

O seguro de responsabilidade civil na modalidade D & O

Sergio Ruy Barroso de Mello¹

Resumo: Este breve artigo objetiva analisar os elementos essenciais do seguro de responsabilidade civil, especialmente a modalidade D & O, com estudo de sua conceituação, coberturas, posição do tomador, exclusões relevantes, além da verificação do momento da ocorrência do sinistro, a cláusula de confidencialidade e a posição do terceiro.

Palavras Chaves. 1. Contrato. 2. Seguro de Responsabilidade Civil. 3. Conceituação. 4. Qualificação jurídica. 5. Modalidade D & O. 6. Coberturas. 7. Exclusões relevantes. 8. Ocorrência do sinistro. 9. Cláusula de confidencialidade. 10. Posição do tomador, do segurado e do terceiro.

Sumário. Introdução. Parte I – Seguro de Responsabilidade Civil. 1. Aspectos gerais da responsabilidade civil. 2. Influência da evolução da RC sobre o seguro de RC. 3. Qualificação legal do seguro de responsabilidade civil. 4. Definição de interesse no seguro de RC. 5. O risco no seguro de responsabilidade civil. 6. Deveres básicos do segurado de RC. 6.1. Dever de informar: relevância. 7. O princípio indenitário no seguro de RC. 8. A inevitabilidade do dano ao segurado por meio do seguro de RC. 9. Delimitação temporal. 10. O sistema *claims made*. 11. Momento inicial do curso da prescrição no seguro de responsabilidade civil. 12. O sinistro no seguro de RC. Parte II – Modalidade D & O. 13. Conceituação do Seguro D & O. 14. Posição do Tomador. 15. A responsabilidade dos Administradores de empresas. 15.1. A responsabilização direta dos administradores. 16. Coberturas para honorários de advogado e custos de defesa. 16.1. Honorários de advogado e demais custos de defesa. 17. Exclusões de cobertura relevantes no D & O. 18. Momento da ocorrência do sinistro no D & O. 19. A reclamação do terceiro e a defesa do segurado. 20. Cláusula de confidencialidade. 21. O terceiro legitimado. 22. Bibliografia.

1. Introdução

Parte I – Seguro de Responsabilidade Civil

2. Aspectos gerais da responsabilidade civil

Nada há de mais permanente que a mudança, advertem os analistas da atualidade! De fato, já de alguns anos verifica-se no Brasil grande modificação na postura das pessoas e empresas com respeito à responsabilização de terceiros por atos e fatos que repercutam desfavoravelmente no patrimônio material ou moral. Hoje as pessoas recorrem à justiça com muito maior frequência do que no passado, ajuizando ações com objetivos os mais variados.

As razões para a mudança são muitas. Sem dúvida resulta em processo de evolução da cidadania, com contínua conscientização de direitos e prerrogativas; de um melhor aparelhamento da justiça, facilitando o acesso ao judiciário; e também como consequência da globalização, onde a troca de experiências traz informação sobre o que ocorre no exterior, e quais as soluções encontradas para problemas semelhantes vividos aqui.

Fundamentalmente, o que estas ações buscam são indenizações compensatórias por danos causados, com base na responsabilidade civil. No Brasil, a fonte primeira da responsabilidade civil é o artigo 159, do Código Civil, segundo o qual quem, por *ação ou omissão* voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A partir daí, entretanto, alguns pressupostos devem ser atendidos para que alguém possa ser obrigado a indenizar terceiro, com base na responsabilidade civil:

- (1) *prática de uma ação ou omissão;*
- (2) *ter agido com culpa (negligência ou imprudência);*
- (3) *haver nexó de causalidade entre a ação ou omissão e o dano verificado; e*
- (4) *ter causado dano mensurável ao terceiro.*

3. Influência da evolução da RC sobre o seguro de RC

A evolução experimentada pelo direito no campo da responsabilidade civil tem produzido influência decisiva no seguro de responsabilidade civil. O fenômeno se verifica pela consolidação desse ramo da atividade seguradora, quantitativa e qualitativamente.

No campo quantitativo, determinou considerável expansão do seguro de RC (obrigatórios e facultativos) e, do ponto de vista qualitativo, deu lugar a certas mudanças em suas cláusulas e condições, além do surgimento de inúmeras modalidades. Dentre as mais tradicionais se encontram as seguintes:

- Responsabilidade Civil Facultativa de Veículos – RCF-V;
- Responsabilidade Civil Geral – RCG;
- Responsabilidade Civil Profissional (Médicos, Advogados, etc.);
- Responsabilidade Civil Ambiental;
- Responsabilidade Civil do Fabricante; e
- Responsabilidade de Diretores e Gerentes – D & O.

4. Qualificação legal do seguro de responsabilidade civil

O seguro de responsabilidade civil é negócio jurídico em virtude do qual o segurador se obriga, por conta do pagamento do prêmio, a evitar que o segurado sofra *dano patrimonial* em consequência do exercício, por parte de terceiros, de *reclamações cobertas* no contrato de seguro de responsabilidade civil.

Essa modalidade de seguro se tornou tão relevante que o legislador preferiu conceituá-la expressamente, o que fez por meio do artigo 787, do Código Civil, assim redigido:

“Art. 787. *No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.”*

O seguro de responsabilidade civil, nas corretas palavras de Rui Stoco³, tem as características e atributos de um contrato *condicional* e *aleatório*, de forma que o objeto da garantia será sempre uma responsabilidade.

5. Definição de interesse no seguro de RC

O interesse se define geralmente pela *relação econômica* de uma pessoa com um bem. Quando essa relação se vê lesionada o interessado sofre o correspondente dano. Logo, não pode haver dano sem a prévia existência de um interesse e o seu valor será o *dano máximo* capaz de ser sofrido pelo interessado.

Nos seguros de dano o interesse é decisivo para sua celebração. Se faltar o interesse não haverá risco e sem risco não há seguro.

O que se protege no seguro de responsabilidade civil é a relação do segurado com seu patrimônio ativo, já que este pode resultar afetado no caso do risco se realizar.

6. O risco no seguro de responsabilidade civil

Risco segurável é aquele que ameaça o interesse que por sua vez seja segurável, é dizer, é a possibilidade de alguém sofrer dano em consequência da realização de determinado ato em concreto. O risco compreende, portanto, de um lado, o *acontecimento* que é causa do dano, e, de outro, o *dano em si mesmo*.

No seguro de responsabilidade civil o risco compreende os seguintes elementos:

- o fato de incorrer *real* ou *remotamente* em responsabilidade civil;
- a *reclamação do terceiro*;
- a *declaração de responsabilidade* civil correspondente; e
- as *consequências econômicas* derivadas desses elementos.

7. Deveres básicos do segurado de RC

O segurado tem, fundamentalmente, o dever de:

- *Comunicar* ao segurador, imediatamente, todo ato capaz de *acarretar responsabilidade* coberta pela garantia do seguro (Ref. § 1º, do Art. 787, do Código Civil);
- *Promover atos de defesa* da ação judicial intentada pelo terceiro prejudicado (Ref. § 2º, do Art. 787, do Código Civil);
- *Solicitar anuência expressa* do segurador para transigir com o terceiro ou indenizá-lo diretamente (Ref. § 2º, do Art. 787, do Código Civil). Destaque-se a ação penal ou nos inquéritos policiais e o acordo intentado nos seguros de RC automóvel;
- Dar imediata ciência da lide ao segurador, após citado (Ref. § 2º, do Art. 787, do Código Civil); e
- *Minorar as consequências* derivadas do fato danoso para o terceiro (Ref. Art. 779, do Código Civil).

7.1. Dever de informar: relevância

No âmbito do dever de cuidado (diligência), os segurados e os tomadores devem agir com lealdade em relação ao segurador quanto ao objeto do risco segurado e as circunstâncias que o envolvem. Na medida em que houver a mais mínima alteração do objeto segurado, será preciso documentar e catalogar informações para uso futuro. Se tais alterações, que agravem o risco ou que gerem expectativa de sinistro, foram significativas, de modo a representar real possibilidade de sua ocorrência, será preciso informar ao segurador imediatamente, para que possa promover as suas medidas ordinárias relativas à reserva, anotações de expectativas de sinistros, adotar providências para contribuir com a diminuição do risco, evitabilidade do sinistro ou minoração de seus efeitos.

O segurador também precisa se preocupar com o *sinistro de resseguro*, aquele capaz de afetar o seu negócio jurídico de resseguro celebrado para o risco originalmente sinistrado. Nesse sentido, será preciso informar ao ressegurador a ocorrência do fato capaz de ensejar o sinistro, ou mesmo a sua efetiva ocorrência, com dados preliminares sobre coberturas e reservas, que serão utilizados pelo ressegurador para, na sequência, promover igualmente as medidas administrativas ordinárias exigidas pelo órgão regulador.

O processo de informação por parte do segurado deve ser suficientemente organizado e detalhado, para permitir verificar quais as circunstâncias e os fins com que as decisões foram tomadas. Devem também atuar de modo profissional, empresarialmente racional e competente.

Ao tomar conhecimento da reclamação, o segurado deve imediatamente informar a seguradora. Daí em diante, conforme estipulado nas condições da apólice, é a seguradora ou o segurado (conforme redação clausular) que assume a defesa, com os seus advogados e outros técnicos, que procede às respectivas diligências, entre elas a investigação dos fatos, a negociação de uma solução transacional, solicitação e obtenção de pareceres técnicos e jurídicos, e ao mais que lhe parecer adequado.

8. O princípio indenitário no seguro de RC

A teor do art. 787, do Código Civil, pode-se dizer que o seguro de responsabilidade civil tem *caráter preventivo*, no âmbito patrimonial do segurado, ou seja, tem por objeto evitar o dano ao segurado. Nos seguros preventivos, como o ora em estudo, o princípio indenitário se manifesta de forma distinta dos seguros de danos clássicos.

Para ser acionado o seguro de responsabilidade civil é fundamental que o terceiro reclame objetivamente ao segurado a reparação do dano cuja autoria a ele se atribui, mas o segurador somente será obrigado a pagar a

indenização após a devida regulação do sinistro e o consequente pagamento da indenização pelo segurado ao terceiro.

Aliás, e mesmo que o segurador pague diretamente ao terceiro, caso queira, o seguro de responsabilidade civil consistirá na mesma finalidade de todo seguro de dano – *proteger o segurado frente a um possível dano* –, na forma mais ampla, como é a de evitar que um dano ocorra no patrimônio do segurado, sem que isto suponha a quebra do princípio indenitário.

Ademais, o seguro de responsabilidade civil, por sua própria localização no atual Código Civil, se configura como seguro de dano, já que se inclui no Título VI, Capítulo XV, Seção II da referida norma.

O segurado pretende efetivamente proteger-se de uma ameaça ou consequência desfavorável a seu patrimônio, entendido esse em sua totalidade. Por essa razão, o seguro de responsabilidade civil protege o segurado contra as consequências desfavoráveis consistentes na ameaça de diminuição de seu patrimônio ou na diminuição efetiva que se pode determinar, justo pelo nascimento de uma dívida de responsabilidade na qual tenha incorrido.

O dano no seguro de responsabilidade civil, portanto, está representado pelo *nascimento da dívida* de responsabilidade civil a cargo do segurado. É o dano que o segurado sofre em consequência do descumprimento de sua responsabilidade, contratual ou extracontratual, para com terceiros, capaz de ocasionar *ato ilícito*.

Portanto, no seguro de responsabilidade civil, o dano consiste no *gravame patrimonial* que se produz pelo mero nascimento da dívida de responsabilidade civil.

9. A evitabilidade do dano ao segurado por meio do seguro de RC

Quando se pretende proteger os bens materiais por meio de um seguro de dano tradicional, essa proteção sempre consistirá em proporcionar ao prejudicado (segurado) uma indenização, uma vez ocorrido o dano.

Se, ao contrário, por meio de um seguro, se procura proteger o segurado contra o dano que representa o *pagamento de uma dívida* de responsabilidade civil (art. 787 do Código Civil), o segurador pode evitar que o segurado tenha que realizar eventual desembolso, pagando em seu lugar à vítima do dano, tendo em conta que o pagamento da indenização não necessita ocorrer de forma simultânea com a causa de que deriva.

O pagamento direto ao terceiro é faculdade conferida ao segurador, não

se trata de obrigação legal ou dever contratual, porquanto, essa espécie de seguro se caracteriza por seu caráter indenizatório, de forma que a liberalidade não terá o condão de alterar a sua qualificação jurídica calcada no princípio indenitário.

10. Delimitação temporal

Tradicionalmente, a causa geradora da responsabilidade deverá ocorrer durante a vigência do contrato de seguro para tornar-se coberta. Em nossos dias somos testemunhas de eventos geradores de danos de caráter instantâneo nos quais a causa, o fato e o dano, ocorrem quase simultaneamente no tempo (queda de avião, acidente automobilístico, etc.).

Mas há eventos nos quais se sucedem uma série de situações de ordem temporal que podem durar muitos anos, a saber:

- Momento da causa geradora do dano: corresponde ao momento em que se realiza a ação por parte do agente, ação que finalmente produzirá o dano (por exemplo: a fabricação de um produto, a construção de um edifício, a ação de uma atividade profissional, etc.);
- Momento da exposição: em certas ocasiões a causa não gera dano imediatamente, será necessário ter a vítima exposta durante certo espaço de tempo, chamado no jargão securitário como *período de latência*. Tal é o caso da exposição ao asbesto, ao consumo de medicamentos defeituosos, dentre outros; e
- Momento de manifestação: é aquele no qual o dano aflora afetando a integridade física ou o patrimônio da vítima do dano. É, por exemplo, o momento em que se diagnostica a enfermidade, ou em que se paralisa uma construção.

É possível notar casos em que entre o momento da causa e o momento da manifestação do dano transcorreram-se vários anos, durante os quais o responsável contratou múltiplas apólices de seguro com distintas companhias, isto acarreta certa dificuldade para se estabelecer a escolha adequada do contrato de seguro que dará cobertura ao dano. Será preciso analisar e reconhecer como válido o momento do conhecimento do dano em si ao patrimônio do segurado, e não apenas o possível ato pretérito capaz de gerá-lo.

De qualquer forma e independente da reclamação ocorrer dentro do período segurado, *tão logo o segurador seja informado pelo segurado de ato seu capaz de acarretar responsabilidade*, fica obrigado a evitar o dano correspondente ao segurado (Ref.: § 1º, do art. 787 do Código Civil).

A verdade é que o sistema de ocorrência é aplicável sem maiores problemas para os danos instantâneos, dado que é fácil identificar o momento específico de configuração do sinistro e a respectiva apólice. Nos eventos de manifestação tardia a solução é distinta, por existir períodos de latência, ou quando, tratando-se de danos instantâneos, a vítima reclama muito tempo depois da ocorrência dos fatos, circunstância cuja extensão é definida pelo término da prescrição da responsabilidade civil específica definida em lei.

É a prescrição na responsabilidade civil um dos elementos mais relevantes na busca dos potenciais responsáveis e, obviamente, dos seguradores.

11. O sistema *claims made*

O sistema de cláusula denominado *claims made* geralmente é utilizado quando se trata de garantir determinados riscos caracterizados por período longo de *latência* (como ocorre com a responsabilidade civil profissional e a relativa a produtos, dentre outras). Essa sistemática modificou o critério clássico de imputação do fato gerador de responsabilidade civil a partir da ocorrência do fato, para o da apresentação da reclamação (pelo terceiro). Além disso, a referida cláusula trabalha, por vezes, com descasamento dos prazos de cobertura em relação aos da prescrição, sendo normalmente o primeiro menor do que o segundo.

Atualmente essa série de cláusulas que delimitam temporalmente o risco no seguro de responsabilidade civil, está referida nas Circulares SUSEP nº 336/2007 e 348/2007, conhecidas como *claims made basis*.⁴

Fundamentalmente, estas cláusulas estabelecem que não estão compreendidas no seguro de responsabilidade civil as hipóteses nas quais tendo ocorrido o ato danoso dentro do período segurado, a reclamação do terceiro tenha lugar transcorrido certo prazo, a contar da extinção do contrato de seguro.

Para Ricardo Bechara, a cláusula do tipo *claims made* objetiva a “cobertura para danos que, afluindo ao conhecimento do segurado e ou emergindo mesmo no período de vigência do contrato, constituem efeito imprevisto de causas ou fatos preexistentes. A *claims made* fora idealizada para as hipóteses em que o segurado ignore a ‘incubação de um sinistro’ e daí se veja privado da cobertura tradicional à base de ocorrência.”⁵

Este tipo de cláusula supõe uma delimitação válida do risco coberto justificada pela finalidade de evitar que a companhia permaneça demasiado tempo na incerteza com respeito à possibilidade de cobrir a consequências

de eventual responsabilidade do segurado; e possíveis casos de transações espúrias entre o segurado e a vítima, tendo em vista que reclamações excessivamente tardias obedecem frequentemente a essas situações.

Se tivermos presente que o sinistro é a concretização do risco coberto pelo seguro, devemos imaginar que a cláusula *claims made*, ao exigir que a reclamação se efetue em determinado prazo, para se operar amparo do seguro de responsabilidade civil, realiza *delimitação temporal* do risco e, conseqüentemente, da responsabilidade do segurador. Disso, aliás, depende o seu equilíbrio econômico, pois se o valor do prêmio é estabelecido com base nos cálculos estatísticos e atuariais, segue-se, como consequência lógica, que é essencial o acordo das partes sobre a extensão dos riscos e os limites da indenização. Qualquer alteração nessa equação importa quebra do equilíbrio contratual.

12. Momento inicial do curso da prescrição no seguro de responsabilidade civil

Trata-se de assunto dos mais controvertidos na doutrina e na jurisprudência até o advento da nova lei civil. Segundo o disposto no artigo 787, § 3º, do Código Civil, intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador. Vale notar que essa comunicação é no momento da citação, pois a teor do artigo 206, inciso II, “a”, é desse instante que tem início o prazo prescricional entre ambos em seguro de responsabilidade civil, vejamos:

Artigo 206

Art. 206 – Prescreve:

§ 1º - em um ano:

I – omissis;

II – a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador.

Portanto, não há mais qualquer dúvida atualmente sobre o momento de início do computo do prazo prescricional nos seguros de responsabilidade civil.

13. O sinistro no seguro de RC

Conceitualmente, podemos dizer que sinistro é a *realização do risco* previsto no contrato de seguro, que, em princípio, gera a obrigação de indenizar do segurador.

No seguro de responsabilidade civil o sinistro não se identifica com um único fato, constitui-se por um *conjunto de fatos* complexos que compreenderiam vários momentos (fundamentalmente fatos danosos e a reclamação do terceiro), sendo necessário determinar qual o *fato relevante* a caracterizar a obrigação de indenizar do segurado e, em consequência, o sinistro propriamente.⁶

A solução do tema ligado ao sinistro nos seguros de responsabilidade vem determinada pela concepção do contrato de seguro como contrato de trato sucessivo. Na medida em que uma das características naturais do contrato de seguro é o fato de que o segurado pretende permanecer segurado, é dizer, *estar seguro*, as obrigações no contrato não surgem no momento em que ocorre o sinistro, mas por meio do mesmo surgirá o direito a indenização que deve pagar o segurador, e, portanto, de forma correlativa, a sua obrigação contratual.

Esta, contudo, é só uma parte, ainda que seja a fundamental, das obrigações do segurador. Há outras obrigações, que no caso do seguro de responsabilidade civil podem ser observadas claramente, as quais se correspondem com a situação desejada pelo segurado de *estar seguro*, como é a assunção da defesa jurídica, praticamente coberta em todas as apólices atualmente comercializadas no país na modalidade de seguro D & O, que será analisada mais adiante.

De outro ângulo e a teor do artigo 787, § 1º, do Código Civil, tão logo saiba o segurado das consequências de ato seu suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador. Trata-se de obrigação positiva, porém, sem sanção expressa para a hipótese de seu descumprimento.

Parte II – Modalidade D & O

14. Conceituação do Seguro D & O

O seguro de responsabilidade civil na modalidade D & O é típico seguro multirrisco. Cobre a responsabilidade do administrador perante a sociedade, cobre a responsabilidade civil profissional por prática equivocada do administrador perante terceiros, cobre a responsabilidade perante o acionista (em alguns tipos de contratos), e funciona, em última análise, como seguro de proteção jurídica (cobre os custos de litígios judiciais ou extrajudiciais).

15. Posição do Tomador

Quando dos primeiros seguros emitidos na modalidade D & O, era comum ver a sua contratação partir diretamente da empresa, ao longo do tempo o administrador, vendo-se cada vez mais obrigado a reparar os danos por atos seus praticados no exercício regular de suas atividades, em razão do recrudescimento de diversas normas protetivas da sociedade empresarial e de terceiros em geral (acionistas, empregados, clientes, fornecedores, concorrentes, credores, órgãos governamentais, investidores e a própria empresa) passou então a preocupar-se mais em sua proteção patrimonial, passando assim a ser, ora contratante, ora beneficiário do seguro contratado pela empresa. Nessa versão de negócios, o administrador é, simultaneamente, segurado e tomador.

Com a maior frequência de seu uso e contratação, ora pela empresa, ora pelo administrador, passou a haver, na administração de uma mesma sociedade, administradores com seguros diferentes, contratados com seguradoras diversas.

Por outro lado, na prática, as sociedades passaram a custear os seguros dos seus administradores, a título de benefício adicional, porque perceberam as vantagens em seu próprio interesse e proteção patrimonial, ficando assim seguradas e protegidas, em termos de solvência por situações de responsabilização, decorrentes de atos ou práticas de gestão temerária e danosa. O interesse da sociedade era claro: de que lhe servia responsabilizar um administrador, se este não tivesse fortuna suficiente para pagar a indenização?

Atualmente, os seguros D & O costumam ser contratados pela sociedade com uma única seguradora, cobrindo a responsabilidade de todos os seus administradores perante essa mesma sociedade. Deixou assim de haver coincidência entre o tomador e o segurado. Passou a ser tomadora do seguro a sociedade e segurados os seus administradores.

16. A responsabilidade dos administradores de empresas

A responsabilidade dos administradores e gerentes de empresas é muito mais ampla do que o contexto clássico estabelecido no artigo 159, do Código Civil. Inúmeras leis e normas infra legais impõem obrigações ao administrador e devem ser estritamente observadas em sua atuação. Além de tudo deve o administrador atender às *disposições estatutárias* de sua empresa, assim como às decisões da Assembleia Geral ou Conselho de Administração.

O administrador, no exercício de seu cargo, pode lesar (a) a *sociedade*, (b) o *acionista*; e (c) o *terceiro*. Temos, a partir daí, dois tipos de ação; a *ação social*, proposta pela própria sociedade em razão de prejuízos a seu patrimônio, e a *ação individual*, proposta por acionista ou terceiro, por danos que lhe tenham sido impostos.

Inúmeras são as normas suscetíveis de serem potencialmente infringidas pelo administrador na moderna sociedade, seja no Brasil, seja no exterior. A complexidade do mundo atual traz consigo grande imprevisibilidade nas consequências que certas decisões podem trazer não só em relação às pessoas ligadas direta ou indiretamente às empresas, mas também em relação ao Estado ou à comunidade em que aquela atua.

16.1. A responsabilização direta dos administradores

Há regra básica constante do *art. 158*, da lei das Sociedades Anônimas, de que fora as decisões tomadas em infringência aos deveres acima mencionados, os administradores não serão pessoalmente responsáveis pelos atos praticados em nome das empresas que atuarem. Entretanto, poderão ser chamados à juízo para responder *solidariamente* com a empresa sobre decisões prejudiciais a terceiros e ao Estado, de forma que para eximir-se deverão comprovar que não foram responsáveis pelo fato objeto da demanda, e que dele não tinham conhecimento ou, se sabedores do mesmo, agiram para impedir sua prática ou dele dissentiram, por escrito, em ata ou comunicação a órgão de administração da sociedade.

Além disso, os administradores poderão ser responsabilizados e responderão perante terceiros pelos prejuízos que causarem quando procederem com *culpa e dolo*, mesmo dentro de suas atribuições e poderes.

A imprensa nacional e internacional tem registrado inúmeros casos em que os prejudicados escolhem ingressar com ações contra a empresa e *contra o administrador, pessoalmente*. A par de existir uma solidariedade do administrador para com a empresa, o fato de este ser acionado tem a ver com o desejo de pressionar alguém de dentro da empresa para agilizar a solução da controvérsia, ou, em casos de falência, de se obter indenização do administrador, já que a empresa não mais tem recursos.

A experiência internacional demonstra que as ações individuais mais frequentes referem-se à despedida injusta de funcionário, à qualquer tipo de discriminação no emprego, ao assédio sexual, à concorrência desleal, falhas de gestão ou supervisão e toda forma de prejuízo causado a acionistas, especialmente minoritários. Entretanto notam-se também ações envolvendo

questões ambientais, tributárias, cambiárias e criminais (corrupção), que expõem não só a empresa, mas também os administradores que participaram da decisão controversa.

São conhecidos os problemas havidos com empresas que comercializam em ADR (*American Depositary Receipts*) no mercado bursátil americano, muito exigente de parte da *Securities and Exchange Commission* - SEC (a Comissão de Valores Mobiliários americana) em questões referentes a informações privilegiadas, a dados sobre a contabilidade e operações comerciais, bem ainda quanto a aplicação adequada de medidas ante corrupção, conhecidas como regras de *compliance*.

Muito comuns são as ações decorrentes de processos de fusão, incorporação e aquisição de empresas. Acionistas minoritários podem sentir-se prejudicados pelo preço pago por suas ações; pela drástica redução de sua posição acionária; pela impossibilidade de resistir ao negócio; ou porque as informações públicas prestadas pelos administradores não eram completas, ou inadequadas; com violação dos preceitos contábeis vigentes; ou em desacordo com a real situação da empresa.

Alguns grupos de negócios sofrem maior frequência de reclamações, até mesmo pela sua atuação diretamente com o público em geral, como é o caso da área financeira, educação e saúde, seguidos das empresas de telecomunicações e transporte.

Por outro lado, os tribunais americanos têm desenvolvido o conceito da "*diligência devida*", especialmente em questões ambientais, para responsabilizar pessoalmente os administradores e, em muitos casos, condená-los a pagar, com fundos pessoais, expressiva indenização, proibindo que a empresa, por qualquer modo, o reembolse da indenização imposta. O objetivo é pressionar os tomadores de decisão, responsabilizando-os pessoalmente, e não a empresa, para reduzir as infrações às leis.

17. Coberturas para honorários de advogado e custos de defesa

As coberturas tradicionais dessa modalidade de seguro estão intimamente ligadas aos valores que o segurado venha a ser condenado a pagar a terceiros, por determinação de sentenças judiciais transitadas em julgado, decisões arbitrais finais, decisões administrativas finais, ou ainda por acordos judiciais ou extrajudiciais, negociados com o consentimento prévio e por escrito da seguradora.

É vedado ao segurador, por força do disposto na Circular SUSEP nº

347/2012, em seu Anexo Item 5.3, alínea “a”, incluir na cobertura padrão valores referentes a multas e penalidades de qualquer natureza.

A abrangência das perdas indenizáveis pelo seguro varia de acordo com o produto que cada seguradora oferece e com a negociação específica com o segurado, podendo ser ampliada por meio das usualmente denominadas “extensões de cobertura” ou “coberturas adicionais”. Nesse contexto, vale observar a possibilidade de inserções específicas, tais como o dano moral, o dano emergente, os lucros cessantes e a perda de chance, bem como a cobertura para obrigações oriundas de acordos celebrados pelo segurado com autoridades, por meio dos denominados “termos de compromisso” ou “termo de ajustamento de conduta – TAC”.

17.1 Honorários de advogado e demais custos de defesa

Em termos de coberturas modernas podemos citar os honorários de advogado e os demais custos de defesa, representados pelos valores a serem dispendidos pelo segurado em ações judiciais cíveis ou penais, processos administrativos ou procedimentos arbitrais, incluindo o âmbito tributário, trabalhista, falencial (recuperação judicial), previdenciário, consumerista, ambiental e concorrencial, nos quais o segurado seja incluído no polo passivo, seja em decorrência de sua responsabilidade pessoal, solidária ou subsidiária, ou em virtude de desconsideração da personalidade jurídica.

Esse tipo de cobertura corresponde aos honorários advocatícios (dentro da razoabilidade de mercado), honorários periciais, às custas judiciais e extrajudiciais, emolumentos, bem como às demais despesas necessárias incorridas pelo segurado em virtude de investigações, acordos ou defesas (judiciais ou administrativas). É comum verificar certos clausulados nos quais são incluídos expressamente os encargos de tradução, valores referentes a depósitos recursais e, ainda valores gastos com pagamento de prêmio na contratação de seguro fiança.

Há regra muito comum, estabelecida em cláusula especial, através da qual para que os custos de defesa sejam cobertos pela seguradora, somente podem ser cobrados pelo segurado mediante prévio consentimento por escrito da seguradora.

Já em relação à contratação dos advogados que atuarão na defesa dos interesses do segurado, este pode escolhê-los livremente, mas a seguradora deve aprovar a contratação previamente, por escrito. No caso da reclamação envolver também a própria sociedade ou outras pessoas físicas e/ou jurídicas além do segurado, deverá ser acordada a respectiva alocação de custos entre

as partes envolvidas, ficando a seguradora obrigada a indenizar os custos incorridos pelo segurado na sua respectiva proporção.

Há de se ressaltar, na esteira do disposto no artigo 787, parágrafo 2º do Código Civil, que o segurado não poderá celebrar acordos judiciais ou extrajudiciais, nem assumir quaisquer responsabilidades, sem o prévio consentimento da seguradora, por escrito.

Nas palavras da Professora Clara Beatriz Lourenço de Faria, é importante notar que nas hipóteses em que a decisão judicial transitada em julgado ou decisão arbitral final condenem o administrador por dolo, ou o administrador assine declaração confessando sua conduta dolosa, ele terá que devolver à seguradora os valores por esta adiantados referentes aos custos de defesa. *Tal procedimento se deve ao fato de que os atos fraudulentos ou dolosos são expressamente excluídos da cobertura D & O.*⁷

Nesta hipótese, contudo, a seguradora não terá condições de promover juízo prévio de valor, vale dizer, de interferir na análise da prática e atuação com dolo pelo segurado, negando-lhe cobertura, justo por isso, é comum adiantar os valores relativos às despesas de contratação de advogado e demais custos de defesa, em qualquer situação, e ficar no aguardo de eventual condenação por fraude ou dolo, quando então o administrador deverá reembolsá-la.

Ponto importante é a necessidade de se estabelecer os honorários de advogado e os custos de defesa como cobertura adicional, para evitar-se o esgotamento da cobertura principal e do conseqüente limite máximo indenizatório.

Outro tema que se impõe atualmente é a análise da segurança jurídica, no campo contratual, para que a seguradora possa receber em devolução as despesas incorridas com os custos de defesa e os honorários de advogado adiantados ao segurado. Uma das possibilidades seria o uso do instrumento denominado de “contra garantia”, muito comum nos seguros de garantia, exigido quando da subscrição do risco e conferido pelo próprio segurado. Outra opção seria a execução direta ao segurado, na medida em que se formou título executivo extrajudicial. Enfim, trata-se de questão ainda não pacificada, que merece toda atenção da doutrina, diante da sua importância ao seguro D & O.

Vale destacar que este tipo de cobertura para honorários e custos de defesa, apresenta certas limitações, por importarem em alterações do risco, tais como:

- Ausência de cobertura para os custos de defesa relativos a reclamações da empresa tomadora contra o segurado e de segurado contra segurado;
- Ausência de cobertura para os custos de defesa referentes às ações de responsabilidade civil propostas por acionistas ou por terceiros em virtude de danos ambientais;
- Na hipótese de configuração de dolo ou fraude, a seguradora deverá ser ressarcida pelo segurado dos custos já indenizados; e
- Em caso de falência, recuperação judicial ou extrajudicial, liquidação, o seguro somente cobrirá os custos de defesa decorrentes de reclamações baseadas em atos praticados pelos segurados anteriormente à decretação da falência, à homologação da recuperação judicial ou extrajudicial ou ao início da liquidação.

A exclusão da cobertura de honorários e custos de defesa quando se tratar de ato doloso se justifica porque o dolo é a antítese da boa fé, ou seja, a má fé, tão odiada pelo legislador ordinário, como é prova o disposto nos artigos 762 e 765 do Código Civil, que tratam da nulidade do contrato de seguro permeado pela má fé e de sua extrema importância nas relações securitárias.

De qualquer sorte, há de se ressaltar que o seguro D & O se caracteriza por representar segurança econômica ao patrimônio do segurado, na medida em que é acionado por atos de gestão, funcionando como útil e poderosa ferramenta nesse sentido, ao promover a antecipação de custos de defesa para processos que, muitas das vezes, redundam em resultado negativo quanto a participação dolosa do segurado no ato danoso reclamado por terceiros.

18. Exclusões de cobertura relevantes no D & O

O simples conhecimento de contratação de seguros D & O pode suscitar a litigância, por passar ao terceiro potencialmente prejudicado a falsa impressão de garantia do pagamento da indenização que, sem esse seguro, talvez não fosse honrada por falta de meios econômicos por parte dos condenados, incentivando assim o pagamento de somas elevadas.

É difícil dizer se o D & O tem efeito perverso com o aumento da litigiosidade, isso certamente ainda não ocorreu em nosso país, mas há incerteza se não foi motivador de assunção de riscos excessivos e até a prática de atos ilícitos por parte de administradores com a falsa impressão de que o segurador cobriria economicamente as suas responsabilidades.

Ao comentar o assunto na perspectiva do cenário Europeu, o Professor

Pedro Pais de Vasconcelos alerta que, *num fenômeno conhecido, a transferência da responsabilidade induziu a irresponsabilidade. Com isto, suscitou controvérsia e reprovocação por proteger excessivamente os administradores e agravou os custos das seguradoras oneradas com lides cada vez mais dispendiosas e com o pagamento de indenizações crescentes. Foi a tempo da grande crise do D & O Insurance. Houve mesmo falências entre seguradoras e resseguradoras especializadas neste seguro.*⁸

No Brasil ainda não se pode falar nesse fenômeno da transferência da responsabilidade como indutora da irresponsabilidade, mas é bem de ver que os últimos acontecimentos em termos de corrupção no país despertam atenção, e até mesmo curiosidade para a análise futura do comportamento dos agentes diante de tantos escândalos e a certeza de contar com os seus respectivos seguros D & O.

A resposta das seguradoras será sempre pelo aumento significativo dos prêmios e das franquias, com conseqüente diminuição dos limites segurados, além da introdução de exclusões cada vez maiores e justificáveis.

Em termos gerais, hoje se verificam apólices com exclusões dos danos emergentes de atos dolosos (para exclusão dos comportamentos dolosos será necessário aguardar a declaração por sentença judicial transitada em julgado) e outros, como danos reclamados por demais segurados abrangidos pelo mesmo seguro, além das próprias multas em que sejam condenados por entidades reguladoras ou outras entidades oficiais, a teor, sobretudo, do disposto na Circular SUSEP nº 437/2012, antes mencionada.

A exclusão por má fé funcionará normalmente de forma individual, sem que a atuação nefasta de um segurado possa afetar outro da mesma apólice que agiu de boa fé.

19. Momento da ocorrência do sinistro no D & O

A própria reclamação do terceiro tem, desde logo, o efeito de desencadear o funcionamento do seguro D & O. A reclamação de responsabilidade, ainda que antes da proposição de qualquer ação judicial ou medida arbitral, constitui o típico “sinistro” para efeito do seguro de responsabilidade civil em geral, mais propriamente na modalidade D & O. É a reclamação que desencadeia o funcionamento do seguro, não é o ato do administrador nem a proposição da ação judicial.

Em suma, o fato gerador do sinistro nessa modalidade de seguro será sempre o ato ilícito estritamente culposo praticado pelo administrador no exercício de suas funções, que venha a causar danos a terceiros (incluindo-se a

sociedade empresarial) e resultando em processo administrativo formal, ação cível e/ou penal em face do segurado, com o objetivo de reparar os danos causados através da indenização correspondente.

20. A reclamação do terceiro e a defesa do segurado

A reclamação por parte do terceiro prejudicado deve ser estimada como relevante, apesar de não se tratar, por si só, de dívida declarada de responsabilidade do segurado. A relevância da reclamação se justifica porque representa ameaça concreta de diminuição do patrimônio do segurado e, por consequência, do segurador, por ser ínsita no contrato com este último celebrado.

Ademais, para o cidadão normal, que não seja bacharel em direito, a simples reclamação, seja judicial ou extrajudicial, causa uma série de prejuízos mensuráveis economicamente (como é exemplo a perda de horas de trabalho, ocupação excessiva, *stress* gerado pela preocupação para resolução do caso, etc.), os quais, indubitavelmente, constituem dano (interpretado este em sentido amplo de forma a incluir os prejuízos) que afeta a seu patrimônio e que pretende seja solucionado pela companhia seguradora, para fazer valer a concepção tradicional e característica fundamental desse instituto que é a de *sentir-se seguro*.

Na premissa de que essa reclamação já constitui dano para o patrimônio do segurado, pode ser significativo para o segurador, do ponto de vista econômico, que a direção jurídica da defesa do segurado corra a seu cargo e sob o seu total comando neste tipo de seguro. Esta direção jurídica, que deve estar expressa nas condições contratuais – tenha-se em conta que é um preceito de direito dispositivo – tem a função precípua de favorecer o segurador, que deve proteger-se pessoalmente da reclamação, como também do segurado, eliminando os prejuízos porventura reclamados pelo terceiro.

Afinal, no seguro de responsabilidade civil a determinação do dano não comporta interesses contrapostos entre segurado e segurador, como nos seguros de danos tradicionais, tanto que o legislador impõe ao segurado a obrigação de ter a anuência do segurador para transigir com o terceiro prejudicado (art. 787, 3º do Código Civil).

Por isso, o segurador precisa dirigir e organizar toda a defesa do segurado frente a reclamação do terceiro, devendo o segurado prestar a colaboração necessária para seu sucesso.

21. Cláusula de confidencialidade

A confidencialidade entre as partes, segurador e segurado, sobre a existência de apólice de seguro D & O é medida que se impõe pela necessária proteção ao próprio segurado, até porque, caso seja de conhecimento de terceiros, poderá ensejar série de investidas ressarcitórias infundadas e até mesmo alavancar economicamente aquelas cujos fundamentos poderão levar à sua procedência.

Justo por isso, o segurado deve presar pelo sigilo e a confidencialidade, não apenas a respeito da existência de contrato de seguro de responsabilidade civil, mas também sobre os seus termos e as suas condições, para melhor desfrutar dos efeitos positivos desse tipo de negócio jurídico.

22. O terceiro legitimado

No direito do seguro, em princípio, o terceiro sempre será pessoa distinta do segurado, mas no seguro D & O podemos nitidamente circunscrever o terceiro legitimado a exercer uma ação de responsabilidade em face de qualquer segurado, com os termos definidos objetivamente na cobertura contratual dessa modalidade de seguro de responsabilidade civil.

A definição abstrata de terceiro pode ver-se completa pelas cláusulas incluídas na apólice, posto que é distinta a instituição da responsabilidade civil com as normas que regulam esse tipo de seguro e com o que eventualmente resultar garantido ou coberto.

Entre as cláusulas que delimitam o conceito de terceiro nas apólices D & O podemos encontrar algumas que excluem da cobertura:

- As reclamações efetuadas pelo tomador ou por grupo de acionistas que represente determinada porcentagem de capital. Este tipo de exclusão merece ser vista com certo cuidado, porque reduz a efetividade das apólices nas quais está incluída, enquanto parte importante do âmbito objetivo da cobertura que supostamente deveria cobrir um seguro deste tipo é o relativo ao exercício da ação social de responsabilidade, para cujo exercício aparece legitimada principalmente a própria sociedade, e subsidiariamente os acionistas e os credores;
- As reclamações apresentadas por qualquer segurado contra outro segurado. Estas cláusulas são mais frequentes que as anteriores e costumam vir redigidas em termos gerais ou ainda bem preciso, restringindo a exclusão aos administradores que ostentem determinadas porcentagem de participação no capital social. Justificam-se porque

as demandas entre os administradores podem vir motivadas, muito mais do que por erros ou comportamentos negligentes na gestão, pela existência de conflitos de interesses ou lutas internas de poder na sociedade e, principalmente, porque não parecem ter caráter indenizatório;

- As reclamações apresentadas pela sociedade tomadora contra os administradores de qualquer de suas filiais, por danos que possam surgir dentro do grupo econômico;
- As reclamações apresentadas por terceiros seguindo as instruções da sociedade tomadora, de suas filiais ou de qualquer de seus segurados; e
- As reclamações apresentadas por pessoas estritamente vinculadas ao administrador, em virtude de relações de parentesco ou de outro tipo (cônjuge, ascendentes, descendentes, afins, etc.).

Da mesma forma que nos seguros de responsabilidade civil em geral, essas exclusões tratam de elidir o risco de fraude celebrada pelo segurado com a participação do terceiro reclamante, para obter proveito econômico do seguro. Sendo esta a finalidade perseguida pelas cláusulas genericamente referidas acima, convém ampliar as hipóteses em sua redação para evitar que, com limitação objetiva e concreta dos sujeitos excluídos, fiquem de fora outros que apesar de não estarem compreendidos nas exclusões representam o mesmo perigo aludido.

Por outro lado, há que se evitar definições demasiadamente amplas, sob o risco de circunscrever em excesso o círculo de sujeitos que podem ser considerados terceiros para efeito desse tipo de seguro.

Observe-se que sendo o direito a obtenção da indenização transmissível, é possível que qualquer dos excluídos do conceito de terceiro ostente legitimação para o exercício da ação de responsabilidade em face do administrador, como consequência de eventual sub-rogação na posição de outro sujeito legitimado (por exemplo, é possível que outro administrador seja herdeiro universal de quem, por ter sofrido dano em seu patrimônio, está legitimado a atuar contra outro administrador). Nesses casos excepcionais é preciso dar valor a tal circunstância, para que a reclamação, ao menos do ponto de vista subjetivo aqui analisado, se firme compreendida na proteção conferida pelo seguro D & O.

Notas

1 - Sergio Ruy Barroso de Mello - Graduado em Direito pela UFRJ. Pós-Graduando (*habeas sensu*) em Direito Empresarial pela UFF e Doutorando pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha). Advogado. Vice Presidente da Associação Internacional de Direito de Seguro - AIDA

2 - Para o Ministro José Augusto Delgado, o seguro de responsabilidade civil “faz parte dos seguros contra danos, abrindo ao segurado possibilidade para proteger os seus bens contra os riscos que os ameaçam.” In, *Comentários ao Novo Código Civil*, Rio, Forense, 2004, volume xi, tomo I, p. 561

3 - Rui Stoco, *Tratado de Responsabilidade Civil*, 5ª ed., RT, p. 524

4 - *Claims made*, em tradução literal, outra coisa não seria senão “reclamação (ou reivindicação)” feita”.

5 - In, *Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria*, Rio, Forense, 2006, p. 527

6 - O saudoso Prof. Fenando Sánchez Calero, seguindo a doutrina geral da responsabilidade civil no direito espanhol, entende que o nascimento da dívida, cuja causa é o fato danoso, é o que determina o sinistro neste tipo de seguro. In, “La delimitación temporal del riesgo em el seguro de responsabilidad civil tras la modificación del artículo 73 de la Ley de contrato de seguro”; *Revista Española de Seguros*, nº 89, 1997, p. 14

7 - In, O seguro D & O e a proteção ao patrimônio dos administradores, São Paulo, 2011, Almedina, p. 87/88

8 - *D & O Insurance: O seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anônima*. Almedina, 2007, p. 1161