

Publicação disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/a73c972c174d/>

O DEVER DE COMUNICAÇÃO DOS ADMINISTRADORES AO BANCO DE PORTUGAL – ALGUMAS REFLEXÕES

DIOGO COSTA GONÇALVES

REVISTA DE DIREITO FINANCEIRO E DOS MERCADOS DE CAPITAIS, VOL. 1 (2019), NO. 3, 273-292



PROF. DOUTOR DIOGO COSTA GONÇALVES*
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Investigador do Centro de Investigação de Direito Privado

O dever de comunicação dos administradores ao Banco de Portugal – Algumas reflexões

The duty of directors to report to the Banco de Portugal

RESUMO: O dever de comunicação dos administradores ao BdP, previsto no art. 116.º-Z/3 do RGICSF, não é alheio à concreta estrutura de organização interna da sociedade e não onera todos os administradores de igual modo.

Palavras-chave: (i) dever de comunicação; (ii) instituições de crédito; (iii) conselho de administração

ABSTRACT: The personal duty of communication to the BdP of the members of the board of directors (art. 116.º-Z/3 RGICSF), is not independent of the concrete structure of the internal organization of the Corporation and does not burden all administrators equally.

Keywords: (i) communication duty; (ii) banking institutions; (iii) board of directors.

SUMÁRIO: 1. Imputação primária do dever de comunicação e imputação instrumental. 2. Imputação instrumental e organização de conhecimento. 3. O conhecimento da instituição financeira vs. do administrador. 4. A obrigação do administrador: subsidiariedade. 5. Cont.: individualidade e carácter delitual. 6. Delimitação do ilícito: levantamento *ex lege* da pessoa-organização? 7. Delimitação dos sujeitos passivos da obrigação de comunicar. 8. Sinopse.

* dcostagoncalves@fd.ulisboa.pt

Nos termos do n.º 1 do art. 116.º-Z do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), o órgão de administração ou de fiscalização de uma instituição de crédito deve comunicar imediatamente ao Banco de Portugal (BdP) a existência (ou risco de existência) de uma situação de desequilíbrio financeiro ou de insolvência.

No n.º 3 do mesmo artigo, igual dever de comunicação é imputado aos membros dos órgãos sociais que, deste modo, «estão individualmente obrigados à comunicação (...), devendo fazê-la por si próprios se o órgão a que pertencem a omitir ou a diferir».

Tal obrigação subsiste após a cessação das funções dos sujeitos em causa, relativamente a factos verificados durante o seu exercício (n.º 5). A sua violação, quando perpetrada pelos membros dos órgãos sociais, constitui uma infração especialmente grave, prevista no art. 211.º/1 v) e punida com uma coima de € 4.000,00 a € 5.000.000,00.

Na sua aparente simplicidade, a imputação direta aos membros dos órgãos de administração e de fiscalização da obrigação de comunicação prevista no art. 116.º-Z suscita não poucos problemas.

Centremo-nos no caso dos administradores das instituições crédito.

Como facilmente se intui, a obrigação de comunicação não pode onerar todos os administradores em igual medida, independentemente das reais funções que exerçam e da natureza da informação em causa.

De igual modo, o art. 116.º-Z/3 não pode redundar numa imputação objetiva aos administradores do ilícito da instituição financeira. À violação do dever de comunicação corresponderá, necessariamente, um ilícito próprio dos administradores – a violação (culposa) de um concreto dever de conduta – conduta essa cuja exigibilidade jurídica não é seguramente idêntica quanto a todos, nem quanto aos distintos elementos informativos.

Acresce que a obrigação dos administradores constitui-se apenas se e quando o órgão de administração omitir ou diferir a informação devida. A articulação entre a posição jurídica individual do administrador e o funcionamento colegial do órgão não é isenta de dificuldades.

No presente estudo, iremos traçar algumas breves reflexões sobre o enquadramento e conteúdo normativo da obrigação de comunicação imputada aos administradores da instituição de crédito.

Mais do que soluções, procuraremos suscitar aquelas dúvidas que não podem deixar de ser colocadas pelo intérprete-aplicador, ao mesmo tempo que procuraremos indicar pistas de reflexão sobre o possível enquadramento dogmático onde as necessárias respostas poderão ser encontradas.

1. Imputação primária do dever de comunicação e imputação instrumental

I – A primeira questão que carece de melhor enquadramento e explicação encontra-se, desde logo, na redação do n.º 1 do art. 116.º-Z:

«Quando uma instituição de crédito se encontre, por qualquer razão, em situação de desequilíbrio financeiro ou de insolvência, ou em risco de o ficar, o órgão de administração ou de fiscalização comunicam imediatamente esse facto ao Banco de Portugal.»

Apertis verbis, o dever de comunicação recai sobre o órgão de administração e fiscalização da instituição de crédito.

Não é assim: o sujeito passivo da obrigação de comunicar é a instituição sujeita à supervisão do BdP¹. O art. 116.º-Z encontra-se funcionalmente orientada ao exercício dessa supervisão. O preceito insere-se, aliás, no Capítulo III, Secção I do RGICSF, cuja epígrafe é, justamente, «supervisão em geral».

O dever de comunicação corresponde, portanto, a uma obrigação própria das instituições sujeitas a supervisão. Enquanto situação

¹ As decisões e atuações juridicamente relevantes são da sociedade, mercê dos nexos de imputação-orgânica que caracterizam a atuação das pessoas coletivas. Por todos, António Menezes Cordeiro – Direito das sociedades I – Parte Geral, 3.ª ed., Almedina, (2011), 322 e ss. e 839-840.

jurídica passiva e complexa, ela é imputada a título primário e permanente à instituição financeira.

O sujeito passivo da obrigação é, portanto, a sociedade.

II – Sempre que a lei imputa uma qualquer posição jurídica a uma pessoa coletiva, torna-se necessário saber através de que nexo orgânico de atuação tal posição jurídica irá ser exercida.

Com efeito, a imputação direta e imediata de uma posição jurídica à pessoa coletiva acarreta sempre uma imputação instrumental ou sucessiva (não autónoma, portanto) de um concreto comando jurídico a uma estrutura de organização humana permanente.

É, justamente, a partir desta imputação instrumental e não autónoma que identificamos a existência de um órgão social, enquanto «estrutura de organização humana permanente, funcionalmente ordenada à prossecução dos interesses da pessoa coletiva, nos termos das competências atribuídas a cada um, e que, em conjugação entre si, permitem a autodeterminação da mesma»².

III – A imputação instrumental ao órgão social nem sempre surge expressa na lei. Resulta do regime geral da pessoa coletiva, da natureza da posição jurídica em causa ou, em última instância, do desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial.

Pense-se, por exemplo, no pedido de admissão à negociação em mercado regulamentado. Nos termos do art. 233.º/1 a) do Código dos Valores Mobiliários (CVM), tem legitimidade para requer a admissão a mercado regulamentado a própria sociedade emitente dos valores mobiliários em causa. O CVM não esclarece, contudo, qual o órgão da sociedade emitente competente para deliberar o pedido de admissão ao mercado, discutindo-se se a decisão cabe à administração ou à assembleia geral³.

² José Ferreira Gomes – Da administração à fiscalização das sociedades – A obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima, Almedina, (2015), 1791 (n.º de margem), seguindo de perto Hans Wolff.

³ Com desenvolvimento e referências, veja-se José Ferreira Gomes/Diogo Costa Gonçalves, Manual de sociedade abertas e cotadas, I, AAFDL, (2018), 152 e ss. (n.º de margem).

Noutros casos, a imputação instrumental é expressamente fixada na lei, maxime através das normas que determinam a competência de cada órgão. Assim, por exemplo, quando o art. 406.º e) CSC atribui à administração da SA o poder para deliberar a alienação de imóveis, está a determinar a imputação instrumental da faculdade de disposição, que integra o conteúdo do direito de propriedade imputado à sociedade, ao órgão de administração da pessoa coletiva.

IV – No caso da obrigação de comunicação prevista no art. 116.º-Z, o legislador determinou *ex lege* quais os órgãos sociais que devem assegurar a comunicação em causa: a administração ou a fiscalização da instituição de crédito.

O art. 116.º-Z/1 não só imputa à sociedade o dever de comunicação, como esclarece que é o órgão de administração ou de fiscalização aquele que deve desenvolver a conduta necessária para assegurar o cumprimento da obrigação que, a título primário e direto, é imputada à instituição sujeita a supervisão.

V – A imputação instrumental, tal como estabelecida no n.º 1, parece ser alternativa e cumulativa. Neste sentido: quer o órgão de administração, quer o órgão de fiscalização devem proceder à comunicação, independentemente do comportamento de cada estrutura orgânica e sem observância de qualquer precedência.

Todavia, a conduta de um dos órgãos desonera o outro, já que deve admitir-se que a comunicação realizada pela administração torna inexigível a realização da mesma comunicação pelo órgão de fiscalização, e vice-versa.

Daqui resulta um concurso de condutas potencialmente exigíveis, a dois órgãos distintos, com leituras da realidade económica e financeira possivelmente díspares.

Sendo a comunicação dos órgãos ao BdP um ato da sociedade (mercê dos vínculos de atuação orgânica), em tese, poderíamos ter a mesma entidade sujeita a supervisão a afirmar ao supervisor algo e o seu contrário, bem como a afirmar coisa nenhuma, confiando na atuação do outro órgão onerado com o mesmo dever.

Na ponderação mais profunda das relações entre a administração e a fiscalização da sociedade poder-se-ão encontrar critérios normativos para uma hermenêutica mais cuidada do n.º 1 do art. 116.º-Z, sem dúvida necessária

2. Imputação instrumental e organização de conhecimento

I – A imputação instrumental à administração respeita o funcionamento colegial do órgão. O mesmo é dizer: a comunicação ao BdP é feita através dos procedimentos internos que regem o funcionamento do conselho de administração (seguindo o modelo de governo mais difundido entre nós).

A operacionalidade da imputação instrumental exige e pressupõe, portanto, a existência daquela adequada organização interna da sociedade, que é consequência da sua possibilidade de atuação no comércio.

II – Com efeito, para que uma sociedade comercial possa atuar no comércio jurídico é necessário que exista um concreto «*modus operandi* da atividade jurídica»⁴, uma concreta organização de atuação (*Handlungsorganisation*)⁵ que lhe permita desenvolver a sua atividade.

Como a atuação no comércio está sempre associada uma certa perigosidade (decorrente da interação com as diversas esferas jurídicas), toda a atuação jurídica é um *Risikiofaktor* e envolve uma alocação de risco entre os diversos atores sociais.

⁴ Diogo Costa Gonçalves – Pessoa coletiva e sociedades comerciais – Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada, Almedina, (2015), 808.

⁵ Uwe John – Die organisierte Rechtsperson – System und Probleme der Personifikation im Zivilrecht, Duncker und Humblot, Berlin, (1977), 74: «Se a *Rechtsperson* tem, em primeiro lugar, a função de uma unidade de ação autónoma, então deve caracterizar-se por ser uma organização de atuação (*Handlungsorganisation*), no sentido abrangente de aqueles meios e instituições que possibilitam à *Rechtsperson* atuar no comércio jurídico».

Neste contexto, a sociedade, para atuar no comércio jurídico, não pode organizar-se de um qualquer modo; antes deve organizar-se de um modo adequado a garantir não só a justa realização dos seus interesses, como a indução da menor perigosidade possível no comércio.

Ao próprio fenómeno da personificação está, portanto, associado a um dever de organização adequada da pessoa coletiva⁶.

III – O dever de organização adequada que impende sobre cada sociedade compreende, também, a adoção de um adequado sistema de organização de conhecimento: «a criação e operacionalidade de complexos normativos orgânicoprocedimentais internos da sociedade, dirigidos à garantia de adequados fluxos de informação»⁷.

Neste contexto, a organização de conhecimento estrutura-se a partir de um conjunto de (i) deveres de indagação (*Information-sabfragepflichten*), dirigidos à obtenção da informação necessária à atuação no comércio, (ii) de deveres de tratamento ou gestão de informação, que envolvem juízos sucessivos sobre a relevância ou irrelevância de determinados factos, com vista à seleção, síntese e apresentação dos relevantes, assim dissociados dos irrelevantes; e (iii) de deveres de transmissão (*Informationsweiterleitungspflichten*), ordenados à conservação e circulação de tal informação pelos diversos centros de decisão⁸.

IV – A organização da atuação da sociedade em geral, e a organização do conhecimento, em particular, pressupõe uma divisão

⁶ Como bem sublinha José Ferreira Gomes – Da administração à fiscalização das sociedades – A obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima, Almedina, (2015), , 525 e ss (n.º de margem), tendo em presença a densificação do dever de vigilância dos administradores.

⁷ José Ferreira Gomes/Diogo Costa Gonçalves – A imputação de conhecimento às sociedades comerciais, Almedina, (2017), cit., 86-87.

⁸ Sobre esta concretização da obrigação de organização adequada dos fluxos de informação, no sentido de nela reconhecer, nuns casos, um dever de obtenção e conservação de informação e, noutros, um dever de transmitir, partilhar ou reencaminhar informação, cfr. Jochen Taupitz – “Anmerkung”, *JuristenZeitung*, 51 (1996) 14, 734-736. Com desenvolvimento, José Ferreira Gomes/Diogo Costa Gonçalves – A imputação de conhecimento às sociedades comerciais, Almedina, (2017), cit., 80.

interna de tarefas. Quanto maior e mais complexa for a sua atividade, maior será a sua necessidade de repartir tarefas internamente e definir diferentes centros de competências, dando corpo a uma organização baseada numa divisão de trabalho (*arbeitsteilig Organisation*).

A existência de uma tal organização importa, naturalmente, a exposição ao risco da fragmentação do conhecimento (*Wissensaufspaltung*)⁹, tanto mais intenso quanto maior e mais complexa for a organização. A fragmentação do conhecimento é um *Organisationsrisiko* que deve ser controlado e mitigado pela própria sociedade¹⁰.

V – Ora, o cumprimento do dever de comunicação imposto à instituição de crédito pressupõe, naturalmente, o conhecimento da informação que deve ser comunicada. Para que este conhecimento exista, a sociedade adota um concreto sistema de organização de conhecimento, destinado a obter, processar e avaliar a informação revelante que pode ser objeto de comunicação.

Esta concreta organização implica, como assinalámos, divisão de tarefas e a definição de deveres internos orgânico-procedimentais de indagação, tratamento e transmissão de elementos informativos relevantes.

VI – A repartição de pelouros entre administradores, por exemplo, é uma manifestação – na cúpula da instituição – desta estrutura de organização de conhecimento.

⁹ Marcus Baum – Die Wissenszurechnung, Duncker und Humblot, Berlin, (1998), 226 ss. e 270-274. Veja-se também Petra Buck – Wissen und juristische Person, Mohr Siebeck, (2000), 312 ss.

¹⁰ Neste sentido, Josef Drexler – “Wissenszurechnung im Konzern”, ZHR, 161 (1997), 491-521, 505: «A imputação de conhecimento ocorre porque a organização baseada na divisão de trabalho (*arbeitsteilige Organisation*) traz benefícios. Consequentemente, aquele que beneficia tem que suportar o risco da fragmentação do conhecimento (*Wissensaufspaltung*) que tal divisão traz consigo e que ele pode controlar através de uma adequada organização». Cfr. também Claus-Wilhelm Canaris – Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, (1971), 195, para quem «os riscos de organização da atividade devem ser suportados pelo próprio dono do negócio».

A cada pelouro corresponderão concretos deveres orgânico-procedimentais respeitantes à aquisição, tratamento e transmissão de informações respeitantes às atribuições em causa, que se desmultiplicam por aquelas estruturas intermédias que dele dependem.

À pergunta «como é que a administração comunica ao BdP a informação relevante respeitante ao previsto no art. 116.º-Z?», a resposta há-de ser: «através do correto funcionamento da sua organização interna».

Ou seja: mediante a aquisição e monitorização da informação relevante através daqueles sujeitos concretos (e não outros) que, à luz da concreta organização da atividade da instituição, deviam obter informação, avaliar e reportar os elementos em causa.

3. O conhecimento da instituição financeira vs. do administrador

I – A obrigação de comunicação constitui-se na esfera jurídica da instituição financeira no momento em que o conhecimento dos elementos constitutivos da previsão normativa podem ser imputados à sociedade.

Não cuidaremos, nesta sede, da imputação de conhecimento à sociedade para efeitos do art. 116.º-Z/1. Cumpre, sim, sublinhar, que a imputação de conhecimento à sociedade é radicalmente distinta da imputação de conhecimento aos seus administradores.

II – Com efeito, como desenvolvemos noutro lugar (em co-autoria com José Ferreira Gomes), a imputação de conhecimento à sociedade é sempre uma imputação normativa¹¹ que envolve um juízo de alocação de risco¹².

¹¹ José Ferreira Gomes/Diogo Costa Gonçalves – A imputação de conhecimento às sociedades comerciais, Almedina, (2017), 27-29.

¹² José Ferreira Gomes/Diogo Costa Gonçalves – A imputação de conhecimento às sociedades comerciais, Almedina, (2017), 84-85.

Daqui decorre que, por princípio, a sociedade não pode opor ao BdP o desconhecimento daquela informação que era exigível que tivesse adquirido, se houvesse adoptado um adequado sistema de organização de conhecimento ou, sendo este existente, se tal sistema houvesse sido eficiente.

A falência da estrutura de organização de conhecimento da sociedade ou a sua insuficiente implementação é um risco próprio da sociedade, que por ela deve ser suportado: *sibi imputet*.

III – Contudo, a imputação de conhecimento à instituição de crédito não permite *ispo facto* a imputação de conhecimento a pessoas singulares, em particular aos seus administradores.

Com efeito, é possível existir uma imputação de conhecimento à sociedade sem que esse mesmo conhecimento seja, em momento algum, imputado a qualquer dos seus administradores, individualmente considerados.

Pense-se, por exemplo, na hipótese de um quadro superior que, por manifesta incúria, não reporta determinada informação ao conselho de administração. Neste caso, a violação de normas de procedimento interno que exigiam a circulação da informação em causa corresponde, por princípio, a um risco de organização¹³ que deve ser suportado pela sociedade. O conhecimento é imputado: a sociedade conhece, ainda que nenhum dos seus administradores conheça.

Ou, noutra hipótese, pense-se na correspondência dirigida à administração da sociedade, mas incorretamente arquivada pelos serviços administrativos, de tal sorte que nunca chegou ao conhecimento dos administradores.

O erro dos serviços administrativos é risco próprio da sociedade que por ela deve ser suportado: o conhecimento da comunicação em causa deve ser, por princípio, imputado à sociedade (ainda que os seus administradores nada conheçam).

¹³ José Ferreira Gomes/Diogo Costa Gonçalves – A imputação de conhecimento às sociedades comerciais, Almedina, (2017), 70 e ss e 77 e ss.

IV – Temos, portanto, que a predicação do conhecimento da instituição de crédito – constitutiva do dever de comunicação ao BdP – é independente da predicação de conhecimento dos seus administradores.

Casos haverá em que, perante os mesmo elementos factuais, será possível imputar conhecimento à instituição de crédito e negá-lo quanto às pessoas singulares que integram a sua administração.

Aqui se manifesta, uma vez mais, a natureza plurifuncional do juízo de imputação de conhecimento¹⁴.

4. A obrigação do administrador: subsidiariedade

I – Detenhamo-nos, novamente, na redação do art. 116.º-Z/3: «os membros dos órgãos de administração e de fiscalização estão individualmente obrigados à comunicação referida nos números anteriores, devendo fazê-la por si próprios se o órgão a que pertencem a omitir ou a diferir».

A obrigação em causa vincula cada um dos administradores. Mas vincula-os a título individual: não *in solidum*, enquanto membros de órgão coletivo.

Do mesmo modo, a obrigação em causa é subsidiária: apenas se constitui na esfera jurídica dos administradores se o órgão da sociedade omitir a comunicação ou a diferir.

Estas duas notas – individualidade e subsidiariedade – são determinantes para compreender natureza da obrigação em causa.

II – Começemos pela nota da subsidiariedade.

Vimos já que o n.º 1 do art. 116.º-Z determinava *ex lege* quais os órgãos sociais que devem assegurar a comunicação da instituição de crédito (imputação instrumental), sendo que a obrigação de comunicação é, como vimos, uma obrigação própria da instituição em causa.

¹⁴ José Ferreira Gomes/Diogo Costa Gonçalves – A imputação de conhecimento às sociedades comerciais, Almedina, (2017), 30-31.

O n.º 3 do mesmo preceito – ao fixar que os membros dos órgãos de administração e de fiscalização devem proceder à comunicação ao BdP «se o órgão a que pertencem a omitir ou a diferir» – estabelece uma relação de subsidiariedade entre o dever pessoal dos membros dos órgãos sociais e ao dever da instituição de crédito.

A comunicação dos administradores é, portanto, um dever subsidiário face à obrigação primária de comunicação, devida pela própria sociedade.

III – O carácter subsidiário do dever em causa determina um considerável grau de incerteza quanto ao momento da sua constituição.

Em que momento é possível dizer que a sociedade omitiu ou diferiu o seu dever de comunicação? Este juízo deve ser feito por cada membro dos órgãos sociais em causa (e certamente não será unânime...), por referência a um complexo acervo de informação.

A dificuldade torna-se ainda mais acentuada tendo em conta que a imputação instrumental do dever de comunicação é feita quer à administração, quer à fiscalização. O dever pessoal é, porém, de todos os membros dos órgãos sociais em causa. Isto exigirá, em tese, um domínio relativo à própria atividade daquele órgão do qual o sujeito singular não é membro.

IV – Mais se sublinhe o carácter difuso da noção de diferimento.

Apertis verbis, aos membros dos órgãos sociais terão que fazer um juízo quanto ao momento em que a comunicação é devida pela instituição financeira.

As condições para que esse juízo possa ser normativamente exigível não são simples. Para além do mais, esse mesmo dever parece colidir com outros deveres dos sujeitos em causa: se um administrador, por exemplo, está convicto da existência de um dever de comunicação da sociedade ao BdP, comunicação essa que ainda se não realizou, acaso não é seu dever diligenciar para que a instituição financeira e o órgão colegial que integra procedam à comunicação legalmente prevista? Poder-se-á constituir na sua esfera jurídica um dever subsidiário de comunicação, antes ainda de tal diligência e independentemente do seu resultado?

V – Quer a omissão, quer o deferimento previsto no art. 116.º-Z/3, pressupõem uma certa dilação temporal, em que muitas vezes a sociedade procede a importantes diligências.

Antes de uma omissão ou deferimento, existirá certamente um período de tempo no qual a sociedade «ainda não decidiu» se vai comunicar determinado facto ou circunstância, mas também ainda não se negou a fazê-lo. É um período de tempo em que tipicamente se procede à ponderação da existência ou não do dever de comunicação (mediante a troca de informações, a solicitação de estudos, pareceres etc.). São momentos em que a sociedade procura diligentemente aferir se, de facto, a factualidade conhecida permite concluir no sentido da existência de um dever de comunicação.

A determinação do momentum a partir do qual o administrador está obrigado a comunicar é, portanto, particularmente espinhosa. Tanto mais, quanto o RGICSF não consagra qualquer critério objetivo a partir do qual a inatividade da administração é juridicamente relevante para a constituição do dever pessoal do administrador.

5. Cont.: individualidade e carácter delitual

I – As interrogações que acabamos de colocar conduzem-nos pela mão à primeira nota que assinalámos: a natureza individual do dever de comunicação.

A comunicação prevista no art. 116.º-Z/3 vincula cada administrador. Constitui um dever próprio de cada membro da administração (subsidiário, é certo), estruturalmente diverso do dever primária imputado à sociedade.

A violação do dever de comunicar corresponde, portanto, a um ilícito culposo do administrador que não se confunde com o ilícito da própria sociedade.

II – O carácter delitual da conduta do administrador merece ser sublinhado.

Com efeito, não estamos perante uma imputação objetiva aos membros dos órgãos sociais da ilicitude da conduta da sociedade. Tão pouco estamos perante uma «socialização» da conduta do órgão

coletivo, atribuindo normativamente a cada um dos seus membros o resultado nefasto da conduta do órgão.

Ao contrário: a fundamento da responsabilidade contra-ordenacional está na prática de um ilícito culposo pelo sujeito em causa.

O art. 206.º/1 é claro: «a determinação da medida da coima e das sanções acessórias faz-se em função da ilicitude concreta do facto, da culpa do agente e das exigências de prevenção, tendo ainda em conta a natureza individual ou coletiva do agente».

Repisando a mesma tónica, veja-se o disposto no n.º 3 do art. 204.º/3: «a responsabilidade dos titulares dos cargos de administração ou direção das pessoas coletivas e entidades equiparadas pode ser especialmente atenuada quando, cumulativamente, não sejam diretamente responsáveis pelo pelouro ou pela área onde se verificou a prática da infração e a sua responsabilidade se funde unicamente no facto de, conhecendo ou devendo conhecer a prática da infração, não terem adotado imediatamente as medidas adequadas para lhe pôr termo».

III – Cumpre, portanto, determinar que conduta é normativamente exigível a cada sujeito passivo de responsabilidade.

Por outras palavras: a obrigação de comunicação prevista no art. 116.º-Z/3 não onera todos os administradores em igual medida. Não basta, portanto, verificar que a sociedade omitiu ou prostergeu a comunicação devida. É necessário provar que o conhecimento imputado à sociedade é conhecimento pessoal do administrador e que tal conhecimento nele se encontra (ou deveria encontrar) com os elementos que integram a previsão normativa de comunicação.

Mais será necessário demonstrar que o conteúdo da informação conhecida devia ser comunicado por aquele concreto administrador.

6. Delimitação do ilícito: levantamento *ex lege* da pessoa-organização?

I – O dever pessoal e subsidiário dos membros dos órgãos sociais tem um escopo claro: o reforço do dever de comunicação da sociedade.

Recorde-se: a imputação primária é à sociedade. O dever subsidiário serve a eficácia da comunicação devida pela instituição financeira.

II – Com efeito, a ordem jurídica não ignora que qualquer comando normativo será, no final, executado por sujeitos individuais e concretos, últimos destinatários possíveis da norma jurídica¹⁵.

Esta observação integra o próprio princípio da materialidade da personificação coletiva¹⁶ que, por vezes, irrompe com tal intensidade no plano aplicativo que obriga o intérprete-aplicador a levantar ou desconsiderar a personalidade para atender à materialidade que lhe subjaz.

III – A subsidiariedade que apontámos parece corresponder a uma manifestação de tal desconsideração *ex lege*.

Com efeito, malgrado a comunicação devida pela instituição, o legislador procura atingir diretamente aqueles que, na estrutura organizativa da sociedade, deviam garantir o cumprimento da obrigação primária.

Ao transmutar em obrigação individual aquela que era uma obrigação da pessoa coletiva (e, instrumentalmente, dos seus órgãos de administração e fiscalização), o legislador procede a um levantamento do que vimos chamando pessoa-organização¹⁷: oblitera-se a dimensão organizativa da sociedade e atinge-se diretamente a realidade humana que lhe subjaz, afastando-se, assim

¹⁵ A propósito do dever de informação através do prospeto, veja-se José Ferreira Gomes / Diogo Costa Gonçalves – Manual de sociedade abertas e cotadas, I, AAFDL, (2018), 596 (n.º de margem): «Pela aplicação das regras relativas ao funcionamento interno d[a] pessoa coletiva, assiste-se a um fenómeno de imputação sucessiva: a imputação à pessoa coletiva de um tal dever (...) determina a imputação sucessiva de múltiplos deveres aos titulares dos seus órgãos sociais, maxime, aos seus administradores.»

¹⁶ Diogo Costa Gonçalves, -Pessoa coletiva e sociedades comerciais – Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada, Almedina, (2015), 923-927.

¹⁷ Diogo Costa Gonçalves – Pessoa coletiva e sociedades comerciais – Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada, Almedina, (2015), 951 e ss.

«os efeitos da personificação quanto a aspetos estruturantes da *Handlungsorganisation*»¹⁸.

IV – Ao fazê-lo, porém, a conduta pessoal agora imputada aos membros dos órgãos sociais não perde a sua conexão nem com a obrigação primária (imputada à pessoa coletiva), nem com a concreta estrutura organizativa que se desconsidera.

O que sucede, em rigor, com esta modalidade de desconsideração ex lege, é a atribuição direta de relevância perante o BdP da violação daquelas normas internas procedimentais que constituem a estrutura da organização de conhecimento da pessoa coletiva em causa.

V – A violação do dever de comunicação previsto no art. 116.º-Z/3 apenas ocorre, portanto, quando o administrador em causa violou algum dever de indagação (*Informationsabfragepflicht*), de tratamento ou gestão de informação ou ainda de transmissão (*Informationsweiterleitungspflicht*) que, como vimos, consubstanciam a organização de conhecimento da sociedade.

O mesmo é dizer: o administrador é individualmente responsável, perante o BdP, pela violação daquelas normas de organização interna que, caso as houvesse observado, teriam obtido o cumprimento, pela sociedade, da obrigação primária de comunicação.

Ordinariamente, a violação de tais normas constitui um ilícito do administrador com exclusiva relevância intra-societário (*maxime* no contexto de uma ação de responsabilidade civil *pro societate*). Neste e noutros lugares do sistema, o levantamento da pessoa-organização atribui-lhe relevância extra-societária: constitui um ilícito próprio perante o BdP.

¹⁸ Diogo Costa Gonçalves – Pessoa coletiva e sociedades comerciais – Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada, Almedina, (2015), 974.

7. Delimitação dos sujeitos passivos da obrigação de comunicar

I – O que fica dito permite-nos identificar um critério para a delimitação mais rigorosa dos sujeitos passivos obrigação de comunicação.

Em primeiro lugar, a subsidiariedade da obrigação pressupõe o dever da sociedade comunicar. Se este dever não existe – porque, por exemplo, o conhecimento dos factos relevantes não pode ser imputado à sociedade –, tão pouco podem os administradores ficar obrigados a qualquer dever de comunicação.

Com efeito, a sociedade não pode «omitir ou a diferir» uma comunicação a que, afinal, não se encontrava sujeita. Se a obrigação primária não se constitui na esfera jurídica da sociedade, tão pouco se pode constituir na esfera jurídica do administrador qualquer dever de comunicação subsidiário.

II – Em segundo lugar, é necessário saber qual a natureza da informação objecto de comunicação e qual o procedimento interno para o seu processamento e transmissão.

Por princípio, apenas os administradores em relação aos quais, à luz da estrutura de organização interna da sociedade, fosse exigível uma conduta diversa da observada, podem ser sujeitos passivos da obrigação de comunicar.

O administrador para quem a informação fosse estranha, alheia ou acidental ao exercício das suas funções não parece que se encontre onerado com o dever de comunicação: da sua conduta intra-societária não dependia o cumprimento, pela sociedade, do dever primário de comunicação.

III – O que vai dito não exclui a obrigação de comunicação que possa decorrer dos deveres de vigilância que incumbem a todos administradores¹⁹. Mas para que o dever geral de vigilância possa

¹⁹ Com desenvolvimento e referências, José Ferreira Gomes – Da administração à fiscalização das sociedades – A obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima, Almeida, (2015), *passim*.

ser fundamento constitutivo do dever de comunicação ao BdP, é necessário que a informação em causa seja especialmente qualificada e estruturante para a sociedade, de tal sorte que se possa afirmar que todos os administradores a deviam conhecer e, perante ela, reagir.

É igualmente necessário que fosse normativamente exigível ao administrador que indagasse outra informação ou desconfiasse da informação disponibilizada.

Recorde-se, a este propósito, o que sustenta José Ferreira Gomes: «a confiança na informação recebida é legítima quando verificados os seguintes elementos: (i) a razoável convicção do sujeito de que aquele que presta informações, conselhos ou opiniões era fiável e competente; (ii) a prestação de informação sobre todos os factos relevantes para a emissão do conselho ou opinião, quando estes tenham sido pedidos por quem não tinha cesso direto a essa informação; (iii) a obtenção, pelo sujeito, de informações, conselhos ou opiniões errados; (iv) a não deteção do erro pelo sujeito na sua análise crítica das informações, conselhos ou opiniões recebidos; (v) a atuação do sujeito de acordo com tais informações, conselhos ou opiniões.»²⁰.

8. Sinopse

O que fica dito permite assinalar os principias critérios de concretização normativa dos deveres imputados aos administradores, nos termos do art. 116.º-Z/3 do RGICSF.

Em síntese, retenha-se o nervo central do entendimento que propomos:

- (i) O dever de comunicação previsto no art. 116.º-Z/1 recai sobre a instituição sujeita a supervisão (imputação primária): é a sociedade quem deve comunicar ao BdP a factualidade relevante para os efeitos previstos nesta base legal.

²⁰ José Ferreira Gomes – Da administração à fiscalização das sociedades – A obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima, Almedina, (2015), 2356 (n.º de margem).

- (ii) A especificação constante do n.º 1, nos termos da qual a comunicação é devida pelo órgão de administração ou fiscalização, corresponde a uma determinação *ex lege* da imputação instrumental, uma vez que estabelece quais os órgãos sociais que devem assegurar a comunicação devida pela sociedade.
- (iii) A imputação instrumental constante do n.º 1 é alternativa e cumulativa, quanto ao órgão de administração e órgão de fiscalização.
- (iv) O dever de comunicação previsto no art. 116.º-Z/3 consubstancia uma obrigação individual e subsidiária dos administradores. Individual, porque a obrigação de comunicar onera o administrador qua tale correspondendo, a sua violação, a um ilícito próprio que se distingue do ilícito perpetrado pela sociedade. Subsidiária, porque a obrigação de comunicação apenas se constitui na esfera jurídicas do administrador se e quando for possível concluir que os órgãos de administração e fiscalização da sociedade omitiram ou diferiram a realização da comunicação devida.
- (v) A subsidiariedade do dever de comunicação previsto no art. 116.º-Z/3 consubstancia uma hipótese de levantamento da pessoa-organização, mediante o qual se oblitera a dimensão organizativa da sociedade e se atinge a realidade humana que lhe subjaz.
- (vi) Por tal razão, o dever de comunicar não onera todos os administradores em igual medida: por princípio, apenas são sujeitos passivos da obrigação (individual) de comunicação aqueles administradores cuja atuação – à luz da concreta estrutura de organização do conhecimento da sociedade – era determinante para assegurar o cumprimento, pela própria sociedade, do dever de comunicar previsto no art. 116.º-Z/1.

Bibliografia

- Baum, Marcus – Die Wissenszurechnung, Duncker und Humblot, Berlin, (1998)
- Buck, Petra – Wissen und juristische Person, Mohr Siebeck, (2000)
- Canaris, Claus-Wilherlm – Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, (1971)
- Cordeiro, António Menezes – Direito das sociedades I – Parte Geral, 3.^a ed., Almedina, (2011)
- Drexl, Josef – “Wissenszurechnung im Konzern”, ZHR, 161 (1997)
- Gomes, José Ferreira – Da administração à fiscalização das sociedades – A obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima, Almedina, (2015)
- Gomes, José Ferreira/ Diogo Costa Gonçalves – Manual de sociedade abertas e cotadas, I, AAFDL, (2018)
- ___ A imputação de conhecimento às sociedades comerciais, Almedina, (2017)
- Gonçalves, Diogo Costa – Pessoa coletiva e sociedades comerciais – Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada, Almedina, (2015)
- John, Uwe – Die organisierte Rechtsperson – System und Probleme der Personifikation im Zivilrecht, Duncker und Humblot, Berlin, (1977)
- Taupitz, Jochen – “Anmerkung”, JuristenZeitung, 51 (1996), 14