still unclear exactly when and how much these policies will actually pay out in the event of claims, it is important to note that such coverage is now available.” (TRAUTMAN, Lawrence J. ALTENBAUMER-PRICE, Kara. *D&O insurance: A primer*. In *American University Business Law Review*. v. 1, 2012. p. 355). No mesmo sentido: LITTLE, Kim. JOHNSON, Afroz Kaviani. *The devil’s in the detail: directors’ and officers’ insurance and defence costs*. In *Keeping good companies*. v. 57, nº. 5. June 2005, p. 295. Disponível em <https://search.informit.com.au/documentSummary;dn=200506368;res=IELAPA>, visitado em 18.10.2018); na Espanha: “En esta materia las pólizas D&O españolas suelen excluir expresamente las multas, exclusión que se justifica absolutamente por la finalidad punitiva más que reparatoria o indemnizatoria de dichas sanciones.” (GUERRERO LEBRÓN, María Jesús. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*. Madrid: La Ley, 2004. p. 139); na Itália, admite-se a cobertura para multas, desde que não sejam resultado de condutas gravemente culposas ou dolosas. RUSSO. *L’assicurazione di responsabilità civile degli amministratori e dei sindaci*. In *Assicurazioni*. Abril-Junho 2000, p. 151-154. O autor narra o histórico havido no país até que a cobertura para multas fosse estabelecida. Na origem, a Lei nº. 689, de 24.11.1981, considerava as multas intransferíveis e, portanto, não asseguráveis. Um pouco mais tarde sobreveio a Circular ISVAP nº. 246, de 22 de maio de 1995, uma vez mais restringindo a possibilidade de oferecer cobertura para multas. Por fim, em 18.12.1997, o Decreto-legislativo nº. 472 vincou a possibilidade de oferecer cobertura securitária para multas condicionada à inexistência de culpa grave ou dolo do administrador; na França, admite-se a cobertura para multas civis e administrativas, restringindo-se as penas: « Rappelons d’abord que la responsabilité pénale est toujours exclue de l’assurance de responsabilité, et cette exclusion est d’ordre public. Le contrat d’assurance de responsabilité peut couvrir une responsabilité administrative comme une responsabilité civile. » (LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *Droit des assurances*. 11 ed. Paris : Dalloz, 2001. p. 459). Observa-se alguma doutrina também na França a respaldar a cobertura para multas de quaisquer naturezas, inclusive as penas, com a condição de que a conduta não seja dolosa. Trata-se de interpretação do art. L-112-I do *Code des Assurances*. (XERRI, Sarah. *La mise en cause des dirigeants et leur assurance de responsabilité*. In *R.G.D.A* n. 2. 2009, p. 670-671. Disponível em [https://www.hmn-partners.com/pdf/La\\_mise\\_en\\_cause\\_des\\_dirigeants\\_et\\_leur\\_assurance\\_de\\_responsabilite.pdf](https://www.hmn-partners.com/pdf/La_mise_en_cause_des_dirigeants_et_leur_assurance_de_responsabilite.pdf), visitado em 2.4.2018); em Portugal, há restrição: “As cláusulas de exclusão absolutas não podem ser afastadas ou negociadas pelas partes contratuais, ao contrário do que ocorre com as cláusulas de exclusão relativas, que podem ser afastadas por vontade de ambas as partes contratuais [...] De entre as cláusulas de exclusão absolutas características deste específico contrato de seguro podemos enumerar as seguintes: 1) a eventual responsabilidade criminal – mesmo que diga respeito, exclusivamente, a penas de multas -, disciplinar ou contra ordenacional do segurado, bem como o pagamento de qualquer taxa, coima ou multa; 2) riscos tipicamente cobertos por outros ramos de seguro; 3) os comportamentos dolosos (não meramente negligentes) que causem danos a terceiros; 4) danos causados por actos de guerra, invasão, hostilidade, insurreição, poder militar ou civil usurpado ou em tentativa de usurpação de poder, terrorismo, sabotagem, assalto; 5) danos causados a terceiros

administrativas em suas apólices, o que foi ratificado pela Circular SUSEP nº. 553, de 23.5.2017 (art. 5º, § 5º). O conteúdo do enunciado normativo constante nas duas circulares é o mesmo:

Art. 5º No seguro de RC D & O, a sociedade seguradora garante aos segurados, quando responsabilizados por danos causados a terceiros, em consequência de atos ilícitos culposos praticados no exercício das funções para as quais tenham sido nomeados, eleitos e/ou contratados, o reembolso das indenizações que forem obrigados a pagar, a título de reparação, por sentença judicial transitada em julgado, ou em decorrência de juízo arbitral, ou por acordo com os terceiros prejudicados, com a anuência da sociedade seguradora.

[...]

§ 5º A garantia poderá abranger cobertura de multas e penalidades cíveis e administrativas impostas aos segurados quando no exercício de suas funções, no tomador, e/ou em suas subsidiárias, e/ou em suas coligadas.

No que concerne à cobertura para as multas criminais, a Circular é omissa; não a viabiliza, tampouco restringe. Por uma questão de interpretação, se a norma, expressamente, admite a cobertura apenas para as multas civis e administrativas, é porque assim não propõe quanto às multas criminais, facilmente exemplificáveis no cotidiano de um empresário diligente. Nesse sentido, confira-se o disposto no art. 110, do vetusto Decreto-Lei nº. 73, de 21.8.1966:

Art 110. Constitui crime contra a economia popular, punível de acordo com a legislação respectiva, a ação ou omissão, pessoal ou coletiva, de que decorra a insuficiência das reservas e de sua cobertura, vinculadas à garantia das obrigações das Sociedades Seguradoras.

Admita-se, por hipótese, que um diretor atuarial de uma seguradora, influenciado por um parecer externo de empresa idônea de auditoria, resolva contabilizar as reservas da companhia da maneira determinada pelo auditor. A SUSEP, posteriormente, vem a fiscalizar a seguradora e, observando o seu entendimento a respeito do tema, conclui que aquela contabilização é equivocada. Como consequência da fiscalização, deflagra-se processo administrativo sancionador e, ainda, ofício ao Ministério Público Federal, em razão da possível tipificação de crime contra a economia popular.

---

excluídos (ou não incluídos no âmbito do) pelo respectivo contrato de seguro ou danos próprios.” (SILVA, Rita Gonçalves Ferreira da. *Do contrato de seguro de responsabilidade civil geral. Seu enquadramento e aspectos jurídicos essenciais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007. p. 191); na Argentina, o art. 112 da Ley nº. 17.418, de 30.8.1967, a respeito da cobertura para responsabilidade civil, dispõe que “*La indemnización debida por el asegurador no incluye las penas aplicadas por autoridad judicial o administrativa*”. Sucede que este artigo não é referido pelo art. 158 como norma de caráter imperativo, ou seja, é passível de modificação pelas partes, de sorte que a opinião majoritária é no sentido de que as multas são passíveis de cobertura, com a condição de que a conduta de fundo não seja dolosa.

Diante dessa situação hipotética, o diretor da seguradora poderá sujeitar-se a multas administrativa e criminal, frise-se, decorrentes de uma conduta que nem se pode afirmar ter sido culposa. Houve, como se observou, respaldo em parecer elaborado pelo auditor externo.

O exemplo não é meramente hipotético. Situações como a ora relatada ocorrem no cotidiano do empresariado brasileiro. A restrição à cobertura para multas de ordem criminal possui a mesma origem da antiquada restrição às multas civis e administrativas que constituíram o posicionamento da SUSEP por um longo período.

Consoante anotado no capítulo 1, por ocasião do exame da causa do seguro de proteção jurídica, em meados de 2006 formulou-se uma consulta à autarquia por meio da qual a seguradora consulente desejava saber quanto à viabilidade de, no Brasil, introduzir um contrato de seguro que disponibilizasse cobertura para os custos de defesa (honorários advocatícios, custas judiciais etc.) no âmbito das entidades fechadas de previdência complementar e, em meio à consulta, questionou-se também sobre a possibilidade de oferecer cobertura para as multas. Entenda-se bem: a consulta não dizia respeito ao seguro *D&O*; o escopo de cobertura se aproximava bastante do seguro de proteção jurídica, embora não tivesse todos os seus contornos.

A resposta apresentada pela SUSEP ganhou o corpo de um parecer elaborado por sua Procuradoria, cuja conclusão foi radicalmente contrária à introdução daquele contrato no Brasil. Ao invés de se concentrar sobre o tema central consultado – a cobertura de proteção jurídica – o parecer se debruçou sobre a outra questão, tangencial, por assim dizer, relativa à cobertura para multa.

O fundamento invocado para responder de maneira negativa foi a ausência de interesse legítimo a sustentar a contratação. Ora, se a multa tem a finalidade de punir, o seu pagamento, pela seguradora, a tonaria completamente sem efeito. O interesse do segurado, portanto, seria ilegítimo, segundo a SUSEP. É relevante observar que o parecer não examinou a questão em sua essência, isto é, a causa determinante à imputação da multa ao segurado implicado.<sup>889</sup>

---

<sup>889</sup> A conclusão encontrada pelo órgão regulador foi a seguinte: “As regras na esfera jurídica foram criadas para manter a ordem, a paz e evitar injustiças. Assim, a aprovação de tal seguro que em uma de suas cláusulas prevê garantia contra multas, vai muito além do confronto com a Resolução citada: fere princípios, desestimula a não adequação à lei e assim por diante. [...] A aprovação do seguro em epígrafe, deixa imune o infrator, sendo ele, futuramente, reembolsado pelo valor pago. [...] Além disso, esse seguro é contrário ao artigo 757 do Código Civil Brasileiro, devido à falta de interesse legítimo do segurado. [...] Nota-se que o interesse legítimo é elemento essencial no contrato de seguro e é algo que não ocorre no seguro acima citado. Desta forma, em

Diz-se ‘essência’ porque, no direito brasileiro, o art. 762 do Código Civil nulifica o contrato proveniente de conduta dolosa do segurado, do beneficiário, ou dos seus representantes.<sup>890</sup> Não há, legalmente, restrições para a conduta culposa. Nessa linha de raciocínio, se a conduta deflagradora da multa for culposa, óbice não haverá para a cobertura respectiva.<sup>891</sup>

A propósito da finalidade da punição que, segundo a SUSEP, seria esvaziada, entende-se que o comentário apresentado no item 1.2, alusivo à suposta ilicitude do seguro *D&O* em sua origem, aqui seja aproveitável. Afirmava-se que o seguro *D&O* seria ilícito porque estimularia condutas pouco zelosas por parte dos administradores segurados. O pensamento, como se viu, presumia que o administrador segurado deixaria de adotar as cautelas e controles necessários porque sabia estar protegido; se falhasse, a seguradora é que arcaria com a responsabilidade decorrente.

Demonstrou-se, com o respaldo de doutrina a mais relevante, que a contratação de seguro tem o efeito justamente contrário ao afirmado acima; ao invés de menos cautela, o administrador segurado torna-se ainda mais cauteloso, porque sabe que ao final da vigência da

---

conclusão, o contrato de seguro em questão não pode ser comercializado faltando-lhe requisito essencial, qual seja, o interesse legítimo.” (Superintendência de Seguros Privados. Parecer/PRGER/assuntos societários e registros especiais s/nº. p. 2-5).

<sup>890</sup> Art. 762, CC. Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro.

<sup>891</sup> Anderson de Souza Amaro posiciona-se exatamente nesse sentido: “Não nos parece razoável esta orientação da Susep, restringindo a cobertura oferecida pelo seguro D&O, haja vista não existir nenhum dispositivo legal que proíba ou iniba tal tipo de cobertura. [...] Sob esse aspecto, caberia à CVM na investigação de eventual conduta irregular do administrador, por meio de processo administrativo, aferir se houve ato doloso ou culposos do segurado. Havendo o dolo, evidentemente que a indenização será negada pela companhia seguradora por força do art. 762 do CC/2002 (LGL\2002\400). Em contrapartida, agindo o administrador com culpa, não há instrumento normativo que impeça que o seguro faça a cobertura da multa. Havendo o Código Civil (LGL\2002\400) estabelecido a prática de ato doloso como limite para o interesse segurável, carece de sustentação jurídica o parecer da Susep de que a cobertura de multa nas apólices de seguro D&O não seria interesse legítimo do segurado.” (AMARO, Anderson de Souza. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores*. In *Revista de direito empresarial*. v. 2. mar. 2014, p. 12). Com relação ao interesse legítimo, Amaro cita a lição de José Fernando Simão, para o qual a concepção de interesse legítimo deve ser ampla, a tutelar, também, as consequências financeiras decorrentes da imputação de multas: “Nesse sentido, o “interesse legítimo” de que trata o Código atual, conferindo a noção de interesse segurável, deve ser interpretado extensivamente. Assim destaca José Fernando Simão: “Assim, podemos concluir que, como o seguro se propõe a afastar os efeitos de um evento danoso para o segurado ou terceiros, seu objeto poderá ser qualquer coisa ou pessoa exposta a um risco. A noção de interesse segurável deve ser interpretada extensivamente. Exatamente por isto, uma modelo poderá contratar seguro sobre seus seios, ou determinado empresário, sobre as máquinas de sua empresa, e assim por diante”. (SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 316).



apólice os seus erros motivarão, possivelmente, prêmio mais caro, condições contratuais restritivas e aumento de franquia.<sup>892</sup>

Mas, o argumento principal não é esse. O principal ativo de um administrador é a sua reputação, muitas das vezes construída ao longo de uma vida de muito trabalho e alto investimento em formação acadêmica. O fato de se dispor de um seguro *D&O* não fará com que o segurado passe a pouco se importar com as multas. O mesmo se aplica ao advogado, ao médico, ao notário, e todos os demais profissionais liberais que disponham dos seus seguros de responsabilidade profissional.

Dentre as diversas sanções passíveis de aplicação aos administradores, a multa é apenas uma delas. Cita-se, exemplificativamente, inabilitação para o exercício da profissão, suspensão para o exercício da profissão, entre outras. O fato de se operar apenas a transferência financeira do valor correspondente à multa não eliminará os demais efeitos dela decorrentes. Para o órgão que a aplicou, o administrador continuará figurando como multado, pouco importando a legitimidade de quem efetue o pagamento.<sup>893</sup>

Veja-se, ainda quanto à questão da pessoalidade da pena, que até mesmo no Direito Processual Penal admite-se o pagamento da fiança por quaisquer pessoas, para muito além

---

<sup>892</sup> Neste mesmo capítulo, vide o item 1.2, fls. 316-318.

<sup>893</sup> Em reforço à fundamentação apresentada no item 1.2, Marília de Cara menciona, justamente, o fato de que a transferência dos riscos é meramente financeira; não há que falar em exoneração de responsabilidade.

“Inicialmente, afigura-se equivocada a percepção de que o seguro imuniza o infrator, pois o fato de o seguro reparar seu patrimônio não elimina o risco reputacional, nem a criação de um ônus sobre seu currículo que pode (i) afetar diretamente sua empregabilidade; (ii) impedi-lo de exercer suas funções por restrições impostas pelas autoridades a que as companhias estão sujeitas (e.g., inabilitação para o exercício do cargo); (iii) colocar em dúvida sua idoneidade; e (iv) influir no valor do prêmio quando da contratação de novo seguro.” (CARA, Marília de. *A aplicabilidade do seguro de responsabilidade civil de administradores e diretores no âmbito da administração das companhias*. 2013. 148 f. Dissertação. (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. p. 92). Os seguros de responsabilidade civil não correspondem, na civilística, às cláusulas de não indenizar: “Ponha-se entre parênteses que os pactos de não indenizar não se confundem com a transação, em virtude de sua posição no tempo: enquanto os primeiros são pactuados antes da ocorrência do inadimplemento, a segunda traduz acordo entre as partes posterior ao descumprimento. Também não há identidade com o seguro de responsabilidade civil, em que o devedor não é exonerado do dever de indenizar, mas contrata com segurador que este garantirá o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro (art. 787, CC). Nesse caso, portanto, diversamente da hipótese de pactuação de ajuste de não indenizar, o lesado será reparado em toda a extensão do dano. Se, porventura, o valor segurado se afigurar inferior à integralidade do dano causado, o devedor permanecerá responsável pelo saldo.” (CASTRO, Diana Loureiro de Paiva. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade*. 2018. 273 f. Dissertação. (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 47).

daquela que for apenada.<sup>894</sup> Por onde quer que se examine o tema, os argumentos vazados no parecer elaborado pela SUSEP não convencem.<sup>895</sup>

No seguro *D&O* o divisor de águas é, e sempre será, a conduta do administrador, livre de quaisquer rótulos ou visões preconcebidas. Tratando especificamente da cobertura para as multas de ordem criminal, não há fundamento jurídico para afastá-la *tout court*. Todos os argumentos esgrimidos em prol da cobertura para as multas civis e administrativas devem aplicar-se às multas criminais.

Se a conduta do administrador for dolosa, não deverá haver cobertura para as multas respectivas. Suponha-se que a conduta do mesmo seja identificada pela CVM como *insider trading*. De pronto, a autarquia iniciará o processo administrativo que, como se sabe, poderá impor ao *insider* duríssimas sanções, o que inclui a multa administrativa. Se no âmbito do processo administrativo restar comprovado que a conduta do *insider* foi dolosa, fato que, usualmente, ocorre, está claro que não deverá haver cobertura para essa multa, mesmo que contratada a cobertura por meio de cláusula particular.

Consoante afirmado no começo desse item, o direito brasileiro não admite a cobertura para conduta dolosa. Analisando a causa e não a consequência, isto é, a conduta em si – o *insider* – e não a cobertura para multa (aqui chamada de consequência), ver-se-á, com clareza, que o segurado não fará jus à cobertura.

Por outro lado e em outra hipótese – aqui poderia ser reiterado o exemplo alusivo ao crime contra a economia popular em razão da não constituição adequada das reservas – estará igualmente claro que eventual multa de ordem criminal deverá merecer cobertura pelo contrato de seguro por uma razão muito simples: a conduta é culposa e a culpa é a principal razão de ser dos contratos de seguro de responsabilidade civil.<sup>896</sup>

---

<sup>894</sup> É a sistemática que se observa no Código de Processo Penal, artigos 330 e 347, quando determinam que a fiança poderá ser prestada em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública etc. e que, se presente a hipótese de restituição, o saldo será devolvido àquele que a tiver prestado.

“Art. 330. A fiança, que será sempre definitiva, consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar; Art. 347. Não ocorrendo a hipótese do art. 345, o saldo será entregue a quem houver prestado a fiança, depois de deduzidos os encargos a que o réu estiver obrigado.”

<sup>895</sup> A propósito das acaloradas discussões a respeito da possibilidade de oferecimento de coberturas para multas administrativas, regulatórias e penais na Espanha, remete-se ao artigo de María Luiza Atienza Navarro. *El aseguramiento de las sanciones administrativas*. In *La reforma del derecho del seguro*. Juan Bataller Grau et al. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi/Thomson Reuters, 2015, p. 151-178.

<sup>896</sup> “Pela regra atual, ao contrário do que ocorria sob a codificação anterior, a culpa, ainda que grave, não enseja a nulidade do contrato, contentando-se o legislador com o dolo, ou seja, com a vontade dirigida à produção do resultado lesivo, ou ao menos a assunção do risco de se produzir tal consequência. Assim, o CC elimina

Já se referiu na presente tese a um artigo que, em 1966, foi paradigmático nos Estados Unidos da América em sede de seguro *D&O*. Trata-se dos escritos pioneiros elaborados por Joseph Bishop que, sem rodeios, afirmou quanto à cobertura para multas:

A fortiori, there should be no objection to insurance against civil liability where (as can easily be the case in antitrust proceedings) the executive acted in good faith and had no reason to believe that he was violating the law. I can myself see no objection to indemnification or insurance, if the latter were obtainable, against even criminal fines and penalties in these latter circumstances.<sup>897</sup>

Observa-se que a SUSEP caminhou em boa direção ao viabilizar a cobertura para as multas civis e administrativas. A lacuna reservada às multas de origem criminal deve ser preenchida, propondo-se o quanto exposto neste item.

### 3.4. Exclusões

A delimitação dos riscos no contrato de seguro, habitualmente, será causal, subjetiva, temporal e geográfica.<sup>898</sup> Do ponto de vista geográfico, no seguro *D&O* observa-se cautela quando as tomadoras possuem ações cotizadas na bolsa de valores de Nova Iorque,

---

quaisquer obstáculos à contratação de seguros, ainda que fundados na culpa do segurado” (TEPEDINO, Gustavo *et al. Código Civil interpretado conforme a constituição da república*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 571). O Tribunal de Contas da União, ao emitir parecer a respeito da viabilidade de que as empresas fiscalizadas – no caso, a Eletrobrás e suas subsidiárias – pudessem contratar o seguro, concluiu o seguinte no tocante à cobertura para multas: “15. No cenário empresarial, sobretudo no caso de empresas como a Eletrobras, que na condição de holding são compostas por outras inúmeras empresas, um diretor pode ser multado, por exemplo, por prestar, de maneira intempestiva à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), informações das quais depende de encaminhamento de outras empresas do grupo e, sobre as quais, sua ingerência é limitada. No exemplo mencionado, a conduta que culminou com a apenação pela CVM não é ato doloso e, portanto, passível de ser coberta por seguro. 16. A verificação do dolo ou culpa na prática de um ato, deve ser o fundamento da decisão de autorizar ou não o pagamento de multa pela seguradora em nome do segurado. Referida análise é produzida no estudo do sinistro e deve apontar se ao praticar o ato, o administrador objetivou lesar terceiros para obter vantagem ilícita ou não se cercou dos devidos cuidados mínimos. Tais circunstâncias são abordadas em processos administrativos e judiciais que objetivam à apuração da responsabilidade de administradores. Assim, as derradeiras conclusões nesses processos podem melhor fundamentar a decisão das companhias seguradoras de pagar ou não a indenização.” (Tribunal de Contas da União. Parecer nº. TC 043.954/2012-0).

<sup>897</sup> BISHOP, Joseph W. *New cure for an old ailment: insurance against directors' and officers' liability*. In *The business lawyer*. November 1966, p. 109. Em tradução nossa: “a *posteriori*, não deve haver objeção para o seguro contra responsabilidade civil onde (como pode ser facilmente no caso de processos antitruste) o executivo tenha agido de boa-fé e não tenha tido razão para acreditar que estivesse violando a lei. Eu, particularmente, não vejo objeção para indenidade ou seguro, se o afirmado for verificável, inclusive para fazer frente a multas e penalidades criminais.”

considerando os severos riscos financeiros da litigiosidade lá existentes.<sup>899</sup> A questão temporal já foi observada anteriormente, designadamente a contratação à base de reclamações com notificações. A delimitação subjetiva também já foi endereçada e cuida da especificação das pessoas seguradas.

Quanto à delimitação causal, o capítulo 2 se debruçou detalhadamente sobre o risco segurável no contrato objeto desta tese. Comentou-se sobre o ato regular de gestão e, de forma ainda mais profunda, da cobertura também para o ato irregular de gestão, entendendo que a irregularidade comportaria a modalidade culposa (coberta) e a dolosa (excluída).

Superada a fase da delimitação dos riscos, é chegado o momento de entender de que maneira as exclusões são construídas no seguro *D&O*,<sup>900</sup> o que, a propósito da conduta dolosa, fomentará discussões as mais interessantes a respeito dos seguintes itens: 1. A culpa grave é equiparável ao dolo? 2. O dolo próprio do contrato de seguro *D&O*. 2.1. Oponibilidade da conduta dolosa de um administrador segurado aos demais administradores segurados. 3. Insolvência. 4. A presunção de inocência e a antecipação dos custos de defesa.

A seguir, serão apresentadas considerações quanto a algumas cláusulas particulares geralmente presentes nos seguros *D&O*, também alusivas à conduta dolosa, além de uma posição a respeito da cláusula que trata da insolvência da tomadora e suas consequências para os administradores segurados.

---

<sup>899</sup> Nesse sentido, entre tantos: IRIBARREN BLANCO, Miguel. Op. cit. p. 195.

<sup>900</sup> Cronologicamente, em primeiro lugar se delimitam os riscos segurados; após, trata-se da exclusão dos riscos. Assim, Nicolás H. Barbato: “El delineamiento o determinación del riesgo se lleva a cabo tanto en forma positiva (individualización), mediante el enunciado de la hipótesis general cubierta (incendio, robo, responsabilidad civil, etc.), como en forma negativa (delimitación), mediante exclusiones a la cobertura que ponen fuera del amparo genérico a diversas situaciones particulares que, por su extrema probabilidad, intensidad o generalización siniestral, resultan técnicamente no asegurables.” (BARBATO, Nicolás H. *Culpa grave y dolo en el derecho de seguros*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1994. p. 22). Também SHAIK, Darío A. Sandoval. *Las condiciones generales del contrato de seguro y su control interno e internacional*. Madrid. 2012. 430 f. Tese (Doctorado en Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012. p. 343. Nesse sentido mas, de maneira mais ampla, Diana Loureiro de Paiva Castro: “Podem-se citar duas maneiras de delineamento dos riscos de certo contrato. A primeira, denominada de gestão negativa, configura-se quando os contratantes, deliberadamente, não alocam determinado risco futuro e previsível sob a esfera jurídica de nenhuma das partes. Aguarda-se para, a posteriori, quando da ocorrência do evento, preencher-se o conteúdo do negócio de acordo com critérios definidos ex ante, no momento da celebração do ajuste. A gestão positiva, a seu turno, decorre da alocação dos riscos previsíveis nos termos de cláusulas contratuais expressas no contrato. Necessário destacar, neste ponto, que os riscos previsíveis pelos contratantes necessariamente terão sido geridos pelas partes; ou bem pelo expediente da gestão negativa, ou bem pelo da gestão positiva. [...] Além destes expedientes, as cláusulas de não indenizar, objeto de estudo do presente trabalho, também se firmam como instrumentos comuns na prática contratual para a gestão positiva de riscos.” (CASTRO, Diana Loureiro de Paiva. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade*. 2018. 273 f. Dissertação. (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 18).

### 3.4.1. A culpa grave é equiparável ao dolo ou, do latim, culpa lata dolo aequiparatur?

O velho brocardo romano, até hoje, é lembrado quando se estuda a responsabilidade civil. Nesta disciplina, aos olhos da vítima,<sup>901</sup> as consequências decorrentes da conduta gravemente culposa ou dolosa serão realmente muito próximas.<sup>902</sup> Hipoteticamente, o condutor altamente embriagado de um veículo poderá atropelar e matar um pedestre, assim como o condutor que resolva usar o seu veículo com o propósito deliberado de matar um inimigo. A primeira hipótese é, infelizmente, comum; a segunda, felizmente, é excepcional.<sup>903</sup>

Sob o ponto de vista das consequências da conduta gravemente culposa ou dolosa para a vítima, não há muito a comentar. A lesão provavelmente será enorme e a responsabilidade civil determinará que a indenização seja paga pelo lesante em atenção ao princípio da

---

<sup>901</sup> “Ou seja, diante do dano sofrido, a vítima fará jus à reparação integral, independentemente do juízo de reprovação da conduta” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Artigo 944 do código civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral*. In *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 63. 2008. p. 4).

<sup>902</sup> Há doutrina farta a cuidar da equiparação observando a responsabilidade civil. No direito brasileiro, a equiparação do dolo à culpa grave é sustentada por AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Nulidade de cláusula limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave. Caso de equiparação entre dolo e culpa grave. Configuração da culpa grave em caso de responsabilidade profissional*. In *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 427-441; BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 165; FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 209-230; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 506; CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 343; NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009. p. 415.

<sup>903</sup> Excepcional, segundo Fernando Begoña Arquillo Colet, em razão dos efeitos psicológicos exercidos pelo direito penal: “en casos en los que quien planea causar a otro un daño asegura su responsabilidad extracontractual para eludir el pago de la indemnización, o bien quien no resiste la tentación de producir intencionadamente un daño a otro, al saber que su asegurador hará frente a la indemnización en su lugar. Ambas hipótesis son imaginables, pero poco probables en la realidad (al menos, nos parece, en los sectores más proclives a producir daños personales y en relación con las personas que, con mayor frecuencia, contratan seguros de responsabilidad civil: quienes se dedican, aun esporádicamente, a la pequeña delincuencia raramente conciertan esta clase de seguros). La razón de ello estriba en que quien provoca dolosamente el daño se enfrenta, aun cuando pudiera asegurar su responsabilidad civil, a la amenaza de un castigo previsto en el Derecho penal que no depende de su comportamiento en relación con el seguro.” (ARQUILLO COLET, Fernando Gómez Pomar Begoña. *Daños dolosos y seguro*. InDret 03/2000. Disponível em <http://docplayer.es/1851986-Danos-dolosos-y-seguro-fernando-gomez-pomar-begona-arquillo-colet.html>, visitado em 8.9.2018. p. 3).

*restitutio in integrum*, pouco importando o grau de culpa ou o dolo para fins de exame dessa temática.<sup>904</sup>

Ao cruzar a fronteira da responsabilidade civil e adentrar no contrato de seguro, ainda observando-o de maneira genérica, começa-se a detectar alguma diferença no tratamento legal. O art. 762 do Código Civil nulifica o contrato de seguro proveniente de conduta dolosa do segurado, beneficiário, ou de seus representantes. Não há uma palavra sequer relacionada à culpa grave. Note-se, nesse sentido, que o art. 1.436 do Código Civil de 1916 aludia à locução ato ilícito, compreensiva dos atos jurídicos culposos e dolosos.<sup>905</sup> O Código em vigor alterou a disciplina ao determinar que a nulidade apenas decorrerá da conduta dolosa.<sup>906</sup>

<sup>904</sup> Para fins de reparação de danos, a dificuldade de comprovar o dolo é que motivou a sua equiparação à culpa grave: “Existen, en efecto múltiples textos que parecen equiparar la culpa lata al dolo, lo que pudiera hacernos pensar que entre ambos conceptos no existía mas que una diferencia de grado. [...] No siempre es fácil distinguir en la práctica el dolo de la culpa lata, porque la distinción se reduce en sustancia en el mayor numero de casos, a un elemento intencional difícilmente verificable mediante prueba.” (COSSIO Y CORRAL, Alfonso. *El dolo en el derecho civil*. Madrid: Ed. Revista de derecho privado, 1955. p. 7).

<sup>905</sup> Para outros exemplos, além do observado no art. 762 do Código Civil, a lição de Diana Loureiro de Paiva Castro: “De mais a mais, no direito brasileiro, a dessemelhança entre culpa e dolo é reconhecida pelo legislador que, em diversos momentos, distancia a disciplina da culpa da normativa do dolo. Veja-se, a título ilustrativo, o artigo 762 do Código Civil que, no contrato de seguro, considera nulo o contrato para garantia de risco oriundo de ato doloso. Aqui não se admite a equiparação à culpa grave, tendo o Código Civil de 2002 alterado a redação do artigo 1.436 do Código Civil de 1916 para excluir a menção a “atos ilícitos”, afastando, conseqüentemente, a noção de culpa, ainda que grave. Do mesmo modo, refere-se o Código exclusivamente ao dolo e não à culpa no artigo 400, segundo o qual a mora do credor isenta o devedor da responsabilidade pela conservação da coisa, desde que este último não tenha agido com dolo, e no artigo 392, que determina, nos contratos benéficos, a responsabilidade do contratante beneficiado por simples culpa e daquele a quem o contrato não favorece por dolo.” (CASTRO, Diana Loureiro de Paiva. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade*. 2018. 273 f. Dissertação. (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 164).

<sup>906</sup> A não equiparação do dolo à culpa grave no tratamento legal conferido ao contrato de seguro também é observada na França no *Code des Assurances*. Art. L 113-I: « Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police. Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré. » Na Itália, o art. 1900 do Código Civil italiano equipara o dolo à culpa grave para fins de exclusão do risco segurado. No entanto, admite que as partes convençionem a cobertura para a culpa grave. “Art. 1900. Sinistri cagionati con dolo o con colpa grave dell'assicurato o dei dipendenti. L'assicuratore non è obbligato per i sinistri cagionati da dolo o da colpa grave del contraente, dell'assicurato o del beneficiario, salvo patto contrario per i casi di colpa grave. L'assicuratore è obbligato per il sinistro cagionato da dolo o da colpa grave delle persone del fatto delle quali l'assicurato deve rispondere (2047 e seguenti). Egli è obbligato altresì, nonostante patto contrario, per i sinistri conseguenti ad atti del contraente, dell'assicurato o del beneficiario, compiuti per dovere di solidarietà umana o nella tutela degli interessi comuni all'assicuratore.” Na Argentina, a culpa grave é equiparada ao dolo pelo art. 70 da Lei nº. 17.418, de 30.8.1967. “Art. 70. El asegurador queda liberado sí el tomador o el beneficiario provoca el siniestro dolosamente o por culpa grave. Quedan excluidos los actos realizados para precaver el siniestro o atenuar sus consecuencias, o por un deber de humanidad generalmente aceptado.” Nicolás H. Barbato comentou os motivos que conduziram a comissão responsável pelo anteprojeto que culminou com a lei de seguros argentina e propor a equiparação: “Algunas legislaciones tienden a extender la cobertura al siniestro provocado por culpa grave, pero esta Comisión entiende que en el estado actual del país ese paso sería sumamente peligroso por: a) La escasa buena fe comercial, propia de los países en desarrollo; b) La dificultad material de probar el dolo, que justifica en otros

A motivação à não equiparação da culpa grave ao dolo no contrato de seguro decorre de uma questão principiológica cara à disciplina dos seguros, qual seja: a conduta dolosa não é passível de cobertura;<sup>907</sup> a culposa, é. A culpa grave merece um comentário específico.

Na generalidade dos seguros de danos (residencial e automóvel, por exemplo), o segurado deverá cuidar do bem sobre o qual recai o seu interesse legítimo com zelo e atenção. Fazer manutenções periódicas no veículo, guiar com cautela, não o estacionar deixando as portas abertas. A omissão grave quanto a esses fazeres poderá potencializar a ocorrência do sinistro, o que justifica a equiparação da culpa grave ao dolo para fins de exclusão de risco.

Passando para os seguros de responsabilidade civil profissional (seguro para médicos, advogados, entre outros profissionais liberais), a ótica começa a se apresentar de maneira distinta. Tomando o seguro para advogados como exemplo, é difícil pensar uma hipótese de perda de prazo processual que não corresponda à culpa grave. O advogado não pode perder prazos, seja em processos que tramitem nos Juizados Especiais, seja em arbitragens as mais valiosas; se perder prazos, caracterizada estará a sua culpa, gravíssima, por sinal. Se a culpa do advogado, decorrente da perda de prazo, é considerada grave, nota-se que, aqui, a equiparação da culpa grave ao dolo esvaziaria essa modalidade de seguro de qualquer eficácia. A sua causa estaria em xeque.<sup>908</sup>

Ainda no seguro para advogados, vale dizer que as hipóteses de conduta dolosa são diminutas. Que advogado, em sã consciência, perderá prazos processuais deliberadamente? Ou, que pensará: uma vez que há contrato de seguro em vigor, perderei os prazos daqui por

países la asimilación de la culpa grave al dolo).” (BARBATO, Nicolás H. *Culpa grave y dolo en el derecho de seguros*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1994. p. 150).

<sup>907</sup> A síntese elaborada por Joaquín Garrigues é precisa: “colocar lo seguro en el lugar de lo inseguro, y por ello, cuando la incertidumbre se substituye por la certeza, ya no es que estemos ante una causa de exclusión de la cobertura, sino directamente ante una circunstancia inasegurable.” (GARRIGUES, Joaquín. *Estudios sobre el contrato de seguro*. In *Revista de derecho mercantil*. Julio-Diciembre, 1967. p. 27).

<sup>908</sup> Diana Castro refere à dificuldade prática de identificar em sede de responsabilidade civil profissional hipóteses de violação de deveres que não sejam decorrentes de culpa grave: “A culpa grave encontra, ainda, a problemática de impossibilitar a pactuação de cláusula de não indenizar em sede de responsabilidade civil dos profissionais, na medida em que a expertise na prestação do serviço ou na entrega da coisa acaba por impossibilitar a configuração de culpa leve. Imagine-se a celebração de contrato entre Escritório de Advocacia X e Empresa Y, em que o Escritório de Advocacia X prestará serviços advocatícios com relação a 400 processos da Empresa Y. No negócio, suponha-se que seja pactuada cláusula excludente do dever de indenizar pela perda de prazo em até duas ações judiciais. Caso se admitisse como requisito de validade a culpa grave, tal ajuste restaria impossibilitado por se referir a conduta caracterizada como gravemente culposa (perda do prazo pelo advogado). Retirar-se-ia, assim, da autonomia negocial, instrumento de gestão de riscos negociais e de previsibilidade. Mesmo que teoricamente se considerasse que nem todo inadimplemento profissional é gravemente culposo, buscando-se individuar os graus de culpa, hipóteses fáticas como a exemplificada demonstram a impossibilidade prática de se proceder a tal diferenciação em graus.” (CASTRO, Diana Loureiro de Paiva. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade*. Ibid. p. 175).

diante para que a seguradora os pague. Isto não acontece. As hipóteses de dolo em apólices de risco profissional podem ocorrer sim, mas a fonte será diversa: o advogado segurado, mancomunado com seu cliente, forja a perda do prazo para receber a soma da seguradora, por exemplo.

Assim como o advogado, o médico, o dentista, o corretor de seguros, e outras tantas categorias de profissionais liberais, justamente contratam essa espécie de seguro para fazer frente às consequências decorrentes dos seus erros: de sua culpa grave. Não há como, nesse cenário, equiparar a culpa grave ao dolo. As suas matrizes são completamente diferentes.<sup>909</sup>

Chegando no seguro *D&O*, é preciso lembrar dos comentários trazidos no capítulo 2, designadamente, à rígida distinção existente entre os deveres de diligência e de lealdade. As violações ao dever de diligência não trarão benefícios ou vantagens aos administradores; muito ao contrário, resultarão apenas em problemas (*e.g.* perda de bônus, possível demissão, críticas à sua reputação etc). O administrador negligente prejudica a si mesmo. Por outro lado, o administrador desleal age dessa forma para obter benefícios e vantagens; aproveita-se de oportunidade comercial dirigida à sociedade, compra ou vende ações às vésperas da divulgação de fato relevante (*insider trading*), compete com a sociedade na qual desempenha as suas funções de maneira oportunista. O administrador desleal pode lucrar muito e, conforme for, até mesmo decretar a quebra da sociedade.<sup>910</sup>

Por mais grave que seja a culpa do administrador, ela jamais será equiparável ao dolo. A violação ao dever de diligência não corresponderá à violação ao dever de lealdade. Pode, com efeito, haver essas duas violações de maneira conjugada, mas, ontologicamente, os dois institutos possuem origens claramente distintas.

Também em conformidade com a fundamentação apresentada no capítulo 2 no tocante ao preenchimento do dever de diligência, por meio dos demais deveres deste derivados – (i) qualificar-se, (ii) informar-se, (iii) investigar (vigiar) e (iv) informar ao mercado – foi possível observar que nem toda conduta equivocada do administrador será gravemente negligente. Conhece-se a doutrina que, sobretudo em matéria de responsabilidade extracontratual, vem

---

<sup>909</sup> Com os olhos dirigidos à essencialidade da matéria, Josserand já dizia no início do século passado: “[...] on n’arrivera pas à justifier l’identification de deux notions qui sont de métaux différents et qui ne sauraient être ramenées l’une à l’autre qu’au mépris de toute psychologie et de toute morale”. (JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. t. II. Paris: Librairie du Recueil Sirey société anonyme, 1930. n°. 612).

<sup>910</sup> Por todas, a lição de Paz-Ares é emblemática nesse sentido. (PAZ-ARES, Cândido. *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*. cit.)



mitigando a importância dos graus de culpa do ofensor,<sup>911</sup> mas, respeitosamente, entende-se que se a ótica empregada não for a da vítima, isto é, a respeito das consequências decorrentes da lesão, senão para fins de se examinar a existência de cobertura no contrato de seguro, a questão ganhará um contorno diferente de modo que o exame dos graus de culpa, notadamente a culpa grave, poderá ser relevante.

Quando se estudou a *business judgment rule* e sua aplicabilidade no direito brasileiro, observou-se que um de seus pressupostos é a inexistência de culpa grave. A decisão, para que seja tutelada pela *business judgment rule*, precisará ser informada, refletida e no interesse da sociedade. Se, a *contrario sensu*, for gravemente desinformada e não refletida, não haverá proteção. O exame dos graus de culpa, destarte, revela-se importante.<sup>912</sup>

É curioso notar que a equiparação da culpa grave ao dolo na regulação normativa dos contratos de seguro é realizada de forma totalmente ampla, genérica, do tipo *one size fits all!*,<sup>913</sup> o que, juridicamente, encontra-se equivocado. Assim, ilustrativamente, as Circulares SUSEP nº. 256, de 16.6.2004 (a propósito dos seguros de danos), art. 22<sup>914</sup> e nº. 437, de

---

<sup>911</sup> A propósito da irrelevância dos graus de culpa, designadamente em sede de responsabilidade extracontratual, há relevante doutrina nesse sentido, inclusive no concernente ao parágrafo único do art. 944 do Código Civil, cujo mote atentaria ao nexos causal e não aos graus de culpa do ofensor: “O Código Civil de 2002 manteve, portanto, a orientação de que a indenização deve medir-se pela extensão do dano. O grau de culpa, em princípio, não influi na estimativa das perdas e danos; contudo, para que essa regra não se torne dura demais em alguns casos, o legislador, por meio do parágrafo único do art. 944, autorizou o magistrado a reduzir o valor da indenização (nunca, porém, a aumentá-lo), quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. A gravidade da culpa não serve, frise-se, como ‘medida’ da indenização, nem mesmo é, a nosso ver, adequada para determinar a distribuição do prejuízo entre os agentes coresponsáveis pelo dano. É o nexos causal o elemento da responsabilidade civil que deve exercer essa função” (CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 324-325). Para uma análise histórica acerca dos graus de culpa e, sem embargos dos efeitos da doutrina que vem relativizando a sua importância, Bruno Carrá defende que, na atualidade, os diferentes graus de culpa ainda se afiguram relevantes para fins de se promover a Justiça de forma adequada. (CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *A doutrina da tripartição da culpa: uma visão contemporânea*. In *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 13. ano 4. p. 199-229. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017). Na Espanha, desde a metade do século passado, já se refere a essa posição: “se deduce que la culpa contractual se dividió en grados correspondientes a la diligencia que el deudor era llamado a prestar en razón a la utilidad o al pacto. Mientras por el contrario, la susodicha graduabilidad no es concebible en la culpa extracontractual, porque faltan los criterios de la correlatividad y del pacto precedente.” (COSSIO Y CORRAL, Alfonso. *El dolo en el derecho civil*. Madrid: Ed. Revista de derecho privado, 1955. p. 98-99). Na França, Planiol e Ripert afirmavam o mesmo de maneira ainda mais geral: “la distinction de la faute légère et de la faute lourde est imprécise et ne peut guère être faite que par sentiment” (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. t. VI. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952. p. 546).

<sup>912</sup> A respeito da *business judgment rule* e sua aplicabilidade no direito brasileiro. Capítulo 3, fls. 270 et seq.

<sup>913</sup> Em tradução nossa: “A mesma medida para todos!”

<sup>914</sup> Circular SUSEP nº. 256, de 16.6.2004. Art. 22. Na relação dos riscos excluídos deverão constar os danos causados por atos ilícitos dolosos ou por culpa grave equiparável ao dolo praticados pelo segurado, pelo beneficiário ou pelo representante legal, de um ou de outro.

14.6.2012, anexo II, item 1.2, letras b) e c).<sup>915</sup> Especificamente quanto ao seguro *D&O*, a Circular SUSEP nº. 553, de 23.5.2017, padece do mesmo vício:

Art. 3º Para fins desta norma, são adotadas as seguintes definições:

VIII - culpa grave: é aquela que, por suas características, se equipara ao dolo, sendo motivo para a perda de direitos por parte do Segurado. A culpa grave deverá ser definida pelo Judiciário ou por arbitragem”;

Posteriormente, ao tratar da repetição de valores recebidos pelo segurado a título de antecipação dos custos de defesa, a norma apenas refere à conduta dolosa do segurado, deixando de fazer a equiparação à culpa grave (§ 4º):

Art. 5º No seguro de RC D & O, a sociedade seguradora garante aos segurados, quando responsabilizados por danos causados a terceiros, em consequência de atos ilícitos culposos praticados no exercício das funções para as quais tenham sido nomeados, eleitos e/ou contratados, o reembolso das indenizações que forem obrigados a pagar, a título de reparação, por sentença judicial transitada em julgado, ou em decorrência de juízo arbitral, ou por acordo com os terceiros prejudicados, com a anuência da sociedade seguradora.

[...]

§ 3º A garantia poderá abranger os custos de defesa e os honorários dos advogados dos segurados.

§ 4º Quando da concessão da garantia prevista no §3º acima, deve haver menção expressa ao direito de regresso da seguradora nos casos em que os danos causados a terceiros decorram de atos ilícitos dolosos, ou em que o segurado reconheça sua responsabilidade.

Com efeito, a demonstração de que houve culpa grave pelo administrador segurado muito dificilmente ocorrerá por ocasião da comunicação do sinistro à seguradora. É a partir de então que os fatos serão investigados o que, frise-se, diante de violações ao dever de diligência (e não lealdade), deverá ensejar a cobertura com vistas à antecipação dos custos de defesa.

Posteriormente, caso ao final da demanda de fundo na qual se discuta a conduta do segurado reste comprovada a sua culpa grave, aí sim haverá espaço para a repetição dos valores adiantados, circunstância que, no direito civil, parece amoldar-se à disciplina prevista nos artigos 876 (pagamento indevido) e/ou 884 e 885 (enriquecimento sem causa) do Código Civil.

A questão concernente à cobertura da culpa grave nos seguros *D&O* carece de maior aprofundamento. A posição comumente empregada pelo órgão regulador é descabida por

<sup>915</sup> Circular SUSEP nº. 437, de 14.6.2012, anexo II, item 1.2, ;letras b) e c). “[...] 1.2 - Atendidas as disposições deste seguro, o Segurado terá direito à garantia, ainda que os danos decorram de: [...] b) atos ilícitos culposos, praticados pelo Segurado, pelo beneficiário ou pelo representante, de um ou de outro, se o Segurado for pessoa física, exceto no caso de culpa grave equiparável a atos ilícitos dolosos; c) atos ilícitos culposos, praticados pelos sócios controladores, dirigentes, administradores, beneficiários e respectivos representantes, se o Segurado for pessoa jurídica, exceto no caso de culpa grave equiparável a atos ilícitos dolosos.”

todos fundamentos apresentados. Sob a perspectiva da autonomia privada de tomadores, segurados e seguradora, entende-se que a delimitação dos riscos de maneira a tanto cobrir, quanto excluir os riscos alusivos à culpa grave é juridicamente possível.<sup>916</sup>

### 3.4.2. O dolo próprio do contrato de seguro D&O

Observam-se diversas espécies de condutas dolosas no contrato de seguro:<sup>917</sup> (i) como vício volitivo, que motiva a contratação da apólice em condições não correspondentes à realidade decorrentes, de informações incompletas ou inverídicas transmitidas pelo proponente; (ii) como conduta que, uma vez aperfeiçoado o contrato, implica no agravamento ou modificação substancial do risco segurado; (iii) no descumprimento de deveres os mais diversos (salvamento, aviso imediato do sinistro etc.) e (iv) como conduta deflagradora do sinistro, reconhecidamente chamada pela doutrina por fraude contra o seguro.<sup>918</sup>

<sup>916</sup> Na Espanha e com foco no contrato de seguro *D&O*, há doutrina relevante a defender a impossibilidade de equiparação da culpa grave ao dolo e, ademais, que propugna pelo oferecimento de cobertura àquela: “En resumidas cuentas, una cosa es que tradicionalmente se haya establecido la equiparación entre culpa lata y dolo a fin de sentar unos criterios mínimos de imputación de la responsabilidad, y otra que corresponda establecer como regla general la equiparación de efectos jurídicos.” (YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *El seguro de responsabilidad civil ante los daños causados intencionadamente (con una particular atención al seguro de los administradores societarios, ante el concurso de acreedores culpable)*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2013. p. 20). A referência comumente citada a propósito dessa matéria é ALONSO SOTO, R. *El seguro de la culpa*. Madrid: Ed. Montecorvo, 1977. p. 281 et seq. A exclusão para o dolo e a possibilidade de cobertura para a culpa grave também é observada em Portugal. “O segurador não responde também pelo sinistro causado pelo próprio segurado ou por pessoa por quem ele seja civilmente responsável, como dispõe o n.º 5 deste artigo. Mas, posto que este preceito o não diga, nada impede que as partes convençionem o contrário, assumindo o segurador a responsabilidade pelos sinistros não causados com intenção ou culpa grave”. (CUNHA GONÇALVES. Código Civil Anotado. v. II. Lisboa: Empresa Editora José Bastos, 1919. p. 566-567). Também MOITINHO DE ALMEIDA, José Carlos. *O contrato de seguro no direito português e comparado*. Lisboa: Ed. Sá da Costa, 1971. p. 101 et seq.

<sup>917</sup> É contundente a afirmação de GONZÁLEZ-HABA: «El dolo pertenece a otra galaxia, es de otro mundo». (GONZÁLEZ-HABA. *Algunas exclusiones de cobertura en los seguros obligatorio y voluntario*. In *Ponencia del II Congreso Extremeño de Derecho de la Circulación y Seguros*. Cáceres, 1995. p. 12).

<sup>918</sup> Estatísticas disponibilizadas pela Confederação Nacional das empresas de seguros, resseguros, previdência privada e capitalização (CNSeg) revelam que as perdas anuais decorrentes da fraude contra o seguro no ano de 2017 representaram o equivalente a R\$ 33 bilhões. “O SQF é a ferramenta institucional da CNseg para coleta e compilação dos dados necessários à geração dos indicadores para quantificação da fraude. Por intermédio deste sistema, alimentado pelas próprias seguradoras, nos ramos de seguros Patrimoniais e de Responsabilidades, desde 2004 são gerados anualmente indicadores de fraude contra o seguro, compondo-se assim uma inédita série histórica dessas ocorrências no segmento de Seguros Gerais. Os resultados consolidados das seguradoras participantes do 15º Ciclo (2017) apontam que os Sinistros Ocorridos somaram aproximadamente R\$ 33 bilhões. Deste total, R\$ 5,2 bilhões foram resultados de Sinistros Suspeitos, o que corresponde a 15,8% do valor total dos Sinistros Ocorridos. O valor das fraudes que puderam ser comprovadas neste período somou aproximadamente

Cada uma dessas espécies de dolo detém o seu próprio tratamento: o vício volitivo é tratado pelo Código Civil na parte geral, nos artigos 145 e seguintes. Relevante, à presente hipótese, o art. 147: “*Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado*” e a sanção respectiva, qual seja, a anulabilidade do negócio jurídico (arts. 145 e 171, inc. II).<sup>919</sup> No capítulo XV do Código, dedicado ao contrato de seguro, o tema é previsto nos arts. 765 e 766 *caput*, ao qualificarem o contrato como de máxima boa-fé, assim como na sanção proveniente da, deliberadamente, omissão e/ou prestação de informações inverídicas, traduzida na perda do direito à garantia.<sup>920</sup>

O art. 766 trata, especificamente, do dolo como vício volitivo e a sanção prevista no enunciado normativo corresponde à perda do direito à garantia; não há qualquer menção seja à anulabilidade, seja à nulidade do contrato. Ato contínuo, lembra-se que o art. 762 determina a nulidade do contrato de seguro “*para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro.*”

Se a parte geral do Código Civil reputa anulável o contrato maculado pelo dolo de um dos contratantes, por que haveria um tratamento específico para o contrato de seguro, a ensejar a sua nulidade? A justificativa decorreria da boa-fé qualificada que deve nutrir esse contrato.<sup>921</sup> Este é o comentário de Amílcar Santos:

A lei obriga os contratantes a serem sinceros e verdadeiros em suas declarações, sob pena de nulidade do contrato. Quando se chama ao seguro contrato de boa-fé, expressão que perdeu, no direito moderno, sua significação romana, pretende-se

---

R\$ 730,1 milhões, o que representa aproximadamente 14,1% do valor dos Sinistros Suspeitos. Atuar na redução das fraudes é agir a favor do segurado. Esta pesquisa representa uma contribuição nesse sentido.” (Fonte: <https://cnseg.org.br/cnseg/publicacoes/sistema-de-quantificacao-da-fraude/>, visitado em 6.12.2018).

<sup>919</sup> Código Civil. Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa; Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

<sup>920</sup> Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes. Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido. Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio.

<sup>921</sup> Observa-se na doutrina alguma opinião a relativizar a importância da boa-fé qualificada no contrato de seguro. É o caso de Margarida Lima Rego, segundo a qual, em oposição aos contratos de seguros, a verdade é que inexistem contratos que possam ser executados com má-fé e subterfúgios. (REGO, Margarida Lima. *O contato de seguro e terceiros*. Op. cit. p. 417). Com efeito, entende-se que, ao menos no Brasil, a exigência de boa-fé qualificada deve ser mantida. Em uma sociedade na qual há tanta assimetria de informação, desigualdade e ignorância, o rigor no tratamento da boa-fé pode, em alguma medida, apara essas ‘arestas informativas’.

indicar que o segurado está particularmente obrigado a bem informar o segurador sobre todas as circunstâncias que lhe permitam apreciar a natureza e a extensão do risco que toma a seu cargo. Deve abster-se de falsas declarações, como não deve guardar silêncio sobre seguro, presume-se de má-fé ainda que seja apenas expressão de mera leviandade, ou falta de zelo. As declarações do segurado concernentes, portanto, aos antecedentes e aos elementos do risco, como base que são do contrato, devem ser completas e verdadeiras. Qualquer inexatidão, ainda que involuntária, constitui causa de nulidade do contrato.<sup>922</sup>

Ao observar-se a nulidade como consequência do vício volitivo no contrato de seguro, a parte final do caput do art. 766 provoca uma inquietação, ao determinar que o segurado ficará obrigado ao pagamento do prêmio vencido. Ora, se há nulidade com os consequentes efeitos *ex tunc*, por que impor ao segurado a obrigação de pagar o prêmio vencido? Se o contrato não produz quaisquer efeitos, não parece coerente a imposição de pagamento do prêmio vencido.

A doutrina explica essa inquietação como mais uma medida encontrada pelo legislador para enfatizar a importância da boa-fé no contrato de seguro e, assim, realmente impor ou uma pena privada ou uma espécie de indenização pelas perdas e danos causados à seguradora em razão da falta do segurado.<sup>923</sup>

A propósito do dolo como agravamento do risco nos contratos de seguro *D&O*, a sua ocorrência costuma decorrer de eventos societários que, claramente, alteram sobremaneira o risco originalmente delimitado. Uma sociedade anônima que, ao contratar o seguro, possua capital fechado e que, durante a vigência do contrato, resolva abrir o seu capital em bolsa: não há dúvida de que o risco para uma e para outra será completamente diferente. Uma sociedade contrata a apólice e, durante a vigência, passa por uma aquisição, fusão, cisão, uma tomada de controle, em suma, eventos societários capazes de alterar o poder de controle, a própria

<sup>922</sup> SANTOS, Amílcar. *O seguro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1989. p. 37.

<sup>923</sup> “Nesta perspectiva, a solução cumpriria uma função compensatória, segundo a qual a cominação seria uma reparação do segurador por um valor presumido de danos e perdas (indenização a forfait – isto é, determinada em abstracto – pelas despesas, designadamente administrativas, incorridas), sem prejuízo do cômputo de um valor superior, a ser indemnizado pelo tomador faltoso. [...] Perspectiva diversa é a que atribui à perda do prêmio a natureza de medida punitiva legal (acessória face à sanção principal de anulação do contrato) contra o comportamento ilícito e culposo do tomador do seguro, cumprindo uma função eminentemente sancionatória ou punitivo-preventiva. Estaria em causa, nesta perspectiva, não só uma sanção contra o dolo do tomador, mas uma medida profiláctica e dissuasora da atitude de apostador do proponente faltoso, confiante na possibilidade de não ser descoberto.” (POÇAS, Luís. *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*. Lisboa: Almedina, 2013. p. 541-542).

administração cotidiana da sociedade<sup>924</sup> e o seu risco de crédito.<sup>925</sup> Não há dúvida de que o risco restará claramente modificado.

No concernente ao descumprimento de deveres contratuais – salvamento, avisos do sinistro, mudanças de atividade empresarial, endereço, localização geográfica etc. – o seguro *D&O* não apresenta maiores peculiaridades frente à generalidade dos contratos de seguro. A fraude, como o vetor que deflagra o sinistro, é que apresenta uma característica própria no seguro *D&O* em comparação com outros contratos de seguro.

Alvino Lima, em obra publicada em 1965, estudou detidamente a fraude no direito civil, porém com os olhos mais vertidos à fraude contra credores.<sup>926</sup> A propósito de mais do que a existência, a sua perenidade no direito brasileiro, Lima afirmou:

Desde tempos imemoráveis que os homens ávidos de proventos e dominados pelo seu egoísmo irrefreável na defesa de interesses materiais, ferem os direitos e interesses de terceiros, lesando-lhes o patrimônio, através de processos ardilosos, com emprego de artimanhas e artifícios inconfessáveis. O fenômeno é tão antigo quanto o da lei como norma de conduta; “fatta la legge trovato l’inganno”, diz o brocardo italiano.<sup>927</sup>

A relevância do estudo do professor paulista para o exame do dolo que, de forma singular, apresenta-se no seguro *D&O*, decorre da distinção elaborada para o dolo como vício volitivo e como fraude. A distinção proposta pelo autor foi a seguinte:

---

<sup>924</sup> Miguel Iribarren apresenta variadas formas de agravamento do risco no seguro *D&O*: transformação do tipo societário, a fusão/cisão/incorporação, variação do grupo de acionistas, aquisição do controle por terceiros, diluição de minoritários, abusos da maioria/minoria etc. (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2005. p. 240). No mesmo sentido: FARIA, Clara Beatriz Lourenço de. *O seguro D&O e a proteção do patrimônio dos administradores*. São Paulo: Almedina, 2011. p. 103. Com ênfase às tomadas de controle hostil (*hostile take over*), António Roncero Sanchez explica que estas, usualmente, desaguardam em litigiosidade intensa contra os administradores, potencializando, portanto, o risco segurado: “Es comúnmente conocido que los procesos de cambio de control, particularmente si se realizan de manera hostil (es decir, sin contar con la aquiescencia del órgano de administración de la sociedad) derivados de ofertas públicas de adquisición u otros mecanismos, suponen una ocasión muy propicia para iniciar acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad afectada”. (RONCERO SÁNCHEZ, António. *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima. (Sujetos, interés y riesgo)*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2002. p. 142).

<sup>925</sup> Alterações do perfil de crédito como deflagrações do agravamento de risco para efeitos no contrato de seguro foram observadas por Fábio Konder Comparato: “Haverá agravação do risco referente a um crédito determinado, quando o segurado, sem o consentimento expresso ou tácito da seguradora, modifica qualquer dos elementos do crédito seguro. Assim é, por exemplo, com a concessão de prorrogações de prazo ou reforma de títulos, que deixam sempre supor encontrar-se o devedor em dificuldades. O direito inglês faz a esse respeito uma distinção entre as simples prorrogações de vencimento, ou prazos de favor (*mere delay*), e o ajuste de uma nova relação contratual, estabelecendo prazo diverso de pagamento. Apenas neste segundo caso haveria propriamente indevida agravação do risco, com a consequente supressão da garantia.” (COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito*. São Paulo: RT, 1968. p. 127).

<sup>926</sup> LIMA, Alvino. *A fraude no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.

<sup>927</sup> *Ibid.* p. 1.

O dolo, viciando o consentimento, mediante o emprego de artifícios e artimanhas para obtenção do consentimento da parte com quem se contrata, é exercido diretamente, de modo a permitir, pelo menos, que a vítima se defenda. Na fraude, entretanto, o terceiro, vítima do ardil posto em prática, é colhido de surpresa, é atacado à socapa, quando os efeitos da ação fraudulenta já se manifestaram definitivamente; [...] o fraudador e seu cúmplice agem calma e cautelosamente, arquitetando com a maior segurança possível o seu plano de ação ilícita, examinando, com minúcias, os elementos e formas de que se devem servir, de maneira a construir uma situação jurídica menos vulnerável possível à defesa da vítima.<sup>928</sup>

Enquanto que na esfera do vício volitivo o agente ‘enfrenta’ a vítima, pela frente, na fraude age pelas costas, arquitetando plano malicioso de maneira meticulosa de maneira a acobertá-lo sob o suposto manto da legalidade.

A ação dolosa, quando se procura obter o consentimento, através de maquinações, é, portanto, menos nefasta do que o procedimento do fraudador, que se acoberta com a proteção da lei, para feri-la na sua finalidade de proteção dos direitos. No ato doloso fere-se a lei, enfrentando-se a própria vítima, ao passo que na fraude ferimos a lei, golpeando a vítima pelas costas, com o disfarce da lealdade.<sup>929</sup>

Alvino Lima prossegue em seus escritos ressaltando a importância do combate à fraude, citando valorosas referências;<sup>930</sup> comenta acerca da importância da moral que, conquanto seja distinta do direito, deve servir de bússola para esclarecer o conteúdo da norma jurídica.<sup>931</sup> Embora escrita no século passado, a obra permanece atualíssima:

Se a influência da moral no direito sempre se evidenciou e se proclamou, mais necessária se nos afigura a sua aplicação nos momentos que atravessamos, de dissolução de costumes, de avidez de lucros inconfessáveis, de insensibilidade moral, de ausência de honestidade. [...] Desta forma perece o direito e triunfa a

<sup>928</sup> Ibid. p. 2.

<sup>929</sup> Ibid. p. 2-3.

<sup>930</sup> Entre outras, Lima cita as seguintes: Jossierand qualifica-a como sendo “a negação do próprio direito”. (JOSSERAND, L. *Les mobiles dans les actes juridiques*. Paris, 1982, p. 214); para Cirillo M. Retortilo: “Una de las cosas del mundo de que mas se deben trabajar los Reyes, los activos Señores que tienen lugar de Nuestro Señor Dios de la Tierra, para mantener la Justicia, es de contrastar a la malicia de los hombres, de manera que el derecho no puede ser embargado por ellos”. (MARTÍN RETORTILO, Cirillo. *La lucha contra el fraude civil*. Barcelona, 1943, p. 109). Vale citar, ainda, o escólio de Francisco Soto Nieto: «Una patente causa ilícita, por su raíz de inmoralidad, no sólo priva al contrato de consistencia, sino que fulmina todo viso de validez y existencia.» (SOTO NIETO, Francisco. *Daños dolosamente causados en la circulación de vehículos de motor. Polémica sobre su cobertura*. In *Primer congreso constituyente de la Asociación de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*. Granada, 2001, p. 85-86).

<sup>931</sup> Ibid. p. 7. A propósito da importância da moral, Alberto Trabucchi, em comentário ao, à época, novel art. 1.175 do Código Civil italiano de 1945, apresentou o que deveria corresponder à chamada *regole della correttezza*. Para Trabucchi, o referido dispositivo, ao lado de outros que referem à boa-fé, a qual deve interferir especialmente nas relações contratuais e precontratuais (arts. 1.366 e 1.375 do Cód. Civ.), traça um critério unitário pela imposição de um princípio geral de boa-fé nas relações dos negócios, princípio válido para todas as relações obrigacionais. Na elaboração do novo Código Civil italiano, a “Relação Real”, assim conceituou o princípio de *correttezza*: “La correttezza è unno stilo morale della persona, che indica spirito di lealtà, abito virile di fermezza, di chiarezza e di coerenza, fedeltà e rispetto a quei deveri che, secondo la coscienza generale, devono essere osservati nei rapporti tra consociati.” (PANDOLFELLI, G. et al. *Codice Civile, Libro delle Obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1941. p. 56).

improbidade, acarretando não apenas um dano jurídico, mas também uma grave perturbação moral e social de consequências imprevisíveis.<sup>932</sup>

Especificamente sobre o dever de lealdade e a fraude, a referência apresentada por Lima é cirúrgica para efeitos de se compreender o dolo próprio do contrato de seguro *D&O*:

Diz Francesco Messineo, que a fraude, “malicioso e desleal agir em prejuízo de outrem”, é a antítese do “dever de lealdade ou de retidão (art. 1.175), que deve inspirar toda a atividade jurídica”. Acrescenta o referido jurista, que talvez ater-se à retidão seja mais do que agir de boa-fé, da mesma maneira que a fraude é qualquer coisa mais do que a má-fé.<sup>933</sup>

E, concluindo as reflexões trazidas pelo autor, vale referir à dificuldade de conceituar juridicamente a fraude justamente em razão de sua apresentação cambiante:

Procurando determinar o conceito de fraude, adverte Josserand, que a fraude pertence a esta família numerosa de noções, cuja realidade e importância são reconhecidos por todos, mas cuja significação e extensão permanecem na penumbra, apesar dos esforços para fazê-la surgir; entende-se que a fraude é a própria negação do direito, contrapondo-se a todas as regras jurídicas, mesmo as mais necessárias – “*fraus omnia corrumpit*”. Mas quando se deseja fixarem-se os traços desta corrupção, encontra-se o embaraço e a evidência dá margem à dúvida. Por estas razões, acrescenta Josserand, o melhor meio de conceituar a fraude é dizer o que ela não é, com o auxílio de eliminações sucessivas, a fim de penetrar até à essência deste conceito “*fuyant et changeant*”.<sup>934</sup>

Assim, a fraude, em sentido estrito,

caracteriza-se pela prática de um ato jurídico ou consumação de um fato jurídico, perfeitamente lícitos em si mesmos, mas praticados com a finalidade de frustrar os efeitos de determinado preceito jurídico imperativo, prejudicando ou não interesses de terceiros e com a co-participação ou não de terceiros.<sup>935</sup>

A generalidade dos contratos de seguro apresenta exemplos de fraude com requintes ora de crueldade, ora de ingenuidade e até humor. Iniciando pela simples utilização indevida de carteirinhas de identificação de planos de saúde por aqueles que não são segurados, passando por automutilações, contratos de seguro celebrados em nome de pessoas já falecidas, a prática demonstra hipóteses bizarras: o caso conhecido como o dos “gatos kamikazes”, em que determinado empresário contratou seguro compreensivo para seu estabelecimento (cobertura para incêndio, inclusive) e, a fim de receber a indenização, envolveu os bichanos em arame e estopa banhada com querosene, ateou-lhes fogo e, assim, espalhou chamas por todo o galpão.

<sup>932</sup> Ibid. p. 8.

<sup>933</sup> MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 1950. v. I. § 15 bis. n°. 17. p. 249). (LIMA, Alvino. Op. cit. p. 9-10).

<sup>934</sup> Ibid. p. 23.

<sup>935</sup> Ibid. p. 24.



O plano parecia perfeito, mas, pecou num pequeno detalhe: os reguladores do sinistro, ao chegarem no local designado, encontraram o esqueleto de um animal, envolvido na mesma estrutura de arame concebida pelo fraudador. A combustão foi quase perfeita, esquecendo-se o criminoso de que o arame não seria objeto da combustão.

O caso da padaria de dois pavimentos provoca risadas. O segurado preparou um plano “perfeito”. Sua padaria de dois pavimentos seria integralmente consumida pelas chamas. Eis o plano: colocou em partes estratégicas dos dois pisos do estabelecimento baldes de querosene e os conectou com pavio e pólvora, de modo que o simples início do fogo implicaria a combustão de todo o estabelecimento. O segurado deu início a seu plano; ateou fogo no primeiro andar e foi embora, avisando o “sinistro” à seguradora logo depois. Com a chegada do corpo de bombeiros ao local, além dos reguladores do sinistro, foi constatada a trapalhada do segurado: o plano foi quase perfeito porque apenas um dos andares foi consumido pelas chamas; o outro ficou intacto.

O terceiro e, talvez, o mais curioso de todos, se passou nos Estados Unidos, no Estado da Carolina do Norte. Lá, determinado segurado cultivava seus charutos com muito gosto, mas, motivado por inspiração tendenciosa, resolveu contratar um seguro para protegê-los contra incêndio. Em seguida, fumou todos os charutos com grande prazer. Após, avisou o sinistro à seguradora, explicando que haviam sido destruídos por “pequenos incêndios”. A seguradora, por seu turno, resistiu argumentando que o sinistro não estaria coberto, mas, incrivelmente, a sentença acolheu a pretensão do segurado, ao argumento de que o clausulado não seria claro quanto à exclusão do risco em questão. No Tribunal local a seguradora teve melhor sorte e além de reformar a sentença logrou êxito em seu pedido com vistas à expedição de ofício ao Ministério Público a fim de investigar a conduta do segurado “esperto”.<sup>936</sup>

Três exemplos bizarros e por que não dizer, cômicos. Porém, há outros verdadeiramente trágicos. Quantos não são os seguros de vida contratados em favor de pessoas que, tempos depois, são mortas, tudo com o fim de receber a soma segurada?<sup>937</sup> Prosseguindo, o que falar do segurado que, por dizer-se com sede, teria tomado o facão de um

---

<sup>936</sup> Esses e outros exemplos foram detalhadamente narrados por: Santos, Ricardo Bechara. *Direito de seguro no Novo Código Civil e legislação própria*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 494-495.

<sup>937</sup> Essa sistemática, aliás, determinou a positividade da regra prevista no art. 790

“Art. 790. No seguro sobre a vida de outros, o proponente é obrigado a declarar, sob pena de falsidade, o seu interesse pela preservação da vida do segurado. Parágrafo único. Até prova em contrário, presume-se o interesse, quando o segurado é cônjuge, ascendente ou descendente do proponente.”

vendedor de cocos no Rio de Janeiro para abrir o fruto com suas próprias mãos e, por um “descuido”, teria cortado o dedão de uma das mãos fora. A perícia realizada nos autos demonstrou que a dinâmica empreendida no caso afastaria completamente a estranha versão narrada pelo segurado, gerando como resultado a perda do direito à garantia, a improcedência e o dedo amputado.<sup>938</sup>

Esses exemplos detêm um traço que os une: a fraude é praticada com o objetivo de receber a soma segurada. É por isso que se ateia fogo no estabelecimento comercial, auto mutila-se, e toda sorte de condutas as mais reprováveis. Observa-se o nexos causal entre a conduta do segurado – que é deliberada, diretamente<sup>939</sup> vertida contra a lei – e o aferimento da vantagem econômica ilegal, espelhada no pagamento do capital pela seguradora. É exatamente esse o *modus operandi* da grande maioria das fraudes que se observam no cotidiano dos seguros.

A fraude no seguro *D&O* tem um colorido próprio, que remete ao exame do risco, estudado no capítulo 2. Quando os deveres de diligência e lealdade foram seccionados, atentou-se à presença da culpa, no primeiro dever, e do dolo, no segundo.

O administrador negligente é o que deixa de se qualificar, de se informar, de vigiar e investigar, de informar ao mercado. Ele peca, em geral, porque: (i) deixa de adotar uma conduta, (ii) distrai-se; (iii) presume possuir o tanto de informação suficiente à tomada de decisão etc.

O vetor quanto ao administrador desleal é outro; via de regra, ele, deliberadamente, preparará um plano para, sob as vestes da legalidade, auferir vantagem financeira que sabe não lhe pertencer. Trata-se da patologia da administração.<sup>940</sup> Tome-se, a título de exemplo, o

<sup>938</sup> SANTOS, Ricardo Bechara. *Ibid.* p. 502-503.

<sup>939</sup> Vale referir que o dolo eventual, justamente por não ser direto, mas reflexo, não correspondendo, diretamente, à manifestação deliberada do agente, não corresponde à conduta que determina a perda do direito à garantia com fins no dolo. A hipótese seria de culpa grave. Nesse sentido, Nicolás H. Barbato: “Dado que el concepto de delito civil exige la intención de causar daño, no abarca la hipótesis en la que dicho daño no es querido ni buscado, no se da como cierto, sino que simplemente aparece como probable y se actúa con indiferencia respecto de su eventual acaecimiento. Civilmente, tal supuesto se encuentra ubicado dentro de la esfera de los actos meramente culposos.” (BARBATO, Nicolas H. *Culpa grave y dolo en el derecho de seguros*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1994. p. 103).

<sup>940</sup> “[...] resulta bastante claro que en aquellos supuestos en los que el administrador se valga de la existencia de un contrato de seguro para realizar actividades dolosas, en la consciencia de que va a resultar cubierto su propio patrimonio, aquéllos no quedan comprendidos, como no podía ser de otro modo, dentro del concepto de lo que podríamos denominar «sana administración». Lo anterior significa claramente que, en casos de siniestros causados con dolo de los administradores, no nos encontramos ante siniestros derivados de una gestión más o menos negligente, sino que, por el contrario, nos hallamos ante un fenómeno de patología de la actividad gestora.” (MORALES-ARCE, Jaime Baíllo y. *El aseguramiento de la responsabilidad civil de los*

*insider trading*. O administrador efetivamente comprará ou venderá ações às vésperas da divulgação do fato relevante pela companhia. Assinará os contratos, conforme for, desembolsará quantias, fará as anotações em sua declaração de imposto de renda. Como afirma Alvin Lina, o fraudador é engenhoso e meticuloso. Age na socapa, nas costas do lesado, com ares de total legalidade. O problema, por óbvio, ocorre quando a fraude é desmascarada.

Diversos outros exemplos podem ser referidos com esse mesmo *modus operandi*. O administrador que se aproveita de oportunidade comercial endereçada à sociedade também o fará de maneira ardilosa. Remete-se, por oportuno, ao caso *Guth v Loft*, examinado no capítulo 2.<sup>941</sup> A conduta posteriormente questionada teve ares de suposta naturalidade e legalidade. O administrador, até mesmo depois de consultar o conselho de administração, passou a concorrer, através de outra companhia, com aquela que pagava os seus salários, bônus e dividendos. As violações ao dever de lealdade serão, em regra, dolosas. É difícil pensar em deslealdade meramente culposa.<sup>942</sup>

A distinção que se observa entre o dolo na generalidade dos seguros de danos, nos seguros de responsabilidade civil e, ainda mais especificamente no seguro *D&O*, refere-se ao nexos causal entre a conduta do segurado e o proveito econômico que tem como alvo o pagamento do capital pela seguradora.<sup>943</sup>

*administradores: especial referencia al dolo como excepción oponible o no inoponible*. In *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*. v. II. Madrid: Mac Graw Hill ed. 2002. p. 1.282). A expressão patologia da atividade gestora foi cunhada por RIGOLINO BARBERIS, F. *L'illecito commesso con dolo nel sistema della l. 24 dicembre 1969, n. 990*. In *Dir. Prat. Assicuraz.*, 1978, p. 572.

<sup>941</sup> O caso *Guth v Loft* foi examinado no capítulo 2, fls. 187 et seq.

<sup>942</sup> Violações ao dever de lealdade na modalidade culposa, conquanto excepcionais, foram examinadas no capítulo 2, fls. 202 et seq.

<sup>943</sup> A motivação para não cobrir o dolo em seguro de danos e em seguro de responsabilidade civil é diferente. No seguro de danos: “reducir los incentivos del asegurado para asegurar el bien por más de lo que vale, destruirlo y embolsarse la indemnización que ha de pagar la Compañía -o destruirlo y cobrar, al darse cuenta de que el valor real del bien es inferior a la suma asegurada-. En definitiva, sirve como instrumento de control de incentivos perversos de riesgo moral (como los mencionados) y de selección adversa: si quedaran cubiertos por las pólizas de seguro los siniestros dolosos, subiría enormemente el precio de las primas, lo que expulsaría a los mejores riesgos (esto es, aquellos menos susceptibles de producir daños dolosos) del mercado.” No seguro de responsabilidade civil: “en casos en los que quien planea causar a otro un daño asegura su responsabilidad extracontractual para eludir el pago de la indemnización, o bien quien no resiste la tentación de producir intencionadamente un daño a otro, al saber que su asegurador hará frente a la indemnización en su lugar. Ambas hipótesis son imaginables, pero poco probables en la realidad (al menos, nos parece, en los sectores más proclives a producir daños personales y en relación con las personas que, con mayor frecuencia, contratan seguros de responsabilidade civil: quienes se dedican, aun esporádicamente, a la pequeña delincuencia raramente conciertan esta clase de seguros). La razón de ello estriba en que quien provoca dolosamente el daño se enfrenta, aun cuando pudiera asegurar su responsabilidade civil, a la amenaza de un castigo previsto en el Derecho penal que no depende de su comportamiento en relación con el seguro.” (ARQUILLO COLET, Fernando Gómez

No seguro *D&O*, o administrador não violará o dever de lealdade porque pretende auferir a soma segurada, ou porque imagina que o seu custo de defesa será pago pela seguradora. A violação ao dever de lealdade pode representar, em pecúnia, muitíssimo mais do que os montantes previstos no contrato de seguro e isto explica o porquê de, nesta espécie contratual, a recorrência de episódios de fraude ser tão relevante. A constatação, entre outros autores, é de Jaime Baíllo y Morales-Arce:

En efecto, frente a lo que sucede en otros seguros de responsabilidad civil (piénsese, por ejemplo, en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística y en el seguro obligatorio de responsabilidad civil del cazador) en los que la existencia de dolo en la actuación del asegurado, aunque no imposible, resulta poco probable, en el seguro que nos ocupa no resulta descabellado pensar que la existencia de malicia o mala fe por parte de los administradores en el desarrollo de su actividad de gestión puede resultar más normal que en otros seguros de responsabilidad civil que atienden a cobertura de riesgos de naturaleza diversa.”<sup>944</sup>

---

Pomar Begoña. *Daños dolosos y seguro*. InDret 03/2000. Disponível em <http://docplayer.es/1851986-Danos-dolosos-y-seguro-fernando-gomez-pomar-begona-arquillo-colet.html>, visitado em 8.9.2018. p. 2-3).

<sup>944</sup> MORALES-ARCE, Jaime Baíllo y. *El aseguramiento de la responsabilidad civil de los administradores: especial referencia al dolo como excepción oponible o no inoponible*. In *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*. v. II. Madrid: Mac Graw Hill ed., 2002. p. 1263-1264. Em tradução nossa: “com efeito, frente ao que sucede em outros seguros de responsabilidade civil (pense-se, por exemplo, no seguro obrigatório de responsabilidade civil para automóveis e no seguro obrigatório de responsabilidade civil para o caçador) nos quais a existência de dolo na atuação do segurado, embora não seja impossível, resulta pouco provável, no seguro que nos ocupa não resulta despropositado pensar na existência de malícia ou má-fé por parte dos administradores no desenvolvimento de sua atividade de administração pode resultar mais habitual que em outros seguros de responsabilidade civil que cobrem riscos de natureza diversa.” Miguel Iribarren Blanco acrescenta que na generalidade dos contratos de seguro a fraude não gera lucro ao segurado, senão o equivalente, em moeda, ao interesse legítimo segurado. No seguro *D&O* inexistente limitação, o que gera recorrência maior: “Ordinariamente, en la cobertura frente a un riesgo cualquiera, el asegurado, descontada la indemnización que pueda obtener del asegurador si se cumplen las condiciones del seguro, no gana nada por que se produzca el siniestro, sino al contrario; sufre un daño, a cuya reparación sirve, precisamente, el seguro. En cambio, en este seguro, el daño causado por los administradores en la gestión de la sociedad del que resulta su responsabilidad puede tener, como reverso, el beneficio propio o de terceros.” (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2005. p. 177). A *contrario sensu*, a admitir a cobertura no seguro *D&O* para violações ao dever de lealdade, Elena F. Pérez Carrillo afirma: “Otro tipo de acto de mala gestión asegurable en el contrato D&O actual es el incumplimiento del deber de lealtad.” (p. 139). Um pouco mais adiante, a autora complementa: “[...] En la práctica de la cobertura de los distintos incumplimientos del deber de lealtad puede quedar muy restringida a través de las exclusiones de cobertura.” (PÉREZ CARRILLO, Elena F. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales. El seguro D&O en EEUU*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 144). A autora menciona um julgado norte-americano no qual houve cobertura para conduta dolosa em seguro *D&O*. A hipótese, difícil de acreditar, referiu-se a abuso sexual praticado por administradores contra menores. Em primeiro grau, o pedido dos segurados foi indeferido, posto que juridicamente impossível de cobrir-se. Em apelação, o Tribunal do Alaska acabou reformando a sentença com base nos seguintes fundamentos: 1) a redação da apólice quanto à cobertura para atos intencionais era ambígua; 2) os corretores de seguros que intermediaram a contratação teriam permitido a compreensão de que as condutas intencionais estariam cobertas; 3) em que pese a impossibilidade de cobertura para condutas contrárias à ordem pública segundo as leis do Alaska, não havia precedente jurisprudencial sobre como interpretar a questão tendo em vista o interesse de terceiros, no caso, as vítimas dos abusos cometidos pelos administradores. *St. Paul Fire & Marine Ins. Co. v. F.H.; K. W.* 55F. 3d 1420 (9<sup>th</sup> Circuit, 1995).

A desnecessidade do nexo causal entre a conduta do administrador e o proveito econômico a ser recebido da seguradora é referida comumente pela doutrina que se debruçou sobre o contrato de seguro *D&O*.<sup>945</sup> Adotando-se uma vez mais o exemplo do *insider trading*, é preciso considerar todo o esforço empregado pela Comissão de Valores Mobiliários por ocasião da publicação da Instrução nº. 358, de 3.1.2002, no sentido de evitar a sua consumação. Os prejuízos decorrentes da consumação podem ser impagáveis, incomparáveis com o eventual ganho do fraudador.<sup>946</sup>

É interessante notar que, para muito além do contrato de seguro *D&O*, doutrina relevante que estudou o contrato de seguro (gênero) também afasta a necessidade do nexo causal, o que seria um atributo próprio do dolo no direito penal.<sup>947</sup> Para efeitos civis, o que importa é o exame da conduta do segurado; se esta for deliberada e consciente, tendo por fim violar a lei aplicável à espécie, a fraude estará caracterizada. Não é preciso ver o imóvel arder em chamas para que a fraude reste consumada. Se a engenhoca articulada pelo segurado falhar, a fraude terá restado comprovada da mesma maneira. Entre tantas referências nesse sentido, as palavras sempre atuais de Antigono Donati:

Perchè l'evento possa dirsi doloso (art. 1900; cod. nav. artt. 524, 1012) occorre che esso sia stato causato da dolo dell'interessato. Dolo è la volontà e coscienza dell'atto pregiudizievole, cioè una libera determinazione dell'azione con la coscienza che

<sup>945</sup> Cita-se, a propósito, a posição de Sarah Xerri, a propósito do art. L. 113-I, do *Code des Assurances* francês: « faute intentionnelle-objective : il sera intéressant d'examiner le comportement des dirigeants sociaux à l'aune des arrêts récents en la matière et commentés par Jérôme Kullmann bien que non publiés au bulletin civil – arrêt de la 2e Chambre civile du 16 octobre 2008 notamment qui pourrait élargir le domaine de l'exclusion en se contentant de la faute volontaire sans la recherche du dommage tel qu'il est effectivement survenu [...] » (XERRI, Sarah. *La mise en cause des dirigeants et leur assurance de responsabilité*. In *R.G.D.A* n. 2. 2009, p. 670. Disponível em [https://www.hmn-partners.com/pdf/La\\_mise\\_en\\_cause\\_des\\_dirigeants\\_et\\_leur\\_assurance\\_de\\_responsabilite.pdf](https://www.hmn-partners.com/pdf/La_mise_en_cause_des_dirigeants_et_leur_assurance_de_responsabilite.pdf), visitado em 2.4.2018).

<sup>946</sup> “Puede infringirse, con la consiguiente responsabilidad de los administradores, incluso sin que existan daños concretos en sentido contable, siempre que se hayan producido perjuicios para la sociedad-empresa (su reputación, su imagen pública, la aceptación de sus valores en el mercado, etc.” (FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A. *La doctrina de las corporate opportunities en los Estados Unidos de América*. In *Revista de Derecho Bursátil y Bancario*. n. 66, 1997, p. 477-518).

<sup>947</sup> Fernando Sánchez Calero faz a distinção entre o dolo civil e o penal, ressaltando que, para o contrato de seguro, não há que falar nos pressupostos inerentes ao direito penal, mais numerosos que os do direito civil: “la utilización del término «mala fe del asegurado» rompe la uniformidad terminológica de la LCS por dos motivos fundamentales. En primer lugar, porque en el Congreso se consideró que la dificultad de la distinción entre culpa grave y dolo hacía preferible utilizar una expresión diferente, circunstancia, a entender del autor, difícilmente comprensible al no haberse seguido el mismo criterio en otros preceptos de la Ley. No obstante, sigue el autor, tal alteración no debió única y exclusivamente a la «falta de precisión del concepto de dolo, en el ámbito del Derecho privado, sino, de modo especial, al temor, dentro del sector asegurador, de que el concepto de dolo fuera aceptado en el sentido restrictivo que tiene tal término dentro del ámbito del Derecho penal, pues de aceptarse esta concepción, los supuestos a los que ha de hacer frente el asegurador en casos de conductas maliciosas de los asegurados son más numerosos.” (SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Ley de contrato. Ley de contrato*. 4 ed. Dir. F. Sánchez Calero. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 287-289).

essa provoca l'evento e il danno, non essendo peraltro necessario do scopo di lucrare l'indennità che è invece requisito dello specifico dolo penale (cod. pen. art. 624).<sup>948</sup>

A propósito da interdisciplinaridade do dolo no direito civil e no direito penal,<sup>949</sup> deseja-se abrir um parêntese para tratar da delicada questão concernente à intenção do segurado como requisito à comprovação da fraude.

O Código Civil, no tocante ao contrato de seguro, quando imputa ao segurado a perda do direito à garantia, sempre o faz adotando como requisito a demonstração da sua intenção. Nos artigos 762, 766 *caput* e 768, sempre refere-se à prova da má-fé. O art. 768, taxativamente, alude ao agravamento intencional do risco.

A questão da prova da intenção é extremamente difícil. Remete àquilo que a doutrina chama por 'prova diabólica' e que, nos seguros, traz a reboque a necessidade de ponderar a relevância dos indícios.<sup>950</sup>

O paralelo que se deseja fazer a essa altura com o direito penal decorre da maneira por meio da qual aquela disciplina vem examinando a intenção do agente para fins de tipificação da conduta criminosa. Nesse sentido, recorreu-se à lição de Paulo César Busato,<sup>951</sup> cujas luzes

<sup>948</sup> DONATI, Antigono. *Manuale di diritto delle assicurazione*. Milano: Griuffrè, 1954. p. 170. Em tradução nossa: "Para que o evento possa dizer-se doloso (art. 1900; cod. Nav. Art. 524, 1012) ocorre que esse deve ser causado pelo dolo do interessado. Dolo é a vontade e consciência do ato prejudicial, que é uma ação deliberada com a consciência que essa provoca o evento e o dano, não sendo além disso necessário o objetivo de lucrar com a indenização que é, ao invés, requisito do específico dolo penal." No mesmo sentido Nicolás H. Barbato: "Por nuestro lado pensamos, sin embargo, que en el caso particular del seguro la exclusión del dolo responde, fundamentalmente, al hecho de que suprime la aleatoriedad esencial al riesgo, privando al contrato de su objeto específico, que es inexcusablemente aleatorio. Por ello, tal como se indica en el texto, el suceso provocado intencional e injustificadamente resulta suficiente para configurar situación de dolo del art. 70, LS, aunque el asegurado o beneficiario no haya producido sin propósito alguno de obtener ni reclamar la prestación del asegurador." (BARBATO, Nicolás H. *Culpa grave y dolo en el derecho de seguros*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1994. p. 51). A doutrina civilista afirma o mesmo: «todo lleva a pensar que en el concepto de dolo civil deben entenderse incluidos [...] los supuestos [...] en que el deudor es consciente que su comportamiento provoca o puede provocar un daño y no adopta las medidas necesarias exigidas por la buena fe para evitarlo» (DÍEZ PICASO. Luiz. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. t. I. *Las relaciones obligatorias*. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2008. p. 751).

<sup>949</sup> A propósito da existência do tipo penal para a fraude contra o seguro, Amílcar Santos afirma: "Não seria, portanto, demasiado enfatizar uma vez mais que a boa-fé desempenha função das mais importantes no contrato de seguro, sendo, talvez, o seu fundamento mais eloquente, sua principal peculiaridade, tanto que 'contrato de extrema boa-fé', 'da mais estrita boa-fé', 'de máxima boa-fé'. [...] Tanto assim que mereceu também a atenção do nosso Código Penal, no inciso V do art. 171, que trata da fraude para recebimento de indenização ou valor do seguro, refletindo a situação que se produz quando o segurado procura intencionalmente a ocorrência do sinistro ou exagera suas consequências." (SANTOS, Amílcar. *O seguro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1989, p. 505).

<sup>950</sup> Assim: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 463 e ARMELIN, Donald. *A prova indiciária da fraude*. In *II Fórum de Direito do Seguro "José Sollerero Filho"*. São Paulo: IBDS-EMTS, 2002. p. 373-375.

<sup>951</sup> BUSATO, Paulo César. *Dolo e significado*. In *Dolo e direito penal. Modernas tendências*. Paulo César Busato (Coord). 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 59-84.

se revelaram importantes para observar um critério a fim de se examinar a intenção no âmbito do contrato de seguro.

O exame da intenção traz o necessário diálogo com a psicologia, o é que de todo intangível. Busato propõe que essa disciplina seja examinada de outra forma: *“Chegou o momento de revisar o dolo como categoria delitiva que esteve sempre ancorada ou em uma pretensão de verdade psicológica intangível ou em um processo de atribuição com graves problemas de legitimação”*.<sup>952</sup>

O dolo de viés psicológico, segundo o autor, seria aquele que a doutrina classifica como o ontológico, isto é, que se encontra no interior da mente do responsável pelo delito.<sup>953</sup> A sua comprovação, assim, não passa de uma ficção, considerando a sua enorme dificuldade:

Mas, há outro problema, ainda mais grave. É que para determinar o dolo a partir destas considerações, seria necessário acudir, de qualquer maneira, à mente do sujeito, para conhecer sua representação a respeito da situação concreta e conhecer, em essência, seu plano. [...] A demonstração do dolo como realidade psicológica, porém, revelou-se totalmente impossível. E isso não deriva unicamente de uma impossibilidade física de acesso à intenção subjetiva, mas também, e principalmente, em face de que a verdade real no processo penal não existe. Mas a impossibilidade deriva não só da falta de instrumentos jurídicos aptos a realizar tal tarefa, mas, por sua própria característica: os fenômenos psíquicos resultam inacessíveis.<sup>954</sup>

Diante dessa constatação, Busato propõe algo distinto: *“O dolo se resume ao dolo que se pode demonstrar. [...] Por isso, o dolo sempre dependerá de uma demonstração objetiva da intenção subjetiva.”*<sup>955</sup> Nessa direção, o autor alude à teoria do chamado dolo normativo, proposta por Hassemer:

[...] que o dolo não é uma realidade psicológica, mas o resultado de uma atribuição. O fato já tinha sido percebido e advertido por Hassemer, em sua obra sobre os fundamentos do Direito Penal, com um exemplo que espanca qualquer dúvida: ‘Se pergunta como pode o juiz constatar a intenção de defraudar, falsificando um documento. E agora se pergunta como pode o juiz constatar tal intenção em um processo, como pode produzir o dado intenção de defraudar. O juiz pode observar os livros de comércio, os informes fiscais, os dados de um computador (ou fazê-los serem observados, caso necessário, por peritos ou se certificar das observações feitas por testemunhas). Ninguém pode, porém, observar uma intenção de defraudar, que somente se pode imputar.’<sup>956</sup>

<sup>952</sup> Ibid. p. 59.

<sup>953</sup> As teorias do delito de fundo ontológico, assim consideradas aquelas que se sustentam sobre a determinação ontológica de suas categorias fundamentais, pretenderam reconhecer o dolo através da afirmação de determinados dados de natureza psicológica, cuja existência no momento de realização do delito fica demonstrada no processo. [...] O dolo, aqui, se encontra na cabeça do autor. Ou seja, o dolo é uma realidade ontológica e existe como dado psicológico que compete ao jurista identificar. (Ibid. p. 62-63).

<sup>954</sup> Ibid. p. 64-65.

<sup>955</sup> Ibid. p. 65.

<sup>956</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 227.

Consequentemente, ao invés de se examinar o tema sob o ponto de vista ontológico, faz-se necessário observá-lo deontologicamente:

que tipos de comportamentos dolosos devem se diferenciar, quais devem ser separados dos não dolosos, quais devem ser sancionados penalmente, todas estas perguntas não podem ser discutidas desde um ponto de vista ontológico, mas somente desde uma perspectiva deontológica, ou seja, são questões abertas às expectativas de justiça historicamente variáveis.<sup>957</sup>

A fim de se poder afirmar que a conduta do autor é dolosa, é preciso verificar, objetivamente e à luz dos fatos, se se identifica um compromisso do mesmo no sentido de agir, considerando a sua ‘bagagem’ prévia e as circunstâncias do caso concreto. Busato traz como referência a obra de Vives Antón:

só podemos analisar manifestações externas; mas, através destas manifestações externas podemos averiguar a bagagem de conhecimento do autor (as técnicas que ele dominava, o que ele podia e o que não podia prever ou calcular) e entender, assim, ao menos parcialmente, suas intenções expressadas na ação.<sup>958</sup>

A conclusão extraída por Busato é que “*a categoria do dolo passa a ser uma categoria argumentativa, pragmática, ou seja, ao menos no que se refere ao dolo, é preciso passar a ter em conta uma ‘pragmática jurídico-penal’*”.<sup>959</sup>

A aplicabilidade do critério proposto por Paulo César Busato ao dolo nas questões atinentes ao contrato de seguro *D&O* e, por que não, aos demais contratos de seguros, deve ser considerada. Perquirir a respeito do que se passa na mente do administrador que compra ou vende ações às vésperas da divulgação do fato relevante é inútil e despiciendo. Como já se teve a oportunidade de examinar em processo administrativo sancionador que tramitou perante a CVM, a intenção deve ser vista à luz dos fatos.<sup>960</sup>

<sup>957</sup> HASSEMER, Winfried. *Los elementos característicos del dolo*. In ADCP. Trad. de María del Mar Díaz Pita. Madrid: Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990. p. 914.

<sup>958</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 237.

<sup>959</sup> BUSATO, Paulo César. *Ibid.* p. 81.

<sup>960</sup> Comissão de Valores Mobiliários. Processo administrativo sancionador nº. RJ 2013/13172. Acusado: Eike Fuhrken Batista, na qualidade de acionista controlador e presidente do conselho de administração da OSX Brasil S.A. Relator: Diretor Henrique Balduino Machado Moreira: “tais exemplos evidenciam que o Colegiado da CVM vem reconhecendo que a negociação de posse de informação privilegiada pode resultar de diferentes razões jurídicas ou econômicas, que afastam o ânimo de obter vantagem indevida. Nesse quadro, a questão relativa à presença ou ausência do elemento intencional resolve-se no plano dos fatos e, na busca da verdade, cabe ao julgador, respeitado o seu livre convencimento motivado, ponderar se as provas apresentadas contra a presunção indicam, de maneira inequívoca, que a finalidade do acusado, ao negociar, foi outra que não a de tirar proveito da informação privilegiada.” (Voto divergente do Diretor Pablo Rentería, p. 30).



A mudança de abordagem evitará alusões à psicologia da mente de cada pessoa, tarefa que o direito, como ciência, tem muitas dificuldades para alcançar.

Para concluir esse item, cumpre acrescentar que a relevância com que a fraude se apresenta no seguro *D&O* acaba por determinar a sua especificação por meio de diversas cláusulas que atendem a um dever maior, qual seja, o de lealdade. Exemplificativamente, notam-se em apólices brasileiras e estrangeiras exclusões para: (i) recebimento de vantagens pessoais (*personal profit*), (ii) desonestidade (*dishonesty*), (iii) lavagem de dinheiro (*money laundering*), (iv) pagamento/recebimento de corrupção, propina, atos lesivos à administração pública (*bribery, corruption, FPCA, UK Bribery ACT de 2011 etc*). A toda essa sorte de exclusões José Fernández del Moral Domínguez emprega a locução, em espanhol, o “*ánimo torcido del administrador*.”<sup>961</sup>

A exclusão para o recebimento de vantagens pessoais – a *personal profit exclusion* – é importantíssima no contrato de seguro *D&O*. É preciso ter a consciência de que, muito claramente, o seguro jamais tutelará condutas contrárias aos interesses da sociedade, capazes de gerar benefícios pessoais aos administradores.<sup>962</sup>

O capítulo 2 observou fundamentação detalhada a respeito do dever de lealdade e, nesse sentido, de como o administrador desleal, comparativamente ao administrador negligente, pode ser letal ao prosseguimento das atividades da companhia.

Tomando como base o art. 155 da Lei nº. 6.404, de 15.12.1976, o segurado não poderá:

<sup>961</sup> “Es claro que la intención básica del seguro D&O es cubrir las posibles reclamaciones basadas en la negligencia profesional, esto es, reclamaciones basadas en los errores que en el razonablemente cuidadoso y diligente ejercicio del cargo, tengan los administradores de la S.A. Las causas que originan tales reclamaciones pueden ser muy variadas – desconocimiento, falta de práctica, olvidos, descuidos, etc. – pero cualquiera que sea su origen, normalmente nacerá de alguna forma de conducta no intencionada. De ahí la importancia que las pólizas de este seguro, ante la dificultad de probar en numerosos casos la intencionalidad fraudulenta, o no, de la actuación de los asegurados, excluyan ciertas situaciones en las que ciertamente es difícil pensar sin que se entrecruce un ánimo torcido del administrador.” (MORAL DOMÍNGUEZ, José Fernández Del. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (póliza D&O)*. Granada: Comares, 1998. p. 453). No mesmo sentido no direito inglês: MADGE, Peter. *Professional Indemnity Insurance*. London, 1968. p. 60 et seq.

<sup>962</sup> “El fundamento de esta exclusión radica en que si quien recibe la remuneración (o, en general, cualquier suma o ventaja) no tenía derecho a ella, la exigencia de devolución o restitución de lo indebidamente percibido no le provoca ningún daño o pérdida mientras que, por el contrario, si la reclamación en exigencia de la devolución quedase cubierta por el seguro, quien ha recibido indebidamente la retribución retendría ésta a pesar de habersele pagado ilícitamente. [...] De este modo, si las retribuciones percibidas, aun ilícitas, no derivan de un acto realizado por los administradores que origine su responsabilidad, habrá que entender que el seguro no cubre su devolución.” (RONCERO SÁNCHEZ, António. *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima. (Sujetos, interés y riesgo)*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2002. p. 275).

- I - usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo;
- II - omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia;
- III - adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir;
- IV - Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários;
- V - É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários.<sup>963</sup>

Se o seguro tutelasse essas hipóteses, o administrador teria proteção financeira para lesar ao invés de zelar pelos interesses da companhia; acabaria deflagrando o risco segurado, ao invés de evitá-lo, amoldando a sua conduta àquela prevista no art. 762 do Código Civil que, também como se observou, nulifica o contrato de seguro. Vale lembrar, também, que no item concernente ao contrato de indenidade observou-se que violações ao dever de lealdade não poderão constituir o objeto desse contrato.<sup>964</sup>

As exclusões para desonestidade e para lavagem de dinheiro<sup>965</sup> dialogam com a anterior e, também, com o dever de lealdade. O administrador desonesto representa um sério problema à sociedade, prescindindo-se de maior digressão. Quanto à exclusão para lavagem de dinheiro, esta representa a preocupação dos mercados financeiros globais com a sua

<sup>963</sup> As transcrições correspondem ao art. 155 da Lei referida, incisos I a III, além dos parágrafos 1º e 4º.

<sup>964</sup> A *personal profit exclusion* é comumente associada à conduta dolosa do administrador: “Tal como se puede comprobar, es frecuente la exclusión de la responsabilidad derivada de actos que hayan generado una ventaja o beneficio personal, directo o indirecto, para el asegurado –o tercero–, aunque no necesariamente hayan sido consecuencia de una actuación dolosa. Bien es cierto que ambas circunstancias suelen coincidir, pues es frecuente que los administradores actúen dolosamente con el fin de obtener algún beneficio, o a la inversa, que la actuación perjudicial para la sociedad, de la que se han derivado un beneficio para el administrador, sea dolosa.” (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *Los seguros de responsabilidad civil para administradores y altos directivos de sociedades de capital*. In *RES*, núm. 136. 2008. p. 818).

<sup>965</sup> “A federal district court has ruled that a money laundering exclusion in a D&O policy relieved insurers of any obligation to pay defense costs in a case involving the alleged Ponzi scheme perpetrated by R. Allen Stanford and his Stanford Financial Group. (*Pendergest-Holt v. Certain Underwriters at Lloyd's of London*, 751 F Supp. 2d 876 (S.D. Icx 2010).” (RUTKIN, Alan. *The dishonesty, personal profit, and money laundering exclusions in D&O and E&O insurance*. In *The Brief. Tort trial & insurance practice section*. Winter 2012, p. 28. Disponível em [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org). 41 Brief 25 2011-2012, visitado em 8.10.2015). O *Ponzi scheme* foi notabilizado nos Estados Unidos da América por Charles Ponzi, imigrante italiano que acumulou fortuna por meio de investimentos ilegais em estruturas conhecidas por pirâmide, que iludiam os seus investidores na década de 20, no século passado. (Fonte: <https://www.investopedia.com/terms/p/ponzischeme.asp>, visitado em 26.11.2018).

utilização para finalidades espúrias, tais como terrorismo, comércio de armas e de drogas.<sup>966</sup> Por óbvio, não são juridicamente tuteláveis pelo contrato de seguro *D&O* condutas dessa natureza, o que resulta da aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro dos artigos 104 (objeto lícito) e 2.035, parágrafo único, do Código Civil,<sup>967</sup> além do artigo 757.

A exclusão para o pagamento e/ou recebimento de propina e à corrupção (*bribery, corruption* - nos Estados Unidos, a *Foreign Corrupt Practices Act* – FPCA, de 1977<sup>968</sup> e, no Reino Unido, o UK Bribery Act, de 2010,<sup>969</sup> têm por fim punir e, assim, prevenir essas condutas.

Assim como a desonestidade e a lavagem de dinheiro não são passíveis de tutela pelo seguro *D&O*, logicamente a mesma restrição se aplica à corrupção, pagamento de propina e afins, condutas que, claramente, são amorais, antiéticas e criminosas tanto nos países citados quanto no Brasil. Demais disso, é preciso ter em mente que aquele que paga ou que recebe propina em troca de um favor, um contrato, ou qualquer outro tipo de vantagem, o faz conhecendo, perfeitamente, as consequência de seu ato. O crime de corrupção não admite a modalidade culposa, é dizer, provocará a nulidade do contrato de seguro a partir do disposto no art. 762 do Código Civil.

No Brasil, condutas dessa natureza acabaram motivando a elaboração de uma exclusão específica, conhecida por ‘atos lesivos à administração pública’. Assim como as demais cláusulas referidas, a cláusula de atos lesivos especifica um determinado tipo de conduta

---

<sup>966</sup> “Firms must comply with the Bank Secrecy Act and its implementing regulations (“Anti-Money Laundering rules”). The purpose of the AML rules is to help detect and report suspicious activity including the predicate offenses to money laundering and terrorist financing, such as securities fraud and market manipulation. Financial Industry Regulatory Authority. <http://www.finra.org/industry/anti-money-laundering>, visitado em 26.11.2018.

<sup>967</sup> Nos Estados Unidos da América, a exclusão para desonestidade é alvo de alguma crítica em razão de sua imprecisão: “The ‘active and deliberate dishonesty’ exclusion has been criticized for vagueness. How bad does conduct have to be to qualify as actively and deliberately dishonest? Is there some other kind of dishonesty from which this kind may be distinguished, and, if so, is the other kind covered? Where does active and deliberate dishonesty fit in the negligence-gross negligence-recklessness-intentional wrongdoing continuum?” (BISCEGLIA, Julie J. *Practical aspects of directors' and Officers' liability insurance – allocating and advancing legal fees and the duty to defend*. In *UCLA Law Review*. v. 32: 690. 1985, p. 701. Disponível em [www.heinonline.com](http://www.heinonline.com), visitado em 8.10.2018).

<sup>968</sup> <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>, visitado em 26.11.2018. “La corrupción y el descubrimiento de que las empresas norteamericanas estaban realizando pagos a políticos y funcionarios extranjeros con el objeto de beneficiarse de prebendas personales o corporativas (concesiones, contratos, etc.) condujeron a la aprobación en 1977 del *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA). [...] La gravedad de estas sanciones, en virtud de comportamientos de la sociedad que se imputan a los administradores, motivó a partir de 1977 la introducción en los contratos D&O de una exclusión de responsabilidades derivadas de la FCPA.” (PÉREZ CARRILLO, Elena F. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales. El seguro D&O en EEUU*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 211).

<sup>969</sup> <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>, visitado em 26.11.2018.

dolosa, procurando evitar, no âmbito do seguro *D&O*, a transferência de quaisquer riscos financeiros relacionados à corrupção.

Quanto à origem da cláusula de atos lesivos à administração pública, a Eletrobrás, em 2012, formulou uma consulta ao Tribunal de Contas da União, no tocante à legalidade da contratação do seguro *D&O* por conta de seus executivos. O parecer elaborado pelo Tribunal de Contas da União posicionou-se pela legalidade do seguro, ressaltando, no entanto, o quanto segue:

Portanto, considerando os claros posicionamentos do TCU quanto à matéria, deve-se dar ciência à Eletrobras de que a contratação de seguro para defesa de dirigentes em processos administrativos ou judiciais, cuja apólice não exclua cobertura em caso de prática de atos manifestamente ilegais ou contrários ao interesse público ou em caso de processos de interesse pessoal do dirigente, identificado no Pregão Eletrônico DAC 28/2012, não é legítima e afronta o disposto nos princípios da moralidade, legalidade e supremacia do interesse público, previstos, respectivamente, no art. 37, caput, da Constituição da República, e no art. 2º, caput, da Lei 9.784/1999, e precedentes deste Tribunal de Contas da União, como o Acórdão 35/2000 – Plenário, Acórdão 1179/2008 – Primeira Câmara e Acórdão 2629/2010 – Segunda Câmara.<sup>970</sup>

À exceção dos atos lesivos à administração pública, o mais seria passível de tutela pelo seguro,<sup>971</sup> sem embargo, por óbvio, das demais exclusões contratualmente previstas.

O risco para corrupção, no Brasil pós operação lava-jato, retrata uma história sem precedentes. Para que se dimensione a sua severidade, a Petrobrás registrou em sua documentação contábil referente ao ano de 2016 perdas com corrupção da ordem de R\$ 6 bilhões. Esta quantia corresponde àquilo que a companhia efetivamente encontrou e lançou em seus registros.

O que dizer, para muito além das anotações, do quanto se perdeu com a deslealdade em virtude da contratação de fornecedores corruptos? Do quanto se perdeu com o abalo na confiança da companhia para com os seus investidores e o mercado como um todo? Se um diretor da estatal pretendia contratar a empreiteira ‘xpto’ motivado por interesses escusos, que não correspondiam aos interesses da companhia, pode-se assumir que disto também decorreram perdas gigantescas em ineficiência e apadrinhamento que não foram contabilizadas.

---

<sup>970</sup> Parecer TCU TC 043.954/2012-0, p. 5.

<sup>971</sup> O clausulado apresentado pela seguradora X disponibiliza a cláusula de atos lesivos à administração pública somada também à administração privada, isto é, a severidade das perdas e danos decorrentes da corrupção e afins motivou uma restrição adicional no seguro *D&O*.

Em suma, a cláusula de atos lesivos tem por finalidade transmitir uma mensagem muito clara: a corrupção e seus efeitos deletérios não é merecedora de tutela pelo contrato de seguro *D&O*.

#### 3.4.2.1. Oponibilidade da conduta dolosa de um administrador aos demais administradores – *severability or innocent director II*

No item 2.4, concernente à cláusula de divisibilidade de declarações, comentou-se quanto aos efeitos decorrentes da prestação de informações incompletas e/ou inverídicas por um administrador quanto aos demais administradores. Tratou-se, àquela altura, do dolo como vício volitivo, o que diz respeito à fase précontratual. Agora, é hora de examinar a questão no momento posterior à conclusão do contrato, isto é, durante a sua execução. A questão a ser respondida é: a fraude de um administrador é oponível aos demais administradores para fins de negativa de cobertura pela seguradora?

A generalidade dos contratos de seguro *D&O* no Brasil simplifica matéria complexa mundo afora, quando afirma que a fraude de um administrador não será oponível aos demais administradores para fins de exame de cobertura securitária.<sup>972</sup> Vale dizer que a solução adotada pelas seguradoras brasileiras não tem fundamento regulatório normativo, haja vista que a Circular SUSEP nº. 553, de 23.5.2017, não traz qualquer regramento à questão, o que permitiria a adoção de tratamento diferente.

No capítulo 2 estudou-se e defendeu-se que a responsabilidade do administrador no direito brasileiro é essencialmente calcada na aferição de sua culpa. Mesmo por violações da lei e/ou do estatuto social da companhia (art. 158, inc. II, da Lei nº. 6.404, de 15.12.1976), não há como deixar de examinar a culpa, individualmente considerada, no caso concreto.

---

<sup>972</sup> Na apólice X: “Exclusões: A Seguradora não será responsável por qualquer Perda Indenizável, com base em qualquer Cobertura desta Apólice, resultante de, baseada em ou atribuível a: 4.1 Conduta: (i) um Ato Danoso destinado a assegurar ou que assegure o ganho de lucro ou vantagem ao qual a Parte Segurada não tenha direito; ou (ii) um ato ilícito doloso ou culpa grave equiparável ao dolo praticado pela Parte Segurada, beneficiário, sócios controladores, dirigentes e administradores legais ou pelo representante, de um ou de outro, ou com sua conivência, incluindo desonestidade e fraude ou infração criminal de lei ou norma. Para fins de aplicação da Exclusão Conduta, nenhum ato, erro ou omissão de qualquer Parte Segurada será imputado a qualquer outro Segurado.” (p. 12-13); na apólice Y: “Exclusões: [...] Para fins de aplicação da exclusão de Conduta, nenhum ato, erro ou omissão de algum Segurado será imputado a outro Segurado, caso ela não tenha participado ativamente ou tenha sido conivente com o mesmo.” (p. 25).

Esse pressuposto vai ao encontro da forma através da qual as seguradoras apresentam a cláusula acima referida, a considerar que a fraude cometida por um administrador não poderá fulminar a apólice em sua inteireza, senão a cobertura alusiva ao próprio fraudador.

Cumprе esclarecer, no entanto, que esse tema não é tratado dessa forma em mercados nos quais o seguro *D&O* é mais desenvolvido. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, a depender da relevância da conduta do administrador fraudador e, mais precisamente, dos termos com que a cláusula respectiva for elaborada, haverá fundamento para fulminar o contrato em sua íntegra. Um caso, em particular, é reiteradamente citado na literatura daquele país. Trata-se de *Tig Specialty Insurance Co. v Pinkmoney.com. Inc.*<sup>973</sup>

Tig Speciality Insurance Co. emitiu um contrato de seguro *D&O* para Pinkmoney.com e seus administradores, com vigência de 23.8.1999 a 23.8.2000 e retroatividade desde 24.4.1997.<sup>974</sup> Por meio de endosso, foi contratada cobertura particular para a tomadora, Pinkmoney.com, exclusivamente para reclamações relacionadas a valores mobiliários (a cobertura C). A companhia operava prestando assessoria financeira a investidores nos Estados Unidos da América.

No que interessa diretamente à discussão de fundo, a apólice continha uma exclusão para “*reclamações baseadas em, decorrentes de, ou em consequência de*”<sup>975</sup> vantagens pessoais obtidas por um segurado para o qual o mesmo não tivesse direito. Assim, ao passo que a apólice cobria as reclamações relacionadas a valores mobiliários, excluía as reclamações baseadas, decorrentes ou como consequência da obtenção de vantagens indevidas por um segurado.

A demanda, formulada contra a tomadora, Pinkmoney.com e seus administradores, decorreu de diversas informações falsas prestadas pelos mesmos aos investidores da companhia. Em primeiro grau de jurisdição, o júri entendeu pela responsabilidade da tomadora e seus executivos, na medida em que, de fato, teriam prestado informações equivocadas aos seus investidores. Especificamente quanto a um administrador, o Sr. Greene,

---

<sup>973</sup> *Tig Specialty Insurance Co. v Pinkmoney.com. Inc. et. al.* United States Court of Appeals. 5<sup>th</sup> Circuit. nº. 03-20848, July 14, 2004. Emilio M. Garza., Circuit Judge.

<sup>974</sup> A retroatividade corresponde a uma data convencionada pelas partes que, temporalmente, delimita o risco coberto. Fatos anterior à data estarão fora do âmbito de cobertura. É comum observa-se nas apólices brasileiras a retroatividade ilimitada para fatos desconhecidos pelos segurados.

<sup>975</sup> A locução “*baseadas em, decorrentes de, ou em consequência de*” é repetitiva, cansativa e desnecessária. No entanto, encontra-se presente na generalidade das apólices comercializadas nos Estados Unidos da América e, também, por conta da já criticada tradução literal, no Brasil. (A crítica à tradução descontextualizada encontra-se à fl. 323).

a decisão foi além e o considerou responsável para além da prestação de informações equivocadas, pela obtenção de vantagens ilegais em detrimento da companhia. Nota-se, aqui, um corte estabelecido pela decisão: aos administradores em geral, a violação foi do dever de diligência; ao Sr. Greene, do dever de lealdade.<sup>976</sup>

Baseada na cláusula contratual que excluiu a cobertura para vantagens pessoais auferidas por um segurado e considerando que a reclamação dirigida contra a companhia e seus administradores teve como fundamento a referida obtenção de vantagens ilegais pelo Sr. Greene, a seguradora negou a cobertura integralmente, isto é, para todos os segurados bem como à tomadora, e a decisão de primeira instância ratificou a sua posição.

Em apelação, os segurados discutiram a legalidade da mencionada exclusão para o recebimento de vantagens pessoais (*personal profit exclusion*) argumentando que, em primeiro lugar, o administrador, Sr. Greene, não teria auferido qualquer tipo de vantagem; em segundo lugar, mesmo que a cláusula fosse aplicada ao administrador Greene, a mesma não seria oponível aos demais administradores e à companhia (tomadora).

O acórdão referiu a critérios considerados caros à interpretação do contrato de seguro em conformidade com a lei do Estado do Texas. Em resumo, afirmou-se que o tribunal deve considerar o conteúdo do contrato delineado pelas partes; se os termos contratuais permitem alcançar uma interpretação assertiva, então não haverá que falar em ambiguidade; se o contrato permite mais do que uma interpretação, então deverá prevalecer aquela favorável ao segurado.

A decisão de primeiro grau aplicou a exclusão para o recebimento de vantagens pessoais como fundamento para obstar a cobertura tanto ao administrador diretamente implicado, quanto aos demais e também à tomadora. Com relação ao primeiro argumento suscitado na apelação, o Tribunal do Texas não teve maior dificuldade para identificar a vantagem ilegal obtida pelo Sr. Greene. Quanto ao segundo ponto – a oponibilidade da conduta do administrador implicado aos demais administradores e à tomadora – é que a questão se tornou mais complexa e objeto de divergência por parte dos juízes responsáveis pelo julgamento.

---

<sup>976</sup> Trechos da decisão: “The jury found that PinkMonkey sold stock to the Chee parties by means of an untrue statement of material fact or an omission to state a material fact; PinkMonkey was materially aided by Greene and Kim; Greene, Kim, and PinkMonkey made negligent misrepresentations to the Chee parties; PinkMonkey and Greene committed fraud against the Chee parties; and Greene benefitted from his false representation or promise. The jury found that Kim did not benefit from his actions. The state court judgment imposed liability for actual damages, and awarded fees and costs to the Chee parties.” (p. 4).

Ao interpretar a referida cláusula, o acórdão a reproduziu explicando o porquê de a conduta do Sr. Greene bastar para deflagrar a sua aplicação e, assim, obstar o direito dos demais administradores e da tomadora.<sup>977</sup> Por considerar que a reclamação apresentada contra os demais administradores (além do Sr. Greene) decorreu do recebimento da vantagem ilegal por este último, o Tribunal, ao interpretar a cláusula, entendeu por sua aplicabilidade plena, isto é, obstando a cobertura aos demais administradores e à tomadora.

A divergência foi aberta pelo juiz Pickering, especialmente no tocante à interpretação da referida cláusula, isto é, à oponibilidade de seus efeitos para além do administrador que obteve a vantagem ilegal.

Ao iniciar o seu voto, a divergência lembrou dos mesmos critérios referidos pelo juiz que o antecedeu no julgamento, quais sejam, *“if a contract of insurance is susceptible of more than one reasonable interpretation, we must resolve the uncertainty by adopting the construction that most favors the insured.”* (p. 13) O juiz adicionou: *in particular, exceptions or limitations on liability are strictly construed against the insurer and in favor of the insured* (p. 14).<sup>978</sup>

Para construir o raciocínio que o conduziu a divergir, o juiz entendeu que a redação da cláusula<sup>979</sup> poderia permitir a interpretação adotada pelo segurado, no sentido de que a conduta desleal de um administrador não seria oponível aos demais administradores e à tomadora. Num exercício de interpretação do texto e examinando a sua sintaxe, os adjetivos que antecederam a palavra “insured”, a conclusão foi no sentido de que a cláusula permitia ao menos duas interpretações (a adotada pela maioria da turma julgadora e a sua, favorável ao

---

<sup>977</sup> Trechos da decisão: “The exclusion does not require that the claim be based upon the Insured, that Insured or such Insured having gained a personal profit or gain, but based upon an Insured having gained a personal profit. Although the terms “the Insured,” “that Insured” or “such Insured” preceding personal profit would indicate the same insured as the claim is brought against, the Personal Profit Exclusion uses the more general term “an Insured.” This indicates that coverage is excluded for all Insureds, not merely the Insured who profited. See *Coregis Ins. Co. v. Lyford*, 21 F.Supp.2d 695, 698 (S.D. Tex. 1998) (holding that exclusions concerning “the acts of ‘an’ or ‘any’ insured, as opposed to exclusion concerning acts of ‘the’ insured, operate to bar coverage for all insureds when one insured commits such an act”). [...] By considering the entire provision, it is clear that a claim arising out of an Insured having gained a personal profit is not limited to a claim against the Insured who profited. If the claims against Kim and the other officers/directors are claims against Insureds arising out of Greene’s personal profit, then the Personal Profit Exclusion is applicable to Kim and the other officers and directors.” (fls. 9-10).

<sup>978</sup> Em tradução nossa: “Se o contrato de seguro é suscetível a mais do que uma interpretação razoável, nós deveremos resolver a incerteza adotando a construção que favoreça o segurado”; “em particular, exceções ou limitações em responsabilidade são estritamente construídas contra a seguradora e em favor do segurado”.

<sup>979</sup> “III. EXCLUSIONS. This insurance does not apply to any Claim made against any Insured arising out of any of the following: [...] L. Any Claim based upon, arising from, or in consequence of an Insured having gained in fact any personal profit, remuneration, or advantage to which such Insured was not legally entitled.” (p. 15)



segurado), de maneira que, em havendo a dúvida, a segunda interpretação é que deveria prevalecer.<sup>980</sup>

Quanto à oponibilidade da cláusula também à tomadora da apólice, igualmente com fins na conduta individual do Sr. Greene, o raciocínio adotado pelo juiz foi no sentido de que a redação da cláusula não se referia à tomadora, mas tão somente ao segurado.<sup>981</sup>

O texto da apólice, em diversas circunstâncias, referiu-se expressa e diretamente à tomadora (*company*). Ora, em se tratando de uma exclusão de cobertura, os seus termos não devem ser interpretados de maneira ampla, mas, ao contrário, de forma estrita.<sup>982</sup>

Concluindo, o juiz Pickering se posicionou pela inoponibilidade da cláusula mencionada aos demais administradores e à companhia (tomadora), fechando a sua decisão de forma precisa:

The majority would be correct if Texas law provided that uncertainties or ambiguities in an insurance policy should be construed in favor of the insurer. But Texas law does not so provide. In fact, Texas law is to the contrary. I, therefore, specially concur in part and respectfully dissent in part.<sup>983</sup>

Por maioria de votos, prevaleceu a posição do juiz relator, ratificando a negativa de cobertura da seguradora. Entendeu-se que a conduta do administrador, Sr. Greene, traduzida no cometimento de fraude visando o recebimento de vantagem pessoal, motivou o aforamento da demanda contra todos os administradores e a tomadora.<sup>984</sup>

---

<sup>980</sup> This Exclusion uses the word “Insured” three times. Each time the word “Insured” is singular. Each time it is used, it is modified by a different adjective. Chronologically, “Insured” is modified by “any,” “an,” and “such.” According to the dictionary, “any” means “one,” singular, but it can mean “some,” plural. 4 “An” is clearly singular. “Such insured” refers back to “an insured.” So, the third time the word “insured” is used in the exclusion it clearly refers back to the second time the word insured is used. According to the dictionary definition, the word “any” can be interpreted as being singular or plural. Consequently, appellants’ contention that it is to be construed as being singular is not unreasonable. [...] Accordingly it is not unreasonable to interpret the exclusion as excluding from coverage only a claim against the single insured who gained a profit or advantage to which he was not legally entitled. (p. 15-16).

<sup>981</sup> The exclusion specifically excludes “any claim made against any insured” but does not exclude a securities claim against the company. The majority acknowledges that “The Personal Profit Exclusion only applies to claims against an Insured ... Insureds are separate from the Company.” (p. 18).

<sup>982</sup> If [TIG] wanted to exclude [a claim against the company], then it was incumbent upon it to expressly and clearly state the exclusion in the policy. Having failed to do so, [TIG] cannot now complain.” Hudson Energy Co., 811 S.W.2d at 555. But even more importantly, the majority still ignores appellants’ contention that the Exclusion, narrowly interpreted as we must, excludes a claim against only the insured who received the inappropriate gain or profit. (p. 19).

<sup>983</sup> Trecho da decisão, p. 20. Em tradução nossa: “A maioria estaria correta se a lei do Texas estabelecesse que incertezas ou ambiguidades no contrato de seguro devessem ser construídas em favor da seguradora. Mas a lei do Texas não estabelece. De fato, a lei do Texas dispõe o contrário. Eu, assim, especialmente concordo em parte e respeitosamente diverjo em parte.”

<sup>984</sup> Veja-se a *contrario sensu*, também nos Estados Unidos da América, o caso *Pereira v. Nat'l Union Fire In. Co.*, assim resumido: “the Wrongful Act of a Director or Officer shall not be imputed to any other Director or

Acredita-se que, em regra, seria difícil implementar cláusula como a discutida no caso em epígrafe no direito brasileiro, a considerar o quanto se afirmou a respeito da individualização do exame da culpa de cada administrador.<sup>985</sup> A propósito das diferenças entre os órgãos responsáveis pela administração das companhias – diretoria e conselho de administração – no capítulo 2 discorreu-se a respeito da composição individualizada da diretoria e colegiada do conselho de administração.

Se o conselho de administração falhar quanto ao dever de vigiar e investigar, pode-se presumir que a falha será de todos os membros do conselho (a violação, nessa hipótese, seria ao dever de diligência e o seguro *D&O*, em regra, a cobriria); se a falha decorrer da inobservância do dever de informar ao mercado com, suponha-se, o interesse de maquiar informações contábeis e assim atrair a confiança de investidores, restaria violado o dever de lealdade ensejando a inexistência de cobertura para todos os membros do conselho, preservando-se eventual posicionamento de conselheiros que, individualmente, tenham ressalvado a sua manifestação contrária à deliberação colegiada. Por mais que se observe a fraude de um ou mais membros do conselho, a conduta individual ou plural seria oponível a todos, mas a motivação para tanto decorre do descumprimento de deveres individuais.

Vale, ao concluir este item, fazer uma ressalva que, com efeito, poderá decorrer da autonomia privada do tomador e da seguradora quanto à exclusão de determinado risco que,

---

Officer for the purpose of determining the applicability of the foregoing exclusions.” A referência completa desse acórdão é: 04CV1134, 2006 U.S. Dist. LEXIS 49263, at 22 (S.D.N.Y. July 12, 2006).

<sup>985</sup> Na Espanha, colhem-se posições que examinam a conduta individual de cada administrador, o que gera dificuldades à oponibilidade aos demais administradores. Assim: ALONSO SOTO, R. *El seguro de la culpa*. Madrid: Ed. Montecorvo, 1977. p. 358-359. Mais recentemente, Miguel Iribarren Blanco afirmou: “Con carácter general, sobre los efectos de la provocación dolosa del siniestro por uno de los asegurados sobre los derechos de los demás a recibir la indemnización se pronuncia en nuestra doctrina Alonso Soto, a favor de la limitación de los efectos de la provocación dolosa a sus autores. Lo justifica empleando dos argumentos. El primero deriva de los principios generales de nuestro ordenamiento, que exigen la adopción de una interpretación restrictiva en materia de dolo. En segundo lugar, baja la no comunicación de los efectos del dolo de uno de los asegurados a los demás en la aplicación analógica del art. 788 CCom., según el cuál, en caso de que fuese contratado un seguro marítimo fraudulentamente por varios asegurados, si alguno hubiere procedido de buena fe, tendrá derecho a obtener la indemnización, quedando el asegurador liberado de toda responsabilidad frente a los asegurados hubieren obrado con malicia.” (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2005. p. 183). Miguel I. Blanco apresenta alguma referência alemã, cujo entendimento seria mais elaborado: “En Alemania, se han ofrecido soluciones algo más elaboradas. La doctrina dominante la ha hecho depender de la naturaleza del interés asegurado, y más concretamente, de la relación entre los coasegurados. De modo tal que si el interés es único, aunque sea compartido por varios sujetos, el dolo de un de ellos únicamente perjudica a todos en el caso de que su relación sea en mano común (*Gesamthand*), pero no si lo es por cuotas (*Bruchteil*); y, por lo tanto, tampoco afecta el dolo de un a los demás si están asegurados intereses distintos.” (Fonte. H. Moller. Sub § 61, en BRUCK-MOLLER. *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*. t II, 8 ed. 1980. p. 575-580). Na França, Picard e Besson propuseram a responsabilidade centrada no exame da conduta individual. PICARD, M et BESSON, A. *Traité général des Assurances Terrestres* en Droit Français. t. II. Paris : LGDJ, 1938. p. 58.

por sua severidade, as partes não desejem cobrir. Tome-se, a título de exemplo, a realização de fusões e aquisições ou os riscos derivados da corrupção. As partes podem, previamente à conclusão do contrato, estabelecer que não haverá cobertura para reclamações provenientes desses eventos societários e/ou da corrupção, independentemente de quem seja o administrador implicado.

### 3.4.3. Insolvência

Observa-se que algumas apólices brasileiras excluem os riscos relacionados à insolvência de maneira bastante ampla, informando que se as reclamações formuladas por terceiros disserem respeito ao status de insolvência, *e.g.* recuperação extrajudicial, recuperação judicial ou falência, não haverá cobertura. Cumpre reproduzir, exemplificativamente, a cláusula colhida da apólice X:

#### Apólice X

Fica pela presente entendido e acordado que a Seguradora não será responsável por qualquer Perda Indenizável decorrente de, baseada em ou relacionada a qualquer Reclamação contra um Segurado que seja:

- (i) alegada em, baseada em, atribuível a, ou que de alguma forma envolva, direta ou indiretamente:
  - a) qualquer Ato Danoso que tenha alegadamente causado - direta ou indiretamente, total ou parcialmente - a insolvência de qualquer Sociedade, o requerimento de recuperação judicial ou extrajudicial, a apresentação de pedido de falência (incluindo autofalência) contra qualquer Sociedade ou a cessão de bens de qualquer Sociedade em benefício de seus credores; ou
  - b) apresentada depois de qualquer Sociedade ser considerada insolvente, ter apresentado pedido de falência (incluindo autofalência), ter requerida uma recuperação judicial ou extrajudicial ou qualquer Sociedade ceder seus bens em benefício de seus credores; ou
- (ii) apresentada por ou em nome de qualquer credor ou beneficiário de dívida de qualquer Sociedade, decorrente de qualquer obrigação de pagar, incluindo, mas não se limitando a, Reclamações que envolvam qualquer pedido de falência.

Há alguma dificuldade para interpretá-la. O que se extrai de sua redação é, no inciso (i), letra a), a exclusão para reclamações decorrentes de ato danoso que venha a causar a insolvência de qualquer sociedade, o requerimento de recuperação judicial ou extrajudicial e o pedido de falência. A letra b) exclui as hipóteses nas quais, uma vez considerada a sociedade insolvente, sejam formulados os pedidos de falência ou requerimentos com vistas à

recuperação judicial ou extrajudicial, ou ainda, cessão de bens em favor de credores. O inciso (ii) exclui reclamações formuladas por quaisquer credores referentes às dívidas da sociedade, que estejam relacionadas ao decreto de sua falência.

É preciso, em primeiro lugar, entender no que consiste o gênero ‘insolvência’. Ora, crises econômicas existem e afetam o empresariado brasileiro desde sempre. Estar em situação de insolvência não significa dizer que os compromissos deixarão de ser honrados. Para que se dimensione adequadamente a questão, a Petrobrás é, reconhecidamente, uma das empresas de petróleo mais endividadas do mundo e, também sabidamente, não deixa de honrar os seus compromissos.<sup>986</sup> Ter dívidas – *rectius* – atravessar uma condição momentânea de insolvência não significa ser impontual.

Para além de definir o que é o estado de insolvência, o que as apólices não fazem, é preciso também seccionar dentro de um quadro, por assim dizer, de insolvência formal, no que consiste a recuperação extrajudicial, a recuperação judicial e a falência propriamente dita para fins de cobertura no âmbito do seguro *D&O*.

A falência, por força do disposto no art. 75 da Lei nº. 11.101, de 9.2.2005, efetivamente provoca a perda da administração pela sociedade falida.<sup>987</sup> Caberá ao administrador judicial, a partir de então, tomar todas as decisões com vistas à liquidação do ativo para que sejam solucionadas as dívidas com os credores.<sup>988</sup>

Situação distinta se observa na recuperação judicial e na extrajudicial. Na recuperação extrajudicial, a administração permanece sob o controle da sociedade em recuperação. Os seus diretores e conselheiros permanecerão responsáveis por suas decisões e, nesse sentido, expostos aos mesmos riscos financeiros.

Na recuperação judicial observa-se que a administração da companhia sujeitar-se-á ao escrutínio obrigatório do administrador judicial, mas, para fins de se examinar a

---

<sup>986</sup> Há muitas notícias jornalísticas a respeito. Ora afirma-se que é a empresa de petróleo mais endividada do mundo - <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral.petrobras-passou-a-ser-a-empresa-de-petroleo-mais-endividada-do-mundo-alerta-omc.70001892608> - ora anota-se que não mais ostentaria essa posição - <https://www.opetroleo.com.br/petrobras-nao-e-mais-a-empresa-mais-endividada-do-mundo/>. (Ambos sítios visitados em 27.11.2018). Seja como for, a companhia efetivamente possui muitas dívidas que, em hipótese alguma, a impedem de contratar, desenvolver-se, gerar lucros, pagar tributos etc. A empresa é administrada, assim como o são as empresas que não possuem dívidas.

<sup>987</sup> Lei nº. 11.101, de 24.3.2005. Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.

<sup>988</sup> O art. 22 da Lei nº. 11.101 enumera as diversas atribuições impostas ao administrador judicial na recuperação judicial e na falência.

responsabilidade dos administradores por seus atos de gestão, a sistemática será muito similar àquela empregada a uma companhia que não esteja em recuperação judicial.

Pode-se verificar, assim, que o fato de a sociedade se encontrar em recuperação extrajudicial ou judicial não deve ser tratado como uma exclusão de cobertura no seguro *D&O*. A sociedade em situação financeira ruim, obviamente, não conseguirá fazer os adiantamentos dos custos de defesa requeridos pelos seus administradores. Aí sim, com maior ênfase ainda, será oportuna a utilização da cobertura A, mediante o pagamento direto pela seguradora aos administradores.

A exclusão baseada no status de insolvência, pela abstrata razão de que se está “insolvente” (genericamente considerando), não pode obstaculizar a cobertura A da apólice.

O raciocínio aqui apresentado é muito comumente observado nos Estados Unidos da América, na Espanha e em Portugal, por exemplo. Nesses países, a voz corrente é no sentido de que a cobertura A ganha maior relevância ainda quando a tomadora fica insolvente.<sup>989</sup> Isto justifica e reforça a observação já lançada quanto à necessidade e conveniência de que as coberturas A e B não sejam contratadas em conjunto, com a mesma seguradora. A separação evitaria conflitos de interesses que, justamente quando ocorre a insolvência, potencializam-se.

O tratamento a ser conferido quando houver falência, aí sim, deverá ser distinto porque a administração deixará de ser conduzida pelos diretores e conselheiros segurados. O

---

<sup>989</sup> Nos Estados Unidos da América: “As noted above, one of the primary situations where Side A coverage is triggered is where the company is insolvent — that is, in the bankruptcy context. Therefore, while Side B coverage (where the company indemnifies the directors and officers and is then entitled to reimbursement from the D&O insurer) has traditionally received the most attention, the increased financial stress facing many companies in the current economic environment will almost certainly lead to an increase in the number of Side A claims due to insolvent companies' inability to indemnify their directors and officers.” (LENZ, Ethan D. OBERDECK, Andrew A. *Shifting Landscapes for D&O Insurance in the Economic Crisis*. Disponível em <https://www.foley.com/intelligence/detail.aspx?int=9125>, visitado em 20.3.2017). Na Espanha: “Cuando la cobertura abarca la responsabilidad concursal, el deterioro económico de la empresa y su insolvencia, considerados, con frecuencia, como circunstancia agravatoria del riesgo en los seguros de responsabilidad civil de los administradores, deben entenderse incluidos en ella, por lo que no cabe su alegación como causa de modificación o de resolución del contrato (arts. 10–12 LCS).” (VIÑUELAS SANZ, Margarita. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores societarios: la responsabilidad concursal*. In *Anuario Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá III*. 2010, p. 379). “PEREZ CARRILLO y RAMOS exponen esta dificultad, advirtiendo que puede limitar considerablemente la eficacia del contrato, excepto si se ha producido una adaptación en el modelo de contrato suscrito. (“PÉREZ CARRILLO, Elena F; RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *El seguro de responsabilidad de administradores y altos ejecutivos, D&O, en España y Portugal a la luz de los regímenes de responsabilidad de los administradores*. In *RdS*, núm 28, 2007–1, p. 288. Em Portugal: “Em caso de insolvência da sociedade ou dificuldades financeiras, o D&O insurance apresenta a vantagem de garantir ao administrador demandado (ainda que com limitações ou exclusões) os fundos necessários para a sua defesa e para fazer face a condenações ou transacções.” (RAMOS, Maria Elisabete Gomes Ramos. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 271).

decreto da falência tem por efeito excluir a administração até então em exercício e substituí-la pelo administrador judicial que, com efeito, será um terceiro quanto à apólice de seguro *D&O*. Temporalmente, o decreto da falência opera como um ponto final à apólice em vigor. As reclamações futuras, decorrentes de atos de gestão praticados até a data do decreto falimentar, terão cobertura normalmente; após o decreto, não haverá mais que se falar em cobertura simplesmente porque não haverá mais gestão (administração) pelos segurados.<sup>990</sup>

A questão da insolvência amplamente considerada, à exceção da falência, deverá ser examinada com naturalidade e as exclusões previstas no contrato de seguro serão aplicadas de forma regular. Muito embora a lei brasileira de falência e recuperação de empresas não faça distinções concernentes ao dolo e/ou culpa grave do administrador (ressalva-se o quanto fora comentado sobre a possibilidade de se cobrir a culpa grave no seguro *D&O*), vale aprender com a experiência havida na Espanha, cuja lei é mais precisa do que a brasileira.

Enquanto que a lei brasileira é completamente omissa a esse respeito, a lei espanhola expressamente alude à culpa grave e ao dolo dos administradores, o que gera consequências práticas importantes no contrato de seguro *D&O*.<sup>991</sup> A doutrina, naquele país, critica a forma unitária empregada pela lei para o tratamento da culpa grave e do dolo, cujas matrizes são completamente distintas.<sup>992</sup> Em suma, afirma-se que a culpa grave do administrador em empresas em situação de insolvência seria passível de cobertura, ao passo que o dolo não.<sup>993</sup>

---

<sup>990</sup> “Entretanto, como sua atuação é direcionada para o fim específico de realizar o ativo e pagar o passivo, sendo-lhe, de modo geral, vedado prosseguir no exercício da empresa para outros fins (LSA, art. 211), merece ser considerado administrador especial, em contraposição aos administradores ordinários (LSA, art. 138).” (ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S.A. (e ações correlatas)*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 26). Na Espanha o raciocínio é o mesmo: “La previsión de los supuestos de liquidación de la sociedad tomadora no resulta estrictamente necesaria pues, como es sabido, la disolución de la sociedad y consiguiente apertura de su liquidación provoca la terminación en sus cargos de los administradores que son sustituidos por los liquidadores (cfr. Art. 261.1 LSA) y, por consiguiente, cesa la posibilidad de que aquéllos puedan asumir responsabilidad por actos de administración realizados con posterioridad a ese momento. De este modo, en tanto el seguro cubra únicamente el riesgo de responsabilidad derivado del desarrollo de las funciones propias del cargo de administradores, quedarán exclusivamente cubiertas las actuaciones que hayan podido desarrollar los administradores hasta el momento mismo de su cese en el cargo, conclusión que también podría alcanzarse en relación con los casos de quiebra de la sociedad en los cuales de acuerde su disolución como consecuencia de la resolución judicial que la declare (art. 260.2 LSA).” (RONCERO SÁNCHEZ, António. *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima. (Sujetos, interés y riesgo)*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2002. p. 128)

<sup>991</sup> Vale a referência aos artigos 164 e 165 da Ley nº. 22, de 9.7.2003.

<sup>992</sup> “No es lo mismo el administrador sinvergüenza que el administrador desastroso. No son lo mismo pero el legislador de 2003 prefiere olvidarse de la tripartición quiebra fortuita-quiebra culpable-quiebra fraudulenta para que ahora solamente haya concursos fortuitos y concursos culpables, y decide valorar las conductas y adjudicar la misma consecuencia concursal a la culpa grave que al dolo. Pero como la equiparación es solamente en el ámbito concursal, eso no significa que en el resto de efectos jurídicos que hayan de tener los actos llevados a cabo por los administradores tenga que existir también esa equiparación. Es más y en buena lógica, la conclusión

No início deste item, referiu-se a uma cláusula cujo conteúdo se apresenta de maneira equivocada, considerando a fundamentação exposta. Vale trazer, também, redação constante em outra cláusula que vai ao encontro da presente afirmação:

Apólice Y:

O pedido de recuperação judicial, extrajudicial ou falência ou insolvência de uma Sociedade ou um Segurado não deverá eximir a Seguradora de nenhuma de suas obrigações de priorizar o pagamento de Perdas Indenizáveis cobertas nesta Apólice em conformidade com esta cláusula.<sup>994</sup>

#### 3.4.4. A presunção de inocência e a antecipação dos custos de defesa

O art. 5º da Circular SUSEP nº. 553, de 23.5.2017, ao definir o objeto do seguro *D&O*, o faz informando que:

[...] a sociedade seguradora garante aos segurados, quando responsabilizados por danos causados a terceiros, em consequência de atos ilícitos culposos praticados no exercício das funções para as quais tenham sido nomeados, eleitos e/ou contratados, o reembolso das indenizações que forem obrigados a pagar, a título de reparação, por sentença judicial transitada em julgado, ou em decorrência de juízo arbitral, ou por acordo com os terceiros prejudicados, com a anuência da sociedade seguradora.

A cobertura, como se pode notar, restringe-se aos atos ilícitos culposos, definidos pela mesma norma nos seguintes termos:

Art. 3º Para fins desta norma, são adotadas as seguintes definições: [...]  
V - ato (ilícito) culposo: ações ou omissões involuntárias, que violem direito e causem dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, decorrentes de negligência, imperícia ou imprudência do responsável, pessoa física ou jurídica;

A definição para ato ilícito doloso encontra-se no inciso VI do mesmo artigo:

---

debería ser justo la contraria. Y en lo que interesa a este trabajo, de cara al seguro de responsabilidad civil la equiparación no puede darse mientras el legislador no lo decida hacer.”(YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *El seguro de responsabilidad civil ante los daños causados intencionadamente (con una particular atención al seguro de los administradores societarios, ante el concurso de acreedores culpable)*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2013. p. 122).

<sup>993</sup> “Los comportamientos gravemente culposos no son extraños en la práctica; me atrevería incluso a decir que lo normal será que no exista mala fe, que se llegue a situación de insolvencia de la sociedad como consecuencia, no de la actuación deliberada, sino del descuido, de la incompetencia o de la pasividad de sus administradores, en cuyo caso el asegurador deberá pagar la indemnización ya que la culpa grave es perfectamente asegurable y no equivale al dolo como tradicionalmente resultaba de la aplicación del aforismo ‘*culpa lata dolo aequiparatur*’.” (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *La extensión de la cobertura del seguro D&O a la responsabilidad concursal de los administradores por el déficit patrimonial de la sociedad*. In *Anuario de Derecho Concursal*, 2006. nº. 7. p. 101).

<sup>994</sup> Apólice Y, p. 45.

VI - ato (ilícito) doloso: ações ou omissões voluntárias, que violem direito e/ou causem dano a outrem, ainda que exclusivamente moral;

Vale referir, ainda, que há uma norma, alusiva à culpa grave e sua equiparação ao dolo, dispondo que a sua definição caberá ao Poder Judiciário ou arbitragem<sup>995</sup> e observa-se no art. 5º, § 4º, que quando da antecipação dos custos de defesa pela seguradora a apólice deverá expressamente reservar o seu direito à repetição das somas antecipadas quando restar configurado o ato ilícito doloso do segurado, ou, ainda, quando o mesmo reconhecer a sua responsabilidade.

Art. 5º. [...] § 4º Quando da concessão da garantia prevista no § 3º acima, deve haver menção expressa ao direito de regresso da seguradora nos casos em que os danos causados a terceiros decorram de atos ilícitos dolosos, ou em que o segurado reconheça sua responsabilidade.

Ao examinar as normas referidas, pode-se concluir que a Circular em epígrafe assinala que o seguro *D&O* não cobre o ato ilícito doloso e que a questão concernente à antecipação dos custos de defesa, mesmo diante de ato ilícito doloso do administrador, não foi objeto de tratamento expresso. É dizer que a norma não explicita um dever de a seguradora antecipar os custos de defesa diante de ato ilícito doloso do segurado.

A generalidade dos contratos de seguro *D&O* no Brasil exclui a cobertura para condutas dolosas do segurado. Conquanto o dever de antecipação dos custos de defesa para conduta dolosa do segurado não seja expressamente imposto à seguradora, as apólices o contêm. Até que seja proferida decisão final que ratifique o ato ilícito doloso do administrador a seguradora estará obrigada a antecipar os custos de defesa. É notório que uma demanda judicial pode alongar-se no tempo e, assim, consumir, parte substancial ou integral dos capitais segurados com esses custos. Veja-se, exemplificativamente, o disposto na apólice X:

#### 6. Exclusões

A Seguradora não será responsável por qualquer Perda com base em qualquer Garantia e Extensão de Garantia: 6.1 Conduta resultante de, baseada em ou atribuível a: (i) um Ato Danoso destinado a assegurar ou que assegure o ganho de lucro ou vantagem ao qual o Segurado não tenha direito; ou (ii) um ato ilícito doloso ou culpa grave equiparável ao dolo praticado pelo Segurado, beneficiário, sócios controladores, dirigentes e administradores legais ou pelo representante, de um ou de outro, ou com sua conivência, incluindo desonestidade e fraude ou infração criminal de lei ou norma. Para fins de aplicação da Exclusão 6.1 Conduta, nenhum ato, erro ou omissão de qualquer Segurado será imputado a qualquer outra Pessoa Segurada. Os itens (i) e (ii) acima somente serão aplicados no caso de que qualquer

<sup>995</sup> Circular SUSEP nº. 553, de 23.5.2017. Art. 3º., inc. VIII. Culpa grave: é aquela que, por suas características, se equipara ao dolo, sendo motivo para a perda de direitos por parte do Segurado. A culpa grave deverá ser definida pelo Judiciário ou por arbitragem;



dos atos acima seja reconhecido como tal por decisão final judicial ou arbitral ou admitido por escrito pelo Segurado. [...].<sup>996</sup>

Entende-se que a antecipação dos custos de defesa até que seja proferida decisão final reconhecendo o dolo do administrador decorre da incidência, no contrato de seguro, da garantia constitucional da presunção de inocência, prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, a enfatizar que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Desta maneira, a experiência prática revelará situações nas quais o administrador segurado, nada obstante tenha agido deslealmente (*rectius*, dolosamente) para com o interesse da companhia, receberá o adiantamento dos custos de defesa tal e qual o administrador leal.

Por mais reprovável que seja a sua conduta, por maiores que sejam as evidências disponíveis em eventual investigação ou processo administrativo em tramitação, por mais que

---

<sup>996</sup> Apólice X, p. 31-32. As apólices Y, Z e W apresentam cláusula de mesmo conteúdo. Diversos autores sustentam este posicionamento. No Brasil: “Exige-se, assim, que o dolo, má-fé ou fraude do segurado sejam declarados judicialmente. Antes disso, não há falar-se em recusa da cobertura do seguro.” (LACERDA, Maurício Andere Von Bruck. *O seguro dos administradores no Brasil. O D&O insurance brasileiro*. Curitiba: ed. Juruá, 2013. p. 209). Em Portugal: “Não obstante a exclusão dos actos e práticas dolosos, as seguradoras serão forçadas a suportar, num primeiro momento, os custos dos correspondentes litígios, porque a qualificação dos actos e práticas como dolosos só poderá ser concluída a final, com o trânsito em julgado. Até esse momento, não poderão as seguradoras deixar de os custear, embora, no caso de se provar o dolo, tenham regresso contra o segurado. Ao tempo da decisão condenatória (ou da transacção), já o seguro terá sido solicitado a custear a lide. Não se deve esquecer que o custeio da lide é tipicamente a principal cobertura deste seguro. O facto de, tal como formulada inicialmente, a reclamação imputar ao membro do órgão de gestão ou de fiscalização uma conduta deliberadamente ilícita, não permite, só por si, a exclusão. É necessária uma decisão definitiva. Por isso, mesmo nestes casos, a seguradora tem de começar por custear o litígio com base no seguro e, só se vier a haver uma decisão condenatória que justifique a exclusão, a seguradora poderá, então, exigir do seu segurado as quantias que despendeu no custeio do litígio.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *D&O Insurance: O seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*. Lisboa: Amedina, 2007. p. 45-46). Tem-se notícia de uma decisão judicial que, com fundamento em acordo de leniência firmado por pessoa jurídica, somado às delações premiadas firmadas por dois de seus diretores, determinou a restituição de importâncias que lhes foram entregues a título de antecipação dos custos de defesa. Da fundamentação adotada, colhem-se os seguintes trechos: “Dos dispositivos mencionados conclui-se que a premissa dos acordos e colaborações é a confissão de ilícitos cometidos pelo beneficiário da delação, seja pessoa física ou jurídica. Ora, se o objetivo da colaboração premiada ou do acordo de leniência é diminuir a penalidade daquele que o pactua, existe o pressuposto de que este tenha cometido algo para ser punido. Assim, há interesse de agir da autora. [...] Não há ilegitimidade passiva dos corréus JORGE e EDUARDO. Os administradores da empresa são segurados da apólice e participaram dos atos ilícitos e firmaram o acordo de leniência e delações premiadas. Ademais, como a corré CAMARGO CORRÊA explanou, a empresa é responsável solidária pelos atos de seus prepostos, ou seja, todos respondem pelos danos. [...] São fatos incontroversos (art. 374, inc. I, inc. II e inc. III, CPC): i) a autora firmou contrato de seguro de responsabilidade civil com a empresa ré para segurar seus administradores; ii) foi proposta ação penal contra seus administradores por crimes cometidos em licitações públicas e iii) os réus assinaram acordo de leniência perante ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), assumindo ilícitos cometidos contra a ordem econômica, inclusive com divulgação de nota da empresa ré na imprensa sobre o assunto.” (Sentença lançada no processo nº. 1108961-19.2017.8.26.0100, 11ª Vara Cível, Foro Central, Tribunal de Justiça de São Paulo, j. 2.8.2018. Partes: Allianz Seguros S.A. e Construções e Comércio Camargo Correa S/a. e outros).

sentença, em juízo, reconheça o seu ato ilícito doloso, o dever da seguradora continuará rigorosamente da mesma maneira. E a consequência será o possível esgotamento dos capitais segurados.

Quanto à consequência ora referida, há doutrina a argumentar que a repetição, pela seguradora, resolveria o problema, de vez que os valores adiantados deverão ser ressarcidos pelo administrador desleal,<sup>997</sup> havendo, também, os que afirmam sequer existir o direito à repetição.<sup>998</sup> Pragmaticamente, o direito à repetição não resolve o problema. Os custos de defesa adiantados muito dificilmente serão reembolsados e quanto à negativa ao direito de repetição, entende-se que a mesma é descabida. Ora, se o contrato de seguro cobre a conduta culposa do administrador, uma vez atestada a conduta dolosa não há que e falar em cobertura e, conseqüentemente, no pagamento de quaisquer verbas. A causa do contrato de seguro *D&O* não permite o pagamento a fundo perdido quando não verificada a culpa associada ao ato de gestão.

Do ponto de vista do administrador, a questão também se revela delicada. Não é incomum que surjam demandas as mais diversas baseadas em alegações frívolas, cujo intuito é meramente emulativo, a fim de causar problemas à sua reputação. Caso o contrato de seguro

---

<sup>997</sup> “É importante notar que nas hipóteses em que a decisão judicial transitada em julgado ou decisão arbitral final condenem o administrador por dolo, ou o administrador assine declaração confessando sua conduta dolosa, ele terá que devolver à seguradora os valores por esta adiantados referentes aos custos de defesa. Tal procedimento se deve ao fato de que os atos fraudulentos ou dolosos são expressamente excluídos da cobertura do *D&O*, conforme veremos no item 4.5.4 adiante, mas a seguradora não tem legitimidade para fazer esse juízo de valor e negar a cobertura de plano. Assim, ela adianta os custos de defesa em qualquer hipótese, mas se houver condenação por fraude ou dolo, o administrador tem que reembolsá-la.” (FARIA, Clara Beatriz Lourenço de. *O seguro D&O e a proteção do patrimônio dos administradores*. São Paulo: Almedina, 2011. p. 88). “Cumpre relembrar que, até que seja confirmada a natureza dolosa da conduta, a seguradora deverá arcar com todas as obrigações assumidas perante o tomador e os segurados, em especial com relação ao adiantamento dos gastos de defesa, sem prejuízo de buscarem o ressarcimento posteriormente.” (LACERDA, Maurício Andere Von Bruck. *O seguro dos administradores no Brasil. O D&O insurance brasileiro*. Curitiba: ed. Juruá, 2013. p. 238). Nesse mesmo sentido, as apólices comumente apresentação cláusulas do seguinte teor: “If GIO elects not to take over and conduct the defence or settlement of any Claim, GIO will pay all reasonable Defence Costs associated with that Claim as and when they are incurred PROVIDED THAT: (i) GIO has not denied indemnity for the Claim and (ii) The written consent of GIO is obtained prior to the Insured incurring Defence Costs (such consent not to be unreasonably withheld). GIO reserves the right to recover any Defence Costs paid under this extension from the Insured or the Organisation severally according to their respective interests, in the event and to the extent that it is subsequently established by judgment or other final adjudication, that they were not entitled to indemnity under this policy.” (Disponível em LITTLE, Kim. JOHNSON, Afroz Kaviani. *The devil’s in the detail: directors’ and officers’ insurance and defence costs*. In *Keeping good companies*. v. 57, nº. 5. June 2005, p. 292-293. Disponível em <https://search.informit.com.au/documentSummary;dn=200506368;res=IELAPA>, visitado em 18.10.2018).

<sup>998</sup> “[...] y que, además, es frecuente en las pólizas al uso pactar el adelanto (como parte integrante de la indemnización) de los gastos de defensa, e incluso acordar, tal como sucede en algunas de ellas, que aun cuando finalmente el asegurado sea condenado por una actuación dolosa o realizada con mala fe, no esté obligado a devolver los gastos de defensa, representación legal y publicidad que se anticiparon.” (GUERRERO LEBRÓN, María Jesús. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*. Madrid: La Ley, 2004. p. 135)

*D&O* deixe de produzir efeitos apenas com base em alegações de conduta dolosa por parte do segurado, a sua causa restará seriamente prejudicada.

Assim é que o tema em questão se apresenta candente, constituindo o objeto central de discussões tanto no Brasil, quanto no exterior, a respeito da antecipação dos custos de defesa *vis à vis* a presunção de inocência do administrador e a necessidade de trânsito em julgado. A confissão da conduta dolosa pelo segurado resolve a controvérsia, contudo, a depender, cronologicamente, de quando e se a mesma ocorrerá, recursos vultosos poderão ser despendidos, o que requer o enfrentamento do problema de maneira diversa.

Com relação à presunção de inocência como garantia constitucional e suas implicações no âmbito do direito civil e, mais especificamente, no contrato de seguro, entende-se oportuno abrir um parêntese e trazer à tese o entendimento que, no direito penal, vem sendo aplicado. O paralelo com o direito penal se justifica considerando as diferentes finalidades que se observam nessa disciplina, em comparação com o que se passa no direito civil e, mais especificamente, no contrato de seguro *D&O*.

Dentre algumas possíveis finalidades próprias do direito penal, destaca-se a punição do ofensor. Estando presentes a conduta típica, antijurídica e a sua materialidade, o criminoso deverá ser punido pelo Estado-Juiz, sendo certo que a sanção respectiva poderá culminar com a privação de sua liberdade.<sup>999</sup>

No direito penal, a tese concernente à execução imediata das penas privativas de liberdade confirmadas em segundo grau de jurisdição ganhou grande notoriedade no País em razão do julgamento do *habeas corpus* impetrado pelo Senhor Luís Inácio Lula da Silva, ex-Presidente da República.<sup>1000</sup>

---

<sup>999</sup> O estudo, pelo direito penal, das finalidades da pena, é profundo e complexo. Com as limitações próprias a uma tese de viés civil, apenas deseja registrar-se que, dentre as diversas finalidades possíveis, “O fundamento da pena criminal é uma tarefa que deve estar ao encargo das chamadas doutrinas absolutas ou retributivas da pena. Entende-se por absolutas aquelas doutrinas intencionalmente desvinculadas de fins diversos da própria realização do valor que a pena ostenta em si mesma. Por isso se utiliza a expressão latina “absolutus” no sentido de “incondicionado” ou “desprendido” de uma externa finalidade. Consiste na punição do crime pelo desvalor social insuportável que representa para a comunidade e, nesse contexto, a pena como retribuição é dos elementos característicos do direito penal clássico, consubstanciado no que, à primeira vista, poderia aparentar ser a imposição de um ‘mal justo contra o mal injusto do crime’.” (RUIVO, Marcelo Almeida. *O fundamento e as finalidades da pena criminal. a imprecisão das doutrinas absolutas e relativas*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 121/2016, p. 161-190. Jul-Ago, 2016).

<sup>1000</sup> Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 152752. Paciente: Luis Inácio Lula da Silva.

Questões políticas à parte, fato é que o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, decidiu que as penas privativas da liberdade dos réus poderão ser executadas independentemente do trânsito em julgado.<sup>1001</sup>

Argumentos pertinentes foram suscitados por aqueles que defendiam a necessidade do trânsito em julgado, explicitando que a garantia constitucional seria absoluta e, assim, não poderia ser mitigada independentemente das circunstâncias. A execução imediata das penas privaria os réus das garantias à ampla defesa e ao duplo grau de jurisdição, além de promover gravíssimas injustiças considerando alguns processos nos quais o Supremo Tribunal Federal teria reformado condenações de Tribunais inferiores, determinando, ao final, a liberdade daqueles que estiveram presos ilegalmente.

---

<sup>1001</sup> A conclusão final alcançada pelo Supremo Tribunal Federal, por maioria de 6 votos a favor e 5 contra, foi no sentido de ratificar a jurisprudência anteriormente firmada, a viabilizar a execução da pena após a decisão de 2º grau confirmadora da condenação. “Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem, vencidos, em menor extensão, os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, e, em maior extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. Em seguida, o Tribunal, por unanimidade, rejeitou questão de ordem, suscitada da tribuna pelo advogado do paciente, no sentido de que, havendo empate na votação, a Presidente do Tribunal não poderia votar. Ao final, o Tribunal indeferiu novo pedido de medida liminar suscitado da tribuna, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, e cassou o salvo-conduto anteriormente concedido. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes na votação da questão de ordem e do pedido de medida liminar. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 4.4.2018.” A ementa: “HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Por maioria de votos, o Tribunal Pleno assentou que é admissível, no âmbito desta Suprema Corte, impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional. 2. O habeas corpus destina-se, por expressa injunção constitucional (art. 5º, LXVIII), à tutela da liberdade de locomoção, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder. 3. Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada. 4. Independentemente do caráter vinculante ou não dos precedentes, emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse posicionamento, forte no necessário comprometimento do Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes, voltado a conferir cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência. 5. O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar. 6. A execução penal é regida por critérios de oficialidade (art. 195, Lei n. 7.210/84), de modo que sua inauguração não desafia pedido expresso da acusação. 7. Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade. 8. Descabe ao Supremo Tribunal Federal, para fins de excepcional suspensão dos efeitos de condenação assentada em segundo grau, avaliar, antes do exame pelos órgãos jurisdicionais antecedentes, a plausibilidade das teses arguidas em sede de recursos excepcionais. 9. Ordem denegada.”

Neste caloroso embate, a acusação também trouxe argumentos sedutores. A necessidade do trânsito em julgado, na prática, implicava na remotíssima possibilidade de efetivo cumprimento das penas em razão da morosidade dos Tribunais e o conseqüente advento da prescrição das pretensões punitivas; o julgamento pelos tribunais de 2º grau implica no exaurimento do juízo de culpabilidade, a considerar que os recursos aos tribunais superiores devem ser eminentemente jurídicos, vedando-se o reexame de substrato fático e probatório; demais disso, a experiência prática revelou que, enquanto o trânsito em julgado foi exigido, criminosos contumazes e seus hábeis advogados usavam e abusavam de recursos e mais recursos, inviabilizando a execução da pena *ad aeternum*.<sup>1002</sup>

O posicionamento em prol da execução das penas privativas de liberdade baseou-se também em dados estatísticos colhidos por pesquisa empírica elaborada pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro, reveladora de que os processos nos quais o Supremo Tribunal Federal efetivamente reformou os acórdãos de tribunais inferiores para determinar a liberdade dos réus eram absolutamente diminutos.<sup>1003</sup> Ponderando os problemas alusivos à (i) injustiça constatada em pouquíssimos processos e (ii) impossibilidade de execução das penas confirmadas pelos tribunais de 2º grau, o que tocava em múltiplos réus, era preciso tomar uma decisão.

Diante desta intrincada encruzilhada, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela execução imediata das penas, independentemente do trânsito em julgado. Entre outros argumentos suscitados, os mais valorosos, afirmou-se que o princípio da presunção de inocência, embora constitucionalmente assegurado, não é absoluto; deve, presentes outras garantias constitucionais de mesmo tônus, harmonizar-se com elas, dentre as quais, *e.g.*, os princípios da investigação e o da própria segurança jurídica.<sup>1004</sup> O fato de se executar uma

---

<sup>1002</sup> Cita-se, a propósito, o caso do jornalista Antônio Marcos Pimenta Neves que, à queima roupa, assassinou a sua namorada, Sandra Gomide. Réu confesso, Pimenta Neves interpôs recursos e mais recursos. Foi preso 11 anos após o crime. (Fonte. <https://veja.abril.com.br/galeria-fotos/pimenta-neves-prisao-apos-dez-anos-de-impunidade/>, visitado em 2.12.2018).

<sup>1003</sup> <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>, visitado em 2.12.2018.

<sup>1004</sup> Às vésperas do julgamento um grupo de juristas elaborou uma nota técnica no sentido da constitucionalidade da prisão decretada após a confirmação da condenação por decisão colegiada em segundo grau de jurisdição. A propósito da presunção de inocência, “o referido princípio, enquanto tratamento dispensado ao suspeito ou acusado antes de sentença condenatória definitiva, tem natureza relativa. [...] A interpretação do princípio da presunção de inocência deve-se operar em harmonia com os demais dispositivos constitucionais, em especial, os que se relacionam à justiça repressiva. O caráter relativo do princípio da presunção de inocência remete ao campo da prova e à sua capacidade de afastar a permanência da presunção. Há, assim, distinção entre a relativização da presunção de inocência, sem prova, que é inconstitucional, e, com prova, constitucional, baseada em dedução de fatos suportados ainda que por mínima atividade probatória. [...] Se o direito constitucional e

pena privativa de liberdade após a confirmação da condenação pelo tribunal de segundo grau, isto é, havendo espaço em dois graus de jurisdição para discutir, amplamente, todas as questões fáticas e probatórias, seria o quanto basta para atender ao duplo grau de jurisdição, também constitucionalmente assegurado.

Em suma, a interpretação adotada pela Suprema Corte brasileira, em tema relevantíssimo e que diz respeito ao direito à liberdade, posicionou-se pela execução imediata das penas. O direito penal que, como se observou, é o estatuto repressivo por natureza, encontrou, no País, posição que, com firmeza, impõe o cumprimento das penas privativas de liberdade independentemente do trânsito em julgado.

Fechado o parêntese com o direito penal, a reflexão que se propõe à continuidade é: se para fins de privação de liberdade o Supremo Tribunal Federal adotou interpretação a afirmar que a presunção de inocência não é absoluta, seria possível transpor este entendimento à civilística e, especificamente, à questão concernente à antecipação dos custos de defesa?

Supondo-se processo administrativo sancionador instaurado pela Comissão de Valores Mobiliários que acuse o administrador segurador da prática de *insider trading* que, como observou-se no capítulo 2, comumente decorre de conduta dolosa, o dever de a seguradora antecipar os custos de defesa remanesceria? À continuidade, imagine-se que o referido processo seja concluído e que a CVM condene o administrador; quantias adicionais serão necessárias para, conforme for, discutir a condenação administrativa em juízo. O dever à antecipação dos custos ainda assim será preservado? Posteriormente, em juízo, a sentença de 1º grau declara o administrador responsável. Será preciso aguardar a tramitação dessa ação judicial até que ocorra o seu trânsito em julgado para, aí sim, cessar a antecipação dos custos de defesa?

Considerando que no direito penal o Supremo Tribunal Federal concluiu pela execução imediata das penas independentemente do trânsito em julgado, por que, no direito

---

processual, ao perseguir determinados fins, admite restrições entre os princípios (a verdade material é restringida pela proibição de prova ilícita), se há elasticidade na própria dignidade humana (como exemplos: mãe, doente terminal que doa seu órgão vital para salvar seu filho; o condenado à morte que renuncia a pleitear o indulto; o militar, por razões humanitárias, dispõe-se a realizar missão fatal para salvar a vida de milhares de pessoas), não é menos admissível a restrição do princípio da presunção de inocência, cuja aplicação absoluta inviabilizaria até mesmo o princípio da investigação e da própria segurança pública.” A nota encontra-se disponível em [https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/03/nota-tecnica\\_-constitucionalidade-da-prisao-em-2a-instancia-e-nao-google-docs.pdf](https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/03/nota-tecnica_-constitucionalidade-da-prisao-em-2a-instancia-e-nao-google-docs.pdf), visitado em 7.7.2018.

civil, permaneceria a obrigação de antecipar os custos de defesa até que houvesse o trânsito em julgado? Considerando também que o princípio da presunção de inocência não é absoluto, isto é, conforma-se com outros princípios caros ao ordenamento jurídico brasileiro – investigação e segurança jurídica – a antecipação dos custos de defesa seria um direito absoluto do administrador desleal?

Não se diga, a propósito, que a reflexão ora proposta acarretaria o esvaziamento ou, melhor, num atentado à causa do contrato de seguro *D&O*. Como já se sustentou tanto no capítulo 2 quanto no presente capítulo, esta espécie contratual não foi concebida para tutelar o dolo (*rectius*, deslealdade), mas a culpa (negligência). Deixar de cobrir o dolo não afeta em nada a causa do seguro *D&O*.

Revelado o *status quo* presente no Brasil atualmente, vale agora abrir um segundo parêntese para entender como esta mesma questão é observada nos Estados Unidos da América. Lá, como resultado de mais de oitenta anos de experiência intensa com o seguro *D&O*, há bastante massa crítica capaz de subsidiar o desenvolvimento da análise ora proposta, ressaltando-se as diferenças entre os sistemas jurídicos norte-americano e brasileiro.

#### 3.4.4.1. A exclusão de cobertura baseada em alegação ou em decisão transitada em julgado - *in fact vis à vis final adjudication exclusions*

Nos Estados Unidos da América, observou-se no item 3.2 do presente capítulo que as apólices podem ser concebidas através do *duty to defend* (dever de defender) ou do *duty to indemnify* (dever de indenizar). Observou-se que o primeiro é muito mais amplo e estabelece o dever de que a seguradora cuide da defesa do administrador, mesmo que sejam formuladas alegações de fraude. Para além de custear a defesa, a seguradora escolherá o advogado e o contratará, opinará ativamente sobre a estratégia processual, em suma, controlará a defesa plentamente. O segundo – dever de indenizar – é restrito; a apólice que o preveja poderá ser concebida com base na exclusão baseada em (i) alegação de fraude ou (ii) decisão final.<sup>1005</sup>

---

<sup>1005</sup> É vasta a doutrina a comentar quanto às duas modalidades: “Whether an act comes within the fraud exclusion depends upon the wording of the policy, which may require ‘final adjudication’ of the fraudulent act or merely evidence that the fraudulent act has ‘in fact’ occurred. [...] Insureds typically seek to include ‘final adjudication’ language to clarify that the actual fraud only applies if there has been a final adjudication of actual

A modalidade de contratação cuja exclusão de cobertura seja acionada mediante a alegação de fraude pode representar problemas para o segurado, designadamente à frente de alegações descabidas; *v.g.*, um terceiro ou um minoritário propõem a ação judicial contra o segurado alegando a prática de fraude. Mera alegação, segundo os dizeres constantes na cláusula prevista na apólice, bastaria para que a seguradora pudesse negar a cobertura.

Por outro lado, também é comum observar nas apólices norte-americanas a mesma sistemática empregada nas apólices brasileiras, a dizer que a exclusão somente poderá ser acionada se, por decisão final, restar comprovada a conduta dolosa do segurado. Em suma, há uma flexibilidade quanto à escolha, pelos segurados, do clausulado que melhor tutele os seus interesses, cada qual, por óbvio, apresentando condições mais ou menos atrativas a depender das coberturas e exclusões contratadas.

A validade das exclusões baseadas em alegação (*in fact exclusion*) *vis à vis* condicionadas à decisão final (*final adjudication exclusion*) vem sendo testada pela jurisprudência daquele país com grande intensidade. Neste particular, uma monografia publicada por Willy E. Rice, professor da Universidade do Texas, chama a atenção.<sup>1006</sup>

O trabalho publicado por Rice fez um apanhado da jurisprudência publicada nos Estados Unidos da América entre os anos de 1900 e 1997, tanto em Cortes estaduais quanto federais, com especial atenção à questão concernente à antecipação dos custos de defesa e a necessidade de trânsito em julgado. A monografia não cobre apenas decisões a respeito do seguro *D&O*, mas também uma série de outros compreendidos no gênero dos seguros de responsabilidade civil. A síntese do profícuo trabalho do professor texano revela conclusões que, nos Estados Unidos, oscilam bastante.

---

wrongdoing by the insured, while the insurer may seek less strict 'in fact' language, setting a lower threshold for the determination of actual fraud and, therefore, applicability of the exclusion." (BAKER, Tom. GRIFFITH, Sean J. *Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' & Officers' Liability Insurance Market*. In *The University of Chicago Law Review*. n°. 74. 2007. p. 500-501. Disponível em [http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty\\_scholarship/52](http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/52), acessado em 28.03.2017). "The issue in early D&O policies was whether that obligation existed or whether the obligation to pay arose only after the claim was concluded. [...] At that time, in the absence of specific language, court decisions were split between those holding for contemporaneous payment of defense expense and those permitting the insurer to defer making any payments until the conclusion of the claim." (MONTELEONE, Joseph P. *Directors and officers liability. Exposures, risks management and coverage*. 2 ed. Erlanger: The National Underwriter Company, 2013. p. 121).

<sup>1006</sup> RICE, Willy. E. *Contracts and judicial discord over whether liability insurers must defend insureds' allegedly intentional and immoral conduct: a historical and empirical review of federal and state courts' declaratory judgments – 1900-1997*. Disponível em <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1396&context=aulr>, visitado em 7.3.2016.



Ao tratar especificamente a respeito do custeio da defesa no seguro *D&O*, o autor formula a seguinte indagação: a seguradora deve pagar os custos à exata medida em que ocorram ou poderá aguardar para pagar após o término do processo? Ele mesmo lamenta, uma vez que a resposta muda completamente à medida em que se observem as mais diversas Cortes norte-americanas.

Unfortunately, there is serious disagreement among courts considering these questions. The courts of appeals and lower courts in the Third, Fifth, and Ninth Circuits have ruled that indemnity insurers must reimburse defense costs contemporaneously or as they incur because that is when insureds are "legally obligated to pay."<sup>1007</sup>

Por outro lado, as Cortes no 2º e no 7º Circuitos entendem que as seguradoras têm a faculdade de adiantar os fundos para o custeio das defesas, isto é, não há obrigatoriedade.<sup>1008</sup>

Outras Cortes entendem que não deve haver o referido pagamento contemporâneo porque, se assim ocorrer antes que a demanda entre o terceiro e o segurado seja resolvida, poderá haver pagamentos pela seguradora que, por exemplo, sejam qualificados como riscos excluídos.<sup>1009</sup>

Rice conclui informando haver séria controvérsia entre os 6º, 8º, 9º e 10º Circuitos. Alguns determinam o pagamento contemporâneo, enquanto que outros entendem por aguardar o desfecho da ação proposta pelo terceiro contra o segurado. A suma, em tom de lamento, é que nos Estados Unidos da América não há previsibilidade ao tratar desta matéria. O que é interessante notar, sem embargo de alguma perplexidade diante de decisões tão

---

<sup>1007</sup> RICE, Willy. E. *cit.* p. 1.160. Em tradução nossa: “Infelizmente, há séria controvérsia quando as Cortes consideram essas questões. As Cortes de Apelação e de 1º grau nos 3º, 5º e 9º Circuitos determinam que as seguradoras devem reembolsar os custos de defesa contemporaneamente ou quando eles ocorrerem, porque é quando os segurados estão ‘legalmente obrigados a pagar’.” O autor refere aos seguintes precedentes quanto ao pagamento dos custos de defesa na exata medida em que forem despendidos. “See *Gon v. First State Ins. Co.*, 871 F.2d 863, 868 (9th Cir. 1989), noting that an insurer must pay legal expenses as they are incurred, because an insured is obligated to pay such expenses as soon as they are rendered; *Okada v. MGIC Indem. Corp.*, 823 F.2d 276, 279, 282 (9th Cir. 1986), affirming the district court's holding that insurer had to pay defense costs as they became due); see also *Mt. Hawley Ins. Co. v. Federal Sav. & Loan Ins. Corp.*, 695 F. Supp. 469,476 (C.D. Cal. 1987), following *Okada* holding that insurer must pay defense costs as they are incurred).

<sup>1008</sup> *Ibid.* p. 1.161. “(2<sup>nd</sup> circuit) See *Kenai Corp. v. National Union Fire Ins. Co.*, 136 B.R. 59, 63-64 (S.D.N.Y. 1992). The Court held that despite the absence of an option clause in this case, there are strong independent reasons for finding that the insurer has no duty to advance defense costs. In light of the plain meaning of the terms of the D&O policy [the Court] rejects conclusion that the policy requires National Union to make contemporaneous interim advances of defense expenses, finding that no such advances are necessary. 7<sup>th</sup> circuit - 158. See *Zaborac v. American Cas. Co.*, 663 F. Supp. 330, 334 (C.D. Ill. 1987), finding that insurer's partial advance payments of defense costs did not obligate insurer to continue such payments and holding that insurer had the "option, but not the obligation, to advance defense costs as they are incurred".

<sup>1009</sup> “Some courts, however, argue against contemporaneous payments because if courts force insurers to advance defense costs before resolving the underlying third-party action, "insurers inevitably would pay some losses that are not covered by [the] policy [and] [i]nsurers would be prejudiced by such a result, even if the insureds were required to reimburse the insurers.” (*Ibid.* p. 1.161).

dísparos, é que o adiantamento dos custos de defesa não é observado naquele país como um direito absoluto. Noutras palavras, a presunção de inocência que, tanto lá quanto no Brasil, é constitucionalmente assegurada, pode ceder em nome de outros princípios como, por exemplo, o de que a conduta dolosa não deve ser coberta pelo contrato de seguro.<sup>1010</sup>

The persistence of these intra- and interjurisdictional disputes demonstrate that neither state supreme courts nor the U.S. Supreme Court is prepared to address this matter in a serious and definitive manner.<sup>1011</sup>

Em resumo, verificam-se três posições distintas quanto ao adiantamento dos custos de defesa: (i) pagamento contemporâneo, isto é, à medida em que o segurado tiver que pagar a seguradora o fará; (ii) o pagamento dos custos de defesa como uma faculdade da seguradora; (iii) a seguradora não deve adiantar quaisquer pagamentos. Aguardará o desfecho da ação proposta pelo terceiro para, somente então, constatada a existência de cobertura do risco discutido, efetuar o pagamento.<sup>1012</sup>

Em síntese, o exame realizado revela que nos Estados Unidos da América há espaço para a elaboração de cláusulas contratuais que viabilizem a exclusão de cobertura baseada em (i) alegação, num (ii) conjunto de evidências capazes de demonstrar a conduta dolosa do segurado e, assim como se observa no Brasil, (iii) a obrigatoriedade de que seja publicada decisão final que reconheça o dolo do segurado. Não há, como se pôde notar, uma obrigação absoluta no sentido de adiantar os custos de defesa. Indaga-se: a realidade existente nos Estados Unidos da América seria transponível ao Brasil?

Entende-se que a primeira exclusão, baseada em alegação, seria de difícil introdução no direito brasileiro. O segurado, nessa circunstância, ficaria absolutamente vulnerável e refém do ‘julgamento’ outorgado à seguradora. O significado que se extrai do disposto nos artigos 122 e 424 do Código Civil estaria a gerar séria dificuldade à introdução dessa

<sup>1010</sup> Veja-se, a propósito, os comentários apresentados no item 4.2 deste capítulo, fls. 428-445.

<sup>1011</sup> Em tradução nossa: “a persistência dessas disputas intra e interjurisdicionais demonstra que nem as Supremas Cortes estaduais, tampouco a Suprema Corte norte-americana, estão preparadas para cuidar dessa matéria de uma maneira séria e definitiva.” (Ibid. p. 1.162).

<sup>1012</sup> As conclusões apresentadas por Willy E. Rice são ratificadas por vasta produção acadêmica. Assim: ACKERMAN, Joshua Phares. *A Common Law Approach to D&O Insurance “In Fact” Exclusion Disputes*. In *The University of Chicago Law Review*. n. 79:1429: 2012. Disponível em [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org). p. 1.430-1.466; MONTELEONE, Joseph P. *Directors and officers liability. Exposures, risks management and coverage*. 2 ed. Erlanger: The National Underwriter Company, 2013. p. 159; BISCEGLIA, Julie J. *Practical aspects of directors' and Officers' liability insurance – allocating and advancing legal fees and the duty to defend*. In *UCLA Law Review*. v. 32: 690. 1985, p. 690-718. Disponível em [www.heinonline.com](http://www.heinonline.com), visitado em 8.10.2018. p. 701; LITTLE, Kim. JOHNSON, Afroz Kaviani. *The devil's in the detail: directors' and officers' insurance and defence costs*. In *Keeping good companies*. v. 57, nº. 5. June 2005, p. 292-295. Disponível em <https://search.informit.com.au/documentSummary;dn=200506368;res=IELAPA>, visitado em 18.10.2018

modalidade de exclusão.<sup>1013</sup> A causa do contrato de seguro *D&O* seria colocada em xeque e, de mais a mais, não cabe à seguradora a prerrogativa de julgar.

A segunda modalidade de exclusão, baseada na apresentação de um conjunto de evidências, parece fazer mais sentido. Tomando como exemplo o *insider trading*, anteriormente mencionado, a mera alegação de sua prática seria insuficiente para a deflagração da exclusão. Supondo-se o prosseguimento das investigações, a instauração do processo administrativo sancionador pela CVM, a decisão publicada pelo colegiado respaldada em sólidas evidências e, mais ainda, eventual sentença em ação judicial que discuta os mesmos fatos, entende-se que, seja a partir da decisão publicada pela CVM, seja da sentença, em juízo, não haveria mais que se antecipar quaisquer custos de defesa.

Sabe-se, por óbvio, que a definição do que seja um conjunto sólido de evidências não é tarefa fácil, cabendo ao intérprete agir de maneira cuidadosa.<sup>1014</sup> Se mera alegação não basta, um conjunto de delações premiadas que impliquem o mesmo administrador, respaldadas por evidências as mais contundentes, decisões colegiadas proferidas por órgãos reguladores, sentença judicial, em suma, pode-se, com a necessária lucidez, intuir no que consistirá o conjunto de evidências.

É oportuno referir a essa altura a um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, conquanto a apólice de seguro *D&O* determinasse a exclusão de cobertura por conduta dolosa condicionada à decisão final, a conclusão encontrada foi no sentido de prestigiar a negativa da seguradora, atentando-se ao conjunto de evidências disponíveis.<sup>1015</sup> A ementa dispôs:

Ação ordinária, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela. Contrato de seguro D&O. Pedido de indenização no valor do bloqueio online incidente sobre as contas bancárias do apelante, por ordem judicial proferida em processo vinculado à

<sup>1013</sup> Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

<sup>1014</sup> O quanto de prova é necessário para formar um conjunto de evidências sólido também é discutido nos Estados Unidos da América. “Some might argue that, in a strict legal sense, you do not have “facts” until you have evidence admitted at trial. Therefore, there may be little practical difference between this and ‘final adjudication’ language. Others might argue that “facts” occur sooner in the discovery process attendant to litigation, and that you can have facts established through deposition testimony, answers to interrogatories, requests for admissions and other discovery devices.” (MONTELEONE, Joseph P. *Directors and officers liability. Exposures, risks management and coverage*. 2 ed. Erlanger: The National Underwriter Company, 2013. p. 159).

<sup>1015</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0454890-88.2015.8.19.0001. Apelante: Ildfonso Colares Filho; apelada Zurich Minas Brasil Seguros S.A. Relator: Des. Jessé Torres. 2ª Câmara Cível. j. 3.5.2017. v.u.

operação Lava Jato. Tal bloqueio não pode ser considerado sinistro, para fins de indenização. Ausência da cobertura securitária pretendida, por aplicação do disposto no art. 762 do Código Civil. Recurso a que se nega provimento.

Do inteiro teor do acórdão, colhem-se as seguintes passagens:

Improsperável o argumento de que o bloqueio online, cumprido para garantir o ressarcimento no caso de condenação em processo criminal, onde o apelante foi denunciado pelo Ministério Público Federal por diversos crimes, equipara-se a sinistro indenizável por cobertura securitária. Tal fato não pode ser considerado sinistro porque não guarda relação inerente e direta com a atividade empresarial da tomadora, já que, no ordenamento pátrio (art. 104 CC/15), todo negócio jurídico deve ter objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei [...] Mas descabe considerar como atividade empresarial atos criminosos cometidos através da sociedade empresária. [...] Nos termos do art. 113 do CC/15, todo e qualquer contrato deve ser interpretado conforme a boa-fé objetiva (Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.) No presente caso, não se harmoniza com a norma principiológica estender cobertura securitária a evento decorrente de ação supostamente criminosa, ainda que sob apuração das autoridades competentes e sem relação direta com as atividades empresariais da empresa tomadora do seguro.<sup>1016</sup>

A terceira forma – a exclusão baseada em decisão final – prescinde de maior elucubração, considerando que, justamente, trata-se daquela que é aplicada no Brasil atualmente.

Ainda quanto à exclusão baseada em alegação, é preciso fazer uma anotação que não decorre de uma forma de excluir o risco segurado, senão de, à luz de determinadas circunstâncias, estipular uma condição à antecipação dos custos de defesa pela seguradora, qual seja: decisão final que revele a inexistência de conduta dolosa do segurado.

Esta anotação decorre da introdução, no Brasil, da cláusula conhecida por ‘atos lesivos à administração pública’, referida no item anterior.<sup>1017</sup> Em razão dos prejuízos bilionários

<sup>1016</sup> Cumpre esclarecer que contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foi interposto Recurso Especial, pendente de julgamento por ocasião da elaboração deste escrito.

<sup>1017</sup> Comentários à cláusula de atos lesivos à administração pública às fls. 444-445. Exemplo de redação constante na cláusula de atos lesivos à administração pública colhe-se da apólice X: “Exclusão de atos lesivos contra administração pública e privada com reembolso dos custos de defesa. Fica entendido e acordado que a Seguradora não terá qualquer responsabilidade por quaisquer Perdas relacionadas a Reclamações contra o Segurado resultante de, com fundamento em ou atribuível a: (i) Quaisquer Atos Lesivos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, praticado ou alegadamente praticado pelo Segurado. Por ‘Atos Lesivos contra a Administração Pública’ entende-se todas as circunstâncias que se enquadrem em leis, normas ou resoluções vigentes que disponham sobre o tema, incluindo, mas não limitadas àquelas descritas na Lei nº 12.846 (Lei Anticorrupção), ainda que tais leis, normas ou resoluções não tenham sido aplicadas no caso em questão. (ii) pagamentos, comissões, doações, benefícios ou quaisquer outros favores para ou em benefício de qualquer agente, representante ou empregado de Órgão Governamental, de Forças Armadas, ou de Empresa com participação do Governo, nacional ou estrangeiro, ou quaisquer membros de suas famílias ou qualquer entidade à qual estejam afiliados, ou (iii) pagamentos, comissões, doações, benefícios ou quaisquer outros favores para ou em benefício de quaisquer conselheiros, diretores, agentes, sócios, representantes, acionista principal, proprietários, empregados, ou afiliados de qualquer cliente da Empresa ou seus membros de família ou qualquer

decorrentes da corrupção que, de maneira sistemática, afetou o País, as seguradoras, a fim de deixar bem claro que o contrato de seguro *D&O* não cobriria quaisquer perdas relacionadas à corrupção, elaborou cláusula contratual que, quanto à antecipação dos custos de defesa, estabeleceu a condição referida no parágrafo anterior.

Ao invés de antecipar os custos de defesa e determinar o direito à repetição se, ao final, restar reconhecido o dolo do segurado, a cláusula determina a sistemática inversa: demonstrada a condição – inexistência de dolo do administrador por decisão final – a seguradora reembolsará os custos de defesa.

Com o objetivo de proteger o fundo de recursos que gere (o mutualismo, referido no capítulo 1 por sua importância e integração à causa do contrato de seguro), a seguradora estipula uma condição ao pagamento (e não antecipação dos custos de defesa).<sup>1018</sup>

A propósito dessa cláusula e seu mecanismo inverso, entende-se que a mesma é lícita. Não se trata de excluir o risco baseado em alegação, senão criar uma condição quando surgirem alegações afetas à corrupção. A experiência vivida pela sociedade brasileira em razão da corrupção e suas terríveis mazelas é que motivou a elaboração da cláusula ora comentada.

#### 3.4.5. Para além da antecipação dos custos de defesa

Nas linhas a seguir, propõe-se uma reflexão que vai além da discussão antecedente. Empregando uma visão aberta, é preciso pensar na questão proposta recorrendo a outros

---

entidade com a qual são associados; ou (iv) doações políticas, sejam elas no Brasil ou no exterior; (v) atos ilícitos previstos nas Leis 8.666/1993 (Lei de Licitações); Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); Lei 12.529 (Lei de Defesa da Concorrência) ou Lei 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro); Fica estabelecido entretanto, que no caso de uma decisão judicial final transitada em julgado ou decisão administrativa irrecorrível que afaste a responsabilidade do Segurado pelos alegados Atos Danosos mencionados nos itens (i), (ii), (iii), (iv) e (v) acima, essa exclusão não se aplica. Fica estabelecido que para as hipóteses previstas nesta Cláusula Particular não será aplicado o estabelecido na cláusula 8.6 - Adiantamento de Custos de Defesa da Apólice, sendo que os Custos de Defesa somente serão reembolsados ao final decisão judicial final transitada em julgado ou decisão administrativa irrecorrível que afaste a responsabilidade do Segurado, desde que as Reclamações sejam feitas durante o Período de Vigência, Prazo Complementar ou Prazo Suplementar (quando cabíveis), conforme estabelecido nas condições gerais da Apólice. Todos os outros termos e Condições desta Apólice permanecem inalterados.”

<sup>1018</sup> A propósito de seu fundamento, vale referir ao art. 121 do Código Civil. Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

institutos, que vão muito além da discussão de apenas uma cláusula contratual, aquela que impõe o direito absoluto à antecipação dos custos de defesa.<sup>1019</sup>

#### 3.4.5.1. Delimitação do risco

Quando se definiu a causa do contrato de seguro *D&O*, teve-se o cuidado de afirmar o quanto segue: “*mediante o pagamento do prêmio pela sociedade (tomadora), opera-se a transferência dos riscos financeiros que, frise-se, em razão do ato de gestão, pesam sobre o patrimônio pessoal do administrador à seguradora, cuja obrigação contemplará tanto os custos de defesa quanto a indenização propriamente dita, respeitando-se os limites contratuais convencionados*”.

A *contrario sensu*, se a conduta do administrador não corresponder à gestão da sociedade, logicamente não estará contemplada pelo risco delimitado e que compõe a causa do contrato. Pensando, por um instante, no seguro automóvel, é racional que este segurado não poderá reclamar com a seguradora prejuízos que tenham ocorrido em sua residência.

Se não há administração, não há que se falar na aplicabilidade do seguro *D&O*. Evita-se, assim, toda uma longa discussão sobre a presunção de inocência e a necessidade de trânsito em julgado recorrendo a instituto que, nos seguros, ou mesmo nos contratos de uma maneira bem ampla, é do conhecimento comum. Aquele que compra um carro não pode reclamar sobre a casa; o que contrata uma doméstica não pode esperar que lhe sejam prestados serviços médicos; o que contrata o seguro *D&O* não será merecedor de tutela se não administrar a sociedade.

O exemplo do *insider trading* não foi anteriormente mencionado sem razão. Pela primeira vez no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça decidiu um caso no qual a conduta do

---

<sup>1019</sup> A lição de Eros Grau, aqui, apresenta-se oportuna: “A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 34).

segurado, no âmbito do seguro *D&O*, foi, justamente, a do *insider trading*.<sup>1020</sup> A reclamação apresentada pelo autor da demanda à seguradora referiu a um ofício que lhe foi enviado pela Comissão de Valores Mobiliários durante a vigência da apólice, cujo conteúdo noticiou a prática do *insider trading* pelo segurado, à época membro do conselho de administração da tomadora da apólice, a Triunfo Participações e Investimentos S.A.

O segurado requereu à seguradora o quanto fosse necessário para custear a sua defesa perante a CVM, o que restou negado pela seguradora. A recusa escorou-se na prática do *insider trading*, que “*não está abrangido pela apólice, que cobre eventuais perdas decorrentes de atos de gestão de administradores de empresas, e não da pessoa física deles. Alega que não são cobertos os riscos decorrentes do papel de sócio, como a eventual apuração de prática de ‘insider trading’*”.

A seguradora ainda argumentou que teria ocorrido omissão de informações antes da conclusão do contrato e que a cobertura para multas encontrava-se limitada a R\$ 500.000,00.

A conclusão apresentada na sentença fiou-se em dois principais eixos temáticos: (i) omissão de informações antes da conclusão do contrato, na medida em que o ofício enviado pela CVM se referia a fatos ocorridos e do conhecimento do segurado anteriormente ao preenchimento do questionário e, portanto, da emissão da apólice e (ii) a violação ao dever de lealdade.<sup>1021</sup>

Quanto ao segundo eixo temático, o fundamento arguido pelo juiz sentenciante baseou-se no acórdão também proveniente do Tribunal de Justiça de São Paulo.<sup>1022</sup> Especificamente quanto ao *insider trading*, assim concluiu o juiz:

<sup>1020</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.601.555. Recorrente: Antônio José Monteiro da Fonseca Queiroz. Recorrida: Ace Seguradora S.A. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 3ª T. v.u. j. 14.2.2017.

<sup>1021</sup> O primeiro eixo temático foi observado no item 2.2, alusivo ao dever de prestar informações completas e verdadeiras à seguradora neste mesmo capítulo, fls. 345-349.

<sup>1022</sup> Apelação Cível nº. 9103221-02.2007.8.26.0000, Relator Des. Vito Guglielmi, j. 11.12.2008. Trata-se do caso do Banco Santos e do Sr. Edegar Cid Ferreira. “Seguro. Ação de cobrança de seguro de responsabilidade dos administradores de sociedades comerciais (*D&O insurance*). Processos administrativos que dão conta da infração, pelo administrador, aos deveres de cuidado e lealdade (*duties of care and loyalty*). Apuração da prática de atos fraudulentos anterior à contratação e que não foram informados à seguradora (*known actions*). Excludentes absolutos de responsabilidade. Precedentes doutrinários estrangeiros. Recurso improvido. [...] Pretendido adiantamento dos custos para a defesa judicial do administrador. Inadmissibilidade. Negativa da seguradora baseada nas excludentes de *known actions* e *deliberate acts*. Admissibilidade. Atos deliberadamente fraudulentos praticados e apurados anteriormente à contratação do seguro. Reconhecimento judicial. Compromisso de reembolso, ademais, que não está previsto em contrato e não pode ser admitido. Recurso improvido.” Do voto do Relator: “Também a respeito da possibilidade de exclusão de cobertura a partir do reconhecimento de fraude, explica DAVID GISCHÉ (op. cit) que a cláusula compreende as condutas desonestas, fraudulentas ou dolosas em violação às leis ou estatutos ou que tragam ganhos ilícitos ao segurado, e que comprovada a ocorrência dessas práticas não podem ser elas atribuídas a terceiros diversos do segurado para que

Por fim, mas em consonância com o quanto decidido no acórdão paradigma evocado, a prática do “insider trading”, por se tratar, na definição da própria CVM de “operação realizada por um 'insider' com valores mobiliários de emissão da companhia, e em proveito próprio, pessoal” dado o proveito pessoal, sequer pode ser tida como ato realizado “na condição de administrador ou tomador”, essa sim coberta pelo seguro contratado.

Ao examinar a matéria, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que a pretensão do segurado não mereceu acolhimento justamente porque não houve ato de gestão. A leitura da ementa conduz a esta conclusão:

5. O seguro de RC D&O (Directors and Officers Insurance ) tem por objetivo garantir o risco de eventuais prejuízos causados por atos de gestão de diretores, administradores e conselheiros que, na atividade profissional, agiram com culpa (Circular/SUSEP nº 541/2016). Preservação não só do patrimônio individual dos que atuam em cargos de direção (segurados), o que incentiva práticas corporativas inovadoras, mas também do patrimônio social da empresa tomadora do seguro e de seus acionistas, já que serão ressarcidos de eventuais danos.

6. A apólice do seguro de RC D&O não pode cobrir atos dolosos, principalmente se cometidos para favorecer a própria pessoa do administrador, o que evita forte redução do grau de diligência do gestor ou a assunção de riscos excessivos, a comprometer tanto a atividade de *compliance* da empresa quanto as boas práticas de governança corporativa. Aplicação dos arts. 757 e 762 do CC.

[...]

8. O seguro de RC D&O somente possui cobertura para (i) atos culposos de diretores, administradores e conselheiros (ii) praticados no exercício de suas funções (atos de gestão). Em outras palavras, atos fraudulentos e desonestos de favorecimento pessoal e práticas dolosas lesivas à companhia e ao mercado de capitais, a exemplo do *insider trading*, não estão abrangidos na garantia securitária.

---

haja a cobertura. [...] Os demais procedimentos, ainda que posteriores à proposta, mais caracterizam essa prática. Não só se verifica infração ao dever de lealdade, como de cuidado. Bem de ver, caracterizam a administração voltada para o interesse pessoal e não da companhia. Por exemplo no P. A. 0401273692 concedeu-se empréstimo sem análise econômico-financeira dos tomadores e garantidores, comprometendo, em nada menos que 48,5% o patrimônio líquido do Banco. No P. A. 0401273692, em face da distribuição de dividendos intermediários (nunca se olvide, em última análise, que o autor pessoa física detém a quase integralidade do capital, por si ou pelas empresas do conglomerado!), "a situação patrimonial da empresa tornou-se negativa". Tal procedimento culminou na decretação da intervenção do Banco Santos (além de outra corretora) No P. A. 04012611128, embora sem solução por força da intervenção, igualmente se apontava "incrementar artificialmente o resultado do 1º semestre de 2003, com operações de opções flexíveis e divulgar, na data base de 30.06.2003, informações que não refletem a adequada expressão de sua realidade econômico financeira, o que constitui infração grave". [...] Quer isto dizer que as várias operações casadas, com pagamento por uma empresa por débito de outra, com o registro de empregados em uma que, na realidade, a outra prestava serviços, a concessão de empréstimos a pessoa legalmente vedada, o pagamento de dividendos de modo a comprometer a liquidez da pessoa beneficiada pelo seguro, levam a uma única conclusão' a de que havia confusão patrimonial no conglomerado, as informações contábeis não correspondiam à realidade dos fatos e que toda a administração acabou voltada para o interesse pessoal do autor, repita-se, que detinha a quase integralidade do capital.”



Com relação à prática do *insider trading* e, mais precisamente, à necessidade de que a administração se dê nos interesses da companhia, jamais em prol de interesses pessoais do administrador, o relator afirmou:

Entretanto, a negociação das ações da TPI, no panorama analisado, a par de configurar ato doloso do segurado, vedado pela lei civil, não adveio de ato de gestão, ou seja, da prerrogativa do cargo de administrador, mas de ato pessoal, na condição de acionista, a gerar proveitos financeiros próprios, em detrimento dos interesses da companhia.

Independentemente da discussão a respeito do trânsito em julgado e da presunção de inocência do segurado, o fato de não haver um ato de gestão foi decisivo à formação do convencimento pela inexistência de cobertura. Uma solução ‘simples’ para uma discussão complexa. Vale dizer que a mesma racionalidade é observada nos Estados Unidos da América.<sup>1023</sup>

#### 3.4.5.2. Da fraude não nascem direitos

O segundo instituto decorre de uma percepção que decorre do exame dos efeitos da nulidade dos negócios jurídicos. Recorrendo ao disposto tanto no contrato de seguro (art. 757), quanto à teoria geral do direito civil (art. 166), é claro que a nulidade provoca efeitos *ex tunc*, retroativos à fase anterior ao nascimento do direito. A nulidade provoca o não nascimento de quaisquer direitos.<sup>1024</sup>

---

<sup>1023</sup> O caso é *Aetna Casualty & Surety Co v Clasby*. 788 F Supp 61, 65 (D Mass 1991). Trechos da decisão: “holding that a carrier can avoid its duty to defend or indemnify when it is clear the claims lie outside the scope of coverage”.

<sup>1024</sup> A propósito dos efeitos *ex tunc* derivados da nulidade dos negócios jurídicos: “A diferença entre um ato nulo e um ato anulável é clara; delinea-se perfeitamente no espírito: o ato nulo é um ato que não chega a existir; os elementos formadores daquele ato, capazes de engendrar os efeitos desejados, não chegam a ocorrer, de maneira que se possa dizer que o ato jurídico, aparentemente, se verificou mas, na verdade, não foi praticado. O ato anulável, pelo contrário, chega a formar-se, mas com um defeito, que a lei reputa bastante grave para autorizar a parte prejudicada a pedir que tal ato seja tornado ineficaz. Quer dizer que nos atos anuláveis, se a parte que com ele se julga prejudicada (quando) se conforma, o ato não tem motivo algum para não produzir todos os seus efeitos jurídicos. Pelo contrário, no ato nulo, o acordo, a plena concordância das partes não pode produzir efeito algum, qualquer que seja o tempo decorrido.” (DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil. Parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1978. p. 328). A doutrina contemporânea adota uma perspectiva distinta, mais flexível, preocupada com a preservação dos efeitos produzidos pelo ato examinado. Refere-se, a propósito, a SOUZA, Eduardo Nunes de. *Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação dos*

Ora, se assim é, se a fraude provoca a nulidade do contrato, é intuitivo que dessa maneira não poderão nascer quaisquer direitos. Especificamente tratando do contrato de seguro *D&O*, o mesmo raciocínio deverá ser empregado para o custo de defesa e para a indenização. A nulidade não comporta mitigação ou conformação.<sup>1025</sup>

Ao invés de tratar da exclusão do risco decorrente da conduta dolosa, deve-se modificar o foco e passar a observar, cronologicamente, o não nascimento do direito. Há doutrina relevante nesse sentido:

Parece ter-se imposto no direito comparado a doutrina de que o dolo constitui uma exclusão do risco ou uma delimitação causal do risco estabelecido legalmente. Se o segurado provoca dolosamente o sinistro, não se verifica a extinção do direito de crédito do segurador perante o segurado; mas sim ocorre um evento que não se encontra abrangido pela garantia. O segurador não está obrigado a realizar a sua prestação porque, neste modo de perceber o relevo do dolo, o direito do segurado não se constituiu. O dolo do segurado constitui-se como um facto impeditivo do nascimento do seu direito de crédito perante o segurador.<sup>1026</sup>

Não nascendo direitos, não haverá que se falar em antecipar custos de defesa. Uma vez mais, uma solução simples para um tema difícil.

### 3.4.5.3. O “no seguro” ou, “não seguro”

O terceiro instituto guarda semelhanças com o segundo e emana da interpretação empregada, na Argentina, ao art. 70 da Ley nº. 17.418, de 30.8.1967. O dispositivo prevê:

---

*efeitos de atos nulos e anuláveis*. In *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/uma-releitura-funcional-das-invalidades/>>. Acesso em 25.3.2019.

<sup>1025</sup> Código Civil. Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

<sup>1026</sup> RAMOS, Maria Elisabete Gomes Ramos. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 400. Na Espanha, rigorosamente no mesmo sentido, Jaime Baíllo y Morales Arce: “Y, el dolo, en puridad, no es que sea un hecho impeditivo o extintivo del hecho constitutivo, es que está más allá de esta relación. No es que sea una excepción contractual, es que niega el propio contenido del contrato de seguro que no comprende jamás la cobertura de hechos dolosos, de forma y manera que, en nuestra opinión, resulta erróneo que el mismo esté contemplado entre las causas de repetición. Es que, sencillamente, nos encontramos ante un evento excluido de la garantía, esto es, ante, una exclusión causal del riesgo o, como con razón se ha apuntado, ante un supuesto de inexistencia del seguro.” (MORALES ARCE, Jaime Baíllo y. *El aseguramiento de la responsabilidad civil de los administradores: especial referencia al dolo como excepción oponible o no inoponible*. In *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*. v. II. Madrid: Mac Graw Hill ed., 2002. p. 1276).

Art. 70. El asegurador queda liberado sí el tomador o el beneficiario provoca el siniestro dolosamente o por culpa grave. Quedan excluidos los actos realizados para precaver el siniestro o atenuar sus consecuencias, o por un deber de humanidad generalmente aceptado.<sup>1027</sup>

Deixando de lado a esta altura a equiparação da culpa grave ao dolo, objeto de comentários no item 4.2,<sup>1028</sup> a interpretação que se deseja enfatizar propõe que a conduta dolosa não chega a penetrar nos riscos delimitados pelo contrato. Se a delimitação do risco segurado pudesse ser representada geometricamente como um círculo, o dolo, nesta proposição, ficaria completamente fora desta figura. Corresponde, como acentua a doutrina argentina, ao *no seguro*. A propósito, Nicolás H. Barbato:

Como señala Donati, la caducidad se da respecto de un derecho nacido, y no de un derecho que está por nacer; en cambio, aquí el dolo no actúa como hecho extintivo sino como hecho impeditivo (no permite que el hecho constitutivo se configure plenamente).<sup>1029</sup>

#### 3.4.5.4. Objeto ilícito e ordem pública

O quarto instrumento refere-se à licitude do objeto<sup>1030</sup> e à ordem pública.<sup>1031</sup> O contrato de seguro *D&O*, ou qualquer contrato no direito brasileiro, não pode tutelar objetos considerados ilícitos e pretensos direitos que violem a ordem pública. É taxativo o disposto no art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil.

Art. 2.035. [...] Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.<sup>1032</sup>

<sup>1027</sup> Em tradução nossa: “A seguradora ficará liberada se o tomador ou o beneficiário provocam o sinistro dolosamente ou por culpa grave. Ficam excluídos os atos realizados para precaver o sinistro ou atenuar as suas consequências, ou por um dever de humanidade geralmente aceitado.

<sup>1028</sup> A não equiparação da culpa grave ao dolo foi comentada no item 4.1 deste capítulo, fls. 422-428.

<sup>1029</sup> BARBATO, Nicolás H. *Culpa grave y dolo en el derecho de seguros*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1994. p. 45. Em tradução nossa: “Como assinala Donati, a perda de direitos ocorre a respeito de um direito nascido, e não de um direito que está por nascer; por outro lado, aqui o dolo não atua como fato extintivo, senão como fato impeditivo (não permite que o fato constitutivo se configure plenamente).” A obra referida por Barbato é DONATI, Antigono. *Trattato del diritto delle assicurazioni private*. t. III. Milano: Giuffrè, 1952. p. 136.

<sup>1030</sup> Código Civil, art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

<sup>1031</sup> O conceito de ordem pública foi analisado no capítulo 1, fls. 47 et seq.

<sup>1032</sup> Refere-se, em adição, aos artigos 122 e 123. Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. Art. 123. Invalidam os negócios

Este instrumento foi analisado em julgado recente pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.<sup>1033</sup> No que se interesse à discussão central – a prática de atos dolosos, a antecipação dos custos de defesa e a presunção de inocência do segurado – o acórdão examinou a questão sob o ângulo da licitude do objeto, trazendo alguns exemplos fáticos que, em razão da ilicitude, não são merecedores de tutela pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O desembargador Cesar Ciampolini iniciou o seu voto com argumentos de ordem processual, vazados na constitucionalidade do acesso à justiça, à distinção entre direitos ditos concretos e abstratos, da seguinte forma:

Chamado a desempatar o julgamento, por igual, aderi ao voto do Desembargador Bdine, não sem antes deduzir as seguintes considerações, com fulcro no art. 485, IV, do CPC (Código Buzaid, art. 267, IV), acerca do pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo consistente na licitude do objeto. A partir da doutrina alemã (Wach, Weissman, Hellwig, Plösz, Schmidt, Kleinfeller, Goldschmidt) e da italiana (Mortara, Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti, Betti, os fratelli Rocco, Redenti), afirmou-se a autonomia do processo em relação à *res in iudicium deducta*. Com isso, deixou de fazer sentido o que dizia o Código Beviláqua em seu art. 75 (“*A todo direito corresponde uma ação que o assegura*”), claro que sem correspondência no Código Civil vigente. Pela nova teoria, que foi adotada a princípio por todos os doutores, entende-se, essencialmente, o processo não mais como o direito (dito concreto) ligado à relação de direito material controversa, mas como o direito abstrato de ir à Justiça, mesmo sem razão. Distinguem-se processo, ação e mérito.

Entre nós é constitucional o direito de acesso à Justiça (Lei Maior, art. V, XXXV). Houve, em momento seguinte, reações doutrinárias, procurando-se admitir algum exame daquilo que a parte trazia ao Judiciário. Afinal, o juiz deve ler a petição inicial, antes de mandar citar o réu.

Com especial atenção à parte final do trecho anterior, o relator assinalou a necessidade de que estejam previstos “*elementos seguros da necessidade de pontos de contato entre os planos material e processual que dão à iniciativa daquele que postula em juízo seriedade mínima, representativa, em última análise, da boa-fé que deve presidir a atuação de todos os sujeitos processuais*”.<sup>1034</sup> Justamente a esta altura foram trazidos os exemplos didáticos

---

jurídicos que lhes são subordinados: I - as condições física ou juridicamente impossíveis, quando suspensivas; II - as condições ilícitas, ou de fazer coisa ilícita; III - as condições incompreensíveis ou contraditórias.

<sup>1033</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.

Apelação Cível nº. 1011986-32.2017.8.26.0100. Relator Desembargador Hamid Bdine. Apelante. Fairfax Brasil Seguros Corporativos S.A. Apelado: Galvão Participações S.A. j. 1.8.2018. v.m. A divergência decorreu da interpretação de determinada cláusula prevista no contrato de seguro que, segundo a maioria, sequer correspondia a uma cláusula compromissória vazia. A minoria entendeu que a cláusula, tal como redigida, bastava à deflagração do processo arbitral ao invés do processo judicial.

<sup>1034</sup> A citação é de BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. v. 1. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 428-430.

daquilo que não pode ser objeto de uma demanda em juízo, justamente em razão de sua ilicitude:

Seria concebível que o juiz mandasse citar o réu numa ação de divórcio a vínculo antes da Lei 6.515/77? Ou numa ação de cobrança de dívida de jogo diante do disposto no art. 814 do Código Civil (art. 1.477 do Código de 1916)? Ou em reclamação trabalhista movida pelo criminoso menor contra o chefe de organização criminosa?

E responde:

Em atividades cujo objeto é ilícito “sequer se configura o valor-trabalho tutelado pela Constituição por ser este um valor sempre aferido sob a ótica social, mesmo que individualmente apropriado pelas partes”. Mais ainda, “nas situações de 'trabalho' ilícito (ilícito criminal, evidentemente), afasta-se a incidência da teoria jus-trabalhista especial de nulidades, retornando-se ao império da teoria geral do Direito Comum, negando-se qualquer repercussão trabalhista à relação socioeconômica entre as partes” (DELGADO, Maurício Godinho. *Reconhecimento. cit.*).

Prosseguindo em sua incursão no direito do trabalho, o relator fez a seguinte construção:

E havia prova de que o reclamante, conhecia os negócios ilegais, sabia que a “empresa” aplicava golpes no mercado. “Se o reclamante foi conivente com a prática de atividade ilegal, não deve lograr benefícios decorrentes de sua atividade contrária à lei, pois, antes de tudo, os direitos nascem de atos jurídicos perfeitos, o que não ocorre neste caso”, está no acórdão. E citando o Ministro Alba Velloso, consignou-se: “Quem se aventura onde a norma incrimina, não pode esperar dessa mesma norma proteção”.

Sob a ótica do direito processual e das tutelas de evidência, a abordagem é interessante. Ora, se, por hipótese, à luz de direito candente cabe ao autor a tutela de evidência, o mesmo deve ser deferido ao réu diante de direito claramente descabido.

Sob outra ótica, Gustavo Mattedi Reggiani, em interessante digressão feita a partir da tutela da evidência que se defere ao autor da ação (arts. 303 e 311 do CPC), sugere que “se ao autor é reconhecida a possibilidade de receber tutela de evidência”, “por questão de isonomia, ao réu também deverá ser reconhecida a possibilidade de receber a tutela liminar atípica do pedido manifestamente improcedente sem que tenha que percorrer todo o procedimento, com desnecessário dispêndio de tempo e de energia” (ob. cit., pág. 129/130; grifei). Como se sabe, realmente, é direito do réu obter liminar extinção do processo, trancado “no plano da admissibilidade”, nos casos em que o juiz assim deve proceder ex officio (Araken de Assis, ob. cit., págs. 325/326).

Chegando à parte final da fundamentação, o relator a arremata lembrando da lição *ponteana*, claríssima: “Enfim, sendo o pedido juridicamente impossível, doutrina Pontes de Miranda, ‘tem de ser repellido, de início, e de ofício’, como hoje dispõe o § 3º do art. 485 do

CPC e dispunha o § 3º do art. 267 do Código Buzaid, vigente quando escreveu o grande jurista (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. III. 1973. p. 436).

A aplicabilidade da fundamentação ao caso concreto determinou que a conclusão fosse no sentido de repelir a pretensão do segurado. Observando o disposto na Circular SUSEP nº. 541/2016<sup>1035</sup> fora referido o seu art. 5º, no sentido de que a cobertura propiciada pelo seguro *D&O* decorre da conduta culposa do segurado. Fez-se, concomitantemente, o paralelo com a exclusão de cobertura para a conduta dolosa, com fins no art. 762 do Código Civil.

Trata-se do conhecido seguro de responsabilidade civil “RC D&O” (Directors and Officers Insurance), que visa a garantir riscos decorrentes de eventuais prejuízos sofridos por gestores ou conselheiros de companhias, no desempenho de suas atividades, quando ajam com culpa (art. 5º da Circular SUSEP 541/2016). [...] Naturalmente, não se segura o administrador quando demandado em razão de ato doloso, tipificado no Código Penal. Aliás, o art. 762 do Código Civil preceitua a nulidade do “contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro.” A cobertura securitária não pode abarcar crime tipificado no Código Penal. Isto não é matéria regida pelo Direito das Obrigações.

Relevante observar que nas investigações realizadas pela seguradora por ocasião da regulação do sinistro, apurou-se que, quanto ao pedido de cobertura formulada pelo segurado, Sr. Erton Medeiros Fonseca, o mesmo, em depoimento prestado à autoridade policial, confessou a prática de crime consistente no pagamento de dinheiro a executivos de empresas estatais a fim de obter contratos em nome da tomadora do seguro.

Este processo de sinistro está relacionado com a Ação Penal n. 5083360-51.2014.404.7000, interposta pelo Ministério Público Federal contra dirigentes da Galvão Engenharia S/A, decorrente dos Inquéritos Policiais nº 1041/2013 e 0603/2014, referentes à denominada 'Operação Lava Jato'. De acordo com o depoimento prestado pelo Sr. Erton em 17/11/2014, foi reconhecido o pagamento de vantagens ilícitas no âmbito da Diretoria de Serviços, em razão do receio da Galvão Engenharia de sofrer retaliação junto à Petrobrás na execução das obras, conforme a seguir transcrito:

“Que o declarante consultou seu superior Jean Laberto Luscher de Castro, tendo chegado à conclusão de que deveriam pagar ou efetivamente poderiam ser prejudicados junto à Petrobrás em razão do poder do então diretor; [...] Que confirma a realização de pagamentos por meio de transferências bancárias da empresa”

Prosseguiu o relator:

Está provada nos autos, ressalte-se, a condenação criminal dos diretores da Galvão (dentre eles o segurado, Erton Medeiros Fonseca) na Ação Penal 5083360-

<sup>1035</sup> Por um descuido, o relator não mencionou a Circular SUSEP nº. 553, que revogou a Circular nº. 541; com relação ao ponto notado, não houve mudança.

51.2014.404.7000 da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba (fls. 107/236). Notório, ainda, que confessaram seus crimes, celebrando delação premiada, noticiada em veículos de comunicação como os jornais Folha de São Paulo e Valor Econômico (<https://goo.gl/wBY6AS> e <https://goo.gl/gawyXf>).

O pedido formulado nos autos dizia respeito aos custos de defesa do referido Sr. Erton. Ora, em havendo confissão quanto à prática de crime, respaldada por sentença que o condenou, não houve dúvida. A pretensão foi negada.

São os gastos para defesa desses confessados atos criminosos que a apelada quer ver cobertos pela seguradora. Não pode fazê-lo, *primus ictus oculi*; o Judiciário não pode ouvir seu pleito, assim como não abre suas portas ao recolhedor de apostas em demanda contra o banqueiro do jogo do bicho, ou ao pequeno traficante em litígio contra o chefe do tráfico. [...] Em suma, o criminoso não pode demandar direitos decorrentes de atividade criminosa, pois no mundo do crime não se perfazem atos jurídicos perfeitos, fontes de direito obrigacional.

Com efeito, a confissão pelo segurado tem o efeito de prescindir do exame da rica fundamentação construída pelo relator uma vez que, como se observou no início deste item, a cláusula contratual em referência desobriga a seguradora quanto há decisão final que reconheça o dolo do segurado ou a sua confissão.

Nada obstante, a fundamentação trazida ilumina a controvérsia a partir da ordem pública e do objeto lícito, é dizer, o contrato de seguro *D&O* não se prestará para tutelar pretensões que lhes contrariem.

É ora de concluir o item final da tese. A presunção de inocência e a antecipação dos custos de defesa não devem ser observadas como um dogma. A experiência havida nos Estados Unidos da América revela que é possível tratar desse tema de algumas formas diferentes. Vale reproduzir, por sua pertinência, a conclusão encontrada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao julgar o processo do Banco Santos e seu acionista controlador, Edemar Cid Ferreira:

Ainda que cláusula de adiantamento exista, certamente não é ela indiscutível. Ainda que o autor possa estar com bens indisponíveis e não possa pessoalmente custear sua defesa, impedem o adiantamento as excludentes das *known actions* (pois a situação do banco já era do conhecimento de seu administrador!) e bem aquela dos *deliberate acts* (pois a violação das regras contábeis e a realização de operações legalmente vedadas traduzem atos ilícitos!). Nessa mesma linha de idéias, e quando o adiantamento é devido, deve o beneficiário comprometer-se a devolver os valores adiantados, o que não está previsto no contrato e nem declinado na inicial.<sup>1036</sup>

---

<sup>1036</sup> A referência completa ao acórdão encontra-se à fl. 471, nota de rodapé nº. 1.178, neste capítulo.

Entre a exclusão do risco baseada em alegações, na apresentação de um conjunto de evidências ou de decisão final, entende-se que o conjunto de evidências é passível de introdução no ordenamento jurídico brasileiro.

Para além da discussão da cláusula em epígrafe, reiteram-se os quatro instrumentos apresentados - delimitação do risco, da fraude não nascem direitos, *no seguro* ou, não seguro e objeto lícito e ordem pública - a revelar formas outras, mais simples, capazes de resolver a intrincada controvérsia.



## CONCLUSÕES

Este trabalho teve início em meados de 2013, inspirado pela percepção de que o futuro do seguro *D&O* no Brasil seria promissor. Foram inúmeras leituras, reflexões, angústias e privações, até que se conseguisse alcançar o presente resultado “final”.

“Final” entre aspas porque, a bem da verdade, acredita-se que o trabalho não encontra, aqui, um ponto final, senão um ponto e vírgula, a considerar que a oportunidade para evoluir sempre estará presente, principalmente considerando a jovialidade do mercado brasileiro em comparação com mercados mais maduros, como, *e.g.*, o norte-americano e o inglês. Ao passo que no Brasil fala-se de uma experiência de pouco mais de quinze anos, nos Estados Unidos da América a experiência é de aproximadamente oitenta anos. Quanto à Inglaterra, foi em Londres, nos anos 30 do século passado, que surgiram as primeiras apólices.

A jovialidade não caracteriza, apenas, o seguro *D&O*, mas também o risco que o nutre, qual seja, a responsabilidade do administrador e, mais especificamente, a *business judgment rule*. Enquanto que no Brasil a experiência a propósito desse tema é bem recente – o primeiro processo administrativo sancionador a enfrentá-lo na Comissão de Valores Mobiliários data de 2005 – nos Estados Unidos da América o tema é debatido nas mais diversas Cortes há mais de duzentos anos.

Em 2013, por ocasião do início das pesquisas, o seguro *D&O* ainda não passava de uma promessa, de mais um contrato disponibilizado pelas seguradoras em meio a outros tantos seguros, na “prateleira” da responsabilidade civil. Os contratos de seguro de responsabilidade civil geral misturavam-se aos seguros de responsabilidade afetos aos riscos profissionais, designadamente, os seguros *E&O* (erros e omissões de profissionais liberais os mais diversos) e o *D&O*.

Na “prateleira” referida, a operação “lava-jato” iluminou destacadamente o seguro *D&O*, chamando-o para a mídia e à atenção do empresariado brasileiro. Houve grande furor com as consideráveis somas despendidas a título de custos de defesa para executivos implicados em denúncias de corrupção, pagamento de propina, lavagem de dinheiro e afins, sendo este, para o mercado brasileiro, o primeiro “batismo de fogo” desse seguro.

Não havia, como o futuro acabou demonstrando, motivo para temor. O jovem mercado brasileiro soube ultrapassar aqueles momentos agudos, de sinistralidade elevada, assim como

mercados maduros já haviam lidado com outras crises igualmente sérias, respeitadas as proporções devidas. Vale lembrar, rapidamente, dos efeitos decorrentes do julgamento do caso *Smith v. Van Gorkom*, em 1984, das crises asiática, em 2003, e do *subprime*, em 2008, responsáveis por forte retração nos Estados Unidos da América.

Ao concluir a tese, tem-se a convicção de que o seguro *D&O*, no Brasil, é uma realidade e, para tanto, basta verificar o elevadíssimo percentual de empresas cotadas na bolsa de valores de São Paulo que o contratam, bem próximo a cem por cento. Que executivo, em sua consciência, aceitaria uma posição de diretor ou conselheiro despedido de uma apólice de seguro *D&O*? Contra fatos não há argumentos.

Para muito além de se desenvolver no segmento das grandes sociedades anônimas abertas, o seguro pode e deve abranger as demais espécies societárias, independentemente da envergadura. As sociedades anônimas fechadas, as grandes limitadas, as pequenas e médias empresas, associações, clubes, condomínios, entre outras instituições, todos são candidatos à contratação do seguro *D&O*. Onde houver atos de gestão haverá riscos e, conseqüentemente, espaço para desenvolvimento do seguro.

Esta assertiva é uma consequência do quanto restou demonstrado na introdução. A percepção, pela doutrina, quanto ao referido ‘giro conceitual’<sup>1037</sup> da responsabilidade civil ou, empregando locução mais recente, a chamada ‘erosão dos filtros tradicionais de reparação’,<sup>1038</sup> objetivou a responsabilidade civil de maneira consideravelmente ampla, para, justamente, reforçar a tutela da vítima.

Para muito além da objetivação da responsabilidade, observaram-se outros movimentos nessa mesma direção como, exemplificativamente, a responsabilidade civil de viés preventivo, bem como a responsabilização calcada em presunções de causalidade.

O simples fato de ser administrador é o quanto basta para colocar o seu patrimônio em xeque. Seja por demandas fundadas ou descabidas, os custos de defesa precisarão ser desembolsados, a justificar, portanto, a relevância do seguro.

Do ponto de vista da vítima dos atos de gestão, o seguro também se apresenta como uma resposta importante, na medida em que introduz à relação jurídica um terceiro solvente, em condições de arcar com a possível dívida de responsabilidade do administrador segurado.

---

<sup>1037</sup> Como visto na Introdução, a expressão foi cunhada por Orlando Gomes, ainda durante a vigência do Código Civil de 1916, demonstrando a perspicácia do autor quanto ao porvir.

<sup>1038</sup> A expressão mais moderna foi cunhada por Anderson Schreiber.

Restando justificada a tese, em razão da relevância do tema, de seu ineditismo e de diversas lacunas observadas no ordenamento jurídico brasileiro, o capítulo 1 teve a ousada tarefa de, a partir do exame da causa, definir a síntese dos efeitos jurídicos essenciais do contrato de seguro *D&O*. Afirmar-se ‘ousada’ por duas ordens de razões: (i) o estudo da causa como instituto destinado à qualificação dos contratos é, por si só, uma tarefa difícil, o que corresponde a uma constatação pacífica da doutrina; (ii) no Brasil, a vasta pesquisa elaborada revelou a inexistência de quaisquer escritos profundos que tivessem se debruçado sobre a causa do contrato de seguro e, no que diretamente importa à tese, à causa do contrato de seguro *D&O*.

O caminho traçado a fim de alcançar esse objetivo consistiu em mergulhar na superfície (gênero) para, gradativamente, alcançar a profundidade (a espécie). Assim, em primeiro lugar, definiu-se a causa do contrato de seguro, o que foi precedido pelo exame de seus elementos verdadeiramente distintivos frente à generalidade dos demais contratos, quais sejam, o risco, o interesse legítimo e o mutualismo. Foram apresentadas as principais teorias que, no direito estrangeiro, versam a respeito da causa do contrato de seguro para, então, defini-la.

O ponto de sequência cuidou da causa do contrato de seguro de responsabilidade civil, por entender-se que, com efeito, o contrato de seguro *D&O* impregna-se de um acentuado conteúdo próprio dos seguros de responsabilidade civil, embora a eles não se restrinja. Os mesmos elementos essenciais aplicados para a definição da causa do contrato de seguro foram utilizados para o seguro de responsabilidade civil, extraindo-se, à continuação, a sua causa.

Definidas as causas do contrato de seguro e do seguro de responsabilidade civil, avançou-se para o exame do seguro de proteção jurídica, cujos efeitos jurídicos essenciais guardam uma convergência importante com o seguro *D&O*. Muito embora não seja comercializado no Brasil, o desenvolvimento intenso desse contrato em variados países da Europa, especialmente França e Espanha, trouxe luzes para discussões habituais no contrato de seguro *D&O*, particularmente, o estabelecimento dos honorários advocatícios dos advogados nomeados pelos segurados.

Esmiuçaram-se os problemas e polêmicas havidos na França e na Espanha, culminando com decisões de suas Cortes Superiores no sentido de que o estabelecimento de limites financeiros aos honorários dos advogados nomeados pelos segurados não seria ilegal.

Uma vez definida a causa do contrato de seguro de proteção jurídica, foram reunidos os efeitos jurídicos essenciais viáveis à definição da causa do contrato de seguro *D&O*, nos seguintes termos: *“mediante o pagamento do prêmio pela sociedade (tomadora), opera-se a transferência dos riscos financeiros que, frise-se, em razão do ato de gestão, pesam sobre o patrimônio pessoal do administrador à seguradora, cuja obrigação contemplará tanto os custos de defesa quanto a indenização propriamente dita, respeitando-se os limites contratuais convencionados”*.

O capítulo 2 cuidou do risco cujos efeitos financeiros são absorvidos pelo contrato de seguro *D&O*, qual seja, a responsabilidade do administrador. Comentou-se sobre a necessidade de que o regime de responsabilidade do administrador receba um tratamento próprio, justificando-se a afirmação a fim de que sejam criadas condições para que a administração seja eficiente, à constatação de que a responsabilidade do administrador ora é contratual, ora é extracontratual, a dificuldade para estabelecer padrões de comportamento predeterminados para administradores, a necessidade de empregar tratamento distinto para os deveres de diligência e de lealdade e, por fim, as especificidade do regime de nulidades em direito societário.

Foram apresentadas notas a respeito dos principais órgãos sociais dos quais emanam os atos de gestão, quais sejam, diretoria e conselho de administração, explicando as atribuições de cada qual. A relevância do acionista controlador também foi objeto de comentários, especialmente diante da grande concentração acionária que caracteriza o mercado bursátil brasileiro.

Definiram-se os conteúdos dos deveres de diligência e de lealdade, ao tempo em que se explicou que, ontologicamente, a origem de ambos é completamente diferente. Enquanto que o administrador negligente se prejudica, já que corre o risco de destituição pela assembleia geral, deixa de receber bônus e promoções, observa a sua reputação minguar no mercado, o administrador desleal pode auferir ganhos incomensuráveis.

O dever de diligência foi seccionado nos deveres de qualificação, informação, vigilância e investigação, além de informação ao mercado. Quanto ao dever de lealdade, por sua vez, demonstrou-se que o mesmo não comporta maiores elucubrações, embora, também como se observou, seja importante lançar mão de critérios para fins de se examinar as oportunidades dirigidas à companhia, isto é, se poderiam ou não ser aproveitadas pelo administrador.

Uma vez compreendidos os deveres de diligência e de lealdade, defendeu-se a recepção da *business judgment rule* pelo ordenamento jurídico brasileiro, recomendando-se cautela com relação aos contornos que a identificam nos Estados Unidos da América.

No cotejo da *business judgment rule* com o seguro *D&O*, explicou-se que embora a finalidade de ambos seja próxima – gerar ‘proteção’ ao administrador – o *modus operandi* de cada qual é distinto.

A *business judgment rule* opera como um anteparo à responsabilidade do administrador. Se o ato de gestão for precedido de informação, reflexão e interesse na sociedade (ao invés de interesse pessoal, particular do administrador), a *business judgment rule* deverá produzir efeitos no sentido de evitar a responsabilidade do administrador, ainda que, como consequência do ato de gestão, advenham perdas e danos à sociedade. A mesma também se aplica com o propósito de evitar a revisão do mérito do ato de gestão, concentrando-se o olhar sobre o processo de tomada da decisão em si.

O seguro *D&O*, por outro lado, opera como um instrumento de mecânica inversa. Uma vez caracterizada a responsabilidade do administrador (ou a alegação de que o mesmo deve ser responsabilizado), o seguro estará à disposição do administrador para custear a sua defesa, bem como arcar com a indenização eventualmente devida ao fim e ao cabo da demanda de fundo.

A propósito do regime de responsabilidade definido pela Lei nº. 6.404, de 15.12.1916, concluiu-se que a culpa, individualmente analisada, é que deverá nortear o exame do intérprete, independentemente da composição do órgão social do qual o ato de gestão emane.

Noutras palavras, por mais que o ato de gestão derive do conselho de administração (órgão colegiado), a conduta de cada conselheiro deverá ser examinada individualmente. Eventual imputação de responsabilidade solidária não prescindirá do exame da culpa de cada conselheiro e, em hipótese alguma, deverá cogitar-se de responsabilidade objetiva.

As hipóteses previstas no inciso II do art. 158 da lei societária – violação da lei e/ou do estatuto social da companhia – motivarão a presunção relativa de responsabilidade do administrador, cabendo-lhe o ônus de demonstrar a inocorrência da conduta em questão.

Finalizou-se o capítulo chamando a atenção à importância de que as violações aos deveres de diligência e de lealdade recebam tratamento completamente distinto. Com fundamentação convincente, definiu-se que deverá haver certa leniência com relação ao dever de diligência, justamente com o fito de potencializar a gestão criativa e arrojada por parte do

administrador. O excesso de cautela e o receio por eventuais reprimendas, definitivamente, não colaboram para com a administração eficiente. É, precisamente por isto que se contrata o seguro *D&O*.

No tocante às violações ao dever de lealdade, a recomendação é inversa: severidade deverá ser a palavra de ordem. Demonstrou-se que entre o administrador negligente e o desleal, aquele é bem menos pior do que este.

A deslealdade impõe perdas de mensuração difícil à sociedade que, ao invés de contar com um administrador no qual possa confiar, terá em seus quadros um fraudador, alguém que estará agindo em prol de seus próprios interesses e em detrimento dos interesses da companhia.

O administrador desleal se aproveita das oportunidades endereçadas à companhia, trai a sua confiança, abala a sua imagem perante o mercado e os investidores. Em suma, malfez o múnus que lhe é conferido pela assembleia geral em conduta que, via de regra, será dolosa. Em uma linha, o administrador desleal não é merecedor da tutela conferida pelo seguro *D&O*.

Justificada a relevância da tese, definida a síntese dos seus efeitos jurídicos essenciais (causa) e bem examinado o risco que a compõe, o caminho se apresentou sedimentado para, empregando a causa anteriormente definida, resolver os principais problemas que as carências regulatória, legal e doutrinária motivam no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim é que o capítulo 3 se apresenta como um fechamento para as reflexões trazidas nos capítulos antecedentes e o leitor perceberá que a tese, como um todo, possui um fio condutor que perpassa todos os capítulos. Sempre que necessário, os problemas foram resolvidos recorrendo a definições apresentadas nos capítulos anteriores, especificamente à causa do contrato de seguro *D&O*, tal como explicitada no capítulo 1.

O capítulo final, dedicado ao regime jurídico do contrato de seguro *D&O*, foi dividido em quatro seções, quais sejam, estrutura, contratação, coberturas e exclusões.

A seção dedicada à estrutura cuidou da contratação do seguro de modo facultativo, embora, à luz da experiência havida no exterior, designadamente na Espanha e em Portugal, possa cogitar-se de uma “quase obrigatoriedade”. Discutiu-se a respeito da licitude do seguro *D&O*, o que decorreu de percepção já antiga, é verdade, no sentido de que o mesmo geraria *moral hazard*.

Apresentou-se uma finalidade interessante à qual este seguro se destina em mercados mais maduros que o brasileiro, qual seja, um instrumento de *compliance* e governança

corporativa das sociedades que o contratam. Em poucas palavras, o prêmio a ser pago, para mais ou para menos, sobretudo em renovações de apólices, denota em que medida os mecanismos de controles adotados pelas tomadoras operam. Quanto mais eficazes, menos prêmio a pagar; quanto menos, mais a pagar. Indica-se, dessa maneira, como se encontra a governança corporativa da companhia.

A propósito da riquíssima experiência havida com o seguro *D&O* no exterior, principalmente nos Estados Unidos da América, chamou-se a atenção à necessidade de, efetivamente, aprender com a experiência estrangeira, porém, sempre adotando as cautelas necessárias a fim de respeitar as diferenças existentes entre os ordenamentos jurídicos estrangeiros e o brasileiro.

Demonstrou-se o seguro *D&O* para muito além de um seguro de responsabilidade civil, considerando as coberturas disponibilizadas para a própria sociedade tomadora e coberturas outras como, por exemplo, as despesas emergenciais com crise, *marketing* e publicidade a fim de restabelecer a imagem da tomadora, penhora *on line*, indisponibilidade de bens, extradição, entre outras, a revelar que este seguro tem um conteúdo verdadeiramente *sui generis*, o que reforça a necessidade de seu estudo aprofundado.

Anotou-se que este seguro, usualmente, apresenta-se na espécie dos seguros de grandes riscos, em oposição aos seguros chamados massificados, a justificar, assim, o entendimento pela inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, sem prejuízo, é claro, da incidência de outros remédios protetivos àqueles que aderem a contratos cujo conteúdo é previamente determinado, *in casu*, pelo órgão regulador. O fato de a contratação materializar-se por adesão, o que decorre do arranjo legal-regulatório em vigor, não deduz, automaticamente, abusividade.

Observou-se, também, que a disciplina dos seguros por conta de terceiros é plenamente aplicável aos seguros *D&O*, designadamente em razão da maneira por meio da qual, em regra, a sua contratação é concluída. São as sociedades, na qualidade de tomadoras, que contratam os seguros por conta de seus executivos, passando-lhes à condição de segurados. Por força do desenvolvimento da chamada cobertura C (*side C*– ou *entity coverage*), a sociedade também passa à condição de segurada, ou seja, reúne as qualidades de tomadora e de segurada.

O último ponto da primeira seção tratou da delimitação temporal do risco segurado, discorrendo-se a respeito da contratação à base de reclamação com notificação, à diferença do regime de contratação à base de ocorrência.

A segunda seção cuidou da contratação da apólice, apresentando em sua parte inicial algumas considerações a respeito dos meios empregados para calcular o prêmio no seguro *D&O*, além de haver sido tocada a controvérsia quanto à licitude do pagamento do prêmio pela tomadora por conta de seus executivos. Explicou-se que não há que falar em ilegalidade alguma porque para além do interesse dos administradores, a sociedade também tem interesse na contratação, de maneira que o pagamento acaba por gerar cobertura para ambos.

A prestação de informações à seguradora foi classificada como dever do segurado, e não meramente como ônus. Neste particular, o ‘não fazer’ pelo proponente, ao omitir informações ou falseá-las, afeta a si próprio e, além disso, à seguradora que, emitirá apólice segundo condições fáticas não correspondentes à realidade. O prejuízo, desta maneira, tocará tanto no proponente quanto na mutualidade, essencial à causa do contrato de seguro, conforme anotado no capítulo 1.

Particularmente no contrato de seguro *D&O*, o dever de prestar informações verdadeiras e completas assume um contorno próprio e mais complexo do que na generalidade dos contratos de seguro, o que decorre da contratação, pela tomadora, por conta de seus executivos. Entendeu-se que a condução da contratação dessa maneira não pode eximir os administradores de seu dever, sob pena de que sejam gerados sérios déficits de informação à seguradora.

Apresentaram-se considerações a respeito da importância de que o questionário seja elaborado pela seguradora de maneira clara e objetiva, evitando ambiguidades que, se existentes, serão interpretadas em seu desfavor. Com relação à amplitude das respostas, defendeu-se que as mesmas deverão circunscrever-se àquilo que for efetivamente perguntado.

Concluindo o item, discutiu-se a cláusula de divisibilidade de declarações (*severability*, em inglês) muitíssimo utilizada nos Estados Unidos da América. A partir da rica experiência jurisprudencial colhida daquele país, defendeu-se a necessidade de que essa questão seja observada pelo mercado brasileiro com maior atenção. A fase precontratual, na qual as partes se conhecem e as informações são transmitidas à seguradora, é vital para que a conclusão do contrato seja realizada livre de vícios de informação. Todo o esforço empreendido a fim de eliminar os déficits de informação prevenirá litígios futuros.



A terceira seção compreendeu as coberturas, designadamente, custo de defesa e indenização. Iniciou-se explicitando que o regime jurídico aplicável às despesas de contenção e salvamento também o é à cobertura para os custos de defesa, nada obstante as diferenças identificadas no tratamento dos seguros de dano *vis à vis* os seguros de responsabilidade civil. Explicou-se que o mesmo *modus operandi* pertinente aos seguros de danos se aplica aos seguros de responsabilidade civil (gênero), no qual se insere o seguro *D&O*, com a necessidade de que os limites contratuais sejam respeitados.

Comentou-se a respeito das duas modalidades através das quais a cobertura para os custos de defesa é oferecida em mercados mais maduros que o brasileiro, especificamente nos Estados Unidos da América e na Espanha. Nesses países, à diferença do Brasil, o custo de defesa é disponibilizado sob as formas ‘dever de defender’ e ‘dever de indenizar’. O primeiro, como se observou, é consideravelmente mais amplo que o segundo, já que a seguradora assume, integralmente, a defesa do segurado. Cabe-lhe escolher o advogado, pagar os honorários e demais custos legais pertinentes. O ‘dever de indenizar’, mais restrito, opera por meio de reembolso; cabe ao segurado escolher o seu advogado e, uma vez efetuado o pagamento, requerer o reembolso à seguradora.

No Brasil, em virtude de um posicionamento antigo da Ordem dos Advogados, Seccional de São Paulo, que restou ratificado pela Superintendência de Seguros Privados, não existe o ‘dever de defender’. Anotou-se que a visão restrita prevalecente no País acaba por ser prejudicial aos próprios segurados, sugerindo-se, nessa direção, seja observado o modelo adotado na França, que faculta ao segurado ou escolher o seu próprio advogado ou, deixar a escolha a critério da seguradora.

O item seguinte cuidou das três faces por meio das quais as coberturas para custo de defesa e indenização se apresentam no seguro *D&O*, quais sejam, as coberturas A, B e C. explicou-se que entre as três, aquela que realmente interessa aos administradores é a A, por justamente produzir efeitos independentemente da necessidade de passar pela tomadora para obter os recursos necessários seja para o custeio da defesa, seja para o pagamento de indenizações. Trata-se, como se observou, de cobertura dirigida diretamente para os administradores.

Quanto à cobertura B, também chamada de *corporate reimbursement*, a mesma produz efeitos à medida em que a tomadora arque com os custos de defesa e/ou indenização pagos ao administrador. Efetuados os pagamentos, lhe tocará recebê-los através de reembolso da

seguradora. Sobretudo em circunstâncias nas quais a tomadora se encontra em estado de insolvência, observou-se que a cobertura A se afigura ainda mais importante. Nesta oportunidade, também se estabeleceu o paralelo entre a cobertura B e os contratos de indenidade, atentando às semelhanças e às diferenças.

No tocante à cobertura C, conhecida por *entity coverage*, a mesma foi introduzida no âmbito do seguro *D&O* em razão da percepção de que, gradativamente, os administradores e a tomadora eram chamados a responder em conjunto em virtude dos atos de gestão praticados por aqueles. Não havendo cobertura para a tomadora, mas somente para os administradores, aquela acabaria ficando desguarnecida. Defendeu-se, ainda quanto à cobertura C, usualmente restrita a demandas relativas a valores mobiliários, a viabilidade de ampliá-la para outras hipóteses, o que se colheu da experiência havida em Portugal, Espanha e Alemanha, por exemplo.

O exame em conjunto das coberturas A, B e C, especificamente nos Estados Unidos da América, clama para que, no Brasil, esse tema seja visto de maneira mais flexível e atenta aos interesses dos administradores, destinatários genuínos do seguro *D&O*. Não é sem razão que o seguro leva o nome *directors & officers liability insurance*.

Observou-se nos Estados Unidos da América com grande naturalidade a contratação da cobertura A com uma seguradora, ao passo que as coberturas B e C com outra seguradora. A finalidade é clara: evitar conflitos de interesses e, para além disso, proteger os capitais segurados destinados a cada qual, de modo que eventual reclamação formulada contra ambos não implique no esgotamento das verbas destinadas aos administradores.

Além da maior maleabilidade, as coberturas A, B e C, se vendidas de forma independente, evitarão os sérios problemas de alocação também reportados na tese. Diante de situações nas quais as demandas sejam propostas contra administradores segurados e não segurados, contra administradores segurados e tomadora não contratante da cobertura C, foram apresentados critérios comumente utilizados nos Estados Unidos da América e na Inglaterra a fim de resolver essas questões. A suma do que se viu e, assim, o que se propôs, vai ao encontro de um exame qualitativo da reclamação formulada. Se parte considerável da reclamação for imputável a administradores segurados, não deverá haver alocação; se ocorrer o contrário, isto é, se parte considerável da reclamação for imputável a administradores não segurados, então a apólice não responderá.

O tema concernente à alocação e aos limites foi examinado detalhadamente, detectando-se o pobre tratamento empregado pela generalidade das apólices disponibilizadas no Brasil. Os critérios examinados, quais sejam, ordem de pagamento, cujo funcionamento é “o primeiro que chegar leva” e, também, a cláusula de “melhores esforços”, não são hábeis para resolver os problemas existentes.

Posteriormente, tratou-se da cobertura para as multas administrativas e civis. Percorreu-se o histórico havido no País até que, por força da Circular SUSEP nº. 553, de 23.5.2017, finalmente o órgão regulador, a aprovou. Demonstrou-se que a cobertura para as multas é relevantíssima considerando, em termos percentuais, o elevado número de demandas propostas contra administradores por entes os mais diversos, cujo mote é precisamente a cobrança de multas.

Explicou-se que as cobrir, em hipótese alguma, gera administração menos zelosa e que a percepção antiga da SUSEP, no sentido de que inexistiria interesse legítimo com vistas à sua cobertura, afigura-se claramente equivocada. O que importa, com efeito, é examinar o ato de gestão que, se for proveniente de culpa do administrador, deverá merecer cobertura; se de dolo, não.

A regulação normativa em vigor, no Brasil, admite a cobertura para as multas civis e administrativas, silenciando a respeito das multas criminais. Defendeu-se a viabilidade jurídica de estender a cobertura também para essas multas, considerando, para tanto, o mesmo racional empregado às demais multas. Ora, se a conduta do administrador que ensejar a aplicação de uma multa criminal for meramente culposa, não deve haver qualquer óbice à sua cobertura.

A quarta e última seção do capítulo cuidou das exclusões. Iniciou-se propondo uma reflexão a respeito da equiparação da culpa grave ao dolo, o que, em matéria de responsabilidade civil, apresenta-se com naturalidade. Defende-se que, em matéria de seguro *D&O*, não há que equiparar a culpa grave ao dolo, o que decorre, como se observou no capítulo 2, das condutas que desaguam em cada qual.

Propôs-se que a culpa grave, em matéria de responsabilidade de administradores, é passível de cobertura no seguro *D&O* o que, por certo, ficará relegado à autonomia privada dos contratantes. Ao concluir o capítulo 2 afirmando que deve haver certa dose de leniência com as violações ao dever de diligência e total rigidez com as violações ao dever de lealdade, constatou-se o equívoco em permanecer insistindo na antiquíssima equiparação.

O ponto de continuação cuidou do dolo que, no seguro *D&O*, é próprio. À diferença de outras condutas dolosas observáveis em seguros de danos, de pessoas e de responsabilidade civil, o dolo no seguro *D&O* decorre das violações ao dever de lealdade. Enquanto que na generalidade dos contratos de seguro observa-se a conduta dolosa do segurado dirigida à obtenção da soma segurada, no seguro *D&O* as violações à lealdade não terão esse propósito e, curiosamente, as estatísticas apontam para um quantitativo consideravelmente maior de ocorrência nos seguros dos administradores.

A estatística se explica a partir das vantagens provenientes desses dois dolos distintos. Enquanto que na generalidade dos contratos de seguro a conduta dolosa terá como consequência, no máximo, o recebimento do montante previsto no contrato, no seguro *D&O* o administrador desleal poderá receber quantias muitíssimo maiores do que o eventual limite segurado. Pense-se, por um instante, no volume de recursos que um *insider trading* poderá auferir; no quanto uma oportunidade comercial dirigida à tomadora poderá representar? Não há como comparar, sob o ponto de vista das vantagens, os dois dolos.

Com relação aos efeitos da conduta dolosa de um administrador segurado para outros administradores segurados, defendeu-se, à luz do regime de responsabilidade dos administradores no ordenamento jurídico brasileiro, essencialmente calcado na culpa individualmente examinada (capítulo 2), a impossibilidade de imputação extensiva. Observou-se a experiência estrangeira a esse propósito, mais desenvolvida que a brasileira, porém, sem embargo dos avanços lá existentes, há real dificuldade para transpor aquela prática à realidade brasileira.

O ponto de continuação tratou da questão concernente à insolvência. À luz de algumas apólices brasileiras que excluem as demandas decorrentes do denominado ‘status de insolvência’, aprofundou-se o exame e defendeu-se que não deve haver exclusão *tout court*. O ‘status de insolvência’ deve ser decomposto em recuperação extrajudicial, recuperação judicial e falência, além de, naturalmente, o endividamento que costuma ocorrer dentro de uma normalidade, sem que isto impacte o cotidiano da sociedade.

Para fins de se delimitar o escopo de cobertura no seguro *D&O*, dentre as hipóteses verificadas aquela que realmente não se amolda ao seguro é a falência que, por determinação legal, extirpa a administração daqueles que, até então, funcionavam como administradores. Há, do ponto de vista da delimitação subjetiva do risco, uma ruptura, eis que, a partir de

então, a administração será conduzida por pessoas que são estranhas ao contrato de seguro. Nessas circunstâncias, com efeito, a apólice deverá restringir a cobertura.

Situação distinta se observa nas demais circunstâncias referidas, nas quais a administração permanecerá sob o controle da sociedade. O exame dos atos de gestão deverá ser realizado da mesma maneira, isto é, sob o ponto de vista da culpa (e não do dolo) dos administradores, da delimitação temporal e geográfica do risco. O contrato deverá continuar produzido efeitos normalmente.

O item posterior tratou da presunção de inocência e da antecipação dos custos de defesa. Referiu-se ao *status quo* identificado na generalidade das apólices brasileiras que, para fins de exclusão da conduta dolosa, carecem de decisão final transitada em julgado ou confissão do segurado.

A propósito da presunção de inocência, fez-se um paralelo para a interpretação que, em direito penal, vem sendo empregada pelo Supremo Tribunal Federal, quanto à execução das penas privativas de liberdade após decisão de segundo grau. Ora, se em matéria de direito penal admite-se a execução da pena independentemente do trânsito em julgado, por que o tema em exame, em direito civil, deve permanecer exigindo o trânsito em julgado?

Recorreu-se à experiência havida nos Estados Unidos da América a fim de demonstrar que esse tema é lá tratado com naturalidade, havendo a possibilidade de que a exclusão para a conduta dolosa seja aplicada ou com base em alegações (*in fact exclusion*), ou com base em decisão final (*final adjudication exclusion*).

Remeteu-se à pesquisa lá elaborada, que examinou a jurisprudência norte-americana entre os anos de 1900 e 1997, tendo como pano de fundo decisões referentes à antecipação dos custos de defesa diante de condutas dolosas dos segurados. O extrato disponibilizado dá conta de que as decisões variam bastante, sendo possível agrupá-las da seguinte forma: (i) pela legalidade da exclusão baseada em alegações; (ii) pela necessidade de, para além de alegações, respaldar-se num conjunto sólido de evidências a demonstrar a conduta dolosa e (iii) decisão final ou confissão do segurado.

A tese propõe, como critério, aquele representado pelo segundo grupo, isto é, um conjunto sólido de evidências a identificar a conduta dolosa do segurado. É claro que a definição do que seja esse conjunto sólido ficará a critério do intérprete, no entanto, não é difícil, na casuística, extraí-lo. O exemplo referido, àquela altura, mostra-se pertinente nessa direção.

Relembrando-o, imagine-se autuação no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários decorrente da prática de *insider trading*. O administrador segurado, valendo-se da cobertura para a antecipação dos custos de defesa, contrata o seu advogado e a seguradora arca com os honorários. A CVM julga o auto de infração subsistente e condena o administrador. Sobrevém recurso ao conselho, novamente com custos de defesa arcados pela seguradora.

Em grau recursal, o administrador segurado perde novamente. A decisão colegiada noticia que, respaldada por uma séria de provas explicitadas, a condenação deve ser mantida. O administrador segurado, então, resolve ingressar em juízo para atacar a decisão do órgão regulador. Depois de anos de tramitação, do exame das evidências por instâncias diversas e julgadores variados, entende-se que uma definição de solidez no conjunto de evidências poderá ser extraída.

Superada a questão alusiva à antecipação dos custos de defesa e a necessidade de decisão final, o último item da seção propôs outras reflexões, com o objetivo de iluminar aquela que, na prática, tornou-se uma das questões mais tormentosas no âmbito do seguro *D&O* no Brasil até a presente data.

Deixando-a de lado por um instante, discutiu-se tema realmente simples, básico, em matéria de contrato de seguro, qual seja, a delimitação causal do risco segurado. Como se observou nos capítulos 1 e 2, a causa do contrato de seguro *D&O* requer um ato de gestão a fim de que o mesmo possa produzir efeitos. A *contrario sensu*, isto é, não havendo gestão, cobertura não haverá.

Os exemplos referidos aludiram ao *insider trading* e a um julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema. No caso, o administrador segurado foi denunciado pela CVM em virtude da prática de *insider trading*. Essa conduta, como se viu no capítulo 2, nada tem que ver com a administração da companhia. Ela é, na verdade, a antítese da administração, posto que o administrador, ao invés de agir em nome da sociedade, age em interesse próprio, egoístico, em prejuízo da empresa e do mercado bursátil. Ora, se não há administração, cobertura securitária não haverá.

O segundo ponto referido analisa a fraude cometida pelo segurado à luz da teoria geral do direito civil. O título empregado foi “da fraude não nascem direitos”, recorrendo-se, ali, à valiosa lição de Alvin Lima. Como consequência da fraude que, como determina o art. 762 do Código Civil, provoca a nulidade do contrato de seguro, os seus efeitos são retroativos, *ex*

*tunc*, de sorte que não há que se falar no nascimento de quaisquer direitos, seja quanto à antecipação dos custos de defesa, seja quanto à indenização.

O terceiro ponto refere-se à interpretação empregada às condutas dolosas tomando como base a lei de seguros da Argentina que, numa alusão a uma figura geométrica, ensina que a conduta dolosa não chega a penetrar na mesma, no sentido de entrar na órbita do contrato. Assim é que, sob as luzes do art. 70 da lei argentina, fala-se no correspondente ao “*no seguro*” e, se não há seguro, não há direito a qualquer cobertura.

Por fim, referiu-se à ordem pública e ao objeto lícito como limites intransponíveis aos contratos no direito brasileiro. O contrato de seguro *D&O*, nessa direção, jamais poderá tutelar a fraude e, assim, albergar condutas dolosas, referindo-se à jurisprudência recente que tratou do tema.

A tese deve ser inédita e preencher lacunas existentes no ordenamento jurídico, o que corresponde ao papel da doutrina. Espera-se que, ao final desses cinco anos e meio de pesquisa, reflexão e redação, tenham sido deixados critérios a serem observados a fim de resolver os inúmeros problemas que poderão surgir no contexto desse apaixonante contrato que é o seguro *D&O*.

## REFERÊNCIAS

ABREU, J. M. Coutinho de. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*. Coimbra, 2007.

ABREU, J. M. Coutinho de. e RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores (Notas sobre o art. 379.º do Código do Trabalho)*. In *O contrato de trabalho no contexto da empresa, do Direito Comercial e do Direito das Sociedades Comerciais*. Centro de estudos judiciais. Lisboa: Almedina, Janeiro de 2014. p. 114.

ACKERMAN, Joshua Phares. *A Common Law Approach to D&O Insurance “In Fact” Exclusion Disputes*. In *The University of Chicago Law Review*. n. 79:1429: 2012. Disponível em [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas)*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Abuso de minoria em direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2014

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A desconsideração da pessoa jurídica: de Requião aos nossos dias*. In *O moderno direito empresarial do século XXI. Estudos em homenagem ao centenário do professor Rubens Requião*. FACHIN, Edson et. al. (Coord.) Rio de Janeiro: GZ Editoria, 2018. p. 321-353.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos*. 2 ed. v. III. Coimbra: Almedina, 2013.

ALMEIDA, J. C. Moitinho de. *O contrato de seguro no Direito Português e comparado*. Lisboa: Ed. Sá da Costa, 1971.

ALONSO SOTO, R. *El seguro de la culpa*. Madrid: Ed. Montecorvo, 1977.

ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. *O seguro e o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AMARO, Anderson de Souza. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores*. In *Revista de direito empresarial*. v. 2. mar. 2014, p. 97.

ARQUILLO COLET, Fernando Gómez Pomar Begoña. *Daños dolosos y seguro*. InDret 03/2000. Disponível em <http://docplayer.es/1851986-Danos-dolosos-y-seguro-fernando-gomez-pomar-begona-arquillo-colet.html>, visitado em 8.9.2018. p. 3.

ARMELIN, Donaldo. *A prova indiciária da fraude*. In *II Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho”*. São Paulo: IBDS-EMTS, 2002. p. 373-375.



ASCARELLI, Tullio. *O conceito unitário do contrato de seguro*. Trad. Ernesto Leme e Aristildes Lobo. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/65945/68556>, visitado em 14.5.2018.

\_\_\_\_\_. *Os vícios de constituição das sociedades anônimas e a prescrição*. In *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. p. 379-393.

ATIENZA NAVARRO, María Luiza. *El aseguramiento de las sanciones administrativas*. In *La reforma del derecho del seguro*. Juan Bataller Grau et al. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi/Thomson Reuters, 2015, p. 151-178.

AZEVEDO, Antônio Ivanir de. *Responsabilidade civil do administrador*. RT 653/78-84, p. 80.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. São Paulo: S.C.P., 1986. p. 77-78.

\_\_\_\_\_. *Nulidade de cláusula limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave. Caso de equiparação entre dolo e culpa grave. Configuração da culpa grave em caso de responsabilidade profissional*. In *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 427-441.

\_\_\_\_\_. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In *Novos Estudos e Pareceres do Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAILEY, Dan. *Large D&O settlements and judgments*. p. 1-3. Disponível em [http://baileycav.com/site/assets/files/1420/list\\_of\\_d\\_o\\_settlements\\_-\\_dan\\_bailey.pdf](http://baileycav.com/site/assets/files/1420/list_of_d_o_settlements_-_dan_bailey.pdf), visitado em 14.4.2017).

\_\_\_\_\_. *The business judgment rule under attack*. Disponível em <http://dri.org/docs/default-source/dri-online/course-materials/2013/professional-liability/12-the-business-judgment-rule-under-attack.pdf?sfvrsn=4>, visitado em 12.7.2018

BAINBRIDGE, Stephen M. *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*. 57 Vand. L. Rev. 83. 2004.

BAKER, Tom. GRIFFITH, Sean J. *Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' & Officers' Liability Insurance Market*. In *The University of Chicago Law Review*. n°. 74. 2007. p. 487-544. Disponível em [http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty\\_scholarship/52](http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/52), acessado em 28.3.2017).

\_\_\_\_\_. *Ensuring Corporate Misconduct: How Liability Insurance Undermines Shareholder Litigation*. Chicago: The University of Chicago Press Books, 2010. p. 130-131.

BALLESTEROS GARRIDO, J. A. *Clausulas Lesivas, limitativas y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro*. In *Revista de Derecho mercantil*. nº. 256. abr-jun 2005, p. 514.

BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 165.

BARACHINI, Francesco. *La gestione delegata nella società per azioni*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008.

BARBATO, Nicolás H. *Culpa grave y dolo en el derecho de seguros*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1994.

BARBOSA, Fernanda Nunes. *O seguro de responsabilidade civil do profissional liberal; desenvolvimento e atualidades*. In MORAES, Maria Celina Bodin de e GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 350.

BARBOSA, Henrique Cunha. *Responsabilidade de administradores e controladores: o “caso Sadia” numa incursão “guerreiriana” para além do dever de diligência e da ação social*. In *Direito empresarial e outros estudos de Direito em homenagem a José Alexandre Tavares Guerreiro*. Coord. CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro; WARDE JÚNIOR, Walfrido; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares. São Paulo: Quartier Latin, 2013. Também disponível em [http://www.barbosabarbosa.com.br/images/direito\\_empresarial.pdf](http://www.barbosabarbosa.com.br/images/direito_empresarial.pdf), p. 1-38, visitado em 27.7.2018. p. 15-16.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law na sociedade contemporânea*. Disponível em: [http://pct.capes.gov.br/teses/2011/40003019006P4/TES.PDF]. Acesso em: 10.06.201.

BARRETO, Julio. *O conflito de interesses entre a companhia e seus administradores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARRETO FILHO, Oscar. *Medidas judiciais da companhia contra os administradores*. RDM 40/9-18.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Brasília: Revista da AGU, 2016. v. 15, n. 3.

BATALLER GRAU, Juan. *Hacia una tercera clase de contrato de seguro: los seguros de prestación de servicios*. In *La reforma del derecho de seguro*. Juan Bataller Grau et al. (Dir). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, 2015.

BAUMAN, Jeffrey et al. *Corporations, Law and Policy. Materials and problems*. 5 ed. EUA: Thompson West, 2003.

BAUM and BYRNE. *The Job Nobody Wants*. Business Week. September 8, 1986. at 56.

BAUMS, T. *Regierungskommission Corporate Governance*. n. 70, p. 107-108

BAXTER, C. *Demystifying D & O Insurance*. In *Oxford Journal Legal Studies* 15 (1995).

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2011.

BENSAL, Bruno Marques. *A business judgment rule no direito brasileiro: da responsabilidade dos administradores na perspectiva do direito comparado e na jurisprudência da CVM*. In *Revista de Direito Empresarial*. v. 7/2015. p. 111-131. Jan - Fev / 2015.

BERLE JR., Adolf. MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

BESSA, Leonardo Roscoe et al. *Manual de direito do consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2009.

BETTI, Emilio. *Causa del negozio giuridico. Novissimo Digesto Italiano*. 3 ed. Torino: Utet, 1957.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 9. ed. atual. por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: ed. Paulo de Azevedo, 1957.

\_\_\_\_\_. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Beviláqua*. Rio de Janeiro: ed. Rio, 1958.

BHAGAT, BRICKLEY & COLES. *Managerial Indemnification and Liability Insurance: the effect on shareholder wealth*. In *J. of Risk & Insurance*. p. 721 et seq.

BIGOT, Jean. *Traité de droit des assurances terrestres*. v. III. Paris: LGDJ, 2002.

BINGHAM, Tom. *The Rule of Law*. Londres: Penguin Books, 2010; BUSSANI, Mauro. *A Pluralistic Approach to Mixed Jurisdictions*. Disponível em: [<http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/22134514>]. Acesso em: 11.11.2016.

BISCEGLIA, Julie J. *Practical aspects of directors' and Officers' liability insurance – allocating and advancing legal fees and the duty to defend*. In *UCLA Law Review*. v. 32: 690. 1985. Disponível em [www.heinonline.com](http://www.heinonline.com), visitado em 8.10.2018.

BISCONTINI, Guido. *Onerosità, corresponsabilità e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*. Napoli: ESI, 1984.

BISHOP JR., Joseph W. *Sitting Ducks and Decoy Ducks: New Trends in the Indemnification of Corporate Directors and Officers*. Yale Law Journal, New Haven. v. 77. p. 1078-1103, May 1968. p. 1099.

\_\_\_\_\_. *New cure for an old ailment: insurance against directors' and officers' liability*. In *The business lawyer*. November 1966, p. 106.

BLACK, Bernard. *The Core Fiduciary Duties of Outside Directors*. In *Asia Business Law Review*, Singapore. July 2001, p. 16-17.

BLACK, B; BARRY, T.J. O'BRIEN; MOOSHIN, Y. *Corporate Governance in Korea at the Millenium: Enhancing International Competitiveness (Final Report and Legal Reform Recommendations to the Ministry of Justice of the Republic of Korea*. May 15, 2000), Journal of Corporation Law 2001, p. 563.

BLOCK, Dennis J.; BARTON, Nancy E; RADIN, Stephen A. *The business judgment rule: fiduciary duties of corporate directors*. 5 ed. New York: Aspen Law and Business, 1998. p. 90.

BLOK, Marcela. *Business judgment rule: a responsabilidade dos administradores das sociedades anônimas*. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 46/2009. p. 129-162. Out - Dez / 2009.

BONELLI, F. *Gli amministratori di società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1992.

\_\_\_\_\_. *La responsabilità degli amministratori*. In. G. E. COLOMBO e G. B. PORTALE (diretto da). *Trattato delle società per azioni*. Torino, 1991. p. 361 et seq.

BORBA, Gustavo Tavares. In *Tratado de direito comercial: tipos societários, sociedade limitada e sociedade anônima*. COELHO, Fábio Ulhoa (coord). São Paulo: Saraiva, 2015.

BORGES, Nelson. *Os contratos de seguro e sua função social. A revisão securitária no novo código civil*. In *Doutrinas essenciais e contratos*. v. 6. p. 793, jun. 2011, p. 4-7.

BRAGA, Francisco de Assis. *Bases técnicas da empresa securitária*. In *Seguros: uma questão atual*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 28.

BRANCA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Privado*. Traducción de la Sexta edición italiana por Pablo Macedo. Ciudad de México: Ed. Porrúa, 1978.

BREGMAN, Bob and JORDAN, Sean. *20 ways to improve directors and officers liability coverage or practices*. In *IRMI D&O compass*. March 2017. Disponível em <https://www.irmi.com/free-newsletters/d-o-compass/>, visitado em 7.9.2017. p. 17.

BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. *A administração de companhias e a business judgment rule*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

BROWN, J. *When opportunity knocks: an analysis of the Bridney & Clark and ALI Principles of Corporate Governance Proposals for deciding corporate opportunity claims*. J Corp, L. 1986, p. 257.

BRUCK. *Das privatversicherungsrecht*. Manheim-Berlin, 1930.

BRUCK-MOLLER. *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*. t II, 8 ed. 1980. p. 575-580

BRUDNEY. *The Independent Director-Heavenly City or Potemkin Village*. 95 Harv. L. Rev. 597, 616-22, 642-59 (1982).

BRUNO, S. *Polizze assicurative della responsabilità degli amministratori di società per azioni*. Quaderni: CERADI, 1990.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. v. 1. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BULGARELLI, Waldírio. *Manual das sociedades anônimas*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980.

\_\_\_\_\_. *Questões de direito societário*. São Paulo: RT, 1983.

BUSATO, Paulo César. *Dolo e significado*. In *Dolo e direito penal. Modernas tendências*. Paulo César Busato (Coord). 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BUTTARO, L. *Assicurazione sulla vita*. In *Enc. del. dit.* v. III. Milano, 1958.

\_\_\_\_\_. *L'interesse nell'assicurazione*. Milano: Giuffrè, 1954.

CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções sobre os custos da litigância (II): introdução ao seguro e ao financiamento processuais*. In *Revista de Processo*. Ano 43. v. 277. Março 2018. Coord. Teresa Arruda Alvim. p. 59-60.

CAMPINS VARGAS, Aurora. *Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos: especial referencia al ámbito de cobertura del seguro*. In *Revista de derecho mercantil*. n. 249/2003. Civitas. p. 3.

CAMPOS, Diogo Leite de. *A responsabilidade civil profissional de empresa e seu seguro*. In *Colóquio Luso-Francês promovido pelas secções portuguesa e francesa*. Association Internationale du Droit de L'Assurance. Novembro, 1973. p. 3.

CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. *Deveres e responsabilidades*. In LAMY FILHO, Alfredo. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. (Org). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1.101

CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1959

CANE, Peter. *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CALVO, Roberto. *Il contratto di assicurazioni. Fattispecie ed effetti*. Milano: Giuffrè, 2012.

CALZADA CONDE, María Ángeles. *El seguro voluntario de responsabilidad civil*. Madrid: Ed. Montecorvo, 1983.

CANO FERRÉ, Pedro. *Seguro de protección jurídica*. Disponível em <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon8.pdf>, acessado em 29.1.2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil. A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. In *Direito constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Org. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 113

CAPILLA RONCERO. *Sociedades de profesionales liberales. Cuestiones sobre su admisibilidad*. In MORENO QUESADA, ALBIEZ DOHRMANN y PÉREZ-SERRABONA. *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*. Universidad de Granada, 1993. p. 254.

CAPITANT, Henri Lucien. *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*. 3 ed. Paris : Dalloz, 1927.

CARA, Marília de. *A aplicabilidade do seguro de responsabilidade de administradores e diretores no âmbito da administração das companhias*. 2013. 148f. Dissertação de mestrado. (Mestrado em direito comercial) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2013.

CARACCIO, L. William. *Void Ab Initio: Application Fraud as Grounds for Avoiding Directors' and Officers' Liability Insurance Coverage*. 74 California Law Review n°. 929. 1986, p. 951. Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol74/iss3/12>, visitado em 15.10.2018.

CARLISLE, P. M. *New type of insurance to protect Company directors is proposed*». In *The New York Times*, 9 de abril de 1939, sec. 6, p. 7-8.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto*. 1942.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica. Limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. *A doutrina da tripartição da culpa: uma visão contemporânea*. In *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 13. ano 4. p. 199-229. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017

CARRESI. *Osservazioni sulla causa delle assicurazioni*. 1960. I. p. 120 e s.

CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris : LGDJ, 1995

CARVALHO, Jorge Morais. *A moral como limite à autonomia privada*. In *Revista de direito civil contemporâneo*. vol. 8. ano 3. p. 303-326. São Paulo: Ed. RT, jul-set. 2016.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. v. 4. n. 1.217.

CARVALHO SANTOS, J. M. De. *Código civil brasileiro interpretado*. v. XV. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil de administradores e de acionistas controladores perante a Lei das S/A*. In *RT 699/36*.

CARVALHOSA, Modesto e KUYVEN, Luiz F. Martins. *Sociedades Anônimas. Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 3.

CASES, José Maria Trepat. *Código Civil comentado*. v. VIII, São Paulo: Atlas, 2003. p. 103.

CASTRO, Diana Loureiro de Paiva. *Potencialidades funcionais das cláusulas de não indenizar: releitura dos requisitos tradicionais de validade*. 2018. 273 f. Dissertação. (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

CAVALCANTI, Bruno Novaes Bezerra. *O contrato de seguro e os seus elementos essenciais*. In *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. Bauru, v. 40, n. 45, p. 233-256, jan./jun. 2006. p. 235.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. Atlas: São Paulo, 2012.

\_\_\_\_\_. *A trilogia do seguro*. In *Anais do I Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho”*. São Paulo: IBDS, 2001. p. 85-97

CERVEAU, Bernard. *Protection juridique : livre choix de l’avocat*. *Gaz. Pal*, 27-28 sept 2000, p. 4. *Viv. 1<sup>re</sup>*, 15 juill. 1999, D. 2000.

CHAPUISAT, Françoise. *Le droit des assurances*. Paris : Presses Universitaires de France, 1995.

CHIRONI. *Tratatto di diritto civile italiano*. T. 1. Turín, 1904.

CLARKSON, Max. B. E. *The corporation and its stakeholders: Classic and contemporary readings*. Toronto: University of Toronto Press, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Lineamentos da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*. In *Revista do advogado*. São Paulo. n.º. 36, p. 38-44. Mar. 1992, p. 40.

COHEN, George M. *Legal Malpractice Insurance and Loss Prevention: A Comparative Analysis*. 4 *Conn Ins L J* 305, 343-44. 1998, p. 491.

COLOMBO, Angelo. *Contrato de seguros: limites técnicos de negociação entre seguradora e segurado*. In SCHALCH, Débora (org.). *Seguros e resseguros: aspectos técnicos, jurídicos e econômicos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29

COMPARATO, Fábio Konder. *Obrigações de meios, de resultado e de garantia*. In *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 537

\_\_\_\_\_. *O seguro de crédito*. São Paulo: RT, 1968.

\_\_\_\_\_. *“Insider Trading” : sugestões para uma moralização do nosso mercado de capitais*. In *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 13-14.

\_\_\_\_\_. *Essai d’analyse dualiste de l’obligation em droit privé*. Paris : Dalloz, 1964, p. 197.

COMPARATO, Fábio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 356.

CORDEIRO, Amanda Guimarães e SOUZA, Larissa de Lima Vargas. *Danos morais contratuais e o problema da cláusula penal*. In *Problemas de responsabilidade civil*. Coord. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rio de Janeiro: ed. Revan, 2016.

CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos seguros*. Lisboa: Almedina, 2013.

\_\_\_\_\_. *Da boa fé no direito civil*. 2 ed. Lisboa: Almedina, 2017.



\_\_\_\_\_. *Manual de direito das sociedades. Das sociedades em especial*. 2 ed. v. 1. n. 289. Coimbra: Almedina, 2007.

\_\_\_\_\_. *Da Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*. Lisboa: Lex, 1997. p. 494.

CORE, John E. *The Directors' and Officers' insurance premium: an outside assessment of the quality of corporate governance*. Publicado em 28.5.2000, disponível em <http://ssrn.com/abstract=-229803>. Visitado em 3.10.2018.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Aide, 1989. p. 126

COSSÍO Y CORRAL, Alfonso. *El dolo en el derecho civil*. Madrid: ed. Revista de Derecho Privado. 1955.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 8 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COZIAN, Maurice ; VIANDIER, Alain. *Droit des sociétés*. 5. éd. Paris : Litec, 1992. n. 740.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA GONÇALVES. Código Civil Anotado. v. II. Lisboa: Empresa Editora José Bastos, 1919. p. 566-567.

DACHS, Mireia. *El seguro de defensa jurídica. Cuestiones suscitadas en la praxis aseguradora en el ámbito del automóvil*. Disponível em [http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/comunicacion\\_seguro\\_defensa.pdf](http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/comunicacion_seguro_defensa.pdf), acessado em 29.01.2018.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DE GREGORIO; FANELLI. *Le assicurazioni*. 3 ed. Milano-Roma, 1969.

DEMPSEY, Timothy. *NYSE IPO guide.*, 2013. Disponível em [https://www.nyse.com/publicdocs/nyse/listing/nyse\\_ipo\\_guide.pdf](https://www.nyse.com/publicdocs/nyse/listing/nyse_ipo_guide.pdf). Acesso em 12.3.2018, p. 89

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 4 ed. T II. Rio de Janeiro: Forense, 1960

Dicionário de Seguros. Rio de Janeiro: Funenseg, 1996.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6 ed. v. 1º. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007.

DOLINGER, Jacob. *A ordem pública internacional em seus diversos patamares*. In RT, v. 28/2004, Out / 2004. p. 33-37.

DONATI, Antigono. *Manuale delle assicurazioni private*. Milano: Giuffrè, 1956.

\_\_\_\_\_ *Trattato del diritto delle assicurazioni private*. t. I, II e III. Milano: Giuffrè, 1952.

\_\_\_\_\_ *L'assicurazione per conto de chi spetta*. Perugia: Ed. Guerriero Guerra, 1936.

DRUCKER, Peter F. *The discipline of innovation*. In *HBR's ten must reads in innovation*. Boston: Harvard Business Review Press, 2013.

EASTERBROOK. *Managers' Discretion and Infestors Wefare: Teories and Eridence*. 9 Del. J. Corp. L. 540, 555-56 (1984).

EASTERBROOK, Frank H., FISCHER, Daniel R. *The economic structure of corporate law*. Massachusetts: Harvard University Press, 1991. p. 94

EHRENBERG, V. *Die Versicherung für fremde Rechnung*. Ihering Jahrbücher, 1891, p. 422 a 482. Também em *Versicherungsrecht*. 1893.

EISENBERG, Melvin Aron. *The Director's Duty of Care in Negotiated Dispositions*. In *University of Miami Law Review*. Rev. 579, 196-1997. p. 580.

\_\_\_\_\_ *An overview of the principles of corporate governance*. *The Business Lawyer*. v. 48. August 1993, p. 1.284.

\_\_\_\_\_ *The Structure of Corporation Law*. *Columbia Law Review*. nº 89. 1989.

EIZIRIK, Nelson. *Deveres dos administradores de S.A. Conflito de Interesses. Diretor de S.A. indicado para conselho de companhia concorrente*. In *Temas de direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

\_\_\_\_\_ *Responsabilidade civil e administrativa do diretor de companhia aberta*. In *RDM* 56/51-52.

\_\_\_\_\_ *"Insider trading" e responsabilidade do administrador de companhia aberta*. *RDM* 55/170-175

EIZIRIK, Nelson et al. *Parâmetros da decisão no caso Smith v. Van Gorkom, da Suprema Corte de Delaware*. In *Mercado de Capitais – Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 414)

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais – Regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 438-439.

EWALD, François. *L'état providence*. Paris: Grasset, 1986.

FARENKA, Luigi. *Manuale de diritto delle assicurazioni private*. 5 ed. Torino: G. Giappichelli. 2016

FARIA, Clara Beatriz Lourenço de. *O seguro D&O e a proteção ao patrimônio de administradores*. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2015

FEDERICO DE CASTRO. *La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*. In *Anuario de Derecho Civil*, 1949.

FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 209-230.

FERREIRA NETO, Ermiro. *Business judgment rule e responsabilidade civil do administrador: ensaio sobre a função da doutrina na construção de modelos jurídicos*. In *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*. Belo Horizonte, ano 4, n. 10, p. 61-80, set./dez. 2015. p. 77-78.

FICHTNER, Priscila Mathias de Moraes. *A Boa-fé Qualificada no Contrato de Seguro*. 2009. 280 f. Tese de doutorado (Doutorado em direito civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

FRADA, Manuel Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

\_\_\_\_\_ *Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?* Coimbra: Almedina, 1997.

FRIDMAN, G. H. L. *The Law of Agency*. 2 ed. London: Butterworths, 1966.

FRIEDMAN, Milton. *There's no such thing as a free lunch*. New York: Open Court Publishing, 1975.

FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A. *La doctrina de las corporate opportunities en los Estados Unidos de América*. In *Revista de Derecho Bursátil y Bancario*. n. 66, 1997, p. 477-518.

FERRARI, Vincenzo. *I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita*. Collana: *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*. Sezione IV: Autonomia negoziale. Diretto da PERLINGIERI, Pietro. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Compêndio de sociedades mercantis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 2, § 25, p. 230.

FERRI, Giovanni Batista. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1966.

FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. *La Notion de Vulnérabilité et sa Consécration par le Droit*. In: *Vulnérabilité et Droit*. Presses Universitaires de Grenoble : Grenoble, 2000.

FIORINI, Aude. *The Codification of Private International Law in Europe: Could the Community Learn from the Experience of Mixed Jurisdictions?* Disponível em: [<http://www.ejcl.org/121/papers121.html>]. Acesso em: 10.01.2017.

FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: RT, 2009.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de direito securitário: seguros terrestres privados*. São Paulo: Maltese, 1993.

FRANCO, Vera Helena de Mello; STAJN, Raquel. *Manual de direito comercial*. São Paulo: RT, 2005. v. 2 n. 3.6-4.1, p. 183-191.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novais e. *Anulação de assembleia de transformação de sociedade anônima*. In *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 253-274.

FURUTA, Fernanda. *A relação das características das empresas com a adoção do comitê de auditoria x conselho fiscal adaptado*. 2010. 189 f. Tese (Doutorado em Ciências Contábeis). – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 2002.

\_\_\_\_\_. *Il nuovo diritto societario*. In *Trattato di Diritto Comm. e Dir. Pub. Ec.* v. XXIX, 2003.

GARAPON, Antonie; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e common law em uma Perspectiva Comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCIA, Márcio G. P. *O sistema financeiro e a economia brasileiro durante a grande crise de 2008*. Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais. Rio de Janeiro: ANBIMA, 2011. p. 62.

GARCIA GONZÁLEZ, César. *Origen, situación actual y futuro del seguro de protección jurídica*. Madrid: Fundación Mapfre, 2012.

GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 9 ed. Minnesota: Thomson Reuters, 2009.

GARRIGUES, Joaquín. *Contrato de seguro terrestre*. Madrid: Imprenta Aguirre, 1983.

- \_\_\_\_\_. *El interés en el derecho*. In *Temas de derecho vivo*. Madrid, 1978. p. 225 e s.
- \_\_\_\_\_. *Estudios sobre el contrato de seguro*. In *Revista de derecho mercantil*. Julio-Diciembre, 1967. p. 27.
- \_\_\_\_\_. In GARRIGUES, J. y URÍA, R. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*. 3 ed. v. I. Madrid, 1976. p. 164
- GERATHEWOHL, Klaus. *Reinsurance principles and practice*. v. I e II. Munich: Konkordia GmbH für Druck und Verlag, 1980. Trad. John Christofer La Bonté.
- GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- GIDRON, Tamar. *Israel in Mixed Jurisdiction World Wide – The Third Legal Family*. 2 ed. Nova York: Cambridge University Press, 2012.
- GOBBI, Ulysses. *Die Theorie der Versicherung begründet auf den Begriff der eventuellen Bedürfnisse* (1896) 2 ZVW.
- GOLDBERG, Ilan. *Comentários à Circular SUSEP nº. 553, de 23.05.2017, a respeito do seguro de responsabilidade civil para diretores/administradores de sociedades (D&O)*., disponível em <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Artigos-e-Noticias/Artigos-e-Noticias/Comentarios-a-Circular-SUSEP-nº-553-de-23-05-2017-a-respeito-do-seguro-de-responsabilidade-civil-para-diretores-administradores-de-sociedades-D-O.html>, visitado em 1º.3.2018. p. 10-11
- \_\_\_\_\_. *Uma Visão Realista da Boa-fé no Contrato de Seguro*. In *Cadernos de Seguro*. v. 147. 2008. p. 7-13.
- \_\_\_\_\_. *Confiança, cooperação, máxima boa-fé e o contrato de seguro*. In *Revista Jurídica de Seguros da CNSeg*. Rio de Janeiro: CNSeg. nº. 6, maio de 2017. p. 80-131.
- GOLDBERG, Mindy K. *The business judgment rule, due care and experts: how much information is enough?* *Journal of Law and Commerce*. Pittsburgh, v. 193, p. 241, Summ, 1987.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil*. In *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. Org. José Roberto Pacheco Di Francesco. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 293-294
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

- \_\_\_\_\_. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Condição jurídica do diretor de S/A*. In *Revista de Direito do Trabalho*. v. 24. p. 103-113. Mar-Jun /1980.
- GONZÁLEZ-HABA. *Algunas exclusiones de cobertura en los seguros obligatorio y voluntario*. In *Ponencia del II Congreso Extremeño de Derecho de la Circulación y Seguros*. Cáceres, 1995. p. 12.
- GORLA, Gino. *El contrato (Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico)*. Trad. José Ferrandis Vilella. Barcelona: Bosch, 1959. t. I (Exposición general).
- GRASS. A.R. *Management-Entscheidungen Vor dem Richter. Schranken der richterliche Überprüfbarkeit von Geschäftsentscheiden in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen*. Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaft 2000.
- GROUTEL, Hubert. et al. *Règles propres à l'assurance de responsabilité*. In *Traité du contrat d'assurance terrestre*. Paris : Litec, 2008.
- GUERRERO LEBRÓN, María Jesús. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*. Madrid: La Ley, 2004.
- GUERRERO TREVIJANO, Cristina. *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters/Aranzadi, 2014.
- GUILARTE ZAPATERO. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. t. XV. v. 2. Madrid, 1983. p. 242.
- GUTIÉREZ GILSANZ, J. *El riesgo en el seguro de responsabilidad civil de los auditores de cuentas*. Madrid: La Ley, 2007. p. 380.
- GUYON, Yves. *Droit des affaires*. t. 1. *Droit commercial général et sociétés*. 12 éd. Paris : Economica, 2003. n. 459.
- HALPERIN, Isaac y BARBATO, Nicolás H. *Seguros. Exposición crítica de las leyes 17.418, 20.091 y 22.400*. 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 2001.
- HAMILTON, R. Hamilton. *Corporations, including partnerships and limited partnerships*. 563-64 n. 20. 3d ed. 1986.
- HARTEN, Carlos. *El deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro. Exposición crítica del modelo brasileño y estudio del derecho comparado*. Salamanca: Ratio Legis, 2007.
- HASELOF, Fabíola Utzig. *Jurisdições mistas: civil law & common law*. In *Revista de Processo*. v. 270/2017, p. 385-406.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

\_\_\_\_\_. *Los elementos característicos del dolo*. In ADCP. Trad. de María del Mar Díaz Pita. Madrid: Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990. p. 914.

HÉMARD, J. *Théorie et pratique des assurances terrestres*, 1924. n.º. 556.

HENN, Harry G.; ALEXANDER, John R. *Laws of corporations*. 3 ed. St. Paul: West, 1991. v.1.

HENSSLER, Martin. *Risiko als Vertragsgegenstand*. Tubinga, 1994.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. *Ação social de responsabilidade e business judgment rule*. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 68/2015. p. 99-112. Abr/Jun 2015.

HERZEL. *The Crisis in D&O Insurance and Proposed Legislation Concerning Corporate Indemnification Liability Caps and Higher Standards for Liability in Derivative Suits*. In *Ali Aba Video Law Review Study. Protecting Directors and officers in an era of uncertain D&O liability insurance* 99, 101 (1986).

HOLDERNESS, C. G. *Liability insurers as corporate monitors*. In *Rev. L. & Econ.* 10 (1990), p. 115 et seq.

HULL, John C. F. *Fundamentos dos Mercados Futuros e de Opções*. São Paulo: Bolsa de Mercadorias & Futuros, 2006.

IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2005.

\_\_\_\_\_. *Los seguros de responsabilidad civil para administradores y altos directivos de sociedades de capital*. In *RES*, núm. 136. 2008. p. 818.

\_\_\_\_\_. *La extensión de la cobertura del seguro D&O a la responsabilidad concursal de los administradores por el déficit patrimonial de la sociedad*. In *Anuario de Derecho Concursal*, 2006. n.º. 7. p. 101.

ISOLA, Carlo. *Spunti per un inquadramento dei rami della difesa legale e dell'assistenza turistica nel sistema delle Direttive CEE*. In *Assicurazioni. Rivista di diritto, economia e finanza delle assicurazioni private*. Anno LVII, fasc. 4, 1990, p. 461.

IZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad civil del profesional liberal*. Madrid: Ed. Reus, 1989.

JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, junho de 1941.

\_\_\_\_\_. *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*. Paris : Dalloz, 1928.

\_\_\_\_\_. *Cours de droit civil positif français*. t. II. Paris: Librairie du Recueil Sirey société anonyme, 1930. n°. 612.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. 238 f. Tese de doutorado (Doutorado em direito civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009

\_\_\_\_\_. *Causa do contrato x função social do contrato*. In *Revista trimestral de direito civil* v. 43, jul/set, 2010

KONDER, Carlos Nelson e RENTERÍA, Pablo. *A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação*. In *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-funcionalizacao/>>. Data de acesso 21.6.2018. p. 10-11

KONDER, Carlos Nelson; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. *O equilíbrio contratual nas locações em shopping center: controle de cláusulas abusivas e a promessa de loja âncora*. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p.176-200, nov. 2016. ISSN: 2178-8189. p. 180-181

KORN/FERRY. *Board of directors. Tirthteenth annual study*. Korn-Ferry International. Feb. 1986

LA TORRE, Antonio. *Le Assicurazioni, L'assicurazione nei codici, Le assicurazioni obbligatorie*. Milano: Giuffrè, 2000.

LACERDA, Maurício Andere Von Bruck. *O seguro dos administradores no Brasil: o D & O Insurance brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *L'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du Sida : hier, aujourd'hui et demain*. In *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1993. p. 1.

\_\_\_\_\_. *Droit des assurances*. 11 éd. Paris : Dalloz, 2.001.

\_\_\_\_\_. *Risques et assurances des entreprises*. 3 ed. 1991, p. 37-32

LAMY FILHO, Alfredo. *Acordo de acionistas sobre exercício do direito de voto*. In *A lei das S/A*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 545-546.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A. Pressupostos, elaboração, aplicação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.



LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros. *Mercado de capitais e “insider trading”*. São Paulo: RT, 1982.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1980.

LENZ, Ethan D. OBERDECK, Andrew A. *Shifting Landscapes for D&O Insurance in the Economic Crisis*. Disponível em <https://www.foley.com/intelligence/detail.aspx?int=9125>, visitado em 20.3.2017.

LE BOURHIS, Kristenn. *L’assurance protection juridique : vers une « privatisation » de l’accès à la justice ?* In *Mutations de l’État et protection des droits de l’homme*. Presses universitaires de Paris Nanterre. p. 149-165. Disponível em <http://books.openedition.org/pupo/1401?lang=fr>, acessado em 29.01.2018.

LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

LEWICKI, Bruno. *Panorama da boa-fé objetiva*. In *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 55-72.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1960.

\_\_\_\_\_. *A fraude no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.

LIMA, Iran Siqueira. LOPES, Alexandre Broedel. *Contabilidade e controle de operações com derivativos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. *Dignidade e solidariedade civil-constitucional*. In *Revista de Direito Privado*. v. 42, abr. 2010. p. 30

LITTLE, Kim. JOHNSON, Afrooz Kaviani. *The devil’s in the detail: directors’ and officers’ insurance and defence costs*. In *Keeping good companies*. v. 57, nº. 5. June 2005, p. 295. Disponível em <https://search.informit.com.au/documentSummary;dn=200506368;res=IELAPA>, visitado em 18.10.2018.

LLEBOT. J. O. *Los deberes de los administradores de las sociedades anónimas*. Madrid, 1996.

\_\_\_\_\_. *El sistema de la responsabilidad de los administradores: doctrina y jurisprudencia*. In *Revista de Derecho de Sociedades* 7 (1996), p. 70.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil. Fontes das obrigações: contratos*. v. III. 6 ed. rev. atualiz. pelo Prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. p. 134.

LOWRY, John. RAWLINGS, Philip. MERKIN, Robert. *Insurance Law. Doctrine and principles*. 3 ed. Oxford: Hart Publishing, 2011. p. 102.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas: comentários à lei (arts. 121 a 188)*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

LUGO Y REYMUNDO, Luis Benitez de. *El riesgo jurídico. Los seguros de gastos de procesos y de litígios*. Madrid: Imp. Vda. de Galo Saez, 1961.

MADGE, Peter. *Professional Indemnity Insurance*. London, 1968.

MAIA, Roberta Mauro Medina e BURMAN, Leonardo Joseph. *Apontamentos sobre o seguro de responsabilidade civil para atos de gestão de administradores ou diretores de empresas (D & O)*. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. n. 30, abr/jun 2007. p. 129-157.

MALEVILLE, Marie-Hélène, *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*. Paris: LGDJ, 1995.

MALLEN, Ronald; EVANS, David W. *Surviving the directors' and officers' liability crisis: insurance and the alternatives*. In *Delaware Journal of Corporate Law*. n. 2, v. 2. 1987, p. 458. Disponível em [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org). Visitado em 16.4.2017.

MALVESSI, Oscar. *Como a estratégia equivocada destrói a riqueza do acionista*. IBEF News, agosto/2010. p. 8.

MANNING. B. *Reflections and Practical Tips on Life in the Boardroom After Van Gorkom*. 41 Bus. 1. 1985.

MANIKOWSKI, Piotr; WEISS, Mary A. *The Satellite Insurance Market and Underwriting Cycles*. Disponível em <http://www.aria.org/meetings/2007papers/IIIB%20-%202%20-%20Manikowski.pdf>, visitado em 21.6.2018.

MAQUIAVEL. *O príncipe*.

MARIANI, Irineu. *Responsabilidade civil dos sócios e dos administradores de sociedades empresárias (à luz do novo Código Civil)*. In *RT* 834/58-73.

MARINANGELO, Rafael. *Um panorama histórico sobre a evolução da responsabilidade objetiva*. In *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. v. 33. 2.014.

MARGONI, Anna Beatriz Alves e GUERREIRO, Carolina Dias Tavares. *Exercício abusivo do poder de controle e o dever de reparar o dano*. In *Direito Empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. Coord. CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro et al. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 489.

MAROÑO GARGALLO, María del Mar. *El deber de salvamento en el contrato de seguro. Estudio del art. 17 de la Ley 50/1980*. Granada: Comares, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. *25 anos de Código de Defesa do Consumidor e as sugestões traçadas pela revisão de 2015 das diretrizes da ONU de proteção dos consumidores para a atualização*. In *Revista de Direito do Consumidor*. v. 103. jan-fev. 2016, p. 55-100.

\_\_\_\_\_ *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT. 2004,

MARTÍN RETORTILO, Cirillo. *La lucha contra el fraude civil*. Barcelona, 1943.

MARTÍNEZ ESPÍN, P. *La protección del consumidor en el contrato de seguro*. Centro de Estudios de Consumo UCLM. Murcia, 2008.

MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. v 2. t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé e o seguro no Novo Código Civil Brasileiro - virtualidades da boa-fé como regra e como cláusula geral*. In *III Fórum de Direito do Seguro "José Sollero Filho"*. São Paulo: IBDS-EMTS, 2003.

\_\_\_\_\_ *Reflexões sobre a função social dos contratos*. In *Revista de Direito GV* v. 1, nº. 1, maio 2005. p. 50-53.

\_\_\_\_\_ *Contrato de seguro e contrato de resseguro. Sinistro complexo e cláusula de interdependência. Defeito no fornecimento. Interpretação contratual*. In RT, v. 948. Out. 2014. p. 197.

\_\_\_\_\_ *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.

MAYAUX, Luc. *Responsabilité civile et assurance*. In *Les grandes questions du droit des assurances*. Paris : L.G.D.J, 2011, p. 259.

\_\_\_\_\_ *Le rôle d'aléa dans le contrat d'assurance*. In *Les grandes questions do droit des assurances*. Paris : L.G.D.J, 2011. p. 28.

MCDOWELL, Banks. *Deregulation and competition in the insurance industry*. London: Praeger, 1989.

MEKKI, Mustapha. *Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels*. In *Petites affiches*, 12.01.2005, n. 8.

MENDES, Gilmar Ferreira. et al. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES, Maurício Moreira Mendonça de. *Responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras*. In *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 25, 2004.

MENEZES FILHO, Naercio; KANNEBLEY JUNIOR, Sérgio. *Abertura comercial, exportações e inovações no Brasil*. In VELOSO, Fernando; FERREIRA, Pedro Cavalcanti; GIAMBIAGI, Fábio; PESSOA, Samuel. *Desenvolvimento econômico: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 417-419.

MERTENS, H.J., en Hachnburg/Ulmer (eds.), *GmbH-Gesetz, Grosskommentar*. 8 ed. II, Berlín-New York, 1997. Anm. 89.

\_\_\_\_\_ *Bedarf der Abschluss einer D&O Versicherung durch die Aktiengesellschaft der Zustimmung der Hauptversammlung?* In *Die Aktiengesellschaft*. 10 (2000) p. 448.

MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 1950. v. I. § 15 bis. n.º. 17.

MIRAGEM, Bruno. *O contrato de seguro e os direitos do consumidor*. In *Revista de Direito do Consumidor*. v. 76. out. 2.010, p. 239.

MOITINHO DE AMEIDA, J. C. *A interpretação e integração das lacunas do contrato de seguro*. In *Contrato de seguro. Estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 135-136.

\_\_\_\_\_ *O contrato de seguro no direito português e comparado*. Lisboa: Ed. Sá da Costa, 1971. p. 101 et seq.

MONTEIRO, Antonio Pinto. *O modelo aberto de cláusula penal no movimento de harmonização do direito europeu dos contratos*. In *Revista de Direito Civil Contemporâneo* v. 6/2016, p. 181-196. Jan-Mar 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_ *Curso de direito civil. Direito das obrigações. 2ª parte. Contratos, declarações unilaterais de vontade e obrigações por atos ilícitos*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Artigo 944 do código civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral*. In *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 63. 2008. p. 4.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo e RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. *Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos*. In Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira, Vitor Almeida. (Orgs.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 425-442.

MONTELEONE, Joseph P. *Directors and officers liability. Exposures, risks management and coverage*. 2 ed. Erlanger: The National Underwriter Company, 2013.

MORAES, Luiza Rangel de. *Business judgment rule e sua aplicação no direito brasileiro e na apuração de responsabilidade dos administradores de companhias abertas em processos*

*administrativos sancionadores*. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 60/2013, p. 127-149, abr-jun 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A causa do contrato*. In *civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out-dez./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/>>. Data de acesso 5.4.2016.

\_\_\_\_\_. *O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro*. In *Revista Forense*, v. 309, 1990.

\_\_\_\_\_. *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *A causa dos contratos*. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 21, jan-mar 2005, p. 112-113.

\_\_\_\_\_. *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*. In *Revista trimestral de direito civil*. v. 18. Abr/jun 2004. p. 72-73).

MORAL DOMÍNGUEZ, José Francisco Del. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (póliza D & O)*. Granada: Comares, 1998.

MORALES-ARCE, Jaime Baíllo y. *El aseguramiento de la responsabilidad civil de los administradores: especial referencia al dolo como excepción oponible o no inoponible*. In *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*. v. II. Madrid: Mac Graw Hill ed. 2002. p. 1.282.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

MUÑOZ PAREDES. J. M. *La información de los consejeros en la sociedad anónima*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. *A utilização desleal de informações privilegiadas – “insider trading” – no Brasil e nos Estados Unidos*. RDM, 34/31-51.

NAKIRI, Osvaldo Haruo. *Claims Made. Breve histórico e regulamentação no Brasil*. In *Revista do IRB*. nº. 299, abril de 2.005.

NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009. p. 415.

NOVAES, Ana. *Derivativos e governança corporativa. O caso Sadia – corrigindo o que não funcionou*. Disponível em [http://www.economia.puc-rio.br/mgarcia/Seminario/textos\\_preliminares/101705%20Derivativos%20e%20Governan%20Corporativa.pdf](http://www.economia.puc-rio.br/mgarcia/Seminario/textos_preliminares/101705%20Derivativos%20e%20Governan%20Corporativa.pdf), p. 2. Visitado em 23.7.2018.

OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio separado. Herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários*, trust. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVEIRA, Arnaldo Costa. *Artigo 25.º* In MARTINEZ, Pedro Romano et al. *Lei do contrato de seguro anotada*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 132.

OLIVEIRA, Eduardo Andrade Ribeiro de. *Comentários ao novo Código Civil: dos bens, dos fatos jurídicos, do negócio jurídico, disposições gerais, da representação, da condição, do termo e do encargo*. v. II. Arts. 79 a 137. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 247-249

OLIVEIRA, Júlia Costa de. *Responsabilidade contratual e extracontratual, uni-vos? Comentários ao Recurso Especial n. 1.281.594/SP*. In *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/responsabilidade-contratual-e-extracontratual/>>. Acesso em 24.6.2018.

OLIVEIRA, Márcia Ciccareli Barbosa de. *O interesse segurável*. 2011. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

OLIVENCIA RUIZ, M. *El seguro de protección jurídica. Del pasado al futuro*. In *8º Congreso internacional de aseguradores de defensa jurídica*. Sevilla, 1981.

OLMOS PILDAÍN, Asunción. *El seguro de defensa Jurídica*. Pamplona: Ed. Aranzadi, 1997.

O'NEAL. Hodge. THOMPSON, R. O'Neal's. *Oppression of Minority Shareholders. Protecting Minority Rights in Squeeze-Outs and Other Intracorporate Conflicts*. v. 1, 2. West Group, 2000, Chap. 7. p. 88.

O'NEILL, P.T. and WOLONIECKI, J.W. *The Law of Reinsurance in England and Bermuda*. 3<sup>rd</sup> ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2010.

O'SULLIVAN, J. *Risk & Insurance*. 64 (1997), p. 546-558.

OSTRAGER, Barry; VYSKOCIL, Mary Kay. *Modern reinsurance law and practice*. Little falls: Glasser legal Works, 1996.

PAGE, Henri de. *Traité Élémentaire de droit civil belge*. V. II, n. 930. Bruxelas-Paris, 1934.

PANDOLFELLI, G. et al. *Codice Civile, Libro delle Obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1941. p. 56.

PANTALEÓN, F. *Responsabilidad de los auditores: extensión, limitación, prescripción*. Madrid, 1996,

PAOLINI, Adolfo; NAMBISAN, Deepak. *Directors' and Officers' liability insurance*. London: Informa, 2008.

PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PARENTE, Norma Jonssen. *Limites da responsabilidade dos administradores pela indenização de prejuízos*. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 31/2006. p. 33 – 35. Jan - Mar / 2006. p. 1.

PARGENDLER, Mariana. *Responsabilidade civil dos administradores e business judgment rule no direito brasileiro*. In *Revista dos Tribunais* v. 953/2015, p. 51-74, mar. 2015.

PATTERSON. *Rev. Gen. Ass. Terr.* nº. 12. 1939. p. 49.

PAVELEK ZAMORA, Eduardo. *Seguros obligatorios y obligación de asegurarse*. In *Revista Española de Seguros*. Abril-Junio. 2001, p. 15 et seq.

PAZ-ARES, Cândido. *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*. In *Revista para el Análisis del Derecho*. ISSN-e 1698-739X, nº. 4, 2003.

\_\_\_\_\_. *Comentario a los arts. 1665-1708*. In C. PAZ-ARES; L. DíEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ y P. SALVADOR (dirs.). *Comentario del Código Civil*. II, Madrid, 1991, p. 1420-1421.

PEASE, Donald E. *Outside directors: Their importance to the corporation and protection from liability*. In *Delaware Journal of Corporate Law*. v. 12. 1987, p. 25-106. Disponível em Hein on line. p. 71.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. *Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros*. In *Revista de Direito Privado*, n. 20, out./dez. 2004, p. 235-265.

\_\_\_\_\_. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 45

PERÁN ORTEGA, Juan. *La responsabilidad civil y su seguro*. Madrid: Ed. Tecnos, 1998.

PERANDONES, Pablo Girgado. *El principio indemnizatorio en los seguros de daños. Una aproximación a su significado*. Granada: Ed. Comares, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Luis Carlos Bresser. *Desenvolvimento econômico e o empresário: ao inovar e executar a reorganização dos fatores de produção, o empresário torna-se o grande propulsor de uma economia em expansão*. In *Rev. Adm. Empresa*. v. 32. nº. 3. São Paulo. jul/ago, 1992.

PERELMAN, C. *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*. Paris, 1984.

PÉREZ CARRILLO, Elena F. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales. El seguro D & O en EEUU*. Barcelona: Marcial Pons, 2005.

\_\_\_\_\_ *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*. Madrid/Barcelona, 1999, p. 246

PÉREZ CARILLO, Elena F. RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Responsabilidade civil e seguro dos administradores. Reflexões em torno das experiências portuguesa e espanhola*. In *Boletim da faculdade de direito da Universidade de Coimbra*. nº. 82. 2006, p. 304. Disponível em [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org), visitado em 11.9.2017.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, Luis. *El contrato de seguro, interpretación de las condiciones generales*. Granada: Comares, 1993.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_ *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1997.

\_\_\_\_\_ *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: E.S.I, 1984. p. 49-50

PERSONNE, J. C. LINEL, B. *Responsabilités des dirigeants d'entreprises*. Paris, 1984.

PICCARD, M ; BESSON, A. *Le contrat d'assurance*. 4 ed. Paris : LGDJ, 1975.

\_\_\_\_\_ *Traité général des assurances terrestres en Droit Français*. t. 1. Paris : LGDJ, 1938.

\_\_\_\_\_ *Assurance terrestres*. v 1, nº. 350, 1971.

POÇAS, Luís. *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*. Lisboa: Almedina, 2013.

POLIDO, Walter. *Regulação do contrato de seguro e reflexos no resseguro: o Brasil abaixo do standard internacional*. In *Anais do I Congresso Internacional de Direito do Seguro. VI Fórum de Direito do Seguro "José Sollero Filho"*. IBDS, Conselho da Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Roncarati, 2015. p. 249-293.

\_\_\_\_\_ *Contrato de seguro: a efetividade do seguro ambiental na composição de danos que afetam direitos difusos*. In *Revista de Direito Ambiental* nº. 45. São Paulo: RT, jan-mar. 2007.

\_\_\_\_\_ *Seguros de responsabilidade civil: manual prático e teórico*. Curitiba: Juruá, 2013.



PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. 3 ed. t. 3, 43. São Paulo: RT, 1984.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. Parte especial. v. 45. Atualizado por Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2012.

PORTELLANO DIEZ, Pedro. *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*. Madrid: Civitas, 1996.

POSNER, Eric A. *A Theory of Contract Law Under Conditions of Radical Judicial Error*. 94 Nw. U. L. REV. 749, 754. 2000. p. 215.

POSNER, R. A. *Economic analysis of law*. 5 ed. New York, 1998.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. t. VI. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952. p. 546.

PRICKETT. *An Explanation of Trans Union to "Henny-Penny" and Her Friends*. 10 DEL. J. Com'. L. 451, 460. 1985.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *"Insider trading": regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PROVOST, Magalie. *La notion d'intérêt d'assurance*. Paris : LGDJ, 2009.

PUGLIATTI, Salvatore. *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951.

\_\_\_\_\_. *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici. Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951. p. 90.

QUATTRINI, Larissa Teixeira. *Os deveres dos administradores de sociedades anônimas abertas: estudo de casos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010.

REGO, Margarida Lima. *Contrato de seguro e terceiros. Estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. *Garantias bancárias e seguro de crédito e caução*. Disponível em <https://run.unl.pt/bitstream/10362/15132/1/MLR%202015%20ebook%20Garantias.pdf>, acessado em 20.6.2018. p. 220)

RENTERÍA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado. Análise crítica*. Rio de Janeiro: GEN, 2011.

REQUIÃO, Rubens. *As tendências atuais da responsabilidade dos sócios nas sociedades comerciais*. In *Revista dos Tribunais* n.º. 511, maio/1978. p. 10.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial*. 21 ed. v.2. São Paulo: Saraiva, 1998.

RESCIGNO, Pietro. *Enciclopedia del diritto*. v. XXIX, Milano: Giuffrè, 1979.

RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Direito de seguros: resseguro, seguro direto e distribuição de serviços*. São Paulo: Atlas, 2006.

RICE, Willy E., *Insurance contracts and judicial discord over whether liability insurers must defend insureds' allegedly intentional and immoral conduct: a historical and empirical review of federal and state courts' declaratory judgments – 1900-1997*. Disponível em <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1396&context=aulr>.

RIGOLINO BARBERIS, F. *L'illecito commesso con dolo nel sistema della l. 24 dicembre 1969, n. 990*. In *Dir. Prat. Assicuraz.*, 1978, p. 572.

RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4. ed. Paris : LGDJ, 1949.

RIVAROLA, Mario A. *Tratado de derecho comercial*. v. IV. Buenos Aires, 1938.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. *Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito brasileiro*. 2006. Tese (doutorado em direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2006.

ROMANO, Roberta. *What Went Wrong with Directors' and Officers' Liability Insurance?* In *Delaware Journal of Corporate Law*. v. 14. n.º. 1. 1989, p. 1-33.

RONCERO SÁNCHEZ. António. *El seguro de responsabilidad civil. (Sujetos, interés y riesgo)*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2002.

ROSSETTI, Marco. *Il diritto delle assicurazioni*. v. 1. *L'impresa di assicurazione, Il contratto di assicurazione in generale*. Padova: CEDAM, 2011.

ROY, Joël. *L'assurance D&O*. In *Droit des Assurances Privées*. In *Université de Lausanne. Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique*. 2016. p. 6.

RUIVO, Marcelo Almeida. *O fundamento e as finalidades da pena criminal. a imprecisão das doutrinas absolutas e relativas*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 121/2016, p. 161-190. Jul-Ago, 2016.

RUSSO. *L'assicurazione di responsabilità civile degli amministratori e dei sindaci*. In *Assicurazioni*. Abril-Junho 2000, p. 151-154.

RUTKIN, Alan. *The dishonesty, personal profit, and money laundering exclusions in D&O and E&O insurance*. In *The Brief. Tort trial & insurance practice section*. Winter 2012, p. 28. Disponível em [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org). 41 Brief 25 2011-2012, visitado em 8.10.2015.

SALAMA, Bruno Mayerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil. História, direito e economia*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SALEILLES, Raymond. *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code Civil allemand et les accidents de travail et la responsabilité civile en 1897 (Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle)*. Paris : Librairie Cotillon, 1890.

SALLANDRA, V. *Dell'assicurazione*. In *Commentario Scialoja-Branca*. Bologna-Roma, 1966. p. 186.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Interesse social: concepção clássica e moderna*. In SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 34

SALOMÃO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: LTR, 1996.

SÁNCHEZ, Diego C. FRICK, Pablo D. *El seguro de directors and officers (D&O) y su utilidad como instrumento de gestión societaria*. In *IX Congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*. San Miguel de Tucumán, 2004. p. 753.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. 4 ed. *Ley de contrato de seguro*. Dir. F. Sánchez Calero. Navarra: Aranzadi, 2010.

\_\_\_\_\_. *El seguro de responsabilidad civil para administradores, directores y gerentes de las sociedades mercantiles*. In *VII Congreso Ibero latinoamericano de Derecho de Seguros*. Rosario, Argentina, 7-10 de noviembre de 2001, p. 394.

\_\_\_\_\_. *Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima*. In *AAVV, Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*. Madrid: Civitas, 1991. p. 903 et. seq.

\_\_\_\_\_. *Los administradores en las sociedades de capital*. Navarra: Thomson-Civitas, 2005. p. 167.

\_\_\_\_\_. *Administradores*. In *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. Coord. SÁNCHEZ CALERO, Fernando. Madrid: Edersa, 1994, p. 40-41

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Cláusula geral de risco e a jurisprudência dos tribunais superiores*. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina. Edição comemorativa, 25 anos, p. 353-354. Disponível em <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/Dout25anos/article/view/1118/1052>, visitado em 13.7.2017.

SANTOS, Amílcar. *Dicionário de Seguros*. Rio de Janeiro: IRB, 1944.

\_\_\_\_\_. *O seguro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1989.

SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de seguro no novo código civil e legislação própria*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *La causa del contratto di assicurazioni. Studi sulle assicurazioni raccolti in occasione del cinquantenario dell'Istituto nazionale delle assicurazioni*. Roma, 1963.

VIÑUELAS SANZ, Margarita. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores societarios: la responsabilidad concursal*. In *Anuario Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá III*. 2010, p. 386.

SALANDRA, A. *Assicurazione*. In *Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*. t IV, 1948.

SANTINI, G. *Proposte per un'assicurazione "all risks" degli amministratori di società*. Giur. It. 1985, p. 465.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, trajetórias e metodologia*. Rio de Janeiro: Fórum. 2016.

SAVATIER, René. *La théorie des obligations. Vision juridique et économique*. 3 éd. Paris : Précis Dalloz, 1974.

SCHEIFELE, B. H. *Die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Manager in den Vereinigten Staaten von Amerika*. Karlsruhe, 1993. p. 117.

SCHOLASTIQUE, Estelle. *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés : droit français et anglais*. Paris : LGDJ, 1998.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. *A lei 8.078/90 e o conceito evoluído e mutável de consumidor*. In *Revista FOCUS* n°.1, mai. 2006, p. 2-3

SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. p. 11-12. Disponível em [http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas\\_tendencias\\_da\\_responsabilidade\\_civil\\_brasileira.pdf](http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf)., acessado em 6.7.2017.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. *A tríplíce transformação do adimplemento (adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras*. In *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 97-118.

\_\_\_\_\_. *O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão: direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson e KONDER, Carlos Nelson. *Uma agenda para o direito civil-constitucional*. In *Revista Brasileira de Direito Civil*. ISSN 2358-6974, v. 10, Out /Dez. 2016.

SCHREIBER, Anderson e TEPEDINO, Gustavo. *Os efeitos da Constituição em relação à cláusula geral de boa fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil*. in *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 42-43.

SCHWARTZ & WILES. *Trans Union: Neither 'New' Law Nor 'Bad' Law*. 10 J. L. 429, 431 (1985).

SELIGMAN, Joel. *Corporations cases and materials*. Boston: Little, Brown & Cy, 1995.

SHAIK, Darío A. Sandoval. *Las condiciones generales del contrato de seguro y su control interno e internacional*. Madrid. 2012. 430 f. Tese (Doctorado en Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012. p. 320)

SHARFMAN, Bernard S. *Being informed does matter: fine tuning gross negligence twenty plus years after Van Gorkom*. In *The Business Lawyer*. v. 62. p. 145. Chicago: Section of Business Law of the American Bar Association, nov. 2006.

SKINNER, William P. *Allocation between claims-made and occurrence policies*. Presented at the ALI-ABA Course of Study. Insurance Coverage in the New Millennium. October 11-12. 2001, p. 4-5. Disponível em <http://www.cov.com/files/publication/2235cecb-9680-4109-a3c0-0e4cccb483ef/presentation/publicationattachment/a0158e29-354d-4351-9be1-12f2c16dc727/oid6589.pdf>.

SIEDLAND, Robert P. GOESEL, Craig E. *D&O insurance: Avoiding traps and keeping coverage in a distressed banking environment*. In *The Banking Law Journal*. nº.128. 2011, p. 211-212. Disponível em [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org), visitado em 8.10.2015.

SILVA, Alexandre Couto e. *Responsabilidade dos administradores de S/A: business judgment rule*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.

SILVA, Diogo Bacha. *A Valorização dos Precedentes e Os Sistemas civil law e common law*. In. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2.

SILVA, João Soares da. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades: os deveres gerais e os princípios da corporate governance*. Disponível em <https://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/302.pdf>, visitado em 14.7.2018.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Natureza jurídica do monte de previdência*. In *Anais do II Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. Porto Alegre, nov. 2001. p. 105

SILVA, Rita Gonçalves Ferreira da. *Do contrato de seguro de responsabilidade civil geral. Seu enquadramento e aspectos jurídicos essenciais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

SILVA, Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. *O Caso Sadia – Partes 1 e 2*. In *Revista Capital Aberto*. Ano 9, n. 106 e 107, 2012. p. 9.

SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SKINNER, William P. *Allocation between claims-made and occurrence policies*. Presented at the ALI-ABA Course of Study. Insurance Coverage in the New Millennium. October 11-12, 2001, p. 1. Disponível em <http://www.cov.com/files/publication/2235cecb-9680-4109-a3c0-0e4cccb483ef/presentation/publicationattachment/a0158e29-354d-4351-9be1-12f2c16dc727/oid6589.pdf>, acessado em 30.06.2014.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação dos efeitos de atos nulos e anuláveis*. In *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/uma-releitura-funcional-das-invalidades/>>. Acesso em 25.3.2019.

SOTO NIETO, Francisco. *Daños dolosamente causados en la circulación de vehículos de motor. Polémica sobre su cobertura*. In *Primer congreso constituyente de la Asociación de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*. Granada, 2001, p. 85-86.

STIGLITZ, Rubén S. *Derecho de seguros*. T. I. 4 ed. Buenos Aires: La Ley, 2004.

\_\_\_\_\_. *Clausulas abusivas en el contrato de seguro*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 105-107

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 19ª ed. São Paulo: RT, 2012.

STROBEL, Daniele de. *L'assicurazione di responsabilità civile e il nuovo codice delle assicurazioni private*. Milano: Giuffrè. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Nova Lindb busca responsabilizar juiz que agir como administrador, diz Sundfeld*. Consultor Jurídico, São Paulo. 29.8.2018

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2016.

TAVARES BORBA, José Edwaldo. *Direito societário*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Objeto Social*. in *Temas de Direito Comercial*. Renovar: Rio de Janeiro, 2007. p. 136-137.

TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anônimas*. In *Revista de Direito Mercantil*. nº. 42. abr-jun, 1981. p. 74.

\_\_\_\_\_. *Sobre a interpretação do objeto social*. In *Revista de Direito Mercantil* nº. 54, p. 68.

TEPEDINO, Gustavo. *O futuro da responsabilidade civil*. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 24, ano 6, out/dez 2005.

\_\_\_\_\_. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 12-13.

\_\_\_\_\_. *Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento*. Editorial publicado na Revista Trimestral de Direito Civil, v. 22, 2005.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Novo Código Civil, v. X: das várias espécies de contrato, do mandato, da comissão, da agência e distribuição, da corretagem, do transporte*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. *La ragionevolezza nell'esperienza brasiliana*. In *Diritto dell'impresa e degli investimenti in Brasile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017. p. 655-659.

\_\_\_\_\_. *Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *A parte geral do novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 32.

\_\_\_\_\_. *Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica*. In *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro, v. 8. nº. 30. p. 53-77, abr-jun. 2007, p. 60

TEPEDINO, Gustavo. et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TERCIER, Pierre. *La solidarité et les actions récursoires entre les responsables d'un dommage selon le nouveau droit de la société anonyme*. In *Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994. p. 69.

TERRÉ, François. *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*. Paris : LGDJ, 1957. t. II.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O conselho de administração*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1999. n. 2.6.

TOMBARI, U. *L'assicurazione della responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*. BBTC, 1999, p. 180 a 211.

TORQUATO CASTRO. *Da causa do contrato*, Recife: Gráfica Jornal do Comércio, 1947.

TRAUTMAN, Lawrence J. ALTENBAUMER-PRICE, Kara. *D&O insurance: A primer*. In *American University Business Law Review*. v. 1, 2012.

TUNC, André. *Le droit américain de sociétés anonymes*. Paris: Economica, 1985.

TZIRULNIK, Ernesto et al. *O contrato de seguro de acordo com o novo código civil brasileiro*. 3 ed. São Paulo: IBDS/Roncarati, 2016.

TZIRULNIK, Ernesto e PIZA, Paulo Luiz de Toledo. *Comercialização de seguros: contratação direta e intermediação*. In *Revista dos Tribunais*, v. 723, Jan/1996. p. 67.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. 2. n. 643.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *D&O Insurance: O seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*. Coimbra: Almedina, 2007.

VASQUES, José. *Contrato de seguro. Notas para uma teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

\_\_\_\_\_. *Notas para uma teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

VEIGA COPO, Abel B. *El riesgo en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el riesgo*. Cizur Menor: Civitas, 2015.

VERGUEIRO, Carlos Eduardo. *Business judgment rule. Conceito, utilização no Brasil e comparação com os Direitos português e italiano*. In *Revista de Direito Empresarial*. v. 9/2015, p. 29-56, mai/jun 2015. p. 4.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Contratos em espécie*. 6. ed. São Paulo: Atlas. 2006. v. III. p. 361

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo*. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.



VETTER. *Aktinerechtilche Probleme der D&O – Versicherung*. In AG 2000.

VIEIRA, Eurípedes Falcão. *A sociedade cibernética*. In *Cad. EBAPE.BR*, v. 4, n. 2. Rio de Janeiro. Junho de 2006, p. 1-2. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S1679-39512006000200008>, acessado em 15.05.2014.

VIGORITA. *Sul limite de rimborso delle spese di lite. Assicuraz*, Parte II, 1958, p. 193 et seq.

VINEY, Geneviève. *Traité de Droit Civil. Introduction à la Responsabilité*. 2a Edition. Paris : LGDJ, 1995.

VINEY, Geneviève. JOURDAIN, Patrice Jourdain. *Les conditions de la responsabilité*. In GHESTIN, Jacques (Org.). *Traité de droit civil*. 2 ed. Paris : LGDJ, 1998. p. 454.

VIRET, Bernard. *Droit des assurances privées*. Paris: Editions de la Société suisse des employés de commerce, 1991.

VITAL, Sebastião Marcos e NESS Jr., Walter L. *O progresso do mercado brasileiro de capitais: uma análise crítica*. In *Revista de Administração de Empresas*. v. 13. nº. 1. São Paulo, Jan/Mar 1973. p. 9. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-75901973000100001](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901973000100001), visitado em 1º.3.2018

VIVANTE, Cesare. *Il contratto dell'Assicurazione*. Milano, 1877

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 237.

WALD, Arnoldo. *Influência do direito francês sobre o direito brasileiro no domínio da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1953. p. 71.

\_\_\_\_\_. *A culpa e o risco como fundamentos da responsabilidade pessoal do diretor do banco*. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 40. p. 345. Abr / 2008.

\_\_\_\_\_. *O governo das empresas*. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 15. p. 53. jan-mar. 2002.

WAISBERG, Ivo. *Responsabilidade Civil dos Administradores de Bancos Comercias*. São Paulo: RT, 2002, p. 88.

WALLERAND, J. M. *L'assurance de la responsabilité civile des mandataires sociaux*. 1998, p. 1-3.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Interpretação da lei e de precedentes: civil e common law*. In *Revista dos Tribunais*. v. 893/2010, p. 33-45.

WETERINGS, Wim. *Possible conflicts of interest with D&O insurance in event of shareholders' class actions*. In *European Insurance Law Review*. n.º. 3/2013, p. 23-33. Disponível em [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org). Visitado em 8.10.2018.

WHITE, Michelle J. *Asbestos and the future of mass torts*. NBER Working Paper n.º. 10308. Disponível em <http://www.nber.org/digest/jul04/w10308.html>, acessado em 11.06.2018.

WIGODSKI, Teodoro. GAITAN PEÑA, Hector H. *Seguro de responsabilidad de directores y ejecutivos para el buen gobierno corporativo*. Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas. Escuela de postgrado. 2005, p. 23.

XERRI, Sarah. *La mise en cause des dirigeants et leur assurance de responsabilité*. In *R.G.D.A* n. 2. 2009, p. 670-671. Disponível em [https://www.hmn-partners.com/pdf/La\\_mise\\_en\\_cause\\_des\\_dirigeants\\_et\\_leur\\_assurance\\_de\\_responsabilite.pdf](https://www.hmn-partners.com/pdf/La_mise_en_cause_des_dirigeants_et_leur_assurance_de_responsabilite.pdf), visitado em 2.4.2018.

YOUNGMAN, Ian. *Directors' and officers' liability insurance. A guide to international practice*. 2 ed. Cambridge: Woodhead Publishing Ltd and CRC Press LLC, 1999.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad civil de las sociedades profesionales y de sus miembros*. In *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. ISSN 1696-0394, n.º. 71. 2009, p. 32

\_\_\_\_\_. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores societarios, ante el concurso culpable. (No siempre la culpa lata se equipara al dolo)*. In *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. ISSN 1696-0394, n.º. 119. 2014, p. 6.

ZANINI, Carlos Klein. *A doutrina dos 'fiduciary duties' no direito norte-americano e a tutela das sociedades e acionistas minoritários frente aos administradores de sociedades anônimas*. In *Revista de Direito Mercantil*, n.º. 109. São Paulo: RT, p. 140.

## **Jurisprudência**

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º. 152752. Paciente: Luis Inácio Lula da Silva.

Superior Tribunal de Justiça. REsp 722130/GO, Rel. Ministro Ari Pargendler, 3ª Turma, DJ 20.2.2006.

Superior Tribunal de Justiça. REsp 763.648/PR, Rel. Min. Nancy Andrichi, Rel p/ acórdão Min. Castro Filho, 3ª Turma, DJ 1.10.2007

Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.097.955/MG, Rel. Ministra Nancy Andrichi, 3ª T., j. 27.9.2011.

Superior Tribunal de Justiça. REsp nº. 1.313.725-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., v.u., j. 26.6.2012

Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº. 1.326.557, Rel. o Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 13.11.2012.

Superior Tribunal de Justiça. REsp nº. 1.356.725 / RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Relator para acórdão o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 24.4.2014.

Superior Tribunal de Justiça. REsp nº. 1.176.019-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., v.u., j. 20.10.2015.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.601.555. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Partes: Antônio José Monteiro da Fonsenca e Ace Seguradora S.A. 3ª T., v.u., j. 14.2.2017;

Superior Tribunal de Justiça. REsp nº. 1.599.535-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., v.u., j. 14.3.2017

Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 376. 10-14.11.2008.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº. 2008..001.03431. 7ª Câmara Cível. Relator Des. José Geraldo Antônio. v.u. j. 27.2.2008.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0454890-88.2015.8.19.0001. Relator Desembargador Jessé Torres. Partes: Ildefonso Colares Filho e Zurich Minas Brasil Seguros S.A. 2ª Câmara Cível. j. 3.5.2017. v.u.;

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº. 0035225-17.2012.8.19.0209. Apelante: Thechnos S/A. Apelado: ACE Seguradora S/A. Relator: Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos. 18ª Câmara Cível. v.u. j. 11.10.2017.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível nº. 543.194-4/9-00. Relator Desembargador Vito Guglielmi. Partes: Banco Santos, Edemar Cid Ferreira, Unibanco Aig Seguros e IRB – Brasil Resseguros S.A. 6ª Câmara de Direito Privado. v.m. j. 11.12.2008;

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº. 1025767-63.2013.8.26.0100. Relator Desembargador Enio Zulani. 4ª Câmara de Direito Privado. v.u. j. 22.5.2014.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº. 1011986-32.2017.8.26.0100. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Hamid Bdine. Partes: Galvão Participações S.A. e Fairfax Brasil Seguros Corporativos S.A. j. 1.8.2018. v.m.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº. 1108961-19.2017.8.26.0100, 11ª Vara Cível, Foro Central, j. 2.8.2018. Partes: Allianz Seguros S.A. e Construções e Comércio Camargo Correa S/a. e outros.

- Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados:

Recurso CRSNSP nº. 3673. Processo nº. 10.001239/00-70, Recorrente Ironildo Cunha. Recorrida: Superintendência de Seguros Privados – SUSEP. Relator. Ana Maria Melo Netto Oliveira. L. 29.10.2015. v.u.

Recurso CRSNSP nº. 7296. Processo nº. 15414.002553/2013-35, Recorrente Wady José Mourão Cury. Recorrida: Superintendência de Seguros Privados – SUSEP. Relator. André Leal Faoro. j. 6.7.2017, v.u.

- Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional:

Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. Recurso nº. 13.433, proc. nº. 10372.000668/2016-58. Processo CVM RJ 2011/2789. Recurso de ofício. Recorrente: Comissão de Valores Mobiliários. Recorridos: Eliane Taira e Frank Yamamoto. Relator: Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa, j. 26.4.2016.

Processo nº. 10930.722570/2014-11, acórdão nº. 2201-003.805, 2ª Câmara, 1ª Turma ordinária. Recorrente: Usina Central de Paraná S.A. Agricultura, Indústria e Comércio. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator. Carlos Henrique de Oliveira. J. 8.8.2017, v.u.

- Comissão de Valores Mobiliários:

PAS CVM nº. 8/05. Acusados Braskem S/A e outros. Manifestação de voto do diretor Marcos Barbosa Pinto, p. 8-9. j. 12.12.2007.

Comissão de Valores Mobiliários. Processo administrativo sancionador CVM nº. 18/08. Acusados: Adriano Lima Ferreira, Alcides Lopes Tápias, Cassio Casseb Lima, Diva Helena Furlan, Eduardo Fontana D'Ávila, Everaldo Nigro dos Santos, Francisco Silvério Morales Céspedes, José Marcos Konder Comparato, Luiza Helena Trajano Inácio Rodrigues, Marcelo Fontana, Norberto Fatio, Roberto Faldini, Vicente Falconi Campos, Walter Fontana Filho. Ementa: Descumprimento do esperado dever de diligência por parte dos administradores de uma companhia aberta. Multas e inabilitação temporária. Diretor-relator: Alexsandro Broedel Lopes. j. 14.12.2010.

PAS 21/2004, diretor relator Pedro Marcílio. j. 15.05.2007, PAS 2009/2610, diretor relator Marcos Barbosa. j. 28.09.2010; PAS 25/2003, diretor relator Eli Loria. j. 28.03.2008 e PAS 24/2006, diretor relator Otávio Yazbek. j. 18.02.2013.

Comissão de Valores Mobiliários PAS nº. RJ 2005/1.443, relator diretor Pedro Oliva Marcílio de Sousa.

Comissão de Valores Mobiliários. Processo administrativo sancionador nº. RJ 2013/13172. Acusado: Eike Fuhrken Batista, na qualidade de acionista controlador e presidente do conselho de administração da OSX Brasil S.A. Relator: Diretor Henrique Balduino Machado Moreira.

- Tribunal de Contas da União. Parecer nº. TC 043.954/2012-0.

- Estados Unidos da América:

*Francis v. United Jersey Bank*. 87 N.J. 15, 432 A.2d 814, 1981 N.J. Lexis, 1652 (N.J. July 1, 1981)

*Smith v. Van Gorkom*. 488 A.2d 858, 874 (Del. 1985).

*Aronson v. Lewis* - 473 A.2d 805, 1984 Del. LEXIS 305 (Del. Mar. 1, 1984).

*Casey v. Woodruff*. 49 NY S. 2d 625, 643 (Sup. Ct., 1994).

*Guth v. Loft Inc.* 5 A.2d 503, 23 Del. Ch. 255 (Delaware. 1939)

*Irving Trust Co. v. Deutsch*, 73 F.2d 121 (2d Cir. 1934)

*Bird v. Penn Central Company*. 334 F. Supp. 255 (E.D. Pa. 1971). U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania. November 16, 1971.

*Shapiro v. American Home Assur. Co.* 584 F. Supp. 1245 (D. Mass. 1984)  
US District Court for the District of Massachusetts. April 25, 1984.

*Cutter & Buck, Inc. v. Genesis Insurance Company*. 306 F. Supp. 2d 988 (2004). United States District Court, W.D. Washington, At Seattle. February 11, 2004.

*Pepsico, Inc. v. Continental Casualty*. 640 F. Supp. 656 (SDNY, 1986). Informações detalhadas disponíveis em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/640/656/1452357/> visitado em 20.11.2018.

*Nordstrom Inc. v. Chubb & Son Inc.* 54 F. 3 d 1424 (9<sup>th</sup> Circuit). Informações detalhadas disponíveis em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/820/530/1759581/>, visitado em 20.11.2018.

*Tig Specialty Insurance Co. v Pinkmoney.com. Inc. et. al.* United States Court of Appeals. 5<sup>th</sup> Circuit. nº. 03-20848, July 14, 2004.

*Zealand Insurance Company Limited v. New Zealand Forest Products Limited and another.* (1995) 8 ANZ Ins 75, 769.

- França

Cassation. 1re civ. 15 juillet 1999, Bull. 1999. I. nº 233.

- Espanha

STS 352/05, de 19 de Mayo de 2005.