

A UTILIZAÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA QUE DESENVOLVEM ATIVIDADE ECONÔMICA

Ricardo Victor Ferreira Bastos^{*}

RESUMO

O presente trabalho tem como foco principal a discussão acerca da legalidade dos contratos de seguro de responsabilidade civil de diretores, administradores ou demais gestores das sociedades de economia mista que desenvolvem atividade econômica, conhecido como seguro “D & O”. Os posicionamentos contrários a sua aplicação se fundamentam no aspecto de que não há permissão constitucional para a cobertura securitária de gestores públicos, tendo em vista a responsabilidade pessoal desses agentes. O contraponto refere-se ao fato de que tais entes estatais desempenham atividade econômica e atuam livremente no mercado em paridade de armas com entes “puramente” privados, o que exige tomada de decisões sujeitas a risco tanto enquanto ente estatal como quanto ente que exerce atividade econômica. Essa dualidade assumida por gestores de uma sociedade de economia mista agrava o risco ao qual os seus gestores estão expostos diariamente em suas tomadas de decisões.

PALAVRAS-CHAVE: SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SEGURO DE RESPONSABILIDADE. SEGURO “D&O”

ABSTRACT

The present work has as its main focus the discussion on the legality of the contracts of liability insurance for directors, officers or other managers of joint stock companies that develop economic activity, known as Safe “D & O”. The positions contrary to their application in synthesis, are based on the aspect that there is no constitutional permission for insurance coverage of public managers,

Artigo recebido em: 16/11/2014.

Artigo aceito em: 18/12/2014.

^{*} Advogado do BRB –Banco de Brasília. Possui MBA em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas –RJ. Pós Graduado em Direito Empresarial e Contratos pelo UNICEUB –DF. Professor de Pós Graduação junto no Instituto Tecnológico de Capacitação Profissional (ITCP). Mestrando em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília. Professor de curso de Extensão da Universidade de Brasília (UNB). Instrutor e desenvolvedor de cursos internos no BRB.

in view of the personal liability of managers of public resources. Counterpoint refers to the fact that such state entities perform economic activity and act freely in the market in weapons parity with loved "purely" private, which requires making decisions subject to risk as much as the government entity as being that exerts activity economic. This duality assumed by managers of a mixed company increases the risk to which their managers are exposed daily in their decision making.

KEYWORDS: SEMI PUBLIC CORPORATION. LIABILITY INSURANCE. INSURANCE "D & O"

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA ATRAVÉS DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA;

2.1 Noções Gerais acerca da intervenção do estado na economia;

2.2 Regime jurídico das sociedades de economia mista;

2.3 Características das Sociedades de Economia Mista;

2.4 A empresa estatal atuando na implementação das políticas públicas Panorama da responsabilidade dos gestores de empresas estatais ;

3. CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL;

3.1 Noções gerais acerca dos contratos de seguro; O contrato de seguro de responsabilidade;

4. O CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE “D & O” E SUA APLICAÇÃO ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA;

4.1 Conceito;

4.2 Objeto e alcance;

4.3 Eventos indenizáveis;

4.4Eventos não indenizáveis;

4.5 Aplicação prática em entes da Administração Pública;

4.6 Controvérsia sobre sua utilização;

5. CONCLUSÃO

6. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem foco na análise acerca da possibilidade de utilização, nas Sociedades de Economia Mista (SEM), do contrato de seguro de responsabilidade civil dos diretores e administradores, conhecido como seguro “D & O”, observando que a atuação das denominadas “Empresas Estatais” (Empresas públicas ou sociedades de economia mista), consiste na intervenção direta do Estado na economia.

O ponto central de nosso estudo é analisar a possibilidade dessa espécie de seguro de responsabilidade civil ser aplicada aos gestores ou administradores de sociedades de economia mista que desempenha atividade econômica e é conhecido como “Seguro D & O”, sendo as letras “D” e “O” abreviação das palavras de língua inglesa “Directors” e “Officers”, uma alusão aos tomadores de decisão das companhias.

Inicialmente, deve-se fazer uma análise breve acerca das características dessa intervenção estatal no domínio econômico, de modo que sejam observados os fundamentos constitucionais dessa atuação estatal, sua importância no que se refere ao domínio econômico, bem como a necessidade de atendimento de modo eficiente das necessidades empresarias relacionadas ao segmento de mercado que desempenha sua atividade.

Nesse contexto, a aplicação do seguro de responsabilidade civil dos diretores e administradores das sociedades de economia mista que desenvolvem atividade econômica, leva-se em conta a atuação desses entes estatais como agentes da intervenção do estado na economia, bem como as peculiaridades desses entes, principalmente, pelo regime jurídico híbrido a que estão submetidos, possuindo grande controvérsia acerca de sua utilização, tendo em vista a submissão,

desses entes, à regras de direito privado quanto a suas atividades fins e pela submissão a regras rígidas de direito público relacionadas, principalmente, a fiscalização e controle de suas atividades, o que demonstra a peculiaridade da sua atuação.

È importante se observar algumas peculiaridades das chamadas “Empresas Estatais”: a existência de diversas formas de controle e de responsabilidade dos gestores desses entes ante a hibridez do regime jurídico a que estão submetidas. O Estado quando atua na atividade econômica, por incidência de regras tanto de direito publico quanto de direito privado, está submetido a rígido controle e fiscalização, o que torna sua atividade de disputa com a iniciativa privada dotada de maior complexidade.

2. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA ATRAVÉS DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

2.1 Noções Gerais acerca da intervenção do estado na economia

È de fundamental importância que seja compreendido como se dá a atuação do Estado na ordem econômica nacional, de modo que seja possível entender essa conduta reguladora que se apresenta de diversas formas ao longo da historia, possuindo enfoques diversos que variam com o momento do país, com uma postura mais passiva , em um dado período, e mais ativa em outro.

O Ministro Eros Roberto Grau¹ bem aborda essa caracterização e enquadramento do estado intervindo na economia:

A afirmação de que até o momento neoconcorrencial ou “intervencionista” estava atribuída ao Estado a função de produção do direito e segurança – bem assim a de que o direito deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à

¹ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica Na Constituição de 1988. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 19.

legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas. O Estado moderno nasce sob a vocação de atuar no campo econômico. Passa por alterações, no tempo, penas o seu modo de atuar, inicialmente voltado à constituição e à preservação do modo de produção social capitalista, posteriormente à substituição e compensação do mercado.

Observando a passagem acima colacionada, extrai-se que esse processo de atuação do ente estatal na economia é marcado por uma mudança de postura ao longo da história. Inicialmente, tinha-se o conhecido estado liberal, o qual era marcado por uma postura mais passiva em relação às atividades econômicas, sendo característica desse período uma maior valorização da livre iniciativa com uma ênfase na liberdade de atuação dos particulares nas diversas atividades econômicas. Nesse período, acreditava-se que o mercado, na visão preconizada por Adam Smith, tinha a capacidade de se autoregular, o que veio a ser ponderada com o tempo.

Após esse período, inicia-se a fase do Estado intervencionista a qual é composta por três períodos: intervencionismo econômico, social e socialista. A primeira, segundo Figueiredo², consiste numa forma de intervenção voltada para ação do Estado como inibidor do exercício abusivo e pernicioso do liberalismo, sendo baseada na Teoria dos Jogos de John Von Neumann³ que visa, primordialmente, analisar o comportamento dos agentes privados num ambiente de concorrência.

A segunda fase, segundo aponta o mesmo Auto⁴:

Trata-se de uma nova forma de intervencionismo estatal, na qual o Estado preocupa-se com a coletividade e com os interesses transindividuais, ficando mitigados os

² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. 5ª ed. Rio de Janeiro, Foenze, 2012.

³ Teoria dos jogos é um estudo da relacionado a matemática aplicada que investiga situações estratégicas onde jogadores escolhem diferentes ações na tentativa de melhorar seu retorno. Inicialmente desenvolvida como ferramenta para compreender comportamento econômico, é aplicada em diversas áreas do direito, especificamente, o direito comportamental.

⁴ Ibidem, p. 10.

interesses pessoais de cunho individualista. É também conhecida como Estado do bem estar social.

Já a terceira fase, se caracteriza por ser uma forma de intervenção do estado numa proporção bem maior na qual ele age através de uma política econômica planificada, com ênfase na coletividade sobre as pessoas consideradas em si.

A atual fase é marcada pelo Estado atuando como regulador, resgatando as bases do Estado liberal com adoção das regras do “Equilíbrio de Nash”⁵ que nada mais é do que a assertiva que diz que a maximização dos resultados de um agente econômico não pode ser em detrimento da estratégia ou da subsistência de dos outros agentes. Esse período é marcado pelo estado atuando na economia através do seu poder normativo, agindo, segundo, aponta Grau⁶, através da intervenção por absorção ou participação, intervenção por direção e por indução.

2.2 Regime jurídico das sociedades de economia mista

Ponto de grande importância para o entendimento do propósito do presente trabalho, especificamente, no que se refere a possibilidade de utilização dos seguro de responsabilidade civil pelos administradores das Sociedades de Economia Mista, é o entendimento do regime jurídico a que estão submetidos esses entes da Administração Pública Indireta.

A própria composição do capital das Sociedades de Economia Mista já demonstra como se dá esse regime jurídico. Como já dito, essa espécie de ente

⁵ Equilíbrio de Nash representa uma situação em que, em um jogo envolvendo dois ou mais jogadores, nenhum jogador tem a ganhar mudando sua estratégia unilateralmente.

⁶ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica Na Constituição de 1988*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

estatal tem capital misto, sendo parte privado e parte público, o que demonstra sua principal característica, qual seja, a dualidade de composição acionária.

A doutrina de Carvalho Filho⁷ assim trata do tema:

Na verdade, pode-se dizer, como fazem alguns estudiosos, que seu regime jurídico tem certa natureza híbrida, já que sofrem o influxo de normas de direito privado em alguns setores de sua atuação e de normas de direito público em outros desses setores. E nem poderia ser de outra forma, quando se analisa seu revestimento jurídico de direito privado e sua ligação com o Estado.

Essa dualidade de regime desdobra-se em dois pontos bem delineados. Quando a Sociedade de Economia Mista está atuando no exercício da atividade econômica em si, entendendo essa em sentido estrito, incidem as regras de direito privado sobre a atividade a que se referem. Por outro lado, quando a Administração atua em atividades não ligadas a sua atividade econômica em sentido estrito, ou seja, quando atua em atividades consideradas meio, incidem as regras de direito público.

O art. 173, § 1º, II e § 2º da Constituição Federal prescrevem que:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Observando o dispositivo acima citado, tem-se que o texto constitucional delimita a aplicação dessas normas de direito privado aos aspectos relacionados a

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.p. 496.

direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, o que nos denota a ideia de que esse regime híbrido tem uma razão lógica e sistemática de ser.

Para atuar nas áreas tradicionalmente exploradas pelo setor privado e haver a manutenção e respeito à livre concorrência e ao equilíbrio das regras de mercado, as empresas estatais, sejam as sociedades de economia mista, como no nosso ponto central, sejam as empresas públicas, não podem ter tratamento privilegiado quando os demais agentes econômicos não o possuem, pois tal cenário caracterizaria total desestímulo ao exercício da atividade econômica, o que gera um natural desequilíbrio de mercado.

Nesse contexto, a submissão das sociedades de economia mista ao regime jurídico público é encontrada quando elas precisam adotar procedimento licitatório para assuntos relacionados a sua atividade meio, a realização de concurso público para contratação de empregados, a submissão ao controle do Tribunal de Contas, etc.

Essas questões relacionadas ao controle da sua atividade é um dos fatores que fazem dessa espécie de agente econômico tão peculiar, posto que a parte do regime jurídico público que detem somente faz aumentar a fiscalização sobre suas atividades e a de seus gestores.

Assim, deve ser ressaltado que, atuar em “paridade de armas” com a iniciativa privada num determinado setor da economia, para esses entes aqui tratados, é uma tarefa que exige uma dose bem maior de eficiência e qualidade por parte dos gestores que estão a frente do processo de tomada de decisões. Eles devem sempre ter em mente essa dualidade de regime a que estão submetidos sob pena de terem problemas nas instâncias administrativas, cíveis e até criminais,

devendo tomar decisões ora obedecendo regras rígidas de direito público e regras extremamente ousadas de direito privado.

2.3 Características das Sociedades de Economia Mista

As sociedades de economia mista são marcadas por diversas características bem delineadas e conhecidas pela doutrina.

O capital delas, como já adiantado, é composto tanto por recursos públicos quanto por recursos privados, ressaltando que sempre deve prevalecer o capital público. Isso significa que sempre haverá a participação de um ente público no capital de uma sociedade de economia mista que terá o controle do ente societário.⁸

A forma jurídica delas é sempre de Sociedades Anônimas como determina o decreto lei nº. 200/67, o que determina a obediência delas às regras da lei nº. 6404/67, a conhecida lei das Sociedades Anônimas.

Em regra, não há foro privilegiado para as causas em que são partes as Sociedades de Economia mista como o que ocorre com as Empresas Públicas. Tal possibilidade pode ser flexibilizada de acordo com o ente estatal a que o ente societário está vinculado.

Como exemplo de alteração de regra de ausência de foro privilegiado, tem-se as sociedades de economia mista do Distrito Federal que possuem foro especial por determinação da “Lei de Organização Judiciária do DF”, lei nº. 11697/08. Esse diploma legal confere foro privilegiado às sociedades de economia mista integrantes da Administração Pública Indireta do Distrito Federal nos seguintes termos:

Art. 26. Compete ao Juiz da Vara da Fazenda Pública processar e julgar:

⁸ Nesse ponto cabe fazer uma diferença das sociedades de economia mista as quais serão sempre controlada pelo Estado das sociedades com mera participação do Estado. Como a própria nomenclatura sugere, nas primeiras a maioria do capital é público, ao passo que na segunda o estado é um sócio como outro qualquer, pois apenas é detentor de parte desse capital. Essas sociedades de mera participação não são consideradas de economia mista, são sociedades empresárias comuns na qual o Estado é um acionista.

I – os feitos em que o Distrito Federal ou entidades de sua administração descentralizada, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista de que participe, forem autores, réus, assistentes, litisconsortes, intervenientes ou oponentes, excetuados os de falência e acidentes de trabalho;

Outra característica das sociedades de economia mista a ser observada é que seu patrimônio, apesar delas integrarem a Administração Pública, é constituído por bens privados, não se encaixando no conceito e nem recebendo o tratamento diferenciado dos bens considerados públicos, que são, por determinação legal, impenhoráveis. Apesar da existência de muita discussão acerca da penhorabilidade ou não desses bens, prevalece a ideia da penhorabilidade dos bens das sociedades de economia mista.

A contratação de pessoal deve ser por meio de concurso público, o que nos mostra mais uma regra de direito público aplicadas a essas pessoas jurídicas de direito privado. Todos os empregados de sociedade de economia mista estão sujeitos ao regime da CLT, o que exclui a regra da estabilidade dos empregados desse ente estatal.

Tais empregados também estão sujeitos a regra do art. 37, XVII da CF que impede a cumulação indevida de cargos, são equiparados a funcionários públicos para fins penais, conforme art. 327 do Código Penal e estão sujeitos às diversas regras e sanções relacionadas a lei nº. 8429/92, lei de Improbidade Administrativa. Essas regras nos mostram quanto os empregados públicos, dos mais diversos escalões hierárquicos, estão sujeitos a uma fiscalização rígida e direta imposta pelo regime jurídico híbrido acima apresentado. Ressalte-se que esse ponto demonstra a grande importância da utilização dos seguros de responsabilidades para os tomadores de decisão.

No que se refere aos atos e contratos das Sociedades de Economia Mista que exercem atividades econômicas, deve-se cindir, mais uma vez, as atividades

desempenhadas pelo ente para o correto entendimento das suas características. Quando tais atos e contratos referirem-se a sua atividade fim as regras a serem aplicadas são as de direito privado, posto que diretamente ligadas com as atividades econômicas que exercem. De outro modo, quando tais atos ou contratos estiverem relacionados às atividades meio observam-se as normas de direito público, concernentes a atos administrativos, licitação e contratos da mesma espécie.

Como ultima característica a ser apontada tem-se a questão da responsabilidade civil das Sociedades de Economia Mista que exercem atividade econômica conforme previsão no art. 37, § 6º da Constituição Federal:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

2.4 A empresa estatal atuando na implementação das políticas públicas

Comparato, citado por Pinto Júnior⁹, nos ensina que: “Sob o ponto de vista jurídico, a política pública corresponde a importante atuação numa atividade envolvendo a prática ordenada de um conjunto de atos administrativos e edição de normas, tendentes à realização de uma finalidade comum”.

A adoção de políticas públicas, até como implementação positiva dos direitos e garantias fundamentais de 2ª geração ou dimensão, consiste, numa visão bem simples do termo, na maneira pela qual o Estado assiste a seus cidadãos, oferecendo-lhes o que a Constituição ou demais leis determinam que lhe sejam conferidos como aspectos positivos de melhoria de condições de vida.

⁹ PINTO JUNIOR, Mario Engler. 1 ed. Empresa Estatal - Função Econômica e Dilemas Societários. São Paulo: Atlas, 2010, p. 232.

Nesse contexto, observa-se que as “Empresas Estatais” também tem importante atuação na implementação da políticas públicas, não somente quando atuam na prestação de serviços públicos mas quando também exercem atividade econômica. Dentro do propósito aqui pretendido, observa-se que as sociedades de economia mista que integram as diversas Administrações Públicas do país, através de sua atuação, são responsáveis por variadas implementações, sejam de forma direta ou indireta, das mais diversas espécies de políticas públicas.

O importante nesse ponto é ter a noção de que as sociedades de economia mista que contribuem com esse processo fazem parte de um todo que visa a organização de um determinado nicho da economia, o que gera o equilíbrio necessário para o funcionamento da ordem econômica de maneira coerente e de modo a tornar a vida do cidadão mais tranquila, sem surpresas “desestabilizantes”.

O que se observa nesse ponto é a existência de um caráter tipicamente instrumental das sociedades e economia mista e também das Empresas Públicas no que se refere a implementação de políticas públicas, ainda que essa situação seja caracterizada por uma atuação indireta, pois esses entes não serão os responsáveis pela efetivação prática de uma ou e outra política a ser adotada.

O que eles fazem nesse cenário de criação e aplicação de políticas públicas é servir como um suporte para a real implementação das medidas pelos entes federativos. Muitas vezes servem como agentes que irão induzir determinado mercado a agir de uma forma que melhor propicie a adoção de qualquer medida de benefício à sociedade.

2.5 Panorama da responsabilidade dos gestores de empresas estatais

A atividade dos agentes públicos que integram a Administração Pública no Brasil é repleta de questões diretamente ligada ao cumprimento das leis que

regulam, principalmente, o correto e eficiente emprego das verbas públicas, de modo que possa haver o controle de toda a aplicação de recursos públicos envolvidos.

A doutrina de Sundfeld e Camara¹⁰ trás elucidativa passagem acerca dessa dicotomia a que o gestor de uma chamada “empresa estatal” sempre está relacionado, acrescentando uma terceira que, atualmente, ganha grande força com a disseminação dos meios de comunicação, a sociedade:

O Dirigente de empresa estatal está envolvido, basicamente, em dois sistemas jurídicos. O primeiro, corresponde ao conjunto de regras que disciplina o funcionamento da empresa enquanto tal; faz parte do direito societário. O outro, é derivado da característica especial de seu acionista controlador; o Estado, são regras que integram o Direito Administrativo. Sobre esses dois sistemas (que marcam, por assim dizer, a atuação rotineira do dirigente de empresa estatal) incide um terceiro, que reflete a proteção da sociedade contra prática de ilícitos criminais: é o direito Penal. Deveras, para determinadas condutas realizadas no âmbito de atuação de um dirigente de empresa, é possível que incida sanção de natureza penal. Assim, ocorre, por exemplo, quando são punidos os chamados “crimes do colarinho branco” ou, em virtude da natureza da própria empresa estatal, quando se trata de crimes contra a Administração Pública.

Ponto importante e relacionado a essa responsabilidade é que a atuação regular do gestor é permeada por riscos naturais e por variações impostas pelo próprio mercado no qual o ente ao qual está ligado atua. A atuação regular, por mais zelosa e cuidadosa que seja, esta sujeita a riscos que, muitas vezes, fogem a alçada de prudência do bom administrador, o que torna esse tipo de atividade profissional bem peculiar no mercado de trabalho.

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda. Improbidade Administrativa do Administrador Estatal. Revista de Direito de Estado. São Paulo, n. 13, fev./abr. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-13-FEVEREIRO-2008> CARLOS%20ARI %20SUNDFELD.pdf.> Acesso em: 20 jan.2013.

3 CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 Noções gerais acerca dos contratos de seguro

Definido como um contrato típico, o contrato de seguro encontrava-se definido no art. 1.432 do Código Civil de 1.916 como *"aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros previstos no contrato"*. Esse tratamento foi mantido no art. 757 do Código Civil que diz textualmente que:

Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados. Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

Analizando ambos os preceitos legais, encontramos os seguintes elementos caracterizadores dessa espécie de contrato: partes e o objeto. Ainda sim, observa-se que o texto do novo Código Civil apresenta uma técnica mais apurada já que evita utilizar-se do verbo "indenizar" que, no entendimento de Sílvio Venosa¹¹, é impróprio, pois envolve a ideia de inadimplemento de obrigação e culpa, quando, no contrato em questão, refere-se a uma contraprestação contratual.

Essa espécie de contrato tão comum no cotidiano da população tem como principais característica: a bilateralidade ou sinalagma, a onerosidade, aleatoriedade, o fato de ser contrato de adesão, de execução continuada, consensual e que exige boa-fé.

3.2 O contrato de seguro de responsabilidade

É objetivo no nosso trabalho lidar com uma espécie bem peculiar de contrato de seguro, o chamado "seguro de responsabilidade civil" que é tratado de forma inovadora no art. 787 Código Civil que diz que:

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil III . 4 ed.. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

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

§ 1º Tão logo saiba o segurado das consequências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador.

§ 2º É defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador.

(...)

Tal espécie de contrato de seguro é caracterizada pelo fato de garantir o pagamento de eventual indenização imposta ao segurado em decorrência do dever geral de reparação do dano caso alguém o demande para tanto. Assim, numa eventual condenação de ressarcir oriunda de evento danoso, a seguradora é acionada e o segurado tem a indenização a que deveria pagar paga por ela.

A proteção conferida por esta modalidade de seguro refere-se ao patrimônio do segurado no caso de eventual dever de ressarcimento, sendo o objeto imediato do contrato de seguro a garantia prestada pelo segurador. Sérgio Cavalieri Filho¹² nos ensina que:

O segurado, ao firmar o seguro de responsabilidade civil, tem como objetivo não ter que desembolsar a indenização eventualmente devida a terceiro em razão de atos ilícitos por ele praticados. Ou seja, busca no seguro a garantia de que não precisará desfalcar o seu patrimônio em razão das consequências civis do que venha a causar a outrem.

Assim, observa-se que a dinâmica proposta pelo contrato em questão apresenta grande utilidade quando se tem em mente a complexidade e diversidade que algumas atividades possuem. No ambiente das atividades empresariais, encontra-se muito difundida a utilização dessa espécie de seguro para resguardar determinadas atuações empresarias marcadas pelo fato de estarem relacionadas a diversas áreas do conhecimento e exigirem conhecimento técnico considerável.

¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 158

O aumento na dinâmica das relações empresariais ou mesmo sociais, bem como a maior judicialização das questões diárias da população faz com que essa modalidade de seguro seja uma importante ferramenta para que seja possível um planejamento equilibrado das atividades econômicas, de modo que a atuação empresarial seja sempre protegida e levada com maior tranquilidade por quem a desempenha.

Essa espécie de contrato de seguro não envolve questões de maior complexidade, entretanto, nos chama a atenção para o fato de que a concepção mais moderna de contratos se encaixa perfeitamente com o funcionamento dessa espécie contratual. Essa concepção de contrato é bem tratada pela professora Cláudia Lima Marques¹³ que diz que:

[...] para a teoria jurídica, o contrato é um conceito importantíssimo, uma categoria jurídica fundamental trabalhada pelo poder de abstração dos juristas, especialmente os alemães do século XIX, quando sistematizaram a ciência do direito. É negócio jurídico por excelência, em que o consenso de vontades dirige-se para um determinado fim. É ato jurídico vinculante, que criará ou modificará direitos e obrigações para as partes contraentes, sendo tanto o ato como os seus efeitos permitidos e, em princípio, protegidos pelo Direito.

4. O CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE “D & O” E SUA APLICAÇÃO ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

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

¹³ MARQUES, Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. 3 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 45.

economia mista, estão utilizando tal espécie de contrato de seguro de responsabilidade para seus diretores, administradores, advogados, ou seja, aqueles que diariamente toma decisões dentro de uma companhia.

Tal modalidade de seguro encontra algumas peculiaridades que merecem destaque, sendo muito comum e mais recente a postura de se contratar duas apólices, uma individual, adquirida pelo gestor e uma a coletiva, pela empresa, o que representa uma maior segurança ao gestor que tem a faculdade de optar em utilizar qualquer uma das duas, sendo que, caso se ultrapasse do limite de uma usa-se o que é previsto na outra¹⁴.

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

Ressalte-se que esses pontos apontados não são comuns a todos os seguros de responsabilidade “D & O”, posto que, como os seguros em geral, algumas cláusulas devem atender pontualmente a situação de cada segurado ou da sociedade empresária a que se relacionam. A amplitude dessa forma de seguro é verificada pela complexidade das atividades a que ele se refere, sendo comum a existência e a convivência entre cláusulas gerais ou de adesão e cláusulas específicas de acordo com a atividade relacionada.

¹⁴ RODRIGUES, Carol. Seguro individual complementa a apólice de D&O tradicional e oferece benefícios pessoais para o gestor. Disponível em: <http://www.sevecorcorretoradeseguros.com.br>
RVMD, Brasília, V. 9, nº 2, p. 24-58, Jul-Dez, 2014

4.1 Conceito

Essa espécie peculiar de seguro consiste numa espécie de seguro de responsabilidade aplicado a tomadores de decisão em grandes companhias, de modo que a atuação diária dessas pessoas esteja protegida diante de eventuais problemas que sua ações ocasionarem.

A advocacia especializada¹⁵ trata do assunto nos seguintes termos:

(...)

um instrumento capaz de resguardar diretores e conselheiros de eventuais perdas financeiras pessoais decorrentes de seus atos na administração de empresas. Mas, para que possa atingir este objetivo, a contratação do seguro deve ser feita de forma cuidadosa e a apólice adequadamente administrada. O seguro D&O apresenta uma série de especificidades que o diferenciam de outras modalidades de seguros de danos mais conhecidas, exigindo cuidados adicionais. Elencaremos algumas recomendações para a contratação e administração de seguros D&O, sem a pretensão de esgotar o assunto. As sugestões buscam contribuir para que determinadas “boas práticas” tornem-se correntes no setor, garantindo a adequada proteção dos administradores e das sociedades.

Como se verifica nas passagens acima mencionadas, tal espécie de contrato de seguro é marcada pela relação que possui com os tomadores de decisão das companhias, de modo que a atuação de diretores, administradores, bem como demais pessoas ligadas a cúpula dos entes societários seja pautada por uma margem de segurança que permita a adoção de medidas com um maior teor de segurança.

4.2 Objeto e alcance

O objeto dessa espécie de seguro é o pagamento, por uma seguradora, de despesas relacionadas a ato ou fato, pelo qual o segurado seja responsabilizado

/LinkinNews/exibemsg.phtml?titulo=Novo%20produto%20da%20Zurich%20refor%E7a%20prote%E7%E3o%20a%20executivos. Acesso em: 20. Ago. 2014.

e tenha ocorrido durante o período de vigência da apólice, ou seja, garante o pagamento de indenização relacionadas aos eventos que considera como indenizáveis e tenham ocorrido por ato de determinados sujeitos no exercício de sua função/cargo dentro da gestão da companhia.

4.3Eventos indenizáveis

Ponto que apresenta certa polêmica quando se trata dessa espécie de seguro dentro da Administração Pública é delimitar quais os eventos ou condutas que seriam cobertos por ele, de maneira que não haja um choque com as regras de direito público que se aplicam a esses entes. Deve ser fixado que essa espécie de seguro relaciona-se com o exercício de determinadas atividades nos mais variados ramos empresariais, o que nos evidencia a ideia de que os eventos podem variar de acordo com a atividade a qual o seguro estiver relacionado, entretanto, analisando alguns contratos dessa espécie, podem ser encontradas cláusulas que tratam de assuntos que merecem destaques.

4.4Eventos não indenizáveis

Tendo em vista a sua relação com a Administração Pública essas cláusulas são de extrema importância para o entendimento da licitude de sua utilização. Nos contratos que veiculam essa espécie de seguro de responsabilidade civil encontram-se diversos eventos que não são cobertos, com destaque as seguintes cláusulas que excluem a cobertura:

- a) obtenção de qualquer lucro ou vantagem pessoal a que o *Segurado* legalmente não tenha direito;
- b) cometimento de qualquer ato ilícito doloso, fraudulento ou decorrente de culpa grave;

¹⁵ GOUVÊA, Carlos Portugal e JARDIM, Mariana Cavalcanti. Melhores praticas na contratação de seguros D & O”. Disponível em: <http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/melhores-praticas-na-contratacao-de-seguro-d-o>. Acesso em 20/01/2013.

- c) *Reclamação* por danos corporais, danos morais (exceto as relacionadas com *Reclamação de Prática Trabalhista Indevida*), bem como dano material ou destruição de qualquer bem tangível, incluindo a sua inutilização;
- d) *Reclamação* decorrente, baseada ou atribuível a qualquer Ato de Terrorismo, não obstante o que em contrário possam dispor as Condições Gerais, Especiais e/ou particulares do presente seguro, fica entendido e concordado que, para efeito indenitário, não estarão cobertos danos e perdas causados direta ou indiretamente por ato terrorista, cabendo a Seguradora comprovar com documentação hábil, acompanhada de laudo circunstanciado que caracterize a natureza do atentado, independentemente de seu propósito, e desde que este tenha sido devidamente reconhecido como atentatório à ordem pública pela autoridade pública competente;
- e) *Reclamação* apresentada pela *Sociedade* em relação a uma *Subsidiária* ou qualquer *Segurado*, em caso de quebra ou insolvência desta *Subsidiária*, somente e na medida em que a *Sociedade* tinha conhecimento prévio de qualquer *Ato Danoso* alegado como causa determinante ou contribuinte a referida quebra ou insolvência, mas falhou na tomada de decisões e medidas razoáveis e adequadas para prevenir a quebra ou insolvência. Entretanto, fica entendido que esta exclusão não aplicará em caso de quebra ou insolvência do *Tomador do Seguro*.

Algumas apólices apresentam cláusulas bem específicas acerca dessa exclusão do dever de indenizar, dentre as quais destacam-se as abaixo colacionadas¹⁶:

- 4. A Seguradora não se responsabilizará pelo pagamento de Prejuízos Financeiros (inclusive Custos de Defesa) relacionados com qualquer *Reclamação* feita contra qualquer *Segurado* pelos fatos e motivos abaixo:
 - 4.1.1 *Reclamações* decorrentes de:
 - (a) Enriquecimento ilícito do *Segurado* por uso indevido de informações privilegiadas na realização negócios ou transações comerciais
 - (b) Cometimento atos ilícitos dolosos
 - (c) Cometimento de ato ou omissão tipificada criminalmente cometido por qualquer *Segurado*.
 - 4.1.1.1 As Exclusões 4.1.1(a), 4.1.1(b) e 4.1.1(c) somente serão aplicadas mediante sentença transitada em julgado na qual os fatos excluídos na Cláusula anterior sem imputados ao *Segurado* ou mediante confissão expressa ou tácita feita pelo *Segurado*.
 - 4.1.1.2 Caso sobrevenha condenação transitada em julgado ou confissão a qualquer tempo durante o curso da *Reclamação* imputando os fatos mencionados, o *Segurado* deverá ressarcir a Seguradora pelos Custos de Defesa que houverem sido adiantados.
 - 4.1.2 *Reclamações* decorrentes de:
 - (a) qualquer processo, notificação, inquérito, investigação ou outro procedimento oficial, iniciado antes da (Data Limite de Retroatividade) especificada na Apólice; ou
 - (b) qualquer litígio, seja judicial ou extrajudicial baseadas em Atos Danos que já tenham sido objeto de uma *Reclamação* feita contra os *Segurados* anteriormente à Data Limite de Retroatividade

¹⁶ Disponível em www.zurich.com/NR/.../0/Brazil_DO_Policy_Private_08012009.doc. Acesso em 02/02/2013.

4.1.3 Reclamações decorrentes de Danos à Propriedade e/ou Danos Corporais, porém será dada cobertura para os casos previstos na Cláusula de Extensão de Cobertura para Danos Corporais, quando aplicável, e para de danos morais relacionados com Reclamações por Práticas Trabalhistas Indevidas.

4.1.4 Reclamações decorrentes de Danos Ambientais, exceto da forma estabelecida na Cláusula 5.8 desta Apólice.

4.1.5 Reclamações decorrentes de violações de obrigações impostas por estatuto, norma ou lei durante o exercício da função de Administrador (ou o equivalente) de entidade de previdência complementar administrador

4.1.6 por violação de quaisquer responsabilidades, obrigações ou deveres impostos por lei ou norma vigente que dispuser sobre investimentos e administração de planos de previdência complementar no Brasil, ou por normas, regulamentos ou disposições similares relativas a pensão, participação nos lucros ou programas de benefícios para empregados ou planos de compensação social baseados em leis ou normas no Brasil ou que se relacionem de alguma forma a isso.

4.1.7 quando tal Reclamação for realizada por, no interesse de ou provocada pelo Tomador ou por Diretor ou Administrador, observando-se, no entanto, que esta exclusão não se aplica às hipóteses previstas na Cláusula de Extensão de Cobertura para Reclamações movidas pelo Tomador contra o Segurado, nem tampouco nas seguintes hipóteses:

(a) Reclamações realizadas ou mantidas por administrador judicial, interventor ou liquidante (ou o equivalente) na falência, recuperação judicial ou intervenção (ou o equivalente), direta ou indiretamente no interesse do Tomador, sem a solicitação, assistência voluntária ou participação ativa de qualquer Diretor ou Administrador;

(b) Ação Derivativa movida em nome do Tomador por uma ou mais pessoas que não sejam Diretores ou Administradores e que movam e mantenham a Reclamação sem a solicitação, assistência voluntária ou participação ativa de qualquer Diretor ou Administradora;

(c) Reclamação Por Prática Trabalhista Indevida trazida por um Segurado;

(e) Reclamação realizada por Segurado que tenha ocupado cargo ou exercido função de Diretor ou Administrador do Tomador e que não mais ocupe tal cargo ou não mais exerça tal função no momento da Reclamação; ou

Outro aspecto que, igualmente, exclui a cobertura são os itens que geram

a perda do direito a indenização e são comumente encontrados nessa espécie de seguro ocorrem quando o segurado:

a) Fizer declarações falsas ou incompletas, ou ainda omitir circunstâncias de seu conhecimento que poderiam ter influído na aceitação do risco e no cálculo do prêmio;

b) Deixar de cumprir as obrigações convencionadas neste contrato;

c) O sinistro decorrer de dolo do Segurado, má fé, fraude e simulação;

d) Por qualquer meio ilícito, o *Segurado* procurar obter benefícios do presente contrato;

Analisando as cláusulas que excluem a cobertura do seguro, observa-se que

alguns situações que envolvem atos dolosos são excluídas da cobertura proposta, o que nos permite concluir que **a cobertura é para atos de gestão regular, atos que**

sejam praticados em condições normais no ambiente das corporações, mas que geraram alguma demanda de ordem administrativa, civil, ou mesmo criminal.

A exclusão de cobertura nada mais é do que a previsão contratual de situações que não podem ser cobertas por nenhum contrato de seguro nos termos do art. 762 do Código Civil que dispõe: “Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro”. Quando se analisa a utilização dessa espécie de seguro pelos entes que compõem a Administração Pública essas regras de exclusão ganham mais importância ante o regime jurídico híbrido a que esses entes estão submetidos.

Como já dito anteriormente, as Sociedades de Economia Mista que desempenham atividade econômica tem seu capital composto de forma mista por verba pública e privada. A existência de dinheiro público faz com que, sobre elas, incidam diversas regras¹⁷ de Direito Público, de modo que, ainda que permitido pelo ordenamento jurídico nacional, não poderiam celebrar seguro permitindo a cobertura de condutas dolosas e lesivas, conferindo liberdade a quem gerencia recursos públicos para prática de atos que violem legalidade, moralidade, ou probidade administrativa, por exemplo.

Esse ponto delimita a legalidade de tal modalidade de seguro junto a a Administração Pública. Como será visto a seguir, a resistência a sua utilização pelos integrantes da Administração Pública envolve questões de interesse público, de legalidade de responsabilização pessoal por atos lesivos cometidos por administradores, o que não se coaduna com as próprias cláusulas apontadas acima.

¹⁷ É importante que se observe que essas regras incluem a legislação constitucional e infraconstitucional bem como os princípios aplicáveis a Administração Pública que são importantes vetores de atuação do gestor de recursos públicos.

Deve-se terem em mente que o seguro que aqui se discute não pode excluir o administrador de suas responsabilidades por atos irregulares, com excessos de poderes, que violem disposições normativas ou mesmo o próprio contrato social ou estatuto do ente que comandem. Tal seguro é uma proteção contra situações que estejam relacionadas a regular gestão, porém sujeitas a riscos diante da complexidade das matérias com as quais se relacionam.

4.5 Aplicação prática em entes da Administração Pública

Diversas pessoas jurídicas de direito privado que integram a Administração Pública existentes no país contem previsão em seus estatutos acerca da utilização dessa modalidade de seguro para as pessoas de seu quadro que tomam, diariamente, decisões sujeitas a riscos de eventuais prejuízos.

Analisando os estatutos de diversas “empresas estatais” é possível observar a previsão em estatutos de diversos entes, não só sociedades de economia mista, a previsão de realização de seguro para diretores, administradores, advogados ou demais pessoas que tomem decisões no cotidiano das empresas.

O Decreto nº. 4418/02 veicula o estatuto social do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), uma empresa pública que possui a seguinte previsão acerca da realização do Seguro “D & O”:

Art. 29- (...)

§ 1º O BNDES poderá manter, na forma e extensão definida pela Diretoria, observado o disposto no caput, contrato de seguro permanente em favor das pessoas mencionadas, para resguardá-los de responsabilidade por atos ou fatos pelos quais eventualmente possam vir a ser demandadas judicial ou administrativamente.

Do mesmo modo, observa-se que o Decreto nº. 6473/08, que estabelece o estatuto da Caixa Econômica Federal, outra empresa pública de importante

atuação no Sistema Financeiro da Habitação, também prevê a contratação dessa modalidade de seguro da seguinte forma:

Art. 31 A CEF assegurará aos integrantes e ex-integrantes da Diretoria e dos Conselhos de Administração e Fiscal a defesa em processos judiciais e administrativos contra eles instaurados pela prática de atos no exercício do cargo ou função, desde que não haja incompatibilidade com os interesses da CEF.

§ 1o O benefício previsto no *caput* aplica-se, no que couber e a critério do Conselho de Administração, aos ocupantes e ex-ocupantes dos cargos gerenciais e de assessoramento e aos prepostos, presentes e passados, regularmente investidos de competência por delegação dos administradores.

§ 2o A forma do benefício mencionado no *caput* será definida pelo Conselho de Administração, ouvida a área jurídica da CEF.

§ 3o A CEF poderá manter, na forma e extensão definida pelo Conselho de Administração, observado, no que couber, o disposto no *caput*, contrato de seguro permanente em favor das pessoas mencionadas no *caput* e no § 1o, para resguardá-las de responsabilidade por atos ou fatos pelos quais eventualmente possam vir a ser demandadas judicial ou administrativamente.

Em relação às Sociedades de Economia Mista observe-se que há igual previsão nos estatutos de vários desses entes estatais.

A Petrobrás¹⁸ possui previsão em seu estatuto acerca da contratação de seguro para seus diretores nos seguintes termos:

Art. 23- Os membros do Conselho de Administração e da Diretoria Executiva responderão, nos termos do art. 158, da Lei nº 6.404, de 1976, individual e solidariamente, pelos atos que praticarem e pelos prejuízos que deles decorram para a Companhia, sendo-lhes vedado participar na deliberação acerca de operações envolvendo sociedades em que participem com mais de 10% (dez por cento), ou tenham ocupado cargo de gestão em período imediatamente anterior à investidura na Companhia. § 1º- A Companhia assegurará a defesa em processos judiciais e administrativos aos seus administradores, presentes e passados, além de manter contrato de seguro permanente em favor desses administradores, para resguardá-los das responsabilidades por atos decorrentes do exercício do cargo ou função, cobrindo todo o prazo de exercício dos respectivos mandatos. § 2º- A garantia prevista no parágrafo anterior se estende aos membros do Conselho Fiscal, bem como a todos os empregados e prepostos que legalmente atuem por delegação dos administradores da Companhia.

¹⁸Estatuto da Petrobrás. Disponível em: <http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/estrategia-corporativa/downloads/pdf/estatuto-social.pdf>. Acesso em 18 abr. 2013.

O Banco da Amazônia (BASA)¹⁹, instituição financeira, sociedade de economia mista, possui previsão em seu estatuto acerca da contratação de seguro para seus gestores, como se observa do trecho abaixo colacionado:

Art.65. O Banco da Amazônia assegurará aos integrantes e ex-integrantes da Diretoria Executiva e dos Conselhos de Administração e Fiscal, a defesa em processos judiciais e administrativos contra eles instaurados pela prática de atos no exercício de cargo ou função, desde que não haja incompatibilidade com os interesses da Instituição.

§ 1º. O benefício previsto no caput deste artigo, aplica-se, no que couber, e a critério do Conselho de Administração, aos ocupantes e ex-ocupantes dos demais órgãos de chefia, assessoramento, controle e fiscalização previstos neste Estatuto, regularmente investidos de competência por delegação dos administradores.

§ 2º. A forma do benefício mencionado no caput será definida pelo Conselho de Administração, ouvida a área jurídica do Banco.

§ 3º. O Banco da Amazônia poderá manter, na forma e extensão definida pelo Conselho de Administração, observado, no que couber, o disposto no caput deste artigo, contrato de seguro permanente em favor das pessoas mencionadas no caput e no § 1º, para resguardá-las da responsabilidade por atos ou fatos pelos quais eventualmente possam vir a ser demandados judicial ou administrativamente.

Outra Sociedade de economia mista que possui, em seu estatuto, a previsão de contratação dessa modalidade de seguro, é o Banco do Brasil, que assim redigiu o artigo que permite que o Conselho de Administração autorize a contratação dessa modalidade de seguro:

Art. 53. O Banco, na forma definida pelo Conselho de Administração, assegurará aos integrantes e ex-integrantes do Conselho de Administração, do Conselho Fiscal, da Diretoria Executiva, bem como do Comitê de Auditoria e de outros órgãos técnicos ou consultivos criados por este Estatuto, a defesa em processos judiciais e administrativos contra eles instaurados pela prática de atos no exercício de cargo ou função, desde que não tenha sido constatado fato que dê causa a ação de responsabilidade e que não haja incompatibilidade com os interesses da Companhia, ou de suas subsidiárias e sociedades controladas e coligadas.

Parágrafo único. O Conselho de Administração poderá, ainda, na forma por ele definida e observado, no que couber, o disposto no *caput* deste artigo, autorizar a contratação de seguro em favor dos integrantes e ex-integrantes dos órgãos estatutários relacionados no *caput* para resguardá-los de responsabilidade por atos ou fatos pelos quais eventualmente possam vir a ser demandados judicial ou

¹⁹ Estatuto do BASA. Disponível em: <<http://www.basa.com.br/bancoamazonia2/includes/institucional/arquivos/estatuto.pdf>> Acesso em 18 abr. 2013.

administrativamente, cobrindo todo o prazo de exercício dos seus respectivos mandatos.

4.6 Controvérsia sobre sua utilização

A grande discussão acerca da utilização dessa espécie de seguro relaciona-se a três pontos específicos, como se observa em parecer da Procuradoria Geral do Distrito Federal (PGDF) quando tratou de caso análogo ocorrido com uma empresa pública: a existência ou não de interesse público no caso da contratação, o possível choque dessa espécie de seguro com os princípios aplicados às sociedades de economia mista, bem como a provável incompatibilidade da contratação do seguro com a regra de responsabilização pessoal do administrador ou gestor de responder com seu patrimônio particular pelos atos que pratiquem no exercício da gestão pública.

Tal parecer extraído do site²⁰ da PGDF está assim ementado:

ADMINISTRATIVO E COMERCIAL. TERRACAP. PROPOSTA DE MUDANÇA NO ESTATUTO. CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PARA MEMBROS DO CONSELHO E DEMAIS ÓRGÃOS SOCIETÁRIOS. PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS PÚBLICAS. AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PARECER PELO VETO.

I - Às empresas públicas - sejam elas prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividade econômica - impõe-lhes a observância, por força do disposto no art. 37 da Constituição Federal, dos princípios gerais da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, publicidade etc. II - O interesse público é requisito de validade do ato administrativo, sem o qual restará violado o princípio da legalidade administrativa. Existirá interesse público quando houver conformação entre o ato administrativo (e os fins buscados pelo administrador) com os princípios constitucionais e as leis. Assim, os atos de interesses privados realizados pela Administração Pública só terão validade se adequados ao interesse público. III - No caso, não se vislumbra interesse público algum em uma empresa de capital integralmente público firmar contratos de seguro de responsabilidade civil para resguardar o patrimônio particular de seus administradores, conselheiros etc. Ao contrário, a obrigação do Estado é zelar pela integridade do patrimônio público e, não, do particular, seja ele servidor, empregado, agente, tenha agido ou não por ato de delegação. IV - Parecer pelo veto ao § 3º do artigo 55 da proposta de alteração do estatuto social da TERRACAP.

²⁰ Disponível em: <<http://parecer.pg.df.gov.br/arquivo/PROCAD/2011/PROCAD.0569.2011.pdf>> Acesso em 20 fev. 2013.

Não obstante a grandeza do parecer acima ementado, algumas ponderações devem ser feitas acerca do assunto, tendo em vista a diversidade de conceitos adotadas pela PGDF, bem como pelo fato dele referir-se a uma empresa pública específica, não havendo menção às Sociedades de Economia Mista.

No que se refere a falta de interesse público, não há que prosperar a afirmação de que a contratação do seguro para diretores e gestores de uma sociedade de economia mista seria carente de tal interesse. O interesse público deve ser segmentado em primário e secundário, sendo aquele presente em toda a ação estatal e caracterizado pela existência do atendimento ao público nas ações estatais, ao passo que este estaria desdobrado e presente nas ações que, num primeiro momento, não teriam tal interesse do ponto de vista direto, surgindo num segundo momento da ação a que se refere.

Como bem ensina Andrade²¹:

A noção de interesse público pode ser dividida como interesse público primário e interesse público secundário. O interesse público primário é o verdadeiro interesse a que se destina a Administração Pública, pois este alcança o interesse da coletividade e possui supremacia sobre o particular. Já no que diz respeito ao interesse público secundário este visa o interesse patrimonial do Estado; este interessa explica, por exemplo, a demora do Estado no pagamento dos precatórios (art. 100, CF/88) uma vez que ele (Estado) está defendendo seu próprio interesse.

Especificamente em relação ao seguro “D & O” utilizado nas sociedades de economia mista depreende-se que o interesse público, numa análise superficial, não está presente sua vertente primária, podendo ser observado claramente sua vertente secundária, pois o Estado ao atuar junto a iniciativa privada está atuando diretamente na ordem econômica, o que impacta diretamente no segmento de mercado a que se refere e está, logicamente, interferindo na vida da população.

²¹ ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. Elementos de Direito Administrativo, vol 2. . 4 ed. rev. e atual - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 54.

Em relação ao provável conflito entre os princípios que regem a Administração Pública, especificamente os de ordem constitucional, verifica-se que, igualmente, não há o conflito que apregoa para vedar a utilização dos seguros de responsabilidade dos gestores das Sociedades de Economia Mista.

A primeira justificação para a utilização dessa espécie de seguro está na própria ponderação de valores constitucionais, tendo em vista que o próprio desenvolvimento de atividade econômica pelo Estado é cercada de regramento próprio que permite uma nova aplicação dos princípios esculpidos no caput do art. 37 da Constituição Federal²² sem se afastar dos seus elementos essenciais.

Em segundo lugar, a utilização desse seguro não viola os princípios em questão, pois não tem cobertura ligada a ilícitos, atos dolosos ou eivados de má-fé, como já se observou acima. O que precisa ficar bem claro é que ele tem como foco principal a proteção dos riscos que acoberta por atos de regular gestão que estão submetidos a rígidas regras de fiscalização e de controle e sujeitos a alto risco quando da tomada de decisões, envolvendo diversas áreas do conhecimento, que envolvam valores de elevada monta e possam causar grande impacto caso algo não saia como planejado.

O último ponto utilizado como justificativa para vedação da utilização dessa espécie de seguro refere-se à regra de responsabilização pessoal do administrador ou gestor de responder com seu patrimônio particular pelos atos que pratiquem no exercício da gestão pública. O equívoco que se apresenta em relação a essa argumentação é que a contratação do seguro não exime o Administrador de responsabilização pessoal pelo ato praticado, entretanto, deve ser feito um corte em

²² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

relação a responsabilidade a ele imputada, diferenciando-se os atos dolosos, marcados por má-fé e que violem a lei, contrato ou demais normas relacionadas a sua atuação dos atos sujeitos a risco de mercado ou mesmo a atitude temerária de algumas pessoas que podem desencadear processos das mais diversas espécies apenas para prejudicar seus desafetos.

Qualquer contrato de seguro tem regramento básico previsto no art. 762 do Código Civil que dispõe: “Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro”. Tal regramento é a essência do seguro de responsabilidade civil utilizados pelos administradores das sociedades de economia mista que desempenhem atividade econômica, devendo ser ressaltado que os riscos cobertos relacionam-se com atuação regular que é marcada pela necessidade de tomadas de decisão sujeitas a diversos fatores de risco.

Assim, tem-se que a atuação no alto escalão das companhias, sejam elas ligadas a Administração Pública ou não, é que elas atuam em condição de concorrência entre si, o que exige da Administração Pública uma preocupação concreta com o que dispõe a nossa Constituição Federal acerca da eficiência da atividade administrativa, observando que a atuação em alto nível possui regras próprias de mercado no que tange a seleção de profissionais competentes.

O Tribunal de Contas da União já teve oportunidade de se manifestar pela constitucionalidade do Seguro aqui debatido quando do julgamento da representação de nº. 043.954/2012-0 referente a Centrais Elétricas Brasileiras S.A (Eletrobrás) pugnando pela constitucionalidade da medida decidindo nos termos do voto relator que disse que;

(...) .

1. A contratação de seguro de responsabilidade civil para administradores de grandes empresas é prática comum nos mercados norte americano e europeu, sendo, inclusive, fator determinante na decisão de executivos sobre a aceitação da oportunidade.
2. No Brasil, a prática é recente e dela se utilizam, principalmente, sociedades de capital aberto e, mais notadamente, empresas que negociam suas ações na New York Stock Exchange – NYSE. Sociedades de economia mista controladas pela União, como, por exemplo, Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras e Banco do Brasil S.A., disponibilizam o referido seguro a seus administradores. O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES contratou, em dezembro de 2012, por meio do Contrato OCS 383/2012, empresa seguradora no mercado nacional para emissão de apólice de seguro D&O.
3. Percebe-se, portanto, que o seguro é realidade no mercado brasileiro, inclusive nas empresas que a União detém maioria do capital social com direito a voto, que se sujeitam, ao mesmo tempo, às regras do Direito Civil e às regras do Direito Administrativo.
4. Destarte, assiste razão à Eletrobras ao afirmar que eventual proibição para que empresas estatais contratem esse seguro a colocaria em situação de desvantagem em relação às concorrentes. Ademais, é importante lembrar que a contratação do seguro é prevista no §4º do art. 29 do Estatuto Social da companhia.

O Tribunal ressaltou o que já mencionamos acima acerca da impossibilidade de exclusão da responsabilidade do gestor, ponderando que:

Portanto, considerando os claros posicionamentos do TCU quanto à matéria, deve-se dar ciência à Eletrobras de que a contratação de seguro para defesa de dirigentes em processos administrativos ou judiciais, cuja apólice não exclua cobertura em caso de prática de atos manifestamente ilegais ou contrários ao interesse público ou em caso de processos de interesse pessoal do dirigente, identificado no Pregão Eletrônico DAC 28/2012, não é legítima e afronta o disposto nos princípios da moralidade, legalidade e supremacia do interesse público, previstos, respectivamente, no art. 37, caput, da Constituição da República, e no art. 2º, caput, da Lei 9.784/1999, e precedentes deste Tribunal de Contas da União, como o Acórdão 35/2000 – Plenário, Acórdão 1179/2008 – Primeira Câmara e Acórdão 2629/2010 – Segunda Câmara

5. CONCLUSÃO

Analisando tudo que aqui foi exposto, observa-se que a posição que as sociedades de economia mista encontram dentro da Administração Pública nacional, bem como o fato de estarem submetidas a regime jurídico híbrido sofrendo incidências, em alguns momentos, de regras de direito público e, em outros, de

regras de direito privado tornam bem complexa a possibilidade de utilização do seguro “D & O” a esses entes.

A atuação do estado como agente econômico, como agente num mercado de acirrada competição com os demais entes da iniciativa privada, é marcada por uma conduta específica, muitas vezes, com um nítido caráter interventivo ou mesmo com o objetivo de induzir determinado segmento de mercado a uma posição que seja o próprio interesse governamental, o que torna bem peculiar a atuação desse ente societário.

O que precisa ser delimitado para que se possa verificar a regularidade da utilização dessa espécie contratual de seguro de responsabilidade nas SEM é que a proteção conferida pela contratação do seguro está relacionada a atos regulares de gestão, devendo ser obedecida a regra esculpida no art. 762 do CC que excluem da cobertura securitária atos dolosos ou cometidos por meio de fraude ou com violação a lei.

Assim, não se pode analisar a possibilidade de utilização dessa espécie contratual por integrantes da administração pública, da forma como vem sendo feito, sob a única perspectiva das diretrizes do direito público, cabendo ressaltar que não se pode segregar a responsabilidade do gestor público, que é pessoal, pelos atos que envolvam o erário, nem se pode adotar uma interpretação rígida dos princípios previstos no art. 37 da CF.

No caso de ser uma entidade da Administração Pública, deve-se levantar em conta tanto a ponderação das próprias regras constitucionais aplicadas a espécie, bem como a necessidade de trato diferenciado dos entes privados que atuam exercem atividade econômica, de modo que se analise a situação que aqui se

apresenta sob a perspectiva de um regime misto e não único, como, muitas vezes, se faz.

Como se pode extrair de tudo que fora exposto, a possibilidade da utilização dessa espécie de seguro está diretamente relacionada a atos que não violem disposições legais, devendo essa ser entendida como leis em sentido estrito, regulamentos, estatutos e a própria Constituição Federal, não podendo ser adotada a utilização dessa espécie de seguro como uma carta branca para a prática de atos de improbidade administrativa, seja qual for a espécie.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. Elementos de Direito Administrativo, vol 2. . 4 ed. rev. e atual - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

AZEVEDO SETE Advogados. Seguro D & O. nov. 2010. Disponível em: <http://www.swisscam.com.br/assets/files/comites/101126_DRocha.pdf> Acesso em: 20 fev. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 fev. 2013.

_____. *Lei nº. 10.406/02*. Dispõe sobre Código Civil Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

_____. *Decreto lei nº. 284840, de 07 de dezembro de 1940.*. Dispõe sobre código penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 fev 2013.

_____. *Lei nº 11.697, de 13 de junho de 2008*. Dispõe sobre a Organização Judiciária do Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 fev 2013.

CARRAZZA. Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERREIRA, Paula Cristina Domingues Paz Dias . *Responsabilidade civil dos administradores – tese de mestrado*. Dissertação (mestrado)-Faculdade de Direito-Universidade do Porto. Disponível em: <<http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/63879/2/Responsabilidade%20Administradores.pdf>> Acesso em 20 fev. 2013.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Foense, 2012.

GOULART JÚNIOR, Omar Narciso. *O contrato de seguro de responsabilidade civil e a teoria do reembolso sob a ótica da nova principiologia contratual*, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GoulartJ%C3%BAniorON_1.pdf> Acesso em 20 fev. 2013.

GOUVÊA, Carlos Portugal e JARDIM, Mariana Cavalcanti. *Melhores praticas na contratação de seguros D & O*”. Disponível em: <<http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/melhores-praticas-na-contratacao-de-seguro-d-o>>. Acesso em 20 fev. 2013.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica Na Constituição de 1988*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LOUREIRO, Luis Guilherme. *O contrato de Seguro*. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/22255495/202109242/name/Contrato>>. Acesso em 20 fev. 2013.

MARENSI, Voltaire. *Aspectos Relevantes do Seguro de Responsabilidade Civil*. Disponível em: <<http://servicos.divulgueconteudo.com/356545-aspectos-relevantes-do-seguro-de-responsabilidade-civil>> Acesso em 20 fev. 2013.

MARQUES, Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor* . 3 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 24º ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

NUNES,, Flávio Filgueiras. Direito Econômico. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/56640980/Apostila-Teoria-Geral-Do-Direito-Economico>> Acesso em 20 fev 2013.

O Contrato de seguro. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4025 . Acesso em: 20 set. 2012

O ORDENADOR DE DESPESA E A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. Disponível em : <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/168.htm>> Acesso em: 20 fev. 2013.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. 1 ed. Empresa Estatal - Função Econômica e Dilemas Societários. São Paulo: Atlas, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda. Improbidade Administrativa do Administrador Estatal. Revista de Direito de Estado. São Paulo, n. 13, fev./abr. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-13-FEVEREIRO-2008-CARLOS%20ARI%20SUNDFELD.pdf>> Acesso em: 20 jan.2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil III . 4 ed.. São Paulo: Editora Atlas, 2012.