



Ilan Goldberg*,**

No âmbito dos processos administrativos sancionadores a elaboração de termos de compromisso vem se tornando cada vez mais habitual, o que pode ser explicado por razões as mais variadas: receio quanto à sanção passível de aplicação, uma maior dose de civilidade por parte do investigado/demandado, preservação de sua imagem perante o público em geral etc.^[1]

Sob a perspectiva das consequências jurídicas decorrentes da não realização de um termo de compromisso, tome-se, como exemplo, as sanções passíveis de aplicação no âmbito do processo administrativo sancionador na Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Como se verifica no art.11 da Lei nº. 6.385/76, com as emendas introduzidas pela Lei nº. 13.516/2017, as sanções são as seguintes: (i) multa cujo limite será o maior dos seguintes valores - R\$50.000.000,00 ou o dobro do valor da irregularidade ou do prejuízo causado a investidores ou três vezes a vantagem econômica obtida; (ii) suspensão para o exercício da profissão; (iii) inabilitação para o exercício da profissão etc.

Examinando-as, pode-se agrupá-las em duas categorias, quais sejam, as financeiras e as não financeiras. Naquilo que, potencialmente, interessa ao contrato de seguro D&O, convém concentrar o exame nas sanções financeiras, designadamente, as multas que, como é sabido, foram sensivelmente majoradas pela Lei nº. 13.516/2017, anteriormente mencionada. Na CVM, corresponderão aos limites máximos apontados acima (incluindo a elevada referência de R\$50.000.000,00); no Banco Central do Brasil (BACEN), a pena-base poderá ser de R\$20.000,00 até R\$7.500.000,00, a serem majorados consoante as agravantes estabelecidas na Circular BACEN nº. 3.857/2017. As demais sanções, isto é, as não financeiras, não guardam exata convergência com os seguros D&O a considerar a dificuldade de que sejam transferidas da pessoa do implicado às seguradoras.

Num passado não muito distante, os contratos de seguro D&O, no Brasil, não ofereciam cobertura para multas. Com base em parecer proveniente da Procuradoria da SUSEP, prevalecia entendimento no sentido de que a cobertura para multas seria contrária ao interesse legítimo – essencial aos contratos de seguro –, o que perdurou por um longo período.^[2]

Com o advento da Circular SUSEP nº. 541, de 14.10.2016, primeiro ato normativo a cuidar do seguro D&O no País, viabilizou-se o oferecimento de cobertura para multas civis e administrativas, nada obstante a lacuna deixada quanto às multas criminais.^[3] Vale dizer que a Circular SUSEP nº. 553, que revogou a nº. 541, manteve-se nesta mesma direção.

Art. 5º. [...] § 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.

Ao firmar um termo de compromisso, o requerido tem a possibilidade de fazê-lo independentemente da assunção de culpa pela conduta que a autoridade responsável identificou e deseja punir / fazer cessar. Veja-se, nesse sentido, os parágrafos 5º e 6º do art. 11 da Lei nº. 6.385/76. E, justamente ao poder firmar o termo de compromisso livre da assunção de culpa, de pronto surge indagação pertinente que questiona a natureza jurídica deste instrumento.

Em outros termos, se aos olhos do órgão regulador é possível compor com o requerido sem que este assuma culpa, ao mesmo tempo que também se reconhece que eventuais valores compreendidos pelo termo de compromisso não se tratam de indenização derivada de responsabilidade civil, qual é, pois, a sua natureza jurídica?

Ora, por mais que o termo possa ser firmado independentemente da assunção de culpa, de maneira pragmática pode-se intuir que “quem não deve, não teme”. Se assim é, o ajuste de um termo de compromisso traz em si uma determinada carga de culpabilidade, de receio pelo prosseguimento das investigações e a conclusão do processo administrativo sancionador de fundo. A justificativa do projeto de lei que alterou o § 5º, do art. 11, da Lei nº. 6.385/1976, inclusive, tratava da importância em permitir-se que a CVM estabelecesse acordos com os acusados que, além de comprometerem-se a cessar a prática considerada ilícita, consentissem com a aplicação de penalidade.^[4]

Considerando que os valores eventualmente pagos pelo requerido não se tratam da indenização lastreada pela responsabilidade civil, uma vez que não se destinam, em regra, a repor o patrimônio de quem quer que seja, entende-se que essas quantias se amoldariam à rubrica das multas administrativas, na exata medida em que são pagas às autoridades mediante o compromisso de que a conduta seja cessada e não se repetirá, ou seja, a finalidade punitiva está presente. Esta conclusão é reforçada pela ressalva comumente adotada pela CVM, no âmbito de negociações firmadas pelo Comitê de Termo de Compromisso e, em seguida, aprovadas pelo Colegiado, de que os termos de compromisso não previnem demandas indenizatórias propostas por lesados.^[5]

Voltando ao exame do contrato de seguro D&O, entende-se que a existência de convergência entre a apólice e o termo de compromisso carece de exame do clausulado em questão, designadamente da existência de cobertura expressa para os termos de compromisso. Dissecando esta assertiva, será preciso examinar se a cobertura se destina apenas aos custos de defesa ou, para além desses custos, ao pagamento da verba acordada com as autoridades responsáveis.

Tratando deste segundo cenário - a natureza jurídica da verba paga à autoridade por força do termo de compromisso - entende-se que a maneira tecnicamente adequada de examiná-la é por meio do instituto da multa, constatação que ensejará, à continuação, o exame da cobertura especificamente desenhada com esse propósito.

Assim, será preciso verificar se a cobertura para multas (i) se destina apenas às pessoas físicas ou, adicionalmente, às pessoas jurídicas, (ii) se, nesta cláusula específica, há alguma restrição aos termos de compromisso, em suma, examinar a cláusula específica em cotejo com eventual cobertura para os termos de compromisso.

Respondendo à questão formulada no título, é possível concluir que, abstratamente, há convergência entre os termos de compromisso e os contratos de seguro D&O. Respostas concretas carecem do exame dos clausulados específicos, designadamente de coberturas expressamente

desenhadas para os termos de compromisso e, também, para as multas.

* Ilan Goldberg é advogado e parecerista. Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Regulação e Concorrência pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Pós-Graduado em Direito Empresarial LLM pelo IBMEC. Professor convidado da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ) e da Escola Nacional de Seguros (ENS-Funenseg). Membro do Conselho Editorial da Revista de Direito Civil Contemporâneo – RDCC. Sócio de Chalfin, Goldberg & Vainboim Advogados Associados. e-mail: ilan@cgvadvogados.com.br.

** Com a valiosa colaboração dos meus sócios, Paula Roberta Rodrigues, Thiago Junqueira e Cláudio Luiz de Miranda B. Filho.

[1] A propósito dos termos de compromisso e dos acordos de leniência nas mais diversas esferas: CVM, BACEN, CGU, CADE, vale referir a ATHAYDE, Amanda. Manual dos acordos de leniência no Brasil Teoria e prática. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

[2] Tal posição encontrava-se respaldada por um parecer da Procuradoria da SUSEP de 29.11.2006. Curioso lembrar que o parecer foi elaborado tendo como tema em exame o pedido de aprovação de um seguro destinado a cobrir “custos judiciais, honorários advocatícios e multas despendidas por administradores de entidades fechadas de previdência complementar”. Tratava-se, pois, de uma espécie do conhecido “seguro de proteção jurídica”, há tempos presente na Espanha e Alemanha, por exemplo. Assim, embora relacionado a tema distinto, o parecer acabou ensejando a restrição para que as seguradoras atuantes no mercado D&O pudessem continuar oferecendo a cobertura para multas administrativas. O entendimento que prevaleceu à época foi de que não traria em si interesse legítimo capaz de sustentá-lo.

[3] Circular SUSEP nº. 541, de 14.10.2016. 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. [...] § 4º A garantia poderá abranger cobertura de multas e penalidades contratuais e administrativas impostas aos segurados quando no exercício de suas funções, no tomador, e/ou em suas subsidiárias, e/ou em suas coligadas”. Quanto à lacuna às multas criminais, seja permitido referir ao nosso GOLDBERG, Ilan. O contrato de seguro D&O. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 392-393. “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.”

[4] Justificativa do projeto de Lei nº 1.564/1996, do Deputado Antonio Kandir, que originou a Lei nº. 13.560/2017, acerca do termo de compromisso: “Mais importante, no entanto, é a inovação que permite à CVM fazer acordos com parte envolvida em operações ilegais, de modo a que a autarquia possa reunir provas necessárias à comprovação do ilícito. Com a sofisticação crescente do mercado de capitais, a ausência desse meio de obtenção de provas resulta com frequência na impunibilidade de fato de um número apreciável de operações, com conseqüente desmoralização da autoridade fiscalizadora e perda de credibilidade do mercado junto ao público mais amplo, fator inibidor de seu crescimento. Nos termos deste projeto de lei, a CVM fica autorizada a suspender o processo administrativo, se o acusado, além de comprometer-se a cessar a prática considerada ilícita e consentir na aplicação da penalidade, dispuser-se a prestar informações relativas à materialidade do ilícito, bem como às demais pessoas envolvidas no mesmo (fica estabelecido que os termos do acordo terão de ser publicados posteriormente no Diário Oficial da União)”

[5] Destaque-se, ademais, que a Instrução CVM nº 607/2019, que disciplina o processo administrativo sancionador e trata, em seu Capítulo IV, dos termos de compromisso, veda que a autarquia receba qualquer valor a título de indenização a investidores lesados. Veja-se, nesse sentido, o §2º, do art. 89: “§ 2º O pagamento de importâncias devidas a investidores, a título de indenização de prejuízos, se for o caso, deverá ser feito diretamente pelo acusado ou investigado, sem intermediação da CVM”.