

ARTIGO 396.º DO CSC

I – OBJECTO

1.1 Foi constituído, no âmbito do Conselho Nacional de Supervisores Financeiros, um grupo de trabalho com vista a identificar as dificuldades de aplicação prática que resultam da redacção do artigo 396.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC) introduzida pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março e de apresentar soluções convergentes de aplicação comum ao sector financeiro.

1.2 Dispõe o artigo 396.º do CSC (Caução) que:

«1—A responsabilidade de cada administrador deve ser caucionada por alguma das formas admitidas na lei, na importância que seja fixada no contrato, mas não podendo ser inferior a € 250 000 para as sociedades emittentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado nem para as sociedades que cumpram os critérios da alínea a) do n.º 2 do artigo 413.º e a € 50 000 para as restantes sociedades.

2—A caução pode ser substituída por um contrato de seguro, a favor dos titulares de indemnizações, cujos encargos não podem ser suportados pela sociedade, salvo na parte em que a indemnização exceda o mínimo fixado no número anterior.

3—Excepto nas sociedades emittentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e nas sociedades que cumpram os critérios da alínea a) do n.º 2 do artigo 413.º, a caução pode ser dispensada por deliberação da assembleia geral ou constitutiva que eleja o conselho de administração ou um administrador e ainda quando a designação tenha sido feita no contrato de sociedade, por disposição deste.

4—A responsabilidade deve ser caucionada nos 30 dias seguintes à designação ou eleição e a caução deve manter-se até ao fim do ano civil seguinte àquele em que o administrador cesse as suas funções por qualquer causa, sob pena de cessação imediata de funções.»

1.3 Por referência ao regime anterior, a nova redacção do artigo 396.º do CSC introduziu as seguintes alterações:

- (i) Aumento do valor da caução mínima que deve ser prestada pelo administrador de € 5 000 para € 250 000 para as sociedades emittentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e para as sociedades que cumpram os critérios da alínea a) do n.º 2 do artigo 413.º⁽¹⁾ e para € 50 000 para as restantes sociedades;

¹ Sociedades que, não sendo totalmente dominadas por outra sociedade que adopte o modelo em que a fiscalização da sociedade compete a um conselho fiscal e a um revisor oficial de contas ou uma sociedade de revisores oficiais de contas que não seja membro daquele órgão, durante dois anos consecutivos, ultrapassem dois dos seguintes limites:

i) Total do balanço — € 100 000 000;

ii) Total das vendas líquidas e outros proveitos — € 150 000 000;

iii) Número de trabalhadores empregados em média durante o exercício —150.

- (ii) Alargamento subjectivo dos beneficiários do contrato de seguro que pode substituir a caução. Passam a ser beneficiários os “titulares de indemnizações” e já não apenas a sociedade em causa;
- (iii) Extensão das sociedades em que a prestação de caução não pode ser dispensada pela assembleia geral ou constitutiva: sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e sociedades que cumpram os critérios da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 413.º.

1.4 A alteração do artigo 396.º foi acompanhada pela densificação do teor do artigo 64.º do CSC⁽²⁾ relativo aos deveres fundamentais dos titulares dos órgãos de administração e fiscalização, conjugada, em linha com a chamada *business judgement rule*, com a exclusão da responsabilidade do administrador caso este respeite os deveres de cuidado e lealdade a que está sujeito (cf. artigos 72.º, n.º 2, 78.º, n.º 5 e 79.º, n.º 2 do CSC).

II – QUESTÕES INTERPRETATIVAS

2.1 A nova redacção do artigo 396.º do CSC tem suscitado algumas dúvidas de aplicação junto dos operadores, cuja dilucidação das mesmas é, a nosso ver, compatível, na maioria dos casos, pelo labor interpretativo das disposições em causa.

2.2 Assim, cabe antes de mais, identificar as principais questões que têm sido suscitadas quanto ao regime resultante da nova redacção do artigo 396.º do CSC, relativamente às quais se ensaiam as interpretações que nos parecem melhor corresponder aos objectivos que presidem ao novo regime introduzido. As questões são as seguintes:

(a) Alcance da remissão dos n.ºs 1 e 3 do artigo 396.º do CSC para a alínea a) do n.º 2 do artigo 413.º do CSC

Foi colocada a questão de saber se a remissão para a alínea *a*) do n.º 2 do artigo 413.º do CSC tem em vista apenas os limites ou também as outras duas condições fixadas na disposição:

² «Artigo 64.º

Deveres fundamentais

1 — Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar:

- a*) Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; e
- b*) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.

2 — Os titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização devem observar deveres de cuidado, empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade, no interesse da sociedade.»

(i) não ser a sociedade em causa totalmente dominada por outra que adopte o modelo de fiscalização previsto; (ii) a ultrapassagem dos limites durante dois anos consecutivos.

À partida, a remissão não distingue que critérios da alínea *a)* do n.º 2 do artigo 413.º do CSC devem relevar: se apenas os limites, ou também as duas condições adicionais.

Tratando-se de um critério de dimensão, não pareceria desadequado considerar como relevante a condição de ultrapassagem dos limites durante dois anos consecutivos, por lhe conferir um carácter mais estável.

Já a circunstância de a sociedade ser totalmente dominada por outra que adopte o modelo de fiscalização previsto, à primeira vista, não parece constituir critério atendível para efeitos do regime aplicável em matéria da caução do administrador. De facto, tratando-se de caucionar a responsabilidade individual do administrador, para a mesma resulta indiferente o regime aplicável em sociedade dominante.

Todavia, considerando que o critério referido na alínea *a)* do n.º 2 do artigo 413.º do CSC, se refere em exclusivo às situações de domínio total e não às de mero domínio, importa verificar se daí resultam consequências que, de alguma forma, possam justificar a diminuição do valor da cobertura da responsabilidade dos administradores da sociedade dominada.

Tradicionalmente, a responsabilidade dos administradores afere-se diante de quatro destinatários tipo: a sociedade, os credores, os accionistas e outros terceiros.

Na área da responsabilidade perante a sociedade a existência de domínio total introduz um elemento novo: de acordo com o artigo 504.º do CSC, aplicável *ex vi* artigo 491.º do CSC, os membros do órgão de administração da sociedade dominante são também responsáveis para com a sociedade dominada, nos termos dos artigos 72.º a 77.º do CSC.

Tratando-se de uma relação de domínio total, a responsabilidade perante a sociedade, em rigor, acaba por consumir a questão da responsabilidade perante os accionistas. Como é evidente, em caso de domínio total os ganhos patrimoniais da sociedade reflectem-se directa e totalmente no accionista único.

Quanto à responsabilidade perante os credores, o resultado não é diferente. Veja-se que, nos termos do artigo 78.º do CSC, os administradores respondem perante os credores apenas quando, pela inobservância culposa de disposições legais e contratuais destinadas à protecção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos. Ora, o artigo 501.º do CSC, aplicável igualmente *ex vi* artigo 491.º do CSC, refere que sociedade *totalmente dominante* é também responsável pelas obrigações da sociedade dominada. Desta consolidação da responsabilidade perante os credores da sociedade dominada resulta, em termos sistemáticos, pelo menos a co-responsabilização dos administradores da sociedade dominante, já que apenas estes podem violar as disposições legais e contratuais destinadas à protecção dos credores em termos globais, por forma a tornar insuficiente o património social global para a satisfação dos créditos da sociedade dominada.

Resta a responsabilidade dos administradores da sociedade integralmente dominada perante terceiros, em relação à qual, efectivamente, não se vislumbra possibilidade de fazer actuar a responsabilidade dos administradores da sociedade dominante ou da própria sociedade dominante.

Todavia, o alargamento do leque de responsáveis pelos actos de gestão da sociedade dominada em todos os cenários excepto na responsabilidade perante terceiros, parece ter justificado a opção do legislador em afrouxar a exigência de cobertura da responsabilidade dos administradores da sociedade dominada, caso a sociedade dominante obedeça a um modelo de governo que obrigue os respectivos administradores a cobrirem a sua responsabilidade de acordo com os patamares mais exigentes.

Como tal, entendemos que o legislador ao referir-se aos “critérios” da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 413.º do CSC, teve em vista, simultaneamente, os limites e as outras duas condições fixadas na disposição, pelo que todos esses elementos devem relevar para efeitos dos n.ºs 1 e 3 do artigo 396.º do CSC.

(b) Aplicabilidade do regime aos mandatos em curso ou restrita a novos mandatos

Não existe norma expressa sobre a matéria.

Parece, no entanto, não existir razão para não aplicar aos mandatos em curso, em particular quanto aos administradores de sociedades cuja exigência de caucionamento da responsabilidade não pode ser dispensada por deliberação da assembleia geral [não estando, por conseguinte, dependente da data da realização de nova assembleia geral].

O n.º 4 deste artigo apenas delimita os termos iniciais e finais da obrigatoriedade de caucionamento da responsabilidade.

(c) Admissibilidade de exclusões no seguro previsto no n.º 2 do artigo 396.º do CSC, em particular as que se referem a actos dolosos do segurado

Independentemente de opção definitiva quanto à natureza do seguro em questão: seguro caução ou seguro de responsabilidade civil, o entendimento é o de que, de acordo com a redacção actualmente vigente, a substituição da caução pelo contrato de seguro tem de salvaguardar integralmente os direitos dos lesados, ou titulares de direito a indemnização. Não parece, assim, admissível a exclusão dos actos ou omissões dolosas praticados pelo administrador.

É certo existir doutrina no sentido de que por força do artigo 437.º, § 3.º do Código Comercial está excluída a cobertura de actos dolosos. De facto, de acordo com essa disposição: «O seguro fica sem efeito: (...) Se o sinistro tiver sido causado pelo segurado ou por pessoas por quem ele seja civilmente responsável»

Trata-se, no entanto, de disposição que não tem sido considerada como imperativa, sendo admissíveis as cláusulas contratuais [e, por maioria de razão, regimes legais especiais] que admitam a cobertura de actos dolosos⁽

Sintomático dessa interpretação constitui a circunstância de todas as apólices uniformes ou condições mínimas fixadas em Norma Regulamentar do Instituto de Seguros de Portugal

relativas a seguros obrigatórios de responsabilidade civil [com excepção dos relativos a armas⁽³⁾] consagrarem a cobertura de actos ou omissões dolosas do segurado, ainda que com direito de regresso pela seguradora contra o segurado.

Parece, assim, ser de concluir pela não admissão, nesta sede, da exclusão da cobertura das acções ou omissões dolosas do segurado. Esta interpretação assegura um maior nível de protecção do terceiro lesado, uma vez que este é indemnizado pela empresa de seguros, tendo esta, numa fase posterior, direito de regresso face ao segurado que, com a sua conduta dolosa, causou danos a terceiros.

O CNSF permanecerá atento ao mercado relevante com vista à detecção de eventuais constrangimentos na contratação de coberturas com inclusão de factos dolosos.

(d) Possibilidade de a sociedade assumir a posição de tomador do seguro dos seus administradores

Não parece haver impedimento a que a sociedade assuma a posição de tomadora do seguro dos seus administradores, na modalidade de seguro de grupo contributivo ou parcialmente contributivo (como é admitido pela parte final do n.º 2 do artigo 396.º).

(e) Possibilidade de as empresas de seguros assumirem a cobertura da responsabilidade dos seus administradores ou de administradores de sociedades detentoras de participações qualificadas nessas empresas de seguros

O seguro previsto no n.º 2 do artigo 396.º destina-se a assegurar a cobertura da responsabilidade dos administradores quer para com terceiros (responsabilidade externa) quer para com a própria sociedade (responsabilidade interna), decorrente de actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais que lhes incumbem.

Nos termos do n.º 2 do artigo 74.º do CSC: «2—A sociedade só pode renunciar ao seu direito de indemnização ou transigir sobre ele mediante deliberação expressa dos sócios, sem voto contrário de uma minoria que represente pelo menos 10% do capital social; os possíveis responsáveis não podem votar nessa deliberação.»

A extinção do direito a indemnização, por confusão, resultante da coincidência da situação de responsável pela indemnização e de detentor do direito a indemnização significaria uma renúncia antecipada da sociedade (ainda que possa ser previsto eventual direito de regresso) o que parece contrariar o princípio insito no referido n.º 2 do artigo 74.º.

³ Seguro obrigatório de responsabilidade civil dos titulares de licenças para uso e porte de armas ou sua detenção (Norma Regulamentar n.º 11/2006, de 28.11.2006) e seguro obrigatório de responsabilidade civil dos titulares de alvarás concedidos ao abrigo do regime jurídico das armas e munições (Norma Regulamentar n.º 12/2006, de 28.11.2006).