



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**O Art. 72.º, n.º 2 do CSC e a Necessidade de um Seguro de
Responsabilidade Civil dos Administradores**

Clara Daniela Moreira de Sousa

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2016



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**O Art. 72.º, n.º 2 do CSC e a Necessidade de um Seguro de
Responsabilidade Civil dos Administradores**

Clara Daniela Moreira de Sousa

Dissertação de Mestrado em Direito e Gestão, sob orientação do Professor Doutor
Armando Triunfante

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2016

*Aos meus Pais,
Ao Telmo.*

*Reading furnishes the mind only with materials
of knowledge; it is thinking that makes what we
read ours.*

John Locke

Agradecimentos

Aos meus pais e irmão, por todo o apoio e pelo caminho que me deixaram percorrer;

Ao Telmo Dias, pela paciência incansável, pela ajuda constante e pelas pertinentes sugestões e correções;

Ao David Moura, pelo incentivo, pela disponibilidade, pela leitura atenta e pelas pertinentes correções;

Ao Ricardo Dias, pela leitura atenta e pelas pertinentes correções;

Ao meu patrono, Dr. Armando Dias, por toda a compreensão demonstrada e pelos ensinamentos que me transmitiu;

Por último,

Ao Professor Doutor Armando Triunfante, pelo acompanhamento, pelas pertinentes correções e pelos ensinamentos que me transmitiu.

Lista de Siglas e Abreviaturas

AA. VV.	Autores Vários
<i>AktG</i>	<i>Aktiengesetz</i>
al.	Alínea
art.	Artigo
arts.	Artigos
BP	Banco de Portugal
CC	Código Civil
CCom.	Código Comercial
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
Cfr.	Conforme
CMVM	Comissão do Mercados de Valores Mobiliários
CSC	Código das Sociedades Comercias
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CVM	Código de Valores Mobiliários
DL	Decreto-Lei
D&O	Directors and Officers
Ed.	Edição
EOROC	Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas
ISP	Instituto de Seguros de Portugal
LAS	Lei da Atividade Seguradora
LCS	Lei do Contrato de Seguro
LGT	Lei Geral Tributária
n.º	Número
p.	Página
pp.	Páginas
RJCS	Regime Jurídico do Contrato de Seguro
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ROC	Revisor Oficial de Contas
SROC	Sociedade de Revisores Oficiais de Contas

Índice

Resumo	8
<i>Abstract</i>	8
Introdução.....	9
2. A que deveres estão sujeitos os administradores?.....	11
3. A consagração da <i>Business Judgement Rule</i> e a sua relação com o Dever de Cuidado.....	13
4. <i>Reembolso Societário</i>	16
5. O <i>D&O Insurance</i>	18
5.1 Génese e Breve Caracterização.....	18
5.2 O <i>D&O Insurance</i> na Europa	23
5.3 A licitude do <i>D&O Insurance</i> em Portugal	24
5.4 As questões em torno do art. 396.º do CSC.....	25
5.5 Caracterização do Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores em Portugal.....	28
5.6 A Garantia de Ressarcimento dos <i>titulares de indemnizações</i> e os Administradores de Facto	30
5.7 A proposta de um Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil dos Administradores.....	32
Conclusão	41
Bibliografia.....	44

Resumo

A presente dissertação tem por objeto os mecanismos de proteção que os administradores têm ao seu alcance para se precaverem dos riscos a que se encontram expostos, centrando-se na análise do seguro de responsabilidade civil dos administradores, internacionalmente conhecido com *D&O Insurance*.

Assim, após a análise dos deveres que norteiam a atuação dos administradores e dos riscos a que os mesmos se encontram expostos, analisaremos o papel desempenhado pela *Business Judgement Rule*, consagrada no art. 72.º, n.º 2 do CSC e, por fim, investigaremos se o seguro de *D&O* é apto a substituir a prestação de caução, nos termos do art. 396.º do CSC, avaliando em que termos pode este seguro ser contratado no ordenamento jurídico português.

Abstract

The present dissertation object of study is the legal mechanisms of protection that directors of Portuguese companies have their power to hedge against risks to which they are exposed, focusing on the analysis of the D&O Insurance. Therefore, after analysing the duties that guide the directors performance and the risks to which they are exposed, we will analyse the role played by the Business Judgement Rule, the international influence of the Portuguese law norm to be considered on this matter, the article 72.º, n.º2 of the Portuguese Companies Code, and, then, investigate whether the D&O Insurance is apt to substitute the provision of a guarantee, considering the article 396.º of the Portuguese Companies Code, and assessing in what terms this insurance can be contracted in Portuguese Judicial order.

D&O Insurance; Seguro; Responsabilidade Civil; Administradores.

Introdução

A presente dissertação visa traçar um quadro geral dos mecanismos de proteção que os administradores, em exercício de funções, têm ao seu dispor para se precaverem dos diversos riscos a que ficam expostos.

Esta análise inicia-se com a introdução dos riscos e dos deveres a que o administrador se encontra sujeito, versando com maior relevância o dever de cuidado e a consagração da *Business Judgement Rule*, no art. 72.º, n.º 2 do CSC, de modo a entendermos se esta é, de facto, um mecanismo de proteção dos administradores, conforme é configurada na realidade norte-americana, e em caso afirmativo, em que sentido opera. Ou, se apesar de esse ser o espírito aludido na lei, os administradores não encontram na sua aplicação um mecanismo de defesa, revelando-se, por isso, necessária a contratação pelos mesmos de um seguro de responsabilidade civil.

Segundo o art. 396.º do CSC, a responsabilidade dos administradores tem obrigatoriamente de ser caucionada nos termos legalmente previstos, podendo em sua substituição ser celebrado um contrato de seguro a favor dos *titulares de indemnizações*. Mas que seguro é admitido em substituição da prestação de caução e em que termos pode ser contratado? Será o *Directors and Officers Liability Insurance* apto a substituir a prestação de caução, prevista no art. 396.º do CSC?

Estas são, em bom rigor, as questões que pretendemos discutir com a presente dissertação.

1. A que riscos estão expostos os administradores?

Do estudo operado pela Associação Empresarial de Portugal, em colaboração com a F. Rego – Corretores de Seguros e a Hiscox – Seguros Especializados¹, resulta que cerca de 46% das sociedades comerciais não sabe da existência de seguros de responsabilidade civil de administradores, motivo pelo qual acreditamos que uma parte dos administradores de sociedades comerciais em Portugal ainda não tenha tomado consciência dos riscos a que se encontra exposto, pelo simples facto de aceitar a nomeação e tornar-se administrador.²

Nas palavras de ELISABETE RAMOS, basta analisarmos algumas disposições normativas do nosso ordenamento jurídico para perceber que “os administradores estão expostos ao risco da responsabilidade civil; vale por dizer que o exercício do cargo pode ocasionar a constituição de uma obrigação de indemnizar danos ocorridos em patrimónios alheios”.³

Qualquer administrador em exercício de funções corre o risco de lhe serem aplicadas sanções penais como multas e/ou pena de prisão, nos termos dos artigos 509.º, 510.º e 512.º do CSC; ser condenado no pagamento de coimas pela aplicação de contraordenações (art. 401.º do CVM); ser responsabilizado subsidiária e solidariamente no pagamento de multas/indemnizações em que a sociedade seja condenada (art. 11º, n.º 9 do CP); ser condenado em reversão tributária e em responsabilidade tributária (art. 24.º do LGT); ser responsabilizado por danos ambientais causados pela sociedade (art. 3.º do DL 147/2008, de 29 de Julho); ser condenado no pagamento de indemnizações, por responsabilidade civil pela administração da sociedade (arts. 72.º e seguintes do CSC); ser condenado a indemnizar os credores da sociedade pela insolvência da mesma no “montante dos créditos não satisfeitos, até à força dos respectivos patrimónios” (art. 189.º do CIRE); incorrer em despesas de defesa, custas judiciais e reabilitação de imagem.

¹ “A esmagadora maioria das empresas (83,4%) não tem um Seguro de Responsabilidade Civil para Diretores e Administradores de Sociedades Comerciais. As empresas que possuem este tipo de seguro são de maior dimensão e antiguidade.” Para mais desenvolvimentos, consultar AA. VV., 2013, p. 19.

² Sobre os riscos que assombram os administradores, *vide* FARIA (2015, p. 64), KEAN (2016), RAMOS (2010, p. 241), RAMOS (2012, p.175) e VASCONCELOS (2006, p.9).

³ RAMOS, 2010, p. 428.

Relativamente à exposição dos administradores ao risco, refere ALAN HEVESI que “em qualquer universo de pessoas na atividade humana, encontraremos sempre um exemplo de todo o tipo de resposta. Talvez encontraremos pessoas muito ricas que queriam estar nos conselhos de administração e agora já não querem estar, porque têm [muito] mais a arriscar.”⁴

Ora, a realidade é angustiante se nos dispusermos a ponderar todos os riscos a que o administrador fica sujeito. Por esta razão, muitos serão os que recusam a nomeação, acabando por se perder, potencialmente, um gestor intelectualmente competente. Outros, por desconhecimento, aceitam sem ponderarem os riscos a que ficam sujeitos e as condições oferecidas para o exercício do cargo.

Como poderá alguém sentir-se cativado a ingressar na administração de uma sociedade comercial, se “a aceitação do cargo pressupõe adequados e efetivos mecanismos de proteção?”⁵

2. A que deveres estão sujeitos os administradores?

Para além da exposição ao risco, “o ingresso no cargo de administrador de uma sociedade implica que o *titular* esteja adstrito a observar um extenso e não completamente determinado rol de *deveres* jurídicos”.⁶ A assunção do risco, que se associa à inovação, à criatividade e às possibilidades de ganho, exige que a atuação do administrador seja balizada por um quadro de princípios, que deve nortear o exercício das funções de administração.

COUTINHO DE ABREU refere que alguns deveres resultam “*imediate e especificamente da lei*, impondo aos administradores deveres legais específicos.”⁷ Outros, atendendo à diversidade de situações com que os administradores se deparam,

⁴ Vide AA. VV. 2005, p. 1018 (tradução nossa).

⁵ Vide RAMOS, 2010, p. 373. Nas palavras de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS (2007, p. 11), “Sem esta proteção, só quem fosse muito imprudente passaria a aceitar o cargo, o que se traduziria num grave acréscimo para o sistema.”

⁶ Citamos RAMOS, 2010, p. 103. No mesmo sentido, SERAFIM (2011, p. 528) refere que “A relação que se estabelece entre administrador e sociedade tem fundamento numa especial dose de confiança que é depositada naquele para que, de forma diligente, gira um património alheio, de modo a maximizar o interesse do ente que administra.”

⁷ A título de exemplo, é dever dos administradores não ultrapassar o objeto social (art. 6.º, n.º4 do CSC), não exercer por conta própria ou alheia, sem consentimento da sociedade, atividade concorrente com a desta (arts. 254.º, 398.º, 3 e 5, 428.º do CSC), etc. Cfr. ABREU, 2010, p. 12.

“*não podem ser especificados em elenco fechado*”⁸, tendo o legislador optado pela consagração de deveres gerais de conteúdo abstrato e indeterminado, cuja concretização será conseguida através da intervenção doutrinal e jurisprudencial.⁹

O art. 64.º do CSC acolhe os deveres legais gerais ao consagrar expressamente o dever de cuidado e o dever de lealdade dos administradores¹⁰, estabelecendo que *os gerentes ou administradores da sociedade devem observar deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado e deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesse dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.*

Ignorando a intensa discussão da doutrina nacional em torno dos deveres a que os administradores se encontram adstritos, o art. 64.º do CSC releva, por si só, em sede de ilicitude e de culpa, encontrando-se, por um lado, associada à ilicitude os factos que violem os deveres de comportamento impostos pela norma e à culpa a falta de diligência empregue pelo administrador. Há quem entenda, de forma contrária, que o art. 64.º do CSC apenas releva para efeitos de ilicitude ou de culpa¹¹.

Nos termos do n.º1 do art. 72.º do CSC, no que respeita à responsabilidade do administrador perante a sociedade, a culpa é presumida, o que implica a inversão do

⁸ Cfr. ABREU, 2010, p. 14. Optamos pela qualificação dos deveres impostos aos administradores proposta por COUTINHO DE ABREU. O ilustre autor distingue deveres contratuais, de deveres legais específicos e gerais. Refere SERAFIM (2011, p. 53) que “sem prejuízo das distintas formas de qualificação dos deveres funcionais impostos aos administradores, é indiscutível, por um lado, a primazia que é dada aos deveres fundamentais de cuidado e de lealdade na construção do entendimento do que seja uma administração correta e atenta, e por outro lado, a necessidade da definição do cumprimento daqueles deveres ir mais além do que é expressamente mencionado na lei, o que arriscamo-nos a dizer, é quase nada.” No mesmo sentido, FERREIRA (2009, p. 710) refere que “é precisamente a qualidade desta gestão ou administração que (...) os deveres de cuidado visam acautelar”, referindo-se a um dever de gestão ou de administração. FRADA (2012, p. 67) refere a existência (não expressa) de um dever de legalidade.

⁹ Vide SERAFIM, 2011, p. 529. É clara a influência dos direitos anglo-saxónicos, nomeadamente do norte-americano, na consagração dos deveres fundamentais, previstos no art. 64.º CSC, com inspiração nos *Principles of Corporate Governance*, promulgados em 1992 pelo *American Law Institute*, onde se encontram plasmados os *fiduciary duties - duty of care* e o *duty of loyalty*. A consagração de tais deveres resulta da concepção dos administradores como *fiduciaries*. É realizada uma analogia entre a posição dos administradores e a posição dos *trustees*. Para mais desenvolvimentos, consultar SERAFIM, 2011, p. 530, NUNES, 2006, p.20, FERREIRA, 2009, p.682, e SILVA, 1997, p.605.

¹⁰ Na sua redação originária, o art. 64.º CSC tinha recebido a influência do §93 *AktG* (diligência do gestor criterioso e ordenado¹⁰), a que se soma, com a reforma de 2006, a influência anglo-saxónica Cfr. RAMOS, 2010, p.107.

¹¹ Cfr. ABREU, 2007, p.30.

ónus da prova¹². A sociedade autora fica dispensada de provar a culpa, cabendo-lhe apenas o ónus de alegar e provar a ação ou omissão violadora do dever (ilicitude).

Ora, se os administradores se encontram sujeitos a determinados preceitos que devem nortear a sua atuação e, em caso de violação, podem incorrer em responsabilidade, por que não deve a sociedade fornecer ao administrador mecanismos de proteção para que este aceite gerir um património alheio e possa, assim, suportar a sua exposição ao risco?

Esta, em bom rigor, é a questão que pretendemos discutir com a presente dissertação nos termos que *infra* desenvolveremos.

3. A consagração da *Business Judgment Rule* e a sua relação com o Dever de Cuidado

A *Business Judgment Rule* é uma regra jurisprudencial, de origem norte-americana, consagrada no §4.01 dos *Principles of Corporate Governance*¹³. Esta é descrita por referência ao dever de cuidado, não sendo aplicada a situações de violação do dever de lealdade¹⁴. Com a sua consagração na ordem jurídica norte-americana estabeleceu-se uma presunção de licitude da atuação dos administradores. Para que esta presunção opere, as decisões de gestão têm de ter sido tomadas pelo administrador de um modo desinteressado e independente, com base em informação suficiente e com a convicção, de boa-fé, de que essa decisão terá sido a melhor para prosseguir os fins da sociedade. Encontrando-se preenchidos estes requisitos, o mérito da decisão empresarial do administrador não será sindicado e o administrador não será responsabilizado.

Analisando o dever de cuidado, intimamente ligado ao funcionamento da *business judgment rule*, PEDRO CAETANO NUNES subdivide-o em *duty to monitor*, *duty to inquiry*, dever de realizar um *reasonable decisionmaking process* e dever de assumir uma *reasonable decision*.¹⁵ O *duty to monitor* impõe ao administrador um controlo de informação e vigilância, permitindo-lhe a delegação de poderes; o *duty to inquiry* impõe

¹² Nos termos do art. 799.º CC, a presunção de culpa já resultaria das regras gerais.

¹³ “Qual o motivo subjacente à *business judgment rule*?” Vide NUNES, 2006, p.24 e FERREIRA, 2009, p.695.

¹⁴ Vide NUNES, 2006, p. 23. TRIUNFANTE (2007, p.60) refere que “o dever de cuidado tem sido dividido em três parcelas distintas: reunião da competência e disponibilidade para o exercício de funções; obrigação de acompanhar e vigiar a atividade social; obrigação de obter informação indispensável à tomada de decisões.”

¹⁵ NUNES, 2006, p. 22.

ao administrador o dever de efetuar uma investigação quando tome conhecimento de algum facto estranho que possa, eventualmente, causar algum dano à sociedade; o dever de realizar um *reasonable decisionmaking process* obriga o administrador a obter toda a informação necessária e razoável no processo decisório para que o mesmo se sinta habilitado a tomar uma boa decisão; e o dever de assumir uma *reasonable decision* impõe que o administrador tome uma decisão ponderada, equitativa e oportuna.

Em conformidade com PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, para a análise da *Business Judgment Rule*, partiríamos da consideração da área de administração da sociedade discricionária, na qual o administrador opera em consonância com os deveres fundamentais, previstos no art. 64.º do CSC, e com deveres operacionais de gestão que admitem alguma margem de escolha do comportamento a adotar¹⁶.

O desdobramento do dever de cuidado ou a consideração da área discricionária da administração servem de mote à aplicação da *Business Judgment Rule*, prevista no n.º 2 do art. 72.º do CSC.¹⁷

O regime societário português, contrariamente à originária *Business Judgment Rule*, consagra uma presunção de ilicitude. A responsabilidade é excluída se os administradores *provarem que atuaram em termos informados, livres de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial*, nos termos do n.º2 do art. 72.º do CSC.

Esta opção do legislador português toma em consideração o regime geral de responsabilidade civil previsto no nosso ordenamento jurídico, uma vez que se se tivesse optado pela introdução da presunção de licitude da atuação do administrador, presente no modelo norte-americano, reverter-se-ia o espírito da lei portuguesa, tendo-se, portanto, preferido consagrar a insindicabilidade do mérito das decisões empresariais, quando tomadas nos termos do n.º2 do art.72.º do CSC.

Deste modo, nos termos do n.º2 do art. 72.º do CSC, é necessário que, em primeiro, o administrador tenha tomado uma decisão (ainda que pela negativa,

¹⁶ Refere VASCONCELOS (1995, p. 132) que a administração se encontra dividida em duas áreas – uma discricionária e outra vinculada. A violação de deveres que se incluem na área vinculada, referentes a matéria que não esteja sujeita à discricionariedade do administrador é sempre causa de responsabilidade civil, desde que verificados os pressupostos gerais exigidos para a responsabilidade civil por factos ilícitos. Os deveres vinculados correspondem aos deveres legais específicos - cfr. distinção proposta por ABREU. No mesmo sentido, COSTA (2007, p.68) refere que “não se aplicará o art. 72.º, n.º 2, quando as decisões são *estritamente vinculadas* e a decisão atende aos *deveres específicos legais*.”

¹⁷ NUNES (2006, p. 9) analisou a “(in)sindicabilidade do mérito de decisões empresariais” na Sentença da 3.ª Vara Cível de Lisboa, de 27 de Outubro de 2003, que se debruça sobre um pedido de condenação de administradores por danos causados à sociedade no exercício da sua função.

decidindo, conscientemente, não atuar), para que se possa posteriormente analisar a razoabilidade do processo de tomada de decisão¹⁸.

Depois para aferir da razoabilidade do processo de tomada de decisão, é necessário inspecionar se o administrador assumiu uma postura consciente e ativa, obteve a informação necessária e razoável para se sentir habilitado a tomar a decisão em causa e, ainda, se o processo de tomada de decisão foi desprovido de qualquer interesse pessoal, tendo a decisão sido tomada no exclusivo interesse social. Esta análise deve, também, atender à dimensão da empresa, à complexidade da decisão, aos custos inerentes a cada uma das opções de decisão disponíveis, ao tempo disponível e ao leque de decisões possíveis. Só se a decisão tiver sido tomada em termos informados, no exclusivo interesse social, sem qualquer noção de obter vantagens pessoais ou que favoreçam terceiros, é que o mérito da decisão não será sindicado em tribunal.¹⁹

Nas palavras de GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, o regime societário português acolheu a *Business Judgment Rule* mitigada²⁰, da qual não resulta uma verdadeira proteção para os administradores (contrariamente ao que se verifica nos tribunais norte-americanos), pois se estes não conseguirem provar os requisitos previstos no n.º2 do art. 72.º do CSC, ilidindo a ilicitude e a culpa da sua atuação²¹, o mérito da sua decisão será avaliado e os administradores correm o risco de serem responsabilizados perante a sociedade.

Por isso, perguntamos se o administrador se encontra verdadeiramente protegido, nos termos do n.º 2 do art. 72.º do CSC? Ou, se, ainda assim, deverá o administrador precaver-se e celebrar um contrato de seguro de *D&O*?

¹⁸ Vide SERAFIM, 2011, p.554 e SILVA, 1997, p. 624.

¹⁹ Nas palavras de DIAS (2006, p.46), o administrador tem uma obrigação de meios e não de resultado. COSTA (2007, p.80) sustenta que “a atividade empresarial que envolve autonomia de julgamento é arriscada e não deverá implicar responsabilidade pelo resultado, desde que se paute pelos limites procedimentais (em sentido estrito) e funcionais que o art. 72.º, n.º2, passou a oferecer ao administrador.”

²⁰ Cfr. DIAS, 2006, p.70.

²¹ COSTA (2007, p.77) refere que o art. 72.º, n.º 2 do CSC atua ao mesmo tempo sobre a ilicitude do facto e a culpa do agente, contribuindo para uma leitura mais completa e precisa do próprio art. 64.º do CSC.

4. Reembolso Societário²²

O Reembolso Societário é um mecanismo através do qual a sociedade comercial procede ao reembolso do administrador pelas despesas que este tenha tido no exercício das suas funções.

Em 1939, na sequência do caso *New York Dock Company v. McCollom*, gerou-se a convicção de que o reembolso societário reclamava uma intervenção legislativa que expressamente autorizasse a sociedade comercial, em determinadas condições, a reembolsar os administradores das despesas de defesa. Neste caso, os administradores da *New York Dock Company*, demandados com fundamento em perdas e danos causados à sociedade, no montante de 11 milhões de dólares, conseguiram defender-se com sucesso de todas as imputações e, nesse sentido, reclamaram junto da sociedade comercial o reembolso dos montantes pagos em custas judiciais e encargos de defesa. Com sérias dúvidas sobre se tinha ou não poderes para efetuar o reembolso reclamado, a sociedade comercial solicitou uma decisão junto do *Supreme Court for Onondaga County* Nova Iorque, que decidiu no sentido desfavorável ao pagamento de tais montantes pela sociedade, pelo facto de a defesa, ainda que favorável aos administradores, não ter acrescentado nenhum benefício substancial à sociedade.²³

ELISABETE RAMOS refere que “a *Corporate Indemnification* se consolidou na prática societária norte-americana, sendo-lhe reconhecidas as virtualidades de permitir o recrutamento de pessoas mais capazes que, na ausência de mecanismos de proteção do seu património pessoal, não estariam disponíveis para correr o risco de escrutínio judicial de decisões empresariais tomadas de boa-fé e no interesse da sociedade; e de conferir os meios necessários a uma efetiva resistência às ações infundadas.”²⁴

Atualmente, as leis dos diversos estados norte-americanos consagram normas reguladoras da *Corporate Indemnification*²⁵. Todavia, este regime não garante que o

²² *Corporate Indemnification* (tradução RAMOS, 2010, p.341) e Carta de Conforto (tradução FARIA, 2015, p. 60).

²³ Neste sentido, RAMOS, 2010, p. 245, nota de rodapé n.º 951.

²⁴ Citamos RAMOS, 2010, p. 247.

²⁵ “Em geral, as leis sobre *corporate indemnification*, [na sua maioria influenciadas pelo Estado de *Delaware*], reconhecem poderes à sociedade para reembolsar os seus administradores (...) e fixam os padrões de conduta a observar pelos mesmos de que depende esta prestação societária; impõem o reembolso de despesas sempre que os agentes tenham obtido ganho da causa; prescrevem o procedimento necessário para ser autorizada a *corporate indemnification*; prevêm que o tribunal possa ordenar que a sociedade realize a *corporate indemnification*; permitem que na pendência do processo a sociedade preste os meios necessários à defesa dos administradores; estabelecem regimes não exclusivos.” *Vide* RAMOS, 2010, p. 248.

administrador seja reembolsado de toda e qualquer despesa de defesa²⁶. Esta limitação assumida pelo Reembolso Societário expõe os administradores a algumas despesas que não são, assim, assumidas pela sociedade, pelo que este é um dos fatores apontados para o despoletar de um novo mecanismo de proteção - o *D&O Insurance*, que *infra* analisaremos.

No que concerne ao nosso ordenamento jurídico, ELISABETE RAMOS refere que “as complexas questões suscitadas em torno do reembolso societário têm *autonomia dogmática* relativamente às coberturas oferecidas pelo *D&O Insurance*. Trata-se de saber se a sociedade beneficia da faculdade ou tem o dever de reembolsar os administradores de perdas patrimoniais que estes tenham sofrido em consequência de ações de responsabilidade contra si intentadas.”²⁷

O ordenamento jurídico português não contempla disposições normativas que especificamente regulem esta matéria. Porém, a apatia legislativa não deve ser entendida como uma ausência de tutela, nem como uma proibição total e absoluta da transferência dos custos de defesa para a sociedade comercial.²⁸

O art. 527.º do CPC atribui a responsabilidade pelo pagamento das custas à parte vencida, mas ainda que o administrador seja absolvido da ação de responsabilidade civil, não lhe sendo imputado o pagamento de custas, este sempre terá de suportar o pagamento dos honorários do seu advogado ou, tendo o litígio terminado com a celebração de uma transação, as custas serão assumidas a meio (art. 537.º, n.º2 do CPC).

Questiona-se, assim, se estes custos devem onerar o património pessoal do administrador ou se lhe assiste o direito de reivindicar o reembolso pela sociedade?

ELISABETE RAMOS admite, para este efeito, a convocação do art. 1167.º do CC, que impõe ao mandante a obrigação legal de indemnizar o mandatário²⁹ do prejuízo sofrido em consequência do mandato, concluindo, contudo, que não há nexo causal que permita essa aplicação analógica, nos termos dos art. 948.º, n.º1 do CC e 2.º do CSC.

Contudo, a ilustre autora equaciona a via orgânico-funcional para fundamentar o reembolso societário em Portugal, explicando que “não basta garantir a

²⁶ Por norma, “a maior parte das jurisdições impede que a sociedade reembolse os administradores de condenações ou transações ocorridas em ações intentadas pela ou em nome da sociedade (por exemplo, as *derivative suits*), autorizando tão só o reembolso de despesas razoáveis. Um dos perigos da *indemnification* nas *derivative suits* é a circularidade. Significaria que as condenações ou transações seriam pagas pelo administrador à sociedade que, mais tarde, a título de reembolso devolveria esses montantes acrescidos do reembolso das despesas.” *Vide* J. HANKS 1988, p. 1240 e RAMOS, 2010, p. 254.

²⁷ Citamos RAMOS, 2010, p. 341.

²⁸ Cfr. RAMOS, 2010, p. 341.

²⁹ Sobre a relação que liga o administrador à sociedade, *vide* SOARES, 2014.

irresponsabilidade pelas consequências danosas das decisões tomadas ao abrigo do n.º 2 do art. 72.º.” Nesse sentido, acrescenta, e bem, que “de modo a garantir um *exercício protegido da discricionariedade empresarial* (...), é preciso que o *património pessoal do administrador não esteja sob a ameaça de ser consumido em despesas de defesa provocadas por lides infundadas*. Parece-nos, assim, que a solução consagrada no art. 72.º, n.º 2 - ao reconhecer, ainda que numa formulação não muito feliz, um espaço de irresponsabilidade dos administradores – só será completamente operativa se articulada com o dever de a sociedade reembolsar os administradores de despesas causadas por processos donde resulte a sua não responsabilidade. Se a atuação do administrador não violou os deveres funcionais, se os atos que suscitaram a ação de responsabilidade foram praticados no exercício das suas funções, tanto os incrementos (...) como as diminuições patrimoniais que eles envolvem devem ser integrados no património da sociedade.”³⁰

Admitindo, pela via orgânico-funcional, a possibilidade de as sociedades comerciais em Portugal beneficiarem da faculdade ou do dever de reembolsar os administradores de perdas patrimoniais que estes tenham sofrido, em consequência de ações de responsabilidade contra estes intentadas, entendemos que é necessário delimitar, no seio da atividade de gestão e de representação dos administradores, quais as despesas que devem ser abrangidas pelo reembolso societário. Só, assim, se poderá considerar o reembolso societário um instrumento de proteção dos administradores.

5. O *D&O Insurance*

5.1 Génese e Breve Caracterização

“As raízes do *D&O Insurance* situam-se na Europa, mas é nos EUA que ele encontra o caldo de cultura que fomentará a sua prosperidade.”³¹

A primeira apólice de *D&O Insurance* foi comercializada pelo *Lloyd's Bank* em 1934. O *crash* bolsista em 1929, a conseqüente onda de responsabilização dos administradores em virtude dos danos causados e a promulgação de medidas tendentes à proteção dos investidores - *Securities Act* (1933) e *Securities Exchange Act* (1934) -

³⁰ Vide RAMOS, 2010, p. 360.

³¹ Citamos RAMOS, 2010, p. 254. Sobre a génese do *D&O Insurance* ver VASCONCELOS, 2007, p. 13 e ROMANO, 1989.

obrigaram os administradores a procurar um mecanismo de proteção rápido e eficaz, surgindo o *Directors and Officers Liability Insurance*. O seguro de *D&O* despontou, assim, com o intuito de proteger os membros da administração de sociedades comerciais e as próprias sociedades, contra perdas patrimoniais reclamadas por terceiros que resultassem do incumprimento negligente de deveres legais ou estatutários, omissões, falhas ou erros de gestão cometidos no exercício de funções de administração e representação da sociedade.

Todavia, apenas nos anos 60 se registou um aumento substancial na procura de seguros *D&O*, em parte estimulado quer pelo acréscimo acentuado de litígios contra os administradores na comunidade norte-americana³², quer pelas limitações apresentadas pela *Corporate Indemnification*³³, ficando o ano de 1964 marcado como aquele em que o primeiro segurador norte-americano disponibilizou este seguro.

Com as primeiras apólices, surgiu um leque de dúvidas e receios. Questionava-se a onerosidade e complexidade das apólices comercializadas, colocavam-se problemas de danos punitivos³⁴ e ordem pública³⁵, alertando-se para o perigo de anulação do efeito preventivo da responsabilidade civil dos administradores, pelo facto de alegadamente se cobrirem os danos decorrentes da violação intencional e dolosa dos deveres dos

³² Relativamente à realidade norte-americana, RAMOS (2010, p.241) refere que a “sociedade [é] intensamente litigiosa, cultora da atitude «file first and think later, imbuída do «deep pocket thinking»”, na qual abundam os instrumentos processuais que facilitam a litigância contra os administradores (*class action, shareholder derivative suit, direct action, strike suits*) que são os alvos prediletos. Esta realidade encontra-se, ainda, estritamente relacionada com as particularidades das regras de distribuição de custas processuais (*american rule*), com a conexão dos honorários dos advogados ao sucesso da causa (*contingente fees*) e com a licitude das condenações no pagamento de indemnizações em montante superior aos danos (*punitive damages*).

³³ Relativamente à *Corporate Indemnification* ou Reembolso da Companhia vide ponto 4.

³⁴ No ordenamento jurídico norte-americano são lícitas as condenações no pagamento de indemnizações em montante superior aos danos. “A locução «danos punitivos» refere a possibilidade de o lesante ser condenado a pagar uma indemnização que, não estando suportada pelo dano, tem uma finalidade meramente punitiva. A luz do ordenamento jurídico português, «o dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão» (art. 564.º do CC). O dano é a medida máxima da indemnização. (...) Parece-nos que, em regra, os administradores [em Portugal] não correm, efetivamente, o risco de serem condenados a pagar os *danos punitivos* e, nesse sentido, esta exclusão de marcada influência anglo-saxónica mostra-se desnecessária.” Vide RAMOS, 2010, p. 487. Nas palavras de GOMES (1989, p.107), “esta terminologia parece compreender, contudo, duas situações distintas – uma, em que a indemnização atribuída se reconduz, ainda, a uma finalidade de reparação do dano e outra, em que tal indemnização tem um escopo essencialmente punitivo-preventivo.”

³⁵ *Public Policy* – vide RAMOS (2010, p. 254) – “a expressão *public policy* refere as limitações à liberdade de estipulação. A fronteira entre a liberdade contratual e os limites de *public policy* é traçada por cada tribunal, na resolução do caso concreto.”

administradores, diminuindo o nível de diligência³⁶ que os mesmos observavam no exercício das suas funções³⁷.

Contudo, em simultâneo, apelava-se à contratação do Seguro de *D&O*, alegando-se que o mesmo era suscetível de fomentar a confiança dos agentes económicos³⁸ e de reduzir a aversão ao risco dos administradores segurados que, nas palavras de ELISABETE RAMOS, “na ausência do seguro, não estariam dispostos a servir de administradores”.³⁹

Os seguradores começaram por comercializar apólices de *D&O* compostas por duas coberturas - *Side A* e *Side B* –, mas atualmente as apólices podem consagrar uma terceira – *Side C*. A primeira protege os administradores dos riscos que não são absorvidos pela *corporate indemnification*. É através da cobertura *A* que o *D&O Insurance* é idóneo a mitigar o risco pessoal do património do administrador, revelando-se fundamental relativamente àqueles que exercem o cargo com diligência e, apesar do seu desempenho, continuam expostos ao risco de responsabilidade, podendo ser demandados em ações sem fundamento.⁴⁰ Ainda que destas venham a ser absolvidos, os administradores sempre terão de suportar encargos com a sua defesa e, eventualmente, custos com a reabilitação da sua imagem ou com transações que acordem para o término do litígio. O seguro de *D&O* permite transferir esse risco para o segurador, que suportará as despesas necessárias, como, por exemplo, encargos de defesa e, se for caso disso, pagamento de indemnizações aos lesados e/ ou custos com reabilitação de imagem, até ao limite da franquia estabelecida na apólice.

³⁶ Para contrariar o perigo de anulação do efeito preventivo da responsabilidade civil, estimulavam-se medidas tendentes a manter a diligência do segurado em níveis razoáveis como, por exemplo, o estabelecimento de franquias adequadas, a exclusão do dolo, o agravamento dos prémios ou até a recusa em renovar as apólices de *D&O*.

³⁷ Para mais desenvolvimentos, consultar SÁNCHEZ, 2004, p. 4.

³⁸ Nas palavras de DIAS (2007, p. 320), “a caução obrigatória das responsabilidades vem, assim, afirmar-se como instrumento privilegiado de incentivo aos terceiros para o estabelecimento de relações comerciais com a sociedade, assegurada que fica a ressarcibilidade dos danos que possam vir a sofrer em virtude desse relacionamento.”

³⁹ RAMOS, 2010, p. 313.

⁴⁰ A maior inquietação que, a nosso ver, justifica a contratação do *D&O Insurance* prende-se com “o administrador que desempenha o seu *mínus* com diligência e lealdade [e que] continua, apesar do seu desempenho, exposto de forma substantiva ao risco de responsabilidade.” Vide RAMOS, 2010, p. 242. Por exemplo, as *strikes suits*, muito comuns na realidade norte-americana, são ações de responsabilidade civil intentadas contra o administrador, sem qualquer fundamento, apenas com o intuito de extorquir uma transação (*settlement*) favorável ao demandante. Veja-se, neste sentido, TRAUTMAN & ALTENBAUMER-PRICE, 2012, p. 3.

A cobertura B garante a sociedade pelos montantes desembolsados a título de *corporate indemnification*⁴¹ e a terceira cobertura (*Side C*) garante as responsabilidades da própria sociedade comercial perante terceiros lesados.

As apólices de *D&O* começaram por ser contratadas individual e diretamente pelo administrador, que suportava o pagamento do prémio. O risco de ser condenado a indemnizar a sociedade, à custa do seu património pessoal, era, assim, transferido para o segurador. Com a expansão do mercado de *D&O*, o seguro continuou a ser contratado pelo administrador, mas em regime de “remuneração indireta.”⁴² Em ambas as conjunturas, o administrador assumia a posição de segurado e de tomador do seguro.

Atualmente, o mercado segurador impõe que a sociedade comercial assuma a posição de tomadora do seguro e suporte o pagamento do prémio, subscrevendo um seguro de grupo para todos os membros da administração, que figuram na apólice como segurados.

Nas palavras de ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ, as próprias companhias de seguros recusam a contratação do seguro de *D&O* individualmente por cada membro da administração segurado, antes impõem a contratação de um seguro de grupo pela sociedade comercial. Aliás, do ponto de vista prático, o seguro de *D&O* contratado para segurar todos os membros da administração da sociedade comercial permite ao segurador estimar com maior precisão o risco segurado e impede a ocorrência de lacunas de proteção, eliminando as dificuldades que poderiam surgir se cada administrador celebrasse um contrato de seguro com um segurador diferente.⁴³

A construção do conteúdo típico da apólice de *D&O Insurance* permite conciliar e acautelar os interesses dos três intervenientes⁴⁴ – segurador, tomador do seguro e segurado. Por norma, o segurado transfere o risco para o segurador, não tendo de

⁴¹ Relativamente ao funcionamento da *corporate indemnification*, RAMOS (2010, pp. 264 e 267) esclarece que “a cobertura fornecida pelo *Side B* está dependente do pagamento pela sociedade de uma franquia de valor considerável, enquanto a *Side A* não tem essa franquia associada. A prática veio mostrar que as sociedades decidiam não prestar a *corporate indemnification*, de modo a forçarem o funcionamento do *Side A* (...) e evitar a franquia. A indústria seguradora reagiu a este comportamento das sociedades, introduzindo a chamada «presumptive indemnification provision». Quer ela signifique que existindo uma reclamação, é presumido que a sociedade prestou a *corporate indemnification* aos administradores no limite do que é legalmente permitido. Ou seja, quanto aos montantes correspondentes a esta presunção de prestação de *corporate indemnification*, os administradores não receberão qualquer quantia do segurador, porque se presume que eles a receberam da sociedade (ainda que tal não tenha efetivamente acontecido).”

⁴² *Fringe benefit* – tradução vide VASCONCELOS, 2007, p. 14.

⁴³ Cfr. SÁNCHEZ, 2004, p. 10 e, no mesmo sentido, RAMOS (2010, p. 311) explica esta prática negocial com “razões de economia de escala na contratação do seguro e de regularização dos sinistros” salientando “a prevenção de litígios entre seguradoras na hora de gerir um sinistro provocado por administradores que são solidariamente responsáveis e dificuldades no exercício do direito de regresso entre administradores segurados e não segurados”.

⁴⁴ Vide REGO, 2011.

suportar as despesas de defesa e as indemnizações em que seja condenado à custa do seu património pessoal (*Side A*). A sociedade comercial tomadora do seguro transfere a sua responsabilidade para o segurador, que lhe garante os montantes desembolsados a título de *corporate indemnification* e as responsabilidades da própria perante terceiros (*Side B e Side C*).⁴⁵

ELISABETE RAMOS salienta as diversas vantagens económicas suscetíveis de impulsionar a contratação do seguro *D&O* pela sociedade comercial, nomeadamente “a captação e recrutamento de pessoas que, na ausência do seguro, não estariam dispostas a servir como administradores; a facilitação no recrutamento de administradores independentes; a redução da aversão ao risco do administrador protegido pelo seguro; a assunção, por parte dos administradores, do nível de risco adequado e, por conseguinte, o incremento do dinamismo da gestão; a redução dos custos reputacionais conexonados com reclamações de responsabilidade; a intensificação da vigilância exercida sobre os administradores; e a proteção do património social, quando a cobertura do risco de responsabilidade civil cobre a responsabilidade perante a sociedade.”⁴⁶ Por sua vez, o segurador tem o interesse próprio em evitar o conluio entre o administrador segurado e o terceiro lesado e de que o segurado seja absolvido das imputações de responsabilidade ou, em caso de condenação, que a indemnização seja a mais baixa possível.⁴⁷

A maioria das apólices de *D&O Insurance* são *tailor made*⁴⁸, isto é, permitem que as partes possam negociar e contratar a apólice mais vantajosa, adequando-a à sua concreta realidade empresarial e delimitando o risco, mediante a materialização dos factos, sujeitos, espaço e tempo abrangidos pela mesma.

Neste sentido, acrescentam TRAUTMAN E ALTENBAUMER-PRICE que “o seguro de *D&O* não é padronizado e é largamente negociado e minutado para ir ao encontro das necessidades de uma determinada empresa.”⁴⁹

⁴⁵ DIAS (2007, p. 320) refere que a “sociedade beneficia directa e indirectamente, do caucionamento, não só porque assim se liberta de uma parte da responsabilidade perante terceiros, sendo esta assumida, por transferência, pela seguradora, como, dependendo do tipo de cobertura contratada, a sociedade pode em certos casos, obter da seguradora o reembolso das indemnizações que, por força da responsabilidade que solidariamente assume com os seus dirigentes perante accionistas e outros terceiros, possa ser chamada a liquidar. (...) A sociedade pode ainda beneficiar (...) igualmente [da] cobertura de riscos tipicamente societários.”

⁴⁶ Citamos RAMOS, 2010, p. 313.

⁴⁷ Neste sentido, RAMOS (2010, p. 322 e 2012, p.188).

⁴⁸ Feito à medida (tradução de RAMOS, 2010, p. 298).

⁴⁹ Cfr. TRAUTMAN & ALTENBAUMER-PRICE, 2012, p. 13.

5.2 O *D&O Insurance* na Europa

A procura do *D&O Insurance* foi muito mais tardia na Europa, comparativamente à experiência norte-americana.

Refere ELISABETE RAMOS que “pese embora as diferenças que contradistinguem cada um dos regimes, as ordens jurídicas europeias têm em comum uma matriz imperativa que impede convenções limitadoras ou excludentes de responsabilidade.”⁵⁰ Por esse motivo, a procura do seguro de *D&O* justifica-se à luz da consagração de regimes de responsabilidade civil mais gravosos para o administrador no continente europeu.⁵¹ Porém, outros fatores revelaram-se necessários para que este seguro se intrometesse verdadeiramente no seio da matriz europeia, nomeadamente a vulgarização dos seguros de proteção jurídica e de responsabilidade civil profissional⁵², a “pressão de *standards* internacionais”⁵³, a “internacionalização dos seguradores norte-americanos especialistas nesta linha de seguro que o oferecem em todo o globo”⁵⁴, a internacionalização das sociedades comerciais e dos mercados financeiros, a contratação de cidadãos europeus por sociedades norte-americanas sujeitando-os à intensa litigação, à legislação norte-americana e às suas políticas de *Corporate Governance*, obrigando os administradores a recorrer ao mesmo mecanismo de proteção – o *D&O Insurance*.

Nas palavras de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “O *D&O Insurance* veio a entrar na Europa através da Inglaterra e da Alemanha”, sendo atualmente acolhido e contratado nas ordens jurídicas europeias.⁵⁵

No Reino Unido, a *Section 233 – Provision of Insurance - Companies Act (2006)* confirmou a licitude do seguro de responsabilidade civil contratado pela sociedade comercial. Na Alemanha, o *Aktiengesetz (93, 2, 2.ª parte da AktG)* permite, mas não impõe, que a sociedade comercial contrate o seguro para proteção dos seus administradores (*D&O Versicherung*). Na França, a sociedade comercial é, na

⁵⁰ Cfr. RAMOS, 2010, p. 282.

⁵¹ Vide VASCONCELOS, 2007, p. 13.

⁵² A este respeito, RAMOS (2010, p. 289) refere que “na biografia do *D&O Insurance* convergem não só a experiência norte-americana como a sua linhagem europeia. Esta última desenvolve-se a partir de seguros de proteção jurídica de gestores (na modalidade de cobertura de despesas legais) e de seguros de responsabilidade civil profissional destinados a advogados e outros profissionais que integrassem os conselhos de administração das sociedades. Também esta influência pode explicar (...) deficiências na cobertura, desta vez por não terem sido consideradas as especificidades dos regimes de responsabilidade dos administradores.” Para mais desenvolvimentos ver RAMOS, 2010, p. 319 e VASCONCELOS, 2007, p. 9.

⁵³ Expressão usada por RAMOS (2010, p. 288), para se referir à pressão dos seguradores e resseguradores norte-americanos que comercializavam o *D&O Insurance*.

⁵⁴ Citamos RAMOS, 2010, p. 287.

⁵⁵ Vide RAMOS (2010, p. 290) e SERENS (2012, p. 19).

generalidade, a tomadora do seguro que subscreve a apólice, com cobertura *tailor made*, em que os dirigentes figuram como segurados (*Code des Assurances*). Questiona-se se a contratação do seguro pela sociedade a favor dos administradores, em determinadas circunstâncias, pode integrar o crime de abuso de bens sociais. Em Espanha, após a alteração ao art. 73 da *Ley de Contrato de Seguro*, em 1995, os entraves à contratação do seguro de responsabilidade civil dos administradores foram eliminados. Em Itália, por norma, os seguradores aceitam segurar a responsabilidade dos administradores perante os credores sociais (art. 2394.º do *Codice Civile Italiano*) e terceiros diretamente lesados (art. 2395.º do *Codice Civile Italiano*), não aceitando apenas, por vezes, segurar os administradores perante a sociedade comercial, a não ser em casos que a sociedade assumia o pagamento de um prémio adicional.

5.3 A licitude do *D&O Insurance* em Portugal

“Nas ordens jurídicas europeias de *civil law*, a doutrina revisita dois argumentos relativos à ilicitude do seguro financiado pela sociedade: o afrouxamento da diligência aplicada pelos administradores no desempenho do cargo e o desrespeito das proibidas [cláusulas de] exoneração e limitação da responsabilidade”.⁵⁶

Seguindo este entendimento, o n.º1 do art. 74.º do CSC institui que “é nula a cláusula, inserta ou não em contrato de sociedade, que exclua ou limite a responsabilidade dos fundadores, gerentes ou administradores”, motivo pelo qual se equaciona a existência no art 74.º do CSC de um alegado obstáculo que impeça a contratação e o pagamento do seguro que cobre a responsabilidade civil dos administradores pela sociedade comercial.⁵⁷

Porém, refere ELISABETE RAMOS que a disciplina do art. 74.º do CSC “não constitui um entrave à contratação por parte da sociedade do seguro de responsabilidade civil dos administradores”⁵⁸, salientando inclusive que “na praxis portuguesa o seguro

⁵⁶ Cfr. RAMOS, 2010, p. 338.

⁵⁷ O n.º2 do art. 396.º do CSC impede a sociedade de suportar os encargos relativos à contratação do seguro de responsabilidade civil dos administradores.

⁵⁸ RAMOS (2013, p.872) refere que o art. 74.º do CSC não constitui um entrave à contratação do seguro de *D&O* pela sociedade, baseando-se nos seguintes pontos: “a pressão das regras de responsabilidade civil sobre os administradores, embora diminuída mantém-se – especialmente porque se encontram excluídos da cobertura do seguro os comportamentos dolosos; o seguro não exclui ou limita a responsabilidade dos administradores, antes diminui o risco de os administradores pagarem as respetivas indemnizações; a sociedade, apesar de pagar o prémio, também é favorecida pelo seguro, pois permite que ela recrute pessoas que, sem o seguro, não estariam disponíveis para aceitar os vários riscos de litigância e

de responsabilidade civil dos administradores é contratado pela sociedade que, por essa razão, paga o prêmio.”⁵⁹

ELISABETE RAMOS acrescenta que a transferência do risco de responsabilidade civil operada pelo seguro de *D&O* não equivale a convenções de exclusão ou limitação de responsabilidade dos administradores, uma vez que “estes continuam a ser juridicamente responsáveis pelos factos ilícitos e de acordo com os mesmos pressupostos. O que ocorre com a celebração do seguro é que as consequências patrimoniais da referida responsabilidade são assumidas total ou parcialmente por um sujeito distinto de quem é declarado responsável.”⁶⁰

No mesmo sentido, ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ menciona que “na prática predominam de forma abundante os pressupostos do contrato de seguro concluídos pela própria sociedade, uma possibilidade que foi discutida no passado, mas que hoje é inquestionável.”⁶¹ O ilustre autor acrescenta que “a contratação do seguro não constitui um pressuposto de exoneração de responsabilidade dos administradores, sendo unicamente uma limitação em sentido económico.”⁶²

5.4 As questões em torno do art. 396.º do CSC

O revogado art. 174.º do Código Comercial consagrava que os diretores teriam sempre de caucionar a sua gerência na forma estabelecida nos estatutos, e, no silêncio destes, pela forma determinada em assembleia geral, sem a qual não poderiam iniciar o exercício de funções.⁶³

Aquando da elaboração do Projeto de Código das Sociedades Comerciais, RAÚL VENTURA refletiu sobre a adequação das quantias ao caucionamento da responsabilidade dos administradores, ponderando, já em 1980/81 “o risco de não haver administradores dispostos a prestar a caução.”⁶⁴ Acabou por propor no projeto de

responsabilidade civil; também os credores sociais e terceiros são beneficiados pelo seguro; se os administradores fossem obrigados a pagar o prêmio do seguro, seria natural que a sociedade os tivesse de reembolsar da respetiva importância, designadamente através do aumento das remunerações; a admissibilidade de a sociedade pagar o prêmio tem ainda a seu favor o n.º2 do art.396.º - os encargos do seguro podem ser suportados pela sociedade na parte em que a indemnização exceda os limites fixados no n.º1 do art. 396.º do CSC.”

⁵⁹ Vide RAMOS, 2010, p. 338.

⁶⁰ Citamos RAMOS, 2010, p. 339.

⁶¹ Cfr. SÁNCHEZ, 2004, p.10.

⁶² Vide SÁNCHEZ, 2004, p. 5.

⁶³ Cfr. art. 174.º Código Comercial.

⁶⁴ Vide VENTURA, 1994, p. 200.

Código das Sociedades Comerciais aquilo que é hoje o art. 396.º do CSC, “uma singularidade no contexto de legislações várias”⁶⁵, assumidamente influenciado pelo art. 2387.º do *Codice Civile Italiano*, então revogado.⁶⁶

No que respeita a consagração do art. 396.º no CSC, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS critica ferozmente, dizendo que “constitui um velho vício português a dificuldade em harmonizar com os outros. (...) Neste domínio, como em muitos outros, o legislador não resistiu à tentação de legislar “à portuguesa”. Em vez de fazer como os demais, sem lhe ocorrer que está cada vez mais inserido num mundo globalizado e na União Europeia, principalmente numa matéria cosmopolita como é, em geral, o Direito Comercial e, em particular o direito das bolsas e dos seguros, o legislador nacional não resistiu a improvisar e a fazer diferente. E fez muito diferente.”⁶⁷

Em 2006, o legislador português entendeu manter esta disposição normativa, introduzindo pequenas alterações⁶⁸, relativamente à forma de caucionar a responsabilidade dos administradores, mas criando sérias dúvidas em torno da sua interpretação.

Resulta, inequivocamente, do art. 396.º do CSC que a responsabilidade dos administradores tem de ser caucionada quando estes integrem a administração de sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação e de sociedades que ultrapassem, durante dois anos consecutivos, dois dos seguintes limites - total do balanço de € 20.000.000, total de vendas líquidas e outros proveitos no valor de € 40.000.000 e/ou número de 250 trabalhadores empregados em média durante o exercício.

Esta caução, nos termos do art. 623.º do CC, pode *ser prestada por meio de depósito de dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos, ou por penhor, hipoteca ou fiança bancária*.⁶⁹

⁶⁵ Citamos RAMOS, 2010, p. 323. No mesmo sentido, CÂMARA (2008, p. 58) refere que “o esquema de cobertura obrigatória de responsabilidade dos principais titulares de órgãos sociais não deixa de ser um corpo estranho em termos comparatísticos.”

⁶⁶ VENTURA (1994, p. 202) esclarece que o art.º 2387.º do *Codice Civile Italiano*, entretanto revogado pelo art. 24.º da Lei n.º 281 de 1985, influenciou o n.º1 do art. 396.º CSC.

⁶⁷ VASCONCELOS (2007, p. 37).

⁶⁸ Alterações introduzidas através do DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março.

⁶⁹ SERENS (2012, p. 78) indica a competência da assembleia geral que eleja os administradores para seleccionar a espécie de caução a ser prestada, referindo que inexistindo disposição sobre a espécie que deve revestir, cabe ao próprio administrador a escolha. Segundo RAMOS (2010, p. 329), “O seguro de caução parece revelar uma certa *inadaptação* aos requisitos propostos pela nova redação do art. 396.º, 2. Na verdade, o seguro de caução não cobre danos patrimoniais, nem lucros cessantes; “é celebrado com o devedor da obrigação a garantir ou com o contragarante a favor do respectivo credor”; exige a identificação obrigatória do tomador do seguro e do segurado quando forem pessoas distintas; há

Acrescenta o n.º2 do art. 396.º do CSC, que a caução pode ser substituída por um contrato de seguro a favor dos titulares de indemnizações⁷⁰, cujos encargos não podem ser suportados pela sociedade, a não ser que este exceda o mínimo legal previsto no n.º1 do art. 396.º do CSC.

Nas sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e nas sociedades que cumpram os critérios da alínea a) do n.º2 do art. 413.º do CSC, a prestação de caução pelos administradores é obrigatória, não podendo ser dispensada, nos termos do n.º3 do art. 396.º do CSC. Esta, contudo, pode ser opcionalmente substituída por um contrato de seguro *a favor dos titulares de indemnizações*.

Confrontando com as características do seguro de *D&O*, facilmente depreendemos que o seguro plasmado no n.º 2 do art. 396.º do CSC não é o *D&O Insurance*, uma vez que o pagamento do prémio do seguro não pode ser suportado pela sociedade comercial, devendo ser efetuado pelo administrador que o queira contratar.

Ainda assim, no processo de consulta pública referente à proposta de alteração ao CSC em 2006, a CMVM explicou que “interessaria [a inclusão dos vários potenciais titulares de indemnizações]⁷¹ de modo a estimular os seguros de responsabilidade civil dos administradores (*D&O Insurance*), que tão intensa utilização têm merecido no estrangeiro”.

A inclusão no art. 396.º do CSC dos vários potenciais *titulares de indemnizações* levanta uma questão que apenas confirma a impossibilidade de o seguro de *D&O* ser apto a substituir a prestação de caução pelos administradores, nos termos em que é configurado no n.º2 do art. 396.º do CSC. A caução deve ser prestada *a favor dos titulares de indemnizações*, podendo “em alternativa ser substituída por um seguro contratado com idêntica finalidade.⁷² Acontece, porém, que em princípio o seguro de *D&O* exclui da sua cobertura atuações dolosas dos administradores, como *infra* desenvolveremos, pelo que, nessas circunstâncias, o seguro de responsabilidade civil

jurisprudência que admite a recuperação do crédito pago pelo segurador mediante sub-rogação nos direitos do credor.” Para mais desenvolvimentos *vide* REGO, 2011, p.422 e SIMÃO, 2013, p. 677.

⁷⁰ TRIUNFANTE (2007, p.387) refere que “as cauções referidas poderão ser substituídas por um contrato de seguro, já não a favor da sociedade, mas dos titulares de indemnizações, alteração que se compreende e felicita.”

⁷¹ Antes das alterações introduzidas com a reforma de 2006, CORREIA (1993, p. 594) já admitia a possibilidade de a prestação de caução como modo de proteção dos interesses de acionistas e de terceiros contra eventuais atos ilícitos dos administradores.

⁷² *Vide* CUNHA, 2012, p. 739. O autor considera a redação do n.º2 do art. 396.º CSC infeliz.

dos administradores não permite garantir o efetivo ressarcimento dos lesados *titulares de indemnizações*.

5.5 Caracterização do Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores em Portugal

Embora o *D&O Insurance* seja inapto para substituir a prestação de caução, nos termos do art. 396.º do CSC, ELISABETE RAMOS refere que o “debate [em torno do seguro *D&O* é] exclusivamente doutrinal, já que não se conhecem sentenças judiciais que se tenham debruçado sobre esta questão, nem disposições legais que expressamente proibam a contratação do seguro pela sociedade [em Portugal].”⁷³ Aliás, nas suas palavras, “o seguro de responsabilidade civil dos administradores viveu durante muito tempo longe da *praxis* societária e seguradora portuguesas”, [mas] a experiência portuguesa recebe este seguro – e não devem restar dúvidas de que ele já faz parte da [nossa] realidade.”⁷⁴

Para isso, “a indústria seguradora “construiu” um *seguro de responsabilidade civil*, com características próprias, moldado em função das exigências do art. 396.º.”⁷⁵

Porém, o seguro divulgado nas páginas da internet de diversas companhias seguradoras é na generalidade um produto muito idêntico ao *D&O Insurance*, ao admitir a contratação⁷⁶ do seguro pela sociedade comercial, que assume a posição de tomadora do seguro, “com a obrigação de repercutir o valor dos prémios pagos na esfera dos administradores-segurados.”⁷⁷ Por isso, concordamos com ELISABETE RAMOS e “temos sérias dúvidas de que esta alternativa apresentada pela indústria seguradora cumpra o disposto no art. 396.º, 2.”⁷⁸ Ainda assim, na prática, parece ser isso que acontece.

Em Portugal, o seguro de responsabilidade civil encontra-se “dotado de um acervo de características estabilizadas no seu percurso internacional”⁷⁹, da qual resulta uma certa tipicidade social.⁸⁰

⁷³ Vide RAMOS, 2010, p. 338.

⁷⁴ Citamos RAMOS, 2010, p. 303.

⁷⁵ Cfr. RAMOS, 2013, p. 315.

⁷⁶ Sobre o órgão competente para decidir a contratação do Seguro de *D&O*, vide RAMOS, 2010, p.429.

⁷⁷ Cfr. RAMOS, 2013, p.317.

⁷⁸ Citamos RAMOS, 2013, p.317.

⁷⁹ Vide RAMOS, 2010, p. 304.

⁸⁰ No mesmo sentido VASCONCELOS (2007, p. 35) refere que “a apólice, incluindo as condições gerais, as condições particulares e as exclusões, etc., deve ser interpretada de acordo com o tipo social do *D&O Insurance*.”

Nas palavras de ELISABETE RAMOS, “a investigação do seguro de responsabilidade civil dos administradores em Portugal não pode ignorar as características do *D&O Insurance* forjadas na sua experiência internacional (...) e as especificidades do «legal environment» português.”⁸¹

Em Portugal, por norma, a sociedade comercial (tomadora do seguro) contrata um seguro de grupo⁸², nos termos do art. 76.º do RJCS, para todos os membros da administração (segurados), e assume o pagamento do prémio. O seguro contratado é tipicamente um seguro de responsabilidade civil (art. 137.º do RJCS e 123.º, n.º13 da LAS), por conta de outrem⁸³ (art. 48.º do RJCS), multiriscos⁸⁴, voluntário⁸⁵, não massificado⁸⁶, tendencialmente de grandes riscos⁸⁷ e *claims made*^{88, 89}.

⁸¹ RAMOS, 2010, p. 304.

⁸² Nas palavras de REGO (2008, p.661), “o seguro de grupo, em sentido estrito, é um contrato de seguro celebrado pelo tomador (subscritor) por conta dos terceiros-segurados, ligados ao subscritor por um vínculo distinto do de segurar, cobrindo cumulativamente riscos homogêneos de todos os terceiros-segurados, com perfeita separabilidade e sem uma correlação positiva forte entre os riscos dos terceiros-segurados.”

⁸³ Vide RAMOS, 2013, p.311.

⁸⁴ “De modo *accessório* e complementar, as apólices cobrem, além do risco de responsabilidade civil dos administradores [risco principal], certos riscos *accessórios*”, como, por exemplo, reembolso societário, defesa jurídica ou reabilitação de imagem. Para que seja integrado enquanto seguro de responsabilidade civil é necessário que seja respeitado a relação entre risco principal (risco de constituição no património do segurado de uma obrigação de indemnizar terceiros) e riscos *accessórios* (art 127.º LAS). Vide RAMOS, 2010, p. 323 e 477.

⁸⁵ O seguro de responsabilidade civil dos administradores é voluntário apesar de ser contratado em substituição da prestação de caução, que é obrigatória, o que demonstra a coerência do legislador português.

⁸⁶ Segundo RAMOS (2010, p. 318), “fala-se em apólices *tailor made* para vincar não só a heterogeneidade das condições gerais elaboradas pelos diferentes seguradores, como também o facto de as apólices, relativamente a cada sociedade, atenderem as singularidades do risco segurado. Está divulgada a prática de a companhia de seguros, antes de aceitar o risco, submeter a sociedade-tomadora a um questionário pormenorizado. Deste modo, a companhia de seguros obtém informações relevantes para seleccionar o risco e para elaborar uma apólice à medida.”

⁸⁷ “No plano nacional, [esta distinção] assenta fundamentalmente na *natureza do risco* (tipificado em determinados ramos de seguro) e em *índices quantitativos*, a delimitação de *grandes riscos* em relação aos *riscos de massa* consta do art. 2.º, n.ºs 3, 4 e 5 da LAS. No que toca o ramo de «responsabilidade civil geral» (tipificado sob o art. 123.º, 13 LAS), o seguro será de *grandes riscos* sempre que relativamente ao *tomador* sejam excedidos dois dos valores previstos (...) esta distinção tem importantes consequências ao nível do direito material dos seguros quanto às restrições ao princípio da liberdade contratual (arts. 11.º, 12.º, n.º 2 e 13.º RJCS) e quanto à escolha do direito aplicável ao contrato de seguro. O seguro de responsabilidade civil – e, por conseguinte, o seguro de responsabilidade civil dos administradores – não é intrinsecamente um seguro de grandes riscos. No entanto, a circunstância de ele ser, em particular, estipulado por sociedades abertas cotadas, integradas em grupos empresariais, tende a contribuir para que o tomador exceda dois dos valores previstos na lei.” Vide RAMOS, 2010, p.315.

⁸⁸ “As condições gerais das apólices de seguro de responsabilidade civil comercializadas em Portugal revelam a opção pelo sistema *claims made*. Em virtude de tais cláusulas de delimitação temporal, o segurador não é obrigado a realizar a sua prestação, se a reclamação não é formulada durante a vigência da apólice ou dentro do prazo posterior, ainda que, nestes momentos, o dano do terceiro se produza e seja conhecido pelo segurador.” Vide RAMOS, 2010, p.458. Segundo VASCONCELOS (2007, p. 20), reclamação “é todo o procedimento judicial ou extrajudicial iniciado contra o segurado com fundamento em responsabilidade civil em que possa incorrer por actos ilícitos no exercício de funções de gerência, administração e direcção da sociedade e/ ou sociedades coligadas, ou qualquer comunicação escrita ao

5.6 A Garantia de Ressarcimento dos *titulares de indemnizações* e os Administradores de Facto

Com a contratação de um seguro de *D&O*, o segurador aceita a transferência de um risco segurado, pelo que, na fase pré-contratual, deve esforçar-se por reunir toda a informação possível⁹⁰ acerca do potencial cliente, avaliando os factores que são susceptíveis de aumentar a sua exposição ao risco.

Com o propósito de estimar com maior precisão o risco segurado e de aumentar a mestria das apólices contratadas, interrogamo-nos acerca da forma utilizada para delimitar os segurados.

ELISABETE RAMOS refere que a delimitação dos segurados “faz-se quer pela relação nominal dos sujeitos, quer por uma formulação genérica que liga a qualidade de segurado ao exercício do cargo.”⁹¹ A primeira opção apresenta a vantagem da certeza e da segurança relativamente à identificação dos segurados, apesar de apresentar a desvantagem de que qualquer mudança na administração da sociedade comercial tem de ser comunicada ao segurador para proceder à devida atualização. A formulação genérica é mais flexível, relativamente às mudanças na administração, mas apresenta a incerteza na identificação dos segurados.

Relativamente à delimitação dos segurados pela relação nominal dos sujeitos, a autora refere que o conceito de segurado “ancorado na titularidade da posição jurídica de administrador implicará que os administradores de facto e os administradores ocultos *não sejam considerados segurados*”.⁹²

No mesmo sentido, ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ refere-se à dificuldade em determinar os sujeitos que em determinado momento “ostentam” a condição de administrador, mencionando que “deveriam ficar excluídos quem formalmente não ocupar a dita posição, como pode suceder no caso do chamado “administrador de

tomador do seguro ou ao segurado com fundamento em responsabilidade civil em que a pessoa segura possa incorrer por actos ilícitos”.

⁸⁹ Para mais desenvolvimentos acerca da caracterização do seguro de *D&O*, consultar FARIA (2015), RAMOS (2010), SÁNCHEZ (2004), TRAUTMAN & ALTENBAUMER-PRICE (2012) e VASCONCELOS (2006).

⁹⁰ O art. 24.º do RJCS consagra o sistema de declaração espontânea em termos matizados ou impuros, ao estabelecer que *o tomador do seguro ou o segurado está obrigado, antes da celebração do contrato, a declarar com exatidão todas as circunstâncias que conheça e razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador, encontrando-se obrigado ainda a declarar as circunstâncias cuja menção não seja solicitada em questionário eventualmente fornecido pelo segurador para o efeito.*

⁹¹ RAMOS (2010, p. 418).

⁹² RAMOS (2010, p. 418).

facto”, sem prejuízo das consequências dos atos por este realizados poderem ser imputadas aos administradores “de direito” da sociedade comercial.”⁹³

Ora, esta forma de delimitar os sujeitos segurados implicaria, portanto, que os administradores de facto ficariam excluídos da proteção do *D&O Insurance*. Ou seja, não seriam considerados segurados “aqueles indivíduos que, sem provimento, desempenham as tarefas inerentes à administração: decidem e, eventualmente, tratam dos negócios sociais *na primeira pessoa*, agindo na posição dos administradores de direito sem qualquer intermediário (administrador de facto *direto*, com *notoriedade ou não* na relação com terceiros), ou atuam *indiretamente* sobre a administração instituída, impondo as suas instruções e condicionando as escolhas operativas dos administradores de direito (ou até dos administradores de facto diretos), que invariavelmente as acatam sem liberdade de análise (administrador de facto *oculto* ou *indireto*).”⁹⁴ Pelo que, nestes termos, apenas figurariam como segurados os administradores que fossem “nomeados de acordo com as formas previstas na lei”⁹⁵, excluindo-se, portanto, da proteção do seguro de *D&O* os administradores de facto, sem prejuízo da sua eventual responsabilização.⁹⁶

Atendendo a esta análise, poderíamos concluir que o Seguro de *D&O* motivaria uma distinção prática entre a figura de administrador de direito e de administrador de facto. Sabemos que não seria um elemento decisivo na existência plena e exclusiva, no seio das sociedades comerciais, de administradores de direito e no total desaparecimento da figura do administrador de facto. Contudo, poderíamos admiti-lo como uma espécie de incentivo para que os alegados administradores de facto repensassem a sua posição.

Todavia, se reconsiderarmos a questão aqui em análise e ponderarmos a função social do seguro de *D&O*, em consonância com o incerto ressarcimento de potenciais lesados, em virtude de atuações ilícitas e dolosas dos administradores de facto,

⁹³ Cfr. SÁNCHEZ, 2004, p. 15 (tradução nossa).

⁹⁴ Citamos COSTA (2006, p. 30). Para mais desenvolvimentos, consultar COSTA, *Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais*, 2014.

⁹⁵ Vide COSTA, 2006, p. 28.

⁹⁶ RIBEIRO (2009, p.467) sustenta a responsabilização do administrador de facto mediante uma interpretação extensiva do art. 80.º do CSC, que institui a aplicação das *disposições respeitantes à responsabilidade dos gerentes ou administradores (...) a outras pessoas a quem sejam confiadas funções de administração*. COSTA (2006, pp. 36-40 e 2014, p. 982), por sua vez, entende que deve ser feita uma interpretação extensiva das normas que disciplinam a atuação dos administradores e que possam ser aplicáveis aos administradores de facto, “de acordo com um princípio de equiparação com os administradores de direito residente no conceito extensivamente redefinido de administrador de sociedade comercial.”

percebemos que a questão é muito mais complexa do que aparenta. Isto porque, não figurando o administrador de facto como segurado em qualquer apólice de seguro de *D&O*, os *titulares de indemnizações* apenas poderiam vir a ser ressarcidos mediante o pagamento de uma indemnização pelo administrador *in casu*, à custa do seu património pessoal. Contudo, esta opção não garante que os lesados consigam ser ressarcidos. Pelo que, atento o conjunto de interesses em conflito, acreditamos que é preferível optar pela delimitação genérica dos segurados, salvaguardando a garantia de ressarcimento dos potenciais *titulares de indemnizações*.

5.7 A proposta de um Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil dos Administradores

É verdade que a introdução do *D&O Insurance* na ordem jurídica portuguesa encontra uma realidade jurídico-empresarial totalmente díspar face à cultura norte-americana. Em Portugal, não encontramos o elevado índice de litígios intentados contra os administradores, nem tão pouco a abundância de condenações dos mesmos, realidade que se justifica à luz da organização das nossas sociedades comerciais.⁹⁷

Predominam as “*pequenas sociedades familiares ou unipessoais*, em que um indivíduo acumula simultaneamente as funções de sócio único ou controlador e de administrador ou gerente”⁹⁸; ou sociedades, com acionistas maioritários⁹⁹ que amparam os “administradores” ou que administram de facto a sociedade, contribuindo com o seu voto para a não aprovação das ações sociais de responsabilidade.¹⁰⁰ Na face oposta, encontramos os acionistas minoritários que não dispõem de meios económicos ou de

⁹⁷ Vide DIAS, 2006, p. 71.

⁹⁸ Citamos ANTUNES, 2011, p. 267.

⁹⁹ A respeito das diferenças na distribuição de poderes entre administradores e acionistas na Europa Continental e nos Estados Unidos da América, FERREIRA (2009, p. 689) refere que “nos EUA e no Reino Unido predomina o sistema de governo de sociedades apelidado de “*outsider*”, em que o capital se encontra disperso, não havendo, em regra, acionistas que detenham controlo significativo sobre os destinos da sociedade. Por contraposição a este sistema anglo-americano, predomina na Europa Continental (...) o sistema de governo de sociedade dito “*insider*”, que se pauta por uma menor dispersão de capital, existindo, em regra, acionistas de controlo.” No mesmo sentido, VASCONCELOS (2007, p. 5) aborda “o distanciamento entre a propriedade e a gestão, no domínio das sociedades abertas, [que] tem conduzido à necessidade de tornar mais eficientes e apertados os mecanismos de controlo da actuação dos administradores”.

¹⁰⁰ Vide RAMOS (2010, p.375). “Normalmente os administradores são pessoas da confiança dos sócios maioritários, que os designaram e/ou mantêm no cargo (além de que muitas das vezes os sócios maioritários são administradores). Naturais, portanto, as resistências que frequentemente se colocam à ação da sociedade.” Cfr. ABREU, 2010, p. 61.

informação suficiente para intentar a ação de responsabilidade nos termos do n.º1 do art. 77.º do CSC, não conseguindo reunir a percentagem de capital social legalmente prevista.¹⁰¹ Revelam-se ainda altamente dissuasores, contribuindo diretamente para a inércia dos sócios minoritários, o regime de custas processuais, a morosidade dos tribunais e os custos associados.¹⁰²

Todavia, apesar das notórias diferenças entre a realidade norte-americana e portuguesa, acreditamos que os “nossos administradores” se encontram igualmente sujeitos aos riscos da responsabilidade e que, uns quantos, intelectualmente preparados e conhecedores do *D&O Insurance*, se sintam compelidos apenas a aceitar cargos em sociedades comerciais que ofereçam esta proteção.

Relativamente a esta problemática, ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ refere que “suscitou o debate sobre a necessidade de arbitrar medidas que permitam aos administradores afrontar o risco de responsabilidade perante o temor de que o cargo de administrador não seja aceite pelos profissionais mais qualificados e competentes.”¹⁰³

ELISABETE RAMOS refere que “os regimes de responsabilidade civil dos administradores continuam a ser pressionados pela mudança [e] parece que [apenas] se consegue surpreender nas alterações legislativas recentes uma linha de evolução que privilegia a intensificação da responsabilidade civil. [Há uma certa] “assimetria entre o regime [societário] de responsabilidade civil de intensa e extensa responsabilização e escassos resultados na efetivação prática de tais normas.”¹⁰⁴

Neste sentido, acreditamos que o caminho que privilegia a intensificação da responsabilidade civil não tem, nem vai, surtido efeito.¹⁰⁵ Aliás, nas palavras da Autora, “a hiper-regulação é, também ela, um fator de erosão de uma efetiva capacidade preventiva da responsabilidade civil dos administradores e isto ocorre

¹⁰¹ Estabelece o n.º 1 do art. 77.º CSC que *Independentemente do pedido de indemnização dos danos individuais que lhes tenham causado, podem um ou vários sócios que possuam, pelo menos, 5% do capital social, ou 2% no caso de sociedade emitente de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado, propor ação social de responsabilidade contra gerentes ou administradores com vista à reparação a favor da sociedade, do prejuízo que esta tenha sofrido, quando a mesma a não haja solicitado.*

¹⁰² Acresce que, nos termos do art. 78.º, n.º1 do CSC, *os gerentes ou administradores respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos.*

¹⁰³ Vide SÁNCHEZ, 2004, p. 3 (tradução nossa).

¹⁰⁴ Citamos RAMOS, 2010, p. 285.

¹⁰⁵ Referindo-se à introdução da *Business Judgement Rule* no ordenamento jurídico português (n.º2 do art. 72.º CSC) e à escassez de condenações de administradores, CORDEIRO (2006) refere que “É estranho: não logramos, no Direito português, nenhum surto de responsabilização dos administradores que pudesse justificar tal cautela.”

independentemente do seguro”¹⁰⁶, pelo que entendemos que deve ser feito um esforço no sentido inverso, repensando-se a posição do administrador e disponibilizando-lhe alguns instrumentos que se têm revelado essenciais ao exercício da profissão.

Entendemos que o legislador não seguiu uma linha de pensamento “cronologicamente lógica”, uma vez que antes da consagração de regimes de responsabilização dos administradores deveria, *a priori*, ter estabelecido medidas através das quais definiria os meios a proporcionar ao administrador, para que este pudesse com toda a segurança e confiança administrar a sociedade.

Nas palavras de GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “o grande dilema da gestão é o de correr ou não certos riscos necessários ao desenvolvimento da empresa; evitá-los, significa oferecer à concorrência um espaço de atuação que poderia ser ocupado e aproveitado pela própria sociedade, e assim restringir as oportunidades de expansão e penetração da empresa, com o efeito multiplicador de perda de oportunidades de negócio.”¹⁰⁷

Nesse sentido, a ilustre Autora refere, e bem, que “os administradores dispõem-se mais tranquilamente a assumir a direção das sociedades, com a almofada do seguro de responsabilidade civil a amortecer o impacto financeiro, no seu património pessoal, de eventuais pedidos de indemnização contra eles dirigidos por danos causados à sociedade ou a terceiros no exercício da administração.”¹⁰⁸ O exercício de um cargo de administração pressupõe a assunção de responsabilidades e, portanto, não é aconselhável um regime de responsabilidade civil que asfixie a gestão societária. Por isso, o seguro permitiria oferecer ao administrador a tranquilidade necessária para que este pudesse dedicar-se à gestão da sociedade comercial.

ELISABETE RAMOS diz, e bem, que a “manutenção do carácter não obrigatório do *D&O Insurance* [para administradores] parece sugerir que este se centra na proteção dos administradores segurados, mais do que na dos terceiros lesados pela atuação ilícita e culposa daqueles.”¹⁰⁹ Ora, não foi essa a ideia consagrada com a introdução dos “titulares de indemnizações” no art. 396.º do CSC.

Concordamos, por isso, em parte com MARGARIDA LIMA REGO que entende “por identidade de razão (...) aplicar ao seguro de responsabilidade civil de administradores (...), na parte destinada a dar cumprimento a esta imposição legal [de prestar caução], o

¹⁰⁶ Vide RAMOS, 2010, p. 339.

¹⁰⁷ Citamos DIAS, 2007, p. 320. Para mais desenvolvimentos, vide TEIXEIRA, 2014.

¹⁰⁸ Citamos DIAS, 2007, p. 320.

¹⁰⁹ Cfr. RAMOS, 2010, p. 317.

regime dos seguros obrigatórios de responsabilidade civil constante dos arts. 146.º a 148.º LCS.”¹¹⁰

Ponderando a solução de MARGARIDA LIMA REGO, e ainda que a mesma nos pareça mais razoável do que a atual, julgamos que a solução preferível passaria pela eliminação do atual art. 396.º do CSC, consagrando-se no nosso direito societário um seguro de responsabilidade civil obrigatório dos administradores que permita congregar os interesses em conflito dos diversos sujeitos, eventuais *titulares de indemnizações*. Isto porque acreditamos que, apesar das dificuldades em torno da questão, o seguro de responsabilidade civil dos administradores em Portugal deve ser configurado como é o *D&O Insurance* na *praxis* internacional¹¹¹, apenas com a devida atualização face à nossa realidade jurídico-empresarial¹¹², pelos motivos que *infra* consignamos.

Em primeiro lugar, infelizmente, o art. 396.º do CSC não se adequa à *praxis* atual. Veja-se, nesse sentido, que as seguradoras portuguesas criaram um produto adaptado à realidade do art. 396.º do CSC, acabando, todavia, por publicitar, nas suas páginas da internet, um produto muito semelhante ao *D&O Insurance*, contratado pela sociedade comercial, que assume o pagamento do prémio.

A seu respeito, RAÚL VENTURA “assumi saber, mediante informações a que teve acesso, que “o art.396.º CSC tem sido frequentemente desrespeitado (...) Enquanto na legislação anterior, os administradores, sem dificuldades, caucionavam as suas responsabilidades com ações da sociedade, ou suas ou emprestadas por amigos complacentes, caucionar por alguma outra forma admitida por lei, ou substituir a caução por um contrato de seguro, é incómodo e pode ocasionar encargos. Talvez daí, o considerado e perigoso desrespeito da lei.”¹¹³

Ora, para quê manter uma disposição normativa que atualmente é obsoleta e desprovida de valor pela *praxis* jurídico-societária?

Em segundo lugar, coloca-se a questão de saber se a contratação facultativa do seguro de *D&O*, em substituição da prestação de caução, inclui ou exclui da sua cobertura as atuações dolosas dos administradores e, conseqüentemente, garante, ou não, o efetivo ressarcimento dos eventuais *titulares de indemnizações*?

¹¹⁰ Vide REGO, 2008, p. 532, nota de rodapé n.º 1777.

¹¹¹ Veja-se, neste sentido, os considerandos tecidos por ELISABETE RAMOS acerca das vantagens do seguro de *D&O*, aqui, citados na p. 12.

¹¹² Um dos problemas das apólices prende-se com a cópia ou mera tradução das apólices oferecidas pelos seguradores norte-americanos, sem a adequada correspondência de conceitos à realidade factual europeia. Vide RAMOS (2010, p. 289, 297 e 452) e VASCONCELOS (2007, p. 20).

¹¹³ VENTURA, 1994, p.201.

Ora, em princípio, o seguro de *D&O* exclui da sua cobertura as atuações dolosas dos administradores, pelo que, podemos afirmar que o seguro de responsabilidade civil de administradores não permite garantir o efetivo ressarcimento dos potenciais *titulares de indemnizações*.

Nesse sentido, cremos que apenas com a consagração de um seguro de *D&O* obrigatório¹¹⁴ se consegue garantir, com alguma certeza, o ressarcimento dos potenciais lesados pelas alegadas atuações dolosas dos administradores¹¹⁵, até aos limites do capital segurado, sem prejuízo do eventual direito de regresso do segurador sobre o segurado.¹¹⁶

A nossa única preocupação não pode ser o administrador. É como ponto de partida para a análise do seguro de *D&O*, mas o seguro enquanto mecanismo de proteção é muito mais abrangente, abarcando os potenciais lesados¹¹⁷ que serão ressarcidos no âmbito da sua aplicação.

Para tal, teria de ser estipulado um capital mínimo obrigatoriamente seguro, sem que nada, contudo, impedisse a contratação pela sociedade comercial de um seguro que ultrapassasse os limites legais mínimos. Isto porque, sem prejuízo do capital mínimo obrigatoriamente seguro, a questão passa diretamente por entender com precisão qual o valor máximo que a sociedade comercial está disposta a pagar pela apólice¹¹⁸, até porque esta é uma das potenciais lesadas.

Ora vejamos: por norma, os seguradores não aceitam a cobertura das atuações dolosas dos administradores, apesar de a maioria dos seguradores portugueses

¹¹⁴ Vide art. 148.º RJCS. RAMOS (2010, p. 337) entende que a alternativa ao atual regime poderia ser instituir um seguro obrigatório para os administradores.

¹¹⁵ O Conselho Nacional de Supervisores Financeiros (constituída por membros da CMVM, ISP e BP), em análise às dúvidas existentes em torno do art. 396.º do CSC, referiu que “Não parece, assim, admissível a exclusão dos atos ou omissões dolosas praticados pelo administrador. É certo existir doutrina no sentido de que por força do artigo 437.º, § 3.º do Código Comercial está excluída a cobertura de atos dolosos. De facto, de acordo com essa disposição: «O seguro fica sem efeito: (...) Se o sinistro tiver sido causado pelo segurado ou por pessoas por quem ele seja civilmente responsável» Trata-se, no entanto, de uma disposição que não tem sido considerada como imperativa, sendo admissíveis as cláusulas contratuais [e, por maioria de razão, regimes legais especiais] que admitam a cobertura de atos dolosos.”

¹¹⁶ “A começar pelo seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, em que prevalece o valor de proteção da vítima, que será obrigatoriamente ressarcida pelo segurador, embora este seja também tutelado mediante a estatuição de um seu direito de regresso contra o segurado – correndo no entanto por conta do segurador o risco de insuficiência patrimonial deste último.” Cfr. REGO (2008, p.133) e art. 15.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de Agosto.

¹¹⁷ Referimo-nos aos interesses de segurador, tomador de seguro, segurado e alegados titulares de indemnizações. Relativamente à subscrição do seguro obrigatório de responsabilidade civil do ROC, a favor de terceiros, DIAS (2006, p. 207) explica que só uma análise a fundo sob o prisma dos interesses dos diversos sujeitos pode tornar o seguro um verdadeiro instrumento de gestão de risco.

¹¹⁸ AA. VV. (2013, p. 21) menciona que “72% dos responsáveis das empresas em Portugal mostraram-se mais recetivos a comprar um Seguro de Responsabilidade Civil para Diretores e administradores que também ofereça cobertura à própria Sociedade.”

publicitarem o *D&O Insurance* com a assunção desse risco.¹¹⁹ Na maior parte das vezes, os seguradores não aceitam ou, apenas, o fazem em troca do pagamento de um prémio exorbitante.

Acresce que o direito de regresso do segurador sobre o segurado, nos casos em que o segurador não aceite incluir na apólice a cobertura de atuações dolosas dos administradores, também não garante o efetivo ressarcimento dos *titulares de indemnizações*. Isto porque, em regra, as apólices de *D&O* são descritas como *reimbursement policies*¹²⁰, ou seja, o segurador apenas reembolsa o administrador, após a assunção prévia pelo mesmo das despesas de defesa em que incorra. Esta configuração traz sérios problemas para o administrador que se vê demandando em ações de responsabilidade civil e tem de assumir previamente o pagamento dos seus encargos de defesa.

O relevo prático do direito de regresso do segurador apenas é suficientemente útil relativamente a apólices que configurem que o segurador vai assumindo o pagamento das despesas de defesa à medida que vai sendo necessário, nas quais o segurador assume o pagamento de todas as despesas de defesa, ainda que os factos imputados ao administrador não tenham fundamento, sejam falsos ou dolosos. Contudo, relativamente à cobertura pelo segurador das indemnizações, em que os administradores sejam eventualmente condenados, não se coloca em causa esta questão, uma vez que as mesmas só se tornam exigíveis após serem reclamadas em longos e custosos processos em tribunal. Assim, se o tribunal decidir que o administrador atuou dolosamente, o segurador não irá assumir o pagamento das despesas de defesa, nem das indemnizações reclamadas pelo terceiro lesado. Nestes casos, o pagamento das indemnizações tem de ser feito pelo administrador, à custa do seu património pessoal, mas nada garante que os lesados consigam ser ressarcidos.

Desta forma, apenas com a consagração de um seguro obrigatório de responsabilidade civil, com a inclusão da cobertura das atuações dolosas dos administradores, se conseguiria garantir o ressarcimento dos lesados até aos limites do capital segurado, sem prejuízo do eventual direito de regresso do segurador sobre o segurado.

¹¹⁹ Analisando a informação disponibilizada nas páginas da internet pelas companhias de seguros portuguesas, que comercializam apólices de *D&O*, quase todas publicitam a cobertura de atuações dolosas de administradores.

¹²⁰ Neste sentido, *vide* RAMOS, 2010, p. 266, nota de rodapé n.º 1046.

Para assegurar o ressarcimento dos potenciais *titulares de indemnizações*, questionamos hipoteticamente a possibilidade de admitir uma cobertura na apólice do seguro de *D&O*, paga pelo administrador, destinada especificamente à cobertura das suas atuações dolosas, que representaria uma solução mitigada entre a garantia de ressarcimento dos *titulares de indemnizações* e a consciencialização do próprio administrador.¹²¹ Isto porque equacionamos que a celebração de um seguro de responsabilidade civil e a inclusão de uma cobertura paga em parte pelo administrador, teria um efeito de “reforço psicológico” relativamente aos perigos subjacentes ao comportamento que o mesmo venha a adoptar. Contudo, estamos mais uma vez, à semelhança do que se verifica com a aplicação do n.º2 do art. 396.º do CSC, a onerar o administrador com o pagamento do seguro e que, a nosso ver, não se justifica. Pelo que a solução passaria, conforme proposto, pela consagração de um seguro obrigatório de responsabilidade civil dos administradores.

Em terceiro, o *D&O Insurance* arca ainda com a problemática de, por vezes, o capital segurado apenas ser suficiente para pagar as despesas de defesa do administrador e já ser escasso para a assunção de outras coberturas. Ou seja, pese embora a existência do seguro de *D&O*, o administrador teria de suportar o pagamento das indemnizações devidas aos lesados à custa do seu património pessoal. Mais uma vez, o ressarcimento dos eventuais lesados é posto em causa.

Na percepção de CLARA FARIA, se o administrador tiver património suficiente para suportar o pagamento da indemnização, deve-se considerar a questão do limite de indemnização como um factor prejudicial apenas do administrador.

Todavia, partindo-se da função social do seguro e do pressuposto de que um terceiro foi prejudicado pela atuação do administrador e, por isso, pretende ser ressarcido, propomos uma separação entre as coberturas, estipulando limites para cada uma.¹²² Por exemplo, estabelecendo um valor reservado às despesas de defesa e uma outra parte destinada às indemnizações em que o administrador seja condenado, que se não vier a ser necessário, se destinaria à cobertura do excesso de encargos de defesa. Parece-nos uma solução mais adequada.

¹²¹ No mesmo sentido, SÁNCHEZ, 2004, p.4.

¹²² Vide FARIA, 2015, p. 74.

Por fim, chamamos à colação a obrigatoriedade de os revisores oficiais de contas e de os auditores¹²³ possuírem um seguro de responsabilidade civil obrigatório. Nos termos do arts. 418.ºA, n.º2 do CSC e 87.º, n.º 1 e n.º 8 do Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas, aprovado pela Lei 140/2015, de 7 de Setembro, *não podem ser ou manter-se inscritos na lista de revisores oficiais de contas os que não tiverem a sua responsabilidade coberta pelo seguro*. Pelo que, nos termos do n.º 1 e n.º 3 do art. 87.º do Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas, *a responsabilidade civil dos revisores oficiais de contas (...) deve ser garantida por seguro pessoal de responsabilidade civil profissional, com o limite mínimo de € 500.000 por cada facto ilícito, feito a favor de terceiros lesados*.

As sociedades comerciais encontram-se sujeitas à revisão legal de contas sempre que a lei o determine. Ora, nos termos do art. 262.º, n.º2 do CSC, é obrigatória a revisão legal de contas nas sociedades por quotas *desde que, durante dois anos consecutivos, sejam ultrapassados dois dos três limites: total do balanço – € 1.500.000; total de vendas líquidas e outros proveitos - € 3.000.000; número de trabalhadores empregados em média durante o exercício – 50*. Nos termos dos arts. 278.º, 420.º, n.º4 e 446.º do CSC, nas sociedades anónimas a revisão legal de contas é sempre obrigatória, qualquer que seja o modelo de estrutura adoptado.¹²⁴

Nestes termos, para que possam manter a sua inscrição na lista de revisores oficiais de contas e, assim, exercer devidamente as suas funções, nos termos *supra* expostos, os revisores oficiais de contas têm de ter a sua responsabilidade coberta por um seguro de responsabilidade civil. Pelo que, tratando-se de uma exigência legal, prevista nos arts. 418.ºA, n.º2 do CSC e 87.º, n.º 1 e n.º 8 do EOROC, “o seguro do ROC não pode ser dispensado em caso algum, sendo condição para o exercício da atividade.”¹²⁵

Relativamente a esta obrigatoriedade, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS refere que “a responsabilidade do ROC e do auditor é, finalmente, de transferência obrigatória através

¹²³ “O Auditor distingue-se do ROC pelo facto de ter procedido ao respetivo registo como auditor junto da CMVM, ficando assim habilitado a exercer auditoria de sociedades abertas, nos termos impostos pelo art. 8.º do CVM.” *Vide* DIAS, 2006, p. 172.

¹²⁴ DIAS (2007, p. 158) refere que “de acordo com o CSC, as sociedades anónimas têm necessariamente de incluir na sua estrutura de administração e fiscalização um *fiscal único* – o qual, de acordo com as disposições conjugadas dos arts. 278.º, n.º1, al. a) e 413.º, n.º1 do CSC, será obrigatoriamente um ROC ou uma SROC – ou um *conselho fiscal* (arts. 278.º, n.º1, al. b) e 413.º, n.º3), consoante optem pelo modelo clássico ou monista (...) ou pelo chamado modelo germânico ou dualista.”

¹²⁵ Citamos CARVALHO, 2014, p. 42.

da subscrição de um seguro de responsabilidade civil a favor de terceiros.”¹²⁶ Por isso, cremos que, à semelhança dos revisores oficiais de contas, deveria convencionar-se o seguro obrigatório de responsabilidade civil dos administradores, passando o mesmo a constituir uma exigência legal, sem a qual o “candidato a administrador” não poderia exercer funções.

Estes são, de facto, alguns argumentos que nos levam a questionar a obrigatoriedade do seguro de responsabilidade civil dos administradores.¹²⁷

Assim, atento os factos *supra* expostos, o seguro de *D&O* teria de ser alvo de uma análise crítica, ponderando-se qual das soluções seria a mais adequada para acautelar os interesses dos diversos intervenientes - administrador, sociedade comercial e potenciais *titulares de indemnizações*: se através da consagração de um seguro de *D&O* obrigatório em substituição do dever legal de prestação de caução ou mediante a consagração de um seguro de *D&O* obrigatório, com a respectiva eliminação do art. 396.º do CSC, por nós proposta.

A nosso ver, a obrigatoriedade do seguro de responsabilidade civil dos administradores deverá ser numa primeira fase aplicada às sociedades comerciais que tenham ações cotadas no mercado português. Acreditamos que, a seu tempo, se venha a enraizar esta prática no seio das restantes sociedades comerciais, após uma fase inicial de confronto e de conseqüente adaptação ao mercado segurador.

Ambas as soluções nos parecem mais adequadas e preferíveis à atual, pelo que propomos a adopção de uma delas como forma de resolver o impasse legislativo sobre esta questão, em claro prejuízo da saúde económica e do normal desenvolvimento das sociedades comerciais. Julgamos que continuar a ignorar a contratação do seguro de *D&O* pela sociedade comercial não permitirá melhorar a situação de nenhum dos intervenientes *supra* referidos, o que no atual mundo societário, em constante mudança e desenvolvimento no contexto internacional, não se pode admitir. Urge assim adequar a lei à realidade, de forma a que todos os intervenientes societários fiquem a ganhar.

¹²⁶ DIAS, 2006, p. 206.

¹²⁷ *Vide* DIAS (2007, p. 319).

Conclusão

Ao longo desta dissertação procuramos dissecar os diversos problemas decorrentes da interpretação do art. 396.º do CSC.

Do estudo efectuado, resulta uma série de conclusões que sustentam a nossa perspectiva relativamente ao acolhimento do *D&O Insurance* no ordenamento jurídico português:

1. O exercício do cargo de administrador pode ocasionar a constituição de uma obrigação de indemnizar danos ocorridos em patrimónios alheios.
2. O regime societário português acolhe no art. 72.º, n.º2 do CSC a *Business Judgment Rule*. A responsabilidade do administrador é excluída se este *provar que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundos critérios de racionalidade empresarial*.
3. Os administradores não se encontram verdadeiramente protegidos, conforme acontece com a aplicação da *Business Judgment Rule* feita pelos tribunais norte-americanos. Se os administradores não conseguirem provar os requisitos previstos no n.º2 do art. 72.º do CSC, o mérito da sua decisão será avaliado e os administradores correm o risco de serem responsabilizados perante a sociedade.
4. O Reembolso Societário é um mecanismo através do qual a sociedade comercial pode reembolsar o administrador das despesas que este tenha tido no exercício das suas funções. O ordenamento jurídico português não contempla disposições normativas que especificamente regulem esta matéria, mas a apatia legislativa não deve ser entendida como uma ausência de tutela, nem como uma proibição da transferência dos custos de defesa para a sociedade comercial.
5. A primeira apólice de *D&O Insurance* foi comercializada pelo *Lloyd's Bank* em 1934. Atualmente, o mercado segurador impõe que a sociedade comercial assuma a posição de tomadora de seguro, suporte o pagamento do prémio e subscreva um seguro de grupo para todos os membros da administração. As apólices de *D&O* contemplam três coberturas: *Side A*, que protege os administradores dos riscos que não são absorvidos pela *corporate indemnification*; *Side B*, que garante a sociedade pelos montantes desembolsados a título de *corporate indemnification*; *Side C*, que

garante as responsabilidades da própria sociedade comercial perante terceiros lesados.

6. O art. 396.º do CSC estabelece que a responsabilidade dos administradores tem de ser obrigatoriamente caucionada quando estes integrem a administração de sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação e de sociedades que cumpram os critérios da alínea a) do n.º2 do art. 413.º do CSC.
7. A caução pode ser substituída por um contrato de seguro a favor dos titulares de indemnizações, cujos encargos não podem ser suportados pela sociedade, a não ser que este exceda o mínimo legal previsto no n.º1 do art. 396.º do CSC.
8. O *D&O Insurance* não é apto a substituir a prestação de caução, nos termos do n.º 2 do art. 396.º do CSC, uma vez que o pagamento do prémio do seguro não pode ser suportado pela sociedade comercial, devendo ser efetuado pelo administrador que o queira contratar.
9. Em Portugal, a indústria seguradora “construiu” um seguro de responsabilidade civil, com características próprias, moldado em função das exigências do art. 396.º do CSC.
10. É verdade que a introdução do *D&O Insurance* na ordem jurídica portuguesa encontra uma realidade jurídico-empresarial totalmente díspar face à realidade norte-americana. Todavia, apesar das notórias diferenças, acreditamos que os “nossos administradores” se encontram igualmente sujeitos aos riscos da responsabilidade civil e que, uns quantos, intelectualmente preparados e conhecedores do *D&O Insurance*, se sintam compelidos apenas a aceitar cargos em sociedades comerciais que ofereçam esta proteção.
11. Os administradores dispõem-se mais tranquilamente a assumir a direção das sociedades, com a almofada do seguro de responsabilidade civil a amortecer o impacto financeiro, no seu património pessoal, de eventuais pedidos de indemnização contra eles dirigidos por danos causados à sociedade ou a terceiros no exercício da administração.
12. Ponderamos a solução, proposta por MARGARIDA LIMA REGO, de aplicar ao seguro de responsabilidade civil de administradores, na parte destinada a dar cumprimento à prestação de caução, o regime dos seguros obrigatórios de responsabilidade civil constante dos arts. 146.º a 148.º do RJCS. Contudo, julgamos preferível e mais adequado a eliminação do atual art. 396.º do CSC, consagrando no nosso direito societário um seguro de responsabilidade civil obrigatório dos administradores que

permita congregar os interesses em conflito dos eventuais *titulares de indemnizações*.

13. Por norma, os seguradores não aceitam a cobertura das atuações dolosas dos administradores, ou apenas o fazem em troca do pagamento de um prémio exorbitante. Pelo que, apenas com a consagração de um seguro de responsabilidade civil obrigatório, com a inclusão da cobertura das atuações dolosas dos administradores, se conseguiria garantir o ressarcimento dos lesados até aos limites do capital segurado, sem prejuízo do eventual direito de regresso do segurador sobre o segurado.
14. Os revisores oficiais de contas e os auditores têm obrigatoriamente de contratar um seguro de responsabilidade civil obrigatório, nos termos dos arts. 418.ºA, n.º2 do CSC e 87.º, n.º 1 e n.º 8 do Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas. Pelo que, cremos que à semelhança dos revisores oficiais de contas, deveria convencionar-se o seguro obrigatório de responsabilidade civil dos administradores, passando o mesmo a constituir uma exigência legal, sem a qual o “candidato a administrador” não poderia exercer as suas funções.
15. A obrigatoriedade do seguro de responsabilidade civil dos administradores deverá ser numa primeira fase aplicada às sociedades comerciais que tenham ações cotadas no mercado português. Acreditamos que, a seu tempo, se venha a enraizar esta prática no seio das restantes sociedades comerciais.

Bibliografia

- (Coordenação), J. M. (2013). *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*. Coimbra: Almedina.
- Abreu, J. M. (2007). Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social. In G. F. José Custódio Madaleno Geraldo, *Reformas do Código das Sociedades* (Vol. 3, pp. 15-47). Coimbra: Almedina.
- Abreu, J. M. (2010). *Governança das Sociedades Comercias*. Coimbra: Almedina.
- Abreu, J. M. (2010). *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades* (2.^a ed.). Coimbra: Almedina.
- Almeida, A. P. (2006). *Sociedades Comerciais* (4.^a ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- Antunes, J. E. (2011). *Direito das Sociedades*. Porto: Edição de Autor.
- Associação Empresarial de Portugal, F. Rego – Corretores de Seguros e Hiscox – Seguros Especializados. (Janeiro de 2013). *Envolvente Empresarial em Portugal e Seguros de Administradores e Diretores (D&O): Perceção dos Empresários*.
- Barata, S. (16 de Março de 2007). Uma Caução de € 250 000,00! Terão os novos administradores de ser ricos? *Jornal de Negócios*, p. 47.
- Câmara, P. (2008). O Governo das Sociedades e a Reforma do Código de Sociedades Comerciais. In A. F. André Figueiredo, *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades* (pp. 9-141). Coimbra: Almedina.
- Carvalho, C. S. (2014). *O Contrato de Seguro de Responsabilidade Civil do Revisor Oficial de Contas*. Dissertação de Mestrado em Direito das Empresas, Instituto Universitário de Lisboa - Escola de Ciências Sociais e Humanas, Economia Política, Lisboa.
- Cordeiro, A. M. (Setembro de 2006). Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades. *Revista Ordem dos Advogados*.
- Correia, L. B. (1993). *Os Administradores de Sociedades Anónimas*. Coimbra: Almedina.

- Costa, R. (2006). Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto. In R. C. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Temas Societários* (Colóquios n.º 2 ed., pp. 24-44). Coimbra: Almedina.
- Costa, R. (2014). *Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina.
- Cunha, P. O. (2012). *Direito das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina.
- Dias, G. F. (2006). Controlo de Contas e Responsabilidades dos ROC. In R. C. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Temas Societários*, (Colóquios n.º2, pp. 155-207). Coimbra: Almedina.
- Dias, G. F. (2007). A Fiscalização Societária Redesenhada: Independência, Exclusão de responsabilidade e Caução Obrigatória dos Fiscalizadores. In R. C. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Reformas do Código das Sociedades* (pp. 280-334). Coimbra: Almedina.
- Faria, C. B. (2015). *O Seguro D&O e a Protecção ao Património dos Administradores*. São Paulo: Almedina.
- Ferreira, B. (2009). Os deveres de cuidado de administradores e gerentes (Análise dos deveres de cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre o controlo societário). *Revista Direito das Sociedades I*, pp. 681-737.
- Frada, M. C. (2012). O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores? In *Direito das Sociedades em Revista* (Vol. 8, pp. 65-74). Coimbra: Almedina.
- Gomes, J. (1989). *Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?* In Separata da *Revista de Direito e Economia* (Vol. 15, pp. 105-144). Coimbra: Coimbra Editora.
- Hevesi, A. (11 de 2005). Director Liability. *Delaware Journal of Corporate Law*, 31.
- Holderness, C. G. (1990). Liability Insurers as Corporate Monitors. *International Review of Law and Economics*, pp. 115-129.

- James J. Hanks, J. (Agosto de 1988). Evaluating Recent State Legislation on Director and Officer Liability Limitation and Indemnification. *The Business Lawyer*, 43 (4), pp. 1207-1254.
- Kean, F. (11 de Julho de 2016). *Survey explores directors' emerging D&O liability concerns*. Obtido em 17 de Agosto de 2016, de Willis Towers Watson: <https://www.towerswatson.com/en/Insights/Newsletters/Global/executive-pay-matters/2016/Survey-explores-directors-emerging-DO-liability-concerns>
- Monteiro, A. P. (1985). *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina.
- Nunes, P. C. (2006). *Corporate Governance*. Coimbra: Almedina.
- Pedro Romano Martinez, L. C. (2009). *Lei do Contrato de Seguro Anotada*. Coimbra: Almedina.
- Ramos, M. E. (2010). *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores - Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*. Coimbra: Almedina.
- Ramos, M. E. (Março de 2012). *D&O Insurance e o projecto dos princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro*. *Direito das Sociedades em Revista*, 7, pp. 175-200.
- Rego, M. L. (Agosto de 2008). *Contrato de Seguro e Terceiros*. Dissertação para Doutoramento em Direito Privado, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Lisboa. Obtido em Julho de 2016: https://run.unl.pt/bitstream/10362/8402/3/MLR_TD_2008.pdf
- Rego, M. L. (2011). A quem aproveita o seguro de responsabilidade civil de administradores celebrado para os efeitos do art. 396.º CSC? In *I Congresso Direito das Sociedades em Revista* (pp. 419-450). Coimbra: Almedina.
- Ribeiro, M. F. (2009). *A tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a "Desconsideração da Personalidade Jurídica"* Coimbra: Almedina.
- Romano, R. (01 de 01 de 1989). *What Went Wrong with Directors' and Officers' Liability Insurance?* Obtido em Julho de 2016, de Yale Law School: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2997&context=ss_papers

- Sánchez, A. R. (Abril de 2004). El seguro de responsabilidad civil de los administradores de una sociedad anónima. (www.indret.com, Ed.) Universidad de Castilla-La Mancha, Barcelona.
- Serafim, S. d. (2011). Os Deveres Fundamentais dos Administradores: O Dever de Cuidado, a Business Judgment Rule e o Dever de Lealdade. In A. VV., *Temas de Direito das Sociedades* (Wolters Kluwer Portugal ed., pp. 495-596). Coimbra: Coimbra Editora.
- Serens, M. C. (2012). *Os Administradores de Sociedades Anónimas*. Coimbra: Almedina.
- Silva, J. S. (1997). Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades: os Deveres Gerais e os Princípios da Corporate Governance. In *Revista da Ordem dos Advogados* (Vol. II, pp. 605-628).
- Simão, J. C. (2013). O Contrato de Seguro-Caução: contributo para um estudo do seu regime legal e compreensão da sua natureza jurídica. In J. Miranda, *O Direito* (pp. 677-709). Coimbra: Almedina.
- Soares, C. P. (2014). *A designação de administradores com contrato de trabalho*. Coimbra.
- Teixeira, S. (2014). *Gestão Estratégica*. Lisboa: Escolar Editora.
- Trautman, L. J., & Altenbaumer-Price, K. (2012). *D&O Insurance: A Primer*. (T. A. Review, Ed.) Obtido em Julho de 2016, de Social Science Research Network: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1998080.
- Triunfante, A. M. (2007). *Código das Sociedades Comerciais Anotado*. Coimbra Editora.
- Vasconcelos, P. P. (1995). *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina.
- Vasconcelos, P. P. (2007). *D&O Insurance: O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anónima*. Coimbra: Almedina.

Ventura, R. (1994). *Novos Estudos sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Colectivo - Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina.