

**Notas sobre a culpa grave sob a ótica do seguro de responsabilidade
civil de administradores comercializado no Brasil**

**Notes on gross negligence in directors and officers' liability insurance
policies sold in Brazil**

Mariana Cavalcanti Jardim

Mestre em Direito de Empresas e Atividades Econômicas pelo programa de pós-graduação da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

Of counsel da área de Seguros e Resseguros do Campos Mello Advogados

Professora de Direito Empresarial do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito da
UERJ - CEPED

Rua São Francisco Xavier, 524, 7.º andar, Maracanã, 22550-900 Rio de Janeiro-RJ, Brasil

marijardim@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-2542-1659>

Março de 2023

RESUMO: Este artigo objetiva lançar luz sobre a reprodução irrefletida no Brasil nos clausulados de apólices de seguro de responsabilidade civil de administradores, o chamado seguro D&O, de dispositivo em que se exclui de cobertura atos cometidos pelos segurados com culpa grave. Para tanto, se esmiuça o tratamento da responsabilização civil de administradores e os deveres dos administradores de sociedades anônimas no ordenamento jurídico brasileiro, dedicando-se especialmente aos deveres de diligência, de lealdade, de evitar conflito de interesses e de informar. Passa-se ao exame do seguro D&O como mecanismo apto à alocação e gerenciamento de parte dos riscos das atividades do administrador para, apenas então, adentrar-se no estudo da culpa grave nos atos de gestão. Após um breve giro histórico sobre a gradação da culpa e a percepção do dolo e da culpa grave no âmbito do Direito Civil e Securitário brasileiros, reflete-se sobre a aplicação do conceito de culpa grave às apólices de seguro D&O.

PALAVRAS-CHAVE: Seguro; Culpa grave; Responsabilidade civil de administradores; Seguro de responsabilidade civil de administradores; D&O; Direito Brasileiro.

ABSTRACT: This article aims to shed light on the thoughtless reproduction in Brazil in directors and officers' liability insurance policies, the so-called D&O policies, of a provision aiming to exclude from coverage insured's gross negligence. To this end, the Brazilian legal system scenario related to managers' civil liability and their duties is detailed, focusing especially on the duties of diligence, loyalty, avoiding conflict of interest and information. The D&O insurance is examined as a mechanism capable of allocating and managing part of the risks to which managers are exposed and, only then, the managers' gross negligence is reviewed. After a brief historical incursion into the types of negligence and the perception of intent and gross negligence in view of Brazilian Civil Law and Insurance Law, the application of the concept of gross negligence to D&O insurance policies is examined.

KEY WORDS: Insurance; Gross negligence; Directors and officers civil liability; Directors and officers' liability insurance; D&O; Brazilian Law.

SUMÁRIO:

1. Introdução
 2. Responsabilidade de administradores no ordenamento jurídico brasileiro
 - 2.1. Deveres dos administradores de sociedades anônimas
 - a) Dever de diligência
 - b) Dever de lealdade
 - c) Dever de não atuar em conflito de interesses
 - d) Dever de informar
 - 2.2. Conclusões preliminares
 3. O objeto do contrato de seguro D&O
 4. A culpa grave nos atos de gestão
 - 4.1. A gradação da culpa
 - 4.2. Notas sobre o dolo e a culpa grave no âmbito do Direito Civil e Securitário brasileiros
 - 4.3. A aplicação ao seguro D&O
 5. Conclusão
- Bibliografia
- Jurisprudência

1. Introdução

Como regra, à luz do Direito brasileiro, os administradores não são pessoalmente responsáveis pelas obrigações contraídas em nome da sociedade durante sua gestão; respondendo, contudo, sempre que atuarem dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo, ou fora delas, violando a lei ou o estatuto social.

Com a paulatina repartição do dever de indenizar por um amplo número de pessoas, a verdadeira inclusão dos administradores como possíveis sujeitos violadores de direitos e a consolidação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil, vivenciou-se a ampliação desmedida da responsabilização civil dos administradores.

Um dos antídotos aplicados para proteger a posição desses gestores e a tomada de decisões arrojadas em prol da maximização de lucros foi a contratação de seguro de responsabilidade civil de administradores (seguro D&O). Ocorre que, muitas das vezes, a redação desses contratos de seguro com a aplicação inadvertida do conceito de “culpa grave”, não acolhido pelo Código Civil Brasileiro de 2002, atualmente em vigor, leva ao esvaziamento desse seguro, que passa a ser comercializado praticamente desprovido de garantias básicas ao segurado-administrador.

O presente trabalho pretende estudar a ilegalidade da exclusão de cobertura da culpa grave no âmbito das apólices de seguro D&O comercializadas no País face à legislação e regulamentação atualmente em vigor no Brasil.

Para tanto, inicia-se com a análise da responsabilidade civil no ordenamento brasileiro sob a ótica dos administradores e dos princípios e deveres próprios a sua atuação, sistematizados nos deveres de diligência, de lealdade, de informar e de evitar conflitos de interesses.

Passa-se, então, ao estudo do objeto do seguro D&O, de forma elucidar a proteção por ele oferecida, i.e., resguardar o administrador de eventuais consequências patrimoniais negativas decorrentes de danos não intencionais a terceiros causados no exercício de suas funções e esclarecer sua licitude, outrora já questionada.

Analisa-se, na seqüência, a culpa grave propriamente dita nos atos de gestão, em especial a tripartição da culpa em levíssima, leve e grave, já abandonada no Direito Civil brasileiro, e a evolução do tema em matéria de Direito de Seguros.

Por fim, se aprofunda nos impactos da não cobertura pelo seguro D&O de atos cometidos pelo segurado-administrador com culpa grave de modo a se concluir pela sua legalidade ou não.

2. Responsabilidade de administradores no ordenamento jurídico brasileiro

A responsabilidade civil, entendida como o anseio de obrigar o causador do dano a repará-lo, tem como inspiração o mais elementar sentimento de justiça. Na concepção clássica, encontrava-se visceralmente ligada à ideia de culpa, razão pela qual ninguém poderia ser censurado ou sofrer juízo de reprovação sem que houvesse faltado com o seu dever de cautela. De acordo com essa visão, a vítima só poderia receber reparação ao comprovar a culpa do agente, o que nem sempre era possível na situação fática e acabava por deixar uma série de situações de prejuízo sem ressarcimento. Desenvolveu-se, assim, a responsabilidade civil objetiva, fundada na responsabilidade sem culpa. Nesse caso, por ser a prova da culpa “*um fardo pesado e intransponível para a vítima, a lei opta por dispensá-la*”¹, bastando, para o surgimento do dever de indenizar, a existência de dano e nexa causal.

Esse processo de “*desculpabilização*” iniciado no Brasil em 1988 com o advento da Constituição Federal e internalizado no ordenamento de maneira flagrante com o novo Código Civil de 2002, relegou a culpa psicológica a um segundo plano e abriu espaço para uma responsabilidade normativa objetiva que dispensa o elemento volitivo para sua configuração. A partir de então o que se tem experimentado no Direito brasileiro é uma releitura finalística do instituto da responsabilização civil que a afasta do viés punitivo e se volta à proteção do lesado e à reparação da desorganização causada pelo dano².

Adotou-se como regra geral a responsabilidade civil subjetiva e como exceção a responsabilidade civil objetiva. Tal opção, refletida nos artigos 186 e 927 do Código Civil, determina, em suma, que quem causar dano a alguém, ainda que de forma culposa, comete ato ilícito, situação em que surge o dever de reparar; e que esse dever independerá de existência de culpa nos casos previstos em lei e naqueles em que a atividade desenvolvida for capaz de gerar riscos a terceiros³. Assim, são pressupostos da responsabilidade subjetiva a existência de conduta ilícita e culposa (*lato sensu*), dano e nexa causal.

No que respeita especificamente aos administradores de sociedades anônimas, via de regra, eles não são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão. A regra, estabelecida desde 1976 pelo artigo 158 da Lei da S.A. (Lei n.º 6.404/1976), reza que o administrador será pessoalmente responsável pelos prejuízos que causar somente quando proceder dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto; cabendo, no entanto, quando compatível, a exclusão da sua responsabilidade se provado que agiu de boa-fé e visando aos interesses da companhia.

¹ SILVIO DE SALVO VENOSA, *Direito civil: responsabilidade civil*, 2.ed, São Paulo, Atlas, 2002, p. 16.

² GISELA SAMPAIO DA CRUZ, *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, pp. 16-18.

³ A teoria do risco, ainda em se considerando suas diversas matizes, encerra, em suma, a ideia de que não é possível individualizar os ônus e compartilhar com a sociedade apenas os ônus de sua atuação.

Não obstante a inexistência de ineditismo, apenas em 2003, com a entrada em vigor do novo Código Civil, quando o instituto da desconsideração da personalidade jurídica consolidou-se como instrumento utilizado para coibir as fraudes contra credores e abusos de direito perpetrados com base no véu que protege o patrimônio pessoal de sócios e administradores das dívidas sociais, que essa responsabilização se tornou mais palpável⁴.

De fato, a partir de então foi necessário revisitar o tema e fazer a releitura da liceidade da ação e da atividade do agente causador do dano à luz da função do Código Civil como promotor dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade.

Maior sujeição dos recursos financeiros dos administradores em questões relacionadas à responsabilidade civil também foi verificada em duas situações. A primeira, a partir de 2006 com o aumento da utilização da penhora *on-line* de contas bancárias de sócios e administradores de sociedades, expondo seus patrimônios a sanções mais imediatas (ainda que pendente decisão judicial sobre a controvérsia posta). A segunda, a partir de 2008, como consequência da crise de *subprimes* norte-americana que ensejou o aumento do questionamento em juízo dos atos praticados por administradores⁵.

Considerando a atuação dos administradores, inúmeras são as relações jurídicas por eles estabelecidas que podem ensejar sua responsabilização civil⁶. A doutrina e jurisprudência brasileiras colocam três âmbitos em que sua atuação pode gerar danos: na relação dos administradores com a companhia; na relação dos administradores com acionistas; e na relação dos administradores com terceiros. A existência dessas esferas em nada impede que possa haver dano a mais de uma relação pela atuação do administrador com dolo ou culpa ou em violação da lei ou do estatuto⁷.

⁴ "A desconsideração da personalidade jurídica, prevista no art. 50 do Código Civil, determina, em casos de confusão patrimonial ou desvio de finalidade da pessoa jurídica por seus sócios e administradores, a extensão dos efeitos de certas e determinadas obrigações originariamente assumidas pela pessoa jurídica a seus sócios e administradores. Não se cogita haver invalidação ou desconstituição da personalidade jurídica do ente, mas, sim, ineficácia relativa da separação patrimonial da pessoa jurídica. Sua aplicação se dá em favor do credor que judicialmente pleiteou a desconsideração da personalidade jurídica e atinge certas e determinadas relações obrigacionais". (GUSTAVO TEPEDINO/ LAÍS CAVALCANTI, *Notas sobre as alterações promovidas pela Lei n.º 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil*, in LUIS FELIPE SALOMÃO /RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA / ANA FRAZÃO, *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 489).

⁵ A combinação da expansão da oferta de crédito imobiliário para o segmento de pessoas com grande risco de inadimplência (crédito *subprime*) e do alto volume de recursos disponíveis levou gestores de fundos e bancos, na busca por maiores retornos, a adquirir títulos de instituições que atuavam com *subprime*. Novos empréstimos foram, assim, concedidos antes mesmo do pagamento dos empréstimos iniciais. Com a inadimplência dos tomadores dos empréstimos iniciais, foi deflagrado um ciclo de não-recebimento pelos compradores dos títulos e de retração do mercado como um todo. Vivenciou-se uma crise de liquidez, com a consequente aversão generalizada a risco e retração de investimentos em Bolsas.

⁶ "O sistema português de responsabilidade dos administradores, consagrado no Código das Sociedades Comerciais, assenta na ilicitude de actos praticados pelos administradores. [...] A responsabilidade dos administradores é construída sobre a prática de actos ilícitos culposos e danosos. A culpa é presumida, na responsabilidade (contratual) perante a sociedade (artigo 72.º do Código das Sociedades Comerciais), mas já o não é na responsabilidade (delitual-aquiliã) perante os sócios e terceiros (artigos 78.º e 79.º do mesmo Código)." (PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *D&O insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*, Coimbra, Almedina, 2007, n.p)

⁷ "Os atos do administrador podem causar prejuízos à companhia, ao acionista e a terceiros. Nada impede que tais prejuízos coexistam. Por isso, nem sempre é clara a diferença entre prejuízos sociais, cujo ressarcimento é buscado pela ação social, e danos sofridos por acionistas determinados, cuja reparação advém por meio da ação individual. Com efeito, o prejuízo da sociedade quase sempre se reflete na perda de valor econômico das ações da companhia, bem como na diminuição dos lucros." (STJ. Resp n.º 1.014.496-SC (2007/0294327-4). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 04.03.2008. Terceira Turma. Publicação: DJe 01.04.2008)).

Aliás, pelo princípio da inafastabilidade do controle judicial, incrustado no artigo 5.º, XXXV, da Constituição Federal brasileira, o administrador está sujeito a ser demandado judicialmente ainda que ausente sua culpa ou dolo. Entretanto, para que haja responsabilidade subjetiva, é necessária a presença de ato (comissivo ou omissivo) antijurídico imputável ao administrador, que tal ato tenha causado dano a outrem (liame de causa e efeito) e que esteja presente o elemento volitivo, traduzido na culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou no dolo do agente. Em que pese o acionamento em juízo do administrador sem a presença de tais requisitos poder revelar-se abusivo e o administrador conseguir, na maioria das vezes, demonstrar a improcedência do pedido, essa sua exposição não pode ser ignorada⁸.

A questão da responsabilização civil dos administradores assume delineados mais elaborados quando se parte do entendimento que, no ambiente societário, a assunção de riscos e a própria incerteza são inerentes à atividade desempenhada pelos membros da administração, estando todos os interessados, e.g. acionistas e credores, cientes dessa condição. Assim é que a análise de suas condutas deve ser feita de acordo com os princípios e deveres que são próprios a sua atuação, mediante a análise de *standards* de conduta social e econômica e em consideração à realidade empresarial, e não apenas segundo uma análise de culpa em abstrato.

2.1. Deveres dos administradores de sociedades anônimas

A depender de sua estrutura, as sociedades anônimas podem ter a administração exercida apenas pela diretoria ou por esta em conjunto com o conselho de administração. O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada responsável pela fixação das diretrizes para o exercício da empresa; ao passo que a diretoria é órgão de tomada de decisões individuais, salvo poucas exceções, responsável por apresentar a companhia perante terceiros nos atos necessários à consecução dos fins sociais.

De modo geral, um administrador não é responsável por atos de outros administradores, desde que não tenha sido conivente ou negligente ao reportar a prática ou que tenha empreendido esforços ao seu alcance para evitar a prática de tais atos. Apesar de a responsabilização dos membros de diretoria e do conselho de administração apresentar nuances como resultado de suas funções, esse estudo tratará genericamente do tema, sem trazer maiores distinções.

⁸ Essa se mostra como uma das razões pelas quais são contratadas apólices de seguro D&O no Brasil, já que a cobertura de custas de defesa funciona como minoração dos reveses financeiros dessa possível demanda judicial ou extrajudicial ainda que infundada. Em Portugal, observa-se a mesma questão: "Do ponto de vista comercial, o risco de despesas de defesa é o motivo determinante da contratação do D&O insurance. Atualmente, esse risco é exponenciado pelo ativismo dos 'third party litigation funds' que já estão a financiar ações populares em Portugal." (MARIA ELISABETE RAMOS, "Seguros D&O em Portugal: desafios ao modelo contratual de regulação", in *Revista Consultor Jurídico*, 6 de jan. 2022, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-06/seguros-contemporaneos-seguros-portugal-desafios-modelo-contratual-regulacao>(28.04.2023) e "uma das, se não mesmo a principal utilidade deste seguro está na circunstância de, numa primeira fase, ele servir para proporcionar ao segurado todos os meios necessários a uma defesa adequada da sua posição". (MARGARIDA REGO, *Adiantamento de custos de defesa nos seguros D&O*, in M. J. ANTUNES, & A. SOVERAL MARTINS (eds.), *Colóquio Internacional Governação das Sociedades, Responsabilidade Civil e Proteção dos Administradores*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, 2019, p. 80).

Preliminarmente, vale ressaltar que quando se refere à atuação do administrador de sociedade anônima fala-se em obrigação de meio - ele não garante o resultado e sim seu empenho no exercício do cargo. De fato, apesar de o administrador dever atuar de modo a maximizar os lucros da companhia, cabe à própria sociedade suportar a álea de seu negócio, razão pela qual “o mero resultado negativo não é suficiente para determinar a responsabilização (civil) de quem administra a sociedade”⁹.

Face à crucial função desempenhada pelos administradores em prol da consecução do fim social, o legislador brasileiro entendeu por bem fixar deveres e responsabilidades capazes de pautar a sua atuação e de estabelecer padrões de comportamento de modo a que não só os acionistas minoritários, como toda a coletividade, pudessem ter seus interesses também defendidos.

Tomando-se por base a disciplina da Lei da S.A., pode-se sistematizar os deveres de conduta dos administradores em dever de diligência, de lealdade, de informar e de evitar conflitos de interesses.

Estes deveres devem ser percebidos sob a ótica do princípio da boa-fé objetiva, que admite não só sua interconexão e ponderação com os princípios de Direito Empresarial, como desempenha feições e funções diversas quando inserido nesta realidade que o confere concreitude¹⁰. De fato, a boa-fé objetiva pode exercer função de cânone hermenêutico e integrativo, de fonte de deveres jurídicos e de limite ao exercício de direitos subjetivos. Quando trazida para a relação societária, marcada pelo princípio cooperativo, a boa-fé objetiva reflete diretamente na responsabilidade dos administradores, suscitando a leitura ampliada dos deveres de diligência, de lealdade e de informar, especialmente¹¹.

a) Dever de diligência

Descrito pelo legislador de forma enunciativa no artigo 153 da Lei da S.A. como uma cláusula geral, o dever de diligência impõe ao administrador de companhias “o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

⁹ ELIZABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas perante os credores sociais*, Coimbra, ed. Coimbra, 2002., p. 96 e s. *apud* JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades anónimas – comentários à lei*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009. v.2, p. 553.

¹⁰ “O fato de a boa-fé objetiva vir apreendida, legislativamente, pela técnica das cláusulas gerais não elide a sua caracterização como princípio, entendendo-se por ‘princípio’ espécie do gênero ‘norma jurídica’. A cláusula geral é uma técnica legislativa que (...) ‘captura’, ‘expressa’ ou ‘encerra’ um princípio”. (JUDITH MARTINS-COSTA, *Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro*, in Antonio Junqueira De Azevedo / et al, *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 388).

¹¹ “(...) o princípio da cooperação é *estrutural*, é elemento substancial à transformação da estrutura societária em verdadeira *Gestalt* – unidade dinâmica e polarizada no sentido de um mesmo valor constitutivo. Opera, assim, concomitantemente como elemento unificador da empresa e como chave de leitura da análise que distingue, funcionalmente entre os diferentes *papéis assumidos pelos acionistas* em relação à estrutura societária. Há, pois, intensidades de dever de colaboração, cabendo, sem sombra de dúvidas, a maior intensidade aos acionistas controladores e aos administradores em sentido amplo.” *Idem* p. 414.

Não há na prescrição legal qualquer conteúdo específico acerca do cumprimento de tal dever, apenas um padrão genérico de conduta¹².

Face à inquestionável feição institucional desse administrador, seu dever vai além daquele do homem médio: é dever extraordinário. Assim é que não cabe considerar-se que bastaria a esse indivíduo os atributos de diligência, honestidade e boa vontade do *bonus pater familias*. A mera capacitação técnica e profissional específica, quer seja por experiência quer seja por escolaridade, também não parece mostrar-se suficiente¹³. Exige-se dele que empregue efetivamente o cuidado extra de um profissional, buscando a consecução do objeto social e a obtenção de lucros para a companhia¹⁴.

Na ausência de delimitação clara à atuação do administrador, a doutrina e jurisprudência têm realizado esforço no sentido de dar concretude à norma, auxiliando a análise dos atos daquele para o estabelecimento de sua possível responsabilização civil à luz tanto de definições que buscam a determinação do seu conceito jurídico, quanto das particularidades da situação sob análise¹⁵. Nessa toada, Fábio Ulhoa propõe que se entenda por diligente o administrador que empregar “na condução dos negócios sociais as cautelas, métodos, recomendações, postulados e diretivas da ‘ciência’ da administração de empresas”¹⁶.

A função do administrador de sociedades anônimas, diferentemente daquela de um *trustee*, que tem o dever fiduciário de preservação e manutenção do patrimônio, é a de maximizar os lucros da companhia¹⁷. Para tanto, deve-se correr riscos. O dever de diligência encerra, portanto, um padrão de conduta que apresenta certa dualidade; pois, ao passo que é mais rigoroso por exigir aptidão aos negócios e cuidado adicional ao do homem médio¹⁸, por outro lado, é flexível ao internalizar a realidade de riscos inerentes próprios ao exercício da empresa.

¹² É essa a indicação também do artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais português: “1 - Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar: a) Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; [...]”.

¹³ Além deter competência profissional específica, é preciso que aja como o profissional que é. Em suma, ao administrador não basta aparentar diligente, deve sê-lo.

¹⁴ “Com efeito, o dever de diligência não é dever de inteligência, motivo pelo qual os administradores não respondem pela efetiva concretização dos fins sociais, caso tenham atuado de acordo com o comportamento que lhes é exigível, ou seja, caso tenham empregado, com diligência e lealdade, as técnicas aceitas como adequadas pela ciência da administração de empresas.” (NELSON EIZIRIK/ ARIÁDNA B. GAAL/ FLÁVIA PARENTE/ MARCUS DE FREITAS HENRIQUES, *Mercado de capitais: regime jurídico*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 408).

¹⁵ “A doutrina e a jurisprudência, buscando objetivar os critérios necessários para apurar uma possível responsabilidade civil do administrador, apontaram algumas questões para auxiliar a definição do padrão de conduta esperado, devendo-se em qualquer caso, portanto, analisar: (i) o tipo de atividade exercida, bem como a sua amplitude e relevância; (ii) os recursos disponíveis para o exercício da gestão; (iii) o momento e as circunstâncias em que a decisão foi tomada; (iv) a realidade da época em que a decisão foi tomada; (v) os fundamentos da conduta, não importando o mérito da decisão de gestão; e (iv) (*sic*) outras particularidades, incluindo atributos individuais dos administradores que motivaram a tomada de decisão.” (PEDRO FREITAS TEIXEIRA, *Os deveres de conduta dos administradores de companhia aberta: uma análise funcional da responsabilidade civil no âmbito da Lei 6.404/76*, Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, pp.102-103).

¹⁶ FÁBIO ULHÔA COELHO, *Curso de Direito Comercial*, 5.ed. rev. e atual, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 244.

¹⁷ “(...) quando a Lei Societária estabelece que o administrador deve exercer suas atribuições visando a lograr os fins da companhia, entende-se que ele deve atuar não apenas buscando a implementação do objeto social, como também tendo em vista seu escopo lucrativo”. (NELSON EIZIRIK/ *et al.*, op. cit., p. 421)

¹⁸ “No Brasil e no exterior, a qualificação exigível de um administrador é de elevado padrão. Não se trata do ultrapassado *bonus pater familiae* (o bom pai de família), aqui entendido como o “homem-médio”, mas do homem experiente de negócios - o *business man*.” (ILAN GOLDBERG, MARIA ELISABETE RAMOS, “Desenvolvimento dos seguros D&O em Portugal e no Brasil”, in *Revista Jurídica de Seguros*, Rio de Janeiro: Cnseg, nov. 2022, p. 47)

O dever imposto ao administrador não pode ser tal que o leve à paralisia pelo medo. Por essa razão que a leitura dos seus padrões de conduta não pode ser aquela que conduza à responsabilização do administrador por todo e qualquer revés de suas decisões, ao mesmo tempo em que não pode ser extremamente permissiva de modo a nunca os responsabilizar por sua atuação.

O dever de cuidado apresenta facetas que a doutrina usualmente coloca como subdeveres, que se confundem e se misturam e, dessa forma, apontam na direção do que esse dever maior requer dos que atuam na gestão de companhias. São eles: dever de se informar, dever de investigar, dever de se qualificar para o exercício do cargo, dever de vigiar e dever de bem administrar.

A capacidade de coletar e interpretar as informações necessárias à tomada de sua decisão, de modo a transformá-las objetivamente em um risco mensurável e proceder de acordo com elas e no interesse da companhia é o que se exige do administrador na qualidade de profissional. O subdever de se informar é atributo que exorbita o homem médio e requer que esteja munido das informações necessárias (relevantes e razoavelmente disponíveis para alguém em sua posição) à formação de seu juízo. Trata-se aqui de 'decisão informada'. Há, no entanto, uma linha tênue entre a razoabilidade em se incorrer em custos financeiros adicionais e a relevância da decisão e da informação a ser obtida que reforça o grau de subjetividade das decisões que o administrador precisa tomar em seu dia a dia.

Intimamente a ele ligado está o dever de investigar, que demanda do administrador tanto analisar criticamente as informações de que dispõe (sua qualidade, suficiência e confiabilidade), quanto decidir se e quando essa investigação deve ser aprofundada.

O dever de investigar (e o de interferir) pode ser depreendido do §1.º do artigo 158 da Lei das S.A. que impõe ao administrador a responsabilidade sobre atos ilícitos de outro administrador "se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática".

Vale lembrar que o fato de o diretor não ser devidamente qualificado para o exercício da sua função não o isenta de responsabilidade, já que a ele se impõe o dever de qualificar-se. Ainda que a legislação não tenha determinado tal exigência diretamente, ela deriva da própria boa-fé que dele se espera no exercício da função e da interpretação do artigo 152 da Lei das S.A. que atrela sua remuneração à competência, à reputação profissional e ao valor dos seus serviços no mercado.

Por óbvio esse administrador não precisa ser um técnico especialista e perito em todos os assuntos, mas deve sempre ser profissionalmente capacitado para a função que exerce e utilizar de sua expertise para supervisionar a atividade empresária e fazer um juízo crítico do que percebe à sua volta para, assim, tomar decisões informadas.

Conectado a este, encontra-se o dever de vigiar, entendido como a obrigação de supervisão das atividades sociais. Mais uma vez, não se requer aqui do administrador uma atuação sobre-humana e que este esteja ciente e seja participante de absolutamente todas as tarefas

executadas em prol do objeto social da companhia. O que se demanda do gestor é o monitoramento do andamento geral das atividades sociais de maneira profissional.

Também ínsito ao dever de diligência é o de bem administrar. Bem administrar a sociedade pode ser entendido como guiar as suas atividades em linha com a consecução do objeto social, observando o interesse comum dos sócios de modo a se realizar plenamente o fim da sociedade. É limite que orienta a atuação do administrador e que se confunde com os demais subdeveres porquanto todos eles estão interligados.

Inobstante a ausência de parâmetros objetivos definidos pelo legislador, forçoso reconhecer que a análise da possibilidade de responsabilização ou não de certo administrador por violação do dever de diligência passa obrigatoriamente pela identificação de sua atuação no interesse da companhia¹⁹. É o que se extrai do artigo 154 da Lei das S.A.: "O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa".

Em que pese a discussão entre contratualistas e institucionalistas se estaria ou não permitida a integração na dinâmica societária dos interesses dos acionistas, tanto majoritários quanto minoritários, e de terceiros parte da engrenagem empresarial, como trabalhadores, consumidores, credores e comunidade em geral, entende-se aqui, por meio de uma interpretação conforme os valores e princípios prestigiados pela Constituição Federal e pelo Código Civil, que é preciso adotar uma postura flexível.

Por um lado, não resta dúvidas de que o interesse imediato que guia as decisões negociais é reflexo do objetivo dos acionistas, resumidos na sistemática da maximização do lucro pelo desenvolvimento da atividade empresária²⁰ – como sintetizado por Tavares Guerreiro, "a medida do interesse social está no objeto social"²¹. Por outro, imperioso reconhecer que o objetivo mediato, aquele que se alcança percorrendo outros objetivos imediatos, foi claramente descrito na norma e passa pelo atendimento do bem público, da função social da propriedade e dos interesses de outros componentes relacionados à atividade das companhias.

Assim é que, se o interesse social não pode voltar-se unicamente ao umbigo dos seus acionistas, não pode também ser ampliado de maneira irrestrita olvidando-se de seu caráter cooperativo fruto da comunhão de interesses constitutivos (e mantenedores) daquela

¹⁹ Insere-se esse tema no âmbito do dever de diligência, posto que, quando se trata de dever de lealdade, como será visto mais adiante, sua violação está necessariamente atrelada a atos dolosos cometidos pelo administrador em interesse próprio ou de terceiros, razão pela qual não faz sentido uma discussão sobre os delineados do que seja o interesse da companhia naquela seara.

²⁰ "Na sociedade - protótipo dos contratos plurilaterais – o objeto social corresponde à atividade a ser desenvolvida pelos sócios ; essa atividade, por sua vez, definirá o caráter mercantil ou civil da sociedade. A atividade é comum, não no sentido de que todos os sócios deverão exercitá-la diretamente, mas porque ela é supostamente exercida em benefício de todos os sócios , e não de alguns deles apenas. A atividade empresarial é, em qualquer hipótese, um meio para a consecução do resultado por todos esperado: a produção de lucros." (FABIO KONDER COMPARATO, "O direito ao lucro nos contratos sociais", in *Direito empresarial – estudos e pareceres*, Saraiva, São Paulo, 1995, p. 150)

²¹ JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, "Conflitos de interesse entre sociedade controladora e controlada e entre coligadas, no exercício do voto em assembléias gerais e reuniões sociais", in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XXII, jul./set. 1983, Editora Revista dos Tribunais, p. 30.

sociedade²². Em outras palavras, apesar de os dois objetivos coexistirem, terá prevalência o interesse social de maximização dos lucros da companhia²³. Não se nega, de modo algum, a importância dos demais interesses ou a necessidade de se exercer a atividade empresarial de modo que os fins da companhia interajam com os interesses da coletividade, mas se assenta a convicção de que o afastamento da busca pelo lucro pode ser fatal à companhia.

b) Dever de lealdade

O dever de lealdade, ou *standard of loyalty*, importado do direito norte-americano, tem sua base no caráter fiduciário da atividade do administrador, não lhe sendo permitido perseguir em primeiro lugar seus interesses pessoais em detrimento dos da companhia²⁴; sendo dever destinado à companhia apenas, e não a seus acionistas isoladamente considerados²⁵.

Face à amplitude de possibilidades que seu conceito encerra, o legislador brasileiro optou por sua enunciação no artigo 155 da Lei das S.A. de forma ampla e abrangente, enumerando exemplificativamente algumas hipóteses de violação a esse dever, destinando ao juiz capitular e declarar outras formas de infração à lei no caso concreto. Isso não significa que seu conceito seja flexível, admitindo, como ocorre com o dever de diligência, seu temperamento de acordo com parâmetros de conduta. A opção do legislador se fez pela multiplicidade de formas que tal dever poderia ser violado e não para dar margem à sua elasticidade. Em outras palavras, ou há deslealdade ou não há²⁶.

Alguns exemplos consignados na Lei das S.A. de reserva que deve ser mantida sobre os negócios da companhia estão na vedação ao administrador usurpar oportunidades da companhia ou deixar de aproveitá-las em prejuízo desta; omitir-se na proteção de direitos da

²² "Bem por isso, percebe Calixto Salomão Filho, o novo direito societário assenta-se no *princípio cooperativo*, constituindo a cooperação, o 'elemento central' – elemento substancial, e não meramente formal -, que se põe como valor constitutivo das sociedades anônimas". (JUDITH MARTINS-COSTA, *Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro*, op. cit., p. 414).

²³ (...) Observa-se que a possibilidade de conflito de interesses é inerente a todo contrato plurilateral, não obstante a comunhão de escopo que lhe é característica. Os sócios não abdicam de seu interesse individual de obter mais vantagens econômicas na sociedade, em concorrência entre si; ou de assumir o poder, suplantando outros. (...) Mas esse conflito interindividual não deve afetar a consecução do escopo comum: a produção e partilha de lucros, a valorização do patrimônio social, pelo desenvolvimento da atividade empresarial definida no estatuto como objeto da companhia". (FABIO KONDER COMPARATO, *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1995, pp. 88-89).

²⁴ Desdobra-se tanto na exigência de comportamentos positivos quanto negativos.

²⁵ No Direito português, o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais português também determina o dever de lealdade dos administradores como dever fundamental: "1 – Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar: [...] b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores." (PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, op. cit., n.p).

²⁶ "Diferentemente do dever de lealdade, o dever de diligência apresenta-se com conteúdo jurídico indeterminado, a ser preenchido no caso concreto levando em consideração os parâmetros acima referidos. Já o dever de lealdade se apresenta de maneira mais rígida, não havendo margem para preenchimento segundo parâmetros. Não se lhe atribui conteúdo jurídico indeterminado e, de forma pragmática, implica em assumir que ou a conduta é leal, honesta, ou não é. Não há meio termo." (ILAN GOLDBERG, "O dever de lealdade e o insider trading sob a ótica do contrato de seguro de responsabilidade civil", in Roncarati, Disponível em: <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Artigos-e-Noticias/Artigos-e-Noticias/O-dever-de-lealdade-e-o-insider-trading-sob-a-otica-do-contrato-de-seguro-de-responsabilidade-civil.html#nota12>, (20.04.2021).

companhia; comprar e revender bens ou direitos de interesse da companhia; e de praticar ou não evitar a prática de *insider trading*.

Opera-se neste terreno com base em uma presunção²⁷ *juris tantum* (relativa) sobre a intenção/o dolo do administrador, admitindo-se a produção de provas em sentido contrário²⁸. Assim, ainda que se trate de conduta que poderia estar abarcada por uma das hipóteses descritas no artigo 155, se o administrador atuar com culpa (*stricto sensu*) tratar-se-á da violação ao dever de diligência e não de lealdade.

No mais, embora a verificação de dano seja necessária para o surgimento do dever de reparar na esfera cível, a mera realização de quaisquer dessas condutas elencadas no artigo em comento pode levar à responsabilização do administrador na esfera administrativa²⁹.

c) Dever de não atuar em conflito de interesses

O artigo 156 da Lei das S.A. veda também ao administrador atuar em situações em que haja conflito de interesses, i.e., “em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores”. Em caso de conflito, cabe ao administrador cientificar seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse³⁰.

²⁷ “Pressuposição implica presunção. E presunção, em matéria de responsabilidade, vimo-lo já, e por mais de uma vez, são ‘máscaras’ apenas, como diria De Page, com as quais, não raro, se pretendesse ocultar apenas a face do risco. Presunção é ‘fantasma de culpa’, proclama Jossierand. E se as presunções são da natureza daquelas, ditas invencíveis ou *juris et de jure*, então de culpa efetivamente nenhuma se trataria. Ter-se-ia, apenas, a ‘etiqueta’ da culpa, o mero rótulo, o simples arcaçouço vazio, o *enveloppe sans contenu*, a imagem vã, o corpo sem gravidade ou o gás sem expansão do expressivo linguajar de Butera”. (WILSON MELO DA SILVA, *Responsabilidade sem culpa*, 2. ed, São Paulo, Saraiva, 1974, p.142).

²⁸ Voto do Diretor Marcelo Trindade: “Realmente, quando se trata da atuação de administradores da companhia, comprando ou vendendo ações no mercado ao tempo em que podem, por sua posição, ter conhecimento de fatos não divulgados ao público, passíveis de influenciar cotações, poder-se-ia presumir - presunção *juris tantum* - que a atuação seria irregular, bastando verificar-se a condição de administrador que tivesse conhecimento da informação aliada ao fato de ter negociado ações da empresa que administra em período em que houvesse fato não divulgado que pudesse influenciar as cotações dos papéis. Entretanto, quando se trata de não administradores, tal presunção não pode merecer acolhida, no meu entendimento. Como se vê da decisão do Colegiado no IA 02/85, de que foi Relator o então Diretor Nelson Eizirik, na qual se estabeleceu que “tratando-se de um ‘insider de mercado’, ou ‘tippee’, não ocorre tal presunção, cabendo à CVM provar seu acesso à informação”. (BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Inquérito Administrativo Sancionador CVM n. RJ 13/2000. Julgado em: 17.04.2002. Rio de Janeiro, CVM, 2002).

²⁹ “(...) preciso salientar que, embora seja relevante perquirir a intenção de obter vantagem, é absolutamente dispensável a concreta obtenção da vantagem almejada. A legislação não exige a materialização do dano para a caracterização do ilícito administrativo. (...) Assim, a mera realização da operação com o intuito de gerar dano (traduzido na intenção de auferir indevida vantagem) é fato grave o suficiente para fazer incidir as sanções disciplinares administrativas aplicáveis.” (FRANCISCO ANTUNES MACIEL MÜSSNICH, *O insider trading no direito brasileiro*, Rio de Janeiro, 2015, p. 34, Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/15292/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Francisco%20M%C3%BCssnich%20%28clean%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. (21.04.2021).

³⁰ A literatura portuguesa aponta esse dever especialmente relevante coo mecanismo a promover o cumprimento dos deveres funcionais dos administradores. (MARIA ELISABETE RAMOS, “Seguros D&O em Portugal: desafios ao modelo contratual de regulação”, in *Revista Consultor Jurídico*, 6 de jan. 2022, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-06/seguros-contemporaneos-seguros-portugal-desafios-modelo-contratual-regulacao>, (28.04.2023).

A doutrina brasileira não é uníssona quanto à natureza desse conflito de interesses, não tendo chegado a um consenso se esse conflito seria formal, no qual a “conflituosidade é *ex legis*, não admitindo discussões casuísticas, éticas ou culposas”, sendo o impedimento absoluto com uma presunção prévia de conflituosidade, ou se ele seria substancial, no qual a “conflituosidade deve ser examinada *a posteriori*, caso a caso”³¹. Majoritariamente, contudo, entende-se que o conflito somente pode ser constatado *post factum*, devendo ser demonstrado que a operação social em que interveio o administrador, direta ou indiretamente, acabou por sacrificar o interesse da companhia. Sendo assim, parte-se do pressuposto de que o administrador cumpre com seus deveres fiduciários e atua em prol da companhia, podendo essa presunção ser afastada somente se no caso concreto ele tiver privilegiado seus interesses pessoais em detrimento dos da companhia.

Assim, o dever de não atuar em conflito de interesses guarda íntima relação com os deveres de lealdade e diligência, posto que todos têm como objetivo resguardar a persecução do fim social pelo administrador quando da execução de suas atividades na companhia.

d) Dever de informar

O dever de informar do administrador apresenta-se em três direções, quais sejam, o dever de se informar, abordado anteriormente porquanto diretamente ligado ao dever de diligência, o dever de informar aos acionistas e o dever de informar a terceiros, estes últimos relacionados diretamente ao comportamento segundo a boa-fé.

O administrador de companhia aberta possui, ainda, o dever de prestar informações não só à companhia e seus acionistas, como também ao mercado em geral, ao público investidor e à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), nos termos do artigo 157 da Lei das S.A. O objetivo deste dever de informar é tornar transparente o estado dos negócios da companhia de modo a orientar o investidor em sua decisão de investir ou continuar investindo na companhia, colocando-o e todo o mercado em situação de igualdade com todos aqueles que mantêm algum tipo de relação com a companhia. Ao mesmo tempo, esse dever desempenha importante função na fiscalização da atuação do administrador, constituindo um estímulo a que o administrador aja de acordo com as melhores regras de governança corporativa já que terá que dar ciência a acionistas e terceiros de sua atuação³².

Nesse dever está inserida a obrigação de o administrador declarar os valores mobiliários de emissão da companhia, controladas ou sociedades do mesmo grupo dos quais seja titular quando de sua posse ou a qualquer tempo se solicitado por acionistas representando ao menos cinco por cento do capital social da companhia, e, ainda, à CVM sobre modificações em suas

³¹ JOSÉ WALDECY LUCENA, *op.cit.*, p. 513.

³² Os administradores possuem também outras obrigações disciplinadas na Lei das S.A., cuja violação poderá ensejar a responsabilização civil pessoal, como aqueles dos primeiros administradores (artigo 99) e os relativos à aprovação de demonstrações financeiras (artigo 134).

posições acionárias; e revelar quaisquer atos ou fatos relevantes na atividade da companhia, salvo se apenas o silêncio for capaz de resguardar interesse legítimo da companhia.

2.2. Conclusões preliminares

Do acima, conclui-se preliminarmente que o legislador estatuiu padrões de comportamento aptos a direcionar sua atuação em direção à boa-fé, à diligência e à lealdade, visando, em primeiro lugar, o atingimento dos objetivos sociais e a prosperidade, mas sem desprezar a importância das sociedades empresárias para a promoção de fins transindividuais.

A dualidade que encerra o exercício da atividade do administrador direciona sua atenção, contudo, ao risco. Não para sua aversão, posto que somente o flerte com o risco pode impulsionar os negócios sociais, mas para a sua correta avaliação e alocação. Em um mundo comercial cada vez mais afeto a riscos e dependente desses para maximização de lucros, é de suma importância para a atividade societária que o administrador não fique engessado pelos deveres legais e possa exercer sua atividade livremente, ainda que dentro de parâmetros fruto da escolha legislativa.

Como mecanismo apto à alocação e gerenciamento de parte dos riscos do administrador surge o seguro D&O. Por meio desse contrato, o administrador consegue partilhar com um terceiro – i.e., uma seguradora - os impactos financeiros da materialização de certo risco a que está exposto quando do exercício de sua atividade profissional. Apesar de isso não significar uma transferência de riscos propriamente dita, já que o risco continua sendo do administrador, por meio do seguro é capaz de se prover certa segurança jurídica, preservando a dinamicidade necessária à tomada de decisões empresariais e o ímpeto de maximização de lucros.

3. O objeto do contrato de seguro D&O

O seguro D&O tem por objetivo resguardar os administradores de perdas financeiras pelas quais possam ser pessoalmente responsáveis como resultado das funções por eles desempenhadas nas sociedades. A garantia oferecida pela seguradora condiciona-se a que tais eventuais perdas e danos resultem de reclamações de terceiros contra os administradores³³, na esfera judicial, arbitral ou administrativa, a depender da redação da apólice³⁴, decorrentes de atos regulares de gestão ou mesmo culposos por eles praticados durante a vigência da

³³ Cada produto traz sua própria definição do que seriam administradores, podendo a terminologia alcançar não só os diretores e conselheiros estatutários, como também aqueles não estatutários, procuradores, advogados do tomador e outros ocupantes de cargos e funções de gestão nas sociedades tomadoras e em outras indicadas na apólice.

³⁴ Apesar de o seguro denominar-se de responsabilidade civil, a responsabilização do administrador pode transcender à esfera civil, atingindo também as esferas tributária, trabalhista, consumerista, concorrencial, penal, ambiental, por exemplo. As apólices de Seguro D&O podem oferecer cobertura também a esses riscos.

apólice e/ou durante o prazo de retroatividade relacionados ao exercício de seus cargos e funções.

Seu objetivo não é o de blindar o patrimônio do administrador, posto que isso não é possível tanto em face das limitações legais quanto das contratuais - e, por que não dizer, fáticas -; mas sim de oferecer certo alívio com a transferência da responsabilidade econômica por eventual indenização a terceiro, ao acionista e à própria sociedade, a depender da amplitude da cobertura oferecida pelo produto contratado.³⁵

Na vigência do Código Civil brasileiro de 1916, questionou-se a legalidade de tal proteção securitária por o artigo 1.436 determinar a nulidade do contrato de seguro quando filiado a atos ilícitos do segurado - questionamento esse que perdurou na vigência do novo diploma, ainda que após a restrição a atos ilícitos dolosos - sob a alegação de que a sua mera existência serviria de estímulo a condutas antijurídicas dos administradores e retiraria a possibilidade da sua responsabilização patrimonial, com o que não se concorda.

Apesar de a causa não ter sido incluída no artigo 104 do Código Civil vigente como elemento constitutivo do negócio jurídico é descabida a argumentação de que tal fato autorizaria a contratação de um seguro com o fito de se cometer atos *contra legem*³⁶. A causa, em sua função de cláusula geral, empresta à vontade das partes a maleabilidade para que estas se amoldem ao ordenamento legal, conferindo juridicidade à forma escolhida³⁷. Daí que não se pode sequer cogitar a permissão para que um negócio jurídico seja entendido como válido se tem por objetivo contrariar as normas inderrogáveis, o bom costume ou a ordem pública. De fato, o próprio Código Civil brasileiro macula o negócio jurídico de nulidade quando tem por objetivo fraudar a lei imperativa³⁸.

Além disso, quando analisado seu objeto, resta claro que o seguro D&O está de acordo com o Direito brasileiro. O artigo 757 do Código Civil brasileiro determina expressamente a necessidade de existência de "interesse legítimo do segurado". Isso significa que a garantia, que é a obrigação principal e primária do segurador, deve versar sobre uma relação jurídica

³⁵ Sobre a cobertura *Side A*, que oferece cobertura à responsabilidade dos administradores em si, a doutrina portuguesa, aqui representada por Maria Elisabete Ramos, esclarece: "O interesse dos administradores na cobertura proporcionada pelo Side A consiste na proteção contra as perdas patrimoniais causadas por despesas de defesa ou pelas indenizações em que venham a ser condenados. Através da cobertura proporcionada pelo Side A, os administradores obtêm *peace of mind in relation to the possibility of financial vulnerability to third parties*." (ILAN GOLDBERG, MARIA ELISABETE RAMOS, op.cit., p. 30).

³⁶ "Talvez não tenha andado mal o Código ao não incluir a causa no elenco de requisitos de validade do negócio jurídico (art. 104). Afinal, a causa não é um elemento essencial do negócio como são os demais requisitos. A causa é um requisito de outra ordem, é um *quid* que ilumina o contrato na sua dimensão de valor e de regulamento de interesses. Daí que o melhor seja prevê-la isoladamente tal como uma cláusula geral, o que evitaria, de passagem, as confusões suscitadas naqueles ordenamentos em que a causa aparece junto com os demais requisitos". (PABLO RENTERÍA, "Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato", *apud* EDUARDO NUNES DE SOUZA, "De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato", in *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 8, n. 2, 2019, p. 12, Disponível em: <http://civilistica.com/de-volta-a-causa-contratual/>, (05.05.2021).

³⁷ "(...) embora a causa seja una, ela cumpre três papéis diferentes mas interdependentes, daí a confusão em que se vê envolvido o termo: i) serve a dar juridicidade aos negócios, em especial a contratos atípicos, mistos e coligados; ii) serve a delimitá-los através do exame da função que o negócio irá desempenhar no universo jurídico; iii) serve, enfim, a qualificá-los, distinguindo seus efeitos e, em consequência, a disciplina a eles aplicável". (MARIA CELINA BODIN DE MORAES, *A causa do contrato*, *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013, Disponível em: <http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/>, (15.06.2021).

³⁸ Artigo 166 do Código Civil.

que tenha a acolhida da ordem jurídica posta. Não pode, assim, a realização do risco ser desejada pelo ou vantajosa para o segurado, o que o transformaria em um interesse ilegítimo.

E o objeto no seguro de responsabilidade civil nada mais é do que a consequência patrimonial da responsabilização do segurado - e não o ato ilícito em si. Observadas as exceções legais, o Código Civil brasileiro determina que, sempre que houver dano a terceiro oriundo de ação ou omissão de determinado agente, restará configurado ato ilícito, surgindo o consequente dever de reparar. A obrigação de reparar está, assim, atrelada ao prejuízo e não à intenção do agente ou responsável legal.

O que ocorre é que, como qualquer negócio jurídico, o contrato de seguro será nulo se seu objeto for ilícito. E a contratação de seguro de responsabilidade civil objetivando a garantia de ato doloso do segurado ofenderia inegavelmente não só a disposição que determina a licitude do objeto, como também esbarraria na necessidade de legítimo interesse, em violação aos artigos 104, II, 166, II, e 757 do Código Reale.³⁹

Por fim, lembra-se que o legislador se assegurou que, ainda que o objeto seja lícito, não haverá cobertura securitária para atos danosos intencionais praticados pelo segurado. Isso porque o risco, como matéria-prima do contrato de seguro, não pode ter sua ocorrência perseguida pelo segurado. O segurado reconhece sua existência e, por essa razão, celebra um contrato de modo a geri-lo, mas é pressuposto desse pacto que aquele risco ainda não tenha ocorrido (ou se tiver ocorrido, não seja de conhecimento do segurado) e que sua ocorrência não seja desejada. A conduta de má-fé e intencional do segurado é diametralmente oposta à máxima boa-fé que se demanda dos contratos de seguro e se choca visceralmente com a própria formação do instituto, naquilo que o afasta do jogo e da aposta, transformando o risco puro (segurável) em risco especulativo (não-segurável)⁴⁰.

Assim é que, se do ponto de vista doutrinário, o seguro de responsabilidade civil de administradores já era entendido por muitos como acolhido pelo ordenamento brasileiro, ainda que a dicção do Código Civil brasileiro de 1916 não fosse a mais feliz, com a vigência do Código Civil brasileiro de 2002 e a consolidação do seguro de responsabilidade civil de administradores no mercado nacional, restou superada toda a controvérsia sobre a juridicidade dessa modalidade de seguro⁴¹.

³⁹ Em reflexão sobre a concessão de cobertura securitária em caso de dolo do segurador, o autor português Moitinho de Almeida assevera que a proibição de cobertura nesses casos é tradicional no Direito do Seguro, tanto por considerações com base na ordem pública e moralidade, tanto pela perda da álea, essência dos contratos de seguro. Ver JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato de seguro no direito português e comparado*, Lisboa: Sá da Costa, 1971, pp. 101-108.

⁴⁰ "Já vimos a diferença entre riscos puros e especulativos: nos primeiros, há probabilidade de perda e não-perda; nos especulativos, a probabilidade é de perda ou ganho. O seguro só protege contra riscos puros." (FRANCISCO DE ASSIS BRAGA, "Bases técnicas da empresa securitária", in *Seguros: uma questão atual*, São Paulo, Max Limonad, 2001, p. 28).

⁴¹ "Ao passo que o dolo é comumente repellido pelos contratos de seguro em geral - com o seguro D&O não é diferente - a culpa é a eles afeita, sobretudo nos seguros de responsabilidade civil. Contrata-se seguros de responsabilidade civil justamente porque pessoas humanas são passíveis de erros e, consequentemente, de causar danos e, com isso, surgem as respectivas demandas de responsabilidade." (ILAN GOLDBERG, MARIA ELISABETE RAMOS, op. cit., p. 43).

4. A culpa grave nos atos de gestão

4.1. A graduação da culpa

Pensar a culpa no âmbito da responsabilidade civil dos administradores sem considerar sua evolução ao longo do tempo, em especial a transição da culpa subjetiva ou psicológica para aquela com contornos mais objetivos, retiraria da análise do tema importantes considerações.

A formulação de um conceito de culpa uniformemente aceito, capaz de abarcar todos os elementos que a caracterizam, suas nuances e os limites de seu alcance, é missão tão complexa que diversos estudiosos da responsabilidade civil optaram por não seguir nessa estrada⁴². O que se fez face a essa dificuldade foi buscar consolidar e instrumentalizar o instituto da culpa com base nos consensos dos grandes estudiosos e da jurisprudência, que foram se alterando ao longo do tempo.

A noção de culpa partiu da avaliação moral da conduta individual, em que se buscava descobrir se o agente teria previsto as consequências danosas da sua ação e se possuía a intenção de alcançá-las. Na culpa chamada de psicológica ou subjetiva, a violação do dever preexistente estava atrelada à vontade do agente, o que impedia que o dever de indenizar estivesse baseado no grau de culpa. Era indiferente, assim, que essa fosse levíssima, leve ou grave; o resultado seria o mesmo: existindo culpa, haveria dever de reparar⁴³. Há, assim, a consagração do dogma da culpa, universalmente traduzido na máxima “não há responsabilidade sem culpa”. O foco concentrava-se na figura do causador do dano e no seu estado anímico e formação psicológica; o que trazia, na prática, dificuldades para a vítima que precisa provar essa culpa (prova diabólica)⁴⁴.

Tal conceito provou-se insuficiente no século XX, quando a preocupação passou, então, a centrar-se na vítima e na necessidade de reparação dos seus danos da maneira mais ampla possível. O lado psicológico do causador do dano foi deixado de lado e sua conduta passou a ser avaliada segundo a régua do *bonus pater familias*, sendo considerado o que se espera desse homem-médio e não de quem praticou o ato em si. Estabeleceu-se a teoria da culpa normativa, em que se despreza o estado de ânimo do causador do dano ao praticar o ilícito em prol da avaliação do desvio do padrão de conduta que deveria ter sido observado na circunstância⁴⁵.

⁴² É o caso dos irmãos Mazeud, grandes estudiosos franceses do tema.

⁴³ “Desta feita, a culpa levíssima, leve ou grave gerariam igual dever de reparar o dano, de modo que *tertius non datur*: ou bem se está diante de violação do dever de conduta, e aí verifica-se a culpa (independentemente do grau), impondo-se o dever de reparar o dano, ou não se está diante da violação da norma e, portanto, não há que se falar em culpa e, por conseguinte, em dever de reparar.” (PAULA GRECO BANDEIRA, “A evolução do conceito de culpa e o artigo 944 do Código Civil”, in *Revista da EMERJ*, v. 11, n. 42, Rio de Janeiro, 2008, p. 228).

⁴⁴ ANDERSON SCHREIBER, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*, 2. ed, São Paulo, Atlas, 2009, pp. 16-17.

⁴⁵ “(...) o certo é que a culpa normativa afasta o subjetivismo inerente à concepção psicológica da culpa, fortemente atrelada à intenção e às circunstâncias pessoais do agente, provocando o seu divórcio com a moral, e facilitando, em última análise, a prova da culpa”. (PAULA GRECO BANDEIRA, op. cit., p. 232).

A partir desse processo de revisão de conceitos verificou-se a objetivação da culpa⁴⁶ que “passou a ser entendida como o ‘erro de conduta’, apreciado não em concreto, (...), mas em abstrato, isto é, em uma objetiva comparação com um modelo geral de comportamento”, como afirma Anderson Schreiber⁴⁷.

Feitas as considerações acima, volta-se à análise da utilidade de gradação da culpa quanto à sua gravidade (dividindo-a em culpa levíssima, leve e grave) no âmbito da responsabilização dos administradores quanto a seus atos de gestão e de sua relação com os conceitos de negligência, imprudência e imperícia. De fato, com a adoção da ideia de culpa em uma acepção menos moral e mais técnica para fins de responsabilidade civil, a classificação daquela de acordo com graus de reprovabilidade perdeu grande parte de seu objeto.

A tripartição da culpa de acordo com graus de intensidade pode ser encontrada nas fontes romanas atreladas à diligência com que o devedor de uma obrigação a cumpria ou à negligência deste no seu descumprimento⁴⁸. A culpa levíssima (*culpa levissima*) seria aquela de que apenas se esquivaria o homem extremamente cuidadoso, com o “grau máximo de cuidado, atenção e prudência humanamente possível, que adotaria o diligentíssimo pai de família”⁴⁹, i.e., um homem bem mais diligente que o homem médio. A seu turno, a culpa leve (*culpa levis* ou simplesmente culpa) seria aquela de que um homem médio se esquivaria, i.e., com a diligência padrão o dano não teria ocorrido. E a culpa grave (*culpa lata*), seria aquela incorrida por quem, apesar de não ter tido a intenção de causar o dano, comportou-se como se procurasse aquele resultado.

Inobstante a referida classificação doutrinária, na seara da responsabilidade subjetiva, os graus de culpa mostram-se, geralmente, irrelevantes, posto que o dever de reparação está ligado à mera verificação do dano e sua quantificação à extensão desse dano e não ao grau de culpa do ofensor⁵⁰.

Resta clara a dissociação da responsabilidade civil daquela de natureza penal no que toca o tema da culpa. A ausência de caráter sancionatório ou punitivo nas disposições civis, reflexo também da adoção da culpa normativa pelo ordenamento jurídico brasileiro, torna desnecessária a avaliação da intensidade do desvio do ofensor⁵¹.

Encontra-se, contudo, previsão expressa no Código Civil (artigo 944), que parece flexibilizar esse posicionamento ao determinar que, apesar de a indenização dever ser mensurada de acordo com a extensão do dano, “(s)e houver excessiva desproporção entre a gravidade da

⁴⁶ “Como afirma Schreiber, a culpa objetiva não se confunde com a responsabilidade objetiva, que prescinde de culpa. (...). A responsabilização objetiva mostra-se, na verdade, como “um processo maior de releitura do direito civil em virtude da incidência dos princípios constitucionais; (...) questiona-se se à vítima deva ser negado o direito ao ressarcimento e não mais (...) se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado.” (MARIA CELINA BODIN DE MORAES, “A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil”, in *Direito, Estado e Sociedade*, v.9, n. 29, jul/dez 2006, Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica, p. 250).

⁴⁷ ANDERSON SCHREIBER, op. cit., p. 35.

⁴⁸ MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Freitas bastos, 1995, p. 344.

⁴⁹ PAULA GRECO BANDEIRA, op. cit., p. 236.

⁵⁰ Lembra-se que, nos termos do artigo 186 do Código Civil, as noções de dolo e culpa fazem parte do conceito de ato ilícito, segundo o qual “(a)quele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

⁵¹ “Não tendo a intensidade da culpa qualquer influência sobre o valor do dano, despidendo se torna tomar sua gravidade em consideração.” (ANDERSON SCHREIBER, op.cit., p. 44).

culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização". A previsão destina-se, contudo à proteção do causador do dano quando sua conduta, ainda que dentro dos padrões do homem-médio, mas não equivalente ao do homem diligentíssimo, tiver causado danos de grande vulto para a vítima. Trata-se aqui da culpa levíssima que acaba por gerar um dano desproporcional e permite ao magistrado a redução da indenização devida, de modo a alcançar um equilíbrio entre a ação ou omissão do ofensor e o dano do prejudicado.⁵²

Percebe-se que, salvo para efeitos de suavização do dever de reparar a título de exceção nos casos de culpa levíssima do agente e dano desproporcional do prejudicado, a gradação dos tipos de culpa não tem efeitos práticos na esfera da responsabilidade civil.

Em que pese o acima, a referência à culpa grave e sua exclusão de cobertura no âmbito das apólices de seguro D&O ainda é encontrada, razão pela qual se aprofundará na sequência nas razões para o descabimento de sua manutenção.

4.2. Notas sobre o dolo e a culpa grave no âmbito do Direito Civil e Securitário brasileiros

O dolo talvez seja uma das características de conduta mais reprováveis no ordenamento jurídico brasileiro. Condutas comissivas ou omissivas maliciosas, destinadas a gerar dano a outrem, não têm, com razão, guarida do Direito brasileiro.

Essa reprovabilidade tem especial relevância no Direito Penal, que pune quase que exclusivamente condutas criminosas praticadas com dolo, sendo puníveis as culposas apenas a título excepcional, quando assim previsto⁵³. De fato, os crimes culposos têm estrutura distinta dos dolosos. Nos primeiros, há dois elementos a serem considerados: o tipo objetivo (a ação ou omissão delituosa em si) e o tipo subjetivo (a intenção de enganar); enquanto nos últimos, a reprovabilidade está na própria posição de garantidor ocupada pelo agente e na lesão ou perigo de lesão a bem jurídico, independentemente de gradação da culpa.

Sob a perspectiva civilista, o dolo é capaz de desafiar um dos conceitos centrais, qual seja, a autonomia privada, tanto em sua conotação subjetiva (liberdade para autogestão, para proceder conforme sua vontade) quanto objetiva (funcionalização da autonomia como instrumento de realização de princípios constitucionais). Ainda assim, como visto, o interesse

⁵² "Com tal dispositivo, a irrelevância dos graus de culpa permanece válida para fins de configuração do dever de indenizar (*an debeat*), não já para sua quantificação (*quantum debeat*). Deve-se ter em mente, contudo, que a norma vem proteger o responsável de um ônus excessivo, em conformidade com o espírito de equidade, que exige a temperância da solução jurídica com as circunstâncias do caso concreto. Não se trata, como se vê, de retornar à culpa in concreto. A ninguém, com efeito, passa despercebido o fato de que o legislador não autorizou a elevação da indenização com base na culpa grave ou no dolo do agente, mas exclusivamente permitiu a redução equitativa da indenização quando a culpa for desproporcionalmente tênue frente ao dano provocado." (ANDERSON SCHREIBER, *op.cit.*, pp. 45-46).

⁵³ Art. 18, parágrafo único, Código Penal.

no que respeita os atos danosos está na reparação do prejuízo e não no grau de reprovabilidade da conduta do agente.

Interessante notar que, ainda que se tenha difundido em consequência do brocardo de Ulpiano a equiparação da culpa grave ao dolo (*culpa lata dolo aequiparatur*), tais conceitos eram assemelhados apenas para fins de determinação da existência de dever de reparar, i.e., de responsabilidade financeira por danos causados. Nesse cenário, por a culpa decorrer de uma falta tão elementar, considerada até vergonhosa, o agente não seria merecedor de qualquer tipo de consideração e deveria ser responsabilizado civilmente. Isso tornaria sua ação tão indesculpável quanto aquela fruto de dolo⁵⁴.

Ainda hoje, a moral dominante de certo não admite que alguém, no exercício de sua autonomia privada, cometa falha tão anormal e, ainda que não intencionalmente, prejudique terceiro e não seja responsabilizado pelo ressarcimento dos danos causados. Mas os efeitos civis para esse agente serão exatamente os mesmos daquele que agiu com diligência média e ainda assim provocou o resultado indesejado ou, ainda, daquele que perseguiu e alcançou esse resultado danoso.

Fato é que, sob qualquer perspectiva analisada, um erro ainda que grosseiro de conduta jamais trará em seu bojo a intenção do agente⁵⁵ – caso assim fosse, tratar-se-ia de dolo e não de culpa. Esse parece ser o racional aplicado pelo artigo 762 do Código Civil em que é expressamente vedada a garantia por meio de seguro de “risco proveniente de ato doloso do segurado”, não havendo qualquer restrição à cobertura de atos cometidos com culpa grave.

O silêncio do legislador é eloquente: se o intuito fosse o de excluir a cobertura em caso de culpa grave do segurado, o teria feito expressamente. Essa é a única interpretação possível, tanto pelo fato de não haver na legislação palavras ou silêncios despropositados⁵⁶, quanto por exigência do próprio princípio da legalidade em sua faceta aplicável ao particular, para quem é vedado apenas o expressamente proibido em lei (sentido lato).

No mais, a expressão “ato doloso”, adotada pelo legislador como reflexo não só da vedação ao enriquecimento sem causa, mas também da aplicação do princípio indenitário, deixa claro que o que se quer evitar é que o segurado intencionalmente procure o resultado danoso

⁵⁴ FERNANDO NORONHA, “Responsabilidade Civil: Uma tentativa de ressystematização”, in *Revista de Direito Civil*, abr-jun, 1993, p. 64.

⁵⁵ “Na culpa grave, embora não intencional, seu autor, sem ‘querer’ causar o dano, ‘comportou-se como se o tivesse querido’, o que inspirou o adágio *culpa lata dolo aequiparatur*, e levou os Mazeaud ao comentário de sua inexistência lógica, pois não é equitativo tratar do mesmo modo a pessoa que quis o dano e a que não o quis.” (CAIO MARIO PEREIRA DA SILVA/ GUSTAVO TEPELINO, *Responsabilidade Civil*, 12.ed. rev. atual. amp., Rio de Janeiro, Forense, 2018, n.p).

⁵⁶ “*Verba cum effectu, sunt accipienda*: ‘Não se presumem, na lei, palavras inúteis.’ Literalmente: “Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia.’ As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis. (...) Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma.” (CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 20.ed., Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 204).

coberto pelo contrato de seguro, o que não ocorre nos casos de culpa grave, aonde, repese-se, não há intenção⁵⁷.

Em que pese a inexistência de intenção, há, ainda, que se rebater aqueles que defendem a exoneração de responsabilidade da seguradora em caso de culpa grave sob o argumento de ofensa à ordem pública⁵⁸.

De fato, cabe lembrar que “o direito é um sistema axiológico e teleológico, calcado por valores que são contingentes, isto é, por escolhas políticas da sociedade que lhe dá origem”⁵⁹ e que, desse modo, as soluções apresentadas por tal sistema sempre estarão sujeitas a um esforço de contextualização e interpretação. Lançar mão da tripartição da noção de culpa, que remonta ao Direito Romano, sem analisar o dolo e a culpa grave sob a perspectiva da legislação/regulamentação atuais e da complexidade da sociedade contemporânea é um convite à ‘obsoletificação’ do Direito atual.

A ausência de entendimento majoritário acerca do conceito jurídico (indeterminado) de ‘ordem pública’ pode levar a sua aplicação e reprodução de forma indiscriminada.

Intimamente relacionado à manutenção de uma ordem social, com forte viés moral e político, esse conceito mostra-se extremamente volátil no tempo e espaço. Para De Plácido e Silva, pode ser entendida como “a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto”⁶⁰. Já para Blaise Knapp, a ordem pública compreenderia, além da saúde, segurança, moralidade e tranquilidade pública, a boa-fé nos negócios; seria, assim, “a ausência de desordem, de atos de violência contra as pessoas, os bens ou o próprio Estado”⁶¹.

Assim é que, dada sua plurifuncionalidade e multiplicidade de sentidos, em especial para cada ramo do Direito, a utilização desse vago conceito muitas vezes se dá em casos em que há escassez de bons argumentos para se firmar uma posição consistente sobre algum tema. Esse parece ser o caso da discussão em tela.

⁵⁷ “Com relação ao disposto no artigo 762, a substituição da noção de ilícito pela de doloso, querendo significar aqui voluntário, é mais técnica e se coaduna com o princípio indenitário, posto que o que se quer é evitar que o segurado dê causa ao sinistro e não sancionar a prática de qualquer ilícito”. (VERA HELENA DE MELLO FRANCO, “Breves reflexões sobre o contrato de seguro no novo Código Civil brasileiro”, in *II Fórum de direito do seguro José Sollero Filho (anais)*, São Paulo, IBDS, 2002, n.p).

⁵⁸ Para fins de cláusulas contratuais limitativas, António Pinto Monteiro, equipara a culpa grave ao dolo, entendendo que nenhum dos dois é capaz de afastar o dever de indenizar justamente por questões de ordem pública: “(...) Incompatível com o benefício da isenção da responsabilidade no caso de o devedor não observar regras elementares de prudência, ou de revelar, pelo seu comportamento, não ter adoptado aquele esforço e diligência minimamente exigíveis, nas circunstâncias concretas. Impõe-se, em suma, que o devedor não possa afastar (nem diminuir) a sua responsabilidade por dolo ou culpa grave - o que constitui um limite imperativo à liberdade contratual -, por exigências de ordem pública (...)”. (ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1985, p. 236).

⁵⁹ CARLOS NELSON KONDER, *Erro, dolo e coação: autonomia e confiança na celebração dos negócios jurídicos*, p. 609 - 631, in Ana Carolina Brochado Teixeira/ Gustavo Pereira Leite Ribeiro (coord.), *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*, Belo Horizonte, Del Rey, 2011, p. 609.

⁶⁰ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, 17.ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000, p. 577.

⁶¹ D’AQUINO FILOCRE, “Revisita à ordem pública”, in *Revista de informação legislativa*, v. 46, n. 184, ou./dez. 2009, Brasília, p. 137.

A culpa grave, marcada não só pela incerteza na produção de danos, mas principalmente pela não perseguição desses, é incapaz de afetar a moral, o bem-estar e a segurança social. Ainda que fruto de imprudência ou negligência crassa, o agente não buscou aquela violação de direitos alheios e, por isso, o dever de reparar (indenizar) é suficiente para retornar o prejudicado ao *status quo ante* (ou o mais próximo disso). Não há aqui violação nem da ordem jurídica externa, nem daquela interna do ramo do Direito Securitário capaz de afetar suas bases: a comutatividade do contrato, a mutualidade, o princípio indenitário, a vedação ao enriquecimento sem causa ou os elementos essenciais àquela relação negocial.

Partilha deste entendimento Sergio Cavalieri Filho:

“Somente o fato exclusivo do segurado pode ser invocado como excludente de responsabilidade do segurador, mesmo assim quando se tratar de dolo ou má-fé. Para alguns, a culpa grave do segurado também excluiria a responsabilidade do segurador, mas, em nosso entender, sem razão. A culpa, qualquer que seja sua gravidade, caracteriza-se pela involuntariedade, incerteza, produzindo sempre resultado não desejado. Demais, é um dos principais riscos cobertos pela apólice. Quem faz seguro, normalmente, quer também se prevenir contra os seus próprios descuidos eventuais. (...) Entendo, assim, que a culpa do segurado, qualquer que seja o seu grau, não exonera de responsabilidade o segurador. Tal já não ocorre com o fato doloso (mesmo tratando-se do dolo eventual), porque este, além dos seus reflexos negativos na ordem pública, destrói um dos elementos essenciais da configuração do risco, que é a incerteza”⁶².

4.3. A aplicação ao seguro D&O

Pedro Alvim antecipava em 1986 que a restrição de cobertura em casos de culpa grave iria desaparecer dos contratos de seguro com a aprovação de um novo Código Civil. Infelizmente, não foi o que ocorreu⁶³.

Em virtude da oposição encontrada pelas seguradoras quando do início das operações do seguro D&O no país, respaldada na redação infeliz do artigo 1.436 do Código Civil de 1916, acima analisada, alguns estudiosos começaram a defender – cre-se, erroneamente – “que aquela ilicitude, como obstáculo do seguro em tela, teria que ser de natureza grave, como o dolo e a culpa grave, ou um ato previsto como crime no Código Penal”⁶⁴, colocando, assim, o dolo e a culpa grave como equivalentes para fins de limitação de cobertura; o que, repise-se, não são.

⁶² SERGIO CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, 6.ed. rev. aum., São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 457-458.

⁶³ “Com relação à culpa grave, a exoneração da responsabilidade do segurador nem sempre é aceita. Nosso direito civil não admite a gradação da culpa, como ocorre na legislação de alguns países. A conceituação da culpa grave se torna, então, discutível, à mercê da orientação doutrinária do julgador. De um modo geral, só é aceita quando equivale ao dolo, conforme a velha máxima: *culpa lata dolo comparatur*. Essa restrição da cobertura deverá desaparecer dos contratos atuais com a aprovação pelo Congresso Nacional do Anteprojeto de Código Civil”. (PEDRO ALVIM, *O contrato de seguro*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1986, p. 225).

⁶⁴ RICARDO BECHARA SANTOS, *Direito de seguro no cotidiano: coletânea de ensaios jurídicos*, 4.ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 481.

Esse posicionamento encontrou coro na regulamentação do setor. Inicialmente regulado por disposições aplicáveis genericamente aos seguros de dano e de responsabilidade civil, a primeira regulamentação específica aplicável ao D&O, publicada após o Código Civil de 2002, a Circular SUSEP n.º 541/2016⁶⁵, estabelecia a exclusão de danos causados a terceiros decorrentes “de atos ilícitos dolosos, isto é, praticados pelo segurado comprovadamente com dolo ou culpa grave”. O texto foi replicado pela Circular Susep n.º 553/2017, que substituiu o normativo anterior.

Foi apenas em 2021, com a exclusão dessa proibição da regulamentação e expressa autorização de cobertura de atos culposos dos administradores implementadas pela Circular SUSEP n.º 637/2021, que a vedação à cobertura para atos do segurado com culpa grave passou a ser, ainda que de forma tímida, eliminada das apólices de responsabilidade civil pelas seguradoras atuantes no mercado nacional.

Abre-se parêntesis para relatar que, no Direito português, o assunto encontra-se superado. Com a admissão dos seguros de responsabilidade civil e a evolução dos estudos sobre o instituto no ordenamento lusitano, a concessão de cobertura securitária nos casos de culpa grave passou a ser amplamente admitida⁶⁶.

A verdade é que falta justificativa para o início dessa mudança de *mindset* ocorrer de maneira tão tardia no Brasil.

Primeiro, porque, como já explicado, ainda que sob a égide do Código Civil anterior pudesse haver alguma dúvida sobre a licitude da cobertura (o que a própria doutrina majoritária já havia afastado), desde 2002 a questão foi pacificada pelo novo diploma. O artigo 762 do Código Civil brasileiro é eloquente ao afastar a garantia securitária em caso de dolo e não de culpa grave do segurado⁶⁷. Quiçá há que se falar que a regulamentação setorial anterior a 2021 impunha tal vedação, visto que pelo princípio da hierarquia das normas seria ilegal a imposição por regulamentação setorial de vedação contrária ao Código Civil brasileiro.

Depois, porque manter a vedação à cobertura de culpa grave no caso do D&O esvaziaria por completo o produto D&O oferecido no mercado nacional. Explica-se: a culpa do administrador, traduzida em atos fruto de sua negligência, imprudência ou imperícia, ou, em outras palavras,

⁶⁵ Antes disso, já se encontrava dispositivo similar nas condições contratuais padronizadas aplicáveis ao seguro de responsabilidade civil geral, previstas na Circular SUSEP n.º 437/2012.

⁶⁶ “Ao tempo em que nasceu o Código Comercial, só era admitida a cobertura de sinistros fortuitos em que o segurado não tivesse intervindo com culpa ou dolo’ [...]. A evolução subsequente, com a admissão dos seguros de responsabilidade civil, veio a conduzir à admissão da cobertura da simples culpa e, depois, da culpa grave. Hoje, ‘ficam só praticamente excluídos os sinistros dolosos [...]’. Assim, ‘hoje não se discute a natureza facultativa do preceito (o artigo 437.º, n.º 3), permitindo-se a cobertura dos sinistros causados com culpa grave, e não vemos razões para alterar essa prática’.” (PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, op. cit., n.p.).

⁶⁷ “Nada obstante a equiparação, que por vezes se verifica, entre os efeitos jurídicos da culpa grave e do dolo, as noções não se confundem e não devem ser tratadas como fungíveis entre si. Repise-se: no exemplo do art. 762 do Código Civil, a culpa grave não pode ser equiparada ao dolo, sob pena de se amesquinhar, indevidamente, as potencialidades funcionais do contrato de seguro. Se o dolo não pode ser segurado, pois tal seria a negação do próprio risco, o mesmo já não se pode dizer da culpa grave, havendo legítimo interesse em segurá-la em múltiplas situações. Obstar que a culpa grave seja abrangida pelo contrato de seguro, assim, seria limitar, injustificadamente, sua possibilidade de proteger interesses legítimos.” (MILENA DONATO OLIVA, ANDRÉ BRANDÃO NERY COSTA, *A excludente de cobertura de ‘culpa grave equiparável ao dolo’ no seguro de responsabilidade civil profissional*, in ILAN GOLDBERG, THIAGO JUNQUEIRA, *Temas atuais de direito dos seguros*, tomo I, São Paulo, Thomson Reuters, 2020).

na falha de cumprimento de seu dever de diligência, não pode ser medida de acordo com a régua aplicável ao *bonus pater familias*. Como visto, as exigências que se aplicam a esta figura são bem mais elevadas. É nesse contexto que cabe se indagar se ele poderia, em qualquer hipótese, incorrer naquilo que a doutrina de outrora entendia por culpa leve ou levíssima. Parece que não.

Se a culpa leve — ou simplesmente culpa — é medida do ponto de vista do homem médio diligente, ela já se mostra inadequada para as exigências que se colocam ao administrador. O administrador não é um homem conservador que deve atuar na preservação do patrimônio familiar; é, ao revés, um profissional com atuação orientada à consecução do objeto social, que encontra seu maior objetivo na maximização de lucros⁶⁸. A sua atuação encerra uma dualidade que, ao mesmo tempo em que se requer o cuidado extra de um profissional, devidamente capacitado e munido de informações adequadas, se exige dele o flerte com o risco para impulsionar os negócios sociais.

A falha em observar o padrão genérico de conduta que lhe é imposto configurar-se-ia, assim, culpa adicional à leve. E aqui se encerra o risco de esvaziamento da apólice. Porque se a autoridade julgadora entender que a culpa do administrador é sempre enquadrável como grave - conceito sequer abraçado pelo Código Civil - na prática, qualquer caso em que este fosse responsabilizado com culpa⁶⁹, não seria merecedor de cobertura pelo D&O. Pegando emprestadas as palavras de Ilan Goldberg para outro contexto relativo ao D&O⁷⁰, haveria aqui “uma ‘renúncia antecipada’ do segurado a direito resultante da natureza do negócio, o que esvaziaria completamente de sua motivação e de sua causa”.

Recordar-se que esse seguro é contratado ou pela sociedade empresária em nome de seus administradores (respectivamente, tomador e segurados) ou diretamente pelos administradores e oferece, precipuamente⁷¹, proteção aos interesses do administrador, enquanto ocupante dessa posição e no desempenho de suas funções, contra o risco de ser responsabilizado financeiramente (decisão judicial, arbitral ou acordo autorizado pela seguradora) por danos causados a terceiros com culpa.

Desse modo, se hipoteticamente tirada a cobertura para culpa grave - e considerando a impossibilidade jurídica de se cobrir o dolo -, restaria a ser oferecida proteção apenas nos

⁶⁸ O *bonus pater familias* corresponderia a um homem conservador, o que não se coaduna com a persecução do lucro nas companhias, como visto anteriormente. Eizirik já pontuava a questão: “(...) a figura do *bonus pater familias* está associada à preservação do patrimônio da entidade familiar, enquanto que a atuação do administrador sempre deve ser dirigida à consecução do objeto social, visando à obtenção de lucros, já que é da essência da sociedade anônima a finalidade lucrativa. Em outras palavras, o bom pai de família deve procurar manter o patrimônio e o administrador deve buscar multiplicá-lo.” (NELSON EIZIRIK/ *et al.*, op. cit., pp. 397-398).

⁶⁹ “As violações ao dever de diligência amoldam-se harmonicamente com esse seguro [D&O], uma vez que emanam de conduta culposa. Por outro lado, as violações ao dever de lealdade, aquele que malfeire o interesse da sociedade, apresentam desdobramentos outros que prejudicam a cobertura.” Continua em nota de rodapé: “É que a violação ao dever de lealdade acabará representando uma conduta intencional (dolosa), repelida pelo contrato de seguro. O aproveitamento de uma oportunidade dirigida à sociedade pelo administrador muito raramente emanará de conduta culposa”. (ILAN GOLDBERG, *Contrato de seguro de D&O*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, s.p.).

⁷⁰ O autor utilizou a frase de se referir à cobertura dos custos de defesa como da essência do seguro D&O e que, por isso, deveria ser obrigatoriamente incluída em todas as apólices. ILAN GOLDBERG, *Contrato de seguro de D&O*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, s.p.

⁷¹ São permitidas coberturas adicionais à básica que ofereçam proteção à própria sociedade e/ou seus acionistas em situações específicas.

casos de responsabilidade sem culpa, i.e., responsabilidade objetiva, exceção no ordenamento jurídico brasileiro. Estar-se-ia, assim, diante do esvaziamento do produto, comercializado praticamente desprovido de garantias básicas ao segurado-administrador, o que não se pode admitir.

A solução para a celeuma debatida passa pelo aperfeiçoamento técnico-jurídico do ecossistema securitário brasileiro. Urge a especialização dos aplicadores do Direito em matérias afetas ao Direito do Seguro de modo a unir a prática de mercado à produção acadêmica, com o objetivo de se frear a reprodução irrefletida no mercado brasileiro de antigos brocardos jurídicos e clausulados elaborados alhures, em mercados com graus de maturidade e realidades legais diferentes da brasileira.

5. Conclusão

A realidade apresentada aos administradores após 2003 (início de vigência do Código Civil) de consolidação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, aumento da utilização da penhora *on-line* de suas contas e questionamento em juízo de seus atos de gestão, demandou a busca por proteção patrimonial desses administradores de modo a assegurar que esses pudessem tomar as melhores decisões em prol da consecução do objeto social e não apenas as decisões menos arriscadas.

O seguro D&O surgiu como alternativa apta a oferecer conforto nesse cenário de ampliação desmedida da responsabilização civil dos administradores no país.

Não obstante, a efetividade dessa proteção começou a esbarrar na redação das apólices, que passaram a incluir vedação expressa à cobertura de atos cometidos pelos administradores com culpa grave enquanto no desempenho de suas funções.

Pode-se atribuir tal fato a alguns fatores. O primeiro, aos resquícios da tripartição de culpa de acordo com graus de intensidade, conceito que não se coaduna nem com o dever de reparar independentemente de culpa, adotado pelo Código Civil atual, nem com a ausência de caráter sancionatório ou punitivo das disposições civis.

O segundo, à aplicação indiscriminada do brocardo *culpa lata dolo aequiparatur* que assentava suposta equivalência entre os conceitos de culpa grave e dolo, olvidando-se que um erro não intencional de conduta, ainda que possa ser tido por grosseiro, jamais trará a essência do dolo, que é a intenção direcionada à produção do dano, como já era questionado pelos irmãos Mazeaud.

A junção desses dois primeiros fatores levou à interpretação equivocada do artigo 1.436 do Código Civil de 1916 em que se entendia que a vedação à cobertura de "atos ilícitos" do segurado abarcaria a culpa (*lato sensu*) e não apenas ao dolo. Apesar de superada em sua essência, já que entender por tal vedação levaria à ilegalidade de comercialização do seguro

de responsabilidade civil como um todo, algumas das interpretações dadas à época sustentavam que a culpa (*stricto sensu*) em suas feições levíssima e leve poderia ser coberta, mas a culpa grave não.

O terceiro, consequência dos dois anteriores, à publicação pelo regulador de normas setoriais contrárias ao novo Código Civil em que se ampliou inadvertidamente proibição de cobertura de atos do segurado, englobando também os cometidos com culpa grave.

Nesse cenário, verificou-se o esvaziamento ilegal do seguro D&O, que passou a ser comercializado praticamente desprovido de garantias básicas ao segurado. O administrador ficava assim à mercê da interpretação conferida pela autoridade julgadora a seu ato culposo, i.e., se a falha em observar o padrão genérico de conduta imposto seria mera culpa ou culpa grave. Essa situação poderia levar ao absurdo de se comercializar uma apólice de D&O com proteção apenas aos casos de responsabilidade sem culpa, exceção no ordenamento jurídico brasileiro.

Em que pese a exclusão da proibição de cobertura à culpa grave da regulamentação setorial em 2021, os impactos práticos dessa alteração na redação das apólices de D&O ainda são tímidos e o produto, quando mal redigido, pode dar ensejo a disputas quase que eternas entre segurado e seguradora para recebimento de indenização quando da ocorrência de sinistro.

Bibliografia

- ALVIM, PEDRO, *O contrato de seguro*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1986
- AZEVEDO, ANTONIO JUNQUEIRA DE, *et all, Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas*, São Paulo, Quartier latin, 2008
- BANDEIRA, PAULA GRECO, "A evolução do conceito de culpa e o artigo 944 do Código Civil", *in Revista da EMERJ*, v. 11, n. 42, Rio de Janeiro, 2008
- BODIN DE MORAES, MARIA CELINA, "A causa do contrato", *in Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013, Disponível em: <http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/> (15.06.2021)
- BRAGA, FRANCISCO DE ASSIS, "Bases técnicas da empresa securitária", *in Seguros: uma questão atual*, São Paulo, Max Limonad, 2001
- CAVALIERI FILHO, SERGIO, "Programa de responsabilidade civil", 6.ed. rev. aum., São Paulo, Malheiros, 2005
- COELHO, FÁBIO ULHÔA, "Curso de Direito Comercial", 5.ed. rev. e atual, São Paulo, Saraiva, 2002
- COMPARATO, FABIO KONDER, "Direito Empresarial: Estudos e Pareceres", São Paulo, Saraiva, 1995
- CRUZ, GISELA SAMPAIO DA, "O problema do nexos causal na responsabilidade civil", Rio de Janeiro, Renovar, 2005

EIZIRIK, NELSON/ GAAL, ARIÁDNA B./ PARENTE, FLÁVIA/ HENRIQUES, MARCUS DE FREITAS, "Mercado de capitais: regime jurídico", Rio de Janeiro, Renovar, 2008

FILOCRE, D'AQUINO, "Revisita à ordem pública", in *Revista de informação legislativa*, v. 46, n. 184, ou./dez. 2009, Brasília

FRANCO, VERA HELENA DE MELLO. "Breves reflexões sobre o contrato de seguro no novo Código Civil brasileiro". in *II Fórum de direito do seguro José Sollero Filho (anais)*, São Paulo, IBDS, 2002

GOLDBERG, ILAN, *Contrato de seguro de D&O*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019

GOLDBERG, ILAN. *O dever de lealdade e o insider trading sob a ótica do contrato de seguro de responsabilidade civil*, Disponível em: <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Artigos-e-Noticias/Artigos-e-Noticias/O-dever-de-lealdade-e-o-insider-trading-sob-a-otica-do-contrato-de-seguro-de-responsabilidade-civil.html#nota12> (20.04.2021)

GOLDBERG, ILAN, JUNQUEIRA, THIAGO, *Temas atuais de direito dos seguros*, tomo I, São Paulo, Thomson Reuters, 2020

GOLDBERG, ILAN, RAMOS, MARIA ELISABETE, "Desenvolvimento dos seguros D&O em Portugal e no Brasil", in *Revista Jurídica de Seguros*, Rio de Janeiro, Cnseg, nov. 2022, pp. 24-63

GUERREIRO, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES, "Conflitos de interesse entre sociedade controladora e controlada e entre coligadas, no exercício do voto em assembléias gerais e reuniões sociais", in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XXII, jul./set. 1983

KONDER, CARLOS NELSON, "Erro, dolo e coação: autonomia e confiança na celebração dos negócios jurídicos", p. 609-631, in TEIXEIRA, ANA CAROLINA BROCHADO/ RIBEIRO, GUSTAVO PEREIRA LEITE (coord.), *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*, Belo Horizonte, Del Rey, 2011.

LUCENA, JOSÉ WALDECY, *Das sociedades anônimas – comentários à lei*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, v.2

MAXIMILIANO, CARLOS, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 20.ed., Rio de Janeiro, Forense, 2011

MOITINHO DE ALMEIDA, JOSÉ CARLOS, *O contrato de seguro no direito português e comparado*, Lisboa, Sá da Costa, 1971

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, Livraria Almedina, 1985

MORAES, MARIA CELINA BODIN DE, "A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil", in *Direito, Estado e Sociedade*, v.9, n. 29, jul/dez 2006, Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica

MÜSSNICH, FRANCISCO ANTUNES MACIEL, "O *insider trading* no direito brasileiro", Rio de Janeiro, 2015, Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/15292/Disserta%C3%A7%C3>

[%A3o%20Francisco%20M%C3%BCssnich%20%28clean%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y](#),
(21.04.2021)

NORONHA, FERNANDO, "Responsabilidade Civil: Uma tentativa de ressystematização", in *Revista de Direito Civil*, Revista dos Tribunais, abr-jun, 1993

PARENTE, FLÁVIA, *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005

RAMOS, MARIA ELISABETE, "Seguros D&O em Portugal: desafios ao modelo contratual de regulação", in *Revista Consultor Jurídico*, 6 de jan. 2022, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-06/seguros-contemporaneos-seguros-portugal-desafios-modelo-contratual-regulacao> (28.04.2023)

REGO, MARGARIDA, "Adiantamento de custos de defesa nos seguros D&O", in M. J. Antunes, & A. Soveral Martins (ed.), *Colóquio Internacional Governação das Sociedades, Responsabilidade Civil e Proteção dos Administradores*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, 2019, pp. 71-94

SALOMÃO, LUIS FELIPE/ CUEVA, RICARDO VILLAS BÔAS/ FRAZÃO, ANA, *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020

SANTOS, RICARDO BECHARA, *Direito de seguro no cotidiano: coletânea de ensaios jurídicos*, 4.ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002

SCHREIBER, ANDERSON, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*, 2.ed, São Paulo, Atlas, 2009

SERPA LOPES, MIGUEL MARIA DE, *Curso de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Freitas bastos, 1995

SILVA, CAIO MARIO PEREIRA DA/ TEPEDINO, GUSTAVO, *Responsabilidade Civil*, 12.ed. rev. atual. amp., Rio de Janeiro, Forense, 2018

SILVA, DE PLÁCIDO E, *Vocabulário Jurídico*, 17.ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000

SILVA, WILSON MELO DA, *Responsabilidade sem culpa*, 2.ed, São Paulo, Saraiva, 1974

SOUZA, EDUARDO NUNES DE, "De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato", in *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 8, n. 2, 2019, Disponível em: <http://civilistica.com/de-volta-a-causa-contratual/>, (05.05.2021)

TEIXEIRA, PEDRO FREITAS, *Os deveres de conduta dos administradores de companhia aberta: uma análise funcional da responsabilidade civil no âmbito da Lei 6.404/76*, Rio de Janeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2016, Dissertação de mestrado
VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *D&O insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anônima*, Coimbra, Livraria Almedina, 2007

VENOSA, SILVIO DE SALVO, *Direito civil: responsabilidade civil*, 2.ed, São Paulo, Atlas, 2002

Jurisprudência

STJ. Resp n.º 1.014.496-SC (2007/0294327-4). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 04.03.2008. Terceira Turma. Publicação: DJe 01.04.2008

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Inquérito Administrativo Sancionador CVM n. RJ 13/2000. Julgado em: 17.04.2002. Rio de Janeiro, CVM, 2002

(texto submetido a 6.03.2023 e aceite para publicação a 12.05.2023)