

RISCO MORAL NOS CONTRATOS DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL “D&O” (*Directors and Officers Liability Insurance*)

Gabriela Wallau Rodrigues

Doutoranda em Direito pela PUCRS

Mestre em Direito pela PUCRS

Professora de Direito na PUCRS

e-mail: gabriela.rodrigues@pucrs.br

Juliana Sirotsky Soria

Mestranda em Direito pela PUCRS

Graduada pela PUCRS

Advogada

e-mail: juliana.sirotsky@gmail.com

Recebido em: 05/03/2017

Aprovado em: 08/06/2017

RESUMO

O texto trata dos contratos de seguro de responsabilidade civil sob a modalidade “D&O” (*Directors & Officers Liability*), recentemente regulamentados pela SUSEP, cujo objeto é a proteção do risco pela responsabilização de administradores de empresas (diretores e conselheiros de administração) em razão de atos cometidos no exercício de suas atividades. O enfoque da pesquisa reside nas cláusulas de afastamento de cobertura pelo cometimento de atos relacionados à corrupção – o que, segundo a lógica aplicada por algumas seguradoras, implicaria no risco moral e no aumento dos casos de violação à legislação anticorrupção. Nesse cenário, é proposta uma análise crítica acerca da cláusula de afastamento de cobertura, notadamente, a partir da sua interpretação, a partir da eficiência e proporcionalidade.

Palavras-chave: *Compliance*. Risco moral. Responsabilidade de administradores. Seguro de Responsabilidade Civil D&O. Proporcionalidade.

MORAL RISK IN CIVIL LIABILITY INSURANCE CONTRACTS “D&O” (*Directors and Officers Liability Insurance*)

ABSTRACT

The text aims to analyze Directors and Officers Liability Insurance contracts, recently regulated by the Brazilian insurance regulation organ (SUSEP). Such contracts have as an object the liability of managers, such as company’s directors and officers by means of regards acts related to their activities. The research focuses on the clauses that relegate the possibility

of insurance payment on cases related to corruption acts – which, according to the logic adopted by some insurance companies, would lead to moral hazard and the increase of corruption cases. In light of that, it is proposed the critical analysis of said clause, specially in light of its interpretation according to the principles of efficiency and proportionality.

Keywords: Compliance. Moral hazard. Directors and Officers Liability. Insurance. Proportionality.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo a análise dos contratos de seguro de responsabilidade civil na modalidade “D&O” (*Directors and Officers Liability Insurance*), com enfoque nas cláusulas eventualmente introduzidas pelas seguradoras no sentido de afastar a cobertura em caso de responsabilidade pessoal de administradores¹ em razão de atos de corrupção.

O recrudescimento do sistema brasileiro na busca pelo combate à corrupção, notadamente após a promulgação da Lei n. 12.846/13,² tem ampliado o risco de configuração da responsabilidade (geralmente de forma objetiva) não apenas das pessoas jurídicas, mas também de seus administradores em relação a tais atos, o que tende a gerar o crescimento da contratação de seguros de responsabilidade civil.

¹ Anota-se, desde logo, que, para a legislação comercial brasileira, os termos “administrador”, “empresário” e “gestor” podem ter acepções técnicas diferentes (por todos, ver FORGIONI, Paula. **A evolução do Direito Comercial Brasileiro**: da mercancia ao mercado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, *passim*). Todavia, para os fins deste ensaio – e, em geral, para a compreensão do escopo dos contratos de responsabilidade civil ora em comento –, adotar-se-á o termo “administrador” como aquele que, na condução da atividade empresarial, esteja submetido ao risco pela responsabilidade civil decorrente desse exercício. Nessa linha, destaca-se o sentido de segurado adotado pela a redação do artigo 3º, inciso XXX da Circular n. 541/16 da SUSEP: “XXX - segurado: no seguro de RC D & O, na acepção usual do termo, são as pessoas físicas em benefício das quais uma pessoa jurídica contrata o seguro, quando estas pessoas, durante o período de vigência do seguro, e/ou durante o período de retroatividade, nela ocupem, passem a ocupar, ou tenham ocupado: a) cargo de Diretor, Administrador ou Conselheiro, ou qualquer outro cargo executivo, para os quais tenham sido eleitas e/ou nomeadas, condicionado a que, se legalmente exigido, a eleição e/ou nomeação tenham sido ratificadas por órgãos competentes; b) cargo de gestão, para o qual tenham sido contratadas, se a pessoa jurídica for legalmente solidária em relação a atos e decisões praticados por tais pessoas no exercício de suas funções; [...]” (SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS – SUSEP. Circular n. 541, de 14 de outubro de 2016. Estabelece diretrizes gerais aplicáveis aos seguros de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoas jurídicas (seguro de RC D&O). **Diário Oficial da União**, 17 de outubro de 2016).

² BRASIL, Lei n. 12.846/13, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 2 de outubro de 2013.

O tema ganha especial relevância em razão da recente edição, por parte da SUSEP, da Circular n. 541,³ que regulamentou especificamente essa modalidade de seguro, originalmente regido pelas normas gerais incidentes sobre seguros de responsabilidade civil.

Partindo dessas premissas, o texto aborda os contornos gerais dos contratos de seguro de responsabilidade civil D&O, buscando avaliar em que medida a sua contratação tenda a configurar o risco moral (*moral hazard*), ou seja, a possibilidade da modificação do comportamento do contratante – que, uma vez assegurado, poderia tender a diminuir a sua cautela e diligência na diminuição dos riscos implicados.

Todavia, a proposta trazida no último tópico do trabalho é no sentido da análise crítica, com base nos princípios da proporcionalidade e da eficiência, acerca da interpretação da cláusula de afastamento de cobertura na hipótese de cometimento de atos de corrupção, levando-se, especialmente, em conta as características gerais dos contratos interempresariais – o que, por certo, é marcante nessa modalidade de seguro de responsabilidade civil. Longe de pretender-se estancar o debate, a ideia do texto centra-se em trazer à tona a compreensão da espécie contratual em comento como complexa, observando-se os seus *inputs* e *outputs* para além da mera relação entre as partes contratantes.

2 CARACTERÍSTICAS GERAIS DOS CONTRATOS DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL D&O

Em razão do exponencial risco a que são submetidos diretores e conselheiros de administração no exercício de suas atividades, a contratação de seguro para acobertar tais riscos tem-se tornado medida interessante. Inicialmente, foi comercializado seguindo as regras gerais de seguros de responsabilidade civil. Todavia, observou-se recentemente a aprovação, por parte do Conselho Diretor da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), de regras específicas para essa modalidade de seguro de risco.⁴

O seguro conhecido como “Seguro D&O” possui tal nomenclatura porque as letras “D” e “O” são a abreviação das palavras de língua inglesa “*Directors*” e “*Officers*”, uma alusão aos tomadores de decisão das companhias. A sua aplicação é muito difundida, especialmente nas grandes corporações que atuam sob regime jurídico de direito privado.

³ SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS – SUSEP. Circular n. 541, de 14 de outubro de 2016. Estabelece diretrizes gerais aplicáveis aos seguros de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoas jurídicas (seguro de RC D&O). **Diário Oficial da União**, 17 de outubro de 2016.

⁴ SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS – SUSEP. Circular n. 541, de 14 de outubro de 2016. Estabelece diretrizes gerais aplicáveis aos seguros de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoas jurídicas (seguro de RC D&O). **Diário Oficial da União**, 17 de outubro de 2016.

Observa-se, contudo, que o escopo no Brasil dessa modalidade contratual abrange não somente diretores e conselheiros de administração, mas também outros “gestores”, à luz da Circular n. 541, da SUSEP, acima mencionada.

Objetivamente, tal espécie de contrato de seguro é marcada pela relação que possui com os tomadores de decisão das companhias, de modo que a atuação de diretores, administradores, bem como demais pessoas ligadas à alta administração dos entes societários seja pautada por uma margem de segurança que permita a adoção de medidas com um maior teor de segurança.

Essa modalidade de contrato encontra algumas peculiaridades que merecem destaque, é muito comum e mais recente a postura de se contratar duas apólices, uma individual, adquirida pelo gestor e uma a coletiva, pela empresa, o que representa uma maior segurança ao gestor que tem a faculdade de optar em utilizar qualquer uma das duas, uma vez que, caso se ultrapasse do limite de uma, usa-se o que é previsto na outra.⁵

Marília de Cara⁶ refere que, conquanto a tradução do termo *Directors* remeta aos gestores ocupantes do cargo de diretoria e do conselho de administração, o mercado brasileiro inclui como beneficiários os membros do conselho fiscal, órgãos técnicos e consultivos constituídos conforme o estatuto social, bem como advogados internos, caso estes possam ser responsabilizados pelo ato praticado, especialmente, em casos de corrupção.⁷

Ainda, algumas seguradoras permitem que figurem como beneficiários todas as pessoas que, de alguma forma, tenham ingerência sobre os negócios sociais. De modo que podem abranger pessoas que estejam envolvidas com a tomada de decisão pela sociedade e/ou que realizem representação de fato da sociedade tomadora e de suas subsidiárias, motivo pelo

⁵ O seguro complementar é semelhante ao tradicional em condições gerais e exclusões. No entanto, possui duas coberturas agregadas, a retroatividade ilimitada, que consiste em oferecer a cobertura para todos os fatos desconhecidos pelo executivo na contratação da apólice, até mesmo em empresas anteriores. A outra cobertura, considerada por Jorge um avanço importante, é a portabilidade. “Caso ele mude para outra empresa, ou para outra posição, ele carregará consigo o D&O One”. Entre os benefícios exclusivos para uso pessoal estão a assistência jurídica, a consultoria para declaração de imposto de renda pessoa física e o aconselhamento financeiro. Vigente por 12 meses, a apólice tem limite disponível para contratação de R\$ 500 mil a R\$ 5 milhões por segurado. (RODRIGUES, Carol. **Seguro individual complementa a apólice de D&O tradicional e oferece benefícios pessoais para o gestor**. Disponível em: <<http://www.sevecorcorretoradeseguros.com>>. Acesso em: 28 nov. 2016).

⁶ CARA, Marília de. **A aplicabilidade do seguro de responsabilidade civil de administradores e diretores no âmbito da administração das companhias**. 2013. 55 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

⁷ FARIA, B. L. de. **O seguro D&O e a proteção ao patrimônio dos administradores**. São Paulo: Almedina, 2011. p. 92.

qual poderiam ser demandadas por terceiros, tais como diretores não estatutários, supervisores, procuradores e empregados que desempenham funções gerenciais.⁸

No mais, tem-se que o objeto do seguro D&O é o pagamento com custos de defesa do administrador em processo, bem como da indenização de prejuízos sofridos por terceiros, pelos quais o administrador venha a ser condenado.⁹ Dessa forma, ao cabo, está a proteção financeira em caso de falência, além do ressarcimento à empresa em caso de falha na gestão, omissões, erros e condenação em pagamento de multas diversas.

Cabe ressaltar que, até recentemente, essa forma de seguro era bastante incipiente no país, razão pela qual inexistia um número expressivo de julgados judiciais ou administrativos sobre o tema em questão. Além disso, como a contratação dessa modalidade de seguro tem caráter privado, com exceção de companhias mistas, a doutrina sobre a matéria está, aos poucos, se tornando mais popular no Brasil.

Cumprir informar, ainda, para fins de caracterização deste trabalho, a questão da apreciação da culpa ou dolo do administrador, especialmente quando se trata de responsabilidade pessoal, com a finalidade de acionar a cláusula do seguro, pois a concessão de cobertura do seguro não poderia ficar completamente atrelada ao juízo de culpabilidade sob a ótica do direito societário, sob pena de inviabilizar, completamente, as operações de seguro e de responsabilidade civil. Assim, a seguradora realiza diligências para regular o processo do sinistro.¹⁰

Nessa senda, as seguradoras realizam entrevistas com os administradores, fazendo uma criteriosa avaliação de estrutura administrativa e dos planos de gestão de curta a longo prazo. Nessas avaliações, são abordados tópicos de políticas internas para a incentivo de

⁸ MACHADO, Ana Paula Molinari. **Contrato de seguro D&O (Directors and Officers Liability Insurance)**. Disponível em: <<http://www.legiscor.com.br/Artigos/Artigos/Aspectos-juridicos-do-contrato-de-seguro-D-O-Directors-and-Officers-Liability-Insurance.html>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

⁹ CARA, Marília de. **A aplicabilidade do seguro de responsabilidade civil de administradores e diretores no âmbito da administração das companhias**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 56-57.

¹⁰ [...] o segurador tende, seguindo preceito legal, a encarar como verdades as declarações do segurado. Se este age com dolo, em um primeiro momento, é mais do que óbvio que o segurador emitirá declaração de vontade viciada, uma vez que pensa estar ouvindo a verdade. Tal situação é suficiente para fulminar o contrato e as obrigações que dele sobrevieram. (TZIRULNIK, Ernesto; OCTAVIANI, Alessandro. **Seguro e fraude: as provas**. Artigo para o Instituto Brasileiro de Direito de Seguros, p. 7. Disponível em: <<http://www.ibds.com.br/artigos/SeguroEFraude-AsProvas.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2016).

executivos, métodos de¹¹ cálculo de remuneração, controle interno e *compliance* da companhia.¹²

Também, observa-se que, agora, o sistema brasileiro alinha-se aos estrangeiros na responsabilização pessoal dos administradores, como, por exemplo, no sistema francês. Picard e Besson ensinam que o Código Francês, ao vedar o seguro sobre atos dolosos, expressa a validade dos seguros sobre atos ou fatos não intencionais. Segundo estes, todos os sinistros causados pelo segurado que decorram da simples imprudência ou negligência são passíveis de serem cobertos por seguro.¹³

Por fim, importante referir a influência do risco moral (*moral hazard*) nas operações de seguro que tem sido debatida há tempos, especificamente no ramo dos seguros de responsabilidade civil de administradores, tem-se estudado se o seguro pode ser utilizado como ferramenta para o que pode ser chamado de oportunismo gerencial.

No Brasil, em virtude das dificuldades da apuração de culpa ou dolo do segurado, das ações de responsabilidade, bem como da noção de que a proteção do seguro transmitido aos administradores seria absolutamente eficaz, este está, sim, associado ao risco moral, à assunção de riscos mais elevados na condução dos negócios empresariais e, até mesmo, a fraudes, sua utilização apresenta mais vantagens que desvantagens, já que o risco moral não é de fácil mensuração pela seguradora, razão pela qual o seguro poderia, de fato, ser utilizado pelo administrador para finalidade diversa a que se propõe.¹⁴

Resta, assim, que o seguro D&O não mitiga o risco de os administradores serem, pessoalmente responsabilizados por sua conduta, mas somente repara os efeitos patrimoniais decorrentes de sua responsabilização. Dessa forma, não pode ser aduzido que o seguro premia o administrador que falta com seus deveres fiduciários ou que age com dolo, pois, a despeito do seguro, ele permanece obrigado a responder administrativa, civil e penalmente por seus atos.¹⁵

¹¹ LIN, Chen; OFFICER, Micah S.; ZOU, Hong. Managerial legal liability Insurance and acquisition outcomes. **Journal of Financial Economics**, University of Hong Kong, p. 27, 2010.

¹² KANG, Christine. **Directors' and Officers' Insurance**: ordinary corporate expense or valuable signaling device. Stanford University, p. 18, 2011. Disponível em: <<https://economics.stanford.edu>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

¹³ PICARD, M.; BESSON, A. *Les Assurances Terrestres*. 5. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1982. Tome Premier, p. 116.

¹⁴ CARA, Marília de. **A aplicabilidade do seguro de responsabilidade civil de administradores e diretores no âmbito da administração das companhias**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 124.

¹⁵ HAN, Li-Ming; MACMINN, Richard D.; REN, Yayuan. **Directors and Officers Insurance and Corporate Governance**. p. 5. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1722289>. Acesso em: 30 nov. 2016.

3 COMPLIANCE E A CLÁUSULA DE AFASTAMENTO DE COBERTURA POR ATOS DE CORRUPÇÃO

Atualmente, é muito debatido o recrudescimento do ordenamento jurídico brasileiro – na esteira do direito internacional – no que diz respeito ao combate à corrupção. Tal cenário tem ampliado o risco de configuração da responsabilidade não apenas das pessoas jurídicas, mas também de seus administradores em relação a tais atos.

A promulgação da Lei n. 12.846/13, chamada Lei Anticorrupção, ampliou as hipóteses de responsabilidade civil das pessoas jurídicas, mas não afastou a de seus administradores. Embora não imponha diretamente a implementação de um programa de *compliance*, estabelece consequências pela sua não aplicação efetiva – o que, ao fim e ao cabo, acaba por atingir diretores e conselheiros de administração.

Diante desses e de outros riscos envolvidos diretamente na condução de atividades empresariais, tornou-se comum a contratação de seguros de responsabilidade civil que visem a acobertar administradores em relação à eventual responsabilidade civil concernente à posição assumida.

Em contrapartida, seguradoras têm incluído em suas cláusulas padrão o afastamento da cobertura nas hipóteses em que a responsabilidade civil seja decorrente do cometimento de atos de corrupção – o que, sabe-se, não advém tão-somente de condutas comissivas dos administradores, podendo, no mais das vezes, incidir de forma objetiva em relação a atos praticados por terceiros.

Sobre o papel do setor de seguros (atualmente regulado pela SUSEP – Superintendência de Seguros Privados), Paulo Toledo Piza¹⁶ refere que os valores constitucionais devem ser articulados de modo a garantir todos seus objetivos – o que, no plano infraconstitucional, pode ser observado no Decreto-Lei 73/66, que regulamenta o setor de seguros, de modo a pulverizar riscos e, assim, atender o comando principiológico do artigo 170 da Constituição Federal, fortalecendo as relações econômicas no mercado.

Em linhas gerais, o afastamento da cobertura de responsabilidade civil nas hipóteses de cometimento de atos de corrupção pode ser visto como um mecanismo que atende precipuamente não apenas o interesse das partes, mas a persecução do objetivo social de não acobertar atos dessa natureza. A questão que aqui se põe é se, de fato, o afastamento da

¹⁶ PIZA, Paulo Luiz de Toledo. Notas sobre corrupção privada e corretagem de seguros. **Revista dos Tribunais**, v. 947, p. 179-200, set. 2014.

cobertura leva à concretização desses fins e, portanto, de que maneira deveriam ser interpretados os contratos de responsabilidade civil nessa modalidade.

Com efeito, importa reconhecer que o combate à corrupção é tido como um objetivo comum e, em especial, um fator de eficiência também nas relações interprivadas. Para José Renato Nalini,¹⁷ trata-se também da otimização dos recursos escassos para a concreção dos objetivos sociais, compatíveis com a ordem constitucional.

O tema tem impactos substanciais não apenas nas relações interprivadas, mas em todo o cenário econômico e social, o que demanda especial atenção. A título exemplificativo, Marcelo Moura e Regina Madalozzo,¹⁸ ao tratar do risco-país, com base no novo Acordo da Basiléia, referem que o risco moral (*moral hazard*) está dentre os pilares a serem considerados para que o risco de crédito venha a ser reduzido substancialmente.

A importância da implementação de um sistema adequado e efetivo de *compliance* é cada vez mais destacada. O estabelecimento de *guidelines* pelas autoridades envolvidas (no caso dos contratos de seguro, notadamente a SUSEP) é de crucial importância. Nesse sentido, Guilherme Missali destaca que a dinâmica do órgão regulador contribui, também, para que as empresas melhorem seus mecanismos internos, adotando *guidelines* na prevenção e detecção de riscos.

É a partir dessas premissas que muitas companhias seguradoras têm incluído em suas cláusulas gerais o afastamento da cobertura de riscos por responsabilidade civil decorrente de atos de corrupção. Esse contexto resta, ainda, reforçado, no Brasil, a partir da operação *lavajato*, que deflagrou uma série de atos de vinculados ao cometimento de corrupção e, conseqüentemente, impôs e, ainda, vem impondo responsabilidade civil a diretores e conselheiros de administração, aumentando a sinistralidade em contratos na modalidade “D&O”.¹⁹

Todavia, importa criticamente analisar-se se, de fato, em um cenário em que a condenação dos administradores se dá cada vez mais de forma objetiva (e, portanto, a mitigação dos riscos envolvidos apresenta-se cada vez mais fora do alcance do empresário) é

¹⁷ NALINI, José Renato. Anotações sobre corrupção & honestidade. **Revista dos Tribunais**, v. 768, p. 439-456, out. 1999.

¹⁸ MOURA, Marcelo; MADALOZZO, Regina. Redução do risco-país em resposta ao novo acordo da Basiléia. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 25, p. 363-368, jul./set. 2004.

¹⁹ Estima-se que, após a Lavajato, a sinistralidade tenha aumentado de uma média de 35% (trinta e cinco por cento) para 50% (cinquenta por cento) em relação aos contratos de seguro D&O. Vide: AMARAL, Rodrigo. **Exclusões em apólices D&O disparam com Lavajato e crise**. Disponível em: <<http://riscosegurobrasil.com/materia/exclusoes-em-apolices-do-disparam-com-lava-jato-e-crise/>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

de fato tal dispositivo contratual proporcional – e mais: se mostra-se eficiente em relação aos objetivos buscados.

4 RISCO MORAL NOS CONTRATOS DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL D&O

Em linhas gerais, pode-se ter o risco moral (*moral hazard*) como a hipótese em que uma parte contratante, sabendo-se acobertada em relação a determinados riscos, passe a comportar-se de maneira diversa àquela em que o faria se assim não estivesse, ou seja, o risco reside na parte deixar de adotar cautelas que teria em uma situação ordinária. O debate acerca do tema de suas implicações surgiu, especialmente, a partir das investigações acerca do contrato de seguro.

Cooter e Ulen²⁰ referem o risco moral nas contratações de seguro e a tendência de, tendo as partes alocado o risco com a seguradora, ver-se que o segurado não adota as cautelas necessárias para que o dano objeto do contrato seja afastado ou, ao menos, minimizado. Hoje, o debate acerca das hipóteses de risco moral é tido como um problema universal e detectável nas mais diversas relações jurídicas, sendo certo que nas chamadas *relações de agência* – posição assumida pelos administradores de companhias – torna-se especialmente evidente.²¹

Para Samira Otto,²² a diretoria e o conselho de administração, embora compostos por administradores que possuem personalidade própria que não se confunde com a da pessoa jurídica de que fazem parte, têm relação jurídica com esta e, assim, responsabilidade pessoal não apenas pela má gestão mas, também, pelo eventual aproveitamento de suas funções em benefício próprio.

A partir dessas observações, Gerhard Wagner²³ constata que, por exemplo, nas relações entre empregador e empregado, nem sempre a aplicação da *full compensation* mostra-se eficiente, uma vez que agravaria o risco moral por parte do empregado que tenda a comportar-se de forma diferente do que faria caso tivesse de suportar os próprios riscos. O autor cita, a exemplo, a experiência do Reino Unido e da Holanda que adotaram um sistema misto de responsabilidade civil do empregador com um sistema geral de responsabilidade

²⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & economics**. 6. ed. Boston: Pearson, 2012. p. 48.

²¹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 287.

²² OTTO, Samira. Responsabilidade social do empresário: a co-gestão dos riscos. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 42, p. 144-155, out./dez. 2008.

²³ WAGNER, Gerhard. Tort, Social Security, and no-fault schemes: lessons from real-world experiments. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 23, p. 1-61, 2012.

social – que, segundo ele, está longe de se apresentar como o modelo final a ser seguido, especialmente porque não afasta a possibilidade de ocorrência do *moral hazard*.²⁴

Observa-se, assim, que embora o risco moral não seja preocupação exclusiva nos contratos de seguros, neles, especificamente, acentua-se, gerando a possibilidade de modificação do comportamento da parte contratante, uma vez acobertada. No tema específico em análise, a responsabilidade civil de diretores e conselheiros de administração, se efetivamente alcançar também os atos ditos ligados a condutas de corrupção, torna-se possível cogitar, na prática, o desincentivo à criação e aplicação efetiva de um programa de *compliance* no bojo da companhia administrada pelo segurado.

Sugere-se, assim, que o tema seja refletido sob a luz da proporcionalidade e da eficiência na interpretação das cláusulas contratuais, tendo em vista, especialmente, se tratar de um contrato cuja natureza é essencialmente empresarial – o que leva à necessidade de compreender-se a tônica dessa espécie de negócio jurídico, conforme será melhor abordado no tópico seguinte.

5 EFICIÊNCIA E PROPORCIONALIDADE NA INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA DE AFASTAMENTO DE COBERTURA NOS CONTRATOS DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL D&O

Neste último tópico do trabalho, propõe-se a análise crítica, com base nos princípios da proporcionalidade e da eficiência, acerca da interpretação da cláusula de afastamento de cobertura na hipótese de cometimento de atos de corrupção, levando-se, especialmente, em conta as características gerais dos contratos interempresariais – o que, por certo, é marcante nessa modalidade de seguro de responsabilidade civil.

Inicialmente, sobre a ideia de proporcionalidade, tem-se que esta revela-se não só um importante princípio jurídico fundamental, mas também um verdadeiro *topos* argumentativo, ao expressar um pensamento aceito como justo e razoável de um modo geral, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do Direito em seus diversos ramos,

²⁴ “O *moral hazard*, de sua parte, tem que ver com a vantagem que uma das partes pode auferir depois da celebração do contrato por deter alguma informação. Aqui se incluem a informação oculta – em que uma informação relevante é adquirida e mantida por uma das partes; e a ação oculta – em que a ação especificada contratualmente não é observada diretamente pela contraparte”. SZTAJN, Rachel. Sociedades e contratos incompletos. **Revista da Universidade de São Paulo**, v. 101, p. 171-179, jan./dez. 2006.

como também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo.²⁵

Especificamente, em relação ao tema em comento, tem-se, de fato, que o combate à corrupção é um objetivo do Estado, o que resta marcado também na atuação por parte da SUSEP, no que diz respeito à regulação dos contratos de seguro. Nesse sentido, Ruben H. Compagnucci²⁶ faz conexão entre o princípio da proporcionalidade e o Poder Público, uma vez que o primeiro determina que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente, na consecução dos seus objetivos. Desproporções – para mais ou para menos – caracterizam violações ao princípio e, portanto, antijuridicidade.

Atualmente, há a tendência a reforçar o método de controle do princípio da igualdade por meio do princípio da proporcionalidade, pelo qual dever-se-á abordar as seguintes questões: a legitimidade do fim do tratamento não igualitário, a adequação e necessidade desse tratamento para a prossecução do fim e a proporcionalidade do tratamento desigual relativamente aos fins obtidos, conforme Canotilho.²⁷

Nessa linha, Almiro Couto e Silva dispõe que “as providências adotadas pelos particulares ou pelo Estado com relação aos interesses das demais pessoas ou dos administrados, devem ser adequadas a esses mesmos interesses, proibindo-se medidas excessivas”.²⁸ Assim, de acordo com o princípio da proporcionalidade, o princípio da reserva legal transformou-se no princípio da reserva legal do proporcional, por exemplo.²⁹

Nesse sentido, Humberto Ávila³⁰ ensina que o princípio proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental, e a proibição do excesso foi considerada muitas vezes pelo Supremo Tribunal Federal como uma das facetas do princípio da proporcionalidade, tendo em vista a necessidade de ponderação a ser feita da responsabilidade assumida pelo empresário,

²⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: Imprensa Universitária UFC, 1989. p. 238.

²⁶ COMPAGNUCCI, Rubén H de. **Caso in Responsabilidad civil y relación de causalidade**. Buenos Aires: Astrea, 1984. p. 23.

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1216.

²⁸ ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996. p. 41.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 49.

³⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 97.

na medida em que este assume todos os riscos inerentes à função que desempenha.³¹

Assim, pondera-se com as responsabilidades assumidas pelos administradores das empresas que, efetivamente, estariam agora acobertados pela nova modalidade e seguro de responsabilidade civil D&O. Na medida em que o princípio deriva de uma negativa de excessos, bem como proteção de direitos fundamentais e constitucionais, ao analisar a ampla responsabilidade do administrador da empresa, exclusivamente, pelo princípio da proporcionalidade e de maneira genérica, sem fazer distinção ao tamanho e tipo de empresas, se verificaria um abuso de cláusula dada sua origem.

De outro lado, independentemente de sua origem, quando bem ponderado e incluindo a razoabilidade e equidade no exame de proporcionalidade no mesmo exame genérico, e agora com as informações acerca das cláusulas de responsabilidade dos administradores de D&O, sabe-se que, de acordo com a experiência estrangeira, uma ampla responsabilização dos administradores poderia gerar uma série de consequências positivas para a gestão das empresas, com decisões melhores e mais especializadas, tendo em vista a possibilidade de responsabilização. O princípio da proporcionalidade, dessa forma, cumpriria sua função primordial, de equidade.

Questiona-se, assim, se a eficiência em relação aos próprios objetivos perseguidos estaria atingida, a partir da cláusula que importa em afastamento da cobertura contratual. Vale, assim, observar a ponderação entre o princípio da proporcionalidade e a responsabilidade civil decorrente das atividades de administradores.³²

Dado que os outros direitos fundamentais dos sócios terão de ser respeitados, e estes não poderão ficar totalmente vulneráveis à situação da companhia, devendo ser distinguível a sua capacidade como administrador.

³¹ "Se a proporcionalidade em sentido estrito for compreendida como amplo dever de ponderação de bens, princípios e valores, em que a promoção de um não pode implicar a aniquilação de outro, a proibição de excesso será incluída no exame da proporcionalidade. Se a proporcionalidade em sentido estrito compreender a ponderação dos vários interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais restringidos, a razoabilidade como equidade será incluída no exame da proporcionalidade. Isso significa que um mesmo problema teórico pode ser analisado sob diferentes enfoques e com diversas finalidades, todas com igual dignidade teórica. Não se pode, portanto, afirmar que esse ou aquele modo de explicar a proporcionalidade seja correto, e outros equivocados". ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 110.

³² "A simples maximização de um direito fundamental não legitima a restrição de outro, havendo que se questionar acerca da necessidade da providência restritiva, ou seja, se outros instrumentos garantidores do direito a ser implementado não acarretariam menor gravame ao direito limitado." CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 218.

Ademais, não só como princípio, mas também como critério, Walter Claudius Rothenburg diz que a proporcionalidade deve sempre compor uma solução adequada com outros princípios, devendo, pois, ser um critério.³³

Outra observação importante em relação à interpretação dos contratos de seguro aqui particularmente analisados é que, por definição, trata-se de modalidade contratada por empresários, uma vez que diretores e conselheiros de administração, na realização das suas atividades, estão exercendo empresa – e, assim, assumindo todos os riscos e responsabilidades inerentes a esse papel.

Partindo dessa premissa, Nelson Eizirik e Marcus Henriques³⁴ referem que “quanto maior a simetria e o poder de barganha das partes contratantes, menor será, em respeito ao princípio da força vinculante dos contratos, o espectro de incidência dos mecanismos legais que permitem a resolução e a revisão contratual”.

É nessa linha que Ricardo Lupion,³⁵ ao tratar da boa-fé nas relações interempresariais, refere que o princípio deva ser mitigado quando se tratar de interpretar os deveres de conduta de diretores e conselheiros de administração, uma vez que estes, para além de serem informados, possuem também o dever de *informar-se*, na medida em que assumem o dever de diligência expresso em nosso sistema, a exemplo do artigo 153 da Lei das Sociedades Anônimas.³⁶

Também Paula Forgioni³⁷ refere que as características particulares dos contratos interempresariais impõem a interpretação a partir de uma tônica própria, revelando a necessidade de um maior intervencionismo na sua interpretação. Todavia, destaca, criticamente, que tais características tampouco afastam a necessidade da interpretação do negócio jurídico.

Juarez Freitas, acerca da culpabilidade e o princípio da proporcionalidade, faz uma série de ponderações, partindo do direito constitucional, da análise dos demais direitos fundamentais, bem como dos direitos sociais. Nesse sentido, o autor não cogita defender a culpa presumida, mas a inversão do ônus da prova do nexo de causalidade, toda vez que se

³³ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 42-43.

³⁴ EIZIRIK, Nelson; HENRIQUES, Marcus de Freitas. Notas sobre a revisão dos contratos. In: ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix. **Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 222.

³⁵ LUPION, Ricardo. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

³⁶ “LSA, Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.”

³⁷ FORGIONI, Paula. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 217.

discutir o dano injusto causado por uma conduta omissiva ou comissiva, sem prejuízo das excludentes trazidas pelo contrato.

A propósito, Juarez Freitas sustenta que, de acordo com a teoria do risco, revista à luz da proporcionalidade, melhor se assimila a noção de causalidade idônea para produzir o resultado danoso. Cumpre ao Poder Público, dada a vulnerabilidade da vítima, constitucionalmente consagrada, o encargo de mostrar a falta de sequência da cadeia causal, oportunidade que, não simplesmente, põe entre parênteses, mas afasta, por inteiro, a equivocada responsabilização integral.³⁸

Ato contínuo, a Constituição Federal, no art. 5º, parágrafo primeiro, exige a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, motivo pelo qual deve-se escolher a interpretação apropriada ao combate à maciça e insofismável omissão do Estado brasileiro no atendimento às necessidades existenciais mínimas dos cidadãos. Nessa linha, indubitado que a técnica da responsabilização objetiva desponta como a mais aconselhável, perante a constatação de que temos um Estado que oscila entre dois polos: excessivo e omissivo, com frequência inaudita. Desproporcional em ambas as situações.

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade veda excessos e, simultaneamente, omissões, de forma que a omissão se apresenta, em si, violadora do dever de agir proporcional. Cumpre acertar que, uma vez consubstanciada a violação, não há que perquirir subjetiva ou psiquicamente sobre a responsabilidade, inclusive no caso das condutas omissivas, impondo-se a mais pronta e plena justiça retificadora.³⁹

6 CONCLUSÃO

As considerações trazidas no presente texto levam, inicialmente, à observação de que o recrudescimento das responsabilidades atribuídas a administradores de empresa (diretores, conselheiros de administração ou, simplesmente, “gestores”) por conta da atual legislação anticorrupção tendem a aumentar a contratação de seguros na modalidade “D&O” (*directors and officers liability insurance*). Por outro lado, a deflagração de operações como a *lavajato*,

³⁸ FREITAS, Juarez. **Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade**. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao010/juarez_freitas.htm>. Acesso em: 30 nov. 2016.

³⁹ BARAK, Aharon. **Proportionality**: constitutional rights and their limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 220.

no Brasil, tem aumentado a sinistralidade nessa espécie contratual,⁴⁰ o que vem gerando algumas preocupações daí decorrentes.

Do estudo, observou-se que o combate à corrupção é, de fato, objetivo perseguido, atualmente, pela sociedade brasileira, o que acaba por trazer *inputs* e *outputs* em relação aos contratos aqui especificamente analisados. Não se pode adotar uma ótica simplista para concluir que a mera existência de cobertura de responsabilidade civil leve os administradores a deixar de implementar programas de monitoramento de risco e adotar medidas de *compliance*.

Assim, tendo-se em mente as características gerais dos contratos interempresariais – e a necessidade de analisá-los sob a ótica da eficiência e da proporcionalidade – observa-se que o afastamento da cobertura, por si só, não pode ser visto como elemento a evitar o risco moral nessa espécie contratual.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, F. B. de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.

AMARAL, R. **Exclusões em apólices D&O disparam com Lavajato e crise**. Disponível em: <<http://riscosegurobrasil.com/materia/exclusoes-em-apolices-do-disparam-com-lavajato-e-crise/>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

ARAÚJO, F. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2006.

ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARAK, A. **Proportionality**: constitutional rights and their limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BERNSTEIN, P. **Against the Gods**: the remarkable story of risk. New York: John Wiley & Sons, 1998.

BRASIL. Lei n. 12.846/13, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 2 de outubro de 2013.

⁴⁰ AMARAL, Rodrigo. **Exclusões em apólices D&O disparam com Lavajato e crise**. Disponível em: <<http://riscosegurobrasil.com/materia/exclusoes-em-apolices-do-disparam-com-lavajato-e-crise/>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARA, M. de. **A aplicabilidade do seguro de responsabilidade civil de administradores e diretores no âmbito da administração das companhias**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

COMPAGNUCCI, R. H. de. **Caso in responsabilidad civil y relación de causalidade**. Buenos Aires: Astrea, 1984.

COOTER, R.; ULEN, T. **Law & economics**. 6. ed. Boston: Pearson, 2012.

CRISTÓVAM, J. S. da S. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006.

EIZIRIK, N.; HENRIQUES, M. de F. Notas sobre a revisão dos contratos. In: ESTEVEZ, A. F.; JOBIM, M. F. **Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIA, B. L. de. **O seguro D&O e a proteção ao patrimônio dos administradores**. São Paulo: Almedina, 2011.

FORGIONI, P. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FORGIONI, P. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FREITAS, J. **Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade**. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao010/juarez_freitas.htm>. Acesso em: 30 nov. 2016.

GUERRA FILHO, W. S. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: Imprensa Universitária UFC, 1989.

HAN, Li-Ming; MACMINN, R. D.; REN, Y. **Directors, directors and officers insurance and corporate governance**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1722289>. Acesso em: 30 nov. 2016.

KANG, C. **Directors' and officers' insurance: ordinary corporate expense or valuable signaling device?** Stanford University. 2011. Disponível em: <<https://economics.stanford.edu>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

LIN, C.; OFFICER, M. S.; ZOU, H. Managerial legal liability insurance and acquisition outcomes. **Journal of Financial Economics**, Hong Kong, 2010.

LUPION, R. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MACHADO, A. P. M. **Contrato de seguro D&O (Directors and Officers Liability Insurance)**. Disponível em: <<http://www.legiscor.com.br/Artigos/Artigos/Aspectos-juridicos-do-contrato-de-seguro-D-O-Directors-and-Officers-Liability-Insurance.html>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

MENDES, G. F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MISSALI, G. T. C. Lei 12.846/2013: Apontamentos sobre o programa de integridade e a sua importância para o ambiente da ética e conformidade empresarial. **Revista de Direito Empresarial**, v. 9, p. 313–336, maio/jun. 2015.

MOURA, M.; MADALOZZO, R. Redução do risco-país em resposta ao novo acordo da Basiléia. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 25, p. 363-368, jul./set. 2004.

NALINI, J. R. Anotações sobre corrupção & honestidade. **Revista dos Tribunais**, v. 768, p. 439-456, out. 1999.

OTTO, S. Responsabilidade social do empresário: a co-gestão dos riscos. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 42, p. 144-155, out./dez. 2008.

PICARD, M.; BESSON, A. **Les assurances terrestres**. 5. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1982. Tome Premier.

PIZA, P. L. de T. Notas sobre corrupção privada e corretagem de seguros. **Revista dos Tribunais**, v. 947, p. 179-200, set. 2014.

RODRIGUES, C. **Seguro individual complementa a apólice de D&O tradicional e oferece benefícios pessoais para o gestor**. Disponível em: <<http://www.sevecorcorretoradese-guros.com>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

ROTHENBURG, W. C. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 42-43

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS – SUSEP. Circular n. 541, de 14 de outubro de 2016. Estabelece diretrizes gerais aplicáveis aos seguros de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoas jurídicas (seguro de RC D&O). **Diário Oficial da União**, 17 de outubro de 2016.

SZTAJN, R. Sociedades e contratos incompletos. **Revista da Universidade de São Paulo**, v. 101, p. 171-179, jan./dez. 2006.

TZIRULNIK, E.; OCTAVIANI, A. **Seguro e fraude**: as provas. Artigo para o Instituto Brasileiro de Direito de Seguros. Disponível em: <<http://www.ibds.com.br/artigos/SeguroEFraude-AsProvas.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

WAGNER, G. Tort, social security, and no-fault schemes: lessons from real-world experiments. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 23, 2012.