

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

FELIPE CHAVES BARCELLOS GUASPARI

**O SEGURO “D&O” NO DIREITO BRASILEIRO: A EXIGIBILIDADE DA
GARANTIA DO ADIANTAMENTO DE CUSTOS DE DEFESA ANTE A
PRÁTICA DE ILÍCITOS DOLOSOS PELO SEGURADO**

**PORTO ALEGRE
2019**

FELIPE CHAVES BARCELLOS GUASPARI

**O SEGURO “D&O” NO DIREITO BRASILEIRO: A EXIGIBILIDADE DA
GARANTIA DO ADIANTAMENTO DE CUSTOS DE DEFESA ANTE A
PRÁTICA DE ILÍCITOS DOLOSOS PELO SEGURADO**

Trabalho de Conclusão de Curso da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Doutor Carlos Klein
Zanini

Porto Alegre
2019

FELIPE CHAVES BARCELLOS GUASPARI

**O SEGURO “D&O” NO DIREITO BRASILEIRO: A EXIGIBILIDADE DA
GARANTIA DO ADIANTAMENTO DE CUSTOS DE DEFESA ANTE A
PRÁTICA DE ILÍCITOS DOLOSOS PELO SEGURADO**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

PROF. DR. CARLOS KLEIN ZANINI
(Orientador)

PROF^a. DRA. VÉRA MARIA JACOB DE FRADERA
(Universidade Federal do Rio Grande do Sul)

PROF^a. DRA. GIOVANA BENETTI
(Professora Convidada)

Aos meus mestres

AGRADECIMENTOS

A seção “agradecimentos” em trabalhos acadêmicos sempre me pareceu um tanto quanto descontextualizada. Nunca compreendi muito bem sua razão de ser. Na lição da *magistra*, porém, encontrei um “fundamento jurídico”, por assim dizer, para justificar as próximas linhas. É que serve esta seção para cumprir a obrigação antidoral, isto é, aquela obrigação que não admite pagamento – constitui, assim, vínculo perene – pois admite, como contraprestação, apenas a retribuição. E há tantas pessoas a quem tenho de agradecer e retribuir.

À minha família, em primeiro lugar. Minha mãe, Helena, meu pai, Gilberto, meus irmãos, Luca e Rodrigo, e minha madrastra, Clarice, a vocês tudo devo. Foram e sempre serão a base de tudo.

Ao Frederico Weingartner, ao Pietro Webber e ao Gustavo Machado, amigos conhecidos no colégio que se tornaram irmãos e parceiros para uma jornada muito maior. Trilhamos juntos a fascinante, ainda que longa e tortuosa, estrada até a conclusão da graduação. Dividimos alegrias, angústias, dúvidas e inquietações. Este trabalho é também fruto da nossa amizade, das nossas incessantes discussões, e não teria sido possível sem o imprescindível apoio de vocês.

A Monalisa, que, surgiu no meio desta longa estrada, trazendo alegria e os sorrisos mais sinceros e cativantes. Compartilhamos não só os mais especiais momentos, mas também dúvidas, inquietações, sonhos e aspirações. No teu ânimo, dedicação e curiosidade incessantes sempre pude encontrar o apoio e o estímulo que por ventura me faltassem. Sem ti a graduação não teria sido completa, tampouco este trabalho.

A Professora Judith Martins-Costa, a Giovana Benetti e ao Rafael Xavier, que, logo no início da graduação, me deram a oportunidade de integrar a “super-equipe” de Judith Martins-Costa Advogados. Sem vocês, as primeiras curvas desta longa estrada da graduação talvez tivessem me impedido de ir adiante. Mais do que exemplos de profissionais do Direito, vocês foram meus verdadeiros mestres. Nos quatro anos de convivência quase que diária, nutriram relação de profunda confiança, amizade e respeito; transmitiram conhecimento muito além daquele que estava sendo ensinado no Castelinho; instigaram sempre a curiosidade acadêmica; ensinaram a tratar o Direito com rigor científico e seriedade e a não se acomodar com respostas simples.

Também aos amigos com quem tive o prazer de conviver, debater ideias e aprender durante os anos em JMC Advogados, dentre os quais cito nominalmente Alessandro Hippler (que também contribuiu na busca de importantes obras para este trabalho), Catarina Paese, Vitor Vieira e Gustavo Haical, a estes dois últimos um agradecimento especial pelas instigantes discussões que tivemos e pelas importantes lições que transmitiram.

A Amanda Moreno, também parceiro nos tempos de JMC Advogados, e a Laura Salvatori, antes de tudo, pela amizade que surgiu durante os anos de curso, pela companhia alegre em tantas manhãs, pelo exemplo de dedicação que ambas representam, mas também pelas preciosas anotações que fizeram chegar ao fim do curso.

Ao Time de Arbitragem da UFRGS, sem dúvida a mais gratificante experiência ao longo da graduação, não apenas em termos de aprendizado, mas principalmente pelas amizades que me trouxe. Ao Guilherme Nitschke, ao Lucas Gavronksi e a Professora Véra Fradera, muito obrigado por todos os ensinamentos, pela paciência, pelas infundáveis, mas prazerosas, discussões, enfim, pelo *res severa verum gaudium*. Aos meus colegas *mooties*, dentre os quais destaco Alan “Mestre” Hay e Gabriela Barcellos, grandes amigos, e, especialmente aos meus caros *co-counsels*, Julia Leivas, Inaê Oliveira e Gian Carlos Vicili, este último que tive a honra e o prazer de me tornar *co-counsel* também “na vida real” e a quem muito devo no meu crescimento profissional.

Aos colegas e amigos de Matter, Boettcher e Zanini Advogados, principalmente ao meu colega “*stag*” Bruno Carvalho, pelo aprendizado, pela amizade e por todo apoio. Um agradecimento especial ao Prof. Dr. Carlos Klein Zanini, exemplo de advogado e professor, que me deu a honra de orientar este trabalho.

Ainda, aos professores Paulo MacDonald, Luis Renato Ferreira da Silva, Luis Felipe Spinelli e Sérgio Mattos que, em suas lições, souberam com maestria manter vivo o interesse pelo Direito e a curiosidade acadêmica.

Por fim, registro meu agradecimento à Biblioteca de Ernesto Tzirulnik Advogados, que solicita e prontamente atendeu aos pedidos de acesso a obras que foram fundamentais para a elaboração deste trabalho.

*“E era inocente, vinha eu dizendo rua abaixo; – que faria o público, se ela devesse
fosse culpada, tão culpada como Capitu?”*

(DOM CASMURRO)

RESUMO

Este trabalho tem por objeto a análise, à luz do Direito brasileiro, da cobertura securitária de adiantamento de custos de defesa, comumente oferecida nas apólices de seguros de responsabilidade civil de administradores (*D&O Insurance*), quando é imputada ao segurado a prática de atos ilícitos dolosos. Tradicionalmente, a conduta dolosa do segurado configura causa legal e contratual de exclusão da responsabilidade da seguradora pelas garantias securitárias. Nada obstante, a incidência de tal excludente precisa ser analisada em confronto com a finalidade da cobertura de adiantamento de custos de defesa, que é justamente prover meios ao administrador possa exercer sua defesa e demonstrar que não é responsável pelo ato doloso que lhe é imputado. Assim, busca-se demonstrar que a exclusão da garantia securitária por ato doloso do segurado somente incide quando este restar definitivamente configurado, de modo que o adiantamento de custos de defesa é exigível pelo segurado até que haja decisão final transitada em julgado ou admissão da prática dolosa. Para tanto, o trabalho divide-se em duas partes. Na primeira, são expostas as características gerais do seguro de responsabilidade de administradores, destacando sua finalidade, sua estrutura e o mecanismo de adiantamento de custos de defesa. Na segunda, aborda-se o dolo do segurado como causa de exclusão da cobertura securitária, avaliando-se as hipóteses e requisitos de incidência desta excludente quando se trata do adiantamento de custos de defesa.

Palavras-chave: seguro de responsabilidade civil de administradores – dolo – adiantamento de custos de defesa – exclusão – *D&O Insurance*

ABSTRACT

This paper aims to promote an analysis, under Brazilian Law, of assurance coverage for costs of defense, which is often offered in insurance policies regarding civil liability for directors and officers (D&O Insurance), specifically for cases in which the insured person is accused of willful misconduct. Traditionally, willful misconduct is a statutory and contractual cause for exclusion of insurer's obligation to the insured party. Nevertheless, such exemption cause should be weighted with the very reason behind the advance payment costs of defense, which is precisely to provide the insured person with the means to promote his own defense and, ultimately, have a chance to prove his actions do not constitute willful misconduct. Therefore, this work attempts to demonstrate denial of coverage due to insured person's willful misconduct should only be applied after either a final decision under due process or a confession regarding said willful misconduct by the insured party. In order to do so, this work is twofold. In the first section, it addresses general characteristics of D&O insurance, highlighting its purpose, general structure and the advance payment of defense costs coverage. In the second, it approaches willful misconduct as a cause for denial of insurance coverage, assessing hypothesis and requirements to be met for its application on cases regarding advance payment of defense costs.

Key words: directors' and officers' liability insurance – deliberate acts – exclusion – advancement of defense costs

PRINCIPAIS ABREVIATURAS

Ap.	Apelação
Ap. Cív.	Apelação Cível
art.	Artigo ou Artigos
Cf.	Conforme
Código Civil	Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002
Coord.	Coordenador
Des.	Desembargador
<i>e.g.</i>	<i>Exempli gratia</i>
<i>i.e.</i>	<i>Id est</i>
J.	Julgado
Lei das S.A.	Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976
Min.	Ministro
n°	Número
Org.	Organizador
p.	Página
REsp	Recurso Especial
T.	Tomo
TJPR	Tribunal de Justiça do Paraná
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
Trad.	Tradução
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Vol.	Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
PARTE I. O SEGURO D&O E O ADIANTAMENTO DE CUSTOS DE DEFESA	16
1.1. FINALIDADE DO SEGURO D&O: PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO DO ADMINISTRADOR	17
<i>1.1.1. A responsabilidade dos administradores: breve panorama.....</i>	<i>17</i>
<i>1.1.2. O seguro D&O como instrumento de proteção patrimonial dos administradores.....</i>	<i>21</i>
1.2. ESTRUTURA: PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS E COBERTURAS TÍPICAS DO SEGURO D&O	32
1.3. O ADIANTAMENTO DE CUSTOS DE DEFESA.....	38
<i>1.3.1. A finalidade da cobertura dos custos de defesa</i>	<i>39</i>
<i>1.3.2. O mecanismo de adiantamento de custos de defesa.....</i>	<i>42</i>
PARTE II. O ADIANTAMENTO DE CUSTOS DE DEFESA ANTE A IMPUTAÇÃO DE ATOS DOLOSOS	45
2.1. REGRA GERAL: O DOLO COMO EXCLUDENTE DA COBERTURA SECURITÁRIA	46
2.2. EXCEÇÃO: A EXIGIBILIDADE DO ADIANTAMENTO DE CUSTOS DE DEFESA ANTE A IMPUTAÇÃO DE ATOS DOLOSOS AO SEGURADO	53
2.3. HIPÓTESES DE EXCLUSÃO DO ADIANTAMENTO DE CUSTOS DE DEFESA EM RAZÃO DE DOLO DO SEGURADO	66
<i>2.3.1. Trânsito em julgado de decisão jurisdicional que reconhece o dolo.....</i>	<i>67</i>
<i>2.3.2. Admissão do ato doloso pelo segurado</i>	<i>75</i>
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	80
REFERÊNCIAS	82
CASOS NACIONAIS CITADOS.....	92

INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado na monografia é o contrato de seguro de responsabilidade civil de conselheiros e diretores de empresas, mais conhecido como *Directors and Officers Insurance*, ou, simplesmente, *D&O Insurance*. É um seguro que, em brevíssima síntese, tem por objetivo proteger o patrimônio de administradores contra eventuais perdas patrimoniais decorrentes de responsabilização no exercício de suas funções.

Quando começou a ser oferecido, na década de 30, esse seguro não obteve grande sucesso. Atualmente, porém, sua contratação é prática comum no exterior¹. O *D&O Insurance*, introduzido no Brasil a partir dos movimentos de privatização nos anos 1990², também é hoje largamente utilizado em âmbito nacional, especialmente nas companhias com valores negociados no mercado de capitais³. Inclusive, *de lege lata*, a recente Lei nº 13.303/16 – o Estatuto das Estatais – expressamente autoriza o estatuto de empresas públicas e sociedades de economia mista a “dispor sobre a contratação de seguro de responsabilidade civil pelos administradores”⁴.

Naturalmente, a expansão da utilização do seguro de administradores trouxe consigo questões jurídicas que vêm sendo objeto de litígios⁵, já tendo até mesmo o STJ, em 2017, se debruçado sobre caso envolvendo essa espécie de contrato⁶. As recentes operações de combate à corrupção, tais como a “Operação Lava-Jato”, também ajudaram a criar um terreno fértil para discussões em torno desse seguro, na medida em

¹ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anônima*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 14.

² VON BRUCK LACERDA, Maurício Andere. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O Insurance Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 87; LOURENÇO DE FARIA, Clara Beatriz. *O seguro D&O e a proteção do patrimônio dos administradores*. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2015, p. 79.

³ GOLDBERG, Ilan. O dever de lealdade e o insider trading sob a ótica do contrato de seguro de responsabilidade civil. *Revista Opinião.seg*, n. 14, julho/2017, p. 14; RODRIGUES, Ana Carolina. A responsabilidade civil e o seguro D&O. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 58, 2012, p. 437-455. Acesso pela RT Online, página não indicada.

⁴ Lei nº 13.303/16, Art. 17, § 1º.

⁵ Recentemente, muitas dessas questões têm sido levadas aos tribunais estatais, como, por exemplo, o problema da sonogação de informações pelo segurado (TJRJ. Ap. 0035225-17.2012.8.19.0209. 10ª Câmara. Cív. Rel. Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos. J. em 11.10.2017) e da tempestividade do aviso de sinistro (TJRS. Ap. 70070763891. 6ª Câmara. Cív. Rel. Des. Alex Gonzalez Custodio. J. em 26.10.2017).

⁶ STJ. REsp 1.601.555/SP. 3ª Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. J. em 14.02.2017.

que as seguradoras passaram a ser cada vez mais acionadas por administradores sob investigação⁷.

São várias as questões e problemas jurídicos que decorrem da utilização do *D&O Insurance*. Considerando o escopo limitado de um trabalho monográfico⁸, é necessário precisar e delimitar a problemática a ser aqui enfrentada. Das diversas dúvidas suscitadas pelo uso do seguro de responsabilidade de administradores, optou-se por tratar especificamente do direito do segurado ao adiantamento dos custos de defesa pela seguradora, mecanismo por meio do qual esta é responsável por arcar com os custos incorridos pelo administrador para defender-se em processo (judicial, arbitral ou administrativo) ou investigação que possa vir a redundar em sua responsabilização⁹.

Em vista da fundamental importância da cobertura securitária de adiantamento de custos de defesa, mostra-se pertinente estudar a exigibilidade dessa garantia pelo segurado. Mais precisamente, pretende-se analisar, à luz do Direito brasileiro, o tratamento a ser dado às hipóteses em que o administrador¹⁰ é acusado de praticar atos ilícitos dolosos, a fim de investigar se, nessas circunstâncias, pode a seguradora negar a cobertura dos custos de defesa¹¹, considerando que o dolo do segurado constitui

⁷ Cf. “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/>, dando conta de aumento de 50% da sinistralidade após o início da operação. Segundo Ernesto TZIRULNIK, “‘‘Houve uma judicialização da responsabilidade civil do administrador de empresas de características catastróficas e o mercado de seguradoras se defende negando as coberturas. Porque a tendência, se for pagar todas as indenizações solicitadas, é quebrar’’. (cf. entrevista ao jornal Valor Econômico datada de 21 de agosto de 2018, disponível em https://www.valor.com.br/legislacao/5753401/desembargador-do-tj-sp-e-contrario-seguro-para-envolvidos-na-lava-jato?utm_source=JOTA+Full+List&utm_campaign=2cfe8589c9-EMAIL_CAMPAIGN_2018_08_21_09_51&utm_medium=email&utm_term=0_5e71fd639b-2cfe8589c9-380309073).

⁸ Como alerta Umberto ECO, “[I]a prima tentazione dello studente è quella di fare una tesi che parli di molte cose. [...] Queste sono tesi pericolosissime” (ECO, Umberto. *Come si fa una tesi di laurea: le materie umanistiche*. Milão: Tascabili Bompiani, 2001, p. 19). Tentaremos, portanto, seguir o “princípio fundamental” enunciado pelo mestre italiano: “*più si restringe il campo meglio si lavora e più si va sul sicuro*. Uma tese monográfica é preferível a uma tese panorâmica. Meglio che la tesi assomigli di più a un saggio che a una storia o a uma enciclopédia” (p. 23-24).

⁹ Cf., e.g., a seguinte disposição contratual acerca dos custos de defesa: “A garantia abrange os Custos de Defesa e os honorários dos advogados dos Segurados para a defesa em juízo cível, trabalhista, penal e/ou em processo administrativo ou arbitral, sendo que os Segurados podem escolher livremente seus respectivos advogados” (Apólice da Zurich Seguros, Cláusula 3.5, disponível em https://www.zurich.com.br/_media/dbe/brazil/docs/do-cg/v-2.pdf?la=pt-br&hash=01158FC3B45DC5877C069ED4A9FC79E881653FFE).

¹⁰ Neste trabalho, o termo “administrador” é usado de forma ampla para fazer referência ao segurado, *i.e.*, aquele que tem o patrimônio protegido pelo contrato de seguro, sem distinguir entre membros do conselho de administração e diretores, mesmo porque “as regras relativas a deveres e responsabilidade dos administradores aplicam-se a conselheiros e diretores”, indistintamente, nos termos do art. 145 da Lei das S.A..

¹¹ O STJ, em 2017, julgou demanda sobre esta questão em acórdão cuja ementa é parcialmente reproduzida: “RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DE

excludente legal¹² – e, via de regra, também contratual – da responsabilidade da seguradora.

Em síntese, buscamos responder a seguinte pergunta: em que circunstâncias é lícito à seguradora negar a garantia de adiantamento de custos de defesa quando o segurado é acusado de praticar ilícito doloso? A hipótese que norteia este trabalho é de que, sendo uma das principais razões de ser do contrato de seguro em exame, a cobertura do adiantamento de custos de defesa somente pode ser negada com fundamento na prática de ato doloso quando este restar devidamente caracterizado, o que depende da expressa admissão do segurado ou de reconhecimento do dolo por decisão jurisdicional transitada em julgado, não sendo lícita a conduta da seguradora de invocar a excludente de dolo com base em seu próprio juízo.

O método dedutivo é utilizado como perspectiva principal do trabalho. Parte-se da avaliação de institutos de Direito Privado para avaliar o regime do adiantamento de custos de defesa na hipótese de dolo do segurado. Adicionalmente, serão empregados de modo incidental e como suporte para o raciocínio dedutivo, o método dialético, para contraposições doutrinárias e jurisprudenciais, e o método hermenêutico, para a interpretação dos resultados obtidos a partir das técnicas de pesquisa. O recurso ao Direito Comparado será utilizado como mecanismo complementar de análise, especialmente para se verificar a compatibilidade do Direito brasileiro com as soluções dadas em outros sistemas jurídicos¹³. Como técnicas de pesquisas, o trabalho se valerá da pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial qualitativa.

DIRETORES E ADMINISTRADORES DE PESSOA JURÍDICA (SEGURO DE RC D&O). [...] INVESTIGAÇÕES DA CVM. PRÁTICA DE *INSIDER TRADING*. ATO DOLOSO. FAVORECIMENTO PESSOAL. ATO DE GESTÃO. DESCARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE COBERTURA. [...] 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. 9. Recurso especial não provido” (STJ. REsp 1.601.555/SP. 3ª Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. J. em 14.02.2017, destacou-se)

¹² Código Civil, art. 762 (“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”) e art. 768 (“Art. 768. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”).

¹³ Adverte Pedro PAIS DE VASCONCELOS sobre a importância de atentar para a experiência anglo-saxã quanto ao regime jurídico deste tipo de seguro: “A apólice, incluindo as condições gerais, as condições particulares, as exclusões, etc., deve ser interpretada de acordo com o tipo social do *D&O*

Como bem aponta Judith MARTINS-COSTA, “a ausência de limites importa necessariamente em arbítrio”¹⁴. Por isso se faz necessário ter claros os limites da aplicação da excludente de dolo como fundamento para o não pagamento do adiantamento de custos de defesa pelas seguradoras. Para tanto, é fundamental compreender a finalidade e a estrutura do contrato de seguro *D&O* e do próprio mecanismo do adiantamento de custos de defesa (Parte I), para então examinar a problemática da exigibilidade da cobertura securitária dos custos de defesa do segurado quando lhe é imputada a prática de atos ilícitos dolosos (Parte II).

PARTE I. O SEGURO *D&O* E O ADIANTAMENTO DE CUSTOS DE DEFESA

Nesta Parte I, busca-se, modo geral, explicitar o que é o seguro *D&O*, bem como a cobertura de custos de defesa inerente a este tipo de contrato. Para tanto, necessário conhecer primeiro sua finalidade, para então compreender sua estrutura¹⁵. Por isso, esta parte começa por discutir a finalidade do *D&O Insurance*, qual seja, a proteção patrimonial do administrador (*seção 1.1*), para então tratar da estrutura e das coberturas típicas objeto deste contrato (*seção 1.2*), com especial destaque para a cobertura dos custos de defesa (*seção 1.3*).

Insurance. Existe uma enorme experiência e uma riquíssima literatura no estrangeiro, principalmente nos Estados Unidos, quanto a este seguro. [...] os seus intervenientes, seguradoras, segurados e beneficiários têm, em relação a este seguro, uma expectativa de regime e eficácia correspondente ao tipo bem conhecido e muito praticado do *D&O Insurance*. É desse modo que deverá ser concretizado. Seria frustrante, para os seus intervenientes e para o mercado, que, na sua concretização, a doutrina ou a jurisprudência viesse a contrariar essa expectativa. (PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*. Lisboa: Almedina, 2007, p. 35). Ressalva-se, entretanto, que a análise comparatista, apesar de ter jogado luz a muitas das questões aqui tratadas, não atingiu a o aprofundamento exigido pelo tema, principalmente em função da dificuldade de consulta à doutrina estrangeira especializada, indisponível na maioria das bibliotecas e bases de dados nacionais. Ressalva-se, ademais, que o acesso à literatura estrangeira, em muitos casos, foi limitado à consulta parcial das obras.

¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: Critérios para a sua Aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 11, recordando provérbio segundo o qual “quando as margens são ultrapassadas, caem todos os limites”.

¹⁵ Afinal, na conhecida expressão de Pietro PERLINGIERI, é a função que “determina a estrutura, a qual segue – não precede – a função” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 643).

1.1. FINALIDADE DO SEGURO D&O: PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO DO ADMINISTRADOR

Nesta seção, pretende-se demonstrar que a finalidade principal do seguro *D&O* é oferecer proteção patrimonial àqueles que se expõe aos riscos inerentes ao exercício da administração de sociedades empresariais. Cabe, assim, traçar um breve panorama dos regimes de responsabilidades aos quais os administradores se submetem (1.1.1), para, na sequência, expor a finalidade do seguro *D&O* (1.1.2).

1.1.1. A responsabilidade dos administradores: breve panorama

Antes de adentrar na discussão acerca da finalidade do seguro *D&O*, são necessárias algumas palavras acerca do regime de responsabilidade dos administradores. Entender como se estrutura a responsabilização dos administradores é pressuposto para a devida compreensão e contextualização do contrato que visa justamente a segurá-la.

Ordinariamente, ao falar em responsabilidade de administradores, tem-se presente, não sem razão, a noção de responsabilidade civil dos administradores. Afinal, esta, além de ser a mais comum, é “um dos principais pilares do regime das sociedades anônimas”¹⁶, sendo que, no Direito brasileiro, o regime expresso na Lei das S.A. é a pedra fundamental em matéria de responsabilidade de administradores¹⁷.

Com efeito, é inerente às relações em que se age em prol do interesse alheio (*tua res agitur*¹⁸) – especialmente na relação de administração – à sujeição a diversos

¹⁶ PARGENDLER, Mariana. Responsabilidade civil dos administradores e *business judgment rule* no Direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 953, mar./2015, p. 51-74. Acesso pela RT Online, página não informada.

¹⁷ A exposição de motivos da Lei das S.A., por exemplo, assim indica: “Os artigos 154 a 161 definem, em enumeração minuciosa, e até pedagógica, os deveres e responsabilidades dos administradores. É Seção da maior importância no Projeto porque procura fixar os padrões de comportamento dos administradores, cuja observância constitui a verdadeira defesa da minoria e torna efetiva a imprescindível responsabilidade social do empresário”.

¹⁸ “Quando o vínculo se dirige a uma atividade em proveito de terceiros (gestão de negócios, negócios fiduciários), o dever de levar em conta o interesse da outra parte (*tua res agitur*) é conteúdo do dever do gestor ou fiduciário” (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Editora FGV, 2007, p. 34).

deveres fiduciários¹⁹. Assim, seja nas sociedades por ações²⁰, seja nos tipos societários regidos pelo Código Civil²¹, estão os administradores sujeitos a “estritos deveres jurídicos (positivos e negativos) ultrapassando a simples honestidade exigida em qualquer relação de intercâmbio”²².

Não por outra razão, a Lei das S.A., nos arts. 153 a 157, “resolveu pautar o comportamento dos administradores por padrões de conduta gerais e abstratos, verdadeiras cláusulas gerais”, prevendo ainda regras para efetivar sua responsabilização perante a sociedade, seus acionistas e terceiros (arts. 158 e 159, *caput e § 7º*)²³. Cumpre deixar claro que a adoção de padrões gerais de conduta de modo algum significa que os deveres dos administradores sejam etéreos. Em verdade, embora não seja taxativa²⁴, a Lei das S.A. traz uma “enumeração minuciosa, e até pedagógica dos deveres dos administradores”²⁵.

Vêm destacados no texto legal (i) o dever de diligência (art. 153); (ii) o dever de observância às finalidades das atribuições do cargo (art. 154); (iii) o dever de lealdade (art. 155); (iv) o dever de não agir em conflito de interesses (art. 156); (v) o dever de sigilo (art. 155, § 1º e § 4º); (vi) o dever de informar (art. 157); e (vii) o dever geral de vigilância (art. 158, § 1º e 4º)²⁶.

Extrapolam os objetivos aqui propostos – a saber, expor as linhas gerais do regime de responsabilidade ao qual os administradores estão adstritos – analisar

¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 351-357. No mesmo sentido se manifesta Carlos Klein ZANINI: “Aos administradores, portanto, devido a sua condição de gestores do patrimônio social (cuja titularidade pertence a terceiro, i.e., à sociedade), impõe-se, primordialmente, a observância dos chamados *fiduciary duties*.” (ZANINI, Carlos Klein. A doutrina dos “fiduciary duties” no direito norte-americano e a tutela das sociedades e acionistas minoritários frente aos administradores das sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, a. 36, n. 109, jan.-mar./1998, p. 137-149, p. 140).

²⁰ Lei nº 6.404, Art. 153, *in verbis*: “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”.

²¹ Código Civil, Art. 1.011, *in verbis*: “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”.

²² SPINELLI, Luis Felipe. *Conflito de interesses na administração de sociedades anônimas*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 57.

²³ ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A: e as ações correlatas*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113.

²⁴ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 3. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 272-273.

²⁵ Cf. Exposição de Motivos da Lei nº 6.404/1976.

²⁶ Assim elencados por ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A: e as ações correlatas*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119-120.

pormenorizadamente o complexo conteúdo de cada um desses deveres²⁷. Importa registrar que ao violar os deveres que a ordem jurídica lhe impõe, a depender dos direitos e interesses afetados pela infração cometida, poderá o administrador sujeitar-se a responsabilização perante a sociedade, seus sócios e terceiros²⁸.

Não obstante a proeminência do regime de responsabilidade *civil* previsto na legislação societária, os administradores estão também sujeitos à responsabilização em outras esferas²⁹⁻³⁰. Sem pretender analisar exaustivamente tais hipóteses de responsabilização³¹, vale mencionar algumas delas a fim de demonstrar certos *riscos* aos quais estão expostos os administradores³².

A uma, no âmbito do Direito tributário, os administradores estão sujeitos à eventual responsabilização por inadimplemento de obrigações de natureza tributária, *ex vi* dos arts. 134 e 135 do CTN, se comprovado que agiram dolosamente ou com excesso

²⁷ Para tal análise, vide ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A: e as ações correlatas*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119 e *ss*; bem como SPINELLI, Luis Felipe. *Conflito de interesses na administração de sociedades anônimas*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 103-130.

²⁸ ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A: e as ações correlatas*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 198 e *ss*. Como ressaltam TAVARES GUERREIRO e LACERDA TEIXEIRA, os “atos incriminados do administrador poderão não ter seus efeitos limitados aos interesses sociais. Ao contrário, poderão prejudicar diretamente os acionistas ou terceiros, que poderão demandar contra os administradores faltosos, em seu próprio nome e desde logo, com apoio no §7.º do art. 159”. (TAVARES GUERREIRO, José Alexandre; LACERDA TEIXEIRA, Egberto. *Das sociedades anônimas no Direito brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 480).

²⁹ “Finalmente, é importante ressaltar que o sistema de responsabilidade da LSA regula apenas a responsabilidade no plano civil. Não é, todavia, a única responsabilidade a que podem estar sujeitos os administradores. Estes poderão, ainda, conforme o caso, sujeitar-se a responsabilidades criminais e administrativas, em que os conceitos não são necessariamente iguais aos previstos para a responsabilidade civil, especialmente no tocante ao regime da formação de culpa, entre outros” (SAMPAIO CAMPOS, Luiz Antonio. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coords.) *Direito das Companhias*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1203).

³⁰ Cf., por exemplo, Modesto CARVALHOSA sobre a insuficiência da responsabilidade civil para sanção dos ilícitos cometidos por administradores: “Como lembra Ripert, a responsabilidade civil somente constitui uma sanção eficaz se o autor do delito tem fundos suficientes; caso contrário, o temor da responsabilidade civil não impede seus atos. Por outro lado, o prejuízo resultante pode ser tal que dificilmente uma fortuna privada poderia suportar o peso da reparação devida. Daí a importância de se acrescentar à responsabilidade civil a penal, que tem uma função ao mesmo tempo repressiva e preventiva”. (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 3. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 353).

³¹ Para uma análise mais ampla da possibilidade de responsabilização dos administradores em diversos âmbitos (direito penal, tributário, trabalhista, previdenciário, ambiental, falimentar, concorrencial e consumerista), vide LOURENÇO DE FARIA, Clara Beatriz. *O seguro D&O e a proteção do patrimônio dos administradores*. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2015, p. 20-75.

³² Cumpre ressaltar que, evidentemente, nem todos o riscos podem ser objeto de cobertura do seguro *D&O*. No Brasil, por exemplo, a Circular nº 553/2017 da Superintendência de Seguros Privados (“SUSEP”) determina que não são cobertos pelo seguro *D&O* “danos ambientais, que são enquadrados em outro ramo de seguro, denominado seguro de responsabilidade civil de riscos ambientais (RC Riscos Ambientais)” (art. 6º, III).

de poderes³³. Assim pode ocorrer, por exemplo, nos casos de dissolução irregular de sociedade, nos termos da Súmula nº 435 do STJ³⁴.

A duas, podem os administradores ser submetidos inclusive à responsabilidade criminal. O Código Penal, por exemplo, tipifica em seu art. 177³⁵ determinadas “fraudes e abusos cometidos na administração de sociedades por ações”³⁶. Por outro lado, em relação aos crimes falimentares previstos na Lei nº 11.101/05, nos casos de sociedade empresária, são endereçados “aos seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito”³⁷. Ainda, prevê o Capítulo 27-B da Lei nº 6.385/76 hipóteses de crimes contra o mercado de capitais, “alcançando, evidentemente, a conduta dos administradores”³⁸.

³³ Assim EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 401. Este também é o entendimento do STJ, como se percebe da Súmula nº 430 (“O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”), bem como do julgado assim ementado: “TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. APROVEITAMENTO IRREGULAR DE CRÉDITOS EXTEMPORÂNEOS. EXECUÇÃO FISCAL DIRIGIDA CONTRA EX-DIRETOR DE SOCIEDADE DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 135, III, CTN. AUSÊNCIA DE PROVA DE INFRAÇÃO À LEI OU ESTATUTO OU DA INCAPACIDADE DA EMPRESA PARA SOLVER O DÉBITO FISCAL. 1. A responsabilidade tributária substituta prevista no art. 135, III, do CTN, imposta ao sócio-gerente, ao administrador ou ao diretor de empresa comercial depende da prova, a cargo da Fazenda Estadual, da prática de atos de abuso de gestão ou de violação da lei ou do contrato e da incapacidade da sociedade de solver o débito fiscal. [...]” (AgRg no Ag nº 246475/DF. 2ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. em 01.06.2000).

³⁴ *In verbis*: “Súmula 435 – Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”.

³⁵ *In verbis*: “Art. 177 - Promover a fundação de sociedade por ações, fazendo, em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembléia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa, se o fato não constitui crime contra a economia popular. § 1º - Incorrem na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a economia popular: (Vide Lei nº 1.521, de 1951) I - o diretor, o gerente ou o fiscal de sociedade por ações, que, em prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou à assembléia, faz afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou oculta fraudulentamente, no todo ou em parte, fato a elas relativo; II - o diretor, o gerente ou o fiscal que promove, por qualquer artifício, falsa cotação das ações ou de outros títulos da sociedade; III - o diretor ou o gerente que toma empréstimo à sociedade ou usa, em proveito próprio ou de terceiro, dos bens ou haveres sociais, sem prévia autorização da assembléia geral; IV - o diretor ou o gerente que compra ou vende, por conta da sociedade, ações por ela emitidas, salvo quando a lei o permite; V - o diretor ou o gerente que, como garantia de crédito social, aceita em penhor ou em caução ações da própria sociedade; VI - o diretor ou o gerente que, na falta de balanço, em desacordo com este, ou mediante balanço falso, distribui lucros ou dividendos fictícios; VII - o diretor, o gerente ou o fiscal que, por interposta pessoa, ou conluiado com acionista, consegue a aprovação de conta ou parecer; [...]”.

³⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 3. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 351.

³⁷ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 3ª ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 1001.

³⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 3. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 351.

A três, os administradores podem ser alvo das sanções *administrativas* aplicáveis às pessoas jurídicas no âmbito da Lei nº 12.846/13 (“Lei Anticorrupção”). Nos termos do art. 14, é cabível a desconsideração da pessoa jurídica “utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial”, situações em que são “estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração”. Exemplificativamente, se concretizada a desconsideração da personalidade jurídica, pode o administrador ser obrigado – mediante processo administrativo³⁹ – a pagar a multa prevista no art. 6º, I, fixada entre 0,1% (um décimo por cento) ou 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da pessoa jurídica no exercício anterior ao processo administrativo.

Em suma, como se buscou demonstrar neste item, o exercício de cargos administração de sociedades empresárias envolve, por natureza, uma miríade de responsabilidades que podem afetar direta e indiretamente o patrimônio pessoal do administrador. E é justamente para mitigar a exposição patrimonial dos administradores que serve o seguro *D&O*, como se passa a analisar na sequência.

1.1.2. O seguro D&O como instrumento de proteção patrimonial dos administradores

Embora não haja unanimidade quanto à finalidade do seguro *D&O*, pode-se dizer que seu principal objetivo – ou, ao menos, sua razão de ser originária – é a proteção do patrimônio dos administradores de empresas⁴⁰. A doutrina anglo-saxã é

³⁹ Registre-se que a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica por meio de processo administrativo não é imune a críticas. Nesse sentido, Modesto Carvalhosa taxa de “aberração” a utilização desta técnica no processo administrativo, sustentando a inconstitucionalidade do art. 14 da Lei Anticorrupção, pois haveria “usurpação de competência judiciária” (CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846/2013*. 1ª ed em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, sem página).

⁴⁰ Na doutrina lusófona, e.g.: LIMA REGO, Margarida; OLVEIRA MARTINS, Maria Inês. Seguro D&O com cobertura de custos de defesa em processo penal ou sancionatório. Declaração inicial de risco. Notificação de sinistro. Causação dolosa do sinistro. Prescrição. *Revista de Direito Privado*, vol. 97, 2019, p. 239-324. Acesso pela RT Online, sem indicação de página. AMARO DE SOUZA, Anderson. O seguro de responsabilidade civil dos administradores. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 2, 2014, p. 97-125. Acesso pela RT Online, sem indicação de página. Na literatura anglo-saxã, e.g.: LIU, Fang. Applying the fraud-exclusion provision under D&O insurance policies: ‘adjudication’ or ‘in fact’ – which is better? *Western Michigan University Cooley Journal of Practical & Clinical Law*, vol. 17, n. 3, 2016, p. 247-264, p. 248; ACKERMAN, Joshua. A Common Law Approach to D&O Insurance ‘In Fact’ Exclusion Disputes. *The University of Chicago Law Review*, vol. 79, n.4, p. 1429-1466, p. 1432; BITTLE, Lyndon *et al.* Insurance and Indemnification of Directors and Officers. *Corporate Counsel Review: Avoiding Pitfalls* 2011, p. 198.

categorica: “A D&O policy’s primary function is to offer financial protection to directors and officers”⁴¹.

É bem verdade que a denominação de seguro de “responsabilidade civil” poderia sugerir que sua finalidade é “o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro”, nos termos do art. 787 do Código Civil, de modo que o principal interesse tutelado não seria o do segurado, mas o daqueles lesados por seus atos⁴²⁻⁴³⁻⁴⁴.

⁴¹ PAOLINI, Adolfo; NAMBIAN, Deepak. *Directors’ and officer’s liability insurance*. Londres: Informa, 2008, p. 151.

⁴² Como explica Humberto THEODORO JUNIOR, reconhecendo o interesse do terceiro lesado como tutelado pelo seguro de responsabilidade, explica que, com o advento do art. 787 do Código Civil, o foco deixa de ser “indenizar o segurado do gasto que ele tiver de suportar em razão da responsabilidade civil” passando a ser “garantir a indenização devida pelo segurado” (THEODORO JUNIOR, Humberto. O seguro de responsabilidade civil – Disciplina Material e Processual – Novo Código de Processo Civil. In: BEZERRA DA SILVA, Washington (Coord.). *Direito de Seguros e Previdência*: V Congresso Brasileiro de Direito de Seguros e Previdência. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 35-60, p. 37-38). Da mesma forma entende o STJ: “O seguro de responsabilidade civil se transmudou após a edição do Código Civil de 2002, de forma que deixou de ostentar apenas uma obrigação de reembolso de indenizações do segurado para abrigar também uma obrigação de garantia da vítima, prestigiando, assim, a sua função social” (REsp 1.738.247/SC. 3ª Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. J. em 27.11.2018).

⁴³ Assim parece entender Ana Carolina RODRIGUES, que, com base na opinião de Ernesto TZIRULNIK, sustenta que o seguro D&O deveria ser voltado sobretudo a garantir o ressarcimento dos lesados pela conduta do administrador, destacando como uma das principais falhas na importação desse seguro “o fato de que a cobertura desses seguros, em muitos casos, se volta essencialmente ao custeio de despesas judiciais incorridas pelo administrador e não ao ressarcimento dos prejuízos sofridos pelas vítimas, conforme estipula o art. 787 do CC/2002”, (RODRIGUES, Ana Carolina. A responsabilidade civil e o seguro D&O. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 58, 2012, p. 437-455. Acesso pela RT Online, sem indicação de página.)

⁴⁴ Contra essa interpretação, vale um registro da experiência portuguesa. O Código das Sociedades Comerciais português exige, em seu art. 396, determina que “responsabilidade de cada administrador deve ser caucionada por alguma das formas admitidas na lei”. Em 2006, uma reforma legislativa alterou o referido dispositivo para fazer constar em seu § 2º a possibilidade de substituir a caução por um contrato de seguro, nos seguintes termos: “2 - A caução pode ser substituída por um contrato de seguro, a favor dos titulares de indemnizações, cujos encargos não podem ser suportados pela sociedade, salvo na parte em que a indemnização exceda o mínimo fixado no número anterior”. A primeira vista, poderia se imaginar que está aí prevista a figura do seguro D&O. Porém, a doutrina especializada explica que, apesar de ter influenciado essa previsão legal, modelo típico do D&O não se presta a essa função. Confira-se: “No entanto, no nosso ordenamento jurídico, o seguro-caução não cobre danos não patrimoniais ou lucros cessantes, limitação que se afigura decisiva para o seu afastamento como meio de cumprir o dever de prestar caução do art. 396.º CSC.13 [...] O seguro de responsabilidade civil tem sido muito usado para este efeito na prática recente, e terá sido a modalidade de seguro especialmente tida em vista, não só pelos autores materiais do preceito, na sua versão originária, mas também pelos principais responsáveis pela redacção de 2006 – máxime, a CMVM. Esta influência deve-se, sobretudo, ao sucesso internacional do seguro D&O. Todavia, muito embora pareça ter estado subjacente às alterações introduzidas na redacção do preceito uma intenção de estimular os seguros D&O, a verdade é que estes, na sua configuração típica actual, teriam de sofrer adaptações muito significativas para se ajustarem aos constrangimentos do art. 396.º CSC. Assim, não surpreende que a prática do mercado tenha evoluído para a concepção, neste contexto, de um seguro de responsabilidade civil com características próprias, moldado em função das exigências do dito art. 396.º CSC. A par deste seguro, cujo intuito é apenas o de cumprir o dever de prestar caução, é frequente a celebração de um seguro D&O. A cumulação das duas modalidades de seguros parece ser o modo mais eficiente de satisfazer os requisitos deste dever legal sem deixar de contratar as coberturas mais convenientes para uma efectiva protecção das administrações, com os capitais seguros adequados à dimensão e actividade de cada sociedade”. (LIMA REGO, Margarida. A quem aproveita o seguro de responsabilidade civil de administradores celebrado para os

Entretanto, da análise finalística e funcional do seguro *D&O*⁴⁵, principalmente à luz do seu desenvolvimento ao longo das décadas, resta claro que este tipo securitário visa primordialmente a proteger o patrimônio dos administradores ante a ampliação das hipóteses de responsabilização por atos de gestão. Um breve esboço histórico é suficiente para confirmar esta afirmação.

O surgimento do seguro *D&O* se deu após a quebra da bolsa de Nova Iorque em 1929, quando os administradores de sociedades por ações passaram a ser alvo de numerosas ações indenizatórias e foram submetidos a maior regulação estatal, principalmente nos Estados Unidos, a partir da promulgação do *Securities Act* de 1933 e do *Securities Exchange Act* de 1934⁴⁶. Nesse cenário de exposição patrimonial dos *directors* e *officers*, a Lloyd's, em Londres, passou a oferecer o *D&O Insurance* para sociedades norte-americanas⁴⁷ como ferramenta de proteção do patrimônio dos administradores, ainda que “de modo tímido”, por conta dos altos custos deste seguro, que inicialmente só podia ser contratado diretamente pelos administradores⁴⁸. E assim o faziam para proteger a si próprios de eventuais indenizações que tivessem de pagar à sociedade, como explica PAIS DE VASCONCELOS:

“No início, o *D&O Insurance* era um seguro contratado diretamente 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, a para sua própria

efeitos do art. 396.º CSC? In: COUTINHO DE ABREU, J. *et alii* (Orgs.) *I Congresso de Direitos das Sociedades em Revista*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 422-423)

⁴⁵ “No exame dos institutos e conceitos do Direito, ‘a pergunta mais importante’, sustenta com acerto Pietro Perlingieri, diz respeito à sua função. Para que serve o instituto? Por que tal ou qual conceito é aplicado a determinada realidade? Qual a sua razão justificativa?” (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. Critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 481).

⁴⁶ Nesse sentido, vide PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anónima*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 13-14. Cf. também VON BRUCK LACERDA, Maurício Andere. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O Insurance Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 80-81, que também acresce haver registro de figura semelhante já no final do século XIX, na Alemanha, “tendo sido oferecido, pela primeira vez, em 1895, um seguro de responsabilidade civil para administradores e conselheiros de vigilância, diretores e afins de sociedades por ações e outras entidades” (p. 79).

⁴⁷ IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Navarra: Civitas, 2005, p. 39; GUERRERO LEBRÓN, María Jesús. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*. Madrid: La Ley, 2004, p. 17-18; RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Seguros de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 243-244.

⁴⁸ Assim está em VON BRUCK LACERDA, Maurício Andere. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O Insurance Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 80-81.

tranquilidade, decidida transferir esse risco para uma seguradora, suportando o respectivo prêmio”⁴⁹.

Em um segundo momento, a contratação do seguro passou a ser feita diretamente pelas sociedades, a quem se tornou clara a necessidade de assegurar a solvência dos administradores em caso de sua responsabilização⁵⁰. Delineou-se, então, uma distinção entre tomador do seguro e segurado, com o conseqüente alargamento da cobertura, distinta para cada uma dessas figuras⁵¹.

Esse movimento ocorreu principalmente na década de 1960, período de grande ascensão do *D&O*, o qual foi seguido, já nos anos 1980, por uma crise das seguradoras que ofereciam o seguro, em razão da amplitude dos riscos assumidos e do aumento da sinistralidade⁵². Foram o que Pedro PAIS DA VASCONCELOS denominou de “efeitos perversos” do *D&O*, criticado “por proteger excessivamente os administradores”⁵³.

A par disso tudo, certo é que, com o desenvolvimento do seguro *D&O*, o objeto da cobertura – mais uma vez indicando a finalidade de resguardar o patrimônio dos *directors and officers* – passou a contemplar, além das indenizações que os administradores fossem condenados a pagar, as próprias despesas relacionadas ao litígio, mesmo porque, nos Estados Unidos, vigorava orientação jurisprudencial que impedia as sociedades de ressarcirem os custos havidos pelos administradores para defender-se em demandas judiciais contra eles intentadas⁵⁴. Recorra-se novamente a explicação precisa de PAIS DE VASCONCELOS:

⁴⁹ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anônima*. Lisboa: Almedina, 2007, p. 14.

⁵⁰ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anônima*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 14.

⁵¹ Sobre os tipos de cobertura securitária contidas tipicamente na apólice do seguro *D&O*, vide 1.2 *infra*.

⁵² VON BRUCK LACERDA, Maurício Andere. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O Insurance Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 82-83; RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Seguros de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 257-260.

⁵³ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anônima*. Lisboa: Almedina, 2007, p. 17.

⁵⁴ Especialmente após o caso *New York Dock Company, Inc v. McCollom*, de 1939, em que foi negada a pretensão dos administradores de serem ressarcidos, pela companhia, pelos gastos de defesa em uma ação social julgada improcedente, começou-se a sentir “agudamente la necesidad de liberar a los administradores de esos gastos o de permitir, al menos, que las sociedades pudiesen hacerlo”, provocando, assim, “el desarrollo de los primeros seguro D&O” (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Navarra: Civitas, 2005, p. 140-141).

“Os valores das indemnizações pedidas em *class actions* são geralmente brutais e a respectiva litigância muito intensa 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 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*”⁵⁵.

Com efeito, principalmente no Direito norte-americano – berço do seguro de administradores – os litígios promovidos especialmente por acionistas (“*shareholders litigation*”) são tidos como a principal fonte de risco na esfera do *D&O*, nem tanto pelo valor de eventuais combinações, mas principalmente em razão dos altos custos envolvidos no litígio⁵⁶. Assim, as sociedades contratam os seguros de responsabilidade de administradores “justamente para evitar que o património pessoal de seus administradores seja submetido a tal risco”⁵⁷.

Nesse contexto, aliás, se destaca a interação entre a chamada *business judgment rule* e o seguro *D&O*⁵⁸, outro fator a indicar que a finalidade deste é a salvaguarda do

⁵⁵ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*. Lisboa: Almedina, 2007, p. 15.

⁵⁶ Na Inglaterra, a preocupação é a mesma, como reporta Brenda HANNIGAN: “Quite apart from any potential liability for breach of duty, a major concern for any director is the potential litigation costs involve if he is sued whether by the company or in a derivative claim brought on behalf of the company by a shareholder. Commercial litigation tends to be lengthy and directors are concerned that funding an expensive and lengthy defence may exhaust their personal resources so that by the time the win (if they do) and the case is dismissed, they are personally bankrupt” (HANNIGAN, Brenda. *Company Law*. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 342-343)

⁵⁷ GONÇALVES FILHO, Péricles. *Seguro e risco moral: o seguro de responsabilidade dos administradores (Directors & Officers Liability Insurance) e as ferramentas regulatórias para mitigar o risco moral no contexto corporativo*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2019, p. 75, com base nos estudos de KALELKAR, R.; NWAEZE, E. T. Directors and Officers Liability Insurance: Implications of Abnormal Coverage. P. 5. *Journal of Accounting, Auditing & Finance*, v. 30, n. 1, p. 3-34.

⁵⁸ Nesse sentido, vide PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*. Lisboa: Almedina, 2007, p. 27: “O *D&O Insurance* anda naturalmente associado à *business judgment rule*, e cobre a responsabilidade que

patrimônio dos administradores. Fruto da construção jurisprudencial norte-americana, a *business judgment rule* – embora ainda não bem definidos seu conteúdo e suas hipóteses de aplicação – tem razão de ser clara: a proteção da “discricionariedade decisória de administradores bem intencionados”⁵⁹. Assim, a despeito das indefinições quanto ao seu conteúdo e mesmo quanto à sua fonte normativa⁶⁰, certo é que a finalidade da regra “é oferecer um ‘porto seguro’ aos administradores, que devem ser encorajados a correr os riscos inerentes à gestão empresarial”⁶¹.

Nada obstante, no contexto norte-americano, a *business judgment rule*, por si só, deixou de ser suficiente para resguardar os administradores à medida em que cresceram a litigiosidade e, especialmente, as *class actions*. Como explica PAIS DE VASCONCELOS, o seguro *D&O* veio a complementar a proteção oferecida aos administradores:

“Os administradores, não estavam dispostos a enfrentar, com apenas o seu patrimônio, o risco de serem visados numa *class action*. A sua derrota estava quase praticamente assegurada, desde o início, pela incapacidade econômica 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. O

aquela regra deixa ainda no administrador. Por isso, a introdução do seguro *D&O* de certo modo induz a da *business judgment rule*. A introdução conjunta destes dois mecanismos jurídicos é natural e vem colocar o direito societário português, no que respeita ao regime de administração, ao par dos demais vigentes nos regimes liberais avançados”.

⁵⁹ PARGENDLER, Mariana. Responsabilidade civil dos administradores e *business judgment rule* no Direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 953, mar./2015, p. 51-74. Acesso pela RT Online, sem indicação de página.

⁶⁰ Sobre a controvérsia acerca dos contornos da regra no direito norte-americano, vide PARGENDLER, Mariana. Responsabilidade civil dos administradores e *business judgment rule* no Direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 953, mar./2015, p. 51-74. Acesso pela RT Online, sem indicação de página. Para esta autora, no Direito brasileiro, a *business judgement rule* foi acolhida de forma “tropicalizada” pelo art. 159, § 6º da Lei das S.A, dentre outras razões, por ter sido inserida como faculdade do juiz de excluir o dever de indenizar, ao passo que, no Direito americano, a regra constitui “presunção de que a decisão foi tomada de boa-fé tendo em vista o melhor interesse da companhia”. Já ADAMEK entende que a *business judgment rule* não está positivada no referido dispositivo legal, mas é uma decorrência do regime de responsabilização dos administradores pautado no dever de diligência: “No direito brasileiro, Osmar Brina Corrêa-Lima enxerga no art. 159, § 6º, da Lei das S/A a consagração da *business judgment rule*, mas, a nosso ver, isso não ocorre no preceito em tela. No entanto, a *business judgment rule* é um dos desdobramentos do próprio sistema de responsabilidade civil dos administradores, e, portanto, mesmo no direito brasileiro, tem ela aplicação na definição da responsabilidade civil por falta de gestão, pela bitola do dever de diligência; opera, assim, na delimitação das próprias regras de conduta, afastando a ilicitude (sem constituir propriamente uma específica causa de exclusão da culpa ou excusa do dever de indenizar)” (ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A*: e as ações correlatas. São Paulo: Saraiva, 2009., p. 129-132).

⁶¹ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 416.

conjunto da *business judgment rule* com o *D&O Insurance* assegurou aos administradores as condições mínimas de protecção, sem as quais recusariam a assumir e exercer o cargo”⁶².

O “binómio” *business judgment rule*/seguro *D&O* também é considerado, em Portugal, como forma de protecção aos administradores:

“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”⁶³.

Assim, a análise do desenvolvimento do seguro *D&O* ao longo das últimas décadas, ao nosso ver, indica que sua principal razão de ser não é outra senão a protecção do património dos administradores. Na doutrina brasileira, confirma este entendimento Walfrido WARDE, que muito bem sintetiza a finalidade deste seguro ao afirmar que ele surge justamente “para aplacar um temor dos administradores”⁶⁴. Em sentido semelhante, argumenta Norma PARENTE que o seguro *D&O* não visa à exclusão de responsabilidades, tratando-se, na verdade, de um “instrumento para proteger o património pessoal do administrador” frente aos altos valores que pode ser condenado a pagar⁶⁵.

⁶² PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*. Lisboa: Almedina, 2007, p. 11.

⁶³ ELISABETE RAMOS, Maria; PÉREZ CARRILLO, Elena. Responsabilidade civil e seguro os administradores: reflexões em torno das experiências portuguesa e espanhola. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 82, 2006, p. 297.

⁶⁴ WARDE, Walfrido. O seguro *D&O* e o mercado de capital. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (Org.) *VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Roncarati: 2018, p. 382-388, p. 377.

⁶⁵ PARENTE, Norma Jonssen. *Mercado de Capitais*. 2ª ed. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.) *Tratado de Direito Empresarial*. Vol. 6. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 634. A autora refere, por exemplo, o aumento das penalidades aplicáveis pela CVM previsto na Lei 13.506/2017.

Ademais, o atual quadro normativo brasileiro – ainda que escasso, pois inexistente regramento *legal* específico do seguro *D&O* – parece confirmar esse entendimento. Com efeito, a Superintendência de Seguros Privados (“SUSEP”)⁶⁶ emitiu a Circular nº 553/2017 estabelecendo “diretrizes gerais aplicáveis aos seguros de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoas jurídicas”, que definiu o seguro *D&O* como um seguro de responsabilidade civil *em benefício dos administradores. In verbis:*

“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”.
(destacou-se)

Uma decisão do TJRJ, com base na definição dada pela SUSEP ao seguro *D&O*, assim definiu o objetivo desse contrato:

“Visa-se à preservação do patrimônio da pessoa física ocupante daqueles cargos de administração, com vistas a possibilitar o incremento das práticas corporativas inovadoras, da própria sociedade e de seus acionistas, em prestígio aos princípios da função social da empresa e da livre iniciativa”⁶⁷.

Outra decisão brasileira, exarada pelo TJPR mesmo antes da edição de circulares específicas sobre o seguro *D&O*, já havida ressaltado que

“o contrato de seguro de responsabilidade civil, feito por grandes empresas, tem por objetivo proteger o patrimônio dos diretores e administradores nas hipóteses em que estes, em

⁶⁶ A SUSEP é uma autarquia vinculada ao Ministério da Economia, criada pelo Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, sendo uma de suas principais atribuições “fixar condições de apólices, planos de operações e tarifas a serem utilizadas obrigatoriamente pelo mercado segurador nacional” (art. 36, c).

⁶⁷ TJRJ. Ap. Cív. nº 0035225-17.2012.8.19.0209. 18ª Câmara Cível. Rel. Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos. J. em 11.10.2017. Ressalva-se que o acórdão considerou a redação utilizada na Circular nº 546/2016, mas a redação do dispositivo citado era praticamente idêntica ao dispositivo correspondente na atual circular nº 553/2017.

decorrência da prática de atos de má gestão, sejam acionados por terceiros que de alguma forma tenham sido lesados”⁶⁸.

Resta claro, assim, que a finalidade principal do seguro *D&O* é a proteção do patrimônio *dos administradores*, sujeitos à ampla gama de riscos inerentes a atividade gerencial que praticam. Portanto, a análise de qualquer aspecto desse seguro deve ser pautada por esta finalidade.

Com isso não se quer dizer que os administradores devem ser totalmente “blindados” e isentos de responsabilidade por seus atos, até porque a proteção securitária abrange somente os efeitos patrimoniais da responsabilização, não afastando, *e.g.*, eventual responsabilidade penal⁶⁹. Tampouco se está a ignorar as críticas muitas vezes dirigidas ao seguro *D&O* por aumentar o risco moral (“*moral hazard*”)⁷⁰⁻⁷¹. Entretanto, é preciso sempre ter presente que a função precípua desse seguro é permitir que os gestores “se engaje[m] em julgamentos negociais com alguma tranquilidade”, justamente para que “possam levar a maximização de riqueza para todos os

⁶⁸ TJPR. Ap. Cív. 652608-1. 9ª Câmara Cível. Rel. Des. Sérgio Luiz Patitucci. J. em 24.06.2010, destacou-se.

⁶⁹ “Importante ressaltar, mais uma vez, que a contratação do seguro D&O não significa que o patrimônio do administrador passará a ficar completamente blindado, já que pelos atos não cobertos o administrador permanecerá civilmente responsável. Além disso, continuará respondendo por seus atos nas esferas administrativa e criminal, ou seja, os efeitos extrapatrimoniais de seus atos não poderão ser evitados”. (GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. A responsabilidade civil dos administradores de companhias abertas não financeiras e o seguro D&O. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 74/2016, p. 53-70. Acesso pela RT Online, sem indicação de página). Sobre a diferença *objetiva* entre a cobertura de custos de defesa a cobertura da responsabilidade criminal, vide seção 2.2, *infra*.

⁷⁰ Entende-se por “risco moral” o fenômeno de modificação do comportamento das partes após a celebração do contrato, isto é, quando “o estabelecimento do vínculo contratual instiga uma parte a modificar seu comportamento, prejudicando sua parceira comercial”, sendo o contrato de seguro o “mais comezinho exemplo de *moral hazard*” (FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 167-168).

⁷¹ Segundo algumas pesquisas, existiria uma relação negativa entre o comportamento dos administradores e a cobertura securitária provida pelo seguro de responsabilidade, o qual aumentaria o *moral hazard*. Nesse sentido: CHALMERS, John *et ali*. Managerial Opportunism? Evidence from Directors’ and Officers’ Insurance Purchases. *The Journal of Finance*, vol. 57, n. 2, abr./2002, p. 609-639. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/>. Último acesso em 14.06.2019; WETERINGS, Wim. *Directors’ & Officers’ liability, D&O insurance and moral hazard: more control of moral hazard by D&O insurers needed to increase the incentives of directors and supervisory board members*, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2153129>. Último acesso em 14.06.2019. Por outro lado, há quem defenda que o seguro *D&O* pode contribuir para a diminuição do risco moral quando comparado, por exemplo, à utilização dos contratos de indenidade, pois “não sendo a seguradora parte relacionada e estando em jogo o seu próprio capital, esta se empenhará em monitorar o comportamento do segurado, fazendo as observações necessárias à correção de controles internos” (PARENTE, Norma Jonssen. *Mercado de Capitais*. 2ª ed. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.) *Tratado de Direito Empresarial*, Vol. 6. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 638).

acionistas”⁷²⁻⁷³, sendo certo que o próprio mercado de seguros pode oferecer ferramentas para mitigar o risco moral atrelado à proteção securitária⁷⁴.

É importante ressaltar que não se está a afirmar que a proteção do patrimônio dos administradores é *única* finalidade do seguro *D&O*, mas sim a *principal*. Em verdade, dada a gama de finalidades que podem ser colimadas ao seguro *D&O*, a doutrina especializada, atenta às peculiaridades deste contrato, vem lhe classificando como um seguro *multirriscos*⁷⁵, não como um seguro de responsabilidade civil típico nos termos do art. 787 do Código Civil⁷⁶⁻⁷⁷. Nesse sentido, vale mencionar a elucidativa

⁷² WARDE, Walfrido. O seguro D&O e o mercado de capital. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (Org.) *VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Roncarati: 2018, p. 382-388, p. 383.

⁷³ Robert CLARK, endereçando as críticas dirigidas ao seguro *D&O*, é claro ao afirmar que a questão não está nem tanto ao céu nem tanto à terra, afirmando que os seguros de administradores servem para garantir “a fair measure of protection”, conquanto haja “various features in them that can be criticized” (CLARK, Robert Charles. *Corporate Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1986, p. 664).

⁷⁴ Cf., por exemplo, Wim Weterings: “There are basically two instruments for reducing moral hazard. 24 First, an insurer can monitor the policyholder and the insured party/parties and adjust the premium and the insurance conditions to their behaviour and the actual risk. In addition, moral hazard can be limited by partially exposing the policyholder and/or the insured party to the risk” (WETERINGS, Wim. *Directors’ & Officers’ liability, D&O insurance and moral hazard: more control of moral hazard by D&O insurers needed to increase the incentives of directors and supervisory board members*, 2012, p. 8. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2153129>. Último acesso em: 14.06.2019). Em sentido semelhante, Paul DAVIES e Sarah WORTHINGTON acrescentam, ainda, que sem a proteção securitária, “qualified persons will be unwilling to take on board positions” (DAVIES, Paul; WORTHINGTON, Sarah. *Gower’s Principles of Modern Company Law*. 10ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2016, p. 580). É bem verdade que se questiona a capacidade de as seguradoras, por si só, exercerem satisfatoriamente esse papel regulador, como atesta GONÇALVES FILHO ao afirmar que devem as seguradoras “maneja[r] as ferramentas regulatórias que o regime jurídico do seguro D&O lhe proporciona”, cabendo “ao Estado estruturar juridicamente o desempenho, pelas seguradoras, da função de regulação” (GONÇALVES FILHO, Péricles. *Seguro e risco moral: o seguro de responsabilidade dos administradores (Directors & Officers Liability Insurance)* e as ferramentas regulatórias para mitigar o risco moral no contexto corporativo. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2019, p. 131).

⁷⁵ LIMA REGO, Margarida; OLVEIRA MARTINS, Maria Inês. Seguro D&O com cobertura de custos de defesa em processo penal ou sancionatório. Declaração inicial de risco. Notificação de sinistro. Causação dolosa do sinistro. Prescrição. *Revista de Direito Privado*, vol. 97, 2019, p. 239-324. Acesso pela RT Online, sem indicação de página; AMARO DE SOUZA, Anderson. O seguro de responsabilidade civil dos administradores. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 2, 2014, p. 97-125. Acesso pela RT Online, sem indicação de página; PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anônima*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 34-35. Em sentido contrário, RODRIGUES, Ana Carolina. A responsabilidade civil e o seguro D&O. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 58, 2012, p. 437 – 455. Acesso pela RT Online, página não indicada: “ao analisarmos o modelo de condições gerais para o contrato de seguro D e O, notamos que o princípio do art. 787 é marginalizado em favor do custeio de despesas com a defesa do segurado. Há menção expressa no sentido de que ‘os Custos de Defesa são parte da indenização e estão sujeitos ao limite total combinado de garantia relacionado às Perdas e Danos’. Em outras palavras, o seguro pode ser utilizado de forma a, tão-somente, ressarcir o segurado e não o terceiro prejudicado. [...] O objetivo do seguro de responsabilidade civil é ressarcir os danos sofridos pela vítima e não apenas recompor o patrimônio do segurado”.

⁷⁶ Note-se que, mesmo dentre aqueles que afirmam serem aplicáveis ao seguro *D&O* as regras do art. 787 do Código Civil, há autores que ressaltam a necessidade de atentar para as “peculiaridades inerentes ao tipo de responsabilidade que é objeto da cobertura securitária”, por exemplo “a complexidade dos riscos envolvidos, a tendência à contratação da apólice destinada a garantir prejuízos puramente econômicos e a

lição de VON BRUCK LACERDA, destacando ser predominante a finalidade de salvaguarda patrimonial dos administradores:

“[O]s seguros dos administradores 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 que devem ser classificados como riscos acessórios”⁷⁸.

Uma vez delineado finalisticamente o seguro *D&O*, cabe analisar o perfil estrutural deste seguro, especialmente no tocante aos tipos de coberturas securitárias providas. É o que se faz no tópico a seguir.

sua frequente contratação coletiva”, bem como “garantias específicas, tais como aquelas destinadas ao adiantamento de honorários advocatícios ou despesas realizadas com a defesa” (MAIA, Roberta Mauro Medina; BURMAN, Leonardo. Apontamentos sobre o seguro de responsabilidade civil para atos de gestão de administradores ou diretores de empresas (D&O). *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 30, abr.-jun./2007, p. 129-157, p. 130-131).

⁷⁷ “A qualificação do seguro D & O como um típico e singular contrato de seguro de responsabilidade civil é questionável. [...]. Nessa hipótese, considerando que tanto a tomadora como os executivos seriam elegíveis à qualidade de segurados, evidenciar-se-ia um mecanismo destinado à proteção do seu próprio patrimônio, não o de terceiros, qualificando, pois, seguro de danos. Nesse sentido, parece-nos melhor evitar nomenclaturas herméticas que deixam de observar o dinamismo que caracteriza as coberturas oferecidas, a demonstrar uma salutar combinação de seguro de responsabilidade civil com seguro de danos, ou, a teor do previsto no art. 425 do CC, um contrato de seguro por assim dizer inspirado por sua atipicidade face às categorias expressamente previstas no texto legal.” (FRADERA, Véra Maria Jacob de; GOLDBERG, Ilan *et alii*. *Contratos Mercantis*. 1ª ed. em e-book. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.) *Tratado de Direito Empresarial*. Vol. 4. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2016, Capítulo VII, item 2.2. Acesso ProView, sem indicação de página)

⁷⁸ VON BRUCK LACERDA, Maurício Andere. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O Insurance Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 107-108. Vale esclarecer que, para esse autor – apesar de ser um seguro multiriscos – o *D&O* não deixa de ser um seguro de responsabilidade, o que não significa que somente os interesses de terceiros lesados são tutelados. Confirma-se: “Não parece que o suporte, pela seguradora, dos gastos suportados com a defesa jurídica do segurado seja suficiente a descaracterizar a modalidade contratual em análise como pertencente à categoria dos seguros de responsabilidade civil, transformando-o num seguro de danos próprios, importante relembrar que a própria norma do art. 787 do CCB, apesar de ressaltar expressamente a garantia dos interesses de terceiro lesado, não exclui a tutela dos interesses do segurado e destaca, ainda, que o seguro presta-se a garantir o pagamento das perdas e danos ‘devidos’ pelo segurado a terceiro, o que impõe o dever de se apurar ‘se’, ‘o que’ e o ‘quantum’ devido. Não há de se falar, portanto, em exclusivo interesse de terceiro. [...] Lembrando, ainda, que tal cautela atende aos interesses dos lesados, pois preserva o capital segurado de pleitos indenizatórios infundados e abusivos”. (p. 105).

1.2. ESTRUTURA: PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS E COBERTURAS TÍPICAS DO SEGURO D&O

Explorada a finalidade do seguro *D&O*, é preciso agora definir seus contornos estruturais, analisando suas principais características⁷⁹ e as coberturas tipicamente oferecidas nessa modalidade de seguro. Para tanto, cumpre esboçar uma definição do que é o seguro *D&O*. Por sua clareza, adotamos a proposta de VON BRUCK LACERDA:

“o negócio jurídico bilateral por meio do qual a seguradora garante, perante terceiros e mediante o pagamento de um prêmio, em consequências econômico-financeiras desfavoráveis ao patrimônio do administrador segurado, decorrentes do risco de responsabilização civil deste, abrangendo inclusive os gastos de defesa, por danos causados no exercício de gestão, observando-se os limites pactuados no contrato”⁸⁰.

Em termos estruturais, a apólice do seguro *D&O*, no Brasil e no mundo, é um instrumento bastante *standarizado*⁸¹, que tende a seguir o modelo norte-americano⁸².

⁷⁹ Por “principais características” – expressão que inegavelmente carece de tecnicidade – se está referindo, principalmente, ao *conteúdo* do contrato, entendido como “regulamento negocial”, *i.e.*, “a regulação, a disciplina preceptiva com que se comprometem as partes [...], em conjunção às normas derivadas de fontes heterônomas, que se agregam ou injuntivamente, ou supletivamente, depois de passarem pelo filtro da intenção comum das partes” (NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunae contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, 234).

⁸⁰ VON BRUCK LACERDA, Maurício Andere. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O Insurance Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 102. Definição semelhante é encontrada na doutrina inglesa: “The insurer agrees on behalf of the insured to make good to third parties a sum of money designed to compensate the third party for losses accruing as a result of the insured’s misconduct”. (PAOLINI, Adolfo; NAMBIAN, Deepak. *Directors’ and officer’s liability insurance*. Londres: Informa, 2008, p. 14).

⁸¹ Vale ressaltar que existem dúvidas acerca da aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor aos seguros de responsabilidade dos administradores. Neste trabalho, porém, tal discussão não será enfrentada (para um panorama esta questão, vide VON BRUCK LACERDA, Maurício Andere. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O Insurance Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 122-125; bem como FRADERA, Véra Maria Jacob de; GOLDBERG, Ilan *et alii*. *Contratos Mercantis*. 1ª ed. em e-book. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.) *Tratado de Direito Empresarial*. Vol. 4. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2016, Capítulo VII, item 2.2. Acesso ProView, sem indicação de página). A uma, porque foge ao escopo desta monografia. A duas, porque, a nosso ver, o apelo ao regime consumerista seria desnecessário para a solução das questões aqui analisadas. Por exemplo, as regras dos arts. 423 e 424 do Código Civil são suficientes para resolver eventual necessidade de re-equilíbrio de condições entre a seguradora e o segurado aderente à apólice. De mais a mais, não se pode ignorar que o direito consumerista tem afetado de modo “nefasto” muitas relações de direito privado, na medida em que parece ser “sua preocupação maior, e única, a proteção do hipossuficiente” (FRADERA, Véra Maria Jacob de; GOLDBERG, Ilan *et alii*. *Contratos Mercantis*. 1ª ed. em e-book. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.) *Tratado de Direito Empresarial*. Vol. 4. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2016, Capítulo III, item 1. Acesso ProView, sem indicação de página), desvirtuando, assim, a disciplina de

Assim, via de regra, as apólices dividem-se em dois tipos de cobertura⁸³⁻⁸⁴, que podem ser sinteticamente descritas da seguinte forma:

(i) *Side A Coverage* (ou Cobertura A): cobre diretamente os administradores em relação às despesas em que incorram com litígios e com indenizações a que sejam condenados a pagar (ou que aceitem suportar em virtude de acordo), quando tais dispêndios não são realizados diretamente pela sociedade⁸⁵.

(ii) *Side B Coverage* (ou Cobertura B): cobre os desembolsos feitos pela sociedade a fim de arcar com os custos que sejam impostos aos seus

muitos contratos em prol de um protecionismo exacerbado, afinal, “a sua cultura não é a da emancipação, mas a da submissão à retórica dos mercados” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 324).

⁸² VON BRUCK LACERDA, Maurício Andere. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O Insurance Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 127-129; LIMA REGO, Margarida; OLVEIRA MARTINS, Maria Inês. Seguro D&O com cobertura de custos de defesa em processo penal ou sancionatório. Declaração inicial de risco. Notificação de sinistro. Causação dolosa do sinistro. Prescrição. *Revista de Direito Privado*, vol. 97, 2019, p. 239-324. Acesso pela RT Online, sem indicação de página.

⁸³ Essa divisão é praticamente unânima na doutrina. Entre nós, vide: VON BRUCK LACERDA, Maurício Andere. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O Insurance Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 185; LOURENÇO DE FARIA, Clara Beatriz. O seguro D&O e a proteção do patrimônio dos administradores. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2015, p. 86-87. Na doutrina portuguesa: PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anônima*. Lisboa: Almedina, 2007, p. 16; LIMA REGO, Margarida; OLVEIRA MARTINS, Maria Inês. Seguro D&O com cobertura de custos de defesa em processo penal ou sancionatório. Declaração inicial de risco. Notificação de sinistro. Causação dolosa do sinistro. Prescrição. *Revista de Direito Privado*, vol. 97, 2019, p. 239-324. Acesso pela RT Online, sem indicação de página. Na doutrina anglo-saxã: ACKERMAN, Joshua. A Common Law Approach to D&O Insurance ‘In Fact’ Exclusion Disputes. *The University of Chicago Law Review*, vol. 79, n.4, p. 1429-1466, p. 1432; BITTLE, Lyndon *et alii*. Insurance and Indemnification of Directors and Officers. *Corporate Counsel Review: Avoiding Pitfalls* 2011, p. 199; LIU, Fang. Applying the fraud-exclusion provision under D&O insurance policies: ‘adjudication’ or ‘in fact’ – which is better? *Western Michigan University Cooley Journal of Practical & Clinical Law*, vol. 17, n. 3, 2016, p. 247-264, p. 252.

⁸⁴ Além destas, muitas vezes também é oferecido um terceiro tipo de cobertura, o chamado *C side* (cobertura C) – também conhecido como *entity coverage* –, que pode engloba prejuízos sofridos pela própria sociedade, tais como as ditas reclamações no âmbito do mercado de capitais. Muitas vezes a Cobertura C é contratada como um adicional. Confira-se, e.g.: “COBERTURA ADICIONAL PARA O TOMADOR POR RECLAMAÇÕES NO ÂMBITO DO MERCADO ABERTO DE CAPITAIS – ‘COBERTURA C’. Em contrapartida ao Prêmio pago, fica neste ato entendido e acordado que a seguinte Cobertura adicional deve ser adicionada à Apólice, sendo certo que todos os outros termos, condições, limitações e exclusões da Apólice são plenamente aplicáveis à presente Cláusula Especial. Observados os termos, condições e limitações desta Apólice (incluindo o Limite Máximo de Indenização por Cobertura Contratada para a presente Cobertura adicional conforme mencionado na Especificação da Apólice, a Seguradora pagará em nome do Tomador os Prejuízos Financeiros decorrentes ou resultantes de Reclamações no Âmbito do Mercado de Capitais decorrentes de um Ato Danoso [...]”. (Apólice de Seguro D&O oferecido pela Zurich, Processo Susep 15414.901233/2017-93).

⁸⁵ A título ilustrativo, confira-se: “6.1. Cobertura A: Segurados da Apólice Esta cobertura garante o pagamento ao Terceiro prejudicado ou reembolso ao Segurado, pelos atos ilícitos culposos praticados pelos Segurados da Apólice no exercício de suas atribuições profissionais, desde que cobertos pelo seguro, até o Limite Máximo de Indenização (LMI), devidamente estipulado na apólice, respeitados o Limite Agregado (LA) e, quando cabível, o Limite Máximo de Garantia (LMG)”. (Condições Gerais do seguro D&O oferecido pela Unimed, Processo SUSEP nº 15414.901099/2017-21).

administradores segurados, disciplinando o chamado “pacto de reembolso”, decorrentes da prática de *corporate indemnification* norte-americana⁸⁶.

O objeto de ambas as coberturas – *i.e.* o risco por elas garantido – é, em última análise, o mesmo, distinguindo-se tão somente “a forma de pagamento” em cada caso⁸⁷. Na Cobertura A, o pagamento é feito diretamente ao administrador; já na Cobertura B, mediante reembolso à sociedade que adianta os valores ao administrador.

Normalmente, são abrangidos por essas coberturas os prejuízos ou perdas impostos ao administrador em razão de ações judiciais, processos administrativos, procedimentos arbitrais ou meras reclamações promovidos pelos lesados em função de um ato ilícito do segurado praticado na qualidade de administrador. Estão incluídos, também, os custos de defesa e valores despendidos por força de acordos.

Evidentemente, a vasta gama de riscos em tese garantidos, se contrapõe uma não menos variada lista de hipóteses de exclusão de cobertura⁸⁸ – dentre as quais⁸⁹ se destaca a exclusão por atos dolosos, analisada na Parte II, *infra*. Em razão deste movimento de contraposição entre um amplo espectro de riscos segurados limitados por pontuais – embora muitas vezes numerosas – exclusões, há quem considere que o seguro *D&O* é um seguro *all risks*⁹⁰. Isto é, um seguro em que “a cobertura de todos os riscos é a regra geral”, de modo que “somente se poderá considerar excluído da garantia

⁸⁶ A título ilustrativo, confira-se: “6.2. Cobertura B: Reembolso ao Tomador e/ou Coligadas e/ou Subsidiárias Esta cobertura garante o reembolso ao Tomador e/ou Coligadas e/ou Subsidiárias, caso tenham antecipado o pagamento ao Terceiro prejudicado ou reembolso ao Segurado pelos atos ilícitos culposos praticados pelos Segurados da Apólice no exercício de suas atribuições profissionais, desde que cobertos pelo seguro e, desde que, a culpa pelos danos, comprovadamente, recaiam sobre os Segurados, até o Limite Máximo de Indenização (LMI), devidamente estipulado na apólice, respeitados o Limite Agregado (LA) e, quando cabível, o Limite Máximo de Garantia (LMG)”. (Condições Gerais do seguro *D&O* oferecido pela Unimed, Processo SUSEP nº 15414.901099/2017-21).

⁸⁷ LOURENÇO DE FÁRIA, Clara Beatriz. O seguro *D&O* e a proteção do patrimônio dos administradores. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2015, p. 87.

⁸⁸ “La completa exposición de la cobertura objetiva del seguro *D&O*, como de cualquier otro seguro de responsabilidad civil, requiere [...] la formulación de aquellas situaciones que con carácter habitual quedan excluidas de protección en las pólizas utilizadas en la práctica”. (GUERRERO LEBRÓN, María Jesús. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*. Madrid: La Ley, 2004, p. 187).

⁸⁹ Para exemplos, vide as “exclusões típicas” elencadas por PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*. Lisboa: Almedina, 2007, p. 22-24.

⁹⁰ Entre nós: LOURENÇO DE FÁRIA, Clara Beatriz. O seguro *D&O* e a proteção do patrimônio dos administradores. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2015, p. 98. Na literatura norte-americana: TRAUTMAN, Lawrence; ALTENBAUMER-PRICE, Kara. *D&O Insurance: a primer*. *American University Business Law Review*, vol. 1, n. 2, 2012, p. 337-367, p. 352.

aquilo que o contrato, de forma clara e inequívoca, tenha especificamente excluído”⁹¹. Com efeito, por meio das exclusões contratualmente previstas, as partes “limitam o objecto do contrato de seguro, mediante o afastamento da obrigação de o segurador cobrir determinados riscos”⁹².

É claro, também, que os riscos variam conforme cada apólice ofertada pelas seguradoras. O que importa ter presente é que, de modo geral, são objeto de cobertura os gastos incorridos pelos segurados em decorrência de responsabilização por atos praticados na condição de administrador⁹³. A título ilustrativo, vale transcrever a cláusula de uma apólice disponível no mercado brasileiro:

“3.1. O presente contrato de seguro tem por objetivo garantir o pagamento de INDENIZAÇÕES decorrentes de RECLAMAÇÕES apresentadas em face do SEGURADO em razão de ATOS DANOSOS praticados no exercício das funções para as quais tenham sido nomeados, eleitos e/ou contratados, pelos quais o SEGURADO seja civilmente responsabilizado, em razão de (i) sentença judicial transitada em julgado ou laudo arbitral irrecorrível ou (ii) acordo celebrado com o prévio e expresse consentimento da SEGURADORA”⁹⁴.

A cláusula supratranscrita traz outra noção importante para a compreensão da estrutura do seguro *D&O*, qual seja, a de “reclamação”. Em geral, entende-se por reclamação uma “reivindicação ou um requerimento escrito ou um processo judicial, administrativo ou arbitral” que possa resultar na responsabilização do administrador ou

⁹¹ TZIRULNIK, Ernesto. Seguro contra todos os riscos (*all risks*) de engenharia – regulação de sinistro – conceito de dano material. *Revista dos Tribunais*, vol. 827, set./2004, p. 105-143. Acesso pela RT Online, sem indicação de página.

⁹² RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Seguros de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 483. A autora, inclusive, reproduz interessante passagem de Buxbaum, que afirmava “the story of the D&O policy is a story of its exclusions from coverage”.

⁹³ Alguns autores exemplificam os riscos mais comuns de serem segurados pelo *D&O*: “Os itens de cobertura passíveis de serem escolhidos pelo segurado também ajudarão a compor o valor do prêmio. As coberturas mais comuns nas apólices de seguro *D&O* são: (i) indenização de terceiros prejudicados pelo ato de gestão do administrador; (ii) pagamento de condenação por dívidas trabalhistas, tributárias e previdenciárias; (iii) despesas de defesa na Justiça, incluindo custas processuais, honorários advocatícios, fianças criminais e custos com peritos; e (iv) despesas com processos administrativos e investigações.” (AMARO DE SOUZA, Anderson. O seguro de responsabilidade civil dos administradores. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 2, 2014, p. 97-125).

⁹⁴ Condições Gerais da Apólice de seguro *D&O* oferecida pela Allianz (Processo SUSEP 15414.901113/2017-96).

da sociedade, podendo ser de diversas naturezas, incluindo “cível, trabalhista, tributária, consumerista ou previdenciária ou de natureza criminal”⁹⁵. Diz-se que o seguro *D&O* é “à base de reclamações”⁹⁶ (“*claims made policy*”) e não “à base de ocorrência”, pois são objeto de cobertura todas as “reclamações” feitas contra um segurado durante o período de vigência da apólice, não importando quando os atos que embasam a reclamação tenham ocorrido⁹⁷.

Em outras palavras, a distinção “à base de reclamações” vs. “à base de ocorrência” diz diretamente com a caracterização do sinistro. Em sentido técnico, o sinistro é “o evento danoso que se previu como possível”⁹⁸, independente se suas consequências⁹⁹. Nas palavras de Pedro ALVIM, o sinistro é risco que “deixa de ser uma incerteza para transformar-se numa realidade fática”¹⁰⁰. No seguro de responsabilidade de administradores, a verificação concreta do risco não se dá nem pela conduta ilícita do administrador, nem pela concretização do dano ao lesado¹⁰¹, mas sim pelo fato de este apresentar uma reclamação que pode vir a resultar na responsabilização do segurado¹⁰². Recorre-se, por sua precisão, mais uma vez à explicação de PAIS DE VASCONCELOS:

“A própria reclamação tem, desde logo, o efeito de desencadear o funcionamento do seguro *D&O*. A reclamação de

⁹⁵ Os termos entre aspas foram retirados da Cláusula 2.27 da Apólice da AIG Seguro (Processo SUSEP 15414.901229/2017-25).

⁹⁶ A doutrina aqui (por todos, vide VON BRUCK LACERDA, Maurício Andere. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O Insurance Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 225-226) e alhures (por todo, cf. PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anônima*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 19) assim o classifica. Ademais, no Brasil, a SUSEP determina que somente podem ser oferecidas apólices do seguro *D&O* “à base de reclamações” (Circular nº 553/2017, art. 4º, § 1º).

⁹⁷ ACKERMAN, Joshua. A Common Law Approach to D&O Insurance ‘In Fact’ Exclusion Disputes. *The University of Chicago Law Review*, vol. 79, n.4, p. 1429-1466, p. 1433.

⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLV. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 335.

⁹⁹ ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 393.

¹⁰⁰ ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 394.

¹⁰¹ Como bem notado por ASCARELLI, não é o dano em si, mas é “esta “responsabilidade” o que constitui o “sinistro” para os efeitos do seguro da responsabilidade civil”. (ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Bookseller, 2001, p. 333).

¹⁰² Sobre o sistema de “*claims made*”, tratando do “trigger of coverage”, PAOLINI e TRAMBISAN explicam: “D&O policies issued in the London market are written on a claims made basis, which means that the contingency insured against is the making of a claim against the assured within the period of insurance irrespective of when the incident giving rise to the claim happened. [...] Such claim is the conditions which sets in motion the insurer’s primary obligation to make payment, although that obligation is crystallised only where there is a judgment, award or settlement in favour of the third Party” (PAOLINI, Adolfo; NAMBIAN, Deepak. *Directors’ and officer’s liability insurance*. Londres: Informa, 2008, p. 21).

responsabilidade, ainda que antes da proposição de qualquer acção judicial, constitui o típico ‘sinistro’ para o efeito do seguro *D&O*. É a reclamação que desencadeia o funcionamento do seguro, não é o acto do administrador nem a proposição da acção judicial”¹⁰³.

A noção de reclamação enquanto sinistro tem importantes consequências práticas. A um, o sistema *claims made* importa em uma dissociação entre o momento do fato gerador da responsabilidade e o período de vigência da apólice, na medida em que o momento relevante para averiguar se o sinistro está ou não coberto é o da apresentação reclamação pelo lesado. A dois, e com especial relevo para este trabalho, acarreta a deflagração do dever de a seguradora arcar com os custos de defesa desde o momento em que surge a reclamação, a despeito de estar sendo imputado ao administrador a prática de atos dolosos (cf. Parte II, *infra*).

Retornando aos eventos ordinariamente cobertos pelo seguro *D&O*, é possível classificá-los, muito sinteticamente, em duas categorias¹⁰⁴: (i) condenações pecuniárias, entendidas como pagamentos aos quais o administrador seja obrigado em decorrência de uma reclamação; e (ii) pagamento dos custos de defesa. Ambas estão sujeitas a diversas hipóteses excludentes de cobertura legais e contratuais.

Algumas das principais exclusões encontradas nas apólices do *D&O* no mercado brasileiro¹⁰⁵ dizem respeito: (i) a sanções pecuniárias decorrentes de responsabilização penal, administrativa ou tributária¹⁰⁶; (ii) a danos ambientais¹⁰⁷; (iii) a morte de

¹⁰³ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anónima*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 34.

¹⁰⁴ Conforme classificação proposta por LOURENÇO DE FARIA, Clara Beatriz. *O seguro D&O e a proteção do patrimônio dos administradores*. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2015, p. 99.

¹⁰⁵ Foram listadas, a título exemplificativos, algumas das exclusões comumente previstas nas apólices disponíveis no mercado brasileiro. Importa reiterar, porém, que, em larga medida, as mesmas exclusões estão previstas nas apólices ofertadas ao redor do globo. Vide, por exemplo, as análises feitas por: GUERRERO LEBRÓN, María Jesús. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*. Madri: La Ley, 2004, p. 187-193; PAOLINI, Adolfo; NAMBIAN, Deepak. *Directors' and officer's liability insurance*. Londres: Informa, 2008, p. 72-80; PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anónima*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 22-24.

¹⁰⁶ Vide, por exemplo, Apólice comercializada pela AIG Seguros (Processo SUSEP nº 15414.901229/2017-25), que na seção relativa a exclusões afasta a cobertura em razão de “ [q]uaisquer multas e penalidades pecuniárias e não pecuniárias, exceto se contratada a Extensão de Cobertura para Multas. Ressalvado que esta exclusão não se aplicará aos Custos de Defesa” (Cláusula 4.11). Da mesma forma, a Apólice oferecida pela Allianz (Processo SUSEP 15414.901113/2017-96) exclui “quaisquer multas e/ou sanções administrativas impostas, direta ou indiretamente, aos SEGURADOS ou outras

terceiros¹⁰⁸; (iv) a vícios de produtos ou serviços; (v) a danos estranhos à atividade de gestão (e.g., danos causados “na qualidade de cidadão” ou “no exercício de profissões liberais”)¹⁰⁹; (vi) a ganhos ilícitos¹¹⁰; e (vii) a atos dolosos¹¹¹.

Em linhas gerais, pode-se concluir que o seguro *D&O* garante o pagamento das indenizações com as quais um administrador seja condenado a arcar, desde que a reclamação que originou a obrigação de indenizar tenha sido apresentada durante a vigência da apólice e desde que o ato do segurado não se enquadre em uma das exclusões contratual ou legalmente previstas.

Traçado o panorama geral da estrutura do seguro *D&O*, cabe agora analisar especificamente a cobertura de adiantamento de custos de defesa, principal objeto de indagação deste trabalho.

1.3. O ADIANTAMENTO DE CUSTOS DE DEFESA

Vistas as principais coberturas oferecidas pelo seguro *D&O*, vale dedicar um tópico exclusivo à análise da cobertura de custos de defesa. Cuidaremos primeiro da finalidade de tal garantia (1.3.1), para posteriormente destrinchar o funcionamento do mecanismo de antecipação das verbas de defesa (1.3.2).

obrigações econômicas que não sejam indenizatórias, incluindo, sem limitação, multas contratuais, extracontratuais ou decorrentes do poder de polícia” (Cláusula 4(b)).

¹⁰⁷ Como já se explicou alhures, a Circular nº 553/2017 da SUSEP determina que a responsabilidade ambiental seja objeto do de seguro próprio. Tal determinação é refletida nas apólices, como a oferecida pela Allianz (Processo SUSEP 15414.901113/2017-96), que exclui “qualquer RECLAMAÇÃO que tenha origem, direta ou indiretamente, com POLUIÇÃO ou danos ambientais, que são enquadrados em outro ramo de seguro” (Cláusula 4(i)).

¹⁰⁸ Vide, mais uma vez, a apólice da Allianz (Processo SUSEP 15414.901113/2017-96), afastando a cobertura por “morte, incapacidade, enfermidade, transtornos mentais ou emocionais, lesões físicas causadas a qualquer pessoa”.

¹⁰⁹ Vide, por exemplo, Cláusulas 7.1.12 e 7.1.13 da Apólice ofertada pela Tokio Marine (Processo SUSEP nº 15414.901489/2017-09).

¹¹⁰ Cf. disposto, exemplificativamente, na Apólice da AIG Seguros (Processo SUSEP nº 15414.901229/2017-25), em sua Cláusula 4.1.(i), é excluído “um Ato Danoso destinado a assegurar ou que assegure o ganho de lucro ou vantagem ao qual a Parte Segurada não tenha direito”.

¹¹¹ Essa excludente será objeto de análise detida na Parte II, *infra*.

1.3.1. A finalidade da cobertura dos custos de defesa

Já foi dito que, a par de ser uma das coberturas socialmente típicas do seguro *D&O*¹¹², o pagamento dos custos de defesa constitui um dos pilares deste seguro¹¹³. Há duas razões que sustentam essa afirmação.

Em primeiro lugar, em linha com a finalidade de proteção patrimonial subjacente ao *D&O insurance*¹¹⁴, o custeio das despesas necessárias à defesa em processos que podem resultar em sua responsabilização patrimonial foi uma das primeiras razões pelas quais os administradores passaram a buscar proteção securitária. Tal demanda se explica pelo contexto norte-americano, no qual os *directors* e os *officers* se viram expostos ao risco de *class actions* que exigiam o dispêndio de valores exorbitantes não só em caso de condenação do administrador, mas principalmente para permitir o custeio do exercício de defesa¹¹⁵.

Com efeito, para os administradores, “the cost of proving themselves innocent of any charges is often the costliest part of the whole proceedings”¹¹⁶. Sendo assim, a cobertura de custos de defesa surge como “resultado natural”¹¹⁷ deste tipo de seguro.

¹¹² Vide, exemplificativamente, BITTLE, Lyndon *et alii*. Insurance and Indemnification of Directors and Officers. *Corporate Counsel Review: Avoiding Pitfalls 2011*, p. 198 (“A company purchases D&O insurance for its directors and officers (the “D&O Insureds”) to protect them from personal liability for claims arising from their service to the company. The types of losses that a policy will typically cover include litigation defense costs [...]”), AMARO, Anderson de Souza. O seguro de responsabilidade civil dos administradores. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 2/2014, p. 97-125 (“As coberturas mais comuns nas apólices de seguro D&O são: [...] (iii) despesas de defesa na Justiça, incluindo custas processuais, honorários advocatícios, fianças criminais e custos com peritos; e (iv) despesas com processos administrativos e investigações”); GATTAZ, Luciana de Godoy Penteadó. A responsabilidade civil dos administradores de companhias abertas não financeiras e o seguro D&O. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 74/2016, p. 53-70. (“o seguro D&O pode ser contratado pelas companhias ou diretamente pelos seus administradores e tem por objeto o ressarcimento de custos de defesa dos segurados”).

¹¹³ “La obligación fundamental del asegurador es aquí, como en todo seguro, pagar la indemnización, aunque, a veces se diga, si se atiende a la experiencia norteamericana – que la principal garantía no es ésta, sino el pago de los gastos de defensa” (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Navarra: Civitas, 2005, p. 37).

¹¹⁴ Vide item 1.1.2, *supra*.

¹¹⁵ Como explica Pedro PAIS DE VASCONCELOS, os gestores das empresas “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” (PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anónima*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 11).

¹¹⁶ YOUNGMAN, Ian. *Directors' and officers' liability insurance: a guide to International practice*. 2ª ed. Cambridge: Woodhead Publishing, 1999, p. 16

Apesar das peculiaridades do sistema norte-americano justificarem, em larga medida, o relevo da cobertura de custos de defesa, seu protagonismo tem se estendido aos demais ordenamentos jurídicos, inclusive no Brasil¹¹⁸⁻¹¹⁹, pois esta garantia

“integra naturalmente o conteúdo o conteúdo da cobertura do risco de imputação de responsabilidade civil. Com efeito, fica assim garantido que, em caso de imputação, o segurado poderá contratar os serviços jurídicos que lhe confirmam maiores garantias de qualidade e eficácia, sem ser barrado pelos respectivos custos”¹²⁰.

E assim a cobertura dos custos de defesa – por vezes também dita, mais amplamente, cobertura de *proteção jurídica*¹²¹ – ganhou destaque na doutrina nacional¹²² e estrangeira¹²³ como nota diferencial do seguro D&O. Além da confirmação doutrinária, outro dado que corrobora a fundamental relevância do custeio das despesas legais pela seguradora é a mudança promovida pela SUSEP nas circulares que regulam as apólices de seguro de responsabilidade de administradores no Brasil.

¹¹⁷ PAOLINI, Adolfo; NAMBIAN, Deepak. *Directors' and officer's liability insurance*. Londres: Informa, 2008, p. 152.

¹¹⁸ VON BRUCK LACERDA, Maurício Andere. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O Insurance Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 202.

¹¹⁹ Vale notar a tendência ao aumento dos custos dos litígios societários no Brasil. Basta lembrar, por exemplo, a obrigatoriedade de utilização de arbitragem por companhias abertas listadas nos segmentos diferenciados de governança corporativa da B3, inclusive para conflitos envolvendo os administradores (cf., e.g., art. 39 do Regulamento do Novo Mercado). Nesse sentido, Pedro Guilherme Gonçalves de Souza destaca o impacto de inovações como a arbitragem coletiva iniciada contra a Petrobras na Câmara de Arbitragem do Mercado (GONÇALVES DE SOUZA, Pedro Guilherme. Novos riscos corporativos desafiam o seguro D&O. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI298654,11049-Novos+riscos+corporativos+desafiam+o+seguro+DO>. Último acesso em 27.06.2019.)

¹²⁰ OLIVEIRA MARTINS, Maria Inês de. *Dolo e seguro D&O*. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (Org.) VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho. São Paulo: Roncarati: 2018, p. 389-422, p. 393-394.

¹²¹ OLIVEIRA MARTINS, Maria Inês de. *Dolo e seguro D&O*. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (Org.) VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho. São Paulo: Roncarati: 2018, p. 389-422, p. 393-394.

¹²² E.g.: “[D]estaca-se a polêmica questão relacionada à defesa jurídica do segurado, a qual se apresenta, historicamente, como um dos principais fatores impulsionadores da contratação do seguro de administradores, principalmente no que se refere ao suporte de despesas inerentes à adoção de tais medidas” (VON BRUCK LACERDA, Maurício Andere. Reflexões críticas sobre a jurisprudência do contrato de seguro D&O nos tribunais brasileiros. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (Org.) VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho. São Paulo: Roncarati: 2018, p. 423-453, p. 448-449).

¹²³ E.g.: “[L]a cobertura de defensa, generalmente relacionada com una cobertura accesoria dentro de una póliza de seguro de responsabilidad civil, pone de manifesto com nitidez los elementos diferenciadores del D&O [...] frente a otros seguros de responsabilidad civil general. (PÉREZ CARRILLO, Elena. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales: el seguro D&O em EEUU*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 185); “Defence costs cover is one of the most important aspects of D&O insurance” (PAOLINI, Adolfo; NAMBIAN, Deepak. *Directors' and officer's liability insurance*. Londres: Informa, 2008, p. 151).

A primeira circular emitida sobre o seguro *D&O* (Circular nº 541/2016) excluía os custos de defesa da cobertura básica, permitindo a contratação desta garantia apenas como “cobertura adicional específica”¹²⁴. Essa normativa foi alvo de diversas críticas justamente por desconsiderar que o custeio das despesas legais é “one of the, if not the central, key reasons for D&O cover”¹²⁵. Tal crítica foi uma das razões pelas quais a SUSEP revogou a Circular nº 541/2016, substituindo-a pela Circular nº 553/2017, que, dentre outras alterações, incluiu os custos de defesa como uma perda indenizável na cobertura básica¹²⁶.

Em segundo lugar, a cobertura dos custos de defesa também é fundamental para evitar que o capital segurado seja dilapidado por reclamações frívolas e infundadas. Neste particular, é importante lembrar que todo seguro é, juridicamente, a transferência do risco para o segurador, mas também “tecnicamente, é a divisão, entre muitos segurados, dos danos que deveriam ser suportados por um deles”, de modo que cada contribuição individual (prêmio) “formará o fundo comum de onde sairão os recursos para pagamento dos sinistros”¹²⁷. Como explica ASCARELLI, “o acervo dos prêmios pagos por todos” corresponde à “garantia de cada segurado quanto ao pagamento da indenização”¹²⁸.

Especificamente no âmbito do seguro *D&O*, a cobertura dos custos de defesa atende “à necessidade de preservar o capital segurado contra ameaças injustificadas”¹²⁹, uma vez que permite o exercício de defesa do segurado para evitar sua

¹²⁴ Circular SUSEP nº 541/216, art 5º, § 3º, *in verbis*: “A garantia não cobre os custos de defesa e os honorários dos advogados dos segurados, exceto se contratada cobertura adicional específica”.

¹²⁵ MALENO, Stuart; RECCHIA, Karina. *The uncertain future of D&O insurance in Brazil*. Disponível em:

<http://www.mondaq.com/brazil/x/646950/Insurance/The+Uncertain+Future+of+DO+Insurance+in+Brazi>
1. Último acesso em: 10.05.2019. No mesmo sentido, PARENTE, Norma Jonssen. *Mercado de Capitais*. 2ª ed. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.) *Tratado de Direito Empresarial*. Vol. 6. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 635.

¹²⁶ Cf. Art. 3º, XXIII, *in verbis*: “perda indenizável: para fins de definição da cobertura básica da apólice, define-se como perda indenizável os itens indicados abaixo quando decorrentes de uma relação contra o segurado coberta pela apólice: a) quaisquer Custos de Defesa [...]”. O art. 5º, § 3º, também foi alterado, *in verbis*: “§ 3º A garantia poderá abranger os custos de defesa e os honorários dos advogados dos segurados”.

¹²⁷ ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 59. Como bem posto por Mihir DESAI, “the practice of general average is a pooling of risk, which is the essence of insurance. Insurance binds people together by mutualizing risk: we’re all in this together”. (DESAI, Mihir A. *The wisdom of finance: discovering humanity in the world of risk and return*. Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 2017, p. 23).

¹²⁸ ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 177.

¹²⁹ VON BRUCK LACERDA, Maurício Andere. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O Insurance Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 203

responsabilização. Por consequência, a seguradora deixa de desembolsar valores para pagamento da indenização, mantendo incólume o capital segurado. É dizer: não há somente um interesse do segurado no pagamento dos custos de defesa pela seguradora, mas também um interesse próprio desta¹³⁰, pois, “enquanto sujeito que se obrigou a desembolsar o valor da indenização devida a final, interessa-lhe que o pedido venha a ser declarado improcedente”¹³¹.

Tem-se caracterizada, portanto, a finalidade da cobertura dos custos de defesa, qual seja, evitar que a responsabilização do administrador – e o dever de indenizar que dela normalmente exsurge – se concretize. Subjacente a esta finalidade há o interesse não só do segurado de se eximir das consequências de eventual responsabilização, mas também da seguradora, que, em princípio, tem de arcar com o pagamento das indenizações em caso de sucesso da reclamação.

1.3.2. O mecanismo de adiantamento de custos de defesa

No item anterior, buscou-se abordar a finalidade da cobertura dos custos de defesa. Cumpre agora analisar o modo como esse pagamento é operacionalizado, cuidando-se, inicialmente, de quais custos são contemplados.

De acordo com a definição da Circular nº 553/2017 da SUSEP, os custos de defesa compreendem: “as custas judiciais, os honorários advocatícios e periciais, e as despesas necessárias para apresentar, junto aos órgãos competentes, as defesas e/ou recursos dos Segurados relativos a reclamações contempladas pelo seguro”¹³². Por óbvio, as apólices comercializadas no Brasil seguem esta definição, por vezes minudenciando a cobertura de gastos específicos, como depósitos recursais e fiança¹³³.

¹³⁰ Reconhecendo o interesse do segurador na defesa jurídica do segurado, vide, *e.g.*, IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Navarra: Civitas, 2005, p. 263.

¹³¹ OLIVEIRA MARTINS, Maria Inês de. Dolo e seguro D&O. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (Org.) *VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Roncarati: 2018, p. 389-422, p. 394.

¹³² Art. 3º, IX.

¹³³ Vide, exemplificativamente, algumas cláusulas de apólices definindo custos de defesa “2.19. “CUSTOS DE DEFESA” são todos os custos, encargos, custas judiciais, honorários advocatícios e periciais e despesas incorridas na contratação de advogados externos, consultores e outras empresas para defesa, recursos e representação dos SEGURADOS junto aos órgãos competentes, contra uma RECLAMAÇÃO ou uma INVESTIGAÇÃO FORMAL. Também se incluem em CUSTOS DE DEFESA (a) os depósitos recursais, incluindo-se os custos de recursos e garantias necessárias à defesa do

Os custos de defesa, aqui e alhures, usualmente são tratados como uma “perda indenizável” para fins de cobertura básica – como inclusive determina a Circular nº 553/2017¹³⁴. Daí surgem algumas controvérsias relevantes, dentre as quais se destaca o problema do limite de valor garantido pela seguradora. Isso porque a maioria das apólices sujeita o valor de reembolso de custos de defesa ao mesmo limite aplicável às indenizações/condenações pecuniárias que decorrem da responsabilização do administrador.

Em outras palavras, o limite global de valores a serem despendidos pela seguradora contempla (i) os custos de defesa e (ii) os valores que tenham de ser pagos ao lesado em virtude da condenação do administrador. Logo, é possível que o pagamento de custos de defesa “esgote” os valores exigíveis da seguradora, não restando fundos para satisfazer o interesse da vítima. Não faltam críticas a essa situação. Dentre nós, os críticos afirmam que “o princípio do art. 787 é marginalizado em favor do custeio de despesas com a defesa do segurado”¹³⁵ e que o “suporte do custos de defesa não deve se sobrepor aos demais interesses tutelados pelo contrato, em especial no que se refere à satisfação dos interesses do lesado”¹³⁶.

Embora a questão seja complexa e mereça análise aprofundada em monografia própria, arriscamo-nos a esboçar opinião contrária a tais críticas. É que, conforme já ventilado no item 1.1.2, ao nosso ver, o seguro *D&O* não pode ser enquadrado como o

SEGURADO a serem prestadas em qualquer juízo, tribunal ou órgão administrativo, e (b) o valor da fiança eventualmente exigido por qualquer juízo ou tribunal dos SEGURADOS para autorizar a sua liberdade, conforme estabelecido na legislação penal em vigor. Ficam excluídos dos CUSTOS DE DEFESA os salários e outros benefícios diretos ou indiretos dos SEGURADOS ou de qualquer EMPREGADO das SOCIEDADES” (Apólice da Allianz, Processo SUSEP 15414.901113/2017-96); “**2.5 Custos de Defesa** São todos os emolumentos, honorários advocatícios, honorários periciais, custas judiciais e demais despesas necessárias decorrentes exclusivamente de defesas ou recursos, por ou em nome de uma Parte Segurada, relacionados a uma Reclamação coberta nessa Apólice. Inclui-se também na presente definição o custo para interposição de recurso quando da aplicação de multas e penalidades pecuniárias e não pecuniárias contra um Segurado” (Apólice da AIG Seguros, Processo SUSEP nº 15414.901229/2017-25).

¹³⁴ Art. 3º, XXIII, *in verbis*: “- perda indenizável: para fins de definição da cobertura básica da apólice, define-se como perda indenizável os itens indicados abaixo quando decorrentes de uma relação contra o segurado coberta pela apólice: a) quaisquer Custos de Defesa [...]”.

¹³⁵ RODRIGUES, Ana Carolina. A responsabilidade civil e o seguro D&O. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 58, 2012, p. 437 – 455. Acesso pela RT Online, página não indicada.

¹³⁶ VON BRUCK LACERDA, Maurício Andere. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O Insurance Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 210). Críticas semelhantes são encontradas em outros países, como na Espanha (IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Navarra: Civitas, 2005, p. 295-296) e nos Estados Unidos, onde, segundo o relato de PEREZ CARRILLO, a tendência dos tribunais é tutelar os interesses dos lesados, impedindo a utilização de todo o montante segurado para arcar com gastos de defesa (PÉREZ CARRILLO, Elena. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales: el seguro D&O em EEUU*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 187).

seguro de responsabilidade civil típico previsto no art. 787 do Código Civil, pelo qual “o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro”. Nos parece, antes, que se trata de um seguro multirriscos, no qual, como demonstra seu desenvolvimento ao longo do tempo, o interesse do administrador é que prevalece. Por essa razão, entendemos que – embora pertinentes – referidas críticas se assentam em premissa equivocada acerca do seguro *D&O*, não havendo falar em necessidade de imposição de limite autônomo para a cobertura de custos de defesa¹³⁷.

Além da questão do limite aplicável à cobertura dos custos de defesa, outro ponto que merece esclarecimento diz respeito ao momento em que a seguradora efetivamente arca com tais gastos. Existem, basicamente, dois modelos, quais sejam, (i) o adiantamento das despesas no decorrer do processo ou (ii) o reembolso posterior dos gastos¹³⁸.

A tendência atual, porém, é de que as apólices estabeleçam o dever de adiantamento dos custos conforme incorridos¹³⁹, tendo em vista que este mecanismo é o que melhor atende à principal finalidade do seguro, qual seja, evitar a responsabilização do administrador:

“Most insurers prefer to pay costs as they arise, on the grounds that many defending directors do not have the financial resources to pay legal costs, which is often why they took cover in the first place”¹⁴⁰.

Assim, na maioria das apólices, a seguradora obriga-se a adiantar ao segurado os valores necessários para fazer frente aos gastos com sua defesa. Mesmo porque é por

¹³⁷ Em nosso sentir, assiste razão a Pedro PAIS DE VASCONCELOS quando afirma que toda a defesa “é custeada pelo seguro que cobre, em primeiro lugar, o custeio do litígio. Só no que remanescer, o seguro cobre a indenização” (PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anônima*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 34). Registra-se, porém, que orientação contrária tende a prevalecer, uma vez que o Projeto de Lei de Contrato de Seguros determina que, nos seguros de responsabilidade, sejam criadas reservas de valores distintas para o pagamento de custos de defesa, nos termos do art. 103, § 2º do PLC 29/2017: “§ 2º Serão garantidos os gastos com a defesa do segurado contra a imputação de responsabilidade, mediante a fixação de valor específico e diverso daquele destinado à indenização dos prejudicados”.

¹³⁸ YOUNGMAN, Ian. *Directors' and officers' liability insurance: a guide to International practice*. 2ª ed. Cambridge: Woodhead Publishing, 1999, p. 27.

¹³⁹ VON BRUCK LACERDA, Maurício Andere. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O Insurance Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 208.

¹⁴⁰ YOUNGMAN, Ian. *Directors' and officers' liability insurance: a guide to International practice*. 2ª ed. Cambridge: Woodhead Publishing, 1999, p. 27.

meio do *adiantamento* de custos que se efetiva a tutela do interesse segurado, como explica Maria Inês de OLIVEIRA MARTINS:

“Esta configuração é a que dá a devida tutela ao interesse do segurado: dada a demora dos processos e a dimensão dos custos que estes implicam, se tivesse que aguardar pelo final do processo para obter qualquer pagamento que fosse, o segurado dificilmente disporia, na pendência do processo, da liquidez bastante para assegurar devidamente a sua defesa, de nada servindo, afinal, a cobertura contratada”¹⁴¹.

Na hipótese de adiantamento, porém, surgem algumas questões relevantes. É necessária a anuência da seguradora com os custos incorridos pelo segurado? Qual o grau de influência que a seguradora tem na condução da defesa do administrador?

A mais conturbada questão, porém, diz respeito a tensão entre o dever de adiantar custos e a potencial incidência de uma excludente da cobertura securitária. Mais precisamente: quando se imputa ao segurado a prática de um ato doloso, notoriamente excluído de qualquer cobertura securitária, teria ele o direito de exigir o adiantamento dos custos de defesa? É o que se pretende responder na Parte II a seguir.

PARTE II. O ADIANTAMENTO DE CUSTOS DE DEFESA ANTE A IMPUTAÇÃO DE ATOS DOLOSOS

Nesta segunda parte do trabalho, nos dedicaremos a analisar a relação entre o dolo e o adiantamento dos custos de defesa, “tema repleto de sombras”, por ser muitas vezes “abordad[o] com pré-compreensões” e julgamentos morais¹⁴². Buscando enfrentar as problemáticas sob o viés jurídico, iniciaremos por destrinchar a regra geral que qualifica o dolo como excludente da garantia securitária (*seção 2.1*). Então demonstraremos que, quando se está em jogo a cobertura de custos de defesa, há como que uma “exceção” à regra geral, uma vez que a exclusão por atos dolosos só incide

¹⁴¹ OLIVEIRA MARTINS, Maria Inês de. Dolo e seguro D&O. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (Org.) *VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Roncarati: 2018, p. 389-42, p. 399.

¹⁴² OLIVEIRA MARTINS, Maria Inês de. Dolo e seguro D&O. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (Org.) *VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Roncarati: 2018, p. 389-422, p. 389.

após o reconhecimento do dolo do segurado (*seção 2.2*), o que ocorre em bem delineadas e específicas hipóteses (*seção 2.3*).

2.1. REGRA GERAL: O DOLO COMO EXCLUDENTE DA COBERTURA SECURITÁRIA

O Direito, de modo geral, repudia a malícia e não tolera a fraude¹⁴³: *fraus omnia corrumpit*¹⁴⁴. Não poderia ser diferente no contrato de seguro, pacto submetido a *uberrima fides* – a “mais estrita boa-fé”, nos termos do art. 765 do Código Civil. Com efeito, boa parte regramento dado pelo código ao contrato de seguro é voltada justamente a inibir a malícia dos contraentes, principalmente no tocante aos deveres informativos.

Assim, por exemplo, o art. 766 determina a perda da garantia na hipótese de o segurado “emitir de ‘má-fé’” informações falsas ou inexatas que influenciem na aceitação da proposta, abarcando tanto o dolo omissivo quanto o comissivo¹⁴⁵. No âmbito do seguro *D&O*, inclusive, a alegação de violação de deveres informativos do segurado é recorrente na jurisprudência¹⁴⁶.

Entretanto, para a análise proposta neste trabalho, importa o “dolo” em sua concepção mais ampla, isto é, aquele ligado à conduta do segurado, o que qualifica como “intencional” o ato por ele praticado. Vale dizer, é o dolo enquanto “intenção de

¹⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 552.

¹⁴⁴ Nesse sentido, refere Véra Maria Jacob de FRADERA que “existirá sempre a responsabilidade quando o ato ilícito for praticado com dolo” (FRADERA, Véra Maria Jacob de. Conceito de Culpa. *Revista dos Tribunais*, vol. 770, dez./1999, p. 118-122. Acesso pela RT Online, sem indicação de página). Exemplifique-se com a cláusula limitativa ou de exclusão do dever de indenizar, que apesar de ser em princípio lícita, será nula “quando voltada a exonerar o agente em caso de dolo”, visto que “admitir a sua validade importaria em dar uma autorização para delinquir, atingindo-se tríplice ordem de interesses: de índole moral (aí se entendendo que o devedor aproveitar-se-ia da própria torpeza); contratual (já que a posição de credor exige uma tutela mínima); e de índole econômica e social (pois atingiria o tráfico jurídico, com reflexos prejudiciais a nível econômico e social)” (MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de construção. ‘Contratos-Aliança’. Interpretação contratual. Cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar. Parecer. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 1, 2014, p. 315-351. Acesso pela RT Online, sem indicação de página).

¹⁴⁵ Para uma minudenciada análise do dolo e do dever de informar nos contratos de seguro, vide, por todos, BENETTI, Giovana. Omissão dolosa no contrato de seguro. In: BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues; SANTANA FERNANDES, Márcia; NITSCHKE Guilherme Carneiro Monteiro; ARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (Orgs.). *Direito, Cultura, Método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ, 2019, p. 788-811.

¹⁴⁶ Apenas no âmbito do seguro *D&O*, já se pode mencionar alguns casos: TJSP. Ap. nº 0172250-84.2010.8.26.0100. 10ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Roberto Maia. J. em 25.06.2013; TJRJ. Ap. 0035225-17.2012.8.19.0209. 10ª Câm. Cív. Rel. Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos. J. em 11.10.2017; STJ. REsp 1.601.555/SP. 3ª Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. J. em 14.02.2017.

prejudicar, intenção de inadimplir obrigações, intenção de obter vantagem para si ou para outrem; ou elemento subjetivo do ato ilícito”¹⁴⁷, não o instituto do dolo previsto na Parte Geral do Código Civil¹⁴⁸ como vício de consentimento¹⁴⁹⁻¹⁵⁰. No particular campo dos contratos do seguro, entende-se o dolo como “provocação consciente e voluntária do sinistro”¹⁵¹.

Mais precisamente, se está a tratar da vedação ao asseguramento de atos dolosos, tal qual estampada no art. 762 do Código Civil: “Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro”.

Ao inquirir de invalidade o contrato celebrado com o objetivo de garantir um ato doloso, o Código Civil deixa claro que a responsabilidade por atos intencionais está fora do âmbito dos interesses seguráveis¹⁵². A razão de tal exclusão é bem ilustrada por ASCARELLI ao tratar da noção de interesse segurável:

“Daí se conclui, com toda a coerência, que não pode haver registro, se não houver um ‘interesse’ segurável; é preciso que o beneficiário do seguro se encontre em situação tal que o sinistro se converta, para ele, em um dano, e, por isso, tenha interesse na não-ocorrência do sinistro”¹⁵³.

¹⁴⁷ BENETTI, Giovana. *Dolo no Direito Civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 30.

¹⁴⁸ Este é o “dolo civil”, entendido como “a comunicação de informação errônea, a prática de manobra ardilosa ou a omissão de informações que provoquem o engano em outrem por ocasião da celebração de um negócio jurídico” (BENETTI, Giovana. *Dolo no Direito Civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 30).

¹⁴⁹ A classificação como vício de consentimento, além de não ser pacífica, merece complementação: “Considera-se que o dolo, por influir no processo de formação do consentimento hígido ou em seus termos, consiste em ato ilícito cuja eficácia poderá ser invalidante e/ou indenizatória. Não se está propondo sua exclusão da classificação como vício de consentimento, apenas se está buscando a definição que melhor comporte as diferentes facetas desta figura à luz do ordenamento brasileiro”. (BENETTI, Giovana. *Dolo no Direito Civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 38).

¹⁵⁰ Interessante notar que inclusive algumas apólices de seguro fazem esta distinção, como a apólice da seguradora Tokio Marine: “1.1.19. Dolo: intenção de praticar um mal, seja por ação ou omissão, ou ainda, vício de consentimento caracterizado pela intenção de prejudicar ou fraudar outrem”. (Processo SUSEP nº 15414.901489/2017-09).

¹⁵¹ RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Seguros de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 398.

¹⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLVI. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, § 4.972, 2, p. 54.

¹⁵³ ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Bookseller, 2001, p. 306-307.

Com efeito, o dolo “importa também na negação do próprio risco”¹⁵⁴, uma vez que o agir intencional do segurado faz desaparecer a incerteza, “um dos elementos essenciais da configuração do risco”¹⁵⁵. Inexistente a incerteza, o Ordenamento jurídico não considera o evento como segurável, pois falta o “interesse legítimo”, tal qual exigido pelo art. 757. Assim, o contrato que assegura ato doloso carece de objeto lícito, requisito de validade comum a todos os negócios jurídicos (arts. 104, II e 166, II, Código Civil¹⁵⁶), tão somente especificado no art. 762¹⁵⁷.

É nulo, portanto, o contrato que, *ab initio*, visa a oferecer cobertura securitária para prática de atos dolosos. Mas esta não é a única via pela qual o dolo é condenado pelo Ordenamento jurídico. É que, mesmo quando o seguro tem por objeto interesses legítimos, pode o sinistro ser provocado por uma conduta intencional do segurado.

Nesta última hipótese, também não pode o segurado se beneficiar da cobertura securitária. Embora não configure propriamente causa de nulidade, o agir doloso terá como consequência “a possibilidade de não indenização dos prejuízos”¹⁵⁸. Assim, o problema do desaparecimento da incerteza – inerente ao interesse legítimo segurável – em razão de ato doloso se resolverá no plano da eficácia, com a exclusão da “vinculação ao pagamento”¹⁵⁹ pelo segurador.

¹⁵⁴ ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 224-225.

¹⁵⁵ ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 226-227. Registre-se que o desaparecimento da incerteza não é a única razão de ser da proibição da cobertura de sinistros dolosamente. Em verdade, “seu fundamento varia, nas opiniões, entre a perda da álea própria do seguro e ‘considerações de ordem pública e moralidade’”. (PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anônima*. Lisboa: Almedina, 2007, p. 41). Para uma análise mais detalhada, vide RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Seguros de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 399.

¹⁵⁶ Sem razão, portanto, José Augusto DELGADO quando trata o “ato doloso” previsto no art. 762 como se vício de consentimento fosse (DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. XI, T. I. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 143).

¹⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado: conforme a Constituição da República*. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 571. Ainda na vigência do Código Civil de 1916, que taxava de nulidade não apenas o asseguro de atos dolosos, mas de “atos ilícitos” em geral, os comentadores consideravam tratar-se de repetição do requisito geral de licitude do objeto do negócio jurídico. Vide, neste ponto: CARVALHO SANTOS, J.M. *Código Civil Brasileiro Interpretado: principalmente do ponto de vista prático*. Vol. XIX. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 268; BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Vol. V. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1957, p. 152.

¹⁵⁸ TZIRULNIK, Ernesto *et ali*. *O contrato de seguro: de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 64.

¹⁵⁹ Nesse sentido, explica PONTES DE MIRANDA, abordando especificamente o seguro de responsabilidade: “Todavia, no seguro de responsabilidade, o dever do segurador cobre os próprios atos culposos do contraente ou do beneficiário ou de seus dependentes. Apenas fica de fora a determinação intencional do sinistro, porque, aí, há ato ilícito absoluto, mesmo pessoal. Compreende-se que o ato

Em verdade, quando não estiver ligado geneticamente ao interesse objeto do asseguro, mas sim ao agir do segurado ao longo da execução contratual, o dolo operará como excludente da responsabilidade do segurador. Nesse sentido, cabe lembrar que, por meio do contrato de seguro, o segurador assume uma obrigação de garantia¹⁶⁰ – não uma obrigação de indenizar –, entendida como “a eliminação de um risco que pesa sobre o credor” por meio da assunção *a fortiori* do dever de “reparar as consequências de sua realização”¹⁶¹.

Em outras palavras, o segurador assume a responsabilidade de reparar eventuais danos. Sendo obrigação de garantia, configura-se a “responsabilidade de prestar *haja o que houver*”, não incidindo, portanto, a maioria das causas comuns de exclusão da responsabilidade civil¹⁶². Incide, porém, a excludente do *fato exclusivo do segurado* quando este age com dolo ou má-fé, como explica CAVALIERI FILHO:

“[A] culpa do segurado, qualquer que seja o seu grau, não exonera de responsabilidade o segurador. Tal já não ocorre com o fato doloso (mesmo tratando-se de dolo eventual), porque este, além dos seus reflexos negativos na ordem pública, destrói um dos elementos essenciais da configuração do risco, que é a incerteza”¹⁶³.

Em síntese, o repúdio à conduta dolosa do segurado se dá, essencialmente, de duas formas. A primeira é a nulidade do seguro que tenha por objeto, desde a origem, ato doloso. A segunda é a excludente da responsabilidade da seguradora quando o segurado age intencionalmente de modo a provocar o sinistro.

doloso do contraente ou do beneficiário exclua a vinculação ao pagamento, tal ato não podia ser inserido no risco segurável”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLV. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 331-332).

¹⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. V, Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 313.

¹⁶¹ COMPARATO, Fábio Konder. Obrigação de Meios, de Resultado e de Garantia. *Revista dos Tribunais*, vol. 386, dez./1967. Acesso pela RT Online, sem indicação de página.

¹⁶² MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. V, Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 313-314. No mesmo sentido: CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 482-483.

¹⁶³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 483.

Seguindo a regra geral, no âmbito do seguro *D&O*, os atos dolosos são tidos como excludente típica da responsabilidade da seguradora¹⁶⁴. A exclusão de cobertura por “*deliberate acts*”, “*dishonesty*”¹⁶⁵ ou “*fraud*”¹⁶⁶, como usualmente chamados na doutrina e na prática anglo-saxã, são constantes na grande maioria das apólices comercializadas no mundo todo¹⁶⁷. Mesmo nas hipóteses mais raras em que não há previsão expressa sobre a questão, a tendência é que atos intencionais sejam considerados excluídos da cobertura oferecida pelo *D&O insurance*¹⁶⁸.

No Brasil, a própria SUSEP determina que os atos dolosos estão excluídos da garantia securitária oferecida pelos seguros *D&O*. E assim o faz ao definir o “fato gerador” deste seguro na Circular nº 553/2017:

“fato gerador: no seguro de RC D & O, são os atos ilícitos culposos praticados por um segurado, no exercício de suas funções, e que causem danos a terceiros, resultando em processo administrativo formal e/ou judicial contra o segurado, bem como em procedimento arbitral, com o objetivo de obrigá-lo a indenizar os terceiros prejudicados; a garantia do seguro não se

¹⁶⁴ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anônima*. Lisboa: Almedina, 2007, p. 40.

¹⁶⁵ GISCHÉ, David. *Directors and Officers Liability Insurance*. Disponível em: <https://corporate.findlaw.com/corporate-governance/directors-and-officers-liability-insurance.html>.

Último acesso em: 25.05.2019.

¹⁶⁶ “The Fraud exclusion prevents insureds from receiving insurance benefits when they have actually committed a wrongful act, often defined as a ‘dishonest or fraudulent act or omission or any criminal act or omission or any willful violation of any statute, rule or law’.” (BAKER, Tom; GRIFFITH, Sean. Predicting Corporate Governance Risk: evidence from the Directors’ & Officers’ Liability Insurance Market. *The University of Chicago Law Review*, vol. 74, n. 2, 2007, p. 500)

¹⁶⁷ CLARK, Robert Charles. *Corporate Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1986, p. 669; BITTLE, Lyndon *et alii*. Insurance and Indemnification of Directors and Officers. *Corporate Counsel Review: Avoiding Pitfalls 2011*, p. 206; LIU, Fang. Applying the fraud-exclusion provision under D&O insurance policies: ‘adjudication’ or ‘in fact’ – which is better? *Western Michigan University Cooley Journal of Practical & Clinical Law*, vol. 17, n. 3, 2016, p. 247-264, p. 254-255; PÉREZ CARRILLO, Elena. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales: el seguro D&O em EEUU*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 207; GUERRERO LEBRÓN, María Jesús. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*. Madrid: La Ley, 2004, p. 189.

¹⁶⁸ “The maxim *ex turpi causa non oritur actio* prevents any director or officer from being indemnified if their claim is based on the grounds which contravene general principles of insurance [...]. Therefore, the authors are of the view that the inclusion in the policy wording of any sort of exclusion regarding illegal contingencies is irrelevant for the purpose of determining what may or may not be covered, since in any case a court may intervene and prohibit the insured from enforcing the insurance contract” (PAOLINI, Adolfo; NAMBISAN, Deepak. *Directors’ and officer’s liability insurance*. Londres: Informa, 2008, p. 68). Para uma detalhada análise acerca da proclividade da jurisprudência norte-americana a considerar que existe uma exclusão implícita de cobertura de atos dolosos, vide PÉREZ CARRILLO, Elena. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales: el seguro D&O em EEUU*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 159-160.

aplica nos casos em que os danos causados a terceiros decorram de atos ilícitos dolosos, isto é, praticados pelo segurado comprovadamente com dolo ou culpa grave¹⁶⁹.

Por lógica consequência, as apólices disponíveis no mercado brasileiro incluem cláusulas excluindo a cobertura por “qualquer RECLAMAÇÃO relacionada a danos causados por ATOS ILÍCITOS DOLOSOS”¹⁷⁰.

Outro ponto a ser mencionado com relação à excludente da cobertura do seguro *D&O* em razão de dolo é que, diferentemente do que ocorre nos casos de agravamento de risco (art. 768 do Código Civil)¹⁷¹, não se exige que o segurado tenha agido intencionalmente *com a finalidade de obter a indenização securitária*. Para que se configure a hipótese de incidência da excludente, basta que o administrador tenha agido dolosamente – isto é, consciente e voluntariamente – no sentido de realizar determinado ato que configure um sinistro¹⁷².

É de se salientar que o STJ já teve a oportunidade de se manifestar acerca da vedação do asseguramento de práticas dolosas por meio do seguro de responsabilidade de administradores. Com base nos arts. 756 e 762 do Código Civil, concluiu o relator, Min. Villas Bôas Cueva, que

“para não haver forte redução do grau de diligência ou a assunção de riscos excessivos pelo gestor, o que comprometeria tanto a atividade de compliance da empresa quanto as boas práticas de governança corporativa, a apólice do seguro de RC *D&O* não pode cobrir atos dolosos, principalmente se cometidos para favorecer a própria pessoa do administrador. De fato, a

¹⁶⁹ Circular nº 553/2017 da SUSEP, art. 3º, XVII, destacou-se.

¹⁷⁰ Apólice da Allianz (Processo SUSEP 15414.901113/2017-96), Cláusula 4(n).

¹⁷¹ No agravamento de risco, embora não se trate de entendimento pacífico, a melhor a interpretação é a de que a perda do direito a garantia exige que o segurado tenha agravado o risco visando à obtenção da indenização. Assim explica o Min. FACHIN: “Não é qualquer conduta culposa que enseja aumento do risco, e, do mesmo modo, não é qualquer elevação do risco por conduta, ainda que voluntária, que permite à seguradora eximir-se do pagamento da indenização ou do capital constantes da apólice. É o direcionamento do elemento subjetivo da conduta do segurado à obtenção da indenização ou do capital, para si ou para outrem, que qualifica a hipótese de afastamento do dever de prestação da seguradora”. (FACHIN, Luiz Edson. Contrato de seguro e o agravamento de risco na perspectiva do Código Civil brasileiro. In: FACHIN, Luiz Edson. *Soluções práticas de direito: pareceres*. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 157 e SS. Acesso pela RT Online, sem indicação de página).

¹⁷² FRADERA, Véra Maria Jacob de; GOLDBERG, Ilan *et alii*. *Contratos Mercantis*. 1ª ed. em e-book. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.) Tratado de Direito Empresarial. Vol. 4. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2016, Capítulo VII, item 5.2. Acesso ProView, sem indicação de página.

garantia securitária do risco não pode induzir a irresponsabilidade. [...] Extraí-se, desse modo, que a apólice do seguro de RC D&O jamais poderá abranger casos de dolo ou fraude, bem como atos do diretor ou administrador motivados por meros interesses pessoais, deteriorando o patrimônio da sociedade. De fato, não se deve incentivar a prática de ilícitos penais ou de atos fraudulentos, especialmente contra o mercado de capitais”¹⁷³.

Embora criticável¹⁷⁴ pelo determinismo absoluto ao consignar que o seguro “jamais poderá abranger casos de dolo”, o julgado traz à tona outra importante razão para afastar-se a segurabilidade de atos dolosos praticados pelo administrador, qual seja, evitar o incentivo a práticas jurídica e socialmente reprováveis. É bem verdade que seria “implausível” cogitar que “os sujeitos tendam a incorrer na prática de crimes” somente porque as consequências patrimoniais do ilícito penal estão asseguradas¹⁷⁵. Ainda assim, a preocupação com eventual incentivo de práticas dolosas é legítima¹⁷⁶, uma vez que os atos dolosos não se resumem, necessariamente, a condutas tipificadas como crime¹⁷⁷.

¹⁷³ STJ. REsp 1.601.555/SP. 3ª Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. J. em 14.02.2017.

¹⁷⁴ Além de desconsiderar as particularidades da cobertura de custos de defesa – conforme será melhor analisado na parte 2.2 *infra* –, a afirmação de que atos dolosos “jamais” podem ser objeto de cobertura securitária ignora outras situações sensíveis, em que não se pode afastar, de plano e de forma absoluta, a possibilidade de cobertura. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de dolo eventual, cuja admissibilidade da cobertura é debatida e, inclusive, aceita em alguns ordenamentos jurídicos, como na Alemanha. Assim reporta OLIVEIRA MARTINS, Maria Inês de. Dolo e seguro D&O. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (Org.) *VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Roncarati: 2018, p. 389-422, p. 403-404. Ademais, segundo Maria Elisabete Gomes RAMOS, em Portugal, a lei de seguros expressamente admite “convenções que estipulem a cobertura de actos dolosos”, conquanto “não sejam ofensivas da ordem pública” e “a natureza da cobertura o permita”. (RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Seguros de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 403).

¹⁷⁵ OLIVEIRA MARTINS, Maria Inês de. Dolo e seguro D&O. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (Org.) *VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Roncarati: 2018, p. 389-422, p. 418.

¹⁷⁶ Maurício VON BRUCK também afirma que, além de “evitar abusos”, a exclusão da garantia securitária em face de condutas dolosas do administrador serve objetiva “mitigar os riscos relacionados ao ‘risco moral’”. (VON BRUCK LACERDA, Maurício Andere. Reflexões críticas sobre a jurisprudência do contrato de seguro *D&O* nos tribunais brasileiros. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (Org.) *VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Roncarati: 2018, p. 423-453, p. 441). No mesmo sentido, aponta Maria Elisabete RAMOS que, nos seguros *D&O*, a referida exclusão “visa diminuir o risco moral e preservar a diligência dos comportamentos”. (RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Seguros de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 490).

¹⁷⁷ Nesse ponto, simplesmente não há como compreender a afirmação no sentido de que “[a]tos dolosos não entram nesse negócio, na forma do art. 762 do CC, e seria um absurdo que se pagasse indenização a

Em síntese, buscou-se expor nesta seção as razões pelas quais a cobertura de atos praticados dolosamente pelo segurado resta, em princípio, afastada, tanto (i) pelo regime geral aplicável aos contratos de seguro, quanto (ii) pelas típicas cláusulas de exclusão constantes nas apólices dos seguros de responsabilidade de administradores.

Diante dessa constatação, surge a indagação: quando ao administrador é imputada a prática de determinado ato doloso, a cobertura oferecida pelo seguro *D&O* é de todo afastada? Mais especificamente, perde o segurado também o direito ao adiantamento dos custos de defesa? É o que se passa a analisar na próxima seção.

2.2. EXCEÇÃO: A EXIGIBILIDADE DO ADIANTAMENTO DE CUSTOS DE DEFESA ANTE A IMPUTAÇÃO DE ATOS DOLOSOS AO SEGURADO

No item anterior, demonstramos que, em princípio, a atuação dolosa do segurado exclui a cobertura securitária, afastando seu direito ao recebimento de indenizações por parte da seguradora. Conquanto esta seja a regra geral, já alertava Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO:

“O contrato de seguro, dito *uberrima fides* – ou no genitivo, *uberrima fidei* (“da mais estrita boa-fé, art. 765 do Código Civil) – proíbe que o segurador se limite a meras alegações para fugir às suas obrigações, em especial, a de pagamento. O *onus probandi* de fatos impeditivos ou extintivos, no contrato do seguro, é do segurador”¹⁷⁸.

A exclusão da garantia por atos intencionalmente praticados deve ser analisada com cautela ainda maior quando se está a tratar do seguro de responsabilidade de administradores. Dadas as particularidades do seguro *D&O* – principalmente, a finalidade de proteção do patrimônio pessoal dos administradores (seção 1.1.2, *supra*) –,

terceiros por atos criminosos praticados com intenção de causar dano” (ZULIANI, Ênio. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1159, destacou-se).

¹⁷⁸ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Contrato de seguro de crédito. Ônus da seguradora de provar a má-fé do segurado. Impossibilidade do uso da *exceptio non adimpleti contractus* em caso de dispensa reiterada do cumprimento da obrigação por parte da seguradora (*suppressio*). Distinção entre cessão de contrato e cessão de crédito. In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 311-328, p. 317.

é fundamental precisar as hipóteses e os requisitos de incidência da excludente de atos dolosos, sob pena de privar o administrador do suporte garantido pelo seguro justamente nas situações para as quais foi contratado. Mais especificamente, é preciso averiguar se – e em quais circunstâncias – pode a seguradora negar ao administrador o adiantamento dos montantes relativos aos custos de defesa quando ele é acusado de ter praticado dolosamente determinado ilícito.

Para bem compreender o objeto desta indagação, ilustremos com um caso concreto.

Determinada companhia brasileira fabricante de navios inicia uma negociação com um governo estrangeiro para o desenvolvimento e venda de embarcações a serem utilizadas por patrulhas costeiras no combate ao tráfico de drogas. A fim de garantir o sucesso do negócio para a companhia¹⁷⁹, dois de seus diretores fazem pagamentos a funcionários do alto escalão do governo estrangeiro, que acaba por celebrar o negócio dispensando licitação prévia. Os pagamentos ilícitos são descobertos e amplamente divulgados pela imprensa, que publica diversas evidências dos atos de corrupção, inclusive mensagens trocadas entre os diretores e os funcionários do governo estrangeiro.

Na sequência, os dois diretores são denunciados em processos criminais. Para arcar com os honorários advocatícios, acionam o seguro *D&O* mantido pela sociedade. A seguradora, entretanto, se nega a efetuar o adiantamento das despesas, dever este expressamente previsto na apólice. Para tanto, invoca a cláusula que prevê exclusão de cobertura por atos dolosos, os quais, no seu entender, estariam suficientemente caracterizados em função da verossimilhança dos fatos divulgados pela imprensa. Afirma, ainda, que o seguro jamais poderia ser utilizado para cobrir as consequências patrimoniais adversas decorrentes de corrupção.

Em um caso como o ilustrado acima, o segurado tem o direito de exigir que lhe sejam antecipados os valores necessários para custear sua defesa? Ou incide a excludente por atos dolosos, eximindo a seguradora de arcar com tais pagamentos?

¹⁷⁹ Para fins deste trabalho, quando se faz menção a ato doloso do administrador, pressupõe-se tratar-se de atos praticados na condição de gestor, agindo em nome da sociedade. Ou seja, não são consideradas outras hipóteses de exclusão da cobertura securitária – como as de *personal profits* ou de hipóteses em que o ilícito é praticado fora da condição de administrador, o que afastaria a cobertura oferecida pelo *D&O*.

A nosso ver, a resposta há de ser favorável à exigibilidade da antecipação dos custos de defesa, mesmo que o fundamento da reclamação que deflagra a cobertura securitária seja um ato alegadamente doloso. Há três razões que nos levam a esta conclusão.

Em primeiro lugar, sob um prisma *objetivo*, é preciso identificar com precisão *qual é o fato doloso* em relação ao qual resta afastada a cobertura securitária. No âmbito do seguro *D&O*, este fato é aquele que está na “base da imputação de responsabilidade”, isto é, a conduta do segurado que configura o ilícito e que, sendo dolosa, não pode ser objeto do seguro¹⁸⁰. Em nosso exemplo, este fato seria o pagamento feito aos funcionários públicos. Contudo, os gastos com a defesa não se confundem com o ato doloso em si, tampouco são consequência direta de tal prática. Em verdade, têm origem na *atividade processual* que tem por função justamente averiguar se tais atos efetivamente ocorreram e se foram praticados com dolo. E a tutela patrimonial oferecida pelo seguro *D&O* não se restringe aos efeitos diretos da responsabilização do administrador, pois abrange “todos os atos tendentes a promover a diminuição do [seu] patrimônio”¹⁸¹, dentre eles os custos de defesa¹⁸². Em outras palavras, “[t]he duty to defend is broader than the duty to indemnify”¹⁸³.

Em segundo lugar, sob uma perspectiva *funcional* do seguro *D&O* também não se justifica a negativa de cobertura dos custos de defesa. Isso porque, como mencionado na seção 1.2, o que deflagra a cobertura deste seguro é a reclamação, não propriamente a configuração definitiva da responsabilidade do segurado. Assim, ainda que a

¹⁸⁰ OLIVEIRA MARTINS, Maria Inês de. Dolo e seguro D&O. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (Org.) *VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Roncarati: 2018, p. 389-422, p. 405.

¹⁸¹ VON BRUCK LACERDA, Maurício Andere. Reflexões críticas sobre a jurisprudência do contrato de seguro *D&O* nos tribunais brasileiros. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (Org.) *VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Roncarati: 2018, p. 423-45, p. 191.

¹⁸² Nesse sentido, afirma Marília DE CARA que a cobertura dos gastos de defesa tem natureza distinta da indenização de danos causados pelo segurado, pois constituem, na verdade, “valores despendidos a título de salvamento” (DE CARA, Marília. *A aplicabilidade do seguro de responsabilidade civil de administradores e diretores no âmbito da administração das companhias*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 56). Também qualifica os custos de defesa como despesa de salvamento Ilan GOLDBERG, porque o “acompanhamento por excelentes profissionais poderá, decisivamente, amenizar as perdas devidas pelo segurado e, conseqüentemente, pelo segurador”. (FRADERA, Véra Maria Jacob de; GOLDBERG, Ilan *et ali*. *Contratos Mercantis*. 1ª ed. em e-book. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.) *Tratado de Direito Empresarial*. Vol. 4. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2016, Capítulo VII, item 8.3. Acesso ProView, sem indicação de página).

¹⁸³ LIU, Fang. Applying the fraud-exclusion provision under D&O insurance policies: ‘adjudication’ or ‘in fact’ – which is better? *Western Michigan University Cooley Journal of Practical & Clinical Law*, vol. 17, n. 3, 2016, p. 247-264, p. 260.

responsabilidade do segurado possa “emergir de acto ou prática ilícita intencional dolosa”, “continua o funcionamento do seguro a ser desencadeado pela simples participação”¹⁸⁴.

Em terceiro lugar, a negativa de cobertura ante a mera alegação de dolo do administrador atentaria contra a *finalidade* da proteção securitária. É que a afirmação de que determinado fato foi praticado *dolosamente* “corresponde a um *juízo jurídico*”, portanto, “reservado à ordem jurisdicional”¹⁸⁵. A atuação jurisdicional funciona como um fator de “conformação do risco”, pois sem que haja pronunciamento judicial¹⁸⁶, não é lícito considerar que houve dolo do segurado¹⁸⁷. Ora, o propósito do exercício do direito de defesa do segurado tem por fim justamente permitir que influencie na decisão¹⁸⁸, de modo a evitar sua condenação¹⁸⁹. Assim, admitir que a seguradora deixe

¹⁸⁴ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*. Lisboa: Almedina, 2007, p. 44.

¹⁸⁵ OLIVEIRA MARTINS, Maria Inês de. Dolo e seguro D&O. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (Org.) *VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Roncarati: 2018, p. 389-422, p. 405.

¹⁸⁶ As menções à “decisão judicial” ou “provimento judicial” e assemelhados são usados no sentido de decisões proferidas por quem exerce jurisdição, devendo-se “interpretar de maneira flexível” os “termos como ‘juiz’, ‘judicialmente’ e ‘Poder Judiciário’ para enquadrar também a arbitragem quando, de fato, o requisito da arbitrabilidade objetiva” (FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 378). Isso porque, salvo poucas vozes dissidentes na doutrina, não resta dúvida de que a arbitragem exerce função jurisdicional (MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme. *Contratos Duradouros Lacunosos e Poderes do Árbitro: questões teóricas e práticas*. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 1, 2015, p.1270; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.32; ARRUDA ALVIM, José Manoel. Sobre a Natureza Jurisdicional da Arbitragem. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Arbitragem: Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.134).

¹⁸⁷ OLIVEIRA MARTINS, Maria Inês de. Dolo e seguro D&O. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (Org.) *VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Roncarati: 2018, p. 389-422, p. 406.

¹⁸⁸ Sobre o direito ao contraditório e à ampla defesa como forma de influenciar na decisão, explica Fredie DIDIER JR.: “Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão”. (DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p, 79).

¹⁸⁹ Na jurisprudência recente norte-americana, encontra-se decisão relativamente recente de uma corte de Nova York (Eduardo LI, Plaintiff, v. CERTAIN UNDERWRITERS AT LLOYD'S, LONDON, Axis Speciality Europe SE, Defendants (83 F.Supp.3d 348 (2016)) reconhecendo que a recusa da seguradora em adiantar os custos de defesa configura “an actual and imminent injury”, justificando assim a concessão de tutela antecipada determinando o pagamento das custas de defesa pela seguradora. No caso, o segurado, Li, ocupara diversos cargos executivos na FIFA e estava sendo alvo de ação penal, razão pela qual solicitara o adiantamento de custos de defesa negado pela seguradora. Face à negativa, Li solicitou concessão de tutela antecipada para receber os valores necessários à sua defesa. A corte de Nova York, além de reconhecer o risco de dano irreparável, considerou que Li “established a clear and substantial likelihood of success on the merits”, tendo em vista a previsão da apólice segundo a qual “[s]hould the question of any wrongful intent be at issue, cover shall be granted for the defence costs”.

de realizar o adiantamento dos gastos de defesa antes do pronunciamento jurisdicional contraria a própria razão de ser desta cobertura¹⁹⁰.

Sintetizando as três razões acima elencadas¹⁹¹, vale transcrever a lição de Maria Inês de OLIVEIRA MARTINS:

“Fica, pois, claro que o contrato de seguro não pode predispor nas suas cláusulas que a exclusão fundada na prática de facto doloso se preenche com a mera acusação de tal prática. Pelo contrário: a existência de tal acusação é um pressuposto para que o processo se desenrole e desencadeie custos de defesa – que são exactamente o objecto da cobertura pactuada. *Numa palavra, a dedução de acusação é um requisito positivo, e não um requisito negativo do dever de prestar do segurador*”¹⁹².

Sendo assim, retornando ao exemplo concreto mencionado anteriormente, não procede o argumento da seguradora – aliás, muito utilizado na prática – de verossimilhança das acusações de dolo imputadas ao administrador. Por mais sólidos e irrefutáveis que pareçam ser os indícios contra o segurado¹⁹³, a seguradora “não terá condições de promover juízo prévio de valor”, nem de “interferir

¹⁹⁰ Na jurisprudência brasileira, há precedente do TJPR que considerou abusivas as cláusulas de exclusão da cobertura por ato fraudulento antes de eventual condenação definitiva, pois “inviabilizam o recebimento de qualquer indenização, além de serem contraditórias, tendo em vista que contradizem outras disposições do contrato, especialmente aquelas que definem Reclamações e Ato Danosos, portanto, devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao segurado” (TJPR. Ap. Cív. 652608-1. 9ª Câmara Cível. Rel. Des. Sérgio Luiz Patitucci. J. em 24 de junho de 2010).

¹⁹¹ A divisão em três ordens de razões, como toda classificação, serve apenas para melhor ordenar os fundamentos que, ao nosso ver, são os principais para justificar a impossibilidade de a seguradora negar a cobertura dos custos de defesa antes de decisão definitiva sobre o dolo do segurado. Isto é, não são de modo algum exaustivas. Há, por exemplo, quem atribua tal impossibilidade à gravidade dos efeitos da constatação do dolo – *i.e.*, perda do direito a indenização securitária (VON BRUCK LACERDA, Maurício Andere. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O Insurance Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 237-238).

¹⁹² OLIVEIRA MARTINS, Maria Inês de. Dolo e seguro D&O. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (Org.) *VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Roncarati: 2018, p. 389-422, p. 413.

¹⁹³ Importante ressaltar que não se afirma que o dolo não pode ser comprovado por prova indiciária ou presunções. Pelo contrário, no caso do dolo civil (como vício de consentimento), parte da doutrina entende que “qualquer meio de prova é admissível, inclusive os indiretos representados pelos indícios e presunções” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. III, T. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 129; no mesmo sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IV. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 341-342). Sustenta-se, porém, que não cabe à seguradora, arvorando-se na condição de julgadora, afirmar, com base em prova indiciária, que o segurado agiu com dolo. Tal decisão cabe ao órgão responsável pelo julgamento da ação/procedimento administrativo na qual o administrador é acusado da prática dolosa.

na análise da prática e atuação com dolo”¹⁹⁴. Mais uma vez, é elucidativa a doutrina portuguesa, tratando especificamente de ações penais¹⁹⁵, quando afirma que

“a verossimilhança da prática dos factos, sendo requisito para que haja acusação, está indissociavelmente ligada ao funcionamento da cobertura – pretender o contrário seria implicar que a cobertura dos custos de defesa cairia exatamente com a apresentação da acusação, o que a esvaziaria de qualquer função”¹⁹⁶.

Ademais, a maioria das apólices que oferecem o adiantamento de custos de defesa contam também com uma obrigação de reembolso¹⁹⁷, por parte do segurado, caso ao final do processo verifique-se que a reclamação estava fundada em hipótese excluída da cobertura¹⁹⁸. Assim, a obrigação de reembolso dos valores adiantados pela seguradora resolve a aparente contradição entre a necessidade de financiar a defesa do segurado e a ilicitude do asseguramento de atos doloso. Com efeito, se confirmada a conduta dolosa do segurado, as quantias antecipadas serão devolvidas, de modo que não terá se concretizado a suposta cobertura de ilícito doloso.

¹⁹⁴ BARROSO DE MELLO, Sergio Ruy. *O seguro de responsabilidade civil na modalidade D&O*. Revista Jurídica de Seguros, CNseg, nº 2, mai./2015, p. 61-81, p. 75.

¹⁹⁵ Tratando-se de custos de defesa em processo criminal, a ilicitude da negativa de cobertura do adiantamento de despesas sob a alegação de verossimilhança das imputações feitas contra o administrador é corroborada pelo princípio da presunção de inocência. Afinal, a garantia constitucional de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII) deve ser observada também no âmbito securitário, vez que, até o trânsito em julgado, o princípio da presunção da inocência proíbe que se afirme qualquer culpabilidade, devendo os segurados ser tratados como inocentes para todos os efeitos” (LIMA REGO, Margarida; OLVEIRA MARTINS, Maria Inês. Seguro D&O com cobertura de custos de defesa em processo penal ou sancionatório. Declaração inicial de risco. Notificação de sinistro. Causação dolosa do sinistro. Prescrição. *Revista de Direito Privado*, vol. 97, 2019, p. 239-324. Acesso pela RT Online, página não indicada).

¹⁹⁶ LIMA REGO, Margarida; OLVEIRA MARTINS, Maria Inês. Seguro D&O com cobertura de custos de defesa em processo penal ou sancionatório. Declaração inicial de risco. Notificação de sinistro. Causação dolosa do sinistro. Prescrição. *Revista de Direito Privado*, vol. 97, 2019, p. 239-324. Acesso pela RT Online, página não indicada.

¹⁹⁷ Por exemplo: “3.6. A garantia poderá abranger CUSTOS DE DEFESA e os honorários dos advogados dos SEGURADOS para a defesa em juízo civil, trabalhista, penal e/ou em processo administrativo e/ou arbitral, sendo que os SEGURADOS podem escolher livremente seus respectivos advogados. Neste caso, **fica assegurado o 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 a sua responsabilidade**” (Apólice da Allianz, Processo SUSEP 15414.901113/2017-96, grifo original).

¹⁹⁸ PÉREZ CARRILLO, Elena. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales: el seguro D&O em EEUU*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 192; PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*. Lisboa: Almedina, 2007, p. 44.

No Brasil, por determinação da SUSEP, deve haver “menção expressa ao direito de regresso da seguradora nos casos em que os danos causados a terceiros decorram de atos ilícitos dolosos”¹⁹⁹. Portanto, o dever de restituição em caso de confirmação do dolo é condição *sine qua non* para o adiantamento de custos de defesa.

Nada obstante, no Direito Comparado, há quem questione a exigência da cláusula de reembolso como condição de validade da obrigação de antecipação dos custos de defesa²⁰⁰. Tal questionamento decorre da constatação acima referida de que “a cobertura fornecida no decurso de um processo” é distinta “da cobertura relativa às sanções aplicadas no processo”²⁰¹.

Nos parece ser esta a abordagem mais correta ao problema, pois, de fato, não se confunde a indenização dos gastos incorridos em razão do processo com a indenização pelo ato doloso que lhe deu causa. Compreende-se, no entanto, que a preocupação com o risco de fraudes securitárias possa justificar a imposição do dever de restituição ao segurado. Mesmo porque tal obrigação corrobora a exigibilidade do adiantamento de custos de defesa em caso de imputação de prática dolosa.

Por todas essas razões, aqui e alhures, a maior parte da doutrina²⁰² posiciona-se no sentido de que é devido o adiantamento de custos de defesa até que o dolo reste definitivamente configurado por decisão jurisdicional transitada em julgado ou por

¹⁹⁹ Circular nº 553/2017, art. 5º, § 4º.

²⁰⁰ Relata Maria Jesus GUERREO LEBRÓN a existência de apólices que contemplam o adiantamento de custos de defesa incluindo convenção que afasta o dever de reembolso das quantias adiantadas em caso de condenação final por ilícito doloso (GUERRERO LEBRÓN, María Jesús. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*. Madrid: La Ley, 2004, p. 135).

²⁰¹ OLIVEIRA MARTINS, Maria Inês de. Dolo e seguro D&O. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (Org.) *VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Roncarati: 2018, p. 389-422, p. 417. A autora refere, ainda, que parte da doutrina inglesa e alemã considera lícita a cobertura dos custos de defesa mesmo em caso de condenação por ato doloso, interpretando a obrigação de reembolso uma prática do mercado, não uma imposição (p. 418).

²⁰² Vide, exemplificativamente: LOURENÇO DE FARIA, Clara Beatriz. O seguro D&O e a proteção do patrimônio dos administradores. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2015, p. 114; PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anônima*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 45; GISCHE, David. *Directors and Officers Liability Insurance*. Disponível em: <https://corporate.findlaw.com/corporate-governance/directors-and-officers-liability-insurance.html>. Último acesso em: 25.05.2019; LIMA REGO, Margarida; OLIVEIRA MARTINS, Maria Inês. Seguro D&O com cobertura de custos de defesa em processo penal ou sancionatório. Declaração inicial de risco. Notificação de sinistro. Causação dolosa do sinistro. Prescrição. *Revista de Direito Privado*, vol. 97, 2019, p. 239-324. Acesso pela RT Online, sem indicação de página; VON BRUCK LACERDA, Maurício Andere. Reflexões críticas sobre a jurisprudência do contrato de seguro D&O nos tribunais brasileiros. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (Org.) *VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Roncarati: 2018, p. 423-453, p. 450.

admissão do segurado²⁰³. Nada obstante, além de algumas posições refratárias na doutrina²⁰⁴, a jurisprudência brasileira – ainda que parca – tem revelado uma tendência contrária ao administrador quando se discute a prática de atos dolosos.

Com efeito, em acórdão proferido pelo TJSP em 2008²⁰⁵ – muito provavelmente um dos pioneiros em litígios relacionados ao seguro de responsabilidade de administradores –, foi negada a pretensão do segurado (Edemar Cid Ferreira, então diretor e acionista majoritário do Banco Santos S/A) ao recebimento do adiantamento de custos de defesa incorridos em processos administrativos perante o Banco Central em razão de irregularidades na administração do Banco Santos. A seguradora fundamentou a negativa na prestação de declarações inverídicas quando da contratação e na prática de atos dolosos.

A sentença indeferiu o pedido de Edemar, acolhendo o argumento de prestação de omissões inverídicas. A decisão foi mantida pelo TJSP, que confirmou a nulidade do contrato “porque as informações prestadas se divorciavam da realidade”. Nada obstante, o relator fez extensa análise acerca das características do seguro D&O e enfrentou especificamente a questão do adiantamento de custos de defesa, exarando o seguinte entendimento:

“Isso porque consoante anteriormente já se adiantou doutrinariamente, mesmo na antecipação dos custos para defesa é possível ao segurador demonstrar, hodiernamente, a má gestão impeditiva da cobertura. 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 [...] dos *deliberate acts* (pois a violação das regras contábeis e a

²⁰³ Essas duas hipóteses são melhor analisadas na seção 2.3, *infra*.

²⁰⁴ “Considerando a existência de evidências sólidas a demonstrar a conduta intencional do segurado, a possibilidade jurídica de arguir a recusa vai ao encontro da necessidade de defender o mutualismo, cuja matriz constitucional encontra-se no solidarismo (art. 3.º, I, da CF)” (FRADERA, Véra Maria Jacob de; GOLDBERG, Ilan *et alii*. *Contratos Mercantis*. 1ª ed. em e-book. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.) *Tratado de Direito Empresarial*. Vol. 4. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2016, Capítulo VII, item 5.2. Acesso ProView, sem indicação de página). Em sentido semelhante: GOLDBERG, Ilan. O dever de lealdade e o insider trading sob a ótica do contrato de seguro de responsabilidade civil. *Revista Opinião.seg*, n. 14, julho/2017, p. 27).

²⁰⁵ TJSP. Ap. Cív. 543.194-4/9-00. 6ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Vito Gugliemi. J. em 11.12.2008.

realização de operações legalmente vedadas traduzem atos ilícitos!)”²⁰⁶.

Ao nosso ver, apesar de bem fundamentada, a decisão peca ao afirmar que poderia o segurador demonstrar a “má gestão impeditiva da cobertura”. A excludente dolosa, como se explicou anteriormente, não pode ser invocada pela seguradora com base em seu juízo próprio, pois imprescindível que o dolo seja confirmado definitivamente pelo órgão julgador competente ou admitido pelo segurado. Além disso, a decisão suscita um verdadeiro contrassenso, na medida em que o administrador teria de se defender das acusações que lhe são imputadas tanto na demanda “principal” quanto no litígio surgido em decorrência da negativa de cobertura securitária, cobertura esta que, em primeiro lugar, foi contratada para salvaguardar o patrimônio do segurado em eventual demanda contra ele iniciada.

No mesmo julgado, destacou o relator que “quando o adiantamento é devido, deve o beneficiário comprometer-se a devolver os valores adiantados”²⁰⁷, obrigação esta não prevista na apólice. Ao nosso ver, a observação também é equivocada, porque inexistente obrigação de devolução dos valores adiantados sem previsão contratual expressa²⁰⁸, conforme acima justificado.

Além deste caso, foi localizado apenas mais um julgado abordando a problemática do adiantamento de custos de defesa e de alegado dolo do segurado. Trata-se do já citado REsp 1.601.555, julgado em 2017 pelo STJ²⁰⁹. Neste caso, o segurado, Antônio José Monteiro, era membro do conselho de administração e acionista da Triunfo Participações e Investimentos S.A. (“TPI”). Tendo sido intimado pela CVM a prestar depoimento sobre possível ocorrência de *insider trading*, Antônio acionou a seguradora para pagamento dos custos de defesa. Entretanto, a cobertura foi negada porque (i) houve omissão de informações no questionário de riscos e (ii) a prática de *insider trading* não estaria abarcada pelo *D&O*, vez que realizada em benefício pessoal de Antônio e na condição de acionistas, não de administrador. A pretensão de Antônio

²⁰⁶ TJSP. Ap. Cív. 543.194-4/9-00. 6ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Vito Gugliemi. J. em 11.12.2008, p. 34-35.

²⁰⁷ TJSP. Ap. Cív. 543.194-4/9-00. 6ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Vito Gugliemi. J. em 11.12.2008, p. 35.

²⁰⁸ Note-se que o acórdão foi prolatado em 2008, muito antes, portanto, da edição da Circular nº 553/2007 da SUSEP que impõe a previsão de obrigação de restituição.

²⁰⁹ STJ. REsp 1.601.555/SP. 3ª Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. J. em 14.02.2017.

foi negada em primeiro e em segundo grau, tendo ambos concluído pela licitude da negativa.

Como as cortes ordinárias reconheceram a omissão de informações, o STJ referendou a perda do direito à indenização *ex vi* do art. 766 do Código Civil, não merecendo críticas neste ponto. Com relação ao *insider trading*, porém, nos parece terem sido imprecisas as conclusões alcançadas pelo STJ. Como revelam diversas passagens do voto condutor, confundiu-se a exclusão por ato doloso com a exclusão por ato de benefício pessoal, pois ambas foram tratadas conjuntamente, como se estivessem necessariamente conectadas:

“Extrai-se, desse modo, que a apólice do seguro de RC D&O jamais poderá abranger casos de dolo ou fraude, bem como atos do diretor ou administrador motivados por meros interesses pessoais, deteriorando o patrimônio da sociedade”.

“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”.

E, ao analisar o caso concreto, o relator assim justificou a negativa de cobertura:

“O recorrente, na condição de segurado, solicitou o pagamento de indenização securitária para cobrir os custos de defesa nos aludidos processos administrativos bem como de eventual acordo a ser firmado com a CVM. 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”.

A aproximação entre duas causas distintas da exclusão securitária, ao que parece, levou o acórdão a desconsiderar a principal peculiaridade da excludente por dolo, qual seja, de que somente pode ser aplicada após decisão final ou confissão do

segurado. Tivesse se limitado a afirmar a licitude da negativa em função de o *insider trading* ter sido praticado na condição de acionista, não de administrador, o acórdão não mereceria qualquer reparo²¹⁰. Contudo, ao atrelar tal prática à excludente por *ato doloso* do administrador, o acórdão desconsiderou que, para fazer incidir tal excludente, seria imprescindível decisão final acerca da efetiva prática dos atos imputados ao segurado²¹¹, criando precedente temerário em desfavor dos segurados.

Além destes dois julgados, há, ainda, uma terceira decisão que causa fundada preocupação em relação às futuras interpretações que podem vir a ser dadas pelas cortes brasileiras ao seguro *D&O*. Fazemos referência à Apelação nº 1011986-32.2017.8.26.0100, julgada pelo TJSP em agosto de 2018. A questão objeto do recurso sequer dizia respeito propriamente a uma temática própria do seguro de responsabilidade de administradores, pois tratava de ação de instituição de arbitragem (art. 7º da Lei nº 9.307/1996), iniciada pelos segurados contra a seguradora, que resistia à instauração do procedimento arbitral ao argumento de que não fora celebrada cláusula compromissória. Na arbitragem, o pedido dos segurados seria de “indenização securitária para os gastos havidos com honorários advocatícios” incorridos em processo criminal (*i.e.*, reembolso de custos de defesa), cobertura que fora negada pela seguradora²¹².

²¹⁰ Vale notar, inclusive, que o acórdão recorrido do TJSP sequer discutira o dolo do segurado, não se encontrando menção a tal excludente, nem mesmo ao art. 762 do Código Civil. Na verdade, o aresto foi bastante claro ao consignar que o determinante para a exclusão da cobertura não fora o dolo, mas sim o fato de que o *insider trading* não foi praticado na condição de administrador, mas de acionista: “A respeito da falta de dolo na obtenção de vantagem na aquisição das ações, sob o argumento de que a aquisição das ações se reveste de atos de gestão, é de ser registrado que a prática do *insider trading* pressupõe, tal como explanado na sentença, a uma operação realizada por um *insider* com valores mobiliários de emissão da companhia e em proveito próprio, pessoal (fl. 434), o que não corresponde à prerrogativa do cargo de administrador exercido pelo apelante, mas sim à sua condição de acionista”. (TJSP. Ap. nº 1025767-63.2013.8.26.0100. 4ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Enio Zuliani. J. em 22.05.2014).

²¹¹ Note-se que o relator expressamente que o segurado notificou a seguradora “porquanto a CVM havia instaurado procedimento administrativo investigatório com vistas a apurar a prática de *insider trading*” (sublinhou-se). Ou seja, ainda não havia qualquer decisão, quanto menos definitiva.

²¹² “A autora, com fundamento no artigo 7º da Lei 9.370/96, requer a intervenção do Poder Judiciário, para instauração de tribunal arbitral, destinado à solução de conflito contratual e securitário mantido com a ré. Aduz que visa a constituição de compromisso arbitral, diante da injusta negativa da ré em firmá-lo, não obstante o contrato de seguro celebrado possua cláusula compromissória. Esclarece que o objeto da arbitragem a ser instaurada consistirá na cobrança junto à FAIRFAX Brasil e Seguros Corporativos S/A dos honorários advocatícios e demais despesas efetivadas para a defesa de Eduardo de Queiroz Galvão, no âmbito em processo criminal instaurado em meio à chamada “Operação Lava Jato”, nos termos da Apólice nº 1000000132, cuja cobertura securitária foi indevidamente negada. Requereu a designação de audiência para a constituição do compromisso arbitral e que, se as partes não concordassem sobre os termos do referido compromisso, a decisão fosse tomada pelo Juízo, em substituição”.

Por maioria, porém, o TJSP extinguiu a ação sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir²¹³. O que chama a atenção, independentemente da correção ou não da decisão no que toca o direito arbitral, é a declaração de voto do ilustre Des. Cesar Ciampolini. Apesar de ter aderido ao voto do revisor acerca da falta de interesse de agir, acresceu que seria o caso de “extinguir o processo de ofício” por não haver “o mínimo de seriedade, nem o motivo legítimo, de que fala a doutrina, na pretensão deduzida em Juízo”. Para o desembargador, a pretensão à indenização de custos de defesa constitui “objeto ilícito”, que sequer poderia ser “ouvido” pelo Judiciário, assim como não pode ser ouvido “o recolhedor de apostas em demanda contra o banqueiro do jogo do bicho, ou ao pequeno traficante em litígio contra o chefe do tráfico”.

Com a devida vênia, o voto adota uma postura preocupante em relação ao seguro *D&O*. Note-se que, por mais infundado que pudesse ser o pedido de indenização securitária, jamais poderia se afirmar²¹⁴ que tal pretensão constitui objeto ilícito. A afirmação de que “[s]ão os gastos para defesa desses confessados atos criminosos que a apelada quer ver cobertos pela seguradora” é incorreta, pois os gastos de defesa não decorrem do crime, mas da atividade processual que visa a responsabilizar o suposto autor do fato delitivo. Da mesma forma, não procede o argumento de que a “cobertura securitária não pode abarcar crime tipificado no Código Penal”. A garantia securitária não abarca “crime tipificado”. Afinal, não se estava buscando ressarcimento por multa imposta como condenação criminal, mas sim “custos de defesa”, isto é, “honorários de advogado”, os quais são instrumento à concretização do direito fundamental à ampla defesa (art. 5º, LV da CF), não podendo, portanto, serem tidos como objeto ilícito²¹⁵.

²¹³ A maioria concluiu, nos termos do voto do revisor, que faltava interesse de agir aos segurados, vez que “não houve uma manifestação de vontade conjunta entre as partes optando pela solução de conflitos pela via arbitral”, não havendo, portanto, cláusula compromissória a ser executada.

²¹⁴ Mormente considerando que o objeto da demanda não era analisar a licitude da negativa de cobertura, visto que se tratava de ação de instauração de arbitragem (art. 7º da Lei 9.307/1996), ação esta que tem por objeto a execução específica de cláusula compromissória (cf. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 17). Com efeito, segundo STJ, a finalidade desta ação é “levar à concretização do direito do requerente a instituir a arbitragem” (STJ. REsp nº 1.331.100. 4ª Turma. Rel. Min. Raul Araújo. J. em 22.02.2016). Percebe-se, assim, o equívoco em afirmar que o processo deveria ser extinto por ilicitude do objeto, pois não há nada de ilícito na utilização de arbitragem. Veja-se, ademais, que para declarar a ilicitude do objeto da ação o voto fundou-se na suposta ilicitude do *objeto pleiteado na própria arbitragem* que se pretendia instaurar, imiscuindo-se indevidamente no próprio mérito da arbitragem.

²¹⁵ Comentando o caso, Ernesto TZIRULNIK relembra o que parece ter passado despercebido pelo voto em análise: “O direito à defesa é legítimo e está previsto na Constituição. Mesmo as pessoas que têm culpa têm o direito de se defender”. (TZIRULNIK, Ernesto. In: VALOR ECONÔMICO. Desembargador do TJ-SP é contrário a seguro para envolvidos na Lava-Jato. Disponível em:

Enfim, as poucas decisões judiciais brasileiras que discutiram a garantia de custos de defesa em casos de dolo do segurado, infelizmente, parecem não ter bem compreendido as particularidades desta cobertura securitária. Espera-se que, com o aumento dos litígios acerca do seguro *D&O*, a jurisprudência proceda a análises mais verdadeiramente técnico-jurídicas, que os magistrados julguem “não no terreno da pré-compreensão, ou da emoção, mas no plano do Direito”²¹⁶⁻²¹⁷⁻²¹⁸, e que o façam orientados pela doutrina que vem se dedicando à formulação de “modelos orientadores”²¹⁹ para as questões jurídicas que exsurtem do seguro *D&O*.

Analisada a jurisprudência sobre o tema, cumpre registrar, na esteira do REsp nº 1.601.555/SP, anteriormente analisado, uma última observação a respeito da multiplicidade de causas que podem levar à exclusão da cobertura securitária. É que as razões que sustentam a exigibilidade do adiantamento dos custos de defesa até que seja definitivamente caracterizado o dolo do administrador não se estendem, em princípio, a outras possíveis causas de perda do direito à garantia securitária. Assim, pode ocorrer – como aliás ocorre com frequência – de a seguradora negar a cobertura com base em mais de um fundamento. Nesse contexto, será preciso avaliar separadamente cada um dos fundamentos que embasam a negativa.

Voltemos ao nosso primeiro exemplo dos diretores que pagaram propina a funcionários do governo estrangeiro. Imagine-se que, à época da contratação do seguro, os diretores já tivessem sido intimados para depor em inquérito policial, tendo omitido

<https://www.valor.com.br/legislacao/5753401/desembargador-do-tj-sp-e-contrario-seguro-para-envolvidos-na-lava-jato>. Último acesso em 23.06.2019)

²¹⁶ OLIVEIRA MARTINS, Maria Inês de. Dolo e seguro *D&O*. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (Org.) *VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Roncarati: 2018, p. 389-422, p. 389.

²¹⁷ Fazendo eco ao apelo de Eros GRAU: “Isto é necessário afirmar bem alto: os juízes aplicam o *direito*, os *juízes* não fazem *justiça!*” (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6ª ed, 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 19)

²¹⁸ Vale transcrever a análise de Ernesto TZIRULNIK acerca da forma como o seguro *D&O* tem sido encarado pelos tribunais brasileiros: “Apesar desse seguro ter por objetivo financiar a defesa dos administradores acusados de práticas danosas, nossos juízes têm medo de apadrinhar o direito e serem considerados coniventes com a imoralidade privada. Basta os acusadores dizerem que suas reclamações decorrem da prática de atos dolosos para que os recursos necessários para a defesa dos acusados sejam denegados [...]”. (TZIRULNIK, Ernesto. *Vivemos tempos obscuros inclusive no campo dos seguros*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jun-06/ernesto-tzirulnik-tempos-obscuros-inclusive-campo-seguros>. Último acesso em 23.06.2019.).

²¹⁹ A expressão é de Judith MARTINS-COSTA ao abordar a autoridade e a utilidade dos modelos doutrinários (MARTINS-COSTA, Judith. *Autoridade e Utilidade da Doutrina*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 32). A autora alerta, também, para “a grande tentação, para o juiz, de se ver como paralegislador, espécie de ‘engenheiro social’, esquecido das eficácias práticas implicadas a sua dupla atuação como intérprete e aplicador do Direito” (p. 24-25).

tal informação quando do preenchimento do questionário de riscos. A seguradora, então, além de negar a cobertura por verossimilhança da prática de atos dolosos, argumenta que houve omissão de informações (ou prestação de informações inverídicas). Nessas circunstâncias, ainda que fosse infundada a negativa por prática de atos dolosos, assistiria razão à seguradora no tocante à perda do direito à indenização em razão do defeito informativo, nos termos do art. 766 do Código Civil²²⁰.

Em síntese, guardadas as particularidades do adiantamento de custos de defesa, é certo que não se pode admitir a negativa de cobertura ante a mera acusação ou alegação de ato doloso do administrador. Seja porque objetivamente os custos de defesa não decorrem do ilícito, seja porque a finalidade da antecipação das despesas é justamente evitar a responsabilização do segurado, é imprescindível que a excludente por dolo somente seja aplicada quando este restar definitivamente caracterizado. Sendo assim, cumpre analisar com maior detalhe as circunstâncias em que se dá o reconhecimento do dolo, o que se faz no tópico a seguir.

2.3. HIPÓTESES DE EXCLUSÃO DO ADIANTAMENTO DE CUSTOS DE DEFESA EM RAZÃO DE DOLO DO SEGURADO

Duas são, em regra, as hipóteses – ou condições – em que é deflagrada a exclusão da cobertura de custos de defesa em razão do dolo do segurado, quais sejam (i) a decisão final que reconhece a conduta dolosa do segurado (2.3.1) ou (ii) a admissão do próprio segurado acerca do cometimento do ato doloso (2.3.2). Procedamos a exame de tais hipóteses.

²²⁰ Nesse sentido, um acórdão do TJSP procedeu corretamente a esta distinção ao negar o adiantamento de custos de defesa em razão de falha na prestação de informações no momento da contratação, ressaltando que a ocorrência de dolo não estava ainda configurada: “Assim, ainda que inexistia confissão do apelante de que tenha cometido atos dolosos que tenham levado à Reclamação em razão da qual se quer a cobertura do seguro, como também não haja decisão judicial pela qual ficou configurada conduta dolosa do apelante, relativamente à reclamação, necessários para que se configure o ato doloso, estão presentes as demais hipóteses excludentes da cobertura securitária (omissão de informações relevantes e agravamento intencional do risco)” (TJSP. Ap. nº 0172250-84.2010.8.26.0100. 10ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Roberto Maia. J. em 25.06.2013).

2.3.1. Trânsito em julgado de decisão jurisdicional que reconhece o dolo

Na parte 2.2, *supra*, explicitamos a razão pela qual se exige decisão final transitada em julgado para a lícita invocação da excludente de atos dolosos. Em poucas palavras, justifica-se tal requisito porque a negativa do adiantamento de custos de defesa em momento anterior à condenação definitiva do administrador frustraria a própria finalidade desta cobertura, a saber, evitar a responsabilização do segurado²²¹.

Nesta seção, pretendemos analisar de modo mais detido o “gatilho” que deflagra a exclusão da cobertura por ato doloso. Para tanto, abordaremos brevemente a controvérsia constatada no *Common Law*, principalmente na experiência norte-americana, relativa ao “trigger” da exclusão por “*deliberate acts*” e afins, para então verificar se a(s) solução(ões) adotadas no Direito americano são compatíveis com o Direito brasileiro.

A questão que se coloca é a mesma que norteou este trabalho: havendo previsão de obrigação de adiantamento dos custos de defesa, terá a seguradora o dever de antecipar tais valores quando a reclamação eventualmente não estiver coberta pela apólice? Tanto no Direito americano quanto no inglês, a resposta “will depend primarily on the policy wording”²²².

As apólices redigidas na língua inglesa, normalmente, utilizam ou o termo “*in fact*” ou a palavra “*adjudication*” para estabelecer a hipótese (ou o “trigger”) que permite a incidência da excludente. O uso destas diferentes expressões ou formulações linguísticas afeta diretamente os interesses dos contratantes²²³, pois, a depender da

²²¹ Assim sintetiza PAIS DE VASCONCELOS: “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 [administrador] 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”. (PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*. Lisboa: Almedina, 2007, p. 46).

²²² PAOLINI, Adolfo; NAMBISAN, Deepak. *Directors' and officer's liability insurance*. Londres: Informa, 2008., p. 156. Assim também referem TRAUTMAN e ALTENBAUMER-PRICE, tratando das *fraud exclusions*: “These exclusions will contain language indicating how they are triggered” (TRAUTMAN, Lawrence; ALTENBAUMER-PRICE, Kara. *D&O Insurance: a primer*. American University Business Law Review, vol. 1, n. 2, 2012, p. 337-367, p. 352-353).

²²³ “Under D&O insurance policies, the term “adjudication” and the term “in fact” contained in the fraud-exclusion provision affect the parties' interests in different ways”. (LIU, Fang. Applying the fraud-

interpretação que lhes é conferida, podem alterar substancialmente tanto o momento quanto a “carga probatória” exigida para que seguradora invoque a excludente²²⁴.

Até hoje não se formou entendimento pacífico sobre o significado de cada um desses termos²²⁵. Quando as apólices contêm o termo “*adjudication*”, os tribunais tendem a interpretar tal expressão como um requisito de decisão final sobre o ato doloso do segurado para permitir a negativa de cobertura, obrigando as seguradoras a antecipar os custos de defesa²²⁶. Nestas situações, as divergências são menos significativas.

O uso da fórmula “*in fact*”, porém, gera maiores problemas. Por exemplo, em um dos casos pioneiros sobre o assunto (*Brown v. Westport*, julgado em 2002²²⁷), a seguradora alegava que o mero fato de *Brown* ter sido acionado por suposta retenção ilegal de valores faria incidir a exclusão de *personal profits*. A Corte de Apelação do 7º Circuito referendou o argumento da seguradora, afirmando que a cobertura ou não dos custos de defesa dependia do *tipo de alegações formuladas contra Brown* na ação que lhe imputava a prática ilícita²²⁸. Comparando as acusações feitas contra *Brown*, a corte entendeu que estas se enquadravam precisamente na excludente prevista. Assim, tendo em conta a “*in fact exclusion*”, afastou o argumento da seguradora de que seria necessária esperar a decisão final no “*underlying case*”²²⁹, porque tal espera

“makes the exclusion inapplicable to any case because Westport could never use it to exclude a claim until it defended the

exclusion provision under D&O insurance policies: ‘adjudication’ or ‘in fact’ – which is better? *Western Michigan University Cooley Journal of Practical & Clinical Law*, vol. 17, n. 3, 2016, p. 247-264).

²²⁴ “This ‘in fact’ formulation has caused confusion both about when the insurer can invoke the exclusion and about the quantum of proof necessary to establish that the exclusion applies”. (ACKERMAN, Joshua. A Common Law Approach to D&O Insurance ‘In Fact’ Exclusion Disputes. *The University of Chicago Law Review*, vol. 79, n.4, p. 1429-1466).

²²⁵ Contribui para os diferentes entendimentos o fato de que a interpretação de contratos de seguro é regida por leis estaduais distintas (ACKERMAN, Joshua. A Common Law Approach to D&O Insurance ‘In Fact’ Exclusion Disputes. *The University of Chicago Law Review*, vol. 79, n.4, p. 1429-1466, p. 4136)

²²⁶ BITTLE, Lyndon et ali. Insurance and Indemnification of Directors and Officers. *Corporate Counsel Review: Avoiding Pitfalls 2011*, p. 207; “The ‘adjudication’ approach requires a final adjudication of a fraudulent act to trigger the fraud-exclusion provision. This approach is strict, but clear. An insurer cannot easily enforce the fraud-exclusion provision; thus, it better protects the insured's reasonable expectation to coverage.” (LIU, Fang. Applying the fraud-exclusion provision under D&O insurance policies: ‘adjudication’ or ‘in fact’ – which is better? *Western Michigan University Cooley Journal of Practical & Clinical Law*, vol. 17, n. 3, 2016, p. 247-264).

²²⁷ *Brown & Lacounte, L.L.p., Plaintiff-appellant, v. Westport Insurance Corporation, Defendant-appellee*, 307 F.3d 660 (7th Cir. 2002).

²²⁸ “In deciding whether Westport has a duty to defend, we must determine whether the allegations against Brown are covered by the policy”.

²²⁹ Termo utilizado para designar o caso “principal”, isto é, a demanda formulada contra o administrador da qual pode resultar sua responsabilização, justificando, portanto, o acionamento do seguro *D&O*.

underlying action. This would render the personal profit exclusion meaningless in contravention of both the plain language of the policy and the parties' apparent contractual intent to exclude some kinds of claims from coverage”.

Já a Corte de Apelações do 5ª Circuito, ao analisar caso *Pendergest-Holt v. Certain Underwriters at Lloyd's of London and Others*²³⁰, no qual era debatida uma previsão de exclusão do tipo “*in fact*”, adotou entendimento diverso. Os administradores segurados haviam sido denunciados em procedimentos administrativos (no âmbito da SEC) e criminais relacionados à lavagem de dinheiro. A apólice continha uma previsão determinando o adiantamento de despesas “until such time that it is determined that the alleged act or alleged acts did in fact occur”. O segurado sustentava que tal antecipação somente poderia ser negada se houvesse, ao menos, uma decisão judicial estabelecendo que os atos tinham “de fato” ocorrido, ao passo que o segurador argumentava caber a ele próprio tal determinação. A corte, *considerando a literalidade da apólice* e a plausibilidade de ambas as interpretações, concluiu que cabia a uma decisão judicial determinar se os fatos que ensejariam a exclusão efetivamente ocorreram, *pois ausente previsão expressa conferindo tal atribuição à seguradora*²³¹.

A doutrina americana reporta ainda outros precedentes dando interpretações diversas ao “*in fact trigger*”, como, *e.g.*, no caso *PMI Mortgage*. Uma corte local da Califórnia decidiu que “*in fact*” poderia significar uma decisão final *ou*, pelo menos, “some evidentiary proof”, não tendo, porém, explicitado no que constituiria tal *standard*²³².

Da breve análise desses precedentes norte-americanos, percebe-se que a controvérsia acerca do gatilho de aplicação da excludente por atos dolosos tende a ser definido à luz da literalidade das apólices (“*the policy wording*”), seguindo a tradição de que a interpretação é um “process by which a court ascertains the *meaning that it will*

²³⁰ *Laura Pendergest-Holt; R. Allen Stanford; Gilbert Lopez, Jr.; Mark Kuhrt, Plaintiffs-Appellees, v. Certain Underwriters at Lloyd's of London and Arch Specialty Insurance Co., Defendants-Appellants*, 600 F.3d 562 (5th Cir. 2010).

²³¹ “[W]e interpret a ‘determ[ination] in fact’ – absent language unambiguously pointing to the underwriters as the decisionmakers – as requiring a judicial act”.

²³² LIU, Fang. Applying the fraud-exclusion provision under D&O insurance policies: ‘adjudication’ or ‘in fact’ – which is better? *Western Michigan University Cooley Journal of Practical & Clinical Law*, vol. 17, n. 3, 2016, p. 247-264, p. 261.

*give to the language used by the parties*²³³. Isto é, a despeito das finalidades reconhecidas às coberturas oferecidas pelo seguro *D&O*, a exigibilidade ou não do adiantamento dos custos de defesa ante a possível incidência da excludente por atos dolosos costuma ser resolvida por meio da interpretação literal do contrato.

Nada obstante, nos parece que, à luz do Direito brasileiro, a questão não se resume a um problema de interpretação literal. A uma, a maioria das apólices comercializadas no mercado nacional contém cláusulas prevendo a condenação definitiva (o equivalente a uma “*final adjudication*”) como pressuposto à negativa de cobertura com base na atuação dolosa do administrador. Confira-se, exemplificativamente:

“Esta exclusão [por atos ilícitos dolosos] somente se aplicará no caso de reconhecimento de ATO ILÍCITO DOLOSO ou por culpa grave equiparável ao dolo por decisão final judicial ou arbitral ou decisão administrativa que não caiba mais recurso nessa esfera, ou ainda admitido por escrito pelo SEGURADO. Nesta hipótese, obedecidas as demais condições da APÓLICE a SEGURADORA adiantará o pagamento de CUSTOS DE DEFESA nos termos da Cláusula 25 abaixo, ficando resguardado o direito de regresso da SEGURADORA”²³⁴.

“Os itens (i) [exclusão por ganhos pessoais] e (ii) [exclusão por atos ilícitos dolosos] acima somente serão aplicados no caso de que qualquer dos atos acima ser reconhecido como tal por decisão final judicial ou arbitral ou decisão administrativa da qual não caiba mais recurso nessa esfera, ou ainda admitido por escrito pela Parte Segurada”²³⁵.

“As disposições acima serão aplicadas somente no caso de confissão espontânea da pessoa atestando sua conduta Dolosa, ou ainda, por sentença judicial ou arbitral, transitada em julgado, em que reste declarado, conforme o caso, a prática de ato

²³³ FARNSWORTH, Allan. *Contracts*. 4ª ed. Nova York: Aspen Publishers, 2004, p. 439.

²³⁴ Apólice da Allianz (Processo SUSEP 15414.901113/2017-96), Cláusula 4(n).

²³⁵ Apólice da AIG Seguros (Processo SUSEP nº 15414.901229/2017-25), Cláusula 4.1.

Doloso ou de Culpa Grave equiparado ao Dolo bem como nos casos de celebração de colaboração premiada ou acordo de leniência. Fica reservado ao Segurado o direito de adiantamento dos valores referentes aos Custos de Defesa, no caso da Reclamação versar sobre a hipótese aqui prevista”²³⁶.

A duas, em nosso Direito, a discussão acerca da literalidade da apólice seria de pouca utilidade para solver eventual dúvida concernente ao “gatilho” da excludente por dolo. É que, conforme determina o art. 112 do Código Civil, “[n]as declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Deste postulado normativo, extrai-se que, embora relevante, a literalidade pode não ser suficiente para a interpretação contratual. Efetivamente, há situações em que “a literalidade é bastante *de per se* para indicar a intenção comum das partes, noutras vezes não”²³⁷.

O sentido literal é, portanto, “ponto de partida” para a interpretação contratual²³⁸. O processo interpretativo, pautado na busca da intenção comum das partes e orientado pela função hermenêutica da boa-fé (art. 113 do Código Civil), exige que, além do texto, seja considerado o *contexto* do contrato (ou da cláusula específica cuja interpretação é debatida). Daí que, sobre a literalidade, prevalecerá o “sentido mais coerente com a finalidade que seria possível esperar daquele contrato particularmente considerado”²³⁹, afinal, “[s]omente o fim concreto dá o melhor entendimento das cláusulas negociais”²⁴⁰.

Portanto, sob a égide do Direito brasileiro, havendo dúvida quanto ao “gatilho” da exclusão por atos dolosos – se a mera alegação, se a existência de fortes indícios ou se decisão final transitada em julgado – há de se considerar a finalidade do contrato de seguro *D&O*. Especificamente em relação ao adiantamento de custos de defesa, sua

²³⁶ Apólice da Tokio Marine (Processo SUSEP nº 15414.901489/2017-09), Cláusula 7.1.1.

²³⁷ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunae contratuais e interpretação*: história, conceito e método. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 446.

²³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 494.

²³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 507.

²⁴⁰ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Acordo de acionistas com cláusulas de preferência na aquisição de ações. Contrato *intuitu personae* a ser interpretado em duas fases: a procura da vontade comum das partes e boa-fé objetiva contextual. Teoria do abuso da personalidade jurídica. Extensão da preferência à hipótese implícita de alienação da controladora de uma das acionistas. In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 219-234, p. 223.

finalidade é justamente garantir que o administrador poderá custear a defesa para evitar sua responsabilização (item 2.2, *supra*). Por conseguinte, a apólice tem de ser interpretada no sentido de que a exclusão da garantia securitária somente opera efeitos a partir de decisão final que condene o administrador.

Assim, salvo se houver previsão expressa permitindo a negativa de cobertura ante a simples acusação de dolo do administrador – cuja validade poderia ser questionada²⁴¹ –, deve-se interpretar a apólice de modo a garantir a maior eficácia à proteção contratualmente prometida ao administrador. É dizer: deve a seguradora adiantar-lhe os montantes necessários para arcar com sua defesa até a decisão definitiva. Ainda, não se pode olvidar que, nos termos do art. 423 do Código Civil, eventual dúvida interpretativa teria de ser resolvida a favor do segurado, pois figura como aderente à apólice²⁴².

Uma vez estabelecido que, no Direito brasileiro, a excludente por dolo somente pode ser invocada se houver decisão transitada em julgado, há outras duas questões que merecem ser brevemente tratadas.

A primeira é a seguinte: exigindo-se a decisão final acerca do dolo, é necessário que tal decisão seja proferida no processo principal (*i.e.*, naquele em que se formulou a acusação contra o segurado) ou poderia haver o reconhecimento do dolo por decisão proferida em outro processo (como, *e.g.*, uma ação movida pela seguradora para declarar a licitude da negativa de cobertura)? No Brasil, nem doutrina nem jurisprudência parecem ter enfrentado o problema.

Nada obstante, arriscamos responder que apenas a decisão proferida no processo principal satisfaz o requisito imposto para a exclusão da cobertura securitária. Essa conclusão encontra respaldo em parte da doutrina estrangeira, bem como na jurisprudência americana, que, diante de apólices que exigem “*final adjudication*”, apresenta entendimento firme no sentido de que a decisão deve ser proferida na ação

²⁴¹ Mesmo sem aventar a possibilidade de aplicação do regime das cláusulas abusivas previsto na legislação consumerista, não se poderia descartar eventual nulidade da cláusula que permitisse à seguradora negar o pagamento de custos de defesa em face de mera alegação de dolo do segurado por representar renúncia antecipada a direito resultante da natureza do negócio, nos termos do art. 424 do CC.

²⁴² “O segurado adere às condições pré-formuladas, inclusive àquelas respeitantes a definição dos *riscos garantidos* e ao recorte de certas *exclusões*, incidindo, em consequência, as regras postas nos arts. 423 e 424 do Código Civil,³⁴⁷ ainda quando o contrato não se qualifique como ‘seguro de massa’ e não atraia o regime do Código de Defesa do Consumidor.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 371-372).

principal²⁴³. No mesmo sentido, Elena PÉREZ CARRILLO, também analisando a jurisprudência americana, defende que “eventual declaración de culpabilidade em um litígio colateral”, como em processo movido pela seguradora para discutir o alcance da cobertura, “no es suficiente para permitir a la compañía aseguradora liberar-se de su obligación de indemnizar” com base na excludente de dolo²⁴⁴. Nessa direção, como mencionado no item 2.2, *supra*, seria um verdadeiro contrassenso permitir que a seguradora – contratada visando justamente à proteção patrimonial do segurado no caso de instauração de um litígio contra ele – promova um novo litígio com o objetivo de demonstrar a responsabilidade do segurado pelo ilícito.

A segunda tem a ver com a caracterização de uma decisão *final*, entendida como decisão definitiva, que não está mais sujeita à modificação ou contra a qual não cabe mais recurso. Isso porque, até que a decisão condenatória adquira a qualidade de coisa julgada, pode o administrador acusado de ilícito doloso vir a ser inocentado, justificando-se que a seguradora continue antecipando os valores necessários à interposição dos recursos cabíveis. Em princípio, tal constatação não deveria despertar controvérsias.

Entretanto, não se pode descartar a hipótese de as seguradoras alegarem a prescindibilidade do trânsito em julgado da decisão²⁴⁵. Vislumbra-se tal risco principalmente nos casos de cobertura dos custos de defesa em ações *criminais* em que determinada a execução provisória da pena após condenação em segunda instância. Em tais circunstâncias, poderiam as seguradoras negar-se a arcar com os gastos relativos à interposição de recursos aos tribunais superiores, argumentando que o juízo acerca da culpabilidade (no qual se incluiu o dolo) se encerra nas cortes ordinárias. Com efeito,

²⁴³ Assim reporta GISCHE, David. *Directors and Officers Liability Insurance*. Disponível em: <https://corporate.findlaw.com/corporate-governance/directors-and-officers-liability-insurance.html>. Último acesso em: 25.05.2019). Tal informação consta também, em *obiter dictum*, na decisão do caso *Pendergest-Holt v. Certain Underwriters at Lloyd's of London and Others*. Por exemplo, no caso *Atlantic Permanent Federal Savings and Loan Association v. American Casualty Company of Reading, Pennsylvania*, 839 F.2d 212 (4th Cir. 1988), a Corte de Apelações do 4º Circuito manteve a decisão da corte distrital que no sentido de que exigência de “final adjudication” “was intended to refer only to ‘claims upon which suit may be brought against [the officers] by reason of [their] alleged dishonesty’”.

²⁴⁴ PÉREZ CARRILLO, Elena. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales: el seguro D&O em EEUU*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 208.

²⁴⁵ É de se lembrar que as ações criminais, especialmente no âmbito da Operação Lava-Jato, aumentaram significativamente a sinistralidade do seguro *D&O* no Brasil, pressionando as seguradoras a restringirem as indenizações pagas. Segundo algumas estatísticas, desde o início da referida operação até meados de 2017, os sinistros já alcançavam a cifra de R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais) (<https://www.revistaapolice.com.br/2017/07/seguro-do-soma-500-mi-em-sinistros-desde-lava-jato/>).

este é justamente um dos fundamentos que justificam a execução da pena após condenação em segundo grau²⁴⁶.

Na esfera do seguro *D&O*, contudo, entendemos que seria ilícita tal negativa, pois o que se exige é uma *decisão definitiva* estabelecendo a responsabilidade do segurado, não um *juízo definitivo* acerca de sua culpabilidade. Isso porque, enquanto a decisão não se revestir da característica da *imutabilidade* inerente à coisa julgada, tem ainda o segurado a possibilidade de afastar a condenação – mesmo que não seja possível discutir propriamente sua culpabilidade. Em outras palavras, após a decisão de segunda instância, há ainda defesa a ser exercida pelo segurado; logo, subsiste o dever da seguradora de custeá-la.

Até a finalização deste trabalho, não localizamos, na jurisprudência brasileira, nenhum caso discutindo especificamente se o dever de adiantar os custos de defesa se mantém mesmo após decisão de segundo grau. Nos Estados Unidos, no entanto, há um interessante precedente da Corte de Apelação da Califórnia, de 2017, que bem elucida a necessidade de esgotamento das vias recursais para se considerar que a decisão é final²⁴⁷. Um administrador fora condenado pelo júri a 17 anos de prisão por lavagem de dinheiro e outros crimes financeiros, a qual foi mantida pelo 11º Circuito. Embora a decisão ainda fosse passível de revisão, uma vez que o administrador recorreu pleiteando novo julgamento *en banc* (pelo plenário do 11º Circuito), a seguradora

²⁴⁶ Assim está no voto-condutor do Min. Teori Zavascki no julgamento do *habeas corpus* que reafirmou a posição do STF favorável à execução provisória da pena: “A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”. (STF. HC nº 126.292/SP. Plenário. Rel. Min. Teori Zavascki. J. em 17.02.2016). No mesmo sentido se posiciona a doutrina defensora da execução provisória: “A finalidade dos recursos especial e extraordinário não é a discussão acerca da culpa (inocência) do agente criminoso eventualmente condenado em instância inferior”. (FISCHER, Douglas. Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em Face da Interpretação Sistemática da Constituição. Uma Análise do Princípio da Proporcionalidade: entre a Proibição de Excesso e a Proibição de Proteção Deficiente. *Revista de Direito Público*, vol. 6, n. 25, jan.-fev./2009, p. 7-30, p. 16)

²⁴⁷ *Mitchell J. Stein, Plaintiff and Appellant v. Axis Insurance Company et al., Defendants and Respondents*, 10 Cal.App.5th 673 (2017).

deixou de pagar os custos de defesa. Como a apólice exigia uma “*final adjudication*”, o segurado moveu ação contra a seguradora exigindo a cobertura securitária, a qual foi julgada improcedente em primeira instância ao argumento de que a decisão do 11º Circuito que manteve a condenação era “final until reversed”. No entanto, considerando que “the argument suffers many fatal flaws”, a Corte de Apelação da Califórnia reverteu a sentença de primeiro grau e ordenou o pagamento dos custos de defesa. Dentre outros fundamentos, destacou que “an adjudication that is ‘final until reversed’ is not final for all purposes”.

Enfim, é certo que a incidência da excludente de atos dolosos depende de decisão final transitada em julgado reconhecendo a atuação dolosa do administrador. Em regra, para além desta hipótese, só poderá ser invocada a exclusão no caso de o segurado admitir o ilícito doloso. Este outro “gatilho” é o objeto da próxima e última seção deste trabalho.

2.3.2. Admissão do ato doloso pelo segurado

Além de decisão transitada em julgado, o outro “gatilho” da excludente de atos que consta, via de regra, na maioria das apólices é a admissão da conduta dolosa pelo segurado. Assim, exemplificativamente:

“Esta exclusão somente se aplicará no caso de reconhecimento de ATO ILÍCITO DOLOSO ou por culpa grave equiparável ao dolo por decisão final[...], ou ainda admitido por escrito pelo SEGURADO”²⁴⁸.

A primeira questão que se coloca é saber, mais precisamente, no que consiste tal admissão. Há apólices que são menos claras, mencionando termos vagos como “em caso de reconhecimento do segurado”, dando margem maior para questionar o que configura o “reconhecimento”. Mas mesmo em apólices que mencionam admissão “por escrito”, pode-se indagar: em que âmbito tal declaração por escrito configura uma admissão? É necessário que tal admissão se dê no próprio processo? Ou bastaria, por

²⁴⁸ Apólice da Allianz (Processo SUSEP 15414.901113/2017-96), Cláusula 4(n).

exemplo, uma troca de e-mails em que o administrador reconhece ter praticado dolosamente o fato que lhe é imputado?

A questão, embora não aparente, é complexa. Há diversas variáveis que podem influir na interpretação, incluindo, dentre outras, a comprovação da admissão, havendo apólices que mencionam expressamente a forma escrita e outras não. Neste trabalho, vamos nos limitar a discutir um argumento levantado por parte da doutrina no sentido de que a admissão que deflagra a exclusão da cobertura é aquela que produz efeitos no processo subjacente, isto é, a que importa em *confissão*. É o que sustentam OLIVEIRA MARTINS e LIMA REGO:

“Pelo que as exigências mínimas que a boa fé imporia na interpretação desta cláusula seriam de compreender o segmento em causa como uma admissão da prática dos factos que pudesse produzir efeitos num processo penal ou administrativo sancionatório. Teria que tratar-se, portanto, daquilo que pudesse ser valorado como uma confissão”²⁴⁹.

Tal argumento, esclareça-se, foi lançado tendo em vista especificamente processos penais e administrativos sancionatórios, nos quais “a declaração de que o sujeito praticou um destes ilícitos é da competência exclusiva de entidades públicas constitucionalmente legitimadas”²⁵⁰. Por isso, sustentam as autoras, que a confissão, para afastar a cobertura securitária, teria (i) de se dar no âmbito do processo; e (ii) de resultar na condenação.

Embora bem fundamentada, não nos parece correta tal construção.

A uma, esta tese não se aplica quando se tratar de matéria civil, porque, nesta esfera, “pode admitir-se que baste o acordo de ambas réu-segurado e vítima para afirmar a prática de facto doloso”²⁵¹. Assim, haveria uma aplicabilidade distinta do

²⁴⁹ LIMA REGO, Margarida; OLIVEIRA MARTINS, Maria Inês. Seguro D&O com cobertura de custos de defesa em processo penal ou sancionatório. Declaração inicial de risco. Notificação de sinistro. Causação dolosa do sinistro. Prescrição. *Revista de Direito Privado*, vol. 97, 2019, p. 239-324. Acesso pela RT Online, sem indicação de página.

²⁵⁰ LIMA REGO, Margarida; OLIVEIRA MARTINS, Maria Inês. Seguro D&O com cobertura de custos de defesa em processo penal ou sancionatório. Declaração inicial de risco. Notificação de sinistro. Causação dolosa do sinistro. Prescrição. *Revista de Direito Privado*, vol. 97, 2019, p. 239-324. Acesso pela RT Online, sem indicação de página.

²⁵¹ OLIVEIRA MARTINS, Maria Inês de. Dolo e seguro D&O. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (Org.) *VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Roncarati: 2018, p. 389-422, p. 408.

“gatilho” a depender da matéria objeto da demanda subjacente. Não nos parece que seja correta esta análise “casuística”, por assim dizer. A questão da configuração da admissão deve ser vista no plano da relação securitária, isto é, no contexto contratual.

E, no plano contratual, a interpretação que propõe a necessidade de a admissão do segurado resultar em condenação como requisito ao afastamento da cobertura securitária resulta em inadmissível privação de efeitos de previsões contratuais. Ora, afirmar que a admissão pelo segurado tem de gerar efeitos condenatórios é o mesmo que afirmar ser necessária decisão final do órgão competente. Tal interpretação torna letra morta a previsão contratual que elenca a admissão do segurado como “gatilho” para o afastamento da garantia, o que não se pode aceitar, considerado a antiquíssima a regra segundo a qual deve ser privilegiar a interpretação capaz de atribuir efeito útil ao disposto pelas partes, “sob pena se atirar o contrato à inutilidade”²⁵².

Ademais, ainda no plano contratual, não se pode negar a relevância jurídica dada ao *comportamento das partes* pelo Ordenamento jurídico brasileiro. Ao propor que a admissão teria de ser feita em juízo, a nosso ver, desconsidera-se o valor declarativo do comportamento dos contraentes ao longo da execução do contrato²⁵³, tolhendo a eficácia de declarações emitidas – expressam ou tacitamente²⁵⁴ – pelo segurado ao durante a vigência do contrato. Tomando, por analogia, o paradigma do comportamento concludente, sabe-se que “a conduta em questão, a configurar uma aceitação tácita, deveria ser incompatível com a situação de não aceitação”²⁵⁵. Não se está a defender que a admissão do cometimento de ilícito doloso pelo segurado equivale à manifestação de vontade no prisma da formação contratual. No entanto, tal comparação nos parece propícia a demonstrar o valor jurídico conferido ao comportamento do contratante.

Assim, ainda que o segurado não confesse no âmbito do processo a prática dolosa, entendemos que manifestações suas em outros contextos, desde que

²⁵² FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 244.

²⁵³ Como explica Judith MARTINS-COSTA, a boa-fé objetiva “[v]iabiliza valorar a conduta das partes no curso do processo obrigacional”, autorizando “concluir – em razão do comportamento seguido – qual o sentido a conferir à manifestação” do contratante (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 511)

²⁵⁴ Nas palavras de Enzo Roppo, a manifestação tácita é “a que resulta implicitamente e de forma, digamos, operativa, da atitude e da actividade do sujeito” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. de Ana Coimbra e Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 94).

²⁵⁵ TUTIKIAN, Priscila David Sansone. *O silêncio na formação dos contratos*. Proposta, aceitação e elementos da declaração negocial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 70.

inequivocamente voltadas a reconhecer o dolo, devem ser consideradas. É o caso, por exemplo, da celebração de acordos de colaboração premiada²⁵⁶ ou algum outro tipo de transação nas quais conste a admissão da prática dolosa.

Por fim, a última questão a ser analisada diz respeito à abrangência subjetiva dos efeitos da admissão do segurado. Retomemos o exemplo fictício dos diretores da companhia construtora de navios que realizaram pagamentos ilícitos a funcionários de governo estrangeiro. Imaginemos que um deles, arrependido de seus atos, confessou a prática ilícita e confirmou a participação do outro diretor. Nessa hipótese, poderia a seguradora, com base em tal confissão, negar a cobertura dos custos de defesa do diretor que continua resistindo à acusação? Em nosso sentir, a resposta é negativa.

Em primeiro lugar, a confissão é ato personalíssimo²⁵⁷. Assim, “somente o titular da relação jurídica de direito material pode confessar, em razão das consequências gravosas que podem ser produzidas”²⁵⁸. Por isso, o art. 213 do Código Civil determina a ineficácia da confissão “se provém de quem não é capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados”²⁵⁹. Nessa direção, sobre o reconhecimento de responsabilidade por um dos administradores segurados por um mesmo seguro *D&O*, explica BLANCO IRIBARREN:

²⁵⁶ “Este seguro não cobre atos dolosos, o segurado que faz delação premiada ou acordos de leniência ou confissão de culpa, por exemplo, perde automaticamente o direito de usar a apólice” (PARENTE, Norma Jonssen. *Mercado de Capitais*. 2ª ed. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.) Tratado de Direito Empresarial. Vol. 6. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 636). Note-se que a apólice da Tokio Marine, inclusive, contempla previsão expressa acerca de acordos de colaboração premiada: “As disposições acima serão aplicadas somente no caso de confissão espontânea da pessoa atestando sua conduta Dolosa, ou ainda, por sentença judicial ou arbitral, transitada em julgado, em que reste declarado, conforme o caso, a prática de ato Doloso ou de Culpa Grave equiparado ao Dolo bem como nos casos de celebração de colaboração premiada ou acordo de leniência”. (Processo SUSEP nº 15414.901489/2017-09, Cláusula 7.1.1).

²⁵⁷ LIMA REGO, Margarida; OLVEIRA MARTINS, Maria Inês. Seguro D&O com cobertura de custos de defesa em processo penal ou sancionatório. Declaração inicial de risco. Notificação de sinistro. Causação dolosa do sinistro. Prescrição. *Revista de Direito Privado*, vol. 97, 2019, p. 239-324. Acesso pela RT Online, sem indicação de página: “[A]penas poderia estar em causa uma confissão da própria Sociedade segurada, *relativa, portanto, aos factos que lhe vêm imputados*. A confissão é um ato que versa sobre os factos que vêm imputados ao declarante; e é um *ato pessoalíssimo*, que apenas pode afetar o próprio declarante, e não terceiros”.

²⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado*: conforme a Constituição da República. Vol. I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 444.

²⁵⁹ Veja-se que, no direito processual civil, por exemplo, “a confissão somente poderá produzir efeitos se todos os litisconsortes confessarem; a confissão isolada de um deles é ineficaz em si mesma” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 167).

“El reconocimiento de responsabilidad es un acto personal que, por su propia naturaleza, no dice nada de la responsabilidad de los demás administradores. [...] Por tanto, de ninguna manera puede influir en la existencia y medida de la responsabilidad civil de los demás administradores, cuyos presupuestos deberán, consecuentemente, ser demostrados por separado para cada uno de ellos”²⁶⁰.

Em segundo lugar, é comum nas apólices do seguro *D&O* haver previsão expressa de segregação entre os administradores segurados. Isto é, normalmente há regra contratual esclarecendo que as exclusões aplicáveis a um dos segurados não se estendem aos demais²⁶¹. *In verbis*:

“Para fins de aplicação da Exclusão Conduta, nenhum ato, erro ou omissão de qualquer Parte Segurada será imputado a qualquer outro Segurado”²⁶².

“Nenhum ATO DOLOSO praticado por um SEGURADO ou seu representante será imputado a outro SEGURADO, caso este último não tenha atuado em conluio com o primeiro”²⁶³.

Assim, se os efeitos dos atos dolosos de um segurado não podem atingir os demais, há de se reconhecer, por coerência, que a admissão de tais práticas também não pode afetar o direito de outros administradores protegidos pelo seguro.

²⁶⁰ IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Navarra: Civitas, 2005, p. 276.

²⁶¹ PAOLINI, Adolfo; NAMBIAN, Deepak. *Directors' and officer's liability insurance*. Londres: Informa, 2008, p. 71; IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Navarra: Civitas, 2005, p. 185; BARROSO DE MELLO, Sergio Ruy. O seguro de responsabilidade civil na modalidade D&O. *Revista Jurídica de Seguros*, CNseg, nº 2, mai./2015, p. 61-81, p. 77.

²⁶² Apólice da AIG Seguros (Processo SUSEP nº 15414.901229/2017-25), Cláusula 4.1.

²⁶³ Apólice da Allianz (Processo SUSEP 15414.901113/2017-96), Cláusula 4.1.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta monografia buscou analisar, dentre as muitas questões controvertidas acerca do seguro de responsabilidade civil de administradores, a exigibilidade da garantia de adiantamento de custos de defesa nas situações em que ao administrador é imputada a prática de ato doloso. O objetivo principal do trabalho foi investigar, à luz do Direito brasileiro, se – e em que condições – a seguradora pode invocar a prática de ato doloso do segurado para justificar a negativa do adiantamento dos custos de defesa.

Essa análise não poderia ser feita sem antes construir uma base conceitual que permitisse entender o funcionamento do seguro *D&O* e da própria garantia de adiantamento de custos de defesa que lhe é característica. A Parte I serviu a tal construção.

Iniciamos por traçar um breve panorama das diversas possibilidades de responsabilização pessoal às quais o administrador está exposto. Na sequência, buscamos delinear o perfil finalístico do seguro *D&O*. Avaliando as razões que fizeram surgir este seguro – notadamente, a incapacidade de os administradores arcarem não só com indenizações decorrentes de sua responsabilização, mas também com os custos do litígio –, bem como seu desenvolvimento no Direito Comparado (especialmente no *Common Law*), concluímos que sua finalidade principal é a *proteção do patrimônio do administrador*. Nessa linha, constatou-se também que este seguro não pode ser qualificado como um típico seguro de responsabilidade civil, revelando-se verdadeiro seguro *multirriscos*, o que exige temperamento na aplicação do regime de seguros de responsabilidade previsto no art. 787 do Código Civil.

Passamos então a abordar o perfil estrutural do seguro de responsabilidade de administradores, explicitando as principais características e as coberturas tipicamente oferecida nas apólices *D&O*, dedicando especial atenção à cobertura de custos de defesa. Em tópico próprio, demonstramos que a finalidade dessa garantia é prover o segurado com os custos necessários ao exercício efetivo de seu direito de defesa nas demandas que visam a sua responsabilização, razão pela qual a maioria das apólices prevê o direito ao adiantamento dos custos de defesa à medida em que são incorridos.

Fincados esses conceitos, na Parte II buscamos enfrentar o problema central deste trabalho. Começamos por explorar a regra geral do Direito securitário que exclui

do âmbito do interesse segurável os atos praticados dolosamente, seja inquinando de nulidade o contrato que tem por objeto, *ab initio*, o asseguroamento de ilícito doloso, seja qualificando a conduta dolosa do segurado como causa excludente da responsabilidade da seguradora.

Chegamos então ao ponto crucial de investigação. Quando o segurado aciona a cobertura de adiantamento de custos de defesa para defender-se em uma demanda que lhe imputa a prática de ato doloso – que, em princípio, afastaria a garantia – *quid juris?* Demonstramos haver diversas razões para sustentar que o adiantamento de custos de defesa é devido até que o dolo reste definitivamente configurado, dentre as quais (i) a identificação *objetiva* dos gastos de defesa como uma perda que não decorre do ato ilícito em si, mas da atividade processual volta a estabelecer a responsabilidade por tal ato; e (ii) a frustração da finalidade do adiantamento dos gastos de defesa caso fosse dado à seguradora negar tal cobertura com base em meras acusações de dolo do segurado.

Concluimos, assim, que não é lícito a seguradora fundamentar a negativa de cobertura de custos de defesa com base em seu próprio juízo acerca do dolo do segurado, inobstante a verossimilhança das alegações contra o administrador. Por isso, exige-se, como aliás exposto na maior das apólices, que o dolo seja reconhecido ou por decisão judicial transitada em julgado ou por admissão do próprio administrador, hipóteses que foram objeto de análise no derradeiro tópico deste trabalho.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Joshua. A Common Law Approach to D&O Insurance ‘In Fact’ Exclusion Disputes. *The University of Chicago Law Review*, vol. 79, n.4, p. 1429-1466.
- ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A: e as ações correlatas*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- AMARO DE SOUZA, Anderson. O seguro de responsabilidade civil dos administradores. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 2, 2014, p. 97-125.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel. Sobre a Natureza Jurisdicional da Arbitragem. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Arbitragem: Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.
- _____. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Bookseller, 2001.
- BAKER, Tom; GRIFFITH, Sean. Predicting Corporate Governance Risk: evidence from the Directors’ & Officers’ Liability Insurance Market. *The University of Chicago Law Review*, vol. 74, n. 2, 2007.
- BARROSO DE MELLO, Sergio Ruy. *O seguro de responsabilidade civil na modalidade D&O*. Revista Jurídica de Seguros, CNseg, nº 2, mai./2015, p. 61-81.
- BENETTI, Giovana. *Dolo no Direito Civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- _____. Omissão dolosa no contrato de seguro. In: BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues; SANTANA FERNANDES, Márcia; NITSCHKE Guilherme Carneiro Monteiro; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura

- Beck (Orgs.). *Direito, Cultura, Método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ, 2019, p. 788-811.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Vol. V. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1957.
- BITTLE, Lyndon *et ali*. Insurance and Indemnification of Directors and Officers. *Corporate Counsel Review: Avoiding Pitfalls* 2011.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARVALHO SANTOS, J.M. *Código Civil Brasileiro Interpretado: principalmente do ponto de vista prático*. Vol. XIX. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 3. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846/2013*. 1ª ed em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CHALMERS, John *et ali*. Managerial Opportunism? Evidence from Directors' and Officers' Insurance Purchases. *The Journal of Finance*, vol. 57, n. 2, abr./2002, p. 609-639. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/>. Último acesso em 01/05/2019.
- CLARK, Robert Charles. *Corporate Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1986.
- COMPARATO, Fábio Konder. Obrigação de Meios, de Resultado e de Garantia. *Revista dos Tribunais*, vol. 386, dez./1967. Acesso pela RT Online.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Editora FGV, 2007.
- DAVIES, Paul; WORTHINGTON, Sarah. *Gower's Principles of Modern Company Law*. 10ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2016.

- DE CARA, Marília. *A aplicabilidade do seguro de responsabilidade civil de administradores e diretores no âmbito da administração das companhias*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013.
- DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. XI, T. I. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- DESAI, Mihir A. *The wisdom of finance: discovering humanity in the world of risk and return*. Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 2017.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- ECO, Umberto. *Come si fa una tesi di laurea: le materie umanistiche*. Milão: Tascabili Bompiani, 2001.
- EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- ELISABETE RAMOS, Maria; PÉREZ CARRILLO, Elena. Responsabilidade civil e seguro os administradores: reflexões em torno das experiências portuguesa e espanhola. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 82, ano 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. Contrato de seguro e o agravamento de risco na perspectiva do Código Civil brasileiro. FACHIN, Luiz Edson. *Soluções práticas de direito: pareceres*. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FARNSWORTH, Allan. *Contracts*. 4ª ed. Nova York: Aspen Publishers, 2004.
- FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- FISCHER, Douglas. Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em Face da Interpretação Sistêmica da Constituição. Uma Análise do Princípio da Proporcionalidade: entre a Proibição de Excesso e a Proibição de

Proteção Deficiente. *Revista de Direito Público*, vol. 6, n. 25, jan.-fev./2009, p. 7-30.

FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Conceito de Culpa. *Revista dos Tribunais*, vol. 770, dez./1999, p. 118-122.

FRADERA, Véra Maria Jacob de; GOLDBERG, Ilan *et ali*. *Contratos Mercantis*. 1ª ed. em e-book. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.) *Tratado de Direito Empresarial*. Vol. 4. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2016.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. A responsabilidade civil dos administradores de companhias abertas não financeiras e o seguro D&O. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 74/2016, p. 53-70.

GISCHE, David. *Directors and Officers Liability Insurance*. Disponível em: <https://corporate.findlaw.com/corporate-governance/directors-and-officers-liability-insurance.html>. Último acesso em: 25.05.2019.

GOLDBERG, Ilan. O dever de lealdade e o insider trading sob a ótica do contrato de seguro de responsabilidade civil. *Revista Opinião.seg*, n. 14, julho/2017.

GONÇALVES DE SOUZA, Pedro Guilherme. Novos riscos corporativos desafiam o seguro D&O. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI298654,11049Novos+riscos+corporativos+desafiam+o+seguro+DO>. Último acesso em 27.06.2019.

GONÇALVES FILHO, Pérciles. *Seguro e risco moral: o seguro de responsabilidade dos administradores (Directors & Officers Liability Insurance) e as ferramentas regulatórias para mitigar o risco moral no contexto corporativo*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2019.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6ª ed, 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

GUERRERO LEBRÓN, María Jesús. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*. Madri: La Ley, 2004.

- HANNIGAN, Brenda. *Company Law*. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Navarra: Civitas, 2005.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Acordo de acionistas com cláusulas de preferência na aquisição de ações. Contrato *intuitu personae* a ser interpretado em duas fases: a procura da vontade comum das partes e boa-fé objetiva contextual. Teoria do abuso da personalidade jurídica. Extensão da preferência à hipótese implícita de alienação da controladora de uma das acionistas. In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 219-234.
- _____. Contrato de seguro de crédito. Ônus da seguradora de provar a má-fé do segurado. Impossibilidade do uso da *exceptio non adimpleti contractus* em caso de dispensa reiterada do cumprimento da obrigação por parte da seguradora (*suppressio*). Distinção entre cessão de contrato e cessão de crédito. In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 311-328.
- LIMA REGO, Margarida. A quem aproveita o seguro de responsabilidade civil de administradores celebrado para os efeitos do art. 396.º CSC? In: COUTINHO DE ABREU, J. *et ali* (Orgs.) *I Congresso de Direitos das Sociedades em Revista*. Coimbra: Almedina, 2011.
- LIMA REGO, Margarida; OLVEIRA MARTINS, Maria Inês. Seguro D&O com cobertura de custos de defesa em processo penal ou sancionatório. Declaração inicial de risco. Notificação de sinistro. Causação dolosa do sinistro. Prescrição. *Revista de Direito Privado*, vol. 97, 2019, p. 239-324.
- LIU, Fang. Applying the fraud-exclusion provision under D&O insurance policies: ‘adjudication’ or ‘in fact’ – which is better? *Western Michigan University Cooley Journal of Practical & Clinical Law*, vol. 17, n. 3, 2016, p. 247-264.
- LOURENÇO DE FARIA, Clara Beatriz. O seguro D&O e a proteção do patrimônio dos administradores. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2015.

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

MALENO, Stuart; RECCHIA, Karina. *The uncertain future of D&O insurance in Brazil*. Disponível em: <http://www.mondaq.com/brazil/x/646950/Insurance/The+Uncertain+Future+of+DO+Insurance+in+Brazil>. Último acesso em: 10.05.2019.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Autoridade e Utilidade da Doutrina. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. V, Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Contrato de construção. ‘Contratos-Aliança’. Interpretação contratual. Cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar. Parecer. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 1, 2014, p. 315-351.

MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme. Contratos Duradouros Lacunosos e Poderes do Árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 1, 2015.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunas contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

OLIVEIRA MARTINS, Maria Inês de. Dolo e seguro D&O. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (Org.) *VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Roncarati: 2018, p. 389-422.

- PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *D&O Insurance: o Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anónima*. Coimbra: Almedina, 2007.
- PAOLINI, Adolfo; NAMBISAN, Deepak. *Directors' and officer's liability insurance*. Londres: Informa, 2008.
- PARENTE, Norma Jonssen. *Mercado de Capitais*. 2ª ed. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.) *Tratado de Direito Empresarial*. Vol. 6. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- PARGENDLER, Mariana. Responsabilidade civil dos administradores e *business judgment rule* no Direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 953, mar./2015, p. 51-74.
- PÉREZ CARRILLO, Elena. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales: el seguro D&O em EEUU*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLVI. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IV. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLV. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Seguros de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010.
- RODRIGUES, Ana Carolina. A responsabilidade civil e o seguro D&O. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 58, 2012, p. 437-455.

- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. de Ana Coimbra e Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.
- SAMPAIO CAMPOS, Luiz Antonio. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coords.) *Direito das Companhias*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 3ª ed. São Paulo: Almedina, 2018.
- SPINELLI, Luis Felipe. *Conflito de interesses na administração de sociedades anônimas*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- TAVARES GUERREIRO, José Alexandre; LACERDA TEIXEIRA, Egberto. *Das sociedades anônimas no Direito brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1979.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado: conforme a Constituição da República*. Vol. I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- _____. *Código Civil Interpretado: conforme a Constituição da República*. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. III, T. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. O seguro de responsabilidade civil – Disciplina Material e Processual – Novo Código de Processo Civil. In: BEZERRA DA SILVA, Washington (Coord.). *Direito de Seguros e Previdência: V Congresso Brasileiro de Direito de Seguros e Previdência*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 35-60.
- TRAUTMAN, Lawrence; ALTENBAUMER-PRICE, Kara. *D&O Insurance: a primer*. *American University Business Law Review*, vol. 1, n. 2, 2012, p. 337-367.
- TUTIKIAN, Priscila David Sansone. *O silêncio na formação dos contratos*. Proposta, aceitação e elemento da declaração negocial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TZIRULNIK, Ernesto *et ali*. *O contrato de seguro: de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. In: Entrevista para o Jornal Valor Econômico. 21.08.2018. Disponível em: https://www.valor.com.br/legislacao/5753401/desembargador-do-tj-sp-e-contrario-seguro-para-envolvidos-na-lava-jato?utm_source=JOTA+Full+List&utm_campaign=2cfe8589c9-EMAIL_CAMPAIGN_2018_08_21_09_51&utm_medium=email&utm_term=0_5e71fd639b-2cfe8589c9-380309073.

_____. In: VALOR ECONÔMICO. Desembargador do TJ-SP é contrário a seguro para envolvidos na Lava-Jato. Disponível em: <https://www.valor.com.br/legislacao/5753401/desembargador-do-tj-sp-e-contrario-seguro-para-envolvidos-na-lava-jato>. Último acesso em 23.06.2019.

_____. Seguro contra todos os riscos (*all risks*) de engenharia – regulação de sinistro – conceito de dano material. *Revista dos Tribunais*, vol. 827, set./2004, p. 105-143.

_____. *Vivemos tempos obscuros inclusive no campo dos seguros*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jun-06/ernesto-tzirulnik-tempos-obscuros-inclusive-campo-seguros>. Último acesso em 23.06.2019.

VON BRUCK LACERDA, Maurício Andere. *O seguro dos administradores no Brasil: o D&O Insurance Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. Reflexões críticas sobre a jurisprudência do contrato de seguro *D&O* nos tribunais brasileiros. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (Org.) *VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Roncarati: 2018, p. 423-453.

WARDE, Walfrido. O seguro D&O e o mercado de capital. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (Org.) *VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Roncarati: 2018, p. 382-388.

WETERINGS, Wim. *Directors' & Officers' liability, D&O insurance and moral hazard: more control of moral hazard by D&O insurers needed to increase the*

incentives of directors and supervisory board members, 2012, p. 8. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2153129>. Último acesso em: 14.06.2019.

YOUNGMAN, Ian. *Directors' and officers' liability insurance: a guide to International practice*. 2ª ed. Cambridge: Woodhead Publishing, 1999.

ZANINI, Carlos Klein. A doutrina dos “fiduciary duties” no direito norte-americano e a tutela das sociedades e acionistas minoritários frente aos administradores das sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, a. 36, n. 109, jan.-mar./1998, p. 137-149.

ZULIANI, Ênio. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019.

CASOS NACIONAIS CITADOS

STF. HC nº 126.292/SP. Plenário. Rel. Min. Teori Zavascki. J. em 17.02.2016.

STJ. AgRg no Ag nº 246475/DF. 2ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. em 01.06.2000.

STJ. REsp 1.601.555/SP. 3ª Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. J. em 14.02.2017.

STJ. REsp 1.738.247/SC. 3ª Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. J. em 27.11.2018.

STJ. REsp nº 1.331.100. 4ª Turma. Rel. Min. Raul Araújo. J. em 22.02.2016.

TJPR. Ap. Cív. 652608-1. 9ª Câmara Cível. Rel. Des. Sérgio Luiz Patitucci. J. em 24.06.2010.

TJRJ. Ap. 0035225-17.2012.8.19.0209. 10ª Câm. Cív. Rel. Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos. J. em 11.10.2017.

TJRS. Ap. 70070763891. 6ª Câm. Cív. Rel. Des. Alex Gonzalez Custodio. J. em 26 de outubro de 2017.

TJSP. Ap. Cív. 543.194-4/9-00. 6ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Vito Gugliemi. J. em 11.12.2008.

TJSP. Ap. nº 0172250-84.2010.8.26.0100. 10ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Roberto Maia. J. em 25.06.2013.

TJSP. Ap. nº 1025767-63.2013.8.26.0100. 4ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Enio Zuliani. J. em 22.05.2014.