



D&O Insurance

Um estrangeirado entre a tipicidade social e a atipicidade legal

Maria Elisabete Ramos¹

1. Cultura de litigância e *D&O Insurance*

É conhecido que nos EUA a prática empresarial e as decisões jurisprudenciais rodeiam os administradores de vários mecanismos de proteção que constituem ou “portos seguros” (pense-se, por exemplo, na *business judgment rule*) ou afastam/limitam a responsabilidade (as cláusulas de limitação ou de exclusão da responsabilidade dos administradores) ou, ainda, transferem os encargos financeiros da responsabilização para outras entidades² (*corporate indemnification* e *D&O Insurance*)³.

¹ Univ Coimbra, CeBER, Faculty of Economics, Av Dias da Silva 165, 3004-512 Coimbra. Professora Auxiliar da Faculdade de Economia de Coimbra. Doutorada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Investigadora do *Centre for Business and Economics Research* (CeBER). Vice-Presidente de AIDA Portugal. Correio eletrónico: mgramos@fe.uc.pt. Endereço postal: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Av. Dias da Silva, 165, 3004-512 Coimbra.

² J. BISHOP JR., “New problems in indemnifying and insuring directors: protection against liability under the federal securities laws”, *DLJ*, 1972, p. 1153.

³ Maria Elisabete Gomes Ramos, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores – Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 243.



Simultaneamente, é necessário acautelar os *interesses dos lesados* na reparação dos danos causados por “wrongful acts” ou por “erros de gestão”. A conjugação destes interesses contraditórios - por um lado, o interesse do administrador em não sofrer diminuições patrimoniais causadas, designadamente, pelo pagamento da indemnização, e, por outro, o interesse do lesado em ser reparado do prejuízo causado pelo administrador – é conseguida pela intervenção do *seguro de responsabilidade civil dos administradores e altos cargos*, internacionalmente conhecido como *D&O Insurance*⁴.

Este seguro foi criado para responder a necessidades dos administradores de sociedades dos EUA. Na sequência do *crash* da bolsa ocorrido em 1929 e do endurecimento das regras jurídicas sobre valores mobiliários (*securities*) – estamos a considerar o *Securities Act* (1933) e o *Securities Exchange Act* (1934)⁵ -, os gestores de sociedades sentiram a necessidade de ver reforçada a

⁴ A expressão “D&O Insurance” corresponde a *Directors’s and Officers’ Liability Insurance*. É interessante notar que, apesar do nome (*Directors’s and Officers’ Liability Insurance*), as apólices de *D&O Insurance* “are often written as indemnity rather than liability policies” - R. W. WESTLING./ M. M. BELL., *Directors’ and Officers’ insurance and its role in Government Investigations*, *New Appleman on Insurance: Current critical issues in Insurance Law*, LexisNexis, 2013, p. 49. W. E. KNEPPER / D. BAILEY. A. *Liability of corporate officers and directors*, 7th edition, vol. 2, LexisNexis, 2006, 23-15, explicam que “D&O insurance policies are labelled “directors and officers liability policies” because they provide indemnification for directors’ and directors’ liability. They are and always have been intended to be “indemnity” or reimbursement policies. They are not liability policies in the sense that term is ordinarily used in the insurance context”.

⁵ V. P. PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 13, ss..



proteção do seu património pessoal contra os prejuízos económicos da responsabilização. As sociedades procuraram o *Lloyd's* londrino que desenvolveu a primeira apólice de *D&O Insurance* para o mercado estadunidense⁶.

Embora timidamente, a proteção do património dos administradores vai entrando nas ordens jurídicas de *civil law*. Recorde-se que em setembro de 2014, o 70º Congresso Alemão de Juristas (Secção de Direito Económico) (que teve lugar Hannover) debruçou-se especificamente sobre a reforma do regime da responsabilidade civil dos administradores⁷. Neste Congresso foram aprovadas, entre outras, as propostas de: *a)* poderem ser introduzidas limitações estatutárias da responsabilidade dos administradores, desde que satisfeitos os legítimos interesses de informação; *b)* ser lícita a exclusão da responsabilidade por negligência leve; *c)* ser lícita a previsão de limites máximos (estatutários) de indemnização; *d)* ser excluída a franquia do *D&O Insurance*, atualmente prevista no § 93 da Lei de Sociedades Anónimas Alemã (*AktG*).

Perguntar-se-á: na Europa os administradores necessitam de ver protegido o seu património pessoal ou, ao invés, é urgente intensificar a responsabilização, tendo em conta o défice de casos de

⁶ Maria Elisabete RAMOS, O seguro de responsabilidade civil dos administradores, cit., p. 253.

⁷ Cfr. Gregor Bachmann, "Reform der Organhaftung? – Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen", em Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages • Hannover 2014, Band I: Gutachten / Teile A - F: Gesamtband, C.H.BECK, 2014, E 1 – E 124.



responsabilidade (“infra-litigância”)? O “under-enforcement”⁸ dos deveres dos administradores torna menos premente a necessidade de proteger os administradores dos prejuízos patrimoniais causados pela litigância, mas não a elimina. É o que se retira do “Study on directors’ duties and liability”⁹ quando este identifica na União Europeia cinco medidas de proteção dos administradores: “Exclusion of liability in the articles; *ex ante* authorization of certain types of conduct by the shareholders, i.e. before the conduct that gives rise to liability occurs; *ex post* ratification of breaches of duty or waiver of the company’s claim; indemnification of the director against liability incurred not to the company, but to a third party, or against the costs of third party lawsuits; and directors and officers liability insurance (D&O insurance)”¹⁰.

O discurso em torno da responsabilização dos administradores privilegia a prevenção de *práticas ilícitas e culposas*, a *reparação dos danos* e o interesse em geral em que os gestores de sociedades adotem práticas saudáveis de *corporate governance*. Pelo seu lado, a ideia de proteção do património pessoal dos administradores é justificada pelo interesse da sociedade em recrutar os melhores

⁸ O *Study on directors’ duties and liability*, prepared for the European Commission for DG Market by Carsten Gerner –Beurle, Philipp Paech, Edmund Philip Schuster, Department of Law, London School of Economics, April 2013, disponível em [http://eprints.lse.ac.uk/50438/1/__Libfile_repository_Content_Gerner-Beurle,%20C_Study%20on%20directors%E2%80%99%20duties%20and%20liability\(Isero\).pdf](http://eprints.lse.ac.uk/50438/1/__Libfile_repository_Content_Gerner-Beurle,%20C_Study%20on%20directors%E2%80%99%20duties%20and%20liability(Isero).pdf) (acesso em 5 de julho de 2020).

⁹ Study on directors’ duties and liability, cit., xvi

¹⁰ Study on directors’ duties and liability, cit., 212.



gestores¹¹, pela necessidade em preservar a discricionariedade empresarial destes e pela conveniência em reduzir a aversão ao risco¹².

O estudo analisa o *D&O insurance* enquanto instrumento de proteção do patrimônio pessoal dos administradores. O processo de expansão internacional do *D&O Insurance* implicou uma certa *padronização*, resultante de certas características negocialmente típicas, como sejam o caráter *claims made*, tendencialmente de grandes riscos, financiado pela sociedade e *tailor made*¹³. *Padronização* que resulta, não de uma harmonização legislativa (que não existe nesta matéria), mas sim das práticas negociais adotadas por seguradores e resseguradores.

A reflexão desenvolvida pelo presente artigo condensa-se nas seguintes questões: *a)* qual é a receção do *D&O Insurance* nas ordens jurídicas europeias; *b)* que mecanismos são usados para incentivar os administradores segurados pelo *D&O Insurance* a manter altos níveis de diligência e de cuidado no cumprimento das suas funções; *c)* que efeitos têm as cláusulas *claims made*, tipicamente usadas pelas apólices de *D&O Insurance*, na efetiva proteção do patrimônio

¹¹ M. M PITKOWITZ, *Praxishandbuch Vorstands- und Aufsichtsratschaftung. Pflichten, Haftung, Ermessen und Versicherung in der Aktiengesellschaft ; Deutschland und Österreich*, München: Beck, 2014, p. 170, refere que o D&O Insurance é um instrumento para recrutar administradores qualificados, a que acresce que melhora a reputação da sociedade, tendo em conta as cláusulas de reembolso da companhia (“Company-reimbursement”).

¹² Maria Elisabete Ramos, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores...*, cit., p. 242, ss..

¹³ Maria Elisabete Ramos, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores...*, cit., p. 303, ss..



dos administradores segurados; d) como mitigar os designados “vazios de cobertura” dos administradores segurados por apólices de *D&O Insurance* que adotam o critério do *claims made*.

2. Do *Lloyd's* para os EUA e, daí, para o mundo

Conhecer o *D&O Insurance* implica situá-lo no seu *habitat* estadunidense¹⁴ e isso significa, por um lado, integrá-lo no ambiente intensamente litigioso em que atuam os administradores nos EUA e, por outro, estabelecer as relações que este seguro mantém com outros mecanismos de proteção dos gestores de sociedades¹⁵. Convém não esquecer que, como já foi sublinhado pela doutrina alemã, nos EUA, o litígio e as ações judiciais (também contra os administradores) são vistas como uma forma de *regulação*¹⁶, designadamente do exercício da atividade económica. Numa sociedade estruturalmente litigiosa¹⁷, cultora da atitude “file first and think later”, imbuída do “deep pocket thinking”, não será de estranhar que os administradores e altos funcionários de sociedades

¹⁴ Maria Elisabete Ramos, O seguro de responsabilidade civil dos administradores..., cit., p. 241.

¹⁵ Cfr. J. Bishop, Jr., “New cure for an old ailment: Insurance against directors’ and officers’ liability”, *BL*, 22 (1966), p. 96.

¹⁶ Cfr. K. Hopt./R. Kulms, / J. von Hein, *Rechtshilfe und Rechtsstaat: die Zustellung einer US-amerikanischen class action in Deutschland*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 12, ss.

¹⁷ Pergunta C. BAXTER, *Demystifying D&O Insurance*, *OJLS*, 15 (1995/4), p. 557, “why was D&O invented?”. Segundo este Autor, a necessidade do seguro advém, em significativa medida, da “american litigation culture”.



— especialmente de sociedades abertas cotadas (*public held corporations*) — sejam escolhidos como alvos privilegiados de ações judiciais¹⁸. Os instrumentos processuais disponíveis facilitam, em geral, o escrutínio da atividade dos administradores. Destacam-se na experiência jurídica dos EUA: *a*) a generosidade das regras sobre a legitimidade do(s) sócio(s) para a responsabilização dos administradores (a legitimidade daqueles não está necessariamente indexada a um determinado valor da participação social); *b*) a variedade dos procedimentos judiciais disponíveis e a cultura da “regulation through litigation” (*shareholder derivative suit, direct action, class action*)¹⁹; *c*) as particularidades das regras de distribuição de custas processuais (*american rule*)²⁰ que, ligadas à

¹⁸ Maria Elisabete Ramos, O seguro de responsabilidade civil dos administradores..., cit., p. 240, s.. E. F. PÉREZ CARRILLO, Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales. El seguro D&O en EEUU, Madrid / Barcelona: Marcial Pons, 2005, p. 15, apresenta estatísticas (com início em 1973) relativas à prevalência de ações de responsabilidade civil intentadas contra os administradores nos EUA.

¹⁹ D. R. Fischel/ M. Bradley, “The role of liability rules and the derivative suit in corporate law: a theoretical and empirical analysis”, *CorLR*, 71 (1986), pp. 261, ss., consideram infundado o pensamento muito divulgado de que as normas sobre a responsabilidade civil, efetivadas por intermédio da *derivative action*, promovem o alinhamento da atuação dos administradores com os interesses dos investidores. Sobre o D&O Insurance e a regulação exercida pelas ações propostas pelos sócios, v. T. Baker/S. J. Griffith, *Ensuring corporate misconduct. How liability insurance undermines shareholder litigation*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 2010, *passim*.

²⁰ Significa esta que cada parte litigante há de satisfazer os seus próprios gastos, independentemente do ganho de causa que obtenha. Como se percebe, esta regra de distribuição de custas põe o demandado em situação desfavorável, porquanto ainda que a defesa deste seja bem-sucedida (e, portanto, a demanda não vingue),



indexação dos honorários dos advogados ao sucesso do processo (*contingent fees*)²¹, facilitam significativamente a efetivação de responsabilidade; d) a licitude de condenação no pagamento de indenizações em montante superior ao dos danos (*punitive damages*)²².

Acresce que o administrador que desempenha as suas funções com diligência e lealdade continua, apesar do seu desempenho, exposto de forma substancial ao risco de responsabilidade. Ainda que a demanda seja desprovida de fundamento — as chamadas *strike suits* intentadas para extorquir uma transação (*settlement*) favorável ao demandante — e o administrador demandado venha a ser absolvido, ela implicará, de imediato, a necessidade de satisfazer os elevados custos da defesa e, eventualmente, das transações²³.

Neste quadro, é impensável exercer o cargo de administrador sem a assistência de mecanismos de proteção²⁴. Nos EUA, a prática

deverá, apesar disso, suportar os encargos da sua defesa. Sobre este sistema v. R. Charles Clark, *Corporate Law*, Boston / Toronto: Little, Brown and Company, 1986, pp. 659, ss.

²¹ A. D. Youngwood, “The contingent fee — a reasonable alternative?”, *MLR*, 28 (1965), p. 330, refere que com esta forma de remunerar os advogados pretende-se assegurar o acesso aos serviços jurídicos por parte de pessoas que, não tendo recursos económicos, querem fazer valer uma pretensão juridicamente fundada.

²² Maria Elisabete Ramos, O seguro de responsabilidade civil dos administradores..., cit., p. 242.

²³ Cfr. W. E. Knepper, “Officers and directors: indemnification and liability insurance — an update”, *BL*, 30 (1975), p. 951; B. L. Ross, “Protecting corporate directors and officers: Insurance and other alternatives”, *VLR*, 40 (1987), p. 787.

²⁴ Maria Elisabete Ramos, O seguro de responsabilidade civil dos administradores..., cit., p. 242.



empresarial rodeia os administradores de vários mecanismos de proteção que ou constituem “portos seguros” (pense-se, por exemplo, na *business judgment rule*), ou afastam/limitam a responsabilidade (as cláusulas de limitação ou de exclusão da responsabilidade dos administradores ou, ainda, transferem os encargos financeiros da responsabilidade civil para outras entidades²⁵ (*corporate indemnification* e *D&O Insurance*)).

É correto afirmar que a *necessidade* de um seguro que proteja os administradores contra os riscos de responsabilização (e despesas inerentes) começou por ser sentida nos EUA²⁶ e é neste ambiente legal e empresarial que o *D&O Insurance* encontra o caldo de cultura que fomentará a sua prosperidade²⁷. No entanto, as raízes deste seguro estão na Europa porque, por um lado, é neste lado do Atlântico que se inicia a discussão em torno da licitude ou ilicitude de proteção do património dos administradores através de um seguro e, por outro, é londrino o primeiro segurador que elaborou a apólice de *D&O Insurance*.

Quanto ao primeiro aspeto, documenta a doutrina alemã que nos finais do séc. XIX (1895) a *Allgemeine Deutsche Versicherungsverein*, como reação à aprovação das novas leis sobre sociedades anónimas (1884), cooperativas (1889) e sociedades de responsabilidade limitada (1892), acordou propor o denominado

²⁵ J. Bishop, “New problems in indemnifying and insuring directors: protection against liability under the federal securities laws”, *DLJ*, 1972, p. 1153.

²⁶ V. M. M. Pitkowitz, *Praxishandbuch Vorstands- und Aufsichtsratshaftung. Pflichten...*, cit., p. 166.

²⁷ Sobre a origem e evolução do *D&O Insurance* nos EUA, v. P. Pais de Vasconcelos, *D&O Insurance...*, cit., p. 13, ss.



“Haftpflichtversicherung für Verwaltungs- und Aufsichträthe, Directoren u.S.w. von Aktien-Gesellschaften, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und sonstigen Personenvereinen”²⁸. Este projeto não chegou a vingar. Em 1905, uma nova proposta de seguro foi apresentada perante o *Kaiserliches Amt für Privatversicherung*²⁹. A imprensa da época falou em “Versicherungsutopie” e “Bequemlichkeitsversicherung” e venceu o carácter “imoral”, porque um tal seguro provocaria o efeito de “systematischen Demoralisierung” na atuação dos segurados³⁰. Apesar do empenho e entusiasmo com que a doutrina analisou estes projetos³¹, eles não tiveram seguimento³².

²⁸ Cfr. P. Wollny, *Die Directors’ and Officers’ Liability Insurance in den Vereinigten Staaten von Amerika (D&O-Versicherung): Vorbild für eine Aufsichtsratshaftpflichtversicherung in Deutschland?*, Frankfurt a.M.: Peter Lang, 1993, pp. 382, ss; H. Ihlas, *Organhaftung und Haftpflichtversicherung*, Berlin: Duncker und Humboldt, 1997, pp. 47, s.; K. Kästner, “Aktienrechtliche Probleme der D&O Versicherung”, AG, 2000 (3), p. 114.; M. M. Pikowitz, *Praxishandbuch Vorstands- und Aufsichtsratshaftung. Pflichten...*, cit., p. 170.

²⁹ Cfr. H. IHLAS, *Organhaftung...*, cit., p. 47.

³⁰ Cfr. H. IHLAS, *Organhaftung...*, cit., pp. 47, ss. Foi melhor o acolhimento pela doutrina, segundo relata P. Wollny, *Die Directors’...*, cit., pp. 382, s.

³¹ J. Gierke, “Die Haftpflichtversicherung und Ihre Zukunft”, ZHR, 1907, p. 62, considerava que a questão do seguro de responsabilidade civil estava em plena atualidade na Alemanha. Para uma súmula das opiniões expressadas pela doutrina no volume VIII dos *Veröffentlichungen des Deutschen Vereins für Versicherungswissenschaft*, dedicado integralmente ao seguro dos membros do conselho de vigilância (*Die Versicherung der Aufsichtsratshaftpflicht*), v. M. Iribarren Blanco, M., *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*, Cizur Menor: Aranzadi, 2005, pp. 64, ss.

³² Cfr. P. Wollny, *Die Directors’...*, cit., pp. 1-4 e, em especial, 382 a 389; H. Ihlas, *Organhaftung...*, cit., pp. 47, s.



Em 1934, o *Lloyd's* londrino elaborou a primeira apólice *D&O* para as sociedades norte-americanas *Flinkote Corporation* e *Federated Department Stores*³³. O *Securities Act* de 1933 e o *Securities and Exchange Act* de 1934 estimularam a procura de um seguro que protegesse os administradores da responsabilidade resultante da violação daquelas leis³⁴.

Ter-se-á, no entanto, de esperar aproximadamente trinta anos para que se assista ao desenvolvimento do *D&O Insurance* nos EUA³⁵. Nos anos sessenta, fosse pelas limitações da *corporate indemnification*³⁶, fosse pela dramatização publicitária das

³³ Cfr. R. Cavallaro, "Corporate buyer beware: deficiencies in directors' and officers' Insurance for employment practices liability", *HoLR*, 26 (1997-1998), p. 221; M. Iribarren Blanco, *El seguro...*, cit., p. 39.

³⁴ Cfr. R. Romano, "What went wrong with directors' and officers' liability Insurance?", *DJCL*, 14 (1989), p. 2. M. M. Pitkowitz, *Praxishandbuch Vorstands- und Aufsichtsratschaftung. Pflichten...*, cit., p. 166, salienta que, na sequência da designada "sexta-feira negra", foram endurecidas as regras sobre responsabilidade dos administradores. O que determinou a necessidade de reforçar a sua proteção e de ter sido procurado o *Lloyd's of London* para desenvolver o primeiro *D&O Insurance*.

³⁵ Sobre a tímida receção que estas apólices mereceram na primeira etapa, v. M. Iribarren Blanco, M., *El seguro...*, cit., p. 42. Para a fraca implantação contribuíram, entre outros fatores, a onerosidade das apólices, a sua complexidade, assim como a proibição de que as sociedades as subscrevessem (devendo ser os administradores).

³⁶ Sobre esta figura e a sua intromissão na ordem jurídica portuguesa, através das apólices de *D&O Insurance*, v. Maria Elisabete Ramos, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores. ...*, cit., p. 243, ss.; ID., "Reembolso societário", in: *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 377, s. Pese embora a circunstância de a lei do *Delaware* (e dos Estados que a seguiram) sobre *corporate indemnification* ser permissiva, a



seguradoras³⁷, fosse pelas insuficiências de outros seguros contratados pela sociedade³⁸, a doutrina norte-americana regista o incremento da procura de seguros *D&O*. As apólices primeiramente oferecidas no mercado³⁹ levantaram dúvidas por, segundo a doutrina estadunidense, integrarem coberturas que violavam os limites impostos pela *public policy*. Discutia-se se as coberturas *D&O* diluíam o efeito preventivo da responsabilidade civil, designadamente ao cobrirem os danos decorrentes de *violações intencionais* dos deveres dos administradores, insuscetíveis de serem objeto de *corporate indemnification*⁴⁰. O carácter intencional (portanto, não fortuito) dos atos cobertos pelo *D&O* levantava o problema de saber se não estava

existência de disposições estaduais, *bylaws* ou jurisprudência mais restritiva repuseram o problema da proteção dos administradores. Sobre este aspecto, v. NOTE, “Liability Insurance for corporate executives”, *HLR*, 80 (1966-1967), p. 649.

³⁷ J. Bishop, Jr., “Sitting ducks and decoy ducks: new trends in the indemnification of corporate directors and officers”, *YLJ*, 77 (1967-1968), p. 1078, reproduz o seguinte *slogan* de uma companhia de seguros retirado do *Wall Street Journal* de 21 de março de 1968: “As a corporate director or officer, you may be a sitting duck for a shareholder or third party liability suit”. V. tb. J. J. Bisceglia, “Practical aspects of directors’ and officers’ liability insurance – allocating and advancing legal fees and the duty to defend”, *UCLALR*, 32 (1985), p. 690.

³⁸ Cfr. NOTE, “Liability insurance...”, cit., p. 649.

³⁹ Para a descrição das “paleolithic policies”, v. J. Bishop, Jr., “New cure for an old ailment: insurance against directors’ and officers’ liability”, *BL*, 22 (1966), pp. 103-106. Sobre as dúvidas suscitadas pelas primeiras apólices, v. NOTE, “Public policy and director’s liability insurance”, *CLR*, 67 (1967), p. 716; NOTE, “Liability insurance...”, cit., pp. 648, ss.

⁴⁰ Sobre esta figura e a sua intromissão na ordem jurídica portuguesa, através das apólices de *D&O Insurance*, v. Maria Elisabete Ramos., *O seguro de responsabilidade civil dos administradores. ...*, cit., p. 253, ss.



em causa a própria sustentabilidade do sistema de seguros⁴¹.

Narra a literatura sobre a matéria que, em 1 de agosto de 1966, começou a vigorar a apólice “Lloyd’s of London Directors and Officers”, na sua variante britânica “Open Market Form” e, em outubro do mesmo ano, ficou disponível a variante norte-americana designada “Stewart, Smith”⁴². Foram suscitadas dúvidas quanto à conformidade de várias coberturas com as exigências de *public policy*⁴³, fosse aquele seguro contratado pelo administrador ou pela sociedade. Suscitavam dúvidas, nas apólices contratadas pelos administradores⁴⁴, as previsões de cobertura de “any breach of duty”⁴⁵, dos *punitive damages* (que normalmente reagem a uma conduta deliberada e particularmente censurável) e de despesas provocadas por atos ilícitos dolosos. Quanto às apólices contratadas pela sociedade (já nos anos sessenta adotava-se esta prática negocial), as interrogações centravam-se quer no indesejável afrouxamento do grau de diligência a observar pelos administradores, quer no desvantajoso efeito de nas *derivative actions* a sociedade (porque pagava o prémio do seguro) não conseguir a efetiva reparação do dano provocado pelos

⁴¹ Cfr. NOTE, “Liability insurance...”, cit., p. 653.

⁴² Cfr. NOTE, “Liability insurance...”, cit., p. 648.

⁴³ Cfr. J. W. BISHOP, Jr. “Sitting ducks...”, cit., pp. 1078 e 1091.

⁴⁴ P. Pais de Vasconcelos, *D&O Insurance...*, cit., p. 14, refere que no início o *D&O Insurance* era contratado diretamente pelo administrador com o segurador; numa segunda fase, a sociedade passou a custeá-lo a título de *fringe benefit*, tendo depois evoluído para a contratação pela sociedade com um único segurador cobrindo a responsabilidade de todos os seus administradores.

⁴⁵ Cfr. NOTE, “Liability insurance...”, cit., p. 656.



administradores⁴⁶. Em 1964, *St. Paul Insurance Company* foi o primeiro segurador norte-americano a oferecer o *D&O Insurance*, tendo sido seguido pelo *American Home Assurance Company*⁴⁷.

É nos meados dos anos setenta do século passado que começa a florescer o mercado do *D&O Insurance*, em parte impulsionado pela intensificação dos litígios precipitados pela recessão económica que nessa altura se fez sentir⁴⁸. Até esta altura a procura do seguro era escassa, certamente porque as ações contra os administradores eram raras e só esporadicamente bem-sucedidas⁴⁹.

Para a expansão do seguro também contribuiu o movimento legislativo a permitir expressamente que as sociedades pagassem o prémio de seguro. A partir dos finais dos anos sessenta, leis dos Estados de Nova Iorque, Delaware e Califórnia foram alteradas no sentido de permitir que o seguro *D&O* fosse contratado pela sociedade⁵⁰. Embora se tenha escrito que esta reforma trouxe “[the] validation of corporate purchase for directors’ and officers’ liability insurance”⁵¹, é certo que não desaparecem as interrogações em

⁴⁶ Objeção formulada por NOTE, “Liability Insurance...”, cit., p. 667, que, contudo, a considera improcedente.

⁴⁷ Cfr. J. JOHNSTON, “Corporate indemnification...”, cit., p. 2012; WOLLNY, P., *Die Directors’...*, cit., p. 150.

⁴⁸ Refere ROMANO, R., “What went wrong...”, cit., p. 21, que dados fiáveis mostram que em 1965 menos de 10% das sociedades contratavam o seguro, enquanto em 1971 entre 70% a 80% das maiores sociedades tinham-no adquirido.

⁴⁹ Cfr. J. Bishop, Jr. “Sitting ducks...”, cit., pp. 1078 e 1099.

⁵⁰ Cfr. W. E. KNEPPER, “Officers...”, cit., pp. 959, s.

⁵¹ Neste sentido, v. J. J. HANKS /L.P. SCRIGGINS, “Protecting directors and officers from liability — the influence of the Model Business Corporation Act”, *BL*, 56 (2000), p. 18, sobre a *section 5 (h)* do *MBCA* de 1967.



torno dos limites de *public policy*⁵². Atualmente, a generalidade das legislações estaduais norte-americanas integra normas reguladoras deste seguro⁵³.

Hoje quer a section 7.20 dos Principles of Corporate Governance, elaborados pela American Law Institute⁵⁴ quer o § 8.57 do Model Business of Corporation Act, da autoria da American Bar Association, expressamente permitem que a sociedade contrate o D&O Insurance a favor dos administradores, quer os factos cobertos pelo seguro possam ou não ser objeto de corporate indemnification⁵⁵.

A ordem jurídica portuguesa não prevê especificamente o seguro

⁵² Em 1968, BISHOP, J. W. JR., “Sitting ducks...”, cit., p. 1086, não deixava de continuar a expressar dúvidas sobre a validade do seguro, embora admitisse que o DGCL e o MBCA “essay to lay at rest, by one grand, Napoleonic stroke, all the doubts about the propriety and validity of directors’ and officers’ liability Insurance which have been expressed since the introduction of such Insurance.”.

⁵³ V. The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, vol. 2, Part VII, §§ 7.01-7.25, Tables and Index, As adopted and promulgated by American Law Institute at Washington, D. C., May 13, 1992, St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1994, p. 275; J. R. MACEY, Macey on Corporation Law, vol. 2 (2004-1 Supplement prepared by Aspen Editorial Staff), New York: Aspen Publishers, 2004, p. 16-205 (este último com informação sobre os diversos direitos estaduais); R. W. HAMILTON, R. W./ R, D. FREER, The law of corporations in a nutshell, 6th edition, St. Paul: West Publishing Co., 2011, p. 377.

⁵⁴ V. The American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, vol. 2, Part VII, cit., p. 261, ss..

⁵⁵ V. Maria Elisabete Ramos, “Reembolso societário”, in: *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 377, ss. ; “Corporate indemnification. Experiences in USA and developments in Germany, Italy and Portugal”, *European Company and Financial Law Review*, 4, 2017, p. 723, ss.; “Quem paga a conta? Notas sobre a corporate indemnification”, *Revista Eletrónica de Direito*, 2017, I, p. 1, ss..



de responsabilidade civil dos administradores. Ao contrário do que acontece em outras ordens jurídicas, o direito societário português não contempla normas que, direta ou indiretamente, autorizem a contratação do seguro pela sociedade (e o pagamento do prêmio)⁵⁶

⁵⁶ Veja-se o disposto no § 93 Abs. 2 S. 3 AktG que pressupõe ser lícita a contratação do seguro pela sociedade e, consequentemente, é lícito o pagamento do prêmio pela sociedade. Dispõe esta norma “Caso a sociedade tenha contratado um seguro para proteger um membro do conselho de administração contra riscos decorrentes das suas atividades profissionais para a sociedade, o seguro deve prever uma franquia de pelo menos dez (10) por cento dos danos, até um mínimo de cento e cinquenta (150) por cento da remuneração fixa anual do membro do conselho de administração” (tradução não oficial). No Reino Unido, a *section 233 do Companies Act* de 2006 determina que “Section 232(2) (voidness of provisions for indemnifying directors) does not prevent a company from purchasing and maintaining for a director of the company, or of an associated company, insurance against any such liability as is mentioned in that subsection”. Nos Estados Unidos da América, veja-se, no âmbito do *direito recomendatório*, o disposto no § 8.57 do *Model Business Corporation Act* e a *section 7.20 dos Principles of Corporate Governance*. Wolfgang Voit, “255. Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB-AVG) (D&O-Versicherung)”, en Prölss/Martin, *Versicherungsvertragsgesetz: VVG*, 29. Auflage, C. H. Beck, 2015, Rdn. 2, reconhece que o seguro *D&O* é compatível com o regime jurídico-societário da responsabilidade civil do órgão de gestão e de representação perante a sociedade. A contratação do *D&O Insurance* não configura uma renúncia da sociedade à indemnização devida pelos titulares do órgão de administração e de representação (§ 93, 4 AktG, § 43, 3 GmbHG). Este autor refere que são infundadas as dúvidas suscitadas por alguma doutrina alemã quanto à licitude do contrato de seguro de responsabilidade civil dos administradores por pôr em causa o princípio da responsabilidade do órgão de gestão ao abrigo da lei da responsabilidade (Peter Ulmer, “Strikte aktienrechtliche Organhaftung und D&O-Versicherung – zwei getrennte Welten?”, FS Canaris, Bd. 2, 2007, p. 451, 462 e seguintes). Justamente, a disposição do § 93 § 2 AktG, que torna obrigatória uma franquia para o conselho



ou que imponham a contratação de uma franquia⁵⁷, fixando os seus limites mínimo e máximo. Quer o Código das Sociedades Comerciais⁵⁸ quer o Código dos Valores mobiliários (que regula

de administração de sociedade anónima, confirma a licitude fundamental de tal seguro, também do ponto de vista do direito das sociedades anónimas.

⁵⁷ Veja-se o disposto no § 93 Abs. 2 S. 3 *AktG*. Às sociedades cotadas e às sociedades com acesso ao mercado de capitais aplica-se o *Deutscher Corporate Governance – Kodex*, no sentido do §161 (1), frase 2, da *AktG*. As restantes sociedades podem, se assim o entenderem, aplicar o disposto no *Kodex*. Na versão de 2017 do *Kodex*, o ponto 3.8. recomendava: “If the corporation takes out a D&O (directors’ and officers’ liability insurance) policy for the Management Board, a deductible of at least 10% of the loss up to at least the amount of one and a half times the fixed annual remuneration of the Management Board member must be agreed. A similar deductible shall be agreed in any D&O policy for the Supervisory Board”. A versão de dezembro de 2019 de *Kodex* eliminou a recomendação relativa à franquia. Para as diversas versões do *Kodex*, consultar <https://www.dcgk.de/en/code.html>.

⁵⁸ O art. 396º, 2, do Código das Sociedades Comerciais (daqui em diante, CSC) permite que a obrigação de prestar caução seja cumprida através de um “contrato de seguro, a favor dos titulares de indemnizações, cujos encargos não podem ser suportados pela sociedade”. A indústria seguradora desenvolveu o chamado “seguro substitutivo da caução” que, embora construído a partir das apólices de *D&O Insurance*, não se confunde com estas. Portanto, o art. 396º, 2, CSC não prevê o *D&O Insurance*. Margarida Lima Rego, *Contrato de seguro e terceiros. Estudo de direito civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 160, defende que, embora o seguro que substitui a caução não seja um seguro obrigatório, deve aplicar-se-lhe, na parte destinada a cumprir a imposição legal do art. 396º, 2, do CSC, o regime dos seguros obrigatórios de responsabilidade civil, constante dos arts. 146º a 148º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro (daqui em diante, RJCS). Sobre estes temas, v. Maria Elisabete Ramos, *Seguro de responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 323, ss.; “Artigo 396º. Caução”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, p. 318, ss.; “El seguro D&O y el “seguro substitutivo da caução” previsto en la legislación



especificamente aspetos relativos às sociedades abertas) são silentes quanto a este seguro⁵⁹.

Este silêncio normativo abrange também as recomendações de boas práticas de governo societário (aplicáveis principalmente às sociedades abertas) vertidas no Código de Governo das Sociedades (2018), elaborado pelo *Instituto Português de Corporate Governance*⁶⁰.

Por outro lado, não são conhecidas normas regulamentares ou outras determinações da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões dedicadas ao *D&O Insurance*⁶¹.

portuguesa”, *Revista Española de Seguros*, 162 (abril-junho), 2015, p. 211-243; “El deber de afianzar la responsabilidad civil de los administradores. Praxis empresarial portuguesa y la influencia del D&O Insurance (seguro de responsabilidad de administradores”, in Ángel Fernández-Albor Baltar/Elena Pérez Carrillo (dirs), *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 387-403. V. também Alexandre de Soveral Martins, *Administração de sociedades anónimas e responsabilidade dos administradores*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 290, ss.; Margarida Lima Rego, “A quem aproveita o seguro de responsabilidade civil de administradores celebrado para os efeitos do art. 396º CSC?”, *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 415-446.

⁵⁹ No sentido de que a ordem jurídica brasileira não apresenta normas específicas sobre o *D&O Insurance*, v. C. Portugal Gouvêa/M. Pargendler, “Directors’ and Officers’ Liability in Brazil”, Simon Deakin/Helmut Koziol/Olaf Riss (eds), *Directors’ & Officers’ (D&O) Liability*, Berlin/Boston: De Gruyter, 2018, p. 104.

⁶⁰ Disponível em <https://cgov.pt/base-de-dados/codigos-de-governo> (consulta em 24 de junho de 2020)

⁶¹ Veja-se, no Brasil, a Circular Superintendência de seguros privados (SUSEP) n.º 553 de 23 de maio de 2017, que “estabelece as diretrizes gerais aplicáveis aos seguros de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoas



A ordem jurídica portuguesa não conhece *condições-modelo* aplicáveis ao seguro de responsabilidade civil dos administradores, elaboradas pela indústria seguradora. Na experiência alemã, a *Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft* (GDV) proporciona um modelo de “Condições Gerais de Seguro para o seguro de responsabilidade civil por perdas financeiras dos conselhos de supervisão, de administração e de direcção (AVB-AVG) (seguro D&O)”⁶².

Não existindo jurisprudência conhecida sobre este seguro, a experiência portuguesa de *D&O Insurance* pode ser recolhida em duas *fontes principais*. Por um lado, há que considerar os *contratos* de seguro de responsabilidade civil dos administradores, celebrados

jurídicas (seguro de RC D & O), e dá outras providências”. Nos termos do art. 2º desta Circular, “após a publicação desta circular, as sociedades seguradoras que desejarem iniciar a operar com o seguro de RC D&O, deverão submeter, à Susep, para fins de análise e arquivamento, plano de seguro específico, cujas condições contratuais e respetiva nota técnica atuarial deverão estar em conformidade com as presentes disposições e a legislação em vigor”.

⁶² Na versão original “Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB-AVG) (D&O-Versicherung)”, conhecidas na prática como “D&O-Vers”, disponíveis em <https://www.gdv.de/service/suche/de/4422?query=AVB-AVG%29+%28D%26O#more>. A versão mais recente destas condições-modelo data de maio de 2020. Trata-se de condições modelo, organizadas pela associação representativa dos seguros da Alemanha (GDV), de carácter não vinculativo. Algumas das condições utilizadas na prática divergem significativamente das condições-modelo. V. Wolfgang Voit, “255. Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB-AVG) (D&O-Versicherung)”, cit., Rdn. 1-5.



entre a sociedade tomadora do seguro e o segurador e, por outro, há que atender às *normas legais aplicáveis, sejam elas de natureza societária ou de natureza seguradora*.

3. Modelos negociais padronizados recebidos na Europa

O “Study on directors’ duties and liability”⁶³ documenta que o *D&O Insurance* está disponível em todos os estados membros da União Europeia⁶⁴, tendo sido ultrapassadas as dúvidas sobre a licitude da contratação pela sociedade. Este seguro serve, também, os interesses da sociedade porque permite que ela atraia gestores qualificados e limita a exposição dos administradores ao risco de ter de pagar a indemnização cujos montantes, não raras vezes, excederão as suas capacidades financeiras. A contratação deste seguro não corresponde a uma causa de exclusão da responsabilidade civil dos administradores, pois as consequências económicas da responsabilização não são transferidas para a sociedade, credores sociais, sócios. O que acontece é que, de acordo com as coberturas contratadas, as consequências económicas da responsabilização são transferidas para o segurador.

Quanto à difusão do *D&O Insurance*, o Estudo mostra que ele é

⁶³ Disponível em [http://eprints.lse.ac.uk/50438/1/__Libfile_repository_Content_Gerner-Beuerle,%20C_Study%20on%20directors%E2%80%99%20duties%20and%20liability\(Isero\).pdf](http://eprints.lse.ac.uk/50438/1/__Libfile_repository_Content_Gerner-Beuerle,%20C_Study%20on%20directors%E2%80%99%20duties%20and%20liability(Isero).pdf) (consultado em 1 de julho de 2020).

⁶⁴ Cf. Study on directors’ duties and liability, cit., p. 214.



comum em países com elevado número de sociedades cotadas; na maior parte dos países não está divulgado entre as pequenas e as médias empresas⁶⁵.

Nos países de *civil law*, a expressão *D&O Insurance* tende a ser traduzida por *seguro de responsabilidade civil dos administradores*, embora haja dúvidas, tendo em conta a heterogeneidade das coberturas que tipicamente integram as apólices de *D&O Insurance*, de que este seja um genuíno seguro de responsabilidade civil⁶⁶. As dúvidas resultam da dificuldade em conjugar, por um lado, a caracterização legal de seguro de responsabilidade civil e, por outro, a heterogeneidade das coberturas que tipicamente são abrangidas nas apólices de *D&O Insurance*⁶⁷.

Na verdade, a expansão internacional do *D&O Insurance*, transportado pelos seguradores e pelas empresas multinacionais, implicou que, por força das práticas empresariais, se tenha consolidado um *standard* internacional⁶⁸ que se manifesta por

⁶⁵ Seguimos o Study on directors' duties and liability, p. 214.

⁶⁶ Sobre estas questões, v. Maria Elisabete Ramos, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 306, ss

⁶⁷ Sobre estas dificuldades, v. J. MORGADO, "Administradores de sociedades comerciais", RES, 136 (2008), p. 787, ss; Maria Elisabete Ramos, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores. ...*, cit., p. 306, ss..

⁶⁸ Para esta característica na experiência dos EUA, v. M. M. PITKOWITZ, M. M., *Praxishandbuch Vorstands- und Aufsichtsratshaftung. Pflichten...*, cit., p. 166. No sentido de que o D&O Insurance "é atualmente um produto fortemente *standartizado*", v. Margarida Lima Rego, "Adiantamento de custos de defesa nos seguros D&O", *Colóquio internacional Governação das sociedades, responsabilidade civil e proteção dos administradores*, coord. de Maria João



exemplo, na tipicidade das coberturas e exclusões previstas nas condições gerais das apólices de *D&O Insurance*, na linguagem utilizada, na caracterização do sinistro, na identificação da sociedade como tomadora do seguro⁶⁹. Numa palavra, a prática empresarial relativa ao *D&O Insurance* (e não a lei) moldou-lhe as características típicas que se mantêm, apesar a diversidade das ordens jurídicas à luz das quais este seguro é contratado.

E, por isso, não se estranha o fenómeno do *mimetismo* já diagnosticado pela doutrina espanhola⁷⁰ – em mercados menos desenvolvidos, os seguradores tendem a traduzir as condições gerais aplicadas em mercados mais desenvolvidos. Correndo-se, assim, o risco de as condições gerais resultantes da tradução não se mostrarem adequadas às especificidades da ordem jurídica onde são contratadas e à luz da qual é regulado, por exemplo, o regime da responsabilidade civil dos administradores⁷¹, seja perante a sociedade, credores sociais, sócios e terceiros⁷².

Quando surgiu nos anos trinta do século passado nos EUA, o *D&O*

Antunes e Alexandre de Soveral Martins, Coimbra: Instituto Jurídico/IDET, 2018, p. 73.

⁶⁹ Sobre os tipos sociais de contratos, v. Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 61, ss.

⁷⁰ A. Roncero Sánchez, *El seguro de responsabilidad civil de los administradores*, 2.ª ed., *Indret*, 272, 2005 (www.indret.com, visitado em junho de 2020), p. 6.

⁷¹ Cfr., por exemplo, J. W. Bishop, Jr., “New cure...”, cit., pp. 103, ss; NOTE, “Liability Insurance...”, cit., pp. 649, s.; NOTE, “Indemnification...”, cit., p. 683.

⁷² M. Iribarren Blanco, *El seguro...*, cit., p. 78, denuncia a existência de cláusulas insertas em apólices *D&O* que são claramente ilegais à luz da *LeyCS*: cláusulas que impedem que o segurado informe os prejudicados sobre a existência do seguro; ou as *no action clauses* que impedem a reclamação direta contra o segurador.



apresentava-se como um instrumento de proteção do *patrimônio dos administradores* contra os danos causados por “potential securities liability”⁷³. Pretendia ser um mecanismo que permitisse que pessoas competentes e qualificadas pudessem integrar o *board of directors* sem que essa decisão significasse a ruína pessoal sobrevinda aos custos dos litígios causados pelo exercício das suas funções⁷⁴.

No entanto, a história do *D&O Insurance* mostra que, sucessivamente, foram sendo agregadas diferenciadas coberturas, tendo evoluído até à cobertura de riscos da própria sociedade⁷⁵. Assim, uma das características mais notadas deste seguro é a *heterogeneidade das coberturas*⁷⁶ e, simultaneamente, a diversidade de segurados.

Tradicionalmente, no *D&O Insurance* são individualizadas as coberturas designadas como *Side A*, *Side B* e *Side C*⁷⁷. A chamada *Side A* “ cobre diretamente a responsabilidade dos *administradores*, quando a sociedade não o faça, ou porque não quer, ou porque não tem meios para tanto, ou porque a lei não lhe permite. É

⁷³ R. W. Westling/M. M. Bell, “Directors’ and Officers’ insurance and its role in Government Investigations”, cit., p. 44, 45.

⁷⁴ R. W. Westling /M. M. Bell, “Directors’ and Officers’ insurance and its role in Government Investigations”, p. 45.

⁷⁵ P. Pais de Vasconcelos, *D&O Insurance...*, cit., p. 15; p. 306, s.

⁷⁶ Maria Elisabete Ramos, O seguro de responsabilidade civil dos administradores. ..., cit., p. 306.

⁷⁷ V. P. Pais de Vasconcelos, *D&O Insurance...*, cit., p. 21, s.



normalmente custeada pela sociedade”⁷⁸ e pode não estar sujeita a franquia⁷⁹. Nos EUA, a *Side A* cobre os casos em que a sociedade não está autorizada ou não está em condições financeiras de prestar a *corporate indemnification* ou *corporate reimbursement*⁸⁰. Trata-se da cobertura que garante o “non-indemnifiable loss”⁸¹. Por isso, é, por vezes, designada como “catastrophe” ou “sleep insurance”⁸².

A *Side B* “cobre a sociedade da responsabilidade que esta tenha para com os seus administradores, pela satisfação das responsabilidades que lhes sejam imputadas por actos praticados no exercício do cargo”⁸³; em particular, cobre o risco de esta ter de prestar a *corporate indemnification*.⁸⁴

⁷⁸ P. Pais de Vasconcelos, *D&O Insurance...*, cit., p. 21. V. tb. William E. Knepper/Dan A. Bailey, *Liability of corporate officers and directors*, 7th edition, vol. 2, LexisNexis, 2006, 23.01.

⁷⁹ Cfr. William E. Knepper/Dan A. Bailey, *Liability of corporate officers and directors*, cit., p. 24-3. O § 93, 2, *AktG*, prevê obrigatoriamente que seja aplicada uma franquia. A franquia é um dos instrumentos usados para mitigar o “moral hazard”.

⁸⁰ W. E Knepper / D. A. Bailey, *Liability of corporate officers and directors*, cit., 24.3.

⁸¹ V. W. E Knepper / D. A. Bailey, *Liability of corporate officers and directors*, cit., 24.11, que identificam os casos em que o *corporate reimbursement* é considerado inadequado e, por isso, não pode ser prestado pela sociedade (*derivative suits, claims* por violação das normas de registo e de antifraude envolvendo valores mobiliários, razões de *public policy*, etc).

⁸² Cfr. L. J. Taumann/ K Altenbaumer-Price, “D&O Insurance: A Primer”, *The American University Business Law Review*, 2012, p. 14.

⁸³ P. Pais de Vasconcelos, *D&O Insurance...*, cit., p. 21, s.; Maria Elisabete Ramos, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores. ...*, cit., p. 308; R. W. Westling./ M. M. BELL, “Directors’ and Officers’ insurance and its role in Government Investigations”, cit., p. 45, s..

⁸⁴ W. E Knepper / D. A. Bailey, *Liability of corporate officers and directors*, cit., 24.9.



Ainda nos EUA, a partir de 1993, alguns seguradores, com o objetivo de solucionarem “allocation issues”⁸⁵, passaram a incorporar na apólice de *D&O Insurance* a chamada *Side C* que cobre responsabilidades imputadas à sociedade perante terceiros⁸⁶.

Qualquer uma destas coberturas é, tipicamente, *financiada pela sociedade*, mas só no caso da *Side A* é que o administrador é *segurado* (embora não seja tomador do seguro)⁸⁷. Nas coberturas designadas *Side B* e *Side C*, é a *sociedade* que assume a qualidade de segurado e, simultaneamente, a de tomador do seguro. Por conseguinte, *tipicamente, a sociedade é o tomador do seguro*; na

⁸⁵ W. E Knepper / D. A. Bailey, *Liability of corporate officers and directors*, cit., 24.9.

⁸⁶ W. E Knepper / D. A. Bailey, *Liability of corporate officers and directors*, cit., 2006, 24-9.

⁸⁷ Efetivamente, uma das notas típicas do *D&O Insurance* (seja a nível internacional seja na ordem jurídica portuguesa) é a circunstância de o prémio de seguro ser pago pela sociedade (v. a este propósito, P. Pais de Vasconcelos, *D&O Insurance...* cit., p. 21; Maria Elisabete Ramos, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores. ...*, cit., p. 311). T. Wansleben, “Vermeidung und Überlagerung zwingenden Rechts durch Versicherungen Vorstandsinnenhaftung und D&O-Versicherung”, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Research Paper Series, No. 15/25, p. 1, ss., desenvolve a tese de que o *D&O Insurance* pode ser usado como um instrumento para evitar e superar as normas imperativas reguladoras da responsabilidade civil dos administradores e, por consequência, da distribuição do risco que essas normas imperativas operam. Na opinião do Autor, este efeito é particularmente evidente nos casos em que: a) há um compromisso contratual entre a sociedade e os membros do órgão de administração e de representação mediante o qual a primeira financia o *D&O Insurance* que protege os últimos; b) é negociada a transferência do crédito da sociedade à indemnização (devida por titulares do órgão de administração) para um segurador de *D&O Insurance* que, em momento posterior, celebra uma transação com os membros do órgão de administração responsáveis.



Side A o administrador é o segurado; nas coberturas *Side B* e *Side C* a sociedade é a segurada.

Esta distinção entre *Side A* e *Side B* é visível, com outras designações, em condições gerais comercializadas em Portugal. No *D&O Insurance*, a dissociação entre o tomador do seguro e segurados⁸⁸, no que diz respeito à cobertura “*Side A*”⁸⁹, constitui uma prática internacional com alguma consistência⁹⁰. A sociedade é a

⁸⁸ Sobre o sentido jurídico de segurado, na ordem jurídica portuguesa, v. Margarida Lima Rego, *Contrato de seguro e terceiros. Estudo de direito civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 48, para quem “o segurado é a pessoa em cuja esfera se buscam os danos; nos seguros de capitais, o segurado é a pessoa em cuja esfera se buscam os beneficiários”. Sobre os segurados, à luz das AVB D&O, v. Wolfgang Voit, “255. Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB-AVG) (D&O-Versicherung)”, § 1 Rn. 12. Sobre o conceito de filial, de acordo com as AVB D&O, v. ob. cit., loc.cit, Rn. 15.

⁸⁹ A cobertura “*Side A*” protege diretamente os *directors* e *officers* de despesas em que incorram com o litígio, indemnizações em que sejam condenados ou de transações que convençionem celebrar. Sobre esta cobertura, Maria Elisabete Ramos, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 264, ss.

⁹⁰ V. Maria Elisabete Ramos, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 415, ss. São os próprios seguradores que impõem esta forma de contratação e que, em regra, não consentem na contratação individual por cada um dos administradores. Razões de economia de escala na contratação do seguro e de regularização dos sinistros (prevenção de litígios entre seguradoras na hora de gerir um sinistro provocado por administradores que são solidariamente responsáveis, dificuldades no exercício do direito de regresso entre administradores segurados e não segurados) explicam a divulgação desta prática negocial. Sobre estas razões, v. A. CAMPINS VARGAS, “Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos. Especial referencia al ámbito de cobertura del seguro”, *Revista de Derecho Mercantil*, 249 (2003), pp. 997, s.



tomadora do seguro e os administradores assumem a qualidade de segurados⁹¹. Por isso se diz na doutrina alemã que “uma característica especial do seguro *D&O* é que é geralmente o segurado que celebra o contrato em nome do tomador do seguro e pode, portanto, determinar o âmbito da sua própria cobertura de seguro tomando decisões sobre o montante do prémio às custas da empresa”⁹². A sociedade-tomadora assume a *obrigação de pagar o prémio*⁹³ devido pelo seguro e os administradores beneficiam da(s)

⁹¹ Na doutrina alemã, v. Beckmann, “§ 28. D&O-Versicherung”, em Beckmann/Matusche-Beckmann, *Versicherungsrechts-Handbuch*, 3. Auflage 2. Teil. Einzelne Versicherungszweige 1. Abschnitt. Haftpflichtversicherung, C.H. Beck, 2015, Rn. 48. Sobre a evolução da contratação individual pelos administradores para a contratação pela sociedade, v. Pedro Pais de Vasconcelos, *D&O Insurance...*, cit., p. 14.

⁹² Wolfgang Voit, “255. Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB-AVG) (D&O-Versicherung)”, § 1, cit, Rn. 7.

⁹³ Tendencialmente, o *D&O Insurance* é um seguro de grandes riscos, conforme a caracterização que resulta da Lei 147/2015. O “regime comum” de pagamento do prémio, à luz da lei portuguesa, está consagrado nos arts. 58º e ss. do RJCS (apesar de o título da Subsecção se designar “Regime especial”). O regime comum, de natureza injuntiva, determina que o pagamento do prémio é uma condição de eficácia do contrato de seguro; sem pagamento de prémio não há seguro e não se constitui obrigação na esfera jurídica do tomador do seguro (neste sentido, v. Margarida Lima Rego, “O prémio”, *Temas de direito dos seguros*, coord. de Margarida Lima Rego, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 268. Em sentido divergente, v. J. Engrácia Antunes, *Direito dos contratos comerciais*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 712). Recentemente, o DL 20-F/2020, de modo transitório e excecional, determinou a imperatividade relativa das normas dos arts. 59º e 61º do RJCS. Nos termos do art. 58º do RJCS, os seguros de grandes não estão abrangidos pelo regime comum de natureza imperativa e, de facto, pode



cobertura(s), mas não suportam os respectivos encargos.

4. Deveres de cuidado dos administradores e D&O Insurance

O Código Alemão de *Corporate Governance* (*Deutscher Corporate Governance Kodex*⁹⁴) reúne as orientações essenciais em matéria de gestão e fiscalização de sociedades cotadas alemãs e apresenta, na forma de *recomendações* e *sugestões*, uma lista de boas práticas de *corporate governance*, reconhecidas nacional e internacionalmente⁹⁵.

Até 2019, a *recomendação* de boas práticas de *corporate governance* em matéria de contratação do seguro de responsabilidade civil dos administradores pela sociedade incluía no ponto 3.8. do Código Alemão de Corporate Governance, dedicado às *relações entre o órgão de administração e de representação da sociedade (Vorstand) e o órgão de fiscalização (Aufsichtsrat)*, orientações sobre a *franquia* a cargo do administrador. A recomendação começava por afirmar que os membros do órgão de administração e do órgão de fiscalização devem cumprir as normas relativas à *corporate governance*. Se houver violação de dever de cuidado de um gestor criterioso e ordenado, eles são responsáveis perante a sociedade pelos danos a esta causados. No caso de decisões empresariais, não haverá a violação do dever, se o membro

constituir-se na esfera jurídica do tomador do seguro a obrigação de pagar o prémio. Desenvolvidamente, v. Margarida Lima Rego, "O prémio", cit., p. 265, ss.

⁹⁴ Cfr. <http://www.dcgk.de/en/>. A última versão do *Kodex* data de dezembro de 2019.

⁹⁵ Cfr. <http://www.dcgk.de/en/code.html>.



do órgão de administração e de fiscalização poderia razoavelmente acreditar, baseado em informação apropriada, que ele ou ela estava a atuar no melhor interesse da sociedade (*Business Judgment Rule*)⁹⁶.

Na parte relativa ao seguro, a recomendação referia tão-só à situação em que a *sociedade abrangida pelo Kodex contratava o D&O*⁹⁷. Neste caso, recomendava que fosse contratada uma *franquia*, para a qual fixa ao limite mínimo e um limite máximo. Atualmente, o *Kodex* não contempla recomendações sobre o *D&O Insurance* nem sobre a *franquia* a suportar pelos administradores.

Como já vimos, o § 93 *AktG* prevê a *obligatoriedade de franquia*, estabelecendo os limites mínimo e máximo de tal *franquia*⁹⁸. De

⁹⁶ Atualmente, o Princípio 1 do *Kodex* recomenda que: “The Management Board is responsible for managing the enterprise in the enterprise’s best interests. Its members are jointly accountable for managing the enterprise.”.

⁹⁷ A parte da recomendação 3.8 relativa ao *D&O Insurance* propõe o seguinte: “If the company takes out a D&O (directors’ and officers’ liability insurance) policy for the Management Board, a deductible of at least 10 % of the loss up to at least the amount of one and a half times the fixed annual compensation of the Management Board member must be agreed upon. A similar deductible shall be agreed upon in any D&O policy for the Supervisory Board.”. Cfr. *German Corporate Governance Code*, na versão de maio de 2017, disponível em <https://www.dcgk.de/en/code/archive.html>.

⁹⁸ Spindler, “AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder,” *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 5. Auflage 2019, C. H. Beck, 2019, Rn. 224^a, considera que as franquias, a exclusão de actos intencionais, a limitação a certos riscos, as revisões pela companhia de seguros, bem como os ajustamentos dos prémios e os limites de cobertura podem contribuir para encorajar os membros do conselho a comportarem-se com o devido cuidado, uma vez que ainda estão ameaçados com sanções por



acordo com a sua posição sistemática, a norma sobre a franquia abrange inicialmente as reclamações decorrentes da responsabilidade interna perante a sociedade anônima, nos termos do § 93, 2, *AktG*. No entanto, a doutrina sublinha que o significado e finalidade da franquia exigem que os casos de responsabilidade externa também sejam incluídos⁹⁹.

Esta franquia está prevista para a cobertura da responsabilidade civil dos administradores-segurados, sendo certo que o *D&O Insurance* pode garantir outros segurados (serão co-segurados). Quanto a esses, o § 93 *AktG* nada diz. Mas o parágrafo A-6.5 das condições modelo elaboradas pela indústria seguradora alemã (*AVB D&O*), na sua versão de maio de 2020, acautelam esta situação, no parágrafo A-6.5, prevendo uma franquia (prevista na apólice) para todos os segurados que reclamam uma indenização ao segurador.

Como vimos, a versão em vigor do Código de Corporate Governance alemão deixou de prever a franquia a cargo dos administradores. De facto, a doutrina alemã documenta que as empresas se desviaram frequentemente desta recomendação. Mais recentemente, a taxa de conformidade era apenas de cerca de 50%¹⁰⁰. Na doutrina, opõem-se as posições a favor da franquia e as

comportamento excessivamente descuidado, pelo menos em algumas áreas. As próprias seguradoras têm interesse em acordar tais restrições a fim de evitar comportamentos colusivos entre o tomador do seguro (AG) e o segurado, por um lado, e descuido excessivo na sequência do seguro, por outro.

⁹⁹ Fleischer, “AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder”, beck-online.Grosskommentar GesamtHrsg: Henssler Hrsg: Spindler/Stilz. Stand: 15.01.2020, Rn 293.

¹⁰⁰ Fleischer, “AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder”, beck-online.Grosskommentar GesamtHrsg: Henssler Hrsg:



posições contra a franquia. Também se questionou a constitucionalidade do § 93.2 frase 3 do ponto de vista do tratamento desigual ou de uma violação da liberdade contratual¹⁰¹.

As (AVB D&O) são claras na afirmação de que a franquia não se aplica aos custos defesa. Na doutrina alemã, a opinião predominante, mas não incontestada, é no sentido de que a franquia não se aplica às despesas de defesa¹⁰². Argumenta-se que a finalidade preventiva prosseguida pelo legislador *não exige* que a franquia seja devida até que a responsabilidade de um membro do conselho de administração tenha sido finalmente determinada¹⁰³. Acrescenta-se que a redação da lei, que utiliza o termo "dano", também sugere a interpretação de que as despesas de defesa não

Spindler/Stilz. Stand: 15.01.2020, Rn, 288. As normas do § 161 AktG são obrigatórias ao imporem a divulgação da chamada "declaração de conformidade" – ou seja, as sociedades em causa não são obrigadas a seguir a recomendação relativa à franquia aplicada no D&O Insurance que contrataram para os seus administradores, mas são, por força do §161 AktG, obrigadas a divulgar se a cumprem ou não. E, portanto, remete-se para o mercado a avaliação sobre as práticas de corporate governance seguidas por cada uma das sociedades cotadas em matéria de contratação do D&O Insurance. Para consultar as chamadas declarações de conformidade, v. <http://www.dcgk.de/en/declarations-of-conformity.html>

¹⁰¹ Fleischer, "AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder", cit., Rn 288., considera infundadas estas dúvidas constitucionais.

¹⁰² Fleischer, "AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder", Rn. 294.

¹⁰³ Fleischer, "AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder", Rn. 294.



estão sujeitas a franquia¹⁰⁴. Convoca-se, ainda, o § 101 VVG, segundo o qual as despesas de defesa jurídica custeadas pela seguradora não estão incluídas no montante segurado¹⁰⁵.

Hoje não restam dúvidas de que as normas jurídico-societárias permitem que a sociedade financie integralmente o seguro, pagando a totalidade do prémio. No entanto, a circunstância de o seguro proteger os administradores-segurados contra as consequências económicas da responsabilidade pode significar um menor incentivo económico a que mantenham elevados graus de diligência e pode propiciar comportamentos negligentes e incumpridores das normas de *corporate governance*. Está aqui presente o efeito conhecido como *risco moral* ou “moral hazard”¹⁰⁶.

Contratado o *D&O Insurance*, o tomador do seguro ou segurado deixa de ter o incentivo económico a um comportamento diligente, pois a contratação do seguro liberta-o do prejuízo económico causado pela indemnização. Este risco de ter de pagar a indemnização é, por força do contrato de seguro, transferido para o

¹⁰⁴ Fleischer, “AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder”, Rn. 294.

¹⁰⁵ Fleischer, “AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder”, Rn. 294.

¹⁰⁶ Sobre o “moral hazard” ou risco moral, v. Maria Elisabete Ramos, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores. ...*, cit., p. 39, ss.; Maria Inês Oliveira Martins, “Risco moral e contrato de seguro”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.637, ss. O risco moral foi descrito por Adam Smith na sua obra *Inquérito sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações* e desenvolvido por K. J. Arrow, “Uncertainty and Welfare Economics of Medical Care”, *The American Economic Review*, 5 (1963), pp. 941-973.



segurador. O risco moral refere “os problemas de desalinhamento de incentivos em que os sujeitos, não suportando a totalidade das consequências dos seus actos, prosseguem o seu interesse próprio com detrimento para os interesses alheios”¹⁰⁷.

Ora, é justamente para minorar as consequências do “risco moral” – que se traduz no menor incentivo económico a que o administrador segurado observe e cumpra os deveres funcionais - que a recomendação do Código Alemão de Corporate Governance propunha que, caso a sociedade contratasse o seguro devia ser estipulada *uma franquia* para a qual estabelece os limites mínimo e máximo – “a deductible of at least 10 % of the loss up to at least the amount of one and a half times the fixed annual compensation of the Management Board member must be agreed upon”¹⁰⁸.

No direito dos seguros, a franquia constitui um dos “mecanismos de cobertura incompleta”¹⁰⁹, porquanto impõe uma partilha de riscos entre o segurador e o administrador-segurado, porquanto a franquia refere “o montante fixo de perdas que o segurador não cobrirá, apenas cobrindo o eventual excesso”¹¹⁰. Através da estipulação de franquia, haverá uma parte das consequências danosas das atuações ilícitas e culposas dos administradores que não serão transferidas para os seguradores, onerando o património do administrador. A doutrina alemã, contudo, expressa algumas dúvidas

¹⁰⁷ Maria Inês Oliveira Martins, “Risco moral e contrato de seguro”, cit., p. 645.

¹⁰⁸ As recomendações do Código Alemão de *Corporate Governance* nada dizem sobre outras medidas contratuais destinadas, também elas, a mitigar o risco moral – por exemplo, a exclusão da cobertura do dolo do administrador segurado.

¹⁰⁹ Maria Inês Oliveira Martins, “Risco moral e contrato de seguro”, cit., p. 657.

¹¹⁰ Maria Inês Oliveira Martins, “Risco moral e contrato de seguro”, cit., p. 657.



sobre os exatos efeitos desta franquia, porque admite que seja segurável o risco de ter de pagar os danos correspondentes à franquia¹¹¹.

Para as *sociedades anónimas não cotadas* vale o disposto no § 93, 2, 3ª frase, AktG: “If the company takes out an insurance covering the risks of a member of the managing board arising from his work for the company, such insurance should provide for a deductible of no less than 10 per cent of the damage up to at least an amount equal to 1.5 times the fixed annual compensation of the managing board member”.

No Reino Unido, a *section 232* do *Companies Act* de 2006 determina a nulidade de quaisquer cláusulas que limitem a responsabilidade dos administradores¹¹². É igualmente considerada nula qualquer estipulação que tenha o efeito de a sociedade indemnizar os administradores pelas perdas causadas pela responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade. É o que resulta da *section 232, 2*, da *Companies Act* de 2006: “Any provision by which a company directly or indirectly provides an indemnity (to any extent) for a director of the company, or of an associated company, against any liability attaching to him in connection with any negligence, default, breach of duty or breach of

¹¹¹ Sobre o D&O *Selbsbehaltsversicherung*, v. M. M. Pitkowitz, *Praxishandbuch Vorstands- und Aufsichtsratschaftung Pflichten, Haftung, Ermessen und Versicherung in der Aktiengesellschaft ...*, cit., p. 188.

¹¹² “Any provision that purports to exempt a director of a company (to any extent) from any liability that would otherwise attach to him in connection with any negligence, default, breach of duty or breach of trust in relation to the company is void.”



trust in relation to the company of which he is a director is void”.

No entanto, o *Companies Act* exclui desta nulidade a contratação do *D&O Insurance* pela sociedade. É o que resulta da *section 233* do *Companies Act* de 2006: “Section 232(2) (voidness of provisions for indemnifying directors) does not prevent a company from purchasing and maintaining for a director of the company, or of an associated company, insurance against any such liability as is mentioned in that subsection.”

As *sections 232* e *233* do *Companies Act* estão integradas no Capítulo VII dedicado à proteção dos administradores e neste capítulo são identificados os instrumentos considerados permitidos e os instrumentos considerados proibidos. De modo a esclarecer possíveis dúvidas, a *Companies Act* de 2006 permite que a sociedade contrate o *D&O Insurance*. Ao contrário do que acontece na legislação alemã, não são contempladas quaisquer regras relativas à franquia.

Na ordem jurídica portuguesa, o art. 64º, 1, a), do CSC prevê os *deveres de cuidado dos administradores* – “os administradores hão-de aplicar nas atividades de organização, decisão e controlo societários o tempo, esforço e conhecimento requeridos pela natureza das funções, as competências específicas e as circunstâncias”¹¹³. Não há qualquer previsão legal, regulamentar ou

¹¹³ J. M. Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 18. Sobre os deveres de cuidado, v. Ricardo Costa/Gabriela Figueiredo Dias, “Artigo 64º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. 1, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 757, ss. e bibliografia aí citada. V. tb. Pedro Pais de Vasconcelos, *Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais*, *DSR*,



recomendatória sobre a franquia a ser estipulada em caso de a sociedade contratar o seguro por conta dos administradores.

5. Os long tail risks e as cláusulas claims made

5.1. História das cláusulas claims made

Nos EUA, onde o *D&O Insurance* se consolidou e donde irradiou para outras experiências legislativas, a *American Bar Association* recomenda no *Corporate Director's Guide Book*¹¹⁴ que a pessoa convidada a integrar o *board of directors* se interesse pelo teor do *D&O Insurance* contratado pela sociedade. A mesma *American Bar Association* alerta os candidatos a membros do *board of directors* para a circunstância de que tipicamente o *D&O Insurance* é um seguro *claims made*¹¹⁵. Fá-lo porque a esta nota típica das apólices

vol. 1,2009, p. 11, ss; “*Business Judgement Rule*, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64º do Código das Sociedades Comerciais”, *DSR*, 2009, vol. 2, p. 41, ss.

¹¹⁴ American Bar Association. Committee on Corporate Laws, *Corporate director's guidebook*, 5th edition, 2007, p. 8.

¹¹⁵ Lê-se no *Corporate Director's Guidebook* que “Insurance coverage is not available in every case. Most policies are written on “claims made” (as compared to an “occurrence”) basis, covering only defined claims lodged against directors during a specified period”. American Bar Association. Committee on Corporate Laws, *Corporate director's guidebook*, cit., p. 110. V. tb. R. W. Westling /M. M. Bell, “Directors’ and Officers’ insurance and its role in Government Investigations”, cit., 2013, p. 49. Também é assim na Alemanha, conforme o que resulta das AVB-AVG -



D&O Insurance está associado o efeito conhecido como “vazios de cobertura”¹¹⁶.

As cláusulas *claims made* surgiram nos EUA, nos anos oitenta do século XX¹¹⁷, e visam responder ao problema sentido pela indústria seguradora, vulgarmente designado por I. B. N. R. (*Incurred but not reported*)¹¹⁸, ou seja, a reclamação acontece muito depois de

D&O-Versicherung que alertam “Dieser Versicherungsvertrag ist eine auf dem Anspruchserhebungsprinzip (Claims-made-Prinzip) basierende Versicherung (...)”.

¹¹⁶ V. 2015 JLT *Specialty US Directors’ and Officers’ (D&O) Liability survey sobre o estado do mercado do D&O Insurance* no ano de 2015.

¹¹⁷ Luís Portugal, *O “claims made” nas apólices de RC geral*, Documentos de Trabalho n.º 13, agosto de 1988, p. 9, parece situar a génese do *claims made* na Apólice *Commercial General Liability*, de Insurance Services Office, Inc. 1982.1986. C. L. Lessa Mendes /C. FARIA ZETTEL/M. B. Ferro Costa, “As apólices à base de reclamações no Brasil”, *Revista Brasileira Risco e Seguro*, v. 3, n.º 6, p. 146, sublinham que a introdução das cláusulas *claims made* visou “não só (...) tentar resolver o problema do seguro de poluição ambiental, como também (...) moderar a onda de pedidos de indenizações que assolava aquele país envolvendo ações relativas a danos ambientais e também aos causados por produtos defeituosos e perigosos para a saúde humana”.

¹¹⁸ Por meio desta sigla, referenciam-se na linguagem seguradora os sinistros ocorridos, mas que não são conhecidos do segurador — cfr. Fundación Mapfre Estudios, *Manual del seguro de responsabilidad civil*, Madrid: Editorial Mapfre, 2004, p. 264. F. Sánchez Calero, (director) / F. J. Tirado Suárez / A. J. Tapia Hermida / J. C. Fernández Rozas / V. Fuentes Camacho, *Ley de contrato de seguro. Comentario a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 3.ª ed., Cizur Menor: Aranzadi, 2005, p. 1324, distingue entre danos *continuados ou em série* e *danos diferidos*. Os primeiros são os que se produzem quando uma mesma causa provoca dívidas de responsabilidade a pessoas distintas e em datas diferenciadas; os segundos são aqueles em que os efeitos do facto danoso só são conhecidos depois de decorrido um largo período de tempo, sem que se tenha produzido a prescrição do direito de crédito do prejudicado. Uns e outros têm exigido respostas



verificado o sinistro¹¹⁹. O problema suscitado pelos I. B. N. R. está na dificuldade de a indústria seguradora estimar o valor de um conjunto de indenizações que ocorrerão no futuro, em consequência de sinistros ocorridos no passado, mas só reclamados muito tempo depois da sua verificação. Esta “latência prolongada”¹²⁰ manifestou-se com muita acuidade nos casos dos *asbestos* que, tendo origem nos anos 40 do século passado, só muitos anos mais tarde começaram a ser reclamadas as indenizações pelos danos causados por aquele produto nocivo para a saúde humana¹²¹. Ora, a referida “latência prolongada”¹²² verifica-se em vários seguros como sejam os de responsabilidade civil profissional, o *D&O Insurance*, o de responsabilidade civil de produtos e de responsabilidade civil de riscos ambientais.

dos seguradores. Nos primeiros (danos continuados ou em série) o segurador tentará minimizar a sua responsabilidade estabelecendo cláusulas que indicam que tais danos produzidos durante um determinado período se devem a um mesmo sinistro. Quanto aos *danos diferidos*, os seguradores tentarão excluí-los da cobertura mediante cláusulas contratuais em que se estipule a irresponsabilidade do segurador por reclamações de terceiros apresentadas depois de decorrido um determinado período de tempo sobre a cessação do contrato de seguro.

¹¹⁹ V. Maria Elisabete Ramos, “O acionamento de seguros de responsabilidade civil por administradores: as cláusulas *claims made*”, *Congresso IV Direito das Sociedades em Revista*, (2016), p. 97, ss.

¹²⁰ C. L. Lessa Mendes /C. FARIA ZETTEL/M. B. Ferro Costa, “As apólices à base de reclamações no Brasil”, cit., p. 145.

¹²¹ V. Final Report of the Commission Expert Group on European Insurance Contract Law, Directorate-General for Justice, 2014, p. 78, disponível em http://ec.europa.eu/justice/contract/insurance/expert-group/index_en.htm.

¹²² LESSA MENDES, C. L./ FARIA ZETTEL, C./ FERRO COSTA, M. B., “As apólices à base de reclamações no Brasil”, cit., p. 145.



A indústria seguradora considera que o critério do “occurrence basis (a ocorrência do sinistro deu-se durante o período de vigência da apólice) não responde cabalmente às especificidades destes seguros que propiciam os sinistros tardios¹²³. Invoca-se que o afastamento temporal entre, por um lado, os momentos em que a ação e o dano ocorrem e, por outro, a reclamação (e subsequente pagamento da indemnização) determina que as provisões sejam mal calculadas ou até de cálculo impossível. O que implica incerteza, aumento dos prémios, escassez ou inexistência de oferta do seguro de determinados riscos. Acresce que, por vezes, o «profilo eziologico non risulta facilmente identificabile»¹²⁴, o que pode prejudicar também os segurados e terceiros, porquanto podem subsistir dificuldades na identificação do segurador obrigado¹²⁵. Daí que os seguradores tenham feito coincidir o sinistro com a reclamação.

No sistema *claims made basis* verifica-se a dissociação entre a garantia do seguro e a responsabilidade civil do segurado - o *sinistro é a reclamação*. Não existindo *reclamação* do terceiro lesado no

¹²³ Cfr. F. Mansilla Garcia (com a colaboração de Oscar Azcona Lucio), *Ambito temporal de la cobertura aseguradora en el seguro de responsabilidad civil, en relación con el momento de producción del siniestro*, in: SÁNCHEZ CALERO, F., (dirigidos por), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Madrid: Musini, 1994, p. 226; Luís Portugal, O “claims made”..., cit., p. 5.

¹²⁴ Cfr S. Landini, “La clausola *claims made* è vessatoria?”, *Ass.*, 73 (2006), p. 5.

¹²⁵ F. Mansilla Garcia, *Ámbito...*, cit., pp. 115, ss.; M. A. Calzada Conde, M. A., “La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil: el nuevo párrafo segundo del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro”, *RES*, 89 (1997), p. 47. Luís Portugal, O “claims made”..., cit., p. 6, refere também “problemas de articulação das várias somas seguras dos diferentes contratos que se estabelecem ao longo do tempo”.



tempo contratualmente estabelecido, o administrador/segurado continua responsável pelo facto danoso ocorrido durante a vigência do contrato de seguro (na hipótese de a obrigação de indemnizar ainda não ter prescrito), mas já não beneficia da cobertura do seguro¹²⁶.

Das múltiplas definições encontradas na vasta doutrina dos EUA sobre *claims made* podemos escolher a que se segue por bem caracterizar as principais notas destas cláusulas de delimitação do âmbito temporal da cobertura: “a “claims made” insurance is one in which an insurer agrees to assume liability for any acts or omissions, including those prior to the inception of the policy, as long as a claim is first made during the policy period”¹²⁷.

Apesar da diversidade de formulações e de variantes que podem assumir, podemos dizer que, essencialmente, as cláusulas *claims made* delimitam o âmbito temporal da cobertura¹²⁸, atendendo ao

¹²⁶ V. Maria Elisabete Ramos, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores. ...*, cit., p. 461.

¹²⁷ W. E. Knepper / D. A. Bailey, *Liability of corporate officers and directors*, cit., 23-10.

¹²⁸ O âmbito temporal de cobertura não pode ser confundido com o prazo de vigência do contrato de seguro. O RJCS é claro na distinção quando, por exemplo, no art. 37º, relativo ao “texto da apólice”, distingue entre “o âmbito (....) temporal do contrato” (alínea e)) e o “início de vigência do contrato com indicação de dia e hora, e a sua duração” (alínea i)). A vigência do contrato tem a ver com a duração do contrato que, “na falta de estipulação das partes, o contrato de seguro vigora pelo período de um ano” (art. 40º do RJCS). Nos termos do art. 108.º do RJCS, “da natureza e das condições do seguro pode resultar que terceiros beneficiem da cobertura de sinistro reclamado depois da cessação do contrato”. Margarida Lima Rego. *Contrato de seguro e terceiros*, cit., p. 849, nota 2358, refere que a redação do art. 108º, 2, “explica-se porque, em determinados casos, as condições do seguro



momento da *reclamação feita ao segurado – fazem coincidir o sinistro com a reclamação* (daí a sua designação *claims made*). Deste modo, “o sinistro é definido como a notificação/apresentação, ao segurado, de uma reclamação de danos efetuada por terceiro prejudicado, durante a vigência da apólice, respeitadas as suas demais disposições”¹²⁹.

Conexionam, por conseguinte, a prestação do segurador à *reclamação do terceiro formulada na vigência da apólice*¹³⁰. Consequentemente, o segurador não é obrigado a realizar a sua prestação, se a reclamação (*claim*) não é formulada durante a vigência da apólice ou dentro do prazo posterior (a chamada “cobertura posterior”).

As condições gerais integradas em apólices de *D&O Insurance* comercializadas em Portugal estão em sintonia com esta

exigem que a reclamação ocorra também na vigência da cobertura. É a cláusula *claims made*”. V. t. Margarida Lima Rego, Margarida Lima Rego, “Adiantamento de custos de defesa nos seguros D&O”, cit., p. 73, ss.

¹²⁹ C. L. Lessa Mendes/ C. Faria Zettel/M. B. Ferro Costa, “As apólices à base de reclamações no Brasil”, cit., p. 153. Veja-se a seguinte condição geral: “O segurador pagará o valor dos Danos que, em conformidade com a lei, deva satisfazer o Segurado em razão de uma Reclamação coberta por esta Apólice formulada contra o mesmo, pela primeira vez, durante o Período do Seguro, por Actos Ilícitos praticados no exercício do cargo” – Markel Internacional. Seguro de responsabilidade civil substitutivo da caução legal de administradores, membros do conselho fiscal ou do Conselho Geral e de Supervisão, II. 1.

¹³⁰ V. Sánchez Calero, Fernando (director) / F. J. Tirado Suárez / A. J. Tapia Hermida / J. C. Fernández Rozas/ V. Fuentes Camacho, *Ley de contrato de seguro*, cit., p. 1331; M. A. Calzada Conde, “La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil: el nuevo párrafo segundo del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS)”, *RES*, 89 (1997), p. 47.



caraterização. É disso exemplo, a seguinte condição geral: “Entende-se e acorda-se que a cobertura de seguro indicada na presente apólice se concederá unicamente a respeito daquelas reclamações apresentadas pela primeira vez contra si durante o período de seguro (ou, se for esse o caso, durante o período informativo), por qualquer erro de gestão e/ou prática de emprego indevida ocorrido durante o período de seguro ou anteriormente ao mesmo (...)”¹³¹.

Na verdade, o risco de os administradores serem responsabilizados pela sociedade, credores sociais, sócios e terceiros é, não há dúvidas, um *long tail risk* – pode interpor-se um longo período entre o facto gerador da responsabilidade (por exemplo, a deliberação ilícita do conselho de administração) ou a ocorrência do dano e a reclamação do dano pelo lesado. Assim, usando a linguagem de que se servem as condições gerais do *D&O insurance* em Portugal, responsabilidade pessoal direta dos administradores pelos “erros de gestão” e as “perdas” por estes causados aos administradores (coberturas correspondentes à “Side A”) podem configurar-se como sinistros tardios, uma vez que a reclamação do lesado pode ocorrer muito tempo após quer o facto gerador do dano quer a ocorrência deste¹³².

¹³¹ Fonte: ©2011AIG, Business Guard D&O, 8.1.

¹³² Maria Elisabete Ramos, “*D&O insurance e cláusulas claims made*», *Colóquio Internacional Governação das Sociedades, Responsabilidade civil e proteção dos administradores*, coord. de Maria João Antunes e Alexandre de Soveral Martins, Coimbra: Instituto Jurídico/IDET, 2018, p.



5.2. As coberturas retroativa e posterior

Numa apólice *claims made* tanto a *cobertura posterior* como a *cobertura retroativa* (esta última é designada na prática francesa como cláusula de “reprise du passé inconnu”), são partes essenciais, sem as quais “a “claims made” perderia bastante a sua eficácia”¹³³⁻¹³⁴.

A prática seguradora relativa ao *claims made* desenvolveu três tipos de coberturas, “sendo a primeira aquela que consigna a teoria da reclamação pura e as restantes os desvios necessários para evitar as dificuldades (...) desta teoria. Assim, surge a “cobertura de base” que “garante as reclamações de responsabilidade decorrentes de sinistros ocorridos e reclamações efetuadas durante o período de

¹³³ C. L. Lessa Mendes/C. Faria Zettel/ M. B. Ferro Costa, “As apólices à base de reclamações no Brasil”, cit., p. 148.

¹³⁴ Sobre estas, v. Maria Elisabete Ramos, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores. ...*, cit., p. 455, ss. F. Sánchez Calero, Fernando (director) / F. J. Tirado Suárez/ A. J. Tapia Hermida / J. C. Fernández Rozas/ V. FUENTES CAMACHO, *Ley de contrato de seguro*, cit., cit., p. 1339, salienta que as cláusulas de cobertura retroativa ampliam a delimitação temporal do risco. Ao invés, as cláusulas de cobertura posterior operam uma restrição da delimitação temporal do risco. E isto porque, formulada a reclamação depois de expirada a cobertura posterior, o segurado já não beneficiará da cobertura do seguro, ainda que o facto danoso tenha ocorrido durante a vigência daquele. No entanto, há também quem considere que a cobertura retroativa funciona como uma exclusão porque impede a cobertura de sinistros que ocorram antes do início do período retroativo – neste sentido, v. P. K. Haughwout./S. Berkowitz, *Claims made issues*, Willis North America, 5/10, p. 3, disponível em http://www.willis.com/documents/publications/industries/healthcare/HC_Claims MadeWhitePaper.pdf.



vigência da apólice”¹³⁵. “A cobertura retroativa garante as reclamações de responsabilidades decorrentes de sinistros ocorridos antes do período de vigência da apólice, mas reclamados durante este. Estas coberturas apenas são concedidas após a renovação do primeiro contrato e é imposto um limite temporal à retroatividade que, geralmente, coincide com o início dos efeitos do primeiro contrato”¹³⁶.

Há situações em que esta cobertura é oferecida *sem encargos para o tomador do seguro*. A doutrina individualiza três casos que referimos por comodidade, mas não nos devemos esquecer que esta é uma das matérias remetidas para o *wording* das apólices. Assim, surgem reportados na doutrina os seguintes casos¹³⁷: *a)* quando a apólice “claims made” termina os seus efeitos e não é renovada; quando se substitui a apólice por outra baseada na ocorrência; *b)* quando se substitui a apólice por outra baseada na ocorrência¹³⁸; *c)* ou quando se substitui esta apólice por outra do mesmo tipo mas com uma data de retroatividade mais recente¹³⁹.

Atualmente, na ordem jurídica portuguesa, o art. 139º, 2, do RJCS proclama a *validade* das cláusulas que delimitam o período de cobertura tendo em conta a “reclamação do dano”¹⁴⁰. E o art. 139º,

¹³⁵ Luís Portugal, O “claims made”..., cit., p. 9.

¹³⁶ Luís Portugal, O “claims made”..., cit., p. 9.

¹³⁷ Acompanhamos Luís Portugal, O “claims made”..., cit., p. 9.

¹³⁸ Sobre os vazios de cobertura provocados pela mudança de uma apólice *claims made* para uma apólice *occurrence basis*, v. *infra*.

¹³⁹ Luís Portugal, O “claims made”..., cit., p. 9 e 10.

¹⁴⁰ V. Maria Elisabete Ramos, “O acionamento de seguros de responsabilidade civil por administradores: as cláusulas claims made”, *IV Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2016, p. 97, ss.; “D&O insurance e



3, do RJCS, norma dotada de *imperatividade relativa* para os seguros de massa¹⁴¹, determina que o seguro de responsabilidade civil garante o pagamento de indenizações resultantes de eventos danosos desconhecidos das partes e ocorridos durante o período de vigência do contrato, ainda que a reclamação seja apresentada no ano seguinte ao termo do contrato. Esta “cobertura posterior” de fonte legal existe tão-só nos *seguros de massa* e nas situações em que foi ajustada uma cláusula de delimitação temporal da cobertura, atendendo à data da reclamação, e o risco não se encontra coberto por um contrato de seguro posterior.

5.3. A sobrevivência das cláusulas *claims made* aos ataques doutrinários e jurisprudenciais

As cláusulas *claims made* resolvem o problema da indústria seguradora em matéria de IBNR, mas simultaneamente, parecem ter fragilizado a proteção do tomador do seguro/segurado, ao ter criado (e, segundo alguns, fomentado) os “vazios de cobertura” (*gaps in cover*). Na verdade, a circunstância de uma pessoa ter contratado um

cláusulas *claims made*”, *Colóquio Internacional Governança das Sociedades, Responsabilidade civil e proteção dos administradores*, coord. de Maria João Antunes e Alexandre de Soveral Martins, Co-imbra: Instituto Jurídico/IDET, 2018, 125, ss.

¹⁴¹ V. art. 13º, 1, do RJCS. Sobre a imperatividade relativa, v. Joana Galvão Teles, “Liberdade contratual e seus limites – imperatividade absoluta e imperatividade relativa”, *Temas de direito dos seguros*, coord. de Margarida Lima Rego, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 103, ss.



seguro de responsabilidade civil para um determinado período, isso não equivale que esteja protegido contra factos praticados durante a vigência do seguro ou nela manifestados. Para esta fragilização do tomador do seguro/segurado basta que a reclamação do terceiro seja apresentada pela primeira vez fora da vigência do seguro ou do período posterior.

Em várias ordens jurídicas europeias, as cláusulas *claims made* enfrentaram a vigorosa contestação da jurisprudência e da doutrina¹⁴². Em várias sentenças de 19 de dezembro de 1990, a *Cour de Cassation* declarou nulas as cláusulas de “*réclamation de la victime*”¹⁴³.

¹⁴² Acompanhamos, nesta parte do texto, o que escrevemos em Maria Elisabete Ramos, *O seguro...*, cit., p. 459, s..

¹⁴³ A reação da jurisprudência francesa às cláusulas de reclamação fez-se em várias etapas. Começou em 1985 quando um acórdão da *Cour de Cassation* de 22 de janeiro decidiu a inoponibilidade de tais cláusulas às vítimas. Em 1990, sete acórdãos da *Première Chambre Civile de la Cour de Cassation* declararam a nulidade das cláusulas de reclamação. Esta jurisprudência foi reafirmada em um acórdão da *Cour de Cassation* de 16 de dezembro de 1997. Entretanto, o poder regulamentar acolhia as cláusulas de reclamação, na regulação de específicos seguros de responsabilidade civil (ex. agências de viagens). O *Conseil d'État*, no acórdão *Beule* de 29 de dezembro de 2000, anulou as cláusulas de reclamação elaboradas pelo poder regulamentar. Depois de uma condenação forte da jurisprudência, os seguradores manifestaram a sua preocupação e até a intenção de abandonar o mercado francês (ex. seguros de responsabilidade civil para determinadas especialidades médicas). Em termos genéricos, o art. 80 da Lei de 1 de agosto de 2003 (*Loi de Sécurité Financière*) trouxe normas gerais sobre as cláusulas de reclamação no seguro de responsabilidade civil (arts. L. 124-1-1 e L. 124-5 do *Code des Assurances*). Especificamente sobre as alterações introduzidas pela *Loi de Sécurité Financière*, v. L. Mayaux, “La durée de la garantie en assurances de



Em Espanha, no início dos anos noventa o Supremo Tribunal declarou a nulidade de cláusulas insertas no seguro de responsabilidade civil de médicos que exigiam que a reclamação do terceiro se produzisse na vigência do contrato¹⁴⁴.

Em 2005, a *Corte di Cassazione* considerou que o contrato de seguro de responsabilidade civil com cláusulas “a richiesta fatta” não é um contrato de seguro, tal como se encontra definido no art. 1917 do *Codice Civile*, mas sim um contrato atípico que, ao abrigo do art.

responsabilité depuis la loi de sécurité financière du 1.º août 2003: les rayons et les ombres”, *RGDA*, 4 (2003), pp. 649, ss.

¹⁴⁴ Sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal em Espanha que declarou nulas cláusulas *claims made*, v. E. Verdera y Tuells, *La cláusula claims made ante la jurisprudencia del T.S: una primera revisión crítica*, in: F. SÁNCHEZ CALERO (dirigidos por), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Madrid: Musini, 1994, p. 95, ss. A orientação jurisprudencial contrária à licitude das cláusulas *claims made* encontrou uma forte oposição no sector segurador (impulsionada, em particular, pelos resseguradores). O art. 73 da *LeyCS* foi alterado em 1995, tendo sido admitidas, sob certos limites, as cláusulas *claims made*. Para uma apreciação muito crítica à alteração introduzida no art. 73, 2, da *LeyCS*, v. M. A. Calzada Conde, M. A., “La delimitación...”, cit., p. 26, que considera inadmissível a forma como foram privilegiados os interesses dos seguradores em detrimento dos interesses dos segurados e dos lesados. F. Sánchez Calero, “La delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil tras la modificación del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro”, *RES*, 89 (1997), p. 32, sustenta que o parágrafo 2 do art. 73 da *LeyCS* é lesivo para os segurados dado que deixa fora da cobertura as dívidas indemnizatórias constituídas durante a vigência do contrato e reclamadas um ano após a extinção deste. Sobre os inconvenientes das cláusulas *claims made* nos seguros obrigatórios, v. J. I. Hebrero Álvarez, “La validez de las cláusulas “claim made” en el mercado español de responsabilidad civil”, *RES*, 56 (1988), p. 89, ss.



1322 do *Codice Civile*, é, em geral, lícito¹⁴⁵.

A hostilidade dedicada às cláusulas *claims made* repousa nos argumentos de que elas: *a)* provocam vazios temporais de cobertura¹⁴⁶; *b)* potenciam um desequilíbrio contratual desfavorável ao segurado — ao pagamento do prémio não corresponde a certeza da cobertura do risco (tudo dependendo do momento em que o terceiro prejudicado formula a reclamação); *c)* enredam-se em um paradoxo — a existência de um seguro durante um determinado tempo não significa que o segurado esteja coberto durante esse tempo e a ausência de seguro não implica a ausência de cobertura durante esse tempo (porque poderá ser coberto através de uma cobertura retroativa fornecida por contratos celebrados posteriormente); *d)* por intermédio da cobertura retroativa, propiciam fraudes (por parte do segurado)¹⁴⁷.

A defesa das cláusulas *claims made* assenta nos seguintes argumentos: *a)* elas contribuem para a sustentabilidade financeira da indústria seguradora; *b)* elas são lícitas porque fundam-se nas escolhas da autonomia da vontade quanto à delimitação do risco coberto ou quanto à identificação do sinistro (sendo este a reclamação, em vez do facto causal); *c)* o sistema *claims made* constitui uma explícita extensão de garantia em favor do segurado (de responsabilidade civil profissional), pois cobre todas as reclamações dirigidas contra este na vigência da apólice; *d)*

¹⁴⁵ V. *Corte Suprema di Cassazione*, Sez. III – 15 marzo 2005, n. 5624, Ass., 73 (2006), pp. 3, ss.

¹⁴⁶ M. A. CALZADA CONDE, “La delimitación...”, cit., p. 53.

¹⁴⁷ Para estas objeções, veja-se por todos M. A. Calzada Conde, “La delimitación...”, cit., p. 53, ss.



propiciam uma maior clareza na relação contratual; e) elas proporcionam uma certa adequação entre o capital seguro e o valor da reclamação; f) elas promovem a imediata identificação do segurador competente para proceder à liquidação da indemnização; g) podem incorporar a assunção do risco de atividade profissional anterior à estipulação da apólice¹⁴⁸.

No sistema de *occurrence basis*, a reclamação constitui uma forma de o terceiro lesado manifestar a exigência da indemnização. Se este não formula a reclamação, o seu direito não se extingue até que

¹⁴⁸ Os argumentos sub c), d), e), f), g) e h) foram colhidos na argumentação apresentada por *Axa Assicurazioni S.p.A*, reproduzida em *Corte Suprema di Cassazione*, Sez. III – 15 marzo 2005, n. 5624, cit., pp. 15, ss. Estava em causa um pedido de indemnização formulado por um terceiro depois de ter cessado o contrato de seguro, mas relativo a factos ocorridos na vigência do seguro. O segurador, invocando a cláusula *claims made*, recusou pagar a indemnização com o fundamento de que a reclamação ocorreu depois de cessado o contrato de seguro. A *Corte di Cassazione* considera que o sinistro para efeitos do seguro de responsabilidade civil é o *facto ilícito* que dá origem à reclamação (e não a própria reclamação, como argumentava o segurador) e sustenta que as cláusulas *claims made* derrogam o art. 1917 do *Codice Civile*, limitando a responsabilidade do segurador e agravando a posição do segurado. À argumentação desenvolvida pela *Axa Assicurazioni S.p.A*, a *Corte di Cassazione* respondeu que “il contratto di assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made* non rientra nella fattispecie astratta tipica prevista dall’art. 1917 c.c., ma costituisce un contratto atipico (da ritenersi in linea generale lecito ex art. 1322 c.c.)” — *Corte Suprema di Cassazione*, Sez. III – 15 marzo 2005, n. 5624, cit., p. 19. Na doutrina espanhola para a defesa das virtualidades das cláusulas *claims made*, v. E. Verdura y Tuells, *La cláusula claims made...*, cit., p. 97, ss. Na doutrina portuguesa, J. C. Moitinho de Almeida, *Contrato de seguro. Estudos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 105, s., salienta que as cláusulas *claims made* correspondem à necessidade de a indústria seguradora conhecer, com razoável precisão, o âmbito das suas responsabilidades.



ocorra a prescrição. No sistema *claims made basis*, há uma dissociação entre a garantia do seguro e a responsabilidade civil do segurado — o *sinistro* é a reclamação. Não existindo *reclamação do terceiro prejudicado* no tempo contratualmente estabelecido, o segurado continua responsável pelo facto danoso ocorrido durante a vigência do contrato de seguro (porque a responsabilidade ainda não prescreveu), mas já não beneficia da cobertura do seguro.

Também na Bélgica, o art. 78 da lei do contrato de seguro começou por proibir os seguros *claims made*. Mas os protestos por parte da indústria seguradora foram de tal monta que, pouco depois da sua entrada em vigor, foi acrescentado um n.º 2. A nova disposição admite os seguros *claims made* nos seguros de responsabilidade civil geral, exigindo, no entanto, que se cubram os designados “risques de posteriorité” durante um período de 36 meses após a cessação do contrato – a chamada *sunset clause* – se não estiverem já cobertos por um outro contrato de seguro ou se os factos que lhes estivessem na base tiverem ocorrido e sido declarados ao segurador na pendência do contrato. No entanto, esta admissão limitada não inclui os seguros de responsabilidade civil automóvel, de responsabilidade civil familiar, e de responsabilidade civil em caso de incêndio¹⁴⁹.

A condenação jurisprudencial e a resistência de alguns sectores da doutrina não travaram a ampla difusão internacional das cláusulas de *claims made* na delimitação temporal da cobertura¹⁵⁰ e, em

¹⁴⁹ Margarida Lima Rego, *Contrato de seguro...*, cit., p. 127.

¹⁵⁰ Sobre o uso generalizado pela indústria resseguradora de cláusulas *claims made*, v. F. Mansilla Garcia, *Ambito temporal de la cobertura aseguradora en el seguro de responsabilidad civil, en relación con el momento de producción del siniestro*, in:



particular, no seguro de responsabilidade civil dos administradores¹⁵¹.

6. As cláusulas *claims made* e os Principles of European Insurance Contract Law

Não sendo uma iniciativa da União Europeia – resultam, antes, de um projeto desenvolvido por um grupo alargado de académicos¹⁵² –,

F. Sánchez Calero (dirigidos por), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Madrid: Musini, 1994, p. 220, ss.

¹⁵¹ Para a realidade estadunidense, v. por todos W. E. Knepper /D. A. Bayley, *Liability...*, cit., pp. 23-08, ss.; P. WOLLNY, *Die Directors' ...*, cit., pp. 250, ss.; E. F. Pérez Carrillo, *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales. El seguro D&O en EEUU*, Madrid / Barcelona: Marcial Pons, 2005, p. 240. Quanto à realidade espanhola, v. SÁNCHEZ CALERO, F., “El seguro de responsabilidad civil para administradores, directores y gerentes de sociedades mercantiles”, *RES*, 107 (2001), p. 411; A. Roncero Sánchez, *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (sujetos, interés y riesgo)*, Cizur Menor: Aranzadi, 2002, p. 305; M. Iribarren Blanco, *El seguro...*, cit., p. 201; M. J. Guerrero Lébron, *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*, Madrid: La Ley, 2004, p. 205.

¹⁵² Pode ser encontrada informação relevante sobre este projeto em <http://www.restatement.info/>. Sobre os PEICL (*Principles of European Insurance Contract Law*), v. Helmut Heiss, *Introduction*, in: Jürgen Basedow /John Birds / Malcolm Clarke / Herman Cousy / Helmut Heiss (edited by), *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL), prepared by the Project Group Restatement of European Insurance Contract Law: Sellier European Law Publishers, 2009, p. 1, s.; Maria Elisabete Ramos, *O seguro...*, cit., p. 386, s.; Id, “*D&O Insurance e o projeto dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro*”, *DSR*, 7 (2012), p. 175, s.; J. Basedow / J. Birds/M. Clarke /H. Cousy /H. Heiss, /L. Locker, *Principles of*



os *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL)¹⁵³ merecem, neste contexto, um especial destaque porque: a) regulam as cláusulas *claims made* no art. 14.107 (2), dedicado ao “Insured event”; b) ambicionam tornar-se na segunda legislação do contrato de seguro, no contexto da União Europeia¹⁵⁴.

O art. 14.107 (2) dos *Principles of European Insurance Contract Law* prescreve que “when the contracting parties define the insured event with reference to the claim made by the victim, cover shall be granted in respect of claims made within the liability period or within a subsequent period of no less than five years and which are based on a fact occurred before the end of the liability period”.^{155- 156}

Os PEICL reconhecem que as cláusulas *claims made* provocam a fragilização na proteção do segurado, porque saber se este vai beneficiar da cobertura depende de um facto fortuito que ele não domina – a reclamação do lesado no período de vigência da apólice ou fora dele. Na hipótese de o período de vigência da apólice já ter expirado no momento em que o lesado apresenta a reclamação, o segurado não beneficiará da cobertura e, eventualmente, não

European Insurance Contract Law (PEICL), second edition, Sellier. European Law Publishers, 2014.

¹⁵³ O Senhor Doutor Pedro Pais de Vasconcelos faz parte do Project Group “Restatement of European Insurance Contract Law”.

¹⁵⁴ Helmut Heiss, *Introduction*, cit., p. xv.

¹⁵⁵ Jürgen Basedow / John Birds / Malcolm Clarke / Herman Cousy / Helmut Heiss / Leander Loacker, *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL), second edition, comentário C5.

¹⁵⁶ O Final Report of the Commission Expert Group on European Insurance Contract Law, Directorate-General for Justice, 2014, cit., p. 78, identifica a diversidade de regimes jurídicos relativos à disciplina das cláusulas *claims made*.



poderá beneficiar de um outro contrato de seguro, celebrado com outro segurador. Ainda que o segurado consiga encontrar outro segurador, é de prever que o contrato celebrado exclua factos anteriores conhecidos do segurado. “Gaps in cover will emerge between the contracts”¹⁵⁷

O art. 14.107 (2) dos PEICL não deve, todavia, ser reduzido à admissão de cláusulas *claims made*¹⁵⁸, porquanto é bem mais rico o seu conteúdo. Na verdade, ele distingue entre, por um lado, “consumer liability insurance” e, por outro, “commercial and professional risks”, considerando que são diferentes as necessidades dos contratantes. Na primeira hipótese (em que estão em causa riscos de atividades não profissionais), raramente há “tail risks” e, por isso, o art. 14.107 dos PEICL consagra a regra imperativa do *occurrence basis*. Para os riscos comerciais e profissionais esta regra pode ser afastada pelas partes – torna-se, por conseguinte, meramente supletiva – e, porque são frequentes os *long tail risks*, permite-se que as partes escolham outro *trigger*, como seja o *claims made* ou até combinem diferentes *triggers*.

Por conseguinte, o *claims made* não é obrigatório em nenhuma das situações. Os redatores dos PEICL consideraram, todavia, conveniente dedicar uma norma aos casos em que as *claims made clauses* sejam convencionadas entre as partes. Se esta for a escolha

¹⁵⁷ Jürgen Basedow / John Birds / Malcolm Clarke / Herman Cousy / Helmut Heiss/ Leander Loacker, *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL), second edition, comentário C.5.

¹⁵⁸ Para as observações que se seguem, v. Jürgen Basedow / John Birds / Malcolm Clarke / Herman Cousy / Helmut Heiss/ Leander Loacker, *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL), second edition, comentários C14 a C22.



das partes, os PEICL impõem o período suplementar de cobertura com a duração mínima de cinco anos, contados a partir do fim do contrato. Esta “posterior cover” abrange factos que decorram no período de vigência do contrato de seguro ou até antes deste, mas admite-se que o segurador exclua da cobertura factos anteriores, ou limite a cobertura aos factos que eram desconhecidos do candidato a segurado¹⁵⁹.

Admitindo que um dia os PEICL se tornam a “2ª lei” do contrato de seguro na União Europeia¹⁶⁰, significará, por referência ao regime português em vigor para os seguros de massa uma melhoria na proteção do segurado. E se nos cingirmos aos seguros que cobrem riscos profissionais (universo onde se situa o *D&O Insurance*), verificamos que a “posterior cover” fixada pelos PEICL é mais generosa (5 anos) do que a atualmente prevista no art. 139º, 3, do RJCS.

7. Que soluções negociais para mitigar os “vazios de cobertura”?

As cláusulas *claims made* impuseram-se na prática seguradora e, a partir daí, alcançaram consagração legislativa, mesmo em ordens jurídicas onde sofreram contestação veemente. Aquela inovação seguradora serve, em primeira linha, os interesses dos seguradores.

¹⁵⁹ Jürgen Basedow / John Birds / Malcolm Clarke / Herman Cousy / Helmut Heiss / Leander Loacker, *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL), second edition, cit, comentários C 19 e s..

¹⁶⁰ Sobre esta possibilidade, v. Helmut Heiss, *Introduction*, cit., p.xv.



Certamente que estes alegam que também serve os interesses dos tomadores do seguro/segurados porque os prémios pagos pelas apólices *claims made* são mais baixos, promovem a sustentabilidade financeira do sistema e garantem a oferta de seguros que cobrem os sinistros tardios. No entanto, tem sido repetidamente sublinhado que as *claims made*, vistas pelo lado do administrador-segurado, fragilizam a posição deste sujeito porque propiciam o efeito conhecido como “vazios de cobertura” (*gaps in cover*)¹⁶¹.

Os potenciais segurados pelo *D&O Insurance* devem estar conscientes de que os “vazios temporais de cobertura”¹⁶², “trous de garantie” ou “gaps in cover” são conaturais às *claims made*. A indústria também conhece este efeito – aliás, eu diria que é um efeito desejado e procurado pela indústria seguradora. Percebe-se, pois, que a questão não seja tanto a de saber se as *claims made* provocam ou não vazios de cobertura, mas antes se é possível mitigar este efeito. Questão muito importante em seguros (como é o caso do *D&O Insurance*) onde o mercado segue maioritária ou mesmo exclusivamente o *claims made* como critério de delimitação

¹⁶¹ Muito recentemente, este aspeto foi sublinhado pela importante proposta dos Princípios de Direito Europeu do Contrato de Seguro – v. Jürgen Basedow / John Birds / Malcolm Clarke / Herman Cousy / Helmut Heiss/ Leander Loacker, *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL), second edition, Sellier. European Law Publishers, 2014, comentário C.5.

¹⁶² Cfr. por todos E. Verdera y Tuells, *La cláusula claims made ante la jurisprudencia del T.S: una primera revisión crítica*, in: F. Sánchez Calero (dirigidos por), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Madrid: Musini, 1994, p. 207.



temporal da cobertura¹⁶³.

Nos EUA, doutrina alerta para a circunstância de, em caso de *claims made policies*, ser decisivo que as sociedades continuem a renovar as apólices de *D&O Insurance*¹⁶⁴, mesmo depois da cessação de funções por parte dos administradores. Esta recomendação também é válida à luz da realidade portuguesa. Recorde-se que é de 5 anos o prazo de prescrição da responsabilidade civil dos administradores, conforme o disposto no art. 174º do CSC¹⁶⁵; prazo que se conta a partir dos factos identificados neste preceito. No entanto, enquanto os administradores se mantiverem em funções o

¹⁶³ Em Espanha, para este problema de vazios temporais de cobertura, têm sido propostas várias soluções: *a)* acordos entre seguradoras que evitem que entre o contrato antecedente (cuja vigência já terminou) e o contrato posterior (em vigor) se produzam vazios de cobertura; *b)* fundos de garantia; *c)* constituição de um consórcio de compensação de seguros (como acontece nos riscos extraordinários). Para uma súmula das várias propostas, v. por todos M. J. Guerrero Lebrón, *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*, Madrid: La Ley, 2004, pp. 207, s. M. A. Calzada Conde, “La delimitación...”, cit., p. 64, ss. Sobre algumas destas soluções aplicáveis ao seguro de responsabilidade civil dos auditores, v. M. Pacheco Cañete, “El seguro de responsabilidad civil de los auditores y cláusulas de reclamación. La reforma del artículo 35.1 del Reglamento de auditoría de cuentas”, *RES*, 132 (2007), pp. 472, s.

¹⁶⁴ W. E. Knepper /D. A. Bailey, *Liability of corporate officers and Directors*, cit. p. 23-15.

¹⁶⁵ Sobre a prescrição da responsabilidade civil dos administradores, v. R. Ventura/L. Brito Correia, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas*, Lisboa, 1970, p. 421, s.; J. M. Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p. 95; Carolina Cunha, “Artigo 174º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. II, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p. 813, s.



prazo de prescrição não começa nem corre, conforme o disposto no art. 318º, d), do Código Civil.

A simples manutenção de uma série sucessiva de apólices não é, em si mesma, suficiente para mitigar os vazios de cobertura; ao invés, até pode ser indutor de tal efeito. Considerem-se as situações em que há uma série ininterrupta de apólices, mas contratadas com seguradores distintos. Vejamos alguns exemplos.

Imaginemos que na vigência do contrato de seguro se verifica o facto gerador da responsabilidade civil — ou, na linguagem das condições gerais, o “acto culposo”, o “evento danoso”, o “acto incorrecto” ou a “falta de gestão” —, mas a reclamação do terceiro tem lugar depois de expirada a cobertura posterior. Neste caso, o segurado não beneficia da cobertura do seguro, ainda que o facto danoso se tenha verificado na vigência do contrato de seguro.

Consideremos a cláusula que delimita temporalmente a cobertura do risco por referência à verificação do facto gerador da responsabilidade civil na vigência do contrato de seguro, conjugada com uma outra que determina que a reclamação do terceiro tem de ser apresentada na vigência deste ou no prazo de um ano após a cessação. O vazio temporal de cobertura acontecerá — ainda que o segurado esteja ininterruptamente garantido por diferentes contratos de seguro estipulados com diferentes seguradores — quando o facto gerador do dano acontecer na vigência de um dos contratos e a reclamação do terceiro ocorrer fora do prazo estipulado para o efeito, ainda que na vigência de outro contrato de seguro. Em virtude desta cláusula, nenhum dos seguradores está obrigado a cobrir o sinistro: não está o primeiro porque a reclamação foi apresentada fora do prazo; não o está o segundo porque o facto



gerador de responsabilidade não teve lugar durante a vigência do “seu” contrato¹⁶⁶.

Na verdade, várias situações podem justificar/determinar a mudança de segurador. Desde logo, são de considerar os casos em que o segurador *não aceita manter/renovar* a relação de seguro com a sociedade tomadora do *D&O Insurance*, por razões como sejam a falta de pagamento de prémio¹⁶⁷ do seguro ou “alterações significativas”¹⁶⁸ que implicam a alteração do risco. Podem ser consideradas “alterações significativas” a fusão da sociedade tomadora da apólice com outra entidade distinta de uma filial, mudanças duradouras de controlo da sociedade tomadora do seguro por, por exemplo, a aquisição de mais de 50% do capital social e dos votos na assembleia geral, constituição de direitos especiais que permitam a sócios/categorias de ações a nomeação de mais de metade de membros do órgão de administração da sociedade tomadora do seguro, a insolvência da sociedade tomadora do seguro, ou ainda a alteração da composição do órgão de

¹⁶⁶ Luís Portugal, O “*claims made*”..., cit., pp. 11, s., R. Ferreira da Silva, *Do contrato e seguro de responsabilidade civil geral. Seu enquadramento e aspetos jurídicos essenciais*, Coimbra. Coimbra Editora, 2007, p. 211, parecem defender que quando os vários contratos sucessivos são *claims made*, o funcionamento de cláusulas de cobertura retroativa ou posterior é suficiente para proteger o segurado contra os riscos de vazio de cobertura.

¹⁶⁷ Sobre o regime do pagamento do prémio no RJCS, v. Margarida Lima Rego, *O prémio*, em *Temas de direito dos seguros*, coord. de Margarida Lima Rego, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 265, ss..

¹⁶⁸ *Wording* usado pelas condições gerais da AIG Business Guard. 3.2. Sobre as alterações de risco, v. . Margarida Lima Rego, *O risco e suas vicissitudes*, em *Temas de direito dos seguros*, coord. de Margarida Lima Rego, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 389, ss, s.



administração da sociedade tomadora do seguro por imposição de uma entidade reguladora¹⁶⁹.

Mas também podemos considerar situações em que *a sociedade tomadora do seguro decide mudar de segurador*, porque, por exemplo, os seguradores concorrentes estão a oferecer melhores condições, como sejam coberturas mais generosas e prémios mais baixos. Perante estas situações, gestores criteriosos, ordenados (e informados) devem ponderar a mudança de segurador porque essa decisão serve os interesses da sociedade (enquanto tomadora do seguro e segurada) e dos administradores-segurados.

A mudança de segurador no *D&O Insurance* é uma decisão que tem efeitos na proteção dos administradores segurados e que deve ser estudada por corretores especializados nos meandros deste seguro, habituados a identificar as situações potenciadoras de vazios de cobertura e a gizar soluções contratuais que, através da negociação com os seguradores, possam mitigar este efeito. Separemos duas situações, elencadas pela doutrina estadunidense.

Na primeira, há a mudança de segurador e, com ela, muda-se de uma apólice *claims made* para uma apólice *occurrence basis*. Trata-se, no contexto do *D&O Insurance*, de uma situação hipotética, tendo em conta que a oferta deste seguro se faz maioritariamente (ou mesmo exclusivamente) na modalidade *claims made*. Alguma doutrina norte-americana considera que, ainda aqui, é possível evitar os *gaps in cover*, desde que sejam tomadas algumas

¹⁶⁹ Continuamos a apresentar exemplos colhidos nas condições gerais da AIG Business Guard 3.2.



precauções, para conseguir a cobertura dos IBNR¹⁷⁰. As propostas apresentadas consistem em o tomador do seguro/segurado contratar com o anterior segurador *claims made* um “Extended reporting period” (Tail) e negociar com o segurador *occurrence basis* a cobertura de reclamações que tenham ocorrido antes do início de vigência, mas apresentadas na vigência do novo contrato (*Nose*)¹⁷¹. Em Portugal, Margarida Lima Rego sustenta que a alternativa não é celebrar um novo contrato de seguro (com outro segurador), moldado este contrato à luz do modelo do *occurrence basis*. Para efeitos de sucessão de contratos de seguro, se o primeiro é *claims made*, o segundo não pode ser *occurrence basis*, pois o segurado ficará desprovido de qualquer seguro quanto aos factos lesivos ocorridos, mas não reclamados até à data do novo seguro¹⁷². A alternativa será celebrar um novo contrato de seguro com período retroativo, por exemplo, até ao início de funções de administração. A disponibilidade dos seguradores para celebrarem contratos com generosas coberturas retroativas dependerá, em muito, das condições do mercado segurador.

Consideremos, agora, que há a mudança de um segurador *claims made* para outro segurador *claims made*¹⁷³. Nesta situação, teoricamente, há duas alternativas para evitar os vazios de cobertura em matéria dos IBNR: o novo segurador pode concordar honrar a

¹⁷⁰ Cfr. P. K. Haughwout/S. Berkowitz, *Claims made issues*, Willis North America, 5/10, p. 3.

¹⁷¹ Cfr. P. K. Haughwout/S. Berkowitz, *Claims made issues*, Willis North America, 5/10, p. 3.

¹⁷² Margarida Lima Rego, *Contrato de seguro...*, cit., p. 127, nota. 259.

¹⁷³ P. K. Haughwout/S. Berkowitz, *Claims made issues*, Willis North America, 5/10, p.



mesma data retroativa do segurador anterior (nose coverage); o tomador do seguro/ segurado consegue negociar com o anterior segurador um “Extended reporting period” (tail). No entanto, como já vimos, esta cobertura pode ser muito dispendiosa e, por outro lado, muitos seguradores oferecem, tão-só, um “tail” de um ou dois anos. A menos que um “tail” ilimitado esteja disponível (e poderá não estar), continua a haver potenciais reclamações não cobertas se apresentadas depois de expirado o “tail”.

Mas também a contratação de uma data retroativa pode não ser suficiente, porque, como já vimos, não podem ser cobertos factos conhecidos do segurado – estamos a falar da “Known prior acts exclusion”¹⁷⁴. Esta exclusão também se encontra na versão portuguesa das apólices de *D&O Insurance*. Considere-se este exemplo: “Nós não responderemos perante nenhum prejuízo correspondente a uma reclamação que alegue, derive ou se baseie em: i) qualquer facto ou circunstância, real ou suposta, que, anteriormente à data de início de vigência desta apólice, um segurado tenha notificado sob qualquer apólice de seguro ou tenha podido razoavelmente prever que daria lugar a uma reclamação; ii) qualquer procedimento ou reclamação iniciados ou apresentados anteriormente à data de continuidade desta apólice ou que estivessem pendentes à dita data, ou as quais derivem de ou nas quais se alegue, em todo ou em parte, factos já alegados no dito procedimento ou reclamação anterior ou pendente”.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Trata-se de uma das exclusões típicas do *D&O Insurance*. Sobre ela, v. P. Pais de Vasconcelos, *D&O Insurance*, cit., p. 24.

¹⁷⁵ *AIG Business Guard 4.2*. Não reproduzimos os negritos que constavam do original.



Por isso, há quem considere que o segurado só poderá confiar que se encontra protegido quando os sucessivos contratos de *D&O Insurance* forem estipulados com o mesmo segurador e abrangerem todo o tempo em que ele possa incorrer na responsabilidade¹⁷⁶. Neste caso, uma reclamação relativa a um *wrondoing* ocorrido depois da data do início da apólice (ou de data retroativa, se tiver sido negociada) vai dizer respeito a uma das apólices (da série sucessiva de apólices).

No caso de haver mudança de segurador e de apólice (e agora só consideramos a hipótese de mudança de uma apólice *claims made* para outra *claims made*), há que prestar atenção a aos seguintes aspetos que são relevantes para evitar os “gaps in cover”: o teor da “Know prior acts exclusion”; a condição sobre a notificação de reclamação ao segurador, as coberturas retroativas, a definição de reclamação ou de potencial reclamação, as *extended reporting provisions*.¹⁷⁷ Na verdade, não é suficiente assegurar que a nova apólice tem a mesma data retroativa a anterior; além disso deve ser feita uma análise detalhada da situação e, em particular, das condições da nova apólice, de modo ser evitados os *gaps in cover*.

¹⁷⁶ A. Calzada Conde, *El seguro...*, cit., p. 66.

¹⁷⁷ HAUGHAWOUT, P. K., / BERKOWITZ, S., *Claims made issues*, Willis North America, 5/10, p.7.



Conclusão

O “Study on directors’ duties and liability” mostra que o tema da proteção dos administradores, de matriz estadunidense, foi recebido nas ordens jurídicas da Europa. De entre os vários instrumentos destinados a evitar que o património pessoal dos administradores seja consumido por despesas causadas pela sua responsabilização destaca-se o seguro de responsabilidade civil dos administradores, internacionalmente conhecido como “D&O Insurance”. As notas típicas que o *D&O Insurance* apresenta não resultam de qualquer esforço de harmonização legislativa, ao invés, radicam numa sedimentada prática negocial de seguradores e e resseguradores. O *D&O Insurance* é um seguro voluntário, tipicamente *claims made*, tendencialmente de grandes riscos e contratado pela sociedade no interesse desta e dos administradores.

A estabilizada tipicidade social manifesta-se, também, nas coberturas *Side A* e *Side B*, replicadas, com outras designações, na prática europeia. A primeira protege os administradores e altos cargos de despesas que incorram com o litígio, de indemnizações em que sejam condenados ou de transações que convençionem celebrar. Já a *Side B* garante os pagamentos feitos pela sociedade ao cobri aqueles custos dos administradores.

Ainda que a contratação do *D&O Insurance* não equivalha à desresponsabilização, pode induzir condutas menos diligentes por parte dos administradores-segurados. De modo a mitigar os efeitos nocivos do “risco moral”, a regulação societária alemã recorre à figura da franquia. Trata-se de uma conhecida figura do direito dos seguros que implica que parte do prejuízo fique sempre a cargo dos administradores.



Os “vazios de cobertura” são um dos efeitos conhecidos das cláusulas *claims made* a que tomador do seguro e segurados devem estar atentos. Designa esta expressão zonas de *não cobertura do segurado*, ainda que o facto que deu origem ao sinistro ou a manifestação do dano tenha ocorrido na vigência do contrato de seguro. E este aspeto é especialmente relevante se se considerar, por um lado, as regras de prescrição da responsabilidade civil dos administradores e, por outro, que o mercado do *D&O Insurance* oferece maioritária (ou até exclusivamente) apólices *claims made*.

Assim, no processo de contratação do *D&O Insurance* devem ser ponderadas estipulações contratuais que mitiguem os “vazios de cobertura”. O que pode ser conseguido pela escolha de o tomador do seguro/segurado manter uma continuada e ininterrupta relação de cobertura com o mesmo segurador, mantendo também a data de retroatividade. Havendo mudança de segurador, a situação deve ser cuidadosamente estudada, prestando-se especial atenção a aspetos relevantes para evitar os “gaps in cover”, como sejam: *a)* a sucessão *claims made/claims made*, *b)* o teor da “know prior acts exclusion”, *c)* as convenções sobre a notificação de reclamação ao segurador, *d)* a cobertura retroativa e a cobertura posterior, *e)* a definição de reclamação ou de potencial reclamação.

Franquia a cargo do administrador e os vazios de cobertura conaturais às cláusulas *claims made*, apesar da especificidade de cada um, convergem no efeito jurídico e económico de onerarem o património do administrador segurado com as despesas provocadas pelo litígio. Divergem, no entanto, na *razão de ser*. No *D&O Insurance*, as franquias (e as exclusões) do *D&O* são mecanismos seguradores que visam reduzir o “risco moral” e, portanto, procuram induzir saudáveis práticas de *corporate governance*. As cláusulas



claims made são uma invenção da indústria seguradora para lidar com os problemas específicos dos “long tail risks”. Os “vazios de cobertura” próprios das cláusulas *claims made* servem, em primeira linha, o interesse da indústria seguradora, sendo-lhes estranha a vocação de melhoria das práticas de *corporate governance*.

Maria Elisabete Ramos



REVISTA DE
DIREITO COMERCIAL



www.revistadedireitocomercial.com
2020-07-20