



Aspectos contemporâneos do seguro “D&O”^[1]



Dinir Salvador Rios da Rocha



Danilo Garbin Machado

Diante das situações mais recentes observadas no cotidiano de regulação de sinistros D&O, cumpre-nos compartilhar de maneira breve dois aspectos que têm sido inclusive objeto de questionamento por subscritores e analistas de sinistros.

Um assunto não tão recente, mas que gera muita discussão (principalmente com resseguradores internacionais), é a celebração de Termo de Compromisso e de Ajuste de Conduta – TAC no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, no que tange à sua natureza jurídica e particularidades. Para mensuração do risco, traremos um histórico dos valores que têm sido aceitos pela CVM desde o início de aplicação deste instituto.

Ademais, serão abordadas algumas implicações da “Operação Lava Jato” que temos observado no seguro D&O, bem como as consequências da colaboração premiada e do acordo de leniência no âmbito securitário.

I - Termo de Compromisso e de Ajuste de Conduta no âmbito da CVM

Previsto no artigo 7º da Deliberação CVM nº 390/01^[2], o Termo de Compromisso celebrado com a CVM revela-se como um instrumento destinado a sanar uma alegada conduta delitativa praticada pelo suposto infrator, na qual este se compromete a cessar a conduta e a compensar os prejuízos causados, sem qualquer assunção de responsabilidade ou confissão dos fatos alegados^[3], em troca da suspensão do processo administrativo em curso.

Referido posicionamento dado ao TC pela CVM foi defendido por Hugo Nigro Mazzilli quando abordou a sua natureza jurídica na obra “A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”:

“É ele um título executivo extrajudicial, por meio do qual um órgão público legitimado toma do causador do dano o compromisso de adequar sua conduta às exigências da lei.”^[4]

Ademais, a compensação pelo suposto infrator pode se dar de diferentes maneiras, podendo este se comprometer a realizar obrigações de fazer, oferecer determinada quantia ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos criado pela Lei nº 7.347/85 ou até por meio de abertura de conta vinculada, a depender se há ou não a identificação de partes diretamente lesadas pela conduta do compromitente – acionistas minoritários, por exemplo – dentre outras possibilidades que podem ser acordadas entre as partes^[5].

Ademais, quanto às principais características da celebração de TC em contrapartida ao desenrolar do procedimento administrativo sancionador, podem-se destacar sua celeridade, publicidade e eficácia, visto que o suposto infrator compromete-se, por meio de instrumento de transação com a CVM, a cessar suas práticas delitivas, bem como busca a CVM prevenir futuras fraudes no contexto do mercado de capitais, dada à publicidade da matéria. Além disso, a celebração de um TC também possibilita que a CVM libere recursos para se dedicar a novas investigações, buscando, assim, conter a impunidade no seu âmbito de atuação.

Neste diapasão, Nelson Eizirik, em sua obra “Mercado de Capitais-Regime Jurídico” elencou o instituto do TAC como um instrumento não só benéfico, como também célere de solução de conflitos no âmbito da CVM:

“Conforme vem se manifestando a CVM, o Termo de Compromisso só não pode, em hipótese alguma, ser confundido com tolerância com o ilícito; ao contrário, deve ser entendido como um instrumento que lhe permite perseguir o interesse público de forma rápida e eficaz, nos casos em que, em seu entendimento, a eventual continuidade do processo não traria nenhum benefício ao desenvolvimento do mercado.”^[6]

Quanto à imposição de multas pecuniárias, o valor aceito pela CVM para extinguir processos investigatórios de possíveis condutas delitivas no âmbito do mercado de capitais tem aumentado significativamente ao longo dos anos, especialmente no que se refere a acordos firmados por pessoas físicas, independentemente do delito envolvido.

No que tange o valor usualmente aceito pela CVM com relação aos TCS firmados até meados de 2008, este oscilava entre R\$ 50 mil e R\$ 100 mil.

Entretanto, tal patamar foi drasticamente alterado com o parecer do Comitê de Termo de Compromisso emitido em novembro de 2008, que julgou a viabilidade de formalizar TC para extinguir o PAS RJ2007/8556.

Por meio deste, o Comitê afirmou que, muito embora os TCS da época apontassem para o valor de R\$ 100 mil, insurgia-se a necessidade de mudança no patamar monetário por este não mais se mostrar eficaz na sua função preventiva de desestimular a prática de condutas semelhantes e, ainda, de “nortear a conduta dos participantes do mercado de valores mobiliários, em especial dos administradores de companhias abertas”. Como resultado, o valor pactuado para o arquivamento do processo foi R\$ 200 mil.

Em sequência, o posicionamento da CVM a respeito dos valores envolvidos nos TCS foi progressivamente alterado, sendo possível, por meio da análise de TCS celebrados entre a autarquia e infratores neste ano, inferir uma elevação nos valores, a depender da infração supostamente cometida. A título exemplificativo, no âmbito do PAS RJ-2015/3247 a CVM aceitou o montante de R\$ 400 mil, visando extinguir o processo decorrente da prática de infração por administrador de fundo de investimento.

Conforme adiantado acima, o valor pago na celebração de um TC visa, em primeiro lugar, cobrir o dano financeiro causado aos participantes do mercado, e, subsidiariamente, punir a conduta ilícita que tenha sido supostamente cometida, desestimulando práticas semelhantes e a reincidência na conduta delituosa. Como o TAC não significa, necessariamente, qualquer assunção de culpa ou de prática de ato ilícito pelo compromitente, este é passível de cobertura no âmbito das apólices D&O.

Outrossim, é importante mencionar que o Ministério Público por vezes também se faz presente nas decisões pela aceitação ou não de proposta de TC, preliminarmente nos casos em que a ilicitude supostamente cometida tenha reflexos fora do âmbito administrativo. Dependendo das condições determinadas em lei para transacionar, o Parquet também pode desistir de oferecer denúncia em infrações de menor potencial ofensivo, através da celebração de um TC, mitigando custos de defesa criminal que seriam potencialmente também cobertos pelo D&O.

II - Operação Lava Jato: implicações da Colaboração Premiada e do Acordo de Leniência nos seguros "D&O".

Aproveitando-se o escopo de tratativas que podem ser travadas entre o suposto infrator e os entes públicos com reflexo direto na cobertura em apólices D&O, cumpre-nos mencionar o instituto da colaboração premiada, que tem dominado os noticiários recentemente no âmbito das investigações criminais oriundas da "Operação Lava Jato". Diferentemente do TC celebrado com a CVM, tanto a Colaboração Premiada quanto o Acordo de Leniência partem do pressuposto de reconhecimento pelo infrator do ilícito cometido.

A "Operação Lava Jato", considerada a maior investigação sobre corrupção e lavagem de dinheiro conduzida no Brasil até hoje, visa apurar os responsáveis pelas (i) práticas de cartel, decorrentes dos acordos, ajustes e alianças realizados com o fito de fixação de preços artificiais e manipulação do mercado em geral; (ii) fraudes aos certames licitatórios, decorrentes dos ajustes e combinações contratuais objetos da licitação; (iii) lavagem de ativos, decorrentes da ocultação da origem e destino de valores provenientes da prática dos delitos investigados; e (iv) crimes contra o sistema financeiro nacional decorrentes do funcionamento de operações financeiras sem autorização legal, da realização de contratos de câmbio fraudulentos, das operações não autorizadas, saída de moedas e evasão de divisas.

No âmbito desta operação, foi posto em evidência o instituto da "colaboração premiada", meio de obtenção probatória que foi prevista na lei nº 12.850/2013, que versa sobre organizações criminosas.

Com base no exame do diploma legal supramencionado depreende-se que o objetivo da colaboração premiada é a efetiva e voluntária contribuição com a investigação e com o processo criminal relacionados ao crime organizado, por parte do infrator, visando atingir os resultados previstos nos incisos do artigo 4º da referida lei, abaixo dispostos:

"Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada."

Ainda com relação ao tema, deve-se mencionar o momento em que a colaboração premiada pode ser realizada. Diferentemente de outros meios de prova admitidos no direito processual penal, a colaboração premiada poderá ser realizada em qualquer fase da persecução penal, até mesmo após o trânsito em julgado do processo, quando já iniciada a fase de execução da pena.

Por sua vez, a homologação do acordo de colaboração premiada será realizada pelo juiz competente pelo processamento da ação penal, e dar-se-á ao serem verificados a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo.

Por fim, dentre os benefícios da realização de acordo de colaboração premiada, destacam-se o perdão judicial, redução em até dois terços da pena privativa de liberdade, ou até mesmo a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Outrossim, também se revela necessário discorrer a respeito do “acordo de leniência”, previsto na lei nº 12.846/2013, conhecida como “Lei Anticorrupção”.

Tal instituto, de maneira análoga à colaboração premiada, revela-se como um acordo celebrado com pessoas jurídicas responsáveis pela prática de qualquer espécie de corrupção envolvendo agentes públicos ou de ilegalidades em licitações e contratos envolvendo a Administração Pública.

Dentre seus principais objetivos, elencados nos incisos I e II do artigo 16 da Lei Anticorrupção, destacam-se a identificação de outros infratores, bem como a obtenção de informações e documentos que comprovem as práticas ilícitas objeto de investigação.

Além disso, a lei sob comento também prevê os requisitos necessários para a concessão do acordo de leniência. Segundo a redação dos incisos I, II, III do parágrafo 1º do artigo 16, deverá a pessoa jurídica: (i) ser a primeira a manifestar seu interesse em cooperar para a apuração do ilícito; (ii) cessar a prática da irregularidade a partir da data da propositura; (iii) admitir a participação na infração e cooperar de maneira plena e permanente com as investigações e o processo administrativo.

Também nos parece válido frisar que o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado, bem como que os efeitos do acordo estendem-se a todas as pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, desde que estas firmem o acordo em conjunto. Porém, a respeito deste último ponto, nos parece plausível cogitar se a confissão posterior do leniente teria o condão de “contaminar” a contratação de seguro “D&O” já ciente da ilicitude das atividades praticadas.

Recapitulando, o seguro “D&O” revela-se como um seguro contratado à conta de outrem, no qual a empresa figura como contratante (tomadora) do seguro que foi celebrado em benefício de tais segurados, cabendo a ela pagar o respectivo prêmio de seguro.

Vê-se, assim, o essencial dever de veracidade e boa-fé em que se devem pautar as declarações feitas no contrato de seguro, visto que a omissão de informações essenciais à análise do risco, as quais eram de inequívoco conhecimento da empresa contratante e dos seus administradores, é causa de perda da cobertura securitária.

Nesse sentido foi Judith Martins-Costa ao conceituar boa-fé como:

“(…) regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do “alter”, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro polo da relação obrigacional”^[7]

Assim, é possível depreender que na eventualidade da empresa contratante omitir informações ou fazer declarações incorretas ou inverídicas, constituir-se-ia hipótese de perda de cobertura securitária. Tal fato afetaria de maneira direta não só a empresa contratante do seguro, tomadora, como também seus beneficiários, os administradores.

Importante lembrar que a divisibilidade do contrato de seguro “D&O” não é admitida. Dessa forma, mesmo que o beneficiário do seguro “D&O”, ou seja, o administrador da empresa contratante,

esteja agindo de boa-fé, não lhe assistirá qualquer tipo de amparo decorrente do seguro caso o seguro tenha sido contratado partindo-se de premissas e informações inverídicas ou incorretas.

Tal consequência ganha especial relevância quando analisada frente ao acordo de leniência. Conforme já exposto, no acordo de leniência a pessoa jurídica infratora declara a prática de infrações ou ilegalidades cometidas perante a Administração Pública, assim caso a tomadora do seguro “D&O” celebre um acordo de leniência, poderá este constituir uma prova de que esta contratou o seguro valendo-se de má-fé, fato que acarretaria a invalidação do negócio jurídico, com a consequente nulidade da apólice.

[1] O presente artigo contou com a colaboração do acadêmico Lincoln da Matta Fernande.

[2] “Art. 7º O interessado na celebração de termo de compromisso poderá apresentar proposta escrita à CVM, na qual se comprometa a: I – cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos, se for o caso; e II – corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos causados ao mercado ou à CVM. (...)”

[3] A norma é expressa nesse sentido, in verbis: “Art. 4º A celebração de compromisso não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada no processo que lhe tenha dado origem.”

[4] MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 18ª ed. Ver., ampl., e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 359.

[5] Nesse sentido, “a transação constitui negócio jurídico bilateral mediante a qual as partes previnem ou extinguem relações jurídicas duvidosas ou litigiosas, por meio de concessões recíprocas ou ainda troca de determinadas vantagens pecuniárias”. NELSON EIZIRIK; ARIÁDNA B. GAAL; FLÁVIA PARENTE; MARCUS DE FREITAS HENRIQUES. Mercado de capitais – regime jurídico. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 334.

[6] Ibid., p. 335.

[7] MARTINS-COSTA, Judith, A boa-fé no Direito Privado, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 412.

Fonte: Artigo publicado originalmente na revista [Opinião.Seg nº 12 - Agosto de 2016](#).