

Notas a respeito da Circular SUSEP nº. 541, de 14.10.2016, a propósito da regulação apresentada para o seguro de responsabilidade civil para diretores e administradores de sociedades – o seguro D&O.

Ilan Goldberg *

1. Introdução

Surgido no tradicionalíssimo mercado do *Lloyd's* de Londres nos anos 30 do século passado, o contrato de seguro de responsabilidade civil para diretores e administradores de sociedades, doravante seguro *D&O*, teve desenvolvimento intenso nos Estados Unidos da América designadamente nos anos 60, onde tornou-se efetivamente uma tendência irreversível.

Atravessou crises econômicas agudas que causaram a sua retração mas, não obstante, permaneceu crescendo e se desenvolvendo a ponto permitir a observação de que, atualmente, é raro encontrar empresas que deixem de contratar esses seguros em nome de seus diretores/administradores¹.

O desenvolvimento no Brasil veio posteriormente, iniciando a sua trajetória nos anos 90, cumprindo lembrar do acordo pioneiramente realizado pela Unibanco Seguros com a BMF Bovespa em 2003², com vistas à sua contratação. Foi durante os anos 2000,

* Ilan Goldberg é advogado, doutorando em direito civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, mestre em regulação e concorrência pela Universidade Cândido Mendes – UCAM e pós-graduado em Direito Empresarial LLM pelo Ibmec. É professor convidado da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, da Escola Nacional de Seguros (ENS-Funenseg) e da Escola de Direito da Função Getúlio Vargas (RJ), onde também coordena curso de extensão em Direito, Seguro, Resseguro e Regulação. É sócio de Chalfin, Goldberg, Vainboim & Fichtner Advogados Associados – e-mail: ilan@cgvf.com.br.

¹ Exemplo curioso de resistência à contratação do seguro *D&O* é a publicamente apresentada por Warren Buffett e sua conhecidíssima companhia, a Berkshire Hathaway. Segundo Buffett, por uma questão de governança interna os executivos que trabalhem sua companhia não devem dispor do seguro *D&O* ao argumento de que, se assim o fizessem, seriam menos zelosos para com as suas obrigações cotidianas. Eles devem ser tratados assim como todos os acionistas da companhia: “Berkshire Hathaway, the holding company managed by Warren Buffett, does not purchase D&O insurance for its directors, unlike most similar companies. Warren Buffett believes that the directors should face consequences of their mistakes the way that other shareholders do. Notably, however, this statement overlooks the holding-company structure of Berkshire Hathaway, auxiliary indemnification agreements with Buffett, and the individual operating companies may still purchase such insurance.” (Disponível em https://en.wikipedia.org/wiki/Directors_and_officers_liability_insurance, acesso em 8.11.2016).

² Informação disponível em http://www.revistacobertura.com.br/lermais_materias.php?cd_materias=16698&friurl=-Unibanco-e-Bovespa-fecham-acordo-, acessado em 8.11.2016.

motivado pela crescente onda de privatizações levadas a cabo pelo Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, que o seguro em questão efetivamente consolidou as suas raízes em nosso país.

Superada a primeira década dos anos 2000, a penetração do contrato no mercado brasileiro encontrou desenvolvimento sustentável sem maiores sobressaltos. Sob o ponto de vista das seguradoras, havia, como há até hoje, grandes possibilidades de crescimento e retorno financeiro, considerando, sobretudo, a maturidade do mercado financeiro no País e, concomitantemente, a pequeníssima penetração desse seguro.

Ao longo desse percurso histórico um acontecimento, em especial, provocou um impacto até então jamais sentido. A chamada operação “lava-jato”, deflagrada pela Polícia Federal e sob o comando organizado e estruturado da Magistratura Federal e da Procuradoria Geral da República, teve o mérito de investigar conclusivamente a respeito do maior esquema de corrupção já havido no País.

Executivos das maiores empreiteiras, autoridades e políticos dos mais variados escalões viram-se seriamente implicados, fato que, no Brasil, revelava-se bastante raro até então. Diversos acordos de colaboração premiada foram firmados com a Procuradoria Geral da República, trazendo dados importantes à formulação de denúncias, além dos acordos de leniência ajustados entre as próprias empresas investigadas e as autoridades respectivas.

O mercado segurador, na condição de subscritor dos riscos financeiros transferidos por esses executivos às seguradoras, sofreu os impactos decorrentes do pagamento de vultosíssimas somas a título de antecipação dos custos de defesa no âmbito dos contratos de seguro *D&O*, podendo-se nessa linha intuir que houve um mercado antes e outro depois da deflagração da operação “lava-jato”³.

Do ponto de vista regulatório, esse seguro surgiu no Brasil e se desenvolveu Brasil durante aproximadamente 20 (vinte) anos sem que, até então, o órgão regulador tivesse elaborado um ato normativo específico lhe fosse aplicável.

Pois bem. Em 14.10.2016 a SUSEP, enfim, publicou o normativo que era aguardado há tempos. A Circular nº. 541 estabeleceu as regras aplicáveis à elaboração do

³ Houve, inclusive, quem dissesse que o mercado para seguro *D&O* estaria em apuros, havendo ameaça real de que poderia deixar de existir no Brasil (Fonte: <http://www.sindsegsp.org.br/site/colunista-texto.aspx?id=969>, acesso em 8.11.2016). Todo o alarde não passou de um comentário exagerado já que, como é sabido, o mercado, como um todo, passa por ciclos de desenvolvimento e retração. Isso é normal e ocorre há muitos e muitos anos. Por outro lado, fato é que a partir das perdas havidas em virtude da “Operação lava-jato” o mercado se organizou de maneira distinta e mais precavida, seja aumentando os prêmios e as franquias, seja restringindo as coberturas.

clausulado das apólices do seguro *D&O*, cuidando do escopo das coberturas básica, especial e particular, das exclusões, do prazo para adequação às regras estabelecidas, bem como apresentou um glossário com as principais definições aplicáveis à espécie.

Passemos, pois, a comentar alguns tópicos relevantes extraídos da norma posta pelo órgão regulador, não sem antes adiantar a nossa perplexidade diante de determinadas imposições, notadamente quanto à forma adotada para oferecimento da cobertura para os custos de defesa em caráter particular, isto é, acessório, adicional, bem como quanto à restrição ao oferecimento da cobertura chamada *side C* (ou, no jargão anglo saxão, a *entity coverage* – cobertura destinada à própria empresa tomadora do seguro, para além das coberturas chamadas *side A* e *side B*).

Ainda nessa seção introdutória, vale observar que o glossário apresenta definições as mais diversas para temas importantes tais como fato gerador, ato danoso, perdas, reclamações, segurados, indicando com isso delimitações das coberturas capazes de causar prejuízos à estruturação da apólice como sendo do tipo *all risks*. É preciso esclarecer objetivamente, portanto, qual é o tipo pretendido pelo regulador: se *all risks* ou se riscos nomeados, evitando a aludida dificuldade de estruturação dos clausulados.

2. Comentário específico à norma:

Com o propósito de tornar esse comentário o mais didático possível, separamos alguns temas que nos pareceram de maior relevo e, nessa linha, trouxemos as respectivas ponderações, sempre respaldadas por boa Doutrina e, quando possível, jurisprudência aplicável.

O objetivo é demonstrar ao regulador, com fundamentação convincente, que a norma, tal como posta, está totalmente na contramão daquilo que, há muito tempo, vem sendo praticado em mercados desenvolvidos. A manutenção do texto normativo, dessa maneira, acarretará prejuízos sensíveis às seguradoras, aos segurados e, como consequência lógica, para o próprio País, fruto da evasão de divisas, fragilidade das coberturas oferecidas, diminuição dos prêmios pagos etc.

Procuramos concentrar a nossa argumentação em temas estritamente jurídicos, deixando, pois, questões financeiras e, por assim dizer, “*de mercado*”, a critério das áreas competentes das próprias seguradoras e, possivelmente, dos corretores que vêm trabalhando com esse contrato.

Sem mais delongas, os comentários.

2.1. Art. 3º - definições de apólice à base de ocorrências e à base de reclamações:

Ao conceituar a apólice à base de ocorrências, o texto afirma que: “*a) os danos tenham ocorrido durante o período de vigência da apólice; e b) o segurado pleiteie a garantia durante a vigência da apólice ou nos prazos prescricionais em vigor;*”.

Ora, se a apólice é à base de ocorrência não há que se falar numa obrigatoriedade de que o segurado pleiteie a garantia durante a vigência da mesma. O que importa, com o perdão da obviedade, é que os danos tenham ocorrido durante a vigência da apólice. Se o segurado os pleiteará durante ou após esgotada a vigência é questão que não dialoga com essa modalidade de contratação. Ao que parece, o regulador confundiu as contratações à base de ocorrência com à base de reclamação o que, a bem da verdade, corresponde à reprise da equívoco já antigo, trazido ao mercado pela Circular SUSEP 336/2007, em seu art. 3º, no anexo I⁴.

2.2. Contratação à base de reclamações:

No art. 3º, inciso II, o texto determina que a modalidade à base de reclamações será: “*forma alternativa de contratação de seguro de responsabilidade civil*” para, no art. 4º., § 1º, dizer:

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).

§ 1º O seguro de RC D & O deve ser contratado com apólice à base de reclamações.

§ 2º Aplicam-se as disposições dos normativos em vigor que regulam as apólices à base de reclamações, exceto:

- I - a possibilidade de transformação da apólice para base de ocorrências;
- II - aquelas que conflitarem com disposições desta circular. (Grifamos).

⁴ Circular SUSEP nº. 336/2007, anexo I. art. 3º. Considera-se, para fins desta norma: - apólice à base de ocorrências: no caso do seguro de responsabilidade civil, como aquela que 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; e b) o segurado pleiteie a garantia durante a vigência da apólice ou nos prazos prescricionais em vigor;

Respeitosamente, falta clareza. Para o glossário a contratação à base de reclamações é forma alternativa de contratação do seguro; para o § 1º do art. 4º, é forma obrigatória de contratação. O regulador deve esclarecer, pois.

2.3. Art. 5º., caput. Ainda, a velha questão do ‘reembolso’:

No *caput* do art. 5º, a norma insiste na sistemática do seguro de responsabilidade civil como sendo de *reembolso*, isto é, o segurado deve pagar para, aí sim, fazer jus ao reembolso daquilo que terá desembolsado. No § 2º., inc. I, alude-se à possibilidade de oferecimento de pagamento direto aos terceiros prejudicados, ou seja, a regra é o reembolso, facultando-se o pagamento direito aos terceiros prejudicados mediante livre convenção entre as partes.

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.

§ 2º Ao invés de reembolsar o segurado, a seguradora poderá:

I - **oferecer a possibilidade de pagamento direto aos terceiros prejudicados;** (Grifamos)

O Superior Tribunal de Justiça há tempos vem viabilizando a ação direta de terceiros contra as seguradoras nos mais variados seguros de responsabilidade civil (Súmula nº. 529), apenas temperando esse exercício de ação com a condição de que segurado e seguradora componham, concomitantemente, o pólo passivo da lide respectiva.

E assim entende porque observa nos seguros de responsabilidade civil a típica contratação a favor de terceiros (a chamada estipulação a favor de terceiros, prevista no art. 436 a 438 do CC⁵). Esse ‘mecanismo’ cria verdadeiro direito autônomo ao terceiro,

⁵ Mencionamos, a propósito três acórdãos do STJ publicados antes da edição da Súmula nº. 529, cujo racional foi no sentido de realmente observar nas coberturas RCF-V, disponibilizadas conjuntamente com as demais coberturas no seguro automóvel, como típica estipulação a favor de terceiros. Independentemente da indeterminação do terceiro no momento da conclusão do contrato, o STJ entendeu que, para qualificar a estipulação, bastaria que o terceiro fosse determinável. Entendeu, ainda, que haveria fundamento constitucional a tutelar a pretensão dos terceiros, traduzido pelo princípio do solidarismo, previsto no art. 3º., I, da Constituição Federal. “Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Atropelamento. Seguro. Ação

cujo exercício, justamente em virtude dessa originalidade^{6,7}, não deverá passar pela esfera do estipulante (segurado) para, ao depois, chegar à esfera da promitente (seguradora). Nesse exato sentido foi o comentário de Antônio Junqueira de Azevedo⁸:

A eficácia da estipulação a favor de terceiro consiste em que o terceiro adquire o direito à pretensão, que um dos figurantes prometeu, sem ser preciso que a prestação vá do promitente e desse ao terceiro. A transferência é entre o patrimônio do promitente e o patrimônio do

direta contra a seguradora. A ação do lesado pode ser intentada diretamente contra a seguradora que contratou com o proprietário do veículo causador do dano. Recurso conhecido e provido. Ocorre que o contrato de seguro pode caracterizar uma situação em que a avença celebrada entre duas partes tenha estipulação em favor de um terceiro, não figurante da relação e mesmo ainda não identificado, embora identificável, que seria o beneficiário, com direito de recebimento do valor segurado. (...) Muito embora o beneficiário não figure na relação contratual, o princípio que fomentou a aceitação da estipulação em favor de terceiro, de modo a permitir que um estranho viesse pedir o cumprimento de obrigação contratada por outros, é o mesmo que nos auxilia a compreender e encontrar solução ajustada à dificuldade criada em casos tais". (REsp 294.057/DF, 4ª turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 12.11.2001). "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE SEGURO. AÇÃO AJUIZADA PELA VÍTIMA CONTRA A SEGURADORA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO. DOUTRINA E PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. I - As relações jurídicas oriundas de um contrato de seguro não se encerram entre as partes contratantes, podendo atingir terceiro beneficiário, como ocorre com os seguros de vida ou de acidentes pessoais exemplos clássicos apontados pela doutrina. II - Nas estipulações em favor de terceiro, este pode ser pessoa futura e indeterminada, bastando que seja determinável, como no caso do seguro, em que se identifica o beneficiário no momento do sinistro. III - O terceiro beneficiário, ainda que não tenha feito parte do contrato tem legitimidade para ajuizar ação direta contra a seguradora para cobrar a indenização contratual prevista em seu favor." (Recurso Especial nº 401718/PR (2001/0188298-0), 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. j. 03.09.2002, DJU 24.03.2003, p. 228)". (Grifamos). "CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. AÇÃO PROPOSTA DIRETAMENTE EM FACE DA SEGURADORA SEM QUE O SEGURADO FOSSE INCLUÍDO NO POLO PASSIVO. LEGITIMIDADE. (...) se a seguradora pode ser demandada diretamente, como devedora solidária – em litisconsórcio com o segurado – e não apenas como denunciada à lide, em razão da existência da obrigação de garantia; ela também pode ser demandada diretamente, sem que, obrigatoriamente, o segurado seja parte na ação. Com efeito, o contrato de seguro de automóvel que prevê o resarcimento dos danos ocasionados pelo segurado a terceiros retrata a figura jurídica da estipulação em favor de terceiro, prevista nos arts. 436 a 438 do Código Civil." (REsp nº. 1.245.618/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 22/11/2011, DJe 30/11/2011. Grifamos).

⁶ Quanto à originalidade do direito do terceiro, trazemos o comentário de Fábio Konder Comparato, ao que ele classifica como a "*dissociação relativa entre credor e titular do poder de contratante*" Fábio Konder Comparato. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. Paris: Dalloz, 1964, p. 197. "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."

⁷ No mesmo sentido Margarida Lima Rego: "O carácter directo da pertença conferida ao terceiro beneficiário assume aqui toda a sua dimensão. Longe de ser um indivíduo que se substitui a um outro numa relação obrigacional anteriormente criada, o terceiro beneficiário é investido de um direito próprio de que é o primeiro titular. A estipulação para terceiro é formadora de um direito originário, virgem de toda a apropriação passada." (REGO, Margarida Lima. Contrato de seguro e terceiros. Estudo de direito civil. Coimbra: Coimbra Editora. 2010., p. 497-498).

⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

terceiro, sem qualquer intermediariedade. O terceiro adquire em virtude do contrato, em que ele nenhuma parte tomou, nem sequer tenha de a ele assistir. Adquire, porque os figurantes quiseram. Portanto, ainda que ele mesmo não quisesse, ou houvesse razões, suas, para não querer adquirir.

Diante das conhecidas dificuldades que o ajuizamento da ação direta pode causar às seguradoras, designadamente quanto à apresentação de boa defesa, sobretudo considerando o desconhecimento das questões fáticas que poderão ensejar a responsabilidade civil do segurado (*aquiliana*) e, consequentemente, sua responsabilidade contratual, ainda assim é preciso ponderar a respeito da viabilidade de, no plano regulatório, insistir em algo que é completamente dissonante da *praxis*, seja judicial, seja convencional.

2.4. Os custos de defesa (art. 5º., § 3º e art. 7º., inc. III, letra a):

A norma foi de grande infelicidade. A principal controvérsia que, rotineiramente, afeta o seguro *D&O* é aquela relacionada à cobertura para os custos de defesa. A indenização a ser paga a terceiros, se o caso, vem posteriormente, após esgotado o processo administrativo ou judicial/arbitral proposto contra o segurado. Eis a redação apresentada nos artigos 5º, § 3º e 7º, inc. III, letra a):

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. (Grifamos)

* * *

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: (...) (Grifamos)

Em primeiro lugar, a afirmação de que essa garantia não compõe a cobertura básica representa um enorme retrocesso que, como demonstraremos nas linhas a seguir, contraria práticas bastante comezinhas adotadas há tempos em mercados mais maduros que o brasileiro como, exemplificativamente, são os mercados londrino, norte-americano, espanhol, português, entre tantos outros.

Em segundo lugar, a previsão contida no art. 7º afigura-se totalmente contraditória e incongruente. Ao cuidar das coberturas básicas, a Circular claramente afirma que a garantia não cobre os custos de defesa e os honorários de advogado para, logo depois, ao tratar das coberturas particulares, infirmar o dito anteriormente, isto é, determinar que, obrigatoriamente, deverá haver cobertura particular (adicional) para cobrir os custos de defesa.

Seja como for, o tratamento conferido pela SUSEP não é sustentável e, como dissemos, contraria práticas adotadas há muitos anos em mercados mais desenvolvidos que o brasileiro. A obra de Adolfo Paolini e Deepak Nambisan⁹ é referência no mercado londrino. Ao escreveram a respeito da *nature and legality* do seguro *D&O*, os autores iniciam a sua exposição discorrendo a respeito da cobertura à indenização e logo acrescentam a cobertura para os custos de defesa, salientando que o conceito de prejuízo – *loss* – nesse tipo contratual contempla tanto a indenização quanto os custos de defesa:

Insuring clauses of the type set out above provide indemnity against claims for losses arising from wrongful acts committed by the director acting in his capacity as such. In the majority of cases, liability will be based on the negligent performance of the director's obligations as "in matters of fine judgment or great complexity of human being can be right every time". 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**

⁹ PAOLINI, Adolfo and NAMBISAN, Deepak. Directors' and Officers' liability insurance. London: Informa, 2008., p. 16.

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". (Grifamos).

A menção à definição de prejuízo nos formulários do *Lloyd's* é precisa e contempla tanto a indenização quanto os custos de defesa.

Nos Estados Unidos da América o contexto é o mesmo. Em interessante estudo a respeito da obrigatoriedade (ou não) de que, diante de condutas intencionais/imorais as seguradoras continuem obrigadas a adiantar custos de defesa, Willy E. Rice¹⁰ chama a atenção à relevância dessa cobertura, em não raras situações mais importante do que a cobertura para a indenização em si.

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: "**[i]n 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.**' (Grifamos)

Em Portugal, dois autores discorreram com profundidade a respeito da importância dos custos de defesa no âmbito do seguro *D&O*, sinalizando, inclusive, que

¹⁰ 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.

o que realmente importa nesse contrato é essa garantia quando aludem às chamadas coberturas *side A* e *side B*. São eles Pedro Pais de Vasconcelos¹¹ e Maria Elizabete Gomes Ramos¹².

Até mesmo demonstrando o quanto óbvio é o tema, Maria Elizabete Gomes Ramos¹³ já na nota prévia de sua densa obra afirma:

Parece ser legítimo sustentar que o *D&O Insurance* apresenta uma estabilizada tipicidade social que se manifesta, entre outros aspectos, nas coberturas *Side A* e *Side B*. A *Side A* protege os *directors* e *officers* de **despesas em que incorram com o litígio**, de indemnizações em que sejam condenados ou de transacções que convencionem celebrar. Já a *Side B* garante os desembolsos feitos pela sociedade ao cobrir aqueles custos dos seus *directors* e *officers*. (Grifamos)

No corpo da obra a autora discorre com vagar a respeito da importância dessa cobertura, designadamente em virtude da experiência norte-americana. Ainda que um dado administrador seja absolvido do processo que lhe tenha sido instaurado, o caminho a ser trilhado nessa direção será, necessariamente, bastante oneroso. Não há dúvida, pois, quanto a qualificá-la como sendo o risco financeiro genuinamente transferido pelo segurado à seguradora. Privar o segurado dessa garantia equivaleria a comprometer a existência do próprio seguro. Eis as suas palavras (a parte final, por nós realçada, chama a atenção):

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**

¹¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *D&O Insurance: O seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*. Coimbra: Almedina, 2007.

¹² RAMOS, Maria Elizabete Gomes. *O seguro de responsabilidade dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2010.

¹³ ob. cit., p. 8.

seguradora suporta, em primeiro lugar, o custo do litígio e, com o remanescente do capital coberto, a indemnização¹⁴.

Pedro Pais de Vasconcelos¹⁵, na mesmíssima direção, ensina que os custos de defesa operam como a real força motriz a justificar a contratação do seguro *D&O*.

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.**

Na seção de sua obra dedicada ao chamado ‘alargamento objectivo da cobertura’¹⁶, 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 objectivo de cobertura’ prestou-se, também, à função ainda mais relevante, qual seja, a cobertura para as despesas do litígio. Assim como Maria Elizabete Gomes Ramos, Pedro Pais de Vasconcelos¹⁷ afirma que essa cobertura, com o passar dos anos, tornou-se aquela mais importante no âmbito do seguro *D&O*:

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 transacionar 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.** (Grifamos).

Nesse sentido, a experiência portuguesa não permite interpretação diferente. A cobertura para os custos de defesa deve compor a cobertura básica desse seguro. Não há motivação técnica ou jurídica para qualquer tipo de tratamento distinto.

¹⁴ Ob. cit., p. 319. O trecho entre aspas correndo à citação da obra de Pedro Pais de Vasconcelos.

¹⁵ Ob. cit., p. 11.

¹⁶ Ob. cit., p. 15.

¹⁷ Ob. cit., p. 15.

Vejamos, agora, a experiência espanhola que, como era de se esperar, não destoa. Miguel Iribarren Blanco¹⁸ também em obra densa a respeito da matéria comenta o seguinte quanto aos custos de defesa:

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.

Ademais 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 art. 74¹⁹ da Ley 50/1980. Traçando o respectivo paralelo com o Direito brasileiro convém atentar para o disposto no parágrafo único do art. 771 do CC, taxativo em seu enunciado quanto a afirmar que as despesas de salvamento deverão correr por conta da seguradora, observando-se o limite fixado no contrato:

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. (Grifamos).

¹⁸ 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. Também na Espanha posiciona-se da mesma forma Antonio Roncero Sanchez, para quem a cobertura para os custos de defesa constitui a base das garantias oferecidas pelo seguro D&O. “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, Antonio Roncero. El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (sujetos, interés y riesgo). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi/Thomson. p. 250).

¹⁹ Reproduzimos a seguir o art. 74 da Ley 50, de 1980. A primeira parte do dispositivo requer atenção: “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 occasionen. 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.” (Grifamos).

Embora seja, em certa medida, controversa a qualificação dos custos de defesa como típicas despesas de salvamento, não é equivocada a percepção de que uma defesa bem feita, realizada por profissionais competentes, principalmente diante de questões complexas como habitualmente são aquelas discutidas no seguro *D&O*, amenizará as perdas do segurado e, por conseguinte, também as da seguradora.

Nesse sentido, a interpretação que se pode extrair do enunciado normativo acima reproduzido é, sim, no sentido de que os custos de defesa caracterizam a essência do seguro *D&O*. Deixá-los como cobertura meramente acessória, secundária, particular (o nome aqui pouco importa), com efeito, não é minimamente adequado, para não dizer atécnico.

Convém refletir: qual é a finalidade almejada por um executivo de uma sociedade ao contratar uma apólice *D&O*? Faria algum sentido deixar de dispor, como cobertura básica, de verba necessária para o custeio da defesa dos profissionais que contratará?

A resposta é, obviamente, negativa. O segurado carece dessa garantia. Ela é vital, ela compõe a essência do contrato e deixá-la, como quer o regulador, de modo ‘particular’, isto é, acessório, secundário, implica, efetivamente, em desconstituir esse seguro.

Por essas razões e fundamentos registramos aqui a nossa crítica, na expectativa de que a cobertura para custos de defesa volte a integrar a cobertura básica desse seguro, exatamente como ocorre nos mercados londrino, norte-americano, espanhol e português.

2.5. Possibilidade de cobertura para multas administrativas – art. 5º, § 4º:

§ 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. (Grifamos).

Contrariando sua posição anterior que, justamente, era em sentido contrário²⁰, a SUSEP inovou ao viabilizar o oferecimento de cobertura para “*multas e penalidades contratuais e administrativas*”.

²⁰ Dita posição anterior 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 esse seria não traria em si interesse legítimo capaz de sustentá-lo.

A cobrança para multas é controvertida mundo afora e há argumentos sensíveis para os dois lados, seja para cobrir, seja para tratar como risco excluído.

Maria Luiza Atienza Navarro²¹, com profundidade, discorreu a respeito de todos os argumentos. Em síntese, para os ‘negativistas’, cobrir a multa equivaleria a dar aos segurados uma carta de alforria, isto é, assumir que estes poderiam fazer o que bem entendessem sem quaisquer consequências. Além disso, afirmam que se a finalidade da multa é punir o infrator por sua conduta, isto é, educá-lo mediante a sensibilidade de seu próprio bolso, a imputação do encargo financeiro à seguradora eliminaria essa finalidade.

Por outro lado, aqueles que entendem viável cobrir as multas o fazem escorados nos seguintes pontos: (i) em âmbito criminal, sabe-se que os réus podem pagar em pecúnia as fianças que, a depender do tipo penal previsto, lhes sejam impostas. Sabe-se, também, que o referido pagamento pode ser efetuado por quaisquer terceiros, ou seja, não é o réu, necessariamente, aquele que pagará. Ora, se assim é na esfera criminal, cuja natureza é verdadeiramente repressiva, o que dizer da possibilidade de que uma multa administrativa seja paga por um terceiro, no caso, a seguradora? (ii) o que importa, com efeito, é o exame da conduta em si. Hipoteticamente, a CVM pode aplicar uma multa a um determinado diretor tendo como mote uma conduta meramente culposa e não dolosa. Se assim for, qual seria a lógica, a motivação jurídica, em privar o segurado de cobertura, frise-se, por uma conduta meramente culposa? A metodologia adotada pelo Direito brasileiro priva o segurado de cobertura quando sua conduta for intencional – arts. 762, 765/766, 768, por exemplo. Em sentido oposto, isto é, se não for intencional, deve haver cobertura, a não ser que estejamos tratando de culpa grave, em termos práticos potencialmente equiparável ao dolo.

Diante dessas premissas, ao que parece a inovação trazida pelo regulador foi positiva mas, carece de esclarecimentos. Caso as partes decidam convencionar essa cobertura, qual será o limite aplicável? O mesmo da cobertura destinada à indenização? O mesmo da cobertura destinada aos custos de defesa? Aliás e a propósito, os limites de custos de defesa e de indenização serão comuns, isto é, a mesma rubrica para ambos?

Da maneira apresentada, a cobertura para as multas se apresenta ‘solta’, ficando difícil antever qual deverá ser o tratamento aplicado pelas seguradoras e, na mesma direção, pelos corretores, que carecem de informação precisa para que possam

²¹ NAVARRO, Maria Luiza Atienza. El aseguramiento de las sanciones administrativas. In La reforma del derecho del seguro. Juan Bataller Grau et alli. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi/Thomson Reuters, 2015, p. 151-178.

intermediar corretamente a comercialização do seguro.

Registrados, assim, a necessidade de esclarecimento quanto aos pontos acima suscitados.

2.6. Distorção do conceito de Limite Máximo de Garantia – impossibilidade de vinculação ao fato gerador;

XVIII - limite máximo de garantia da apólice (LMG): representa o limite máximo de responsabilidade da sociedade seguradora, de estipulação opcional, aplicado quando uma reclamação, ou série de reclamações decorrentes do mesmo fato gerador, é garantida por mais de uma das coberturas contratadas; o LMG da apólice é fixado com valor menor ou igual à soma dos limites máximos de indenizações estabelecidos individualmente para cada cobertura contratada; **na hipótese de a soma das indenizações, decorrentes de um mesmo fato gerador**, igualar ou superar o LMG, a apólice será cancelada; (Grifamos)

A alusão ao fato gerador distorce o conceito de limite máximo de garantia, sabidamente não vinculado/subordinado à ocorrência de um mesmo fato gerador.

Observa-se, uma vez mais, um atecnicismo que deve ser evitado.

2.7. Art. 7º., inc. II – possivelmente, um equívoco de digitação:

No art. 7º., inc. II, a redação de todas as letras, de b) até f.), sempre recorrem à expressão “*pessoas que exerçam, passem a exercer, e/ou tenham exercido ...*”.

Curiosamente, a redação da letra a) exclui o vocábulo ‘*exerçam*’, tal como consta em todas as demais alíneas. Tudo nos leva a crer que se trata de um mero erro de digitação mas, para evitar problemas futuros, convém entender a motivação para essa supressão ou, como suspeitamos, se seria meramente uma omissão não intencional.

2.8. Art. 7º., letra b): arbitragem e despesa de salvamento:

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; (Grifamos).

Convém observar, em primeiro lugar, o contexto em que foram mencionadas a arbitragem e a cobertura para despesas emergenciais (salvamento e prevenção). Ora, o inciso III vinha explicando no que consistem as condições particulares; na letra a), explica-se o que são as coberturas adicionais e a seguir, na letra b),, quando incluídas explicações sobre as cláusulas específicas, emenda-se o texto para incluir uma obrigatoriedade de que esteja presente cláusula específica de arbitragem, nos termos da lei.

O que conseguimos depreender do trecho é que se as partes optarem por arbitragem tal prerrogativa deverá revestir-se da cláusula arbitral específica (compromisso arbitral/cláusula compromissória) mas, reconheçamos, para chegar a essa conclusão é preciso fazer certo esforço interpretativo. A redação deixa a desejar, respeitosamente.

A seguir, alude-se à cláusula específica “*relativa à opção por cobertura em separado das despesas emergenciais efetuadas pelos segurados ao tentar evitar e/ou minorar os danos*”. Difícil entender em que contexto essa assertiva foi sugerida. Como dissemos anteriormente a respeito dos custos de defesa e sua qualificação jurídica como despesas de salvamento/prevenção, é preciso consultar o regulador a fim de saber se sua pretensão é conferir tratamento igual aos dois temas, isto é, custos de defesa e despesas de salvamento/prevenção.

Vale dizer a essa altura que essa pequena parte da letra b). do inciso III do art. 7º é uma parte solta, descontextualizada dos demais dizeres da norma.

2.9. Cobertura Side C – glossário, item XXX e art. 4º:

Inexplicavelmente, a Circular simplesmente não mencionou a cobertura na modalidade *side C*, isto é, a chamada *entity coverage* ou, no vernáculo, a cobertura voltada aos interesses legítimos da própria sociedade tomadora do contrato.

Ao conceituar a palavra ‘segurado’, a norma dispõe em seu glossário:

XXX - segurado: no seguro de RC D & O, na acepção usual do termo, são as pessoas físicas 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:

- a) cargo de Diretor, Administrador ou Conselheiro, ou qualquer outro cargo executivo, para os quais tenham sido eleitas e/ou nomeadas,

condicionado a que, se legalmente exigido, a eleição e/ou nomeação tenham sido ratificadas por órgãos competentes;

b) cargo de gestão, para o qual tenham sido contratadas, se a pessoa jurídica for legalmente solidária em relação a atos e decisões praticados por tais pessoas no exercício de suas funções; (Grifamos).

Um pouco mais adiante, no art. 4º., a norma esclarece o seguinte:

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). (Grifamos).

Para além da cobertura voltada para as pessoas físicas dos diretores e administradores, o seguro *D&O*, acompanhando até mesmo o que pode ser chamado como uma realidade *sócio-jurisprudencial*, passou a oferecer cobertura na qualidade de segurada também à sociedade tomadora do contrato, justamente em virtude de sua exposição, lado a lado com os seus executivos, nas mais variadas vertentes, sejam tributárias, trabalhistas, regulatórias, administrativas etc.

Atualmente, é por demais comum observar as mais variadas demandas administrativas e judiciais movidas, concomitantemente, contra a sociedade e seus executivos, ambos compondo o pólo passivo tendo como origem determinado questionamento a respeito de um ato de gestão que tenha sido praticado.

Pedro Pais de Vasconcelos²² em seu didático texto explica que em seu nascedouro o seguro *D&O* surgiu apenas com a cobertura chamada *side A* (dirigida exclusivamente aos executivos); um pouco mais tarde, foi acrescentada a cobertura chamada *side B* (para fazer frente àquelas situações nas quais a sociedade, uma vez pagando as despesas havidas por seus executivos, necessitava reembolsar-se dos mesmos) e, depois e finalmente, a cobertura *side C*, destinada à própria tomadora que, nesta hipótese, passaria a contratar o seguro por conta de outrem (dos executivos) mas também por conta própria, acumulando, assim, as qualidades de tomadora e de segurada.

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

²² VASCONCELOS, Pedro Pais de. ob. cit., p. 16-17.

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 discrepancia entre as seguradoras e as sociedades, porque as seguradoras não queriam cobrir a parte da responsabilidade que imputavam à sociedade (alocation). Daí nasceu a necessidade de incluir uma nova cobertura relativa à responsabilidade da sociedade: a side C também designada a entity coverage. (Grifamos)

Objetivamente, não enxergamos qualquer obstáculo legal ou técnico para viabilizar o oferecimento da cobertura na chamada modalidade *side C*. Trata-se de questão meramente negocial, submetida, pois, ao plano da autonomia privada dos contraentes.

Vale salientar que a norma SUSEP não proíbe, expressamente, o oferecimento dessa garantia; o que há, de fato, no glossário e no art. 4º, é a alusão ao segurado como pessoa física, mas em hipótese alguma houve restrição formal ao oferecimento da cobertura *side C*, isto é, a sociedade tomadora passando a figurar igualmente como segurada. Nesses termos e *s.m.j.*, entendemos que seria de todo conveniente consultar o regulador expressamente quanto ao oferecimento dessa cobertura específica.

Cumpre salientar que a formalização de impossibilidade de contratação dessa cobertura específica abrirá uma ‘brecha’ legal para que os tomadores contratem a dita garantia no exterior, valendo-se da inexistência da mesma em nosso País (art. 20, inc. I, da LC 126/2007²³), ou seja, em resumo, haverá evasão de divisas e enfraquecimento do mercado interno, tudo em virtude de um ‘normativo desafinado’, emanado do regulador.

2.10. Art. 6º - exclusões gerais - riscos ambientais no âmbito do seguro D&O:

Art. 6º Além de outras exclusões previstas em lei, o seguro de RC D&O não cobre os riscos de responsabilização civil dos segurados em

²³ LC 126/2007: Art. 20. A contratação de seguros no exterior por pessoas naturais residentes no País ou por pessoas jurídicas domiciliadas no território nacional é restrita às seguintes situações: I - cobertura de riscos para os quais não exista oferta de seguro no País, desde que sua contratação não represente infração à legislação vigente; (Grifamos).

decorrência de:

(...)

III - danos ambientais, que são enquadrados em outro ramo de seguro, denominado seguro de responsabilidade civil de riscos ambientais (RC Riscos Ambientais).

Embora os riscos ambiental e aquele inerente ao seguro *D&O* não se confundam, haverá situações nas quais a exposição, em si, poderá tocar nas duas vertentes. Uma instituição financeira, por exemplo, habitualmente contratará o seguro *D&O* mas não contratará o programa ambiental e, como é sabido, ao investir num dado projeto que tenha impactos ambientais poderá ser potencialmente responsabilizada.

Como dissemos anteriormente, o seguro *D&O* foi concebido, essencialmente, para um tratamento *artesanal*, caso a caso (*taylor made*), cumprindo às partes, no âmbito de sua autonomia privada, decidirem aquelas coberturas que melhor se adequem à sua exposição.

Não cabe ao regulador impor uma exclusão que, juridicamente, não se sustenta. Se, no exemplo acima, for do interesse da instituição financeira contratar uma cobertura particular para riscos ambientais e se uma seguradora quiser oferecê-lo, por que razão técnica, jurídica, a mão pesada do regulador poderá restringir essa conduta, claramente merecedora de tutela segundo o nosso ordenamento?

A exclusão *tout court* é prejudicial ao mercado como um todo.

2.11. Menção à lei estrangeira: art. 12 e parágrafo único;

Art. 12. São vedadas referências a qualquer tipo de legislação estrangeira.

Parágrafo único. É permitido o uso de expressões estrangeiras relativas ao seguro de RC D & O, quando já habitualmente empregadas no mercado segurador brasileiro, desde que traduzidas localmente ou cuja tradução conste do glossário do seguro. (Grifamos).

Nesse passo, nos parece que a pretensão do regulador é muito mais no sentido de evitar anglicismos. Para riscos e apólices emitidas no Brasil, nada mais natural do que a redação dos textos respectivos ser em Português. Resta saber, porém, se essa também é o objetivo perseguido pelo regulador com esses dizeres, cumprindo lembrar que há diversos segurados de grande porte em nosso país cuja atuação se dá em caráter multinacional.

Ora, suponhamos uma sociedade com negócios simultâneos no Brasil, EUA, Reino Unido e Austrália. De fato, para os riscos brasileiros a apólice deverá ser contratada

aqui (arts. 19 e 20 da LC 126/2007). Porém, uma conduta de um diretor praticada em terras brasileiras poderá ter repercussão em outros continentes. Impossível, assim, não recorrer ainda que de forma oblíqua às leis estrangeiras, aplicáveis aos riscos inerentes aos demais países em que houver exposição.

2.12. Possibilidade de contratação por pessoa física – art. 4º:

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).

De fato, a norma coloca o tomador apenas como pessoa jurídica, contratante do seguro por conta de outrem (os segurados, pessoas físicas). Por outro lado, não se observa proibição expressa quanto à possibilidade de que os tomadores sejam pessoas físicas.

A experiência prática revela que, atualmente, a contratação do seguro *D&O* é realizada na grande maioria das oportunidades por pessoas jurídicas mas, no passado, a mecânica não era essa. Essa é a explicação de Pedro Pais de Vasconcelos²⁴:

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 impedia 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. 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?

Numa segunda fase, o D&O Insurance dos administradores passou a ser contratado pela sociedade com uma única seguradora, cobrindo a responsabilidade de todos os seus administradores perante essa mesma sociedade. Deixou assim de haver coincidência entre o tomador e o

²⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. ob. cit., p. 14.

segurado. Passou a ser tomadora do seguro a sociedade e segurados os seus administradores. O sistema alargou-se aos Directors & Officers do mesmo grupo de sociedades.

Haverá hipóteses nas quais a tomadora, seja por política interna, seja por questões de sua própria governança, decida não contratar o seguro para seus executivos. Em que medida viabilizar essa contratação por conta própria contrariaria a lei, mais precisamente, os artigos 757 e 104 do CC²⁵? Haveria algum interesse ilegítimo ou objeto ilícito?

A resposta é claramente negativa. Não há, tecnicamente, motivação jurídica para impedir a contratação por pessoas físicas o que, uma vez mais, viabilizará que as mesmas recorram ao exterior para formalizar os seus contratos de seguro.

2.13. Prazo:

Todas as inovações acima mencionadas deverão ser trazidas aos clausulados das seguradoras que atuam nesse ramo específico até o dia 28.02.2017, sob pena de que não mais possam continuar a atuar.

3. Conclusões:

O mercado do seguro *D&O* vinha caminhando de maneira linear por aproximadamente 20 (vinte) anos sem que houvesse qualquer ato normativo específico que lhe fosse imposto pelo órgão regulador.

A considerar as partes usualmente interessadas na contratação, os riscos correlatos, as matérias discutidas, não há dúvida quanto à sua sofisticação quando comparado a quaisquer mercados chamados massificados.

A norma, tal como publicada, causará muitos problemas a todos os participantes do mercado: (i) os segurados disporão de coberturas ‘magras’, ineficientes, o que é consequência do não oferecimento, por exemplo, da cobertura *side C (entity coverage)*; (ii) as seguradoras ver-se-ão obrigadas a adaptar os seus clausulados a padrões atécnicos, ruins, que sem qualquer explicação lógica tratam da cobertura para custos de defesa como

²⁵ CCB. 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. 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. (Grifamos).

algo acessório, adicional: um “penduricalho” acoplado à apólice; (iii) aos corretores, por sua vez, que passarão a intermediar a compra/venda de um contrato esvaziado, que não garante o segurado diante do maior dos seus riscos, qual seja, o pagamento dos honorários de seus advogados justamente quando mais precisarem.

Por fim, o maior prejudicado será o nosso País, tão carente de inovação e desenvolvimento. Será, mesmo, que o regulador refletiu com o vagar necessário antes de publicar essa norma? Teria pensado na possibilidade de que o mercado encolha, que seguradoras atuantes percam o interesse, que o recolhimento de prêmios diminua, que os tributos incidentes igualmente diminuam? Que as grandes tomadoras do contrato (as portentosas sociedades anônimas) ficarão órfãs da cobertura que lhe diz respeito – *side C coverage*?

Nós, ingenuamente, preferimos acreditar que não.

O saudoso amigo e orientador Marcos Juruena Villela Souto²⁶, a respeito da regulação normativa, sempre dizia que a eficiência deveria ser a palavra de ordem a ser buscada pelo órgão regulador, a ser perquirida num cotejo constante entre custos e benefícios. Ora, se maiores os custos, isso seria um sinal de que a norma deveria ser evitada, a não ser que houvesse motivação de outra ordem a justificá-la:

Esse é o papel da regulação, isto é, testar, tecnicamente, a ponderação entre os custos e benefícios na intervenção de um determinado segmento, de modo que a norma só vai ser eficiente se os benefícios forem iguais ou maiores que os custos envolvidos em sua implementação, que envolve uma restrição de liberdade.

Que o nosso regulador possa, portanto, voltar-se para o interior dessa norma e, em diálogo com o mercado, chegar a um texto que verdadeiramente seja eficiente, maduro e positivo para uma agenda de desenvolvimento.

²⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. In Direito administrativo em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 191. Basicamente, a Doutrina administrativista é uniforme nesse sentido. Também trazemos a título ilustrativo a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “O que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica. Principalmente não podem as agências baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidades, ou mesmo outorgando benefícios, sem previsão em lei. Trata-se de matéria de reserva de lei, consoante decorre do artigo 5º, inciso II, da Constituição. Não se pode deixar de lembrar que a proteção dos direitos individuais frente ao Estado constitui a própria razão de ser da construção do princípio da legalidade, sem o qual não existe Estado de Direito.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In Direito regulatório, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003).

Referências:

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002

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

COMPARATO, Fábio Konder. Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé. Paris: Dalloz, 1964,

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In Direito regulatório. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003.

NAVARRO, Maria Luiza Atienza. El aseguramiento de las sanciones administrativas. In La reforma del derecho del seguro. Juan Bataller Grau et alli. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi/Thomson Reuters, 2015.

PAOLINI, Adolfo and NAMBISAN, Deepak. Directors' and Officers' liability insurance. London: Informa, 2008.

RAMOS, Maria Elizabeth Gomes. O seguro de responsabilidade dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2010.

REGO, Margarida Lima. Contrato de seguro e terceiros. Estudo de direito civil. Coimbra: Coimbra Editora. 2010.

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>,

SANCHEZ, Antonio Roncero. El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (sujetos, interés y riesgo). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi/Thomson

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. In Direito administrativo em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. D&O Insurance: O seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima. Coimbra: Almedina, 2007.