

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 33

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2023

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

EDITORES: Sérgio Campinho (Graduação, UERJ, Brasil) e Mauricio Moreira Menezes (Doutor, UERJ, Brasil).

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (Doutor, UERJ, Brasil), Ana Frazão (Doutora, UNB, Brasil), Antônio José Avelãs Nunes (Doutor, Universidade de Coimbra, Portugal), Carmen Tiburcio (Doutora, UERJ, Brasil), Fábio Ulhoa Coelho (Doutor, PUC-SP, Brasil), Jean E. Kalicki (Doutor, Georgetown University Law School, Estados Unidos), John H. Rooney Jr. (Doutor, University of Miami Law School, Estados Unidos), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Doutor, Universidade de Coimbra, Portugal), Luiz Edson Fachin (Doutor, UFPR, Brasil), Marie-Hélène Monsérié-Bon (Doutora, Université Paris 2 Panthéon-Assas, França), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (Doutor, USP, Brasil), Peter-Christian Müller-Graff (Doutor, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha) e Werner Ebke (Doutor, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto (Doutor, UERJ, Brasil) e Mariana Pinto (Doutora, UERJ, Brasil) – Coordenadores. Guilherme Vinseiro Martins (Doutor, UFMG, Brasil), Leonardo da Silva Sant'Anna (Doutor, FIOCRUZ, Brasil), Livia Ximenes Damasceno (Doutora, Centro Universitário Christus, Brasil), Mariana Campinho (Mestre, Columbia Law School, Estados Unidos), Mariana Pereira (Pós-graduada, UERJ, Brasil), Mauro Teixeira de Faria (Doutorado em andamento, UERJ, Brasil), Nicholas Furlan Di Biase (Mestre, UERJ, Brasil) e Rodrigo Cavalcante Moreira (Mestre, UERJ, Brasil).

PARECERISTAS DESTES NÚMEROS: Angelo Prata de Carvalho (Doutor, UNB, Brasil), Carlos Eduardo Koller (Doutor, PUC-PR, Brasil), Fabrício de Souza Oliveira (Doutor, UFJF, Brasil), Fernanda Versiani (Doutora, UFMG, Brasil), Gerson Branco (Doutor, UFRS, Brasil), Henrique Cunha Barbosa (Doutor, INSPER, Brasil), Jacques Labrunie (Doutor, PUC-SP, Brasil), Maíra Fajardo Linhares Pereira (Doutora, UFJF, Brasil), Marcelo Lauar Leite (Doutor, UFRSA, Brasil), Rafael Vieira de Andrade de Sá (Mestre, FGV-SP, Brasil), Raphaela Magnino Rosa Portilho (Doutora, UERJ, Brasil), Rodrigo da Guia Silva (Doutor, UERJ, Brasil), Sérgio Marcos Carvalho de Ávila Negri (Doutor, UFJF, Brasil), Thalita Almeida (Doutorado em andamento, UERJ, Brasil), Uinie Caminha (Doutora, UNIFOR, Brasil) e Victor Willcox de Souza Rancão Rosa (Doutor, UERJ, Brasil).

Contato: Av. Rio Branco, nº 151, grupo 801, Centro – Rio de Janeiro-RJ. CEP: 20.040-006. E-mail: rsde@rsde.com.br ou conselho.executivo@rsde.com.br. Telefone (21) 3479-6100.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 33 (julho/dezembro 2023)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)



Obra Licenciada em Creative Commons
Atribuição - Uso Não Comercial - Compartilhamento
pela mesma Licença

NOTAS SOBRE A CULPA GRAVE SOB A ÓTICA DO SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADMINISTRADORES¹

NOTES ON GROSS NEGLIGENCE IN DIRECTORS AND OFFICERS' LIABILITY INSURANCE POLICIES SOLD IN BRAZIL

*Mariana Cavalcanti Jardim**

Resumo: Este artigo objetiva lançar luz sobre a reprodução irrefletida 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 nacional, 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 e, 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: Culpa grave. Responsabilidade civil de administradores. Seguro de responsabilidade civil de administradores. D&O.

1 Artigo recebido em: 13.10.2021 e aceito em: 28.12.2023.

* Professora de Direito Empresarial e do Seguro. Mestre em Direito de Empresas e Atividades Econômicas pelo programa de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Pós-graduada em Direito de Empresas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-RJ. Especialista em Direito do Seguro e Resseguro pela Fundação Getúlio Vargas - FGV-RJ. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UERJ. *Of counsel* da área de Seguros e Resseguros do Campos Mello Advogados. Email: marijardim@gmail.com

Abstract: This article aims to shed light on the thoughtless reproduction 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 national 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 and Insurance Law, the application of the concept of gross negligence to D&O insurance policies is analysed.

Keywords: Gross negligence. Directors and officers civil liability. Directors and officers' liability insurance. D&O.

Sumário: Introdução. 1. Responsabilidade de administradores no ordenamento jurídico nacional. 1.1. Deveres dos administradores de sociedades anônimas. 1.1.1. Dever de diligência. 1.1.2. Dever de lealdade. 1.1.3. Dever de evitar conflito de interesses. 1.1.4. Dever de informar. 1.2. Conclusões preliminares. 2. O objeto do contrato de seguro D&O. 3. A culpa grave nos atos de gestão. 3.1. A graduação da culpa. 3.2. Notas sobre o dolo e a culpa grave no âmbito do Direito Civil e Securitário. 3.3. A aplicação ao seguro D&O. Conclusão.

Introdução.

Como é sabido, apesar de não serem, como regra, pessoalmente responsáveis pelas obrigações contraídas em nome da sociedade durante sua gestão, os administradores respondem sempre que

atuarem dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo, ou fora delas, violando a lei ou o estatuto social.

Consequência lógica do caminho escolhido pelo legislador pátrio no que toca o tema da responsabilização civil, com a repartição do dever de indenizar por um amplo número de pessoas e a verdadeira inclusão dos administradores como possíveis sujeitos violadores de direitos e a consolidação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, 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, chamado de D&O, que, especialmente a partir da crise de *subprimes* de 2008, passou a ter maior penetração no mercado nacional.

Ocorre que, muitas das vezes, a redação desses contratos de seguro com a aplicação inadvertida ao conceito de “culpa grave”, não acolhido pelo Código Civil de 2002, atualmente em vigor, pode levar ao esvaziamento do produto, 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 face à legislação e regulamentação atualmente em vigor.

Para tanto, inicia-se com a análise da responsabilidade civil no ordenamento pátrio 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.

Depois, passa-se ao estudo do objeto do seguro D&O, de forma elucidar a proteção por ele oferecida, qual seja, 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.

Com isso, entra-se na análise propriamente dita da culpa grave nos atos de gestão. Estuda-se a tripartição da culpa em levíssima, leve e grave, gradação esta já abandonada em nosso Direito Civil e a evolução do tema em matéria de Direito de Seguros.

Por fim, aprofunda-se nos impactos da não cobertura pelo seguro D&O de atos cometidos pelo segurado-administrador com culpa grave e se conclui pela sua ilegalidade.

1. Responsabilidade de administradores no ordenamento jurídico nacional.

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. Seu embrião pode ser encontrado na Lei de Talião, que se baseava no princípio da retribuição do mal com mal, mas seu verdadeiro desenvolvimento deu-se com a *Lex Aquilia*, que atingiu ampla dimensão apenas na época de Justiniano. Essa lei permitia atribuir-se ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma compensação monetária daquele que tivesse destruído ou deteriorado tais bens. Da interpretação desse diploma, o sistema romano de responsabilidade extraiu o princípio pelo qual se punia a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação contratual pré-existente. Essas ideias romanas foram aperfeiçoadas pelo direito francês que equacionou que o fundamento da responsabilidade civil se situa na quebra do equilíbrio patrimonial provocado pelo dano, transferindo-se o enfoque da culpa para o dano.²

Na concepção clássica, a responsabilidade civil 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 víti-

2 LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938. p. 9 – 24.

ma 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*”,³ bastando, para o surgimento do dever de indenizar, a existência de dano e nexos causal.

Esse processo de “*desculpabilização*”, como identificado por Gisela Sampaio, iniciado em 1988 com o advento da Constituição Federal e internalizado em nosso ordenamento de maneira flagrante em 2002, por meio do Código Civil, 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 nacional 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 dano.⁴

O ordenamento jurídico pátrio vigente adotou 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, ain-

3 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 16.

4 “A nova realidade social – fundada depois do advento da Constituição Federal de 1988, que tem como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (art.1º, III) e a solidariedade social (art.3º, D) – impõe que hoje a responsabilidade civil tenha por objetivo não mais castigar comportamentos negligentes, senão proteger a vítima do dano injusto.[...] Em busca da reparação mais ampla possível, assistiu-se a um manifesto processo de “desculpabilização”, com o incremento das hipóteses de responsabilidade objetiva. E, graças à ideia de risco, “a política da responsabilidade desvinculou a relação de simbiose que havia entre a sanção da conduta e a proteção da vítima. A responsabilidade civil passa a mirar “a pessoa do ofendido e não a do ofensor; a extensão do prejuízo, para a graduação do quantum reparatório, e não a culpa do autor””. CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 16-18.

da que de forma culposa, comete ato ilícito, situação em que surge o dever de reparar; e que esse dever independe de existência de culpa nos casos previstos em lei e naqueles em que a atividade desenvolvida for capaz de gerar riscos a terceiros.⁵ 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 nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (“Lei das S.A.”), determina 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.

Não obstante a inexistência de ineditismo, apenas em 2003, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, 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 palpável.⁶

5 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.

6 “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 ob-

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-americana⁷ que ensejou o aumento do questionamento em juízo dos atos praticados por administradores.⁸

rigacionais". TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: 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. p. 489.

7 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 no mercado levou gestores de fundos e bancos, na busca por maiores retornos, a adquirir títulos de instituições que atuavam com *subprime*. Com isso, novos empréstimos puderam ser concedidos mesmo antes 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. ver: ARNER, Douglas. *The Global Credit Crisis of 2008: Causes and Consequences*, 2009. Disponível em: <https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1244&context=til>. Acesso em: 12 jul. 21.

8 Caso emblemático é o da Sadia que, frente à alta do dólar em decorrência da crise, experimentou um prejuízo de mais de dois bilhões de reais em operações no mercado financeiro, o que levou à instauração pelos seus acionistas de uma ação de responsabilidade contra o ex-diretor financeiro. Nessa época, o seguro D&O ganhou notoriedade, já que os administradores da Sadia eram segurados em apólice dessa modalidade. Ver: https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2010/20101214_PAS_1808.pdf

Considerando a atuação dos administradores, inúmeras são as relações jurídicas por eles estabelecidas que podem ensejar sua responsabilização civil. Vislumbra-se, em especial, 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 estatuto.⁹

Aliás, pelo princípio da inafastabilidade do controle judicial, incrustado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, 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 ignorada.¹⁰

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 incerte-

9 “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.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Resp nº 1.014.496-SC (2007/0294327-4). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 01 abr. 2008.

10 Essa se mostra como uma das razões pelas quais são contratadas apólices de seguro D&O, já que a cobertura de custas de defesa funciona como minoração dos reveses financeiros dessa possível demanda judicial (ou até extrajudicial) ainda que infundada.

za 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.

1.1. 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 com tais atos, negligente ao reportar a prática de tais atos, ou que não tenha empreendido esforços ao seu alcance para evitar a prática de tais atos.¹¹ 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.¹²

11 Nessas circunstâncias, o administrador deve manifestar seu desacordo por escrito ou reportar sua suspeita ou desaprovação ao órgão corporativo competente para que providências sejam tomadas. O caráter colegiado das funções do Conselho de Administração traz para seus membros responsabilidade coletiva, por isso a necessidade de se consignar em ata a divergência na tomada de certa deliberação.

12 “Tendo em vista que os conselheiros não têm atribuições executivas, como ocorre com os diretores da companhia que devem atuar dentro de suas funções específicas representando a

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.¹³ 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”.¹⁴

Face à crucial função desempenhada pelos administradores em prol da consecução do fim social, o legislador pátrio 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.

companhia, os conselheiros devem ser responsabilizados individualmente por atos de outros administradores em caso de conivência, negligência ou omissão. Com relação à responsabilidade sobre as decisões tomadas pelo Conselho de Administração, os conselheiros devem ser responsabilizados coletivamente, não devendo ser responsabilizados os conselheiros ausentes ou que tiverem consignado sua discordância na ata da respectiva reunião do Conselho de Administração. De modo geral, pode-se dizer que os membros do Conselho de Administração respondem pelo seu dever de diligência, e, na prática, estão menos expostos à responsabilização do que os diretores, que respondem pelos atos praticados dentro dos limites de suas atribuições em nome da companhia”. FLESCH, Marcos; OLIVEIRA, Gyedre; PERES, Tiago. Visão geral da responsabilidade dos acionistas e administradores de sociedades por ações e instituições financeiras. In: PERIN JUNIOR, E.; KALANSKY, D.; PEYSER, L. (Coord.). *Direito empresarial*. Aspectos atuais de direito empresarial brasileiro e comparado. São Paulo: Método, 2005. p. 185

13 “A obrigação funcional que o administrador assume perante a companhia é de meio e não de resultado. Se agiu leal e diligentemente, sem desvio ou abuso de poder, cumprindo estritamente as obrigações legais e estatutárias, não lhe é imputável responsabilidade (civil) pelo fato de não ter logrado trazer à companhia prosperidade ou sucesso. O administrador tem compromisso legal apenas de envidar todos os esforços visando ao cumprimento do fim social”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997. v.3. p.158.

14 RAMOS, Elizabete. *Responsabilidade civil dos administradores e diretores de sociedades anônimas perante os credores sociais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002. p. 96 e s. *apud* LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas—comentários à lei*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v.2. p.553.

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

Estes deveres devem ser¹⁵ percebidos sob a ótica do princípio da boa-fé objetiva,¹⁶ 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 concretude. 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,¹⁷ a boa-fé objetiva reflete diretamente na responsabilidade dos administradores, suscitando a leitura ampliativa dos deveres de diligência, de lealdade e de informar, especialmente.

15 “Por estar situado na Parte Geral do Código Civil, o art. 187 (bem como o art. 113) aplica-se, por igual, às relações obrigacionais intra-empresariais, ora unificadas no Código. Para além da discussão acerca da base contratual ou institucional da empresa, é certo que, em razão da estrutura codificada, ao menos esses dois textos têm incidência nesse campo jurídico, incidindo a boa-fé contratual (art.422) em todas as operações empresariais que caracterizem contratos.” MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; et al. *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas*. São Paulo: Quartier latin, 2008. p. 413

16 “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”. *Idem*, p. 388.

17 “Entendo que 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

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

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 suficiente.¹⁸ 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 companhia.¹⁹

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 civil²⁰ à luz tanto

18 Vai-se além do pontuado por Modesto Carvalhosa, para quem “é necessário que se acrescente a competência profissional específica” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2003. v.3. p. 266) ao se entender que, ainda nesses casos, é preciso que o administrador aja como o profissional que é. Em suma, ao administrador não basta aparentar diligente, deve sê-lo.

19 “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.” EIZIRIK, Nelson; *et al. Op. Cit.* p. 408

20 “A doutrina e a jurisprudência, buscando objetivar os critérios necessários para apurar uma possível responsabilidade civil do administrador, apontaram algumas questões para auxiliar a

de definições que buscam a determinação do seu conceito jurídico, quanto das particularidades da situação sob análise.²¹ 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*”.²²

Mister lembrar que 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 companhia.²³ E, 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 médio²⁴, por outro lado, é flexível ao internalizar a realidade de riscos inerentes próprios ao exercício da empresa.

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.” TEIXEIRA, Pedro Freitas, *Op. Cit.*, p.102-103.

21 Exemplo da influência da realidade é que o que se espera do padrão de conduta de um administrador de uma sociedade anônima familiar é diferente daquilo que se espera de um administrador de sociedade anônima com ações listadas em bolsa.

22 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002. p.244.

23 “[...].] 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”. EIZIRIK, Nelson; *et al. Op. Cit.* p. 421.

24 “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.” GOLDBERG, Ilan; RAMOS, Maria Elisabete. Desenvolvimento dos seguros D&O em Portugal e no Brasil. *Revista Jurídica de Seguros*, Rio de Janeiro, n. 17, p. 26-63, 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 podem ser categorizadas 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 compreendido do §1º 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, encontramos 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.²⁵

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.

25 “É conveniente, ademais, que os administradores instituem um sistema de controle que lhes permita obter as informações relevantes a respeito dos negócios desenvolvidos no âmbito da companhia e monitorar tal sistema de forma a garantir o seu correto funcionamento.” PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 128.

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 companhia.²⁶ 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 empresária – ou, como sintetizado por Tavares Guerreiro, “*a medida do interesse social está no objeto social*”.²⁷ 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

26 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.

27 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. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XXII, p. 29 - 32, jul./set. 1983. p. 30

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 cooperativo²⁸ fruto da comunhão de interesses constitutivos (e mantenedores) daquela sociedade. Em outras palavras, apesar de os dois objetivos coexistirem, terá prevalência o interesse social de maximização dos lucros da companhia.²⁹ 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.

1.1.2 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 companhia;³⁰ sen-

28 “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”. MARTINS-COSTA, Judith. *Op. Cit.* p.414

29 “ [...] 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”. COMPARATO, Fabio Konder. *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 88-89.

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

do dever destinado à companhia apenas, e não a seus acionistas isoladamente considerados.

Face à amplitude de possibilidades que seu conceito encerra, o legislador pátrio optou por sua enunciação no artigo 155 da Lei das S.A. de forma ampla e abrangente, enumerando exemplificativamente³¹ 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 há.³²

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 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 presunção³³ *iuris*

31 “O dever de lealdade previsto no artigo 155 da Lei Societária pode ser traduzido num elenco, exemplificativo, de condutas vedadas aos administradores”. EIZIRIK, Nelson; *et al. Op. Cit.*, p. 428.

32 “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.” GOLDBERG, Ilan. O dever de lealdade e o *insider trading* sob a ótica do contrato de seguro de responsabilidade civil, 2017. Disponível em: <https://www.editorarocarati.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>. Acesso em: 20 abr. 2021.

33 “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,

tantum (relativa) sobre a intenção/o dolo do administrador, admitindo-se a produção de provas em sentido contrário.³⁴ 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 administrativa.³⁵

se pretendesse ocultar apenas a face do risco. Presunção é ‘fantasma de culpa’, proclama Josserand. 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 arcabouço vazio, o *enveloppe sans contenu*, a imagem vã, o corpo sem gravidade ou o gás sem expansão do expressivo linguajar de Butera”. SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974. p.142 *Apud* MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. *O insider trading no direito brasileiro*. Rio de Janeiro. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Getúlio Vargas do 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>. Acesso em: 21 abr. 2021. p. 37.

34 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. Relator: Nelson Eizirik. Rio de Janeiro, 17 abr. 2002.

35 “[...] 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

1.1.3 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 interesse.

A doutrina 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”.³⁶ 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.

indevida vantagem) é fato grave o suficiente para fazer incidir as sanções disciplinares administrativas aplicáveis.” MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. *Op. Cit.* p.34

³⁶ LUCENA, *Op. Cit.*, p.513.

1.1.4 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.³⁷ 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 atuação.³⁸

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

37 “O princípio do *disclosure* [...] baseia-se na presunção de que uma vez adequadamente provida das informações relevantes sobre a companhia e sobre os títulos emitidos, o investidor tem condições de avaliar o mérito do empreendimento e a qualidade dos papéis. O postulado básico da regulação do mercado de capitais, assim, é o de que o investidor estará protegido na medida em que lhe sejam prestadas todas as informações relevantes a respeito das companhias com os títulos publicamente negociados.” EIZIRIK, Nelson. *Op. Cit.*, p. 454.

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

posse ou a qualquer tempo se solicitado por acionistas representando ao menos 5% (cinco por cento) do capital social da companhia, e, ainda, à CVM sobre modificações em suas 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.

1.2. Conclusões preliminares.

De todo o 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 a aproximação com o risco pode impulsionar os negócios sociais, mas para a sua correta avaliação e alocação. Em um mundo negocial 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 contrato de seguro de responsabilidade civil de diretores e administradores, o chamado 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.³⁹

2. O objeto do contrato de seguro D&O.

Introduzido no mercado norte-americano como resposta à quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929, o Seguro D&O surgiu com o objetivo principal de resguardar os administradores de perdas financeiras pelas quais pudessem ser pessoalmente responsáveis como resultado das funções por eles desempenhadas nas sociedades.⁴⁰

A garantia oferecida pela seguradora condiciona-se a que tais eventuais perdas e danos resultem de reclamações de terceiros contra os administradores,⁴¹ na esfera judicial, arbitral ou administrativa, a depender da redação da apólice,⁴² decorrentes de atos regulares de gestão ou mesmo culposos por eles praticados durante a vigência da 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 administra-

39 A emissão de apólice de seguro não é capaz de transferir o risco do administrador à seguradora, mas tão somente os impactos financeiros da materialização de parte dos riscos aos quais ele está exposto. O seguro oferece cobertura limitada desses riscos, tanto qualitativa quanto quantitativamente. Por isso, opta-se por falar no compartilhamento de riscos e não na transferência destes, como alguns autores costumam fazer.

40 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *D&O Insurance*. O seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anônima. Coimbra: Almedina, 2006. p. 13.

41 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 internos e outros ocupantes de cargos e funções de gestão nas sociedades tomadoras e em outras indicadas na apólice.

42 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. De modo geral, as apólices de Seguro D&O podem oferecer cobertura também a esses riscos a depender dos produtos disponíveis.

dor, 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.

Na vigência do Código Civil de 1916, questionou-se a legalidade de tal proteção securitária pelo fato de 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 aos atos ilícitos dolosos, sob a alegação de que a mera existência de tal contrato serviria de estímulo a condutas antijurídicas dos administradores e retiraria a possibilidade da sua responsabilização patrimonial.

Primeiro, vale lembrar que, apesar de a causa não ter sido incluída no artigo 104 do Código Civil de 2002 como elemento constitutivo do negócio jurídico, de modo diverso do que ocorreu nos códigos civis francês e italiano, por exemplo,⁴³ é descabida a argumentação de que tal fato autorizaria a contratação de um seguro com o fito de se cometer atos *contra legem*.

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 escolhida.⁴⁴

43 “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” RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato, Apud SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 2, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/de-volta-a-causa-contratual/>. Acesso em: 05 mai. 2021. p. 12.

44 “[...].[...] embora a causa seja una, ela cumpre três papéis diferentes mas interdependentes,

Daí que não se pode sequer cogitar a permissão em nosso ordenamento jurídico 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 macula o negócio jurídico de nulidade quando tem por objetivo fraudar a lei imperativa.⁴⁵

Depois porque, quando analisado seu objeto, resta claro que o seguro de responsabilidade civil de administradores está em linha com o Direito pátrio. O artigo 757 do Código Civil 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 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.⁴⁶

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 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.

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”. BODIN DE MORAES, Maria Celina. 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/>. Acesso em: 15 jun. 2021.

45 Artigo 166 do Código Civil.

46 “[...] a ideia de legitimidade é acostada para relevar a importância de que a pertinência entre o sujeito e o bem da vida seja de ordem a fazer com que o mesmo se esforce por sua preservação, não desdenhe o status quo e não queira, nem lhe seja vantajosa, a realização do risco garantido.” TZIRULNIK, Ernesto; *et al.* *O contrato de seguro de acordo com o código civil brasileiro*. São Paulo: Editora Roncarati, 2016. p. 48.

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.

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,⁴⁷ 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).⁴⁸

Assim é que, se do ponto de vista doutrinário o seguro de responsabilidade civil de administradores já era entendido por muitos como acolhido pelo nosso ordenamento, ainda que a dicção do Código Civil de 1916 não fosse a mais feliz, com a vigência do Código

47 “O conceito técnico de risco, em matéria de seguros, não diverge do conceito geral de risco em Direito. Ele se define essencialmente como a possibilidade de um evento desvantajoso para o segurado ou seus beneficiários”. COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito: estudo jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 40.

48 “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.” BRAGA, Francisco de Assis. *Bases técnicas da empresa securitária*. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. *Seguros: uma questão atual*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 28

Civil 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 seguro.

3. A culpa grave nos atos de gestão.

3.1 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 estrada.⁴⁹ 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 resulta-

49 É o caso dos irmãos Mazeaud, grandes estudiosos franceses do tema. BANDEIRA, Paula Greco. A evolução do conceito de culpa e o artigo 944 do Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, 2008. p.227.

do seria o mesmo: existindo culpa, haveria dever de reparar⁵¹. 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).⁵²

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 circunstância.⁵³

A partir desse processo de revisão de conceitos verificou-se a objetivação da culpa⁵⁴ que “passou a ser entendida como o ‘erro de

51 “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.” BANDEIRA, Paula Greco. *Op.Cit.*, p. 228.

52 “A associação da conotação psicológica da culpa com uma rigorosa exigência de sua demonstração conduziu, gradativamente, à modelagem jurisprudencial e doutrinária de um obstáculo verdadeiramente sólido para a reparação dos danos. [...] Em sua versão de falta moral, vinculada aos impulsos anímicos do sujeito e à previsibilidade dos resultados de sua conduta, a culpa mostrava-se um elemento de difícil comprovação. [...] A exigência de que a vítima demonstrasse a culpa [...] tornava-se verdadeiramente odiosa diante do seu desconhecimento [...] de tantos fatores que acabaram por assegurar à proa da culpa a alcunha de *probatio diabólica*.” SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 16-17.

53 “[...] 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”. BANDEIRA, Paula Greco. *Op. Cit.*, p. 232.

conduta', apreciado não em concreto, [...], mas em abstrato, isto é, em uma objetiva comparação com um modelo geral de comportamento", como afirma Anderson Schreiber.⁵⁵

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 descumprimento⁵⁶. 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 huma-

54 Como afirma Schreiber, a culpa objetiva não se confunde com a responsabilidade objetiva, que prescinde de culpa. (SCHREIBER, Anderson. *Op. Cit.*, p. 35). 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." MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v.9, n. 29, jul/dez 2006. p. 250

55 SCHREIBER, Anderson. *Op. Cit.*, p. 35

56 "Quanto à intensidade da culpa, no tocante à gravidade, é fato incontestável encontrarem-se nas fontes romanas as expressões *culpa lata*, *culpa latior*, *magna culpa dolo próxima*, *culpa levis*, *culpa levior* e uma única vez *culpa levissima*. Daí a razão pela qual os glosadores, dominados pela idéia constante de tudo classificar, não hesitaram, sob o impulso dessa tendência sistematizadora, em estabelecer categorias e graus estimativos da intensidade da diligência empregada pelo devedor no cumprimento da obrigação, ou, por outra, para o conhecimento da proporção de sua negligência no não cumprimento da obrigação. Surgiu então a *communis opinio* da tripartição da culpa lata, leve e levíssima." SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Freitas bastos, 1995, p. 344 *Apud* SCHREIBER, Anderson. *Op. Cit.*, p. 43

namente possível, que adotaria o diligentíssimo pai de família”,⁵⁷ 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 ofensor.⁵⁸

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 nosso ordenamento jurídico, torna desnecessária a avaliação da intensidade do desvio do ofensor.⁵⁹

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 culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.⁶⁰ A previsão destina-se, contudo à proteção do causa-

57 BANDEIRA, Paula Greco. *Op. Cit.*, p.236

58 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”.

59 “Não tendo a intensidade da culpa qualquer influência sobre o valor do dano, despidendo se torna tomar sua gravidade em consideração.” SCHREIBER, Anderson. *Op. Cit.*, p. 44

60 O artigo é objeto de estudos que se recomenda a leitura, a ver: BANDEIRA, Paula Greco. *Op. Cit.* e SCHREIBER, Anderson. *Op. Cit.*, p. 43-45.

dor 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.⁶¹

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.

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

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

Essa reprovabilidade tem especial relevância no Direito Penal,

61 “Com tal dispositivo, a irrelevância dos graus de culpa permanece válida para fins de configuração do dever de indenizar (*an debeatur*), não já para sua quantificação (*quantum debeatur*). 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.” SCHREIBER, Anderson. *Op. Cit.*, p. 45-46.

que pune quase que exclusivamente condutas criminosas praticadas com dolo, sendo puníveis as culposas apenas a título excepcional, quando assim previsto.⁶² De fato, os crimes culposos têm estrutura distinta dos dolosos⁶³. 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 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.⁶⁴ Nesse

62 Art. 18, Código Penal - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

63 “Com os estudos iniciados a partir da criação da teoria finalista da ação verificou-se que é imprescindível distinguir os crimes dolosos dos crimes culposos, já que são estruturalmente distintos. A razão funda-se no fato de que dolo e culpa não integram a “culpabilidade”, mas fazem parte do próprio fato típico.” MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2001. p 97–98.

64 FREITAS, Vicente Mamede de. Apontamentos sobre a prestação da culpa. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v. 5, p. 115-134, 1987. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/article/view/64942/67554>. Acesso em: 5 jan. 2021.

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 dolo.⁶⁵

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 agente⁶⁶ – caso assim fosse, tratar-se-ia de dolo e não de culpa. Esse parece ser o racional aplicado pelo artigo 762 do Código Civil de 2002⁶⁷ 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 despropositados,⁶⁸

65 NORONHA, Fernando. *Op. Cit.* p. 64.

66 “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 inexactidão lógica, pois não é equitativo tratar do mesmo modo a pessoa que quis o dano e a que não o quis.” SILVA, Caio Mario Pereira da; TEPEDINO, Gustavo. *Responsabilidade Civil*. 12.ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2018. sem paginação.

67 Art. 762. Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro

68 “*Verba cum effectu, sunt accipienda*: “Não se presumem, na lei, palavras inúteis.” Literal-

quanto por exigência do próprio princípio da legalidade em sua face-ta 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,⁶⁹ mas também da aplicação do princípio indenitário, deixa claro que o que se quer evitar é que o segurado intencionalmente procure o resultado danoso coberto pelo contrato de seguro,⁷⁰ o que não ocorre nos casos de culpa grave, aonde, repise-se, não há intenção.

Em que pese a inexistência de intenção, há, ainda, que se re-bater aqueles que defendem que a exoneração de responsabilidade da seguradora em caso de culpa grave sob o argumento de ofensa à ordem pública.⁷¹

mente: “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.” MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 204.

69 Aos contratos de seguro também se aplica o brocardo “*Nemo creditur turpitudinem suam allegans* (ninguém alcança acolhida alegando a própria torpeza)”, cristalizado na vedação ao enriquecimento sem causa prevista no artigo 884 do Código Civil. MAXIMILIANO, Carlos. *Op. Cit.* p. 213.

70 “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”. 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.

71 Para fins de cláusulas contratuais limitativas, Antônio 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 dimi-

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”⁷² 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,⁷³ sem analisar o dolo e a culpa grave sob a perspectiva da legislação/regulamentação atuais e da complexidade da sociedade em que vivemos 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”.⁷⁴ Já para Blaise Knapp, a ordem pública

nuir) a sua responsabilidade por dolo ou culpa grave - o que constitui um limite imperativo à liberdade contratual -, por exigências de ordem pública [...]”. MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 236; *Apud* FERRO, Thaís Vianna. *Gestão de riscos contratuais pela autonomia privada*, 2016. Disponível em https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2016/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Tha%C3%ADs_Ferro.pdf. Acesso em: 12 jul. 2021.

72 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. p. 609

73 Refere-se aqui à recepção/renascimento do Direito Romano através dos textos do *Corpus Iuris Civilis* pela Escola dos Glosadores. V. MASSAU, Guilherme Camargo. A Fé e o Direito: a Escola dos Glosadores (o início da ciência do Direito). *Razão e Fé: Revista Inter e Transdisciplinar de Teologia, Filosofia e Bioética*, Pelotas, v. 8, n. 2, p. 49-80, jun./dez. 2006. Disponível em <https://revistas.ucpel.tche.br/rvf/article/view/2534>. Acesso em: 3 jan. 2021.

74 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 17.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 577.

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”.⁷⁵

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.

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.⁷⁶

Partilha deste entendimento Sergio Cavalieri Filho, para quem:

Somente o fato exclusivo do segurado pode ser invocado como excludente de responsabilidade

75 FILOCRE, D'Aquino. Revisita à ordem pública. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 46, n. 184, p. 131-147, out./dez. 2009. p. 137

76 “Normalmente as apólices desse seguro [seguro de responsabilidade civil] excluem a cobertura e dano intencionalmente causado a terceiro. E nem seria admissível um seguro para dar cobertura aos danos causados por dolo, pois, além de conter causa ilícita, faltar-lhe-ia o elemento aleatório (imprevisível), que é elemento essencial do seguro. Doutrina e jurisprudência não admitem a cobertura para as consequências de ato doloso, ainda que incluída pelas partes, por um princípio de ordem pública.” CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6.ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 447.

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.⁷⁷

3.3 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.⁷⁸ Infelizmente, não foi o que ocorreu.

Em virtude da oposição encontrada pelas seguradoras quando

77 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. Cit.*, p. 457 - 458

78 “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”. ALVIM, Pedro. *Op. Cit.*, p. 225.

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 – a nosso ver, 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”,⁷⁹ colocando, assim, o dolo e a culpa grave como equivalentes para fins de limitação de cobertura; o que, repise-se, não são.

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 nº 541, de 14 de outubro de 2016,⁸⁰ estabelecia a exclusão de danos causados a terceiros decorrentes “de atos ilícitos dolosos, isto é, praticados pelo segurado comprovadamente com dolo ou culpa grave”.⁸¹ O texto foi replicado pela Circular Susep nº 553, de 23 de maio de 2017, que substituiu o normativo anterior.

79 SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de seguro no cotidiano*: coletânea de ensaios jurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 481.

80 Antes disso, já se encontrava dispositivo similar nas condições contratuais padronizadas aplicáveis ao seguro de responsabilidade civil geral, previstas na Circular SUSEP nº 437, de 14 de junho de 2012, a saber: “1.2 - Atendidas as disposições deste seguro, o Segurado terá direito à garantia, ainda que os danos decorram de: a) atos ilícitos, culposos ou dolosos, praticados por empregados do Segurado, ou, ainda, por pessoas a eles assemelhadas; b) atos ilícitos culposos, praticados pelo Segurado, pelo beneficiário ou pelo representante, de um ou de outro, se o Segurado for pessoa física, EXCETO NO CASO DE CULPA GRAVE equiparável a atos ilícitos dolosos; c) atos ilícitos culposos, praticados pelos sócios controladores, dirigentes, administradores, beneficiários e respectivos representantes, se o Segurado for pessoa jurídica, EXCETO NO CASO DE CULPA GRAVE equiparável a atos ilícitos dolosos.”

81 Art. 3º Para fins desta norma, são adotadas as seguintes definições: [...] VIII - culpa grave: é aquela que, por suas características, se equipara ao dolo, sendo motivo para a perda de direitos por parte do Segurado. A culpa grave deverá ser definida pelo Judiciário ou por arbitragem; [...] XVII - fato gerador: no seguro de RC D & O, são os atos ilícitos culposos praticados por um segurado, no exercício de suas funções, e que causem danos a terceiros, resultando em processo administrativo formal e/ou judicial contra o segurado, bem como em procedimento arbitral, com o objetivo de obrigá-lo a indenizar os terceiros prejudicados; a garantia

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 nº 637, de 27 de julho,⁸² 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.

A verdade é que falta justificativa para o início dessa mudança de *mindset* ocorrer de maneira tão tardia.

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 expresso ao afastar a garantia securitária em caso de dolo e não de culpa grave do segurado.⁸³ Quiçá há

do seguro não se aplica nos casos em que os danos causados a terceiros decorram de atos ilícitos dolosos, isto é, praticados pelo segurado comprovadamente com dolo ou culpa grave [...].

82 “Art. 11. No seguro de RC D&O, a sociedade seguradora deve garantir o interesse do segurado que for responsabilizado por danos causados a terceiros, em consequência de *atos ilícitos culposos* praticados no exercício das funções para as quais tenha sido nomeado, eleito ou contratado, e obrigado a indenizá-los, por decisão judicial ou decisão em juízo arbitral, ou por acordo com os terceiros prejudicados, mediante a anuência da sociedade seguradora, desde que atendidas as disposições do contrato.”

83 “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.” OLIVA, Milena Donato; COSTA, André Brandão Nery. A excludente de cobertura de ‘culpa grave equiparável ao dolo’ no seguro de responsabilidade civil profissional. *In*: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago. *Temas atuais de direito dos seguros*, tomo I, p. 638-655. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

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.

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, 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 outrora entendia-se 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 lucros.⁸⁴ 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 a aproximação com o risco para impulsionar os negócios sociais.

84 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.” EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais*: regime jurídico. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 397–398

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 culpa,⁸⁵ não seria merecedor de cobertura pelo D&O. Pegando emprestadas as palavras de Ilan Goldberg para outro contexto relativo ao D&O⁸⁶, 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’”.

Recorda-se que esse seguro é contratado ou pela sociedade empresária em nome de seus administradores (respectivamente, tomador e segurados) ou diretamente pelos administradores⁸⁷ e oferece, precipuamente,⁸⁸ proteção aos interesses do administrador, enquanto ocupante dessa posição e no desempenho de suas funções, contra o risco de ser responsabilizado financeiramente (decisão judi-

85 “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 malfere 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”. GOLDBERG, Ilan. *Contrato de seguro de D&O*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Não paginado.

86 O autor utilizou a frase ao 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: “Ora, verificando-se que o custo de defesa é da essência do seguro D&O a norma deveria ter imposto uma obrigação às seguradoras, jamais uma faculdade. Até mesmo por força do art. 424 do Código Civil, é difícil conceber um seguro D&O que não contenha cobertura para o custo de defesa do segurado. Isto geraria uma ‘renúncia antecipada’ do segurado ‘a direito resultante da natureza do negócio, o que esvaziaria completamente de sua motivação e de sua causa’”. GOLDBERG, Ilan, *Op. Cit.*

87 Conforme dicção da regulamentação atualmente em vigor.

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

cial, 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 casos de responsabilidade sem culpa, i.e., responsabilidade objetiva, exceção em nosso ordenamento jurídico. Estar-se-ia, assim, diante do esvaziamento do produto, comercializado praticamente desprovido de garantias básicas ao segurado-administrador, o que não se pode admitir.

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 contas de administradores e questionamento em juízo de atos de gestão praticados pelos administradores, 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 de maneira ilegal vedação expressa à cobertura de atos cometidos pelos administradores com culpa grave enquanto no desempenho de suas funções.

Podemos 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 por nosso 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 poderiam ser cobertas, 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 não só foi abandonada a gradação da culpa como ajustada a redação do antigo artigo 1.436 (atual artigo 762) para fazer referência expressa apenas a ‘ato doloso do segurado’ - 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 em nosso ordenamento jurídico.

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.