

O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES



UNIVERSIDADE
CATÓLICA PORTUGUESA | FACULDADE
DE DIREITO
ESCOLA DE LISBOA

Raquel José Pita Vieira

Lisboa, 2 de maio de 2018
Universidade Católica Portuguesa | Escola de Lisboa
Dissertação de Mestrado em Direito Empresarial
Sob a orientação: Professor Doutor Rui Pinto Duarte

Lista de Abreviaturas

CC – Código Civil

CCom – Código Comercial

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários

LAS – Lei da Atividade Seguradora (DL n.º 94 – B/98)

RJCS – Regime Jurídico do Contrato de Seguro (DL n.º 27/2008 de 16 de abril alterado pela Lei n.º 147/2015 de 9 de Setembro)

PEICL – *Principles of European Insurance and Contract Law*

PEDC- Princípios Europeus do Direito dos Contratos

TJUE- Tribunal de Justiça da União Europeia

Palavras-chave: administradores; responsabilidade civil; caução; seguro; D&O; PEICL;

Índice

1. Introdução	4
2. O Cauçionamento dos Cargos nas Sociedades Anónimas	5
2.1. Razões da Obrigação de Cauçionamento	5
2.2. Evolução do Direito Português	7
2.3. Obrigados a Prestar Caução	11
2.4. Beneficiários da Caução	13
2.5. Modo de Prestação da Caução	15
2.6. Incumprimento da Prestação de Caução	16
2.7. Do Seguro em Especial	17
3. D&O – Directors and Officers Insurance	19
3.1. Breve Contextualização	19
3.2. Desenvolvimento do D&O	21
3.3. Conteúdo e Cobertura das Apólices de D&O	23
3.4. Novos Tipos de Seguros	26
4. O D&O na Europa	27
4.1. As Diretivas Comunitárias com vista à Harmonização	27
4.2. Problemas de Harmonização com o Mercado Interno	30
4.3. O Grupo <i>Restatement</i>	30
4.4. Unificação <i>versus</i> Harmonização	33
4.5. Futuro para os Princípios	34
5. Considerações Finais	35
6. Bibliografia	39

1. Introdução

A presente dissertação debruça-se sobre o seguro de responsabilidade dos administradores, explorando as suas diversas variações ao longo dos anos, que acompanharam as mudanças no paradigma social.

A obrigação de prestar caução vem desde há muito, nascida no berço das primeiras companhias de comércio, por forma a garantir que os interesses da companhia fossem cumpridos.

Nesta exposição, aborda-se a origem do caucionamento nas sociedades até os dias de hoje, identificando os obrigados à sua prestação bem como os que dela beneficiam e o modo como ela deve ser prestada.

Com o fenómeno da globalização, o D&O tornou-se uma figura incontornável quando se fala do tema do caucionamento da responsabilidade dos administradores. Como tal, parte desta dissertação versa sobre os primórdios do D&O na Europa e a sua conseqüente exportação para os EUA, onde explodiu e se irradiou verdadeiramente tornando-se na figura imprescindível no mercado dos seguros dos dias que correm.

São também explorados os vários tipos de seguros de D&O, uma vez que a sua configuração permite que eles se adaptem às necessidades de cada sociedade e de cada administrador, tornando-se assim num instrumento versátil e útil aos dois lados.

Como o seguro de responsabilidade dos administradores no ordenamento jurídico português e o D&O norte-americano aparentam estar intimamente ligados no que concerne à sua função de proteção, não só dos administradores como da própria sociedade, abordam-se questões como a da transposição do D&O para o ordenamento jurídico português e a das figuras que no contexto nacional podem fazer a sua vez.

Afigura-se ainda pertinente tratar do tema do D&O no contexto internacional, através de uma análise das tentativas de harmonização do mercado dos seguros no seio da União Europeia, bem como os desafios que um projeto dessa envergadura comporta

2. O Cauçionamento dos Cargos nas Sociedades Anónimas

2.1. Razões da Obrigação de Cauçionamento¹

O dever legal de prestar caução dos administradores de sociedades anónimas, aplicável também aos gerentes de sociedades em comandita por ações, é desde muito um requisito para o cargo de administrador.

Os séculos XVII e XVIII foram marcados pelas Companhias de Comércio que abriram caminho às modernas sociedades anónimas. Estas companhias organizavam-se essencialmente em dois modelos, designadamente, um de cariz mais democrático e outro mais autocrático. O primeiro, iniciado pela *East India Company* inglesa (1600), atribuía uma maior relevância aos poderes da assembleia geral de sócios, restringindo as competências dos administradores. O segundo, instituído pela Companhia Holandesa das Índias Orientais (1602), defendia a supremacia dos administradores em detrimento da autoridade da assembleia geral de sócios.

Com o decurso do tempo, esta diferença entre o “modelo inglês democrático” e o “modelo holandês autocrático” foi-se esmaecendo, ocorrendo uma espécie de miscigenação². O *octrooi* da Companhia das Índias Orientais de 1622 revela um maior equilíbrio entre os poderes dos acionistas e dos administradores, tendo agora os sócios influência na nomeação dos diretores³. O mesmo se pode dizer do *octrooi* que instituiu a Companhia das Índias Ocidentais em 1621.

O modelo inglês, por sua vez, também sofreu alterações, sobretudo após a Revolução de 1688. Constatou-se que grande parte dos acionistas populares apenas tinha interesse nos dividendos que iria auferir, não possuindo grande interesse pela efetiva administração da companhia. No entanto, o legislador inglês, tendo em conta o exemplo holandês onde a

¹A exposição de factos históricos que se segue teve por base os textos de MANUEL NOGUEIRA SERENS constantes da obra identificada na bibliografia.

²SERENS, MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA, *Administradores de Sociedades Anónimas – Da proibição de gerir só dinheiro dos outros à obrigação de prestar caução para o fazer*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 8.

³Os diretores eram os acionistas que se encontravam à frente das câmaras que a companhia englobava, tendo poder para influir nas matérias da companhia, poder que os restantes acionistas não possuíam in MARCOS, RUI MANUEL DE FIGUEIREDO – *As Companhias Pombalinas. Contributo para a História das Sociedades por Acções em Portugal*, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 63 e 64.

autocracia acentuada não se revelou viável, optou por tornar apenas menos democrático o seu modelo, reforçando a posição dos administradores.

Esta convergência entre os dois modelos que se transformaram inversamente deu origem a um novo sistema de organização das companhias, um sistema oligárquico, que “sem desprezar por inteiro a vontade dos (maiores) acionistas, não fazia dos administradores meros executores dessa vontade”⁴.

A característica mais relevante deste novo sistema de *governance* era o requisito que permitia o acesso ao cargo de administrador. Este encontrava-se apenas acessível aos acionistas cujo investimento em ações da companhia correspondesse ao exigido pelos estatutos para tal. Na eventualidade de um administrador perder a titularidade das ações correspondentes ao cargo durante o exercício das funções, a sanção era a perda do cargo.

Sobre este requisito afigura-se pertinente a afirmação de ADAM SMITH relativamente aos administradores das companhias: “(...) sendo administradores mais do dinheiro de terceiros do que do seu próprio dinheiro não se pode esperar que cuidem dele com a mesma vigilância apurada com que frequentemente os membros de uma sociedade privada cuidem do seu. (...) Deste modo, a negligência e o esbanjamento têm sempre, mais ou menos, que prevalecer na administração dos negócios de uma companhia deste tipo”⁵.

Com a fixação de um montante elevado de ações, cuja titularidade é condição necessária para o acesso ao cargo de administrador, pretendia-se que os candidatos a administradores tivessem uma gestão mais cuidada do dinheiro da sociedade uma vez que investiram uma quantia significativa do seu próprio dinheiro.

Em virtude deste entendimento, a competência dos administradores era posta em segundo plano. Era mais importante a garantia oferecida pela sujeição ao risco por parte dos administradores que, investindo o seu próprio dinheiro, seriam leais à companhia, em detrimento da garantia oferecida por um administrador competente, mas que não tivesse investido seriamente o seu dinheiro na companhia.

No sentido de preservar esta lealdade e evitar que os acionistas se juntassem em conluio, na maioria dos estatutos, a transmissão das ações de titularidade dos administradores era proibida. Em certos países, criou-se uma caixa de depósito de ações pertencente à

⁴ SERENS, MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA, *Administradores de Sociedades Anónimas – Da proibição de gerir só dinheiro dos outros à obrigação de prestar caução para o fazer*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 9.

⁵ SMITH, ADAM, *A riqueza das Nações*, Fundação Calouste Gulbenkian, vol. II, 2ª Edição, pp.362-363 *apud* SERENS, MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA, *Administradores de Sociedades Anónimas – Da proibição de gerir só dinheiro dos outros à obrigação de prestar caução para o fazer*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 15, nota 32.

companhia de forma a imobilizar as ações durante o mandato. Este procedimento permitia, de certa forma, caucionar a confiança cometida pelos sócios aos administradores, impedindo que estes passassem a gerir menos dinheiro seu, descurando a gestão da sociedade. Foi assim que nasceu a obrigação da prestação de caução para com a própria companhia.

Face ao acima exposto, e contrastando com os dois modelos históricos apresentados, nomeadamente, o britânico e o continental, Portugal evoluiu de forma mais lenta face aos restantes países europeus no que diz respeito ao nascimento das suas primeiras companhias comerciais. Durante muito tempo, Portugal foi dependente apenas do comércio do Estado, sendo que apenas no século XVII se começou a descobrir e implementar os mecanismos acionistas com a criação das Companhias Pombalinas⁶. Todavia, o começo foi difícil e contou com muitas tentativas falhadas.

2.2. Evolução do Direito Português

No seguimento das rotas de navegação e comércio com as Índias, foram vários os esforços de criação de companhias de comércio em Portugal com vista a maximizar os lucros daí obtidos. No século XVI Portugal encontrava-se sob o domínio espanhol, sendo governado pelo Rei D. Filipe I de Portugal. Este Rei impulsionou a criação da primeira companhia comercial em Portugal para as Índias Orientais em 1587. Embora esta iniciativa tenha sido infrutífera, abriu o caminho para a criação de uma segunda companhia, esta levada a cabo pelo Rei D. Filipe II em 1619, e uma terceira em 1624 constituída através de uma carta régia do Rei D. Filipe III. Esta terceira tentativa foi a que teve mais impacto, uma vez que não só almejava reforçar a linha de comércio com as Índias, mas também fazer com que Portugal se afirmasse no panorama internacional das companhias comerciais, seguindo os exemplos da Holanda e da Inglaterra.⁷ Tratava-se da Companhia das Índias Orientais, cujo Regimento [Estatutos] data do dia 27 de Agosto de 1628⁸.

⁶ MARCOS, RUI MANUEL DE FIGUEIREDO – *As Companhias Pombalinas. Contributo para a História das Sociedades por Acções em Portugal*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 813.

⁷ ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA e NUNO PINHEIRO TORRES, *The Portuguese East India Company (1628-1633)*, in E. GEPKEN-JAGER, G. VAN SOLINGE e L. TIMMERMAN (edit.), *VOC 1602-2002 – 400 Years of Company Law*, Kluwer, 2005, p. 166.

⁸ ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA e NUNO PINHEIRO TORRES, *The Portuguese East India Company (1628-1633)*, in E. GEPKEN-JAGER, G. VAN SOLINGE e L. TIMMERMAN (edit.), *VOC 1602-2002 – 400 Years of Company Law*, Kluwer, 2005, p.167.

No entanto, não houve muita adesão à companhia, não obstante estar consagrado na Carta Régia que a implementou a salvaguarda de que os investimentos na companhia não seriam afetados a outros fins. A falta de interesse em investir na companhia augurava o seu futuro falhanço. A Companhia das Índias Orientais durou apenas 5 anos, sendo dissolvida a 13 de Abril de 1633. Pese embora a sua curta duração, a companhia criou os alicerces para a construção das futuras sociedades comerciais.

Com o passar dos anos as companhias comerciais foram evoluindo, mantendo porém muitas das características da Companhia das Índias Orientais.

Na vigência do “Código Ferreira Borges” de 1833, as sociedades eram estabelecidas através do sistema de concessão. Segundo este, para que uma companhia fosse criada, era necessário obter uma autorização administrativa especial do governo bem como a aprovação dos seus estatutos.

Este código comercial não mencionava obrigatoriedade de caucionar o cargo dos administradores.

A lei de 22 de junho de 1867 veio alterar o modo de estabelecimento das companhias, sendo instituído o sistema normativo ao invés do sistema de concessão. Esta substituição deu-se com proposta de lei apresentada a João Andrade de Corvo Ministro das Obras Públicas, Commercio e Industria a 19 de janeiro de 1867, onde se defendia a liberdade de associação e se criticava o sistema de concessão. A crítica a este sistema consistia fundamentalmente na ineficiência do mesmo em verificar que todas as companhias funcionavam de acordo com o seu propósito inicial e que o seu capital era real, bem como no desconhecimento dos direitos e deveres por parte dos associados que confiavam plenamente na tutela do Estado.

MANUEL NOGUEIRA SERENS realça a natureza da substituição do sistema de concessão pelo sistema normativo, argumentando que este foi implementado à luz de um ideal de concorrência anti-liberal enquanto o sistema de concessão era um instrumento de política económica que funcionava de forma muito semelhante às leis de defesa da concorrência atuais, na medida que que estas tentam impedir uma excessiva concentração de poder de mercado⁹.

Esta não foi a única alteração que ocorreu em 1867. Os administradores teriam agora de ser obrigatoriamente associados, salvo no caso de existirem tarefas que exigissem conhecimentos técnicos que estes não dispunham, sendo que aí era admissível confia-las a

⁹ SERENS, MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA, *Administradores de Sociedades Anónimas – Da proibição de gerir só dinheiro dos outros à obrigação de prestar caução para o fazer*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 24, nota 68.

gerentes não associados. Quanto à caução, ainda por regular, apenas foi mencionada num relatório publicado no *Diário de Lisboa* n.º 19 de 24 de janeiro de 1867. Este reconhecia que a exigência de caução aos administradores era uma prática habitual nas sociedades anónimas de dimensão relevante, no entanto, a garantia que esta proporcionava era “puramente ilusória, não havendo relação alguma entre o seu valor e a importância dos capitais confiados à gerência dos administradores”¹⁰. Como conclusão, o autor do relatório declarou que qualquer lei que regulasse a caução nunca seria verdadeiramente adequada sendo por isso mais conveniente e eficaz que os próprios interessados a regulassem nos estatutos da sociedade ou no seu pacto social. O legislador português optou por seguir este entendimento deixando assim a caução por regular.

Somente em 1888, com um novo código comercial em vigor, o apelidado “Código Veiga Beirão”, é que se começou a delinear a disciplina da caução. O artigo 174º do referido código estabelecia que “os diretores caucionarão sempre a sua gerência na forma estabelecida nos estatutos, e, no silêncio destes, pela que for determinada em assembleia geral, sem o que não poderão entrar em exercício”.

Esta redação era inovadora em certos aspetos comparativamente à estabelecida noutros ordenamentos jurídicos europeus, em especial à dos ordenamentos jurídicos francês e italiano. No que concerne ao montante da caução, manteve-se a prescrição francesa, sendo este deixado ao critério dos sócios. Porém, relativamente aos valores com os quais a caução poderia ser constituída o legislador português decidiu inovar ao estipular a liberdade quanto à espécie da caução. Outros ordenamentos jurídicos, como o belga ou o italiano, consagravam que a caução tinha de ser constituída por títulos representativos da sociedade em questão, com a particularidade (ao contrário do ordenamento jurídico português) de os administradores não terem de ser obrigatoriamente sócios da sociedade. LUÍS DA CUNHA GONÇALVES defendeu esta opção do legislador argumentando que não se deveria dar preferência às ações da própria sociedade uma vez que estas têm apenas “o valor que deriva do crédito da própria sociedade”¹¹ ficando esta como garante de si mesma, com ações que podem nem ser cotadas. Acrescenta ainda que, inclusive os casos em que os estatutos da sociedade dessem preferência à caução prestada na espécie de ações da própria sociedade,

¹⁰ Relatório, cit., *Diário de Lisboa*, n.º 19, de 24 de janeiro de 1867, p. 195, primeira coluna *apud* SERENS, MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA, *Administradores de Sociedades Anónimas – Da proibição de gerir só dinheiro dos outros à obrigação de prestar caução para o fazer*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 63.

¹¹ SERENS, MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA, *Administradores de Sociedades Anónimas – Da proibição de gerir só dinheiro dos outros à obrigação de prestar caução para o fazer*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 66.

não deveria ser vedada a prestação de qualquer outra espécie de bens (*caução em dinheiro, hipoteca, fundos públicos ou quaesquer outros títulos de absoluta segurança*¹²), devendo existir sempre uma alternativa. Também de encontro a esta posição, MANUEL NOGUEIRA SERENS explicou a disfuncionalidade da caução constituída por ações da própria sociedade como sendo “*um remendo de tecido (dogmaticamente) novo em tecido (pragmaticamente) usado*”¹³, isto é, o valor das ações que constituíam a caução seria sempre afetado pelas falhas de gestão dos administradores, sendo que no momento de crise da sociedade em que fosse necessário recorrer às mesmas o seu valor seria irrisório.

Contudo, apesar deste alargamento relativamente à espécie da caução, a prática mais comum continuava a ser a da caução constituída com ações da própria sociedade, em grande parte devido ao facto de esta forma de caução ser a única regulada especificamente, nomeadamente no artigo 168º n. 5.

Afigura-se pertinente perceber se essas ações tinham de ser nominativas ou não. Em Itália, o *Codice di Commercio* de 1872 consagrava que a caução a prestar pelos administradores fosse constituída por ações da própria sociedade e que estas teriam de ser nominativas. Já em França, essa exigência foi alterada pela Lei de 6 de janeiro de 1969¹⁴, podendo a caução ser prestada em ações ao portador desde que fossem depositadas no banco e não na caixa da sociedade. A caixa da sociedade destinava-se apenas ao depósito de ações nominativas.

O legislador português manteve a mesma liberdade que tomou relativamente aos valores com que poderia ser constituída a caução, não especificando o regime a que as ações dadas como caução ficariam sujeitas, pelo que as opiniões divergem. MANUEL NOGUEIRA SERENS defende que estas ações deveriam ser imperativamente nominativas, sendo inalienáveis e depositadas na caixa da sociedade constituindo um penhor em favor da sociedade. Por outro lado, RAÚL VENTURA e BRITO CORREIA, conquanto concordavam que as ações que constituíam a caução deveriam ser nominativas e depositadas, entendiam que as mesmas podiam ser alienadas a favor de um terceiro, desde que este aceitasse o ónus de consignação à caução.

¹² SERENS, MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA, *Administradores de Sociedades Anónimas – Da proibição de gerir só dinheiro dos outros à obrigação de prestar caução para o fazer*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 66.

¹³ SERENS, MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA, *Administradores de Sociedades Anónimas – Da proibição de gerir só dinheiro dos outros à obrigação de prestar caução para o fazer*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 27.

¹⁴ Esta lei alterou o artigo 26º da Lei de 1867 e o artigo 95º da Lei de 1966 que exigiam que as “ações de garantia” fossem nominativas.

No caso de o administrador não prestar a caução, o legislador português previu uma sanção, designadamente o impedimento do diretor faltoso entrar em exercício de funções. Esta foi uma inovação face aos ordenamentos jurídicos francês e italiano que não previam qualquer tipo de sanção para os administradores inadimplentes.

2.3. Obrigados a Prestar Caução

De acordo com artigo 396º do CSC, a obrigação de prestar caução recai sobre cada administrador, isto é, a pessoa singular que exerce o cargo de administrador em nome próprio (390º nº4). Esta obrigação aplica-se de igual modo aos gerentes de sociedades em comandita por ações. Encontram-se excluídos desta obrigação os administradores não executivos e não remunerados (396º nº5).

Este dever legal de prestar caução incide assim sobre o administrador único (artigos 396º nº1, 390ºnº2 e 424º nº2); sobre cada um dos membros do conselho de administração, sobre cada um dos membros do conselho de auditoria (423º - B nº1) e sobre cada um dos membros do conselho de administração executivo (433º nº2).

Aos altos funcionários das sociedades anónimas não é exigido este dever por não serem administradores, mas já os gestores públicos de sociedades anónimas e em comandita por ações têm de prestar caução, conforme previsto no artigo 40º do DL 71/2007 de 27 de março.

Todavia, existem casos específicos em que pode ser concedida uma dispensa da prestação de caução através da deliberação da assembleia geral ou por via estatutária.

Esta possibilidade de dispensa de caução, consagrada no artigo 396º só vale para administradores em concreto, sendo assim proibida a criação de uma cláusula estatutária abstrata e geral para esse efeito.

Para que tal dispensa ocorra, caso se trate de uma sociedade constituída segundo o modelo previsto no artigo 278º nº1 alínea a) e b), isto é, quando a sociedade tem por estrutura organizatória um conselho de administração, um conselho fiscal e um conselho de administração com comissão de auditoria e um revisor oficial de contas, os acionistas em assembleia geral deliberam a decisão de dispensa de caução do administrador em concreto. Já nas sociedades anónimas que tenham por estrutura um conselho de administração executivo, um conselho geral e de supervisão e um revisor oficial de contas, tal como tipificado no artigo 278º nº1 alínea c), a decisão de dispensa de caução cabe ao conselho geral e de supervisão.

Esta dispensa não é aplicável aos “administradores de sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado de “grandes anónimas” (413º nº1 alínea a))”¹⁵ de modo garantir sempre a sua responsabilidade.

Além das dispensas acima mencionadas, a lei de 66-B/2012 de 31 de dezembro de 2012 fez um aditamento ao artigo 396º consagrando uma dispensa de prestação de caução destinada aos administradores não executivos e aos administradores não remunerados. MARIA ELISABETE RAMOS aponta uma questão pertinente quanto à interpretação deste nº5, nomeadamente, a de saber se o legislador se refere às duas categorias separadamente ou se se trata de um requisito cumulativo (administradores não executivos e não remunerados)¹⁶. Face aos diferentes tipos de sociedades anónimas existentes, a interpretação deste artigo cria algumas situações dúbias. A título de exemplo, MARIA ELISABETE RAMOS indica algumas situações controversas¹⁷. No caso de um administrador não executivo integrar a comissão de auditoria (423-B nº3), se interpretarmos o nº5 do artigo 396º como um requisito cumulativo para a dispensa, este seria aplicável aos membros da comissão de auditoria que não sejam remunerados. No entanto, os membros do conselho fiscal e os membros do conselho geral de supervisão estão legalmente obrigados a prestar caução (418º-A nº1 e 445º nº3) não lhes sendo possível aplicar a dispensa em virtude de não serem administradores. Uma possível solução para este conflito, segundo MARIA ELISABETE RAMOS, seria a de optar por uma interpretação restritiva do nº5 do artigo 396º não se aplicando a dispensa de caução legal aos membros da comissão de auditoria. Assim, os titulares de órgãos administradores ficariam obrigados à prestação de caução, independentemente da estrutura organizatória assumida.

Outra questão que suscita conflito é de saber se esta dispensa legal do nº5 do artigo 396º também se aplica aos administradores não executivos e não remunerados pertencentes às sociedades anónimas emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e das “grandes anónimas” (396º nº2). O nº5 do artigo 396º tem um conteúdo muito amplo e não faz a distinção entre os tipos de sociedades enquanto o nº3 do referido artigo distingue. MARIA ELISABETE RAMOS parece entender que é precisamente nas

¹⁵ RAMOS, MARIA ELISABETE, *Comentário ao artigo 396º do CSC*, in ABREU, JORGE M. COUTINHO DE (coordenação) – *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. VI, Coimbra, Almedina, 2013, p. 309.

¹⁶ RAMOS, MARIA ELISABETE, *Comentário ao artigo 396º do CSC*, in ABREU, JORGE M. COUTINHO DE (coordenação) – *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. VI, Coimbra, Almedina, 2013, p. 310.

¹⁷ RAMOS, MARIA ELISABETE, *Comentário ao artigo 396º do CSC*, in ABREU, JORGE M. COUTINHO DE (coordenação) – *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. VI, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 310 e 311.

sociedades anónimas emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e nas “grandes anónimas” que a dispensa legal adquire efeito útil, uma vez que nas restantes sociedades os sócios têm a possibilidade de deliberar dispensa de caução.

A última questão prende-se com os gestores públicos que, como supra elucidado, estão legalmente obrigados a prestar caução. Poderá a dispensa legal do nº5 do artigo 396º aplicar-se aos gestores públicos não executivos e não remunerados? Neste sentido, PAULO OLAVO CUNHA explora a possibilidade de o legislador ter acrescentado este nº5 com o intuito de dispensar a prestação de caução a gestores públicos não executivos e não remunerados de grandes sociedades anónimas que não aceitariam o cargo se estivessem legalmente obrigados a prestar caução para o fazer¹⁸.

2.4. Beneficiários da Caução

A mais recente redação do artigo 396º do CSC, dada pelo DL – 76-A/2006 de 29 de março (reforma societária de 2006) não especifica quem são os beneficiários da caução. A redação originária seguia a orientação de que a caução garantia somente a responsabilidade perante a sociedade e a evolução do direito, como supra referido, também seguia esse sentido.

No entanto, esta nova redação do artigo 396º CSC aboliu um dos principais argumentos a favor desse entendimento ao substituir no seu nº2 a “*caução pode ser substituída por um seguro a favor da sociedade*” por “*a caução pode ser substituída por um seguro a favor dos titulares de indemnizações*”.

Não obstante esta alteração, ainda existem autores, como é o caso de MARIA ELISABETE RAMOS, que defendem que a caução aproveita exclusivamente à sociedade.

Esta autora fundamenta a sua posição argumentando que é à sociedade quem compete exigir o cumprimento do dever legal de prestar caução, sendo da competência do órgão de fiscalização verificar se o dever foi efetivamente cumprido ou não (artigos 402º nº1 alínea a) e b), 423º nº1 alínea a) e 441º alínea d) e e)). A assembleia geral ou os próprios estatutos da sociedade podem em certos casos dispensar a prestação de caução, e o incumprimento do dever de prestar caução tem como consequência a cessação de funções dos administradores

¹⁸ CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito Empresarial para Economistas e Gestores*, Almedina, 2013, p.301, nota 14 *apud* RAMOS, MARIA ELISABETE, *Comentário ao artigo 396º do CSC*, in ABREU, JORGE M. COUTINHO DE (coordenação) – *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. VI, Coimbra, Almedina, 2013, p. 311, nota 25.

inadimplentes, ou seja, a sociedade é que regula quase todos os aspetos da caução, pelo que faz sentido que esta seja exclusivamente a seu favor¹⁹. Mais ainda, existem demasiados entraves a que outras pessoas possam exigir a caução, uma vez que não existe nenhum instrumento legal que o permita. A maior dificuldade consiste, refere a autora, “no facto de as disposições sobre o processo especial relativo à prestação de caução pressuporem que a caução seja prestada por sujeito(s) determinado(s) e seja exigida por sujeito(s) determinado(s) (artigos 906º,s., do CPC aprovado pela lei 41/2013 de 26 de junho)”²⁰.

Em opinião divergente, encontra-se MARGARIDA LIMA REGO, que defende que a caução não é exclusivamente a favor da sociedade. Embora conceda que os restantes titulares de indemnizações não têm ao seu dispor direitos ou instrumentos comparáveis aos da sociedade, “em virtude da sua indeterminabilidade aquando da prestação da caução, essa circunstância não suporta a conclusão de que se tenha vedado o seu acesso”²¹. Primeiramente há que delimitar o universo de beneficiários da caução, sendo este constituído apenas pelos credores de indemnizações por danos pelos quais os administradores respondam na qualidade de administradores. Encontram-se excluídos todos e quaisquer titulares de direitos contra os administradores que não digam respeito ao exercício das suas funções. Outro elemento a considerar é o princípio inerente à personalidade coletiva que integra o regime de responsabilidade civil dos administradores consagrado no CSC, de que a sociedade responde pelos atos e omissões causados pelos seus administradores no exercício das suas funções. Quando a conduta de um administrador, durante o exercício das suas funções, é causa propícia à produção de danos, é necessário determinar se por estes responde a sociedade (verificados os pressupostos para a responsabilidade civil da sociedade) ou se é responsável o próprio administrador. No caso de danos da própria sociedade, cumpre saber se é a própria a suportá-los ou se há a possibilidade de imputá-los aos administradores. Com base neste sistema de responsabilidade civil podemos elencar as seguintes categorias de lesados a quem se reconhece uma pretensão contra os administradores: a própria sociedade, perante quem os

¹⁹ RAMOS, MARIA ELISABETE, *Administradores de sociedades anónimas e o dever legal de garantir a responsabilidade* in *Direito das Sociedades em Revista* – Ano 3, vol. 5, Almedina, março 2011, p.63.

²⁰ REGO, MARGARIDA LIMA, *Comentário ao artigo 396º do CSC*, in ABREU, JORGE M. COUTINHO DE (coordenação) – *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. VI, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 313 e 314.

²¹ REGO, MARGARIDA LIMA, *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*, Almedina, maio 2011, p. 448.

administradores respondem pela violação de deveres específicos no exercício das suas funções; quaisquer terceiros, incluindo os acionistas, nos termos gerais, pelos danos que os administradores lhes causem, no exercício das suas funções; e os credores sociais (terceiros com títulos de crédito contra a sociedade), respondendo os administradores quando a sociedade não tenha património suficiente e por ela sejam os administradores responsáveis, devido à violação de normas de proteção que contribuíram significativamente para a produção dos danos desses credores²².

MARGARIDA LIMA REGO entende que o dever de prestar caução consagrado artigo 396º tem finalidade apenas garantir as obrigações de indemnizar reguladas no CSC, sendo esta garantia estendida a todos os titulares de indemnizações que façam parte do universo²³ acima delimitado²⁴.

Parece a segunda posição ir mais de encontro à atual redação do artigo 396º CSC, visto o legislador ter substituído no nº 2 o “a favor da sociedade” por “a favor dos titulares de indemnizações”, o que se compagina com o sistema de responsabilidade civil dos administradores estabelecido no CSC.

2.5. Modo de Prestação da Caução

No que toca ao modo de prestação da caução, o artigo 396º nº1 apenas impõe que cada administrador caucione a sua responsabilidade, não indicando, porém, a espécie da caução. Assim sendo, infere-se que a caução pode ser prestada por meio de depósito de dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos, através de um penhor, hipoteca ou ainda de uma fiança bancária, como estabelecido no artigo 623º nº1 CC. A caução prestada através de depósito de dinheiro, títulos de crédito ou pedras ou metais preciosos, constitui penhor a favor da sociedade em virtude do estabelecido no artigo 666º nº2 CC, ficando assim sujeita ao regime dessa garantia real. A idoneidade da caução deve ser acordada entre o

²² REGO, MARGARIDA LIMA, *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*, Almedina, maio 2011, p. 449.

²³ Refere ainda a possibilidade do Estado integrar o universo de potenciais lesados na sua qualidade de credor de indemnizações fundadas em responsabilidade tributária, ob. cit. p. 450.

²⁴ REGO, MARGARIDA LIMA, *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*, Almedina, maio 2011, p. 450.

administrador e a sociedade, sendo que no caso de não haver consenso, compete ao tribunal decidir (623º nº3 CC).

Todavia, o nº2 do artigo 396º permite que a caução seja substituída por um seguro a favor dos titulares de indemnizações, de que se falará em seguida.

2.6. Incumprimento da Prestação de Caução

O nº4 do artigo 396º estabelece que “a responsabilidade deve ser caucionada nos 30 dias seguintes à designação ou eleição e a caução deve manter-se até ao fim do ano civil seguinte àquele em que o administrador cesse as suas funções por qualquer causa, sob pena de cessação imediata de funções”. Esta sanção para a falta de prestação de caução suscita algumas dúvidas quanto à sua aplicação prática. Nas palavras de RAÚL VENTURA, “(...) bem que está que o administrador cesse funções enquanto as exerce; mas se a caução não se mantiver até ao fim do ano civil seguinte àquele em que o administrador cesse as suas funções por qualquer causa, a sanção não pode consistir na cessação imediata de funções”²⁵. A interpretação mais correta deste artigo parece ser a encontrada para o artigo 2387º do *Codice Civile* italiano, uma das leis que mais influenciou o código português. A frase “*decadono dell’ufficio*”, foi interpretada como “caducidade da nomeação, a qual ocorre de direito, com eficácia imediata, sem necessidade de declaração da assembleia ou de registo”²⁶. Deste modo, decorridos 30 dias da designação ou eleição do administrador sem que este tenha prestado a devida caução, ou se a caução prestada não se mantiver, a designação ou eleição caduca, deixando assim a pessoa de ser administrador imediatamente.²⁷

Ainda nesta nota, cumpre clarificar que a falta da prestação de caução obriga à cessação de funções, mas não é necessariamente uma causa de caducidade do mandato, possibilitando apenas a destituição no caso de a situação não ser regularizada²⁸, sendo válidos os atos

²⁵ VENTURA, RAÚL, *Novos Estudos Sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Colectivo – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 1994, p.203.

²⁶ VENTURA, RAÚL, *Novos Estudos Sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Colectivo – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 1994, p.204.

²⁷ VENTURA, RAÚL, *Novos Estudos Sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Colectivo – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 1994, p.204.

²⁸ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Comentário ao artigo 396º* in CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (coordenação) - *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Códigos Comentados da Clássica de Lisboa, Almedina, 2009, p. 794.

praticados entretanto. Como realça ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, a regra da cessação de funções deve ser aplicada conforme a lógica do Projeto de 1883: “não pode manter-se em funções o administrador cuja responsabilidade não se mostre caucionada; todavia, a situação fica integralmente reparada logo que, ainda que supervenientemente, toda a eventual responsabilidade se mostre garantida. Nem a sociedade nem terceiros podem ser prejudicados pela falta de caução: isso ficaria totalmente fora do espírito da lei.”²⁹

Deste modo, o administrador inadimplente tem o dever de abandonar o exercício do cargo após a caducidade da sua eleição, sendo responsável perante a sociedade pelos prejuízos causados por esta situação.

2.7. Do Seguro em Especial

O seguro de responsabilidade civil celebrado pelos ou por conta dos administradores de sociedades anónimas como cumprimento da obrigação de prestar caução é uma figura francamente recente no universo dos seguros em Portugal. As particularidades impostas pelo artigo 396º CSC obrigaram a que se criasse um seguro personalizado às exigências referidas na matéria de prestação de caução. Uma vez que não só os administradores mas também os titulares dos órgãos de administração e fiscalização das sociedades se encontram obrigados a caucionar o seu cargo (artigos 396º, 418º-A nº1, 433º nº2 e 445º nº3), este seguro é muitas vezes contratado com esse propósito, assumindo o nome de “seguro de responsabilidade civil dos titulares dos órgãos sociais”³⁰.

Em teoria, não se afiguraria necessário recorrer a um seguro de responsabilidade civil dos administradores para fazer a vez da caução, bastando para tal o recurso ao seguro-caução. Trata-se de uma garantia pessoal regulada pela lei que permite cobrir o risco de incumprimento ou de mora no cumprimento de obrigações suscetíveis de caução (desde que se possa fazer uso de uma garantia pessoal), fiança ou aval. Todavia, uma vez que este seguro

²⁹ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Comentário ao artigo 396º* in CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (coordenação) - *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Códigos Comentados da Clássica de Lisboa, Almedina, 2009, p. 794.

³⁰ REGO, MARGARIDA LIMA, *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*, Almedina, maio 2011, pp. 419 e 420.

não cobre danos não patrimoniais ou lucros cessantes não é o mais indicado para os propósitos do artigo 396º, não sendo por isso utilizado³¹.

O seguro de responsabilidade civil dos administradores em Portugal encontra-se tipificado no artigo 123º alínea 13) da LAS e regulado nos artigos 137º e seguintes do RJCS. O artigo 123º da LAS classifica-o como sendo um seguro pertencente ao ramo “não vida” integrando a modalidade de “responsabilidade civil geral”. O seguro de responsabilidade civil tem como função a cobertura do risco de constituição de uma obrigação de indemnizar terceiros no património do segurado, conforme o artigo 137º do RJCS.

Este seguro tem sido deveras usado em substituição da caução para efeitos do artigo 396º, e terá sido a modalidade de seguros visada pelos autores materiais do artigo na sua redação original e igualmente pelos autores da redação atual. Pese embora esta nova redação pareça ir de encontro ao D&O, tão popular a nível internacional, a verdade é que as particularidades do artigo 396º impedem uma adoção plena dessa figura³². O D&O é um seguro de responsabilidade civil, contratado pelas empresas a favor, consoante os casos, da sociedade e dos credores da mesma. Enquanto o D&O abrange a cobertura da responsabilidade dos administradores quer perante a sociedade, quer perante terceiros, o nº2 do artigo 396º estabelece que a sociedade não pode suportar os encargos do seguro correspondentes aos montantes legais previstos no nº1 do referido artigo. Esta proibição faz com que a sociedade fique impedida de pagar o prémio e, por conseguinte, não possa, na qualidade de tomadora de seguro, contratar um seguro por conta de todos os administradores da sociedade. Haverá sempre uma parte dos encargos que será necessariamente suportada pela seguradora.³³

Inversamente, no D&O, a sociedade é a tomadora de seguro, sendo ela a contratar e a pagar o prémio de uma apólice única que engloba todos os administradores, inclusive os administradores que exerçam as suas funções em sociedades coligadas ou em outras

³¹ REGO, MARGARIDA LIMA, *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*, Almedina, maio 2011, p. 422.

³² REGO, MARGARIDA LIMA, *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*, Almedina, maio 2011, p. 423.

³³ RAMOS, MARIA ELISABETE – *O seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores – Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, Outubro 2010, pp. 332-335.

sociedades (por designação da sociedade). Neste contexto, os administradores cobertos pelo seguro ficam isentos de quaisquer encargos relacionados com o seguro.

Outra questão é a cobertura de atos dolosos. Por norma, o D&O não cobre atos dolosos. Também no nosso ordenamento jurídico, as reclamações que tenham por base atos dolosos ou fraudulentos são geralmente excluídos da cobertura do seguro de responsabilidade civil, sendo sustidas pelo património do próprio lesado. Embora o nº1 do artigo 46º RJCS admita em casos especiais a cobertura de atos dolosos em virtude da evolução do artigo 437º do CCom, a verdade é que a prática comum continua a ser a da exclusão da cobertura destes atos.³⁴

Tendo em conta estas diferenças, o mercado nacional tem vindo a evoluir no sentido de criar um seguro especificamente moldado em função das exigências do 396º, que resulta da cumulação de um seguro de responsabilidade civil com um seguro com características D&O³⁵. Nas palavras de MARGARIDA LIMA REGO, “a cumulação das duas modalidades de seguro parece ser o modo mais eficiente de satisfazer os requisitos deste dever legal sem deixar de contratar as coberturas mais convenientes para uma efetiva proteção das administrações, com os capitais seguros adequados à dimensão e atividade de cada sociedade”³⁶.

3. D&O – Directors and Officers Insurance

3.1. Breve Contextualização

Embora se tenha desenvolvido nos EUA, as raízes do D&O remontam à Europa, mais precisamente à Alemanha.

Face à promulgação das leis sobre as sociedades anónimas (1884), sobre as cooperativas (1889) e sobre sociedades de responsabilidade limitada, equivalentes às

³⁴ RAMOS, MARIA ELISABETE – *O seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores – Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, Outubro 2010, pp. 332-335.

³⁵ REGO, MARGARIDA LIMA, *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*, Almedina, maio 2011, p. 423.

³⁶ REGO, MARGARIDA LIMA, *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*, Almedina, maio 2011, p. 423

sociedades por quotas portuguesas, (1892), na Alemanha, a Associação Geral de Seguros Alemã (“*Allgemeine Deutsche Versicherungsverein*“³⁷) propôs um seguro de responsabilidade civil dos administradores, proposta esta que, porém, não vingou. Em 1905, surgiu uma nova proposta apresentada pela Associação Geral de Seguros Alemã, desta vez à Autoridade Imperial de Supervisão dos Seguros Privados, do então Império Alemão. Esta nova proposta de seguro também não teve sucesso, sendo o mesmo apelidado pela imprensa de um “seguro utópico” e de “seguro de conveniência”.³⁸

A crise bolsista de 1929, que teve início nos EUA, mas depressa se fez sentir em toda a Europa, levando muitos acionistas a perderem muito dinheiro, não só com queda dos valores das ações, como com a própria falência das sociedades onde tinham investido, levou a que estes mesmos acionistas procurassem uma forma de serem ressarcidos dos prejuízos em que tinham incorrido³⁹. Tendo em vista o maior controlo das emissões de ações e do exercício no mercado e conseqüentemente a proteção dos investidores, foram publicados o *Securities Act* de 1933 e o *Securities Exchange Act* de 1934. Foi precisamente na sequência da publicação destas leis, em 1934, que a Lloyd’s surgiu com um novo seguro destinado a proteger os administradores da responsabilidade que incorreriam pela violação destes atos. A *Lloyd’s Underwriters* (London) criou um seguro de D&O destinado a cobrir as responsabilidades dos *directors* e *officers* perante os acionistas. Porém, este seguro não teve grande popularidade aquando do seu lançamento, registando-se o seu pico apenas 30 anos após a sua criação. Na década de 60, as limitações da *corporate indemnification*, como mais à frente veremos, a publicidade intensa das seguradoras e a insuficiência de seguros capazes de acautelar devidamente os administradores, fez com que a procura do D&O aumentasse exponencialmente. Perante este inesperado aumento da procura, as seguradoras, que não se encontravam preparadas sendo os prémios dos seguros de D&O deveras baixos e as coberturas excessivamente amplas, não subsistiram por muito tempo, sendo obrigadas a reajustar os montantes dos prémios exigidos e das respectivas coberturas. Primeiro estreou-se a vertente britânica da apólice de *Lloyd’s of London Directors and Officers*, “*Open Market Farm*” e algum tempo depois a variante americana da mesma, “*Stewart Smith*”.

³⁷ RAMOS, MARIA ELISABETE – *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores – Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, 2010, p. 253.

³⁸ RAMOS, MARIA ELISABETE – *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores – Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, 2010, pp. 253-257.

³⁹ RAMOS, MARIA ELISABETE – *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores – Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, 2010, pp. 253-257.

3.2. Desenvolvimento do D&O

Numa primeira fase, somente os danos causados pelo administrador à sociedade através de atos ou práticas de gestão ilícitas integravam o risco coberto pelo seguro de D&O. Progressivamente, deu-se um alargamento da cobertura passando esta a incorporar a responsabilidade dos administradores perante terceiros – sócios, investidores, trabalhadores da sociedade e cidadãos comuns- e ainda as despesas do litígio. Neste sentido passou a distinguir-se a responsabilidade interna, a do administrador perante a sociedade, da responsabilidade externa, a do administrador perante terceiros, como refere PEDRO PAIS DE VASCONCELOS.⁴⁰

Porém, a cobertura das despesas do litígio foi o aditamento que mais suscitou a atenção das sociedades e dos administradores. A realidade norte-americana assenta numa cultura de “*regulation through litigation*”⁴¹ o que faz com que os administradores estejam expostos a elevados riscos de responsabilidade e necessitem de proteção. Esta litigância excessiva, em contraste com a realidade europeia, encontra o seu fundamento na variedade de meios processuais que facilitam a responsabilização dos administradores.

Um dos instrumentos processuais mais comum e dispendioso são as *class actions*.

As *class actions*, cujo objetivo original foi o de dissuadir os administradores de praticarem condutas ilícitas, depressa se tornaram excessivas dado o recurso abusivo a elas por parte dos advogados⁴². Para um indivíduo, sozinho, intentar uma ação de responsabilidade civil contra um administrador, os custos seriam demasiado elevados. Só os custos do litígio em si ultrapassariam os ganhos que teria, mesmo na eventualidade de ganhar a batalha judicial. Surgiram então as *class actions* que permitiam que um ou mais indivíduos, como o próprio nome indica, “litiguem em seu nome e em representação e por conta de um

⁴⁰ VASCONCELOS, PEDRO PAÍS DE – *D&O Insurance: o Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e Outros Dirigentes da Sociedade Anónima* in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles 90 Anos*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 1159.

⁴¹ RAMOS, MARIA ELISABETE – *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores – Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, Outubro 2010, p. 242.

⁴² Foi promulgado o *Class Action Fairness Act* em 2005 com o objetivo de travar os honorários exorbitantes auferidos pelos advogados, pagos com o dinheiro do *settlement*, bem como garantir a satisfação dos interesses dos membros da classe e facilitar o acesso aos tribunais federais – in RAMOS, MARIA ELISABETE – *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores – Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, Outubro 2010, p. 229.

grupo de pessoas, cuja exata composição é definida, não pelo autor, mas com o concurso do juiz em sede de certificação em *class action*”⁴³. Estas ações, geralmente, encontram o seu desfecho em *settlements* avultados, como forma de minimizar os possíveis estragos monetários e reputacionais dos administradores e das sociedades envolvidos. A par das *class actions*, no que toca à sua dispendiosidade, encontram-se os *strike suits*. Estes, ao contrário das *class actions*, não tem nenhum propósito a não ser o de extorquir um *settlement* ao administrador demandado. No direito norte-americano, as regras de distribuição das custas processuais seguem a chamada “*american rule*” que dita que cada uma das partes é responsável pelos seus gastos, independentemente de quem ganha a causa. Assim sendo, o demandado, ainda que vença a causa, acaba sempre por estar numa posição desfavorável, uma vez que tem de suportar os custos da sua defesa.

Soma-se ainda a panóplia de regras que legitimam os sócios a responsabilizarem os administradores, independentemente do valor das suas participações sociais, que culminam em *shareholders derivative suits* e *direct actions*.

Antes do desenvolvimento do D&O, os administradores e outros dirigentes de altos cargos já se encontravam protegidos pela *business judgement rule*. Esta regra, estabelecida pelo sistema do precedente americano, protege os administradores de quaisquer atos de gestão praticados durante o exercício do seu cargo, desde que não tenha ocorrido violação do *duty of care* e do *duty of loyalty*. O *duty of care* “exige do administrador que tome as decisões de gestão de um modo informado, assente sobre um processo deliberativo, documentado – *deliberative documented process*”, enquanto o *duty of loyalty* “proscree os conflitos de interesses”⁴⁴.

Não obstante a proteção conferida pela *business judgement rule*, esta não oferece uma segurança suficiente aos administradores para que estes desempenhem o cargo sem o receio dos pesados custos dos litígios a que se encontram sujeitos, pelo que se afigura necessário um seguro de D&O.

⁴³RAMOS, MARIA ELISABETE – *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores – Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, Outubro 2010, p. 229.

⁴⁴VASCONCELOS, PEDRO PAÍS DE – *D&O Insurance: o Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e Outros Dirigentes da Sociedade Anónima* in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles 90 Anos*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 1156.

3.3. Conteúdo e Cobertura das Apólices de D&O

Como já estabelecido, os riscos assegurados pelo seguro de D&O são extensos, por isso não é de estranhar que as apólices sejam significativamente influenciadas pelas resseguradoras. Considerados como autênticos contratos a favor de terceiros, exceto nos casos em que a sociedade é tomadora e beneficiária, os seguros de D&O visam cobrir as numerosas hipóteses de responsabilização, por atos praticados no exercício das funções, dos titulares de cargos dirigentes.⁴⁵ O conteúdo da apólice varia consoante a minuta da seguradora e as características do contrato estabelecido com as resseguradoras, no caso de este existir. As resseguradoras têm um papel importante na dispersão do risco, uma vez que o segurador ao celebrar um contrato de resseguro⁴⁶ está a garantir a total cobertura do risco, sendo proveitoso para casos em que o montante reclamado seja muito alto.

Embora variável, há certas cláusulas tipicamente⁴⁷ presentes na generalidade das apólices de seguro D&O. Uma cláusula que tem vindo a ser adoptada pela maioria das seguradoras é a *claims made clause*. Esta estabelece que o seguro apenas abrange os sinistros cuja reclamação tenha sido feita dentro do período de vigência do seguro. Por período de vigência do seguro entende-se o “período de tempo indicado nas Condições Particulares durante o qual se encontram em vigor as garantias da Apólice”⁴⁸, podendo este ser este alargado a um tempo posterior ou anterior, o *discovery period*. O problema é que a delimitação do âmbito temporal, isto é, o período dentro do qual o sinistro deve suceder, nem sempre coincide com a duração do contrato, “o lapso de tempo em que se mantem a relação jurídica que nasce do contrato de seguro”⁴⁹. O sistema adoptado em Portugal para a

⁴⁵ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito dos Seguros*, 2ª Edição, Almedina, 2017, p. 735.

⁴⁶ Resseguro é o “contrato através do qual um ressegurador assume, mediante uma determinada comissão, uma parte ou totalidade dos riscos aceites por um segurador ou por outro ressegurador” in MARTINS, JOÃO VALENTE - *Contrato de Seguro: legislação, jurisprudência, minutas, questões práticas* - 2ª edição, Quid Juris Sociedade Editora, p. 49.

⁴⁷ As cláusulas típicas das apólices de seguro de D&O contêm o tempo de vigência do seguro, a identificação das partes (tomador do seguro, o segurado, terceiro beneficiário); o sinistro; perdas e danos, despesas judiciais, o objecto do contrato, atos ilícitos, entre outras.

⁴⁸ VASCONCELOS, PEDRO PAÍS DE – *D&O Insurance: o Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e Outros Dirigentes da Sociedade Anónima* in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles 90 Anos*, Coimbra, Almedina, 2007, p.1162.

⁴⁹ RAMOS, MARIA ELISABETE – *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores – Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, Outubro 2010, p. 456.

delimitação temporal da cobertura do seguro é o *claims made basis*, o do momento da reclamação. Segundo este, o sinistro é a reclamação e a cobertura assegura as reclamações durante o período de vigência da apólice. A frequente dissociação entre o momento em que ocorre o facto gerador de responsabilidade, a produção do dano e a reclamação é propícia à criação de *long tail risks*, sinistros que ocorreram, mas que não chegaram ao conhecimento do segurador atempadamente. As *claims made clauses* foram criadas com o intuito de travar o problema dos *long tail risks*, limitando a cobertura apenas aos sinistros cuja reclamação seja feita no período de vigência do contrato de seguro⁵⁰.

Estas cláusulas têm sido alvo de controvérsia, não sendo aceites em certas jurisdições, uma vez que a cobertura depende da reclamação de um terceiro, ficando assim o segurado numa posição desfavorável. A existência de um seguro não garante automaticamente a cobertura durante a vigência do mesmo, nem a inexistência de um seguro exclui a cobertura uma vez que pode ser acordada uma cobertura retroativa adquirida através de contratos posteriormente celebrados. Esta possibilidade de coberturas retroativas facilita a prática de fraudes por parte do segurado.

Em oposição ao sistema *claims made basis*, existe o sistema *occurrence basis*, em que a reclamação é tida apenas como uma forma de o terceiro lesado expressar o seu direito a ser indemnizado. A reclamação não representa o sinistro, nem condiciona a cobertura do mesmo, uma vez que mesmo que não haja reclamação dentro da vigência do contrato de seguro, o lesado pode formula-la até à prescrição do seu direito.⁵¹

No que toca às coberturas, existem várias modalidades, umas financiadas pela sociedade, outras pelos próprios administradores, sendo as mais usuais as seguintes⁵²:

a) *Individual coverage*: uma apólice única cobre a responsabilidade de administradores não executivos que integram vários conselhos e que tenham de estar necessariamente cobertos por uma única apólice. Por norma é custeada pelo próprio administrador, enquanto tomador de seguro e segurado.

⁵⁰ RAMOS, MARIA ELISABETE – *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores – Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, Outubro 2010, p. 458.

⁵¹ RAMOS, MARIA ELISABETE – *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores – Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, Outubro 2010, p. 461.

⁵² VASCONCELOS, PEDRO PAÍS DE – *D&O Insurance: o Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e Outros Dirigentes da Sociedade Anónima* in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles 90 Anos*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 1164.

b) *Professional indemnity*: cobre a responsabilidade de administradores que participem do órgão na qualidade de profissionais liberais. Tal como a anterior, também é custeada pelos próprios.

c) *A-side coverage*: “protege diretamente os administradores de riscos que não foram absorvidos pela *corporate indemnification*”⁵³. Esta cobertura é normalmente custeada pela sociedade.

d) *B-side coverage*: “cobre a sociedade da responsabilidade que esta tenha para com os seus administradores, pela satisfação das responsabilidades que lhes sejam imputadas por atos praticados no exercício do cargo”⁵⁴. É suportada pela sociedade.

e) *C-side coverage (entity coverage)*: cobre as responsabilidades imputadas diretamente à sociedade, sendo custeada pela mesma.

f) *Employment practices liability*: por vezes incluída no seguro, visa cobrir as responsabilidades provenientes de reclamações de despedimentos ilícitos e outros incumprimentos dos contratos de trabalho. É suportada pela sociedade.

As primeiras apólices de D&O foram alvo de alguma celeuma no que diz respeito à sua cobertura, designadamente por esbaterem as fronteiras impostas pela *public policy* e pela *corporate indemnification*.

Antes da chegada do D&O aos EUA, vigorava a *corporate indemnification*⁵⁵. Esta prática societária consistia numa contribuição dada pela sociedade com vista a ressarcir os administradores das suas despesas decorrentes dos litígios inerentes ao exercício do cargo. Numa ótica económica, esta prática confere proteção ao administrador relativamente ao seu património, uma vez que o reembolsa dos montantes despendidos no litígio. Já numa ótica jurídica, limita-se apenas e exclusivamente aos danos causados pelo exercício do cargo, excluindo-se os danos causados pela sociedade ao administrador. Trata-se na verdade de um

⁵³ RAMOS, MARIA ELISABETE – *O seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores – Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, Outubro 2010, p.264.

⁵⁴ VASCONCELOS, PEDRO PAÍS DE – *D&O Insurance: o Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e Outros Dirigentes da Sociedade Anónima* in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles 90 Anos*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 1164

⁵⁵ “*Indemnification*”, é utilizado na doutrina norte-americana para a proteção contra responsabilidade por reivindicações com base no serviço de gestão e proteção, seja na forma de reembolso ou de avanço, contra os custos de defesa, incluindo os honorários dos advogados - in RAMOS, MARIA ELISABETE, “*Quem paga a conta? Notas sobre a corporate indemnification*”, in *Revista Electrónica de Direito*, nº1, Fevereiro 2017, pp. 7 e 8.

reembolso societário, uma obrigação da sociedade que pode ter como proveniência a lei, um negócio jurídico ou até mesmo uma decisão judicial.⁵⁶

3.4. Novos Tipos de Seguros

Um seguro de D&O pode tornar-se um encargo pesado devido ao prémio exigido em troca da cobertura. Como alternativa a este, têm surgido novas formas de acautelar as sociedades e os administradores.

Uma das alternativas é o recurso a uma *captive insurance company*. Após a crise dos anos 80, alguns Estados norte-americanos decidiram mudar a sua legislação no sentido de permitir que as empresas criassem a sua própria seguradora, detida totalmente pela empresa-mãe. Estas seguradoras cativas normalmente encontram-se domiciliadas *off-shore*, em países onde existem mais benefícios fiscais, os chamados “paraísos fiscais”. Para além da redução dos encargos fiscais, as seguradoras cativas, uma vez que são criadas pelas próprias sociedades, podem moldar os seus seguros em torno das necessidades da sociedade alargando as coberturas e reduzindo os prémios, algo que seria mais difícil com uma seguradora independente. Existe também uma poupança comparativamente às comissões cobradas no mercado segurador regular.

Por regra, estas seguradoras cativas apenas se especializam nas matérias que afetam a sociedade com mais frequência, pelo que quando algo de extraordinário ocorre são chamados especialistas independentes para resolver o problema.

Pese embora as vantagens acima mencionadas, existem alguns aspetos a ter em consideração antes de criar uma *captive insurance company*. A criação de uma seguradora cativa implica um significativo investimento financeiro, investimento esse que deixará de estar disponível para outros fins. Além disso, visto a seguradora cativa ser completamente detida pela sociedade-mãe, numa situação de insolvência, os fundos da sociedade cativa correm o risco de serem utilizados para satisfação dos créditos dos credores. Caso ocorra uma desconsideração da personalidade jurídica, os administradores ficam completamente desprotegidos, pelo que é mais seguro que a entidade seguradora seja independente da sociedade.

⁵⁶ RAMOS, MARIA ELISABETE, *Quem paga a conta? Notas sobre a corporate indemnification*, in *Revista Electrónica de Direito*, nº1, Fevereiro 2017, pp. 8-10.

Deve ser feita uma análise das jurisdições relevantes, nomeadamente da jurisdição onde se encontra a seguradora cativa e das jurisdições dos estados onde se encontram as sociedades envolvidas, com vista a identificar as restrições existentes. Quando existem problemas jurídicos que impedem contratos entre a seguradora cativa e as sociedades do grupo, recorre-se a uma seguradora internacional, estabelecida localmente, para servir de intermediária nas operações. Assim, esta seguradora internacional aceita o risco com o objetivo de o transmitir integralmente à seguradora cativa. A esta operação de “assunção de um risco por parte de um segurador com intenção de o transmitir integralmente a outro, segurador ou ressegurador, em troca de uma comissão”⁵⁷ dá-se o nome de *fronting*.

Esta prática também ocorre quando uma sociedade paga ao segurador um valor semelhante ao estipulado na apólice, valor esse que é posto de parte pelo segurador numa conta distinta, servindo-se dele para pagar os eventuais danos abrangidos na apólice. Porém, uma vez que não há risco para o segurador põe-se a questão de se tratar de um verdadeiro contrato de seguro. Parece-nos que não, uma vez que o risco é um elemento essencial à caracterização de um contrato de seguro, pelo que aqui existe apenas uma fachada.

Outra figura que tem surgido é a do *finite risk management*. O segurador oferece uma certa cobertura durante um período de tempo acordado entre as partes e no caso de sinistro, o tomador de seguro paga 60% a 70% dos danos cobertos. Caso não ocorra sinistro o segurador devolve 90% a 95% do prémio recebido⁵⁸.

Mais comum é o recurso ao *trust* irrevogável, no qual a sociedade constitui um *trust* com fundos e designa um *trustee*, responsável por gerir o dito *trust*. Os *trustees* são por norma bancos.

4. O D&O na Europa

4.1. As Diretivas Comunitárias com vista à Harmonização

A história da União Europeia conta com três gerações de diretivas que tentaram harmonizar a regulação do Direito dos Seguros.

⁵⁷ MARTINS, JOÃO VALENTE - *Contrato de Seguro: legislação, jurisprudência, minutas, questões práticas*, 2º edição, Quid Juris Sociedade Editora, p. 50.

⁵⁸ RAMOS, MARIA ELISABETE – *O seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores – Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, Outubro 2010, p. 276.

As primeiras diretivas, a Diretiva 73/239/CEE do Conselho, de 24 de julho de 1973 e a Diretiva 79/239/CEE do Conselho, de 5 de março de 1979, foram responsáveis por implementar as condições mínimas de acesso e exercício da atividade seguradora, derrubando as barreiras entre os Estados-Membros. Com vista a travar o risco de exploração, foram introduzidas normas reguladoras das garantias financeiras exigidas às empresas e também consagrado o princípio da especialização do ramo vida. Embora esta primeira geração de diretivas fosse inovadora, as diferenças entre as leis de cada Estado-Membro juntamente com a necessidade de proteção dos consumidores fizeram com que a competência em matéria de seguros fosse do Estado em que a empresa se situa⁵⁹.

A segunda geração de diretivas, a Diretiva 88/357/CEE, do Conselho de 22 de junho de 1988 e a Diretiva 90/619/CEE, do Conselho de 8 de novembro de 1990, almejava modificar a primeira geração de modo a concretizar a livre prestação de serviços. Tal não foi possível, mais uma vez em virtude das diferenças de legislação. Houve, porém, um progresso relativamente aos seguros de grandes riscos (que não os do ramo vida). Estes deixaram de carecer da autorização do Estado quando se encontravam em regime de livre prestação de serviços⁶⁰. Nos seguros de vida, o caso não era tão simples. Era necessário distinguir entre a livre prestação ativa, quando a iniciativa partia do segurador, e a livre prestação passiva, em que a iniciativa partia do tomador, sendo que só na segunda modalidade se aplicava o regime da livre prestação de serviços. Para o restante, designadamente, para os riscos de massa, continuava a ser indispensável a autorização do Estado.⁶¹

Por fim, a terceira geração de diretivas, a Diretiva 92/44/CEE de 18 de junho de 1992, veio finalmente permitir o exercício da atividade seguradora em toda a União Europeia, quer em livre prestação de serviços, quer em liberdade de estabelecimento através do sistema de licença única, uma espécie de “passaporte europeu”⁶². Este sistema confere ao Estado onde se encontra a sede social da entidade os poderes para a concessão de uma autorização administrativa e a supervisão da atividade seguradora. Foi também implementado um sistema

⁵⁹GRAU JUAN BATALLER, *Un Mercado Europeo del Seguro: Claves para una Re-visión* in LAPUENTE, SERGIO CÁMARA (coordenação) - *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003; p.745

⁶⁰GRAU JUAN BATALLER, *Un Mercado Europeo del Seguro: Claves para una Re-visión* in LAPUENTE, SERGIO CÁMARA (coordenação) - *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003; p.745

GRAU JUAN BATALLER, *Un Mercado Europeo del Seguro: Claves para una Re-visión* in LAPUENTE, SERGIO CÁMARA (coordenação) - *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003; p.745.

⁶²GRAU JUAN BATALLER, *Un Mercado Europeo del Seguro: Claves para una Re-visión* in LAPUENTE, SERGIO CÁMARA (coordenação) - *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003; p.746.

de cooperação entre os Estados-membros de forma a controlar a atividade seguradora quando esta ocorra fora do Estado da sua sede social. Ainda assim, o Estado onde se situa a sede social possui uma competência residual, podendo impor limites à atividade desenvolvida quando se afigure necessário por motivos de interesse geral. Em virtude desta licença única, verificou-se um aumento das imposições quanto às garantias financeiras exigidas às empresas de modo a garantir a sua solvabilidade.⁶³

Embora este sistema tenha as suas vantagens, nomeadamente, na prevenção dos casos de insolvência, a verdade é que também consolida a posição das seguradoras no mercado, dificultando a entrada de novas entidades no mercado segurador, alterando assim a concorrência. A proteção dos consumidores também foi um pouco descurada, pois as Diretivas em pouco a garantem.

Enquanto o controlo financeiro é a da competência do Estado de origem, o que pode variar de Estado para Estado, mantendo porém a essência e o carácter de supervisão o que facilita de certo modo a harmonização, o mesmo não se pode afirmar quanto ao controlo da atividade dos seguradores. Existe uma grande diferença no que toca à complexidade dos contratos celebrados com a entidade seguradora no seu país de origem e dos contratos celebrados em regime de estabelecimento ou em livre prestação de serviço. O primeiro caso é mais simples, uma vez que o tomador de seguro pode facilmente aceder à autoridade de supervisão do país em questão que detém a competência direta sobre o segurador. Já o segundo caso, é mais complicado, não só pela distância física entre o local onde se presta ou estabelece o serviço e o seu Estado de origem, mas também porque sucedendo comportamentos irregulares, embora o Estado onde se estabelece o serviço possa intimar a que cesse o comportamento, não dispõe de poderes efetivos para o fazer. Apenas o Estado de origem dispõe dessas competências, não obstante a faculdade dos Estados-Membros, ao abrigo do artigo 40º da Terceira Diretiva, de sancionarem as infrações ocorridas no seu território. Estas situações não se coadunam com o objetivo de concretização de um verdadeiro mercado único ao nível da supervisão, existindo sempre uma diferença de procedimento conforme se trate de uma entidade seguradora nacional ou de uma entidade seguradora oriunda de outro Estado-Membro.⁶⁴

⁶³ GRAU JUAN BATALLER, *Un Mercado Europeo del Seguro: Claves para una Re-visión* in LAPUENTE, SERGIO CÁMARA (coordenação) - *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003; p.746.

⁶⁴ GRAU JUAN BATALLER, *Un Mercado Europeo del Seguro: Claves para una Re-visión* in LAPUENTE, SERGIO CÁMARA (coordenação) - *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003; pp.747-748.

Na opinião de JUAN BATALLER GRAU, para este projeto de harmonização seguir em frente é requisito *sine qua non* uma supervisão homogênea, circunstância que não se dá hoje em dia.⁶⁵

As diretivas comunitárias tentaram lidar com esta situação impondo, nos contratos de seguro de vida, às entidades seguradoras um dever de informação. Em virtude do mesmo, as seguradoras têm obrigatoriamente de informar o tomador de seguro, antes da conclusão de um contrato de seguro de vida, de alguns dados entre os quais a denominação social, a forma jurídica, o Estado-Membro em que está estabelecido o domicílio social, e caso seja, a morada da agência ou sucursal com que se vão celebrar o contrato.⁶⁶

4.2. Problemas de Harmonização com o Mercado Interno

Como referido anteriormente, não obstante a implementação das diretivas com vista à harmonização do mercado de seguros no seio da União Europeia a concretização de um efetivo mercado interno revelou-se muito difícil. Qualquer segurador podia estabelecer-se e “vender” os seus produtos em qualquer Estado-Membro, todavia os litígios judiciais eram quase sempre julgados segundo as leis Estado-Membro do tomador de seguro em virtude das regras de processo internacional, deixando o segurador numa posição mais vulnerável. Assim sendo, um mesmo produto vendido por um segurador em diversos Estados-Membros teria um tratamento jurídico diferente em cada um deles. Como forma a evitar esta situação, as seguradoras começaram a apostar mais na oferta de produtos locais ao invés de venderem os seus próprios produtos, estagnando por conseguinte a concorrência e impossibilitando a existência de um verdadeiro mercado comum. Esta situação não se coaduna com os objetivos do mercado interno, afetando também os consumidores.

4.3. O Grupo *Restatement*

Com o objetivo de acabar com esta realidade e concretizar um mercado de seguros único na União Europeia que funcione de forma eficiente permitindo a concorrência, surgiu

⁶⁵ GRAU JUAN BATALLER, *Un Mercado Europeo del Seguro: Claves para una Re-visión* in LAPUENTE, SERGIO CÁMARA (coordenação) - *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003; p.748.

⁶⁶ GRAU JUAN BATALLER, *Un Mercado Europeo del Seguro: Claves para una Re-visión* in LAPUENTE, SERGIO CÁMARA (coordenação) - *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003; p.748.

em 1999 em Insbrück, um projeto, o Grupo *Restatement*. Este projeto, tendente à elaboração dos Princípios de Direito Europeu do Contrato de Seguro, teve a iniciativa do Professor Fritz Reichert-Facilides. O nome de Restatement teve por inspiração a figura do *Restatement of Law*⁶⁷ norte-americano devido à sua natureza académica. Atualmente é liderado pelo Professor Helmut Heiss.⁶⁸

Este projeto faz parte do *European Network of Excellence on European Contract Law* (COPECL) organizado em 2005 pela Comissão Europeia e constitui um contributo para o quadro Comum de Referência do Direito Europeu dos Contratos.

Mais tarde, em 2009, foi divulgada a obra “*Principles of European Insurance Contract Law*” (PEICL) sendo as “Disposições Comuns” estruturadas em três partes, designadamente: disposições comuns a todos os contratos incluídos nos princípios comuns do direito europeu do contrato de seguro (PDECS); disposições comuns ao seguro de dano; disposições comuns a seguros de prestações convencionados⁶⁹.

Com vista a ultrapassar os problemas acima mencionados causados pelas diferenças de culturas jurídicas nos diversos Estados-Membros no que toca ao Direito dos Seguros, surgiram os PEICL, de carácter opcional, aplicável a todos os Estados-Membros. Estes apresentam-se como uma alternativa à legislação nacional, e como tal, apenas será aplicado quando as partes assim o decidirem, conforme estabelecido no artigo 1:102 dos PEICL. Todavia, se as partes decidirem aplicar os PEICL (o modelo *opt-in*) este será imperativo e aplicável na sua totalidade, ou seja, não é possível mais tarde optarem pela lei nacional, têm de seguir os trâmites dos PEICL. É proibido o recurso à lei nacional como complemento ou restrição dos PEICL, conforme estipulado no artigo 1:105, salvo nos casos em que a lei nacional seja imperativa e diga respeito aos “ramos de seguros não cobertos por regras

⁶⁷ Os *Restatements of Law* consistem em *common law* preparada pelo *American Law Institute*, uma organização de prestígio composta por juizes, professores e advogados. O objetivo desta organização é compilar correntes de *common law* e ocasionalmente emitir pareceres sobre certas matérias. Devido à sua notoriedade, embora os *Restatements* não sejam *primary law*, têm um alto valor persuasivo junto dos tribunais *in* <https://guides.library.harvard.edu/c.php?g=309942&p=2070280>.

⁶⁸ RAMOS, MARIA ELISABETE, *D&O Insurance e o Projeto dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro* in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 4, vol. 7, Almedina, março 2012, p.195

⁶⁹ RAMOS, MARIA ELISABETE, *D&O Insurance e o Projeto dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro* in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 4, vol. 7, Almedina, março 2012, p.195.

especiais contidas nos PEICL”.⁷⁰ Este artigo tenta impedir que as divergências legislativas dos diversos Estados-Membros impeçam a uniforme implementação dos PEICL. Mais ainda, este artigo estabelece que em caso de surgirem questões que não se encontrem devidamente esclarecidas nos PEICL, serão aplicáveis os Princípios do Direito Europeu dos Contratos (PDEC) e caso estes também não solucionem a questão, os princípios gerais comuns no direito dos Estados- Membros envolvidos.

Quanto à interpretação dos PEICL, o artigo 1:104 consagra que estes devem ser interpretados conforme o seu contexto, isto é, a forma e o propósito com que estes foram criados, tendo sempre em consideração a boa fé bem como a segurança e proteção dos tomadores de seguro.

Existem duas formas para a implementação destes PEICL: ou estes se tornam no 28º na lista dos 27 regimes já existentes ou se tornam no 2º regime, tendo cada Estado a sua lei nacional e os PEICL como segunda alternativa, ou seja, os PEICL seriam transformados num regulamento da União estando assim em vigor em toda a União Europeia, consagrando um segundo regime de contrato de seguro em cada Estado-Membro⁷¹. O Grupo *Restatement* não defende a primeira opção invocando a incerteza resultante de um ato de direito derivado permitir a hipótese de as partes escolherem regras não vinculativas, pese embora o considerando 13 do Regulamento Roma que estabelece: ” o presente regulamento não impede as partes de incluírem, por referência, no seu contrato um corpo legislativo não estatal ou uma convenção internacional”⁷². Já a segunda opção é apoiada pelo Grupo *Restatement*. Segundo este, tornar os PEICL num Regulamento da União Europeia faria com que as suas disposições pudessem ser aplicadas aos contratos domésticos dado que estas seriam consideradas um direito integrante de cada Estado-Membro bem como não existiria nenhuma interferência com o direito internacional privado e o regulamento poderia substituir totalmente a lei nacional⁷³.

⁷⁰VASCONCELOS, PEDRO PAÍS DE, *O projeto Restatement e o ambiente do direito dos seguros em Portugal*, p. in <http://www.aida-portugal.org/pdf/6b5adf5b1e448520ff5ee400c4c6e1f.pdf>,

⁷¹ RAMOS, MARIA ELISABETE, *D&O Insurance e o Projeto dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro in Direito das Sociedades em Revista*, Ano 4, vol. 7, Almedina, março 2012, p.198.

⁷² RAMOS, MARIA ELISABETE, *D&O Insurance e o Projeto dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro in Direito das Sociedades em Revista*, Ano 4, vol. 7, Almedina, março 2012, p.199, nota 110.

⁷³ RAMOS, MARIA ELISABETE, *D&O Insurance e o Projeto dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro in Direito das Sociedades em Revista*, Ano 4, vol. 7, Almedina, março 2012, p.199.

Refiram-se ainda as seguintes vantagens⁷⁴: seria possível garantir uma interpretação invariável do Regulamento que transpusesse os PEICL com recurso ao reenvio prejudicial pelo TJUE, uma vez que o Regulamento seria direito da União Europeia derivado; seria aplicado pelas autoridades nacionais como se de direito interno se tratasse e, por fim, as partes não precisam de provar o seu conteúdo.

4.4. Unificação *versus* Harmonização

Para JUAN BATALLER GRAU, a harmonização seria, à primeira vista o caminho mais fácil, uma vez que vai ao encontro da tradição legislativa no que concerne a outros contratos. Todavia, o facto de a legislação comunitária conter, normalmente, conceitos abstratos passíveis de ser interpretados de maneiras diferentes pelos diversos Estados-Membros impossibilita uma aplicação uniforme do direito comunitário e das próprias leis nacionais. Desta forma, o autor declara que a unificação acaba por ser a alternativa mais compatível, uma vez que é a que mais se aproxima da aplicação estandardizada do produto oferecido. Os argumentos contra a unificação prendem-se com o fracasso da proposta de Diretiva sobre o contrato de seguro em virtude da impossibilidade de conciliação das diferentes regulações do mesmo nos Estados-Membros. No entanto, este argumento é facilmente contornado quando pensamos na origem comum do seguro e como os diversos ordenamentos jurídicos se influenciaram, quer pela via da tradição jurídica, quer pela sua internacionalização, mais evidente nas técnicas de distribuição do risco nos casos de resseguro e cosseguro. Por conseguinte, os problemas e soluções encontrados nas diferentes legislações são semelhantes. Daqui se retira que a relevância de certos Estados, e conseqüentemente das suas legislações, advém da força e poder que estes têm em prejuízo das particularidades dos Estados mais “fracos”. O autor responde a esta crítica afirmando que o resultado dependerá dos interesses de quem se encontra na mesa de negociações. Assim, para JUAN BATALLER GRAU, “*desde un punto de vista exclusivamente técnico, dejando al margen otras consideraciones de orden político o simplemente de oportunidad, la unificación parece la solución más satisfactoria.*”

⁷⁴ RAMOS, MARIA ELISABETE, D&O Insurance e o Projeto dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 4, vol. 7, Almedina, março 2012, p.199, nota 113.

*Una regulación homogénea en el marco de la Unión europea es lo más acorde com la existência de un único mercado*⁷⁵.

Efetivamente, o carácter opcional veio acabar com o problema que tem vindo a impedir a harmonização do direito dos seguros na União Europeia. Como afirma PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, o projeto dos Princípios não se destina a obter um consenso por parte de todos os Estados-Membros, mas antes a alcançar legitimação democrática no Parlamento Europeu para depois ser transformado num Regulamento Comunitário integrando assim o direito interno dos Estados-Membros. Desta forma, não é preciso revogar as leis nacionais, cabendo às partes acordar qual das duas quer escolher.⁷⁶

Esta nova opção permitirá uma verdadeira concorrência e concretização de um mercado interno dos seguros uma vez que os seguradores e tomadores de seguro terão uma maior liberdade de escolha. Será possível aos consumidores contratar seguros com qualquer seguradora independentemente do seu Estado-Membro onde se encontre e adquirir qualquer seguro ou produto com ele relacionado que exista no mercado de seguros da União Europeia.

Refira-se ainda a possibilidade de os seguradores poderem elaborar seguros específicos e personalizados de D&O sem se preocuparem com as diferenças legislativas e sem terem de “vender” apenas os seus produtos podendo oferecer qualquer produto de qualquer Estado-Membro. Será também vantajoso para as sociedades internacionais que exercem a sua atividade em diferentes partes da União Europeia, as chamadas “*euro-mobile policy holders*”⁷⁷

4.5. Futuro para os Princípios

Até agora, foi apenas publicado o primeiro volume, que versa sobre a parte geral do contrato de seguro e as regras relativas aos seguros de indemnização e de capital fixo, tendo sido aprovado pelo Conselho Económico Europeu. Este volume foi publicado em inglês, tendo sido traduzido para dezassete línguas. Em curso está o segundo volume sobre os vários

⁷⁵ GRAU JUAN BATALLER, *Un Mercado Europeo del Seguro: Claves para una Re-visión* in LAPUENTE, SERGIO CÁMARA (coordenação) - *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003; p.756.

⁷⁶ VASCONCELOS, PEDRO PAÍS DE, *O projeto Restatement e o ambiente do direito dos seguros em Portugal*, p.5 in <http://www.aida-portugal.org/pdf/6b5adf5b1e448520ff5eee400c4c6e1f.pdf>,

⁷⁷ RAMOS, MARIA ELISABETE, *D&O Insurance e o Projeto dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro in Direito das Sociedades em Revista*, Ano 4, vol. 7, Almedina, março 2012, p.197.

tipos de seguros específicos, entre os quais, o seguro de vida, os seguros coletivos e o seguro de responsabilidade civil.⁷⁸

De momento, este projeto do *Restatement* é circunscrito apenas à União Europeia, porém surgindo, porém a hipótese de uma possível expansão no futuro a nível mundial.

Para PEDRO PAIS VASCONCELOS, uma lei única de contrato de seguro mundial é uma “utopia”⁷⁹. No entanto acredita na possibilidade de construção de uma cultura jurídica do direito dos seguros universal.

Todavia, nem tudo são vantagens como aponta o Comité Económico e Social. A aplicação dos PEICL pode originar alguns problemas, designadamente, quanto à articulação entre os PEICL e o direito internacional privado europeu no que concerne às normas de ordem pública. Refira-se ainda a impossibilidade de os PEICL incluírem matérias fiscais e a necessidade de organização dos princípios gerais de direito privado⁸⁰.

5. Considerações Finais

O dever de prestar caução dos administradores de sociedades anónimas e aos gerentes de sociedades em comandita por ações remonta ao tempo das primeiras companhias comerciais, por forma a garantir a lealdade à companhia.

Numa tentativa de acompanhar as grandes companhias comerciais criadas noutros países no final do século XVI e no início do século XVII, nomeadamente a Companhia Holandesa das Índias Orientais e a inglesa *East India Company*, criou-se em Portugal a Companhia das Índias Orientais. Embora tenha durado apenas 5 anos, esta lançou as fundações para as sociedades modernas, sendo a sociedade anónima a que mais se assemelha.

Atualmente, encontram-se obrigados a prestar caução os administradores das sociedades anónimas, em todas as modalidades de estrutura orgânica, nos termos dos artigos 396º articulado com 390º nº4, 390º nº2 e 424º nº2, 433 nº2 - estendendo-se esta obrigação aos

⁷⁸VASCONCELOS, PEDRO PAÍS DE, *O projeto Restatement e o ambiente do direito dos seguros em Portugal*, p.5 in <http://www.aida-portugal.org/pdf/6b5adf5b1e448520ff5eee400c4c6e1f.pdf>.

⁷⁹ VASCONCELOS, PEDRO PAÍS DE, *O projeto Restatement e o ambiente do direito dos seguros em Portugal*, p.6 in <http://www.aida-portugal.org/pdf/6b5adf5b1e448520ff5eee400c4c6e1f.pdf>.

⁸⁰RAMOS, MARIA ELISABETE, *D&O Insurance e o Projeto dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro in Direito das Sociedades em Revista*, Ano 4, vol. 7, Almedina, março 2012, p.198.

gerentes de sociedades em comandita por ações. Os gestores públicos também se encontram obrigados a prestar caução.

Em geral, existe a possibilidade de dispensa da prestação de caução para administradores em concreto, por deliberação da assembleia geral, como disposto no nº3 do artigo 396º. Desta dispensa excetuam-se os administradores de sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e os de sociedades que cumpram os critérios da alínea a) do n.º 2 do artigo 413º. Relativamente aos gestores públicos, a dispensa prevista no nº5 do referido artigo para os administradores não executivos e não remunerados parece aplicar-se – no tocante é claro, aos gestores públicos não executivos e não remunerados.

A questão dos beneficiários da caução sempre suscitou divergências na doutrina, contudo, após a reforma societária de 2006, a questão parece ter ficado mais clara. Efetivamente, a nova redação do nº2 do artigo 396º do CSC parece ir de encontro ao entendimento de a caução não é exclusivamente a favor da sociedade uma vez que estabelece explicitamente que esta se destina “aos titulares de indemnizações”, o que se coaduna com o sistema de responsabilidade civil dos administradores consagrado no CSC.

O nº 2 do artigo 396º do CSC permite que a caução seja substituída por um seguro. À primeira vista, a figura do seguro-caução bastaria para satisfazer este requisito no entanto, em virtude de não cobrir danos patrimoniais nem tampouco lucros cessantes, o mesmo não preenche as exigências do 396º.

Deste modo, as particularidades do artigo 396º exigiram a criação de um seguro personalizado que resulta da cumulação de um seguro de responsabilidade com um seguro com características de D&O.

Com efeito, o D&O na sua forma pura não se compagina com as especificidades impostas pela legislação nacional, pois, o nº2 do artigo 396º dita que a sociedade não pode suportar os encargos do seguro correspondentes aos montantes legais estipulados no nº1 do referido artigo. Por conseguinte, a sociedade não pode pagar o prémio na qualidade de tomadora de seguro e contratar um seguro por conta de todos os administradores, cenário que ocorre no D&O em que a sociedade é a tomadora de seguro, sendo ela a contratar e a pagar o

prémio através de uma única apólice por conta de todos os administradores ficando estes isentos de todos os encargos relacionados com o seguro.

Contrapondo estas diferenças, tanto o D&O como a legislação nacional não cobrem atos dolosos.

Na sequência da publicação do *Securities Act* de 1933 e do *Securities Exchange Act* de 1934 no rescaldo na crise bolsista de 1929, a *Lloyd's Underwriters* (London) concebeu um seguro de D&O especialmente destinado à cobertura das responsabilidades dos *directors* e *officers* perante os acionistas.

Primeiramente, o D&O apenas cobria os danos causados pelo administrador à sociedade, danos estes resultantes de atos de gestão ilícitos, só mais tarde passando a englobar a responsabilidade dos administradores perante terceiros e ainda as despesas inerentes ao litígio. Foi precisamente a cobertura das despesas do litígio que tornou o seguro de D&O tão apelativo ao mercado americano onde a cultura do “*regulation through litigation*” imperava e as *class actions* eram frequentes, contribuindo significativamente para o seu desenvolvimento.

As apólices e coberturas de D&O são variadas, sendo possível ao administrador e à sociedade escolher a que mais se adequa à sua situação, existindo modalidades custeadas pelos próprios administradores e outras pela sociedade. As resseguradoras têm um papel decisivo na concepção das apólices, uma vez que os riscos assegurados pelos seguros de D&O tendem a ser elevados.

Criadas com o intuito de travar os *long tail risks*, as cláusulas *claims made clause* constantes nas apólices têm sido alvo de grande controvérsia. Estas estabelecem que o seguro apenas abrange os sinistros cuja reclamação tenha sido feita dentro do período de vigência do seguro, causando problemas nos casos em que a delimitação do âmbito temporal não coincide com a duração do contrato. Estas cláusulas não são aceites em algumas jurisdições uma vez que põem o segurado numa posição vulnerável ao fazer depender a cobertura do seguro da reclamação de um terceiro.

Os prémios associados às extensas coberturas de D&O são avultados, pelo que muitos administradores e sociedades optam por acautelar a suas responsabilidades através de novos

instrumentos, como é o caso das *captive insurance companies* ou, quando existem problemas jurídicos que impedem a ligação direta às seguradoras cativas, o recurso a seguradoras internacionais que praticam *fronting*, e também a opção pelo *finite risk management*.

No contexto internacional, existiram três gerações de Diretivas com vista à harmonização do mercado de seguros na União Europeia. No entanto, as diferenças legislativas nos diversos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros vieram provar que seria uma realidade difícil de alcançar. No sentido dessa concretização, surgiu em 1999 o Grupo *Restatement*, que mais tarde procedeu à elaboração dos PEICL como forma a ultrapassar o problema das diferenças legislativas.

Os PEICL, se mais tarde transpostos para um Regulamento Comunitário, passarão a integrar o direito interno de todos os Estados-Membros, permitindo uma verdadeira concorrência e concretização de um mercado único dos seguros, no qual será possível a qualquer consumidor contratar qualquer seguradora independentemente do Estado-Membro onde se encontre e adquirir qualquer produto ou serviço disponível na União Europeia.

6. Bibliografia

- ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA e NUNO PINHEIRO TORRES, *The Portuguese East India Company (1628-1633)*”, in E. GEPKEN-JAGER, G. VAN SOLINGE e L. TIMMERMAN (edit.), *VOC 1602-2002 – 400 Years of Company Law*, Kluwer, 2005;
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Comentário ao artigo 396º* in CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (coordenação) - *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Códigos Comentados da Clássica de Lisboa, Almedina, 2009;
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito dos Seguros*, 2ª Edição, Almedina, 2017;
- GRAU JUAN BATALLER, *Un Mercado Europeo del Seguro: Claves para una Re-visión* in LAPUENTE, SERGIO CÁMARA (coordenação) - *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003;
- MARCOS, RUI MANUEL DE FIGUEIREDO – *As Companhias Pombalinas. Contributo para a História das Sociedades por Acções em Portugal*, Coimbra, Almedina, 1997;
- MARTINS, JOÃO VALENTE - *Contrato de Seguro: legislação, jurisprudência, minutas, questões práticas*, 2ª Edição, Quid Juris Sociedade Editora, 2011;
- RAMOS, MARIA ELISABETE – *O seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores – Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, outubro 2010;
- RAMOS, MARIA ELISABETE, *D&O Insurance e o Projeto dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro* in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 4, vol. 7, Almedina, março 2012;
- RAMOS, MARIA ELISABETE, *Comentário ao artigo 396º do CSC*, in ABREU, JORGE COUTINHO DE (coordenação) – *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. VI, Coimbra, Almedina, 2013;
- RAMOS, MARIA ELISABETE, *Quem paga a conta? Notas sobre a corporate indemnification* , in *Revista Electrónica de Direito*, nº1, fevereiro 2017;
- REGO, MARGARIDA LIMA, *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*, Almedina, maio 2011;
- SERENS, MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA, *Administradores de Sociedades Anónimas – Da proibição de gerir só dinheiro dos outros à obrigação de prestar caução para o fazer*, Almedina, Coimbra, 2012;

- VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *O Projeto Restatement e o ambiente do direito dos Seguros em Portugal* in <http://www.aidaportugal.org/pdf/6b5adf5b1e448520ff5eee400c4c6e1f.pdf>
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE – *D&O Insurance: o Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e Outros Dirigentes da Sociedade Anónima* in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles 90 Anos*, Coimbra, Almedina, 2007.
- VENTURA, RAÚL, *Novos Estudos Sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Colectivo – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 1994;