

A CONTRA-ORDENAÇÃO DE GESTÃO RUINOSA DE INSTITUIÇÃO DE CRÉDITO

NUNO BRANDÃO

I. Introdução

1. O art. 211.º, n.º 1, al. *k*), do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF, Decreto-Lei n.º 298/92, de 31/12) tipifica como contra-ordenação, atribuindo-lhe o estatuto de infracção especialmente grave, os “*actos dolosos de gestão ruínosa, em detrimento de depositantes, investidores e demais credores, praticados pelos membros dos órgãos sociais*”. A infracção é punível com coima de € 4.000 a € 5.000.000 se praticada por pessoa singular e com coima de € 10.000 a € 5.000.000 se cometida por pessoa colectiva. Este último limite é elevado ao montante correspondente a 10 % do total do volume de negócios anual líquido do exercício económico da pessoa colectiva anterior à data da decisão condenatória sempre que este montante seja determinável e ultrapasse € 5.000.000 (art. 211.º, n.º 2, do RGICSF).

Trata-se de uma contra-ordenação que remonta à versão originária do Decreto-Lei n.º 298/92¹ e que actualmente se integra num preceito que conta com mais de 40 alíneas, nas quais se prevêm infracções especialmente graves, com os mais diversos fins e conteúdos. Ainda que constitua uma infracção já com mais de um quartel de existência, até à

¹ Até à alteração a este art. 211.º operada pela Lei n.º 35/2018, de 20 de Julho, a contra-ordenação constava da alínea *l*) do n.º 1.

data, a prática decisória, administrativa e judicial, sobre ela resume-se a um único caso, relativo à gestão do Banco Espírito Santo levada a cabo por alguns dos seus administradores², no período que antecedeu a medida de resolução tomada pelo Banco de Portugal, em 2014. A doutrina também lhe tem passado ao lado, não existindo entre nós qualquer reflexão doutrinária minimamente relevante sobre ela³.

A sua incidência sobre uma realidade de suma importância no domínio financeiro, a relativa à gestão das instituições de crédito e das sociedades financeiras, é, não obstante, razão mais do que suficiente para justificar uma reflexão dogmática que se debruce sobre as suas dimensões típicas essenciais. Com este estudo procuramos avançar com um primeiro esforço de análise, discutindo e tomando posição sobre o bem jurídico, o objecto da acção e a conduta típica desta contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito*.

II. Objecto da acção e bem jurídico

2. A fim de determinar aquilo que se proíbe e pune na alínea *k*) do n.º 1 do art. 211.º do RGICSF será conveniente começar por empreender uma *delimitação negativa* do seu âmbito normativo, demarcando o que fica à margem da sua área de tutela típica. Para este efeito, parece aconselhá-

² Cf. a Decisão tomada, em 31-05-2016, pelo Conselho de Administração do Banco de Portugal no processo contra-ordenacional n.º 58/14/co, baseada no Relatório do seu Departamento de Averiguação e Acção Sancionatória, datado de 30-05-2016, que condenou o Presidente do Conselho de Administração do Banco Espírito Santo à data dos factos pela prática desta contra-ordenação de gestão ruinosa de instituição de crédito, aplicando-lhe uma coima de € 2.000.000, e arquivou o processo em relação a outros três administradores.

Esta decisão condenatória foi confirmada por Sentença proferida em 30-04-2018 pelo 1.º Juízo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, fixando a medida concreta da coima em € 1.900.000 (Proc. n.º 182/16.0YUSTR). O Tribunal da Relação de Lisboa, em Acórdão tirado em 02-05-2019, manteve a condenação (Proc. n.º 182/16.0YUSTR-L1).

³ No nosso *Crimes e Contra-ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, 691, por exemplo, não fazemos mais do que uma brevíssima referência a esta infracção, para ilustrar um facto contra-ordenacional portador de dignidade penal.

vel a busca de pontos de referência em áreas próximas e que guardem alguma afinidade material com a presente matéria, quer no ordenamento sancionatório nacional, quer em ordenamentos estrangeiros. Um tal exercício de aproximação e confronto permitirá desvelar pontos de contacto, mas também divergências que não deixarão de ser úteis na iluminação do conteúdo típico da infracção.

Em nosso modo de ver, não obstante a referência legal a “depositantes, investidores e demais credores” da entidade em apreço, o *objecto da acção* típica não é formado pelo património ou interesses destas pessoas. Com efeito, apesar da ligação económica que mantêm com a instituição de crédito — por via de depósitos efectuados, do capital social dela que adquiriram ou do crédito que lhe concederam, respectivamente —, a contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* não tem imediatamente em vista os interesses económicos desses *stakeholders*.

Se no tipo legal estão em causa actos de gestão ruinosa praticados pelos membros dos órgãos sociais (da instituição de crédito ou da sociedade financeira), parece-nos evidente que *objecto* de tais actos só poderá ser *a própria sociedade* cuja administração é confiada a esses órgãos sociais. Referindo-se a norma aos credores da instituição de crédito, não se vê a que título e de que forma poderiam os créditos deles ser geridos pelos membros dos órgãos sociais da sociedade devedora. Em via de princípio, aos membros dos órgãos sociais de uma instituição bancária ou financeira cabe dirigir a prática dos actos próprios do *objecto social* e gerir o património social dessa sociedade e não os activos patrimoniais de depositantes, investidores e demais credores.

Um confronto da norma constante do art. 211.º, n.º 1, al. *k*), do RGICSF com o tipo legal de crime de *Gestione Infedele* previsto na legislação italiana (art. 167 do Decreto Legislativo n.º 58/1998, de 24 de Fevereiro: Texto único das disposições em matéria de intermediação financeira)⁴ reforça a ideia de que *objecto* da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de*

⁴ “1. Salvo che il fatto costituisca reato più grave, chi, nella prestazione del servizio di gestione di portafogli o del servizio di gestione collettiva del risparmio, in violazione delle disposizioni regolanti i conflitti di interesse, pone in essere operazioni che arrecano danno agli investitori, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, è punito con l’arresto da sei mesi a tre anni e con l’ammenda da lire dieci milioni a lire duecento milioni”.

Instituição de Crédito do RGICSF é o *património social da instituição de crédito* e não o de depositantes, investidores e demais credores. Pretendendo-se atribuir relevância sancionatória a actos imediatamente danosos do património de terceiros, seria de seguir-se uma linha similar àquela adoptada pelo legislador italiano, que no mencionado preceito pune criminalmente “quem, na prestação do serviço de gestão de carteiras ou do serviço de gestão colectiva da poupança, em violação das disposições reguladoras de conflitos de interesses, realize operações das quais resultem prejuízo para os investidores”. Claramente, não é uma norma com este sentido com que deparamos no art. 211.º, n.º 1, al. *k*), do RGICSF. A previsão nela inscrita tem antes directamente que ver com a gestão das sociedades sujeitas à regulação do RGICSF, proibindo a prática dolosa de actos de gestão ruínosa *dessas sociedades*.

3. Estando este tipo legal contra-ordenacional voltado para as próprias instituições de crédito e sociedades financeiras abrangidas pelo RGICSF e correspondendo a conduta típica à prática de actos de gestão dessas entidades, designadamente, de actos de gestão *ruínosa* das mesmas, é patente que esta infracção se assume como uma espécie do género das *infracções de infidelidade*. Trata-se, no caso, em nosso juízo, de uma específica tipologia de gestão infiel num contexto societário também ele específico, o bancário.

Como é sabido, este género de delitos de infidelidade é encabeçado, no sistema legal português, pelo crime de *Infidelidade Patrimonial*, previsto no art. 224.º do CP. A par desta incriminação, de carácter geral, o Código Penal conhece uma outra de cariz mais particular, no âmbito dos crimes contra o sector público ou cooperativo, a de *Administração Danosa* (art. 235.º). Através destas duas incriminações, ambas de natureza patrimonial⁵, o legislador *penal* português adoptou o *modelo de matriz alemã*, plasmado no § 266 do CP germânico, caracterizado pelo carácter geral da in-

⁵ Cf. os comentários de A. Taipa de CARVALHO (§ 5) e de Manuel da Costa ANDRADE (§ 2 e *passim*) aos artigos 224.º e 235.º do CP, respectivamente, no *Comentário Coimbricense do Código Penal: Parte Especial*, II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999; e em data mais recente, Augusto Silva DIAS, *Imputação Objectiva de Negócios de Risco à Acção de Infidelidade (Art. 224.º, nº 1 do Código Penal)*. *O Direito Penal no Mar Revolto da Crise Económico-Financeira*, Coimbra: Almedina, 2018, 27 ss.

fracção. O que nele é característico é a circunstância de a administração abusiva ou infiel de interesses patrimoniais alheios poder assumir relevo criminal sem que seja necessária uma determinada ligação desses interesses a um específico domínio da vida social ou económica, designadamente, de ordem societária. Nisto distingue-se do denominado *modelo francês*, marcado pela limitação da esfera penalmente punível ao âmbito da gestão das sociedades comerciais (art. L242-6 do Code de Commerce)⁶. Ainda à semelhança da legislação alemã, e em contraste com a francesa, a tipificação dos nossos crimes de *Infidelidade Patrimonial* e de *Administração Danosa* é caracterizada pela forma ampla e genérica como é descrita a conduta típica, sem explicitação e discriminação de determinadas espécies de actos de disposição e administração patrimonial nocivos para o património e/ou interesse social susceptíveis de conduzir à responsabilidade penal do agente. O que se, por um lado, pode revelar-se problemático do ponto de vista da exigência de determinabilidade imposta pelo princípio da legalidade criminal⁷; por outro lado, confere às infracções uma plasticidade que as torna mais aptas a responder às mais diversas formas que uma administração infiel pode assumir e assim às exigências de prevenção que político-criminalmente justificam a sua criminalização.

Denominador comum de todas estas infracções de infidelidade, independentemente do modelo adoptado, é precisamente aquele carácter danoso da gestão dos interesses de terceiros confiada ao agente fundado numa condução indevida da administração. Por isso mesmo, correspondendo o núcleo do tipo contra-ordenacional de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* à prática de actos de gestão, caracterizados pelas suas implicações severamente danosas para os interesses administrados, temos como inequívoca a sua integração neste reduto normativo da infidelidade patrimonial. Um tipo legal que, de certo modo, partilha caracterís-

⁶ Sobre esta contraposição entre os modelos alemão e francês, integrando o ordenamento português no primeiro, Luigi FOFFANI, “Untreuestrafbarkeit im französischen und italienischen Strafrecht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, ano 122 (2010), n.º 2, 374 ss.

⁷ No sentido da compatibilidade, o Ac. do Tribunal Constitucional Federal alemão de 23-06-2010, n.º m. 84 ss. (2 BvR 2559/08, disponível em www.bundesverfassungsgericht.de).

ticas dos dois modelos enunciados: à semelhança do francês, encontra-se acantonado no âmbito bancário, estando restrito à gestão das instituições de crédito e sociedades financeiras; mas faz par com o alemão na descrição genérica da conduta típica.

4. Embora segura, a recondução da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* ao universo da infidelidade patrimonial não é, sem embargo, suficiente para que de imediato, sem considerações adicionais, se chegue à identificação do *bem jurídico* protegido pela infracção. Um dado com óbvia importância não só para aferir a legitimidade material da tipificação de tal facto como contra-ordenação, como ainda para a determinação da área de tutela típica.

Tanto na experiência jurídica nacional, como na estrangeira que nos é mais próxima há um claro predomínio da concepção que vê no *património* o bem jurídico das infracções de infidelidade legalmente tipificadas, em geral sob a forma penal⁸. Sem prejuízo de algumas naturais *nuanças* na caracterização do *património* e respectiva titularidade objecto de tutela, a tendência notoriamente maioritária na doutrina e na jurisprudência é de polarizar o *património* senão como único, pelo menos como bem jurídico principal dos delitos de infidelidade. E isto mesmo nas situações em que as incriminações se encontram sistematicamente integradas num âmbito de delitos societários⁹.

Pontualmente, nos casos em que as infracções estão inseridas num campo mais amplo de crimes societários, vozes minoritárias invocam como bens jurídicos dos crimes de infidelidade valores de natureza dita

⁸ Neste sentido, de novo, A. Taipa de CARVALHO (§ 5) e Costa ANDRADE (§ 2 e *passim*), *cit.*, (n. 5). E por toda a doutrina e jurisprudência alemãs, Urs KINDHÄUSER, in Kindhäuser / Neumann / Paefgen (orgs.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, II, 5.^a ed., Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2017, § 266, n.º m. 1.

⁹ Assim, em Itália, quanto ao crime de *Infedeltà Patrimoniale* previsto no art. 2643 do Código Civil, Maurizio BELLACOSA, *Obblighi di Fedeltà dell'Amministratore di Società e Sanzioni Penali*, Milano: Giuffrè, 2006, 105 ss.; e em Espanha, a propósito do anterior delito societário de infidelidade (art. 295 do Código Penal de 1995, substituído, em 2015, pelo actual crime patrimonial de infidelidade constante do art. 252 do CP), a doutrina recenseada por Maria del Carmen VERA RIVERA, *El Delito de Administración Desleal: Criterios de Política Criminal, Fundamentación del Injusto y Análisis de la Tipicidad Objetiva*, Madrid, 2017 (<http://eprints.ucm.es/43599/1/T39008.pdf>), 285 ss.

supra-individual que se prendem com a existência e o *modus vivendi* da sociedade administrada, como sejam, por exemplo, a permanência da sociedade mercantil no tráfico jurídico-económico¹⁰ ou, concomitantemente, o correcto funcionamento da sociedade comercial¹¹. No domínio dos delitos societários há, de facto, uma tendência para erigir estes interesses — ou valores afins, como o da *confiança* na conformidade com as diversas regras ordenadores da vida societária¹² — a figuras catalisadoras do programa de tutela penal¹³. E quando isso sucede a propósito de um contexto normativo que integra infracções de infidelidade, podem estas acabar por ser associadas a bens jurídicos daquele jaez. Não obstante, como bem ilustra a dogmática penal-societária alemã, a circunstância de se vincular estes delitos societários à protecção de bens jurídicos colectivos como os referidos de modo algum compromete a possibilidade de lhes ser reconhecida também uma função de (simultânea) protecção de bens jurídicos individuais, nomeadamente, de vocação patrimonial¹⁴.

Há um conjunto de razões que, em geral, justificam a qualificação dos crimes de infidelidade como delitos patrimoniais, eminentemente afectos, portanto, à protecção de interesses de natureza individual, mesmo num quadro normativo societário¹⁵. Um argumento que, em

¹⁰ Belén MAYO CALDERÓN, *La Tutela de un Bien Jurídico Colectivo por el Delito Societario de Administración Fraudulenta: Estudio del Art. 295 del Código Penal Español y Propuesta de Lege Ferenda*, Granada: Ed. Comares, 2005, *apud* Maria del Carmen VERA RIVERA, *El Delito de Administración Desleal*, 328 ss.

¹¹ Vincenzo MILITELLO, “L’infedeltà patrimoniale (art. 2634)”, in Giarda/Seminara (orgs.), *I Nuovi Reati Societari: Diritto e Processo*, Padova: CEDAM, 2002, 486.

¹² Nesta direcção, pela generalidade da doutrina alemã relativa aos crimes previstos nas leis comerciais, DANNECKER, in Michalski/Heidinger/Leible /Schmidt, *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)*, Band 2, 3.^a ed., München: C. H. Beck, 2017, § 82, n.º m. 12.

¹³ Assim, entre nós, em relação aos crimes previstos no CSC, Susana Aires de SOUSA, Art. 509.º, 5., in Coutinho de Abreu (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014.

¹⁴ Desta forma, novamente pela doutrina dominante, Michalski / DANNECKER, *GmbHG*³, (n. 12), § 82, n.º m. 12.

¹⁵ Erigindo o património social a bem jurídico de referência das infracções de infidelidade de órgãos sociais, existentes ou projectáveis, a obra fundamental de Luigi FOFFANI, *Infedeltà Patrimoniale e Conflitto d’Interessi nella Gestione d’Impresa*, Milano: Giuffrè, 1997, 50 e *passim*.

regra, depõe decisivamente nesse sentido é a previsão da inflicção de um *prejuízo no património* alheio administrado pelo agente como *elemento típico* da generalidade dos crimes de infidelidade¹⁶. Na realidade, a partir do momento em que o prejuízo patrimonial é instituído como parte integrante de um tipo objectivo de ilícito de infidelidade, não se vê como se possa deixar de apontar o património como bem jurídico protegido. Será ainda mais assim, obviamente, quando a incriminação esteja sistematicamente localizada no âmbito dos crimes patrimoniais; mas também ainda quando o tipo legal faça parte de uma regulação sancionatória de direito societário. Restará depois saber se haverá algum outro bem jurídico simultaneamente protegido pela incriminação, qual o titular do património protegido enquanto bem jurídico, o modo como o património deverá ser concebido em termos normativos, *etc.*

Não poderá, porém, reivindicar-se para a contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* de que cuidamos um estatuto de infracção patrimonial com base naquela poderosa razão, uma vez que a infracção não integra como elemento do tipo a ocorrência de qualquer efectivo prejuízo patrimonial como resultado da administração assegurada pelo agente. Como não poderia deixar de ser, atento o princípio constitucional da legalidade criminal, sempre que os legisladores penais pretendem fazer depender a consumação do delito de infidelidade da provocação de um prejuízo no património gerido pelo agente inscrevem expressamente essa exigência no corpo do tipo incriminador. É isso que vemos suceder nos vários crimes de infidelidade a que nos vimos referindo, dos ordenamentos penais português (arts. 224.º e 235.º do CP: “causar a esses interesses (...) prejuízo patrimonial importante” e “provocar dano patrimonial importante”), alemão (§ 266 do StGB: “und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt”¹⁷), italiano (art. 2634 do cc: “cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale”), espanhol (art. 252 do CP: “y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado”) e suíço (art.

¹⁶ É o que sucede nos crimes de administração infiel ou danosa previstos nos arts. 224.º e 235.º do CP português, no § 266 do CP alemão, no art. 252 do CP espanhol, no art. 2634 do Código Civil italiano e no art. 158.º, n.º 1, do CP suíço.

¹⁷ Em tradução livre: “e assim causar prejuízo aos interesses patrimoniais que lhe foram confiados”.

158.º, n.º 1, do CP: “et qui, en violation de ses devoirs, aura porté atteinte à ces intérêts ou aura permis qu'ils soient lésés”).

Confrontado o tipo legal de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* com estas várias incriminações sobressai a inexistência de qualquer menção naquela contra-ordenação a um elemento tão relevante na economia dos delitos de infidelidade como é o da produção de um prejuízo patrimonial. Cremos que a falta de previsão como pressuposto típico de um facto com tal significado é reveladora de que a consumação da infracção *não carece da produção de um prejuízo no património* da instituição de crédito (ruinosamente) gerida pelo agente. Isso não implica, porém, que fique necessariamente comprometida a possibilidade de conceber esta contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* ainda como uma infracção contra o património. Na verdade, na nossa perspectiva, apesar de a factualidade típica não abranger esse evento danoso, a infracção assume, ainda assim, uma natureza patrimonial¹⁸.

Esse vezo patrimonial da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* deriva, a nosso ver, de uma consideração conjugada de vários dados, em especial os que se prendem com a conduta descrita tipicamente: o tipo objectivo de ilícito realiza-se através da prática de (i) actos de gestão (ii) ruinosa, (iii) em detrimento de depositantes, investidores e demais credores da sociedade. Como veremos *infra* de forma mais desenvolvida, consubstanciando-se a infracção na prática de actos de gestão, é isso desde logo um sinal de que está relacionada com a condução dos negócios sociais e concomitantemente com a gestão dos recursos humanos e materiais afectos a esse fim de prossecução do objecto social. Tudo o que assume uma inescapável conotação patrimonial. Essa ligação típica à esfera patrimonial da empresa sob gestão do agente é reforçada pelo predicado que confere relevo contra-ordenacional a essa gestão: o seu carácter *ruinoso*. Esta vertente essencial da infracção assume, por definição, uma dimensão patrimonial, correspondendo a algo que é altamente danoso ou prejudicial. Ora, se o cerne da infracção

¹⁸ Nesta direcção, concebendo também a contra-ordenação essencialmente como uma infracção patrimonial, o Relatório do Banco de Portugal no processo n.º 58/14/CO, (n. 2), 2598. ss. Em linha divergente, apontando como bem jurídico a “estabilidade do sistema financeiro como um todo”, a Sentença do TCRS de 30-04-2018, (n. 2), 998, e o Ac. do TRL de 02-05-2019, (n. 2), 782.

está justamente neste atributo tão marcadamente patrimonial, cremos que isso é sinal de que a contra-ordenação tem como escopo a protecção de uma realidade de feição patrimonial. Ideia que nos parece definitivamente confirmada quando se toma em consideração a expressa referência legal aos depositantes, investidores e demais credores da sociedade. De acordo com a lei, a *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* é punida na medida em que ocorra *em detrimento* destes. Trata-se de pessoas que se relacionam com a sociedade objecto da gestão através de laços de natureza patrimonial e que têm no património dessa sociedade a garantia dos seus créditos e interesses económicos. Deste modo, para que a gestão seja encarada como realizada em detrimento dessas pessoas há-de ser uma tal que seja susceptível de afectar aquilo que está ao serviço da protecção desses seus interesses, que, como acabou de se afirmar, é nem mais nem menos do que o património social.

Esta centralidade do património da sociedade no quadro cunhado pelo tipo legal de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* é para nós reveladora da teleologia que justifica a sua previsão: *bem jurídico* desta infracção é o *património social* da instituição de crédito ou sociedade financeira administrada pelo agente.

Além das razões já adiantadas, esta concepção patrimonial da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* pode ainda invocar a seu favor o facto de ser aquela que se encontra em melhores condições para garantir a observância do corolário da determinabilidade próprio do princípio da legalidade criminal, que, do ponto de vista constitucional, também se impõe à matéria contra-ordenacional¹⁹. Uma compreensão da infracção desligada da referida vertente patrimonial e que passasse por bens jurídicos colectivos associados à instituição societária, mais precisamente à (confiança na) correcção do seu funcionamento debater-se-ia com uma dificuldade dificilmente superável: a concreta determinação do conteúdo da respectiva conduta típica. Quando ligados a tipos legais correspondentes à violação de específicos deveres ou regras bem detalhadas legalmente, bens jurídicos colectivos com um conteúdo tão rarefeito como o daqueles não suscitam problemas à luz do princípio da legalidade criminal. O mesmo não poderá considerar-se, todavia, num caso como o da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Cré-*

¹⁹ Nuno BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações*, (n. 3), 891 s.

dito. Quando o comportamento típico é legalmente definido de uma forma vaga, como sucede na contra-ordenação *sub judice*, o cumprimento do princípio da legalidade criminal clama por uma clara vinculação a um bem jurídico com um conteúdo também ele claramente perceptível²⁰. Pois só assim será possível contrabalançar o carácter vago da descrição da conduta típica e abrir caminho à compreensão daquilo que é proibido sob ameaça de sanção. É, todavia, por demais duvidoso que bens jurídicos de conteúdo tão impreciso e fluído como a correcção do funcionamento da sociedade ou a confiança nessa correcção estejam em condições de promover uma maior clarificação do comportamento punível.

Todos os dados convergem, assim, para a identificação do *património* como bem jurídico da infracção de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito*.

O facto de se tratar de um bem jurídico individual e estar em causa uma infracção contra-ordenacional de modo algum prejudica esta conclusão, já que de há muito se consolidou o pensamento de que a protecção de bens jurídicos individuais pelo direito contra-ordenacional é perfeitamente possível e (constitucionalmente) legítima, mesmo quando a ofensa assumia a forma de lesão²¹.

5. Sendo este o bem jurídico e tratando-se de um bem jurídico individual, importa esclarecer *que concreto património* a norma visa tutelar. Como referimos já, temos para nós que se trata do *património da sociedade administrada pelo agente*. Sendo este o património que é posto sob a gestão do agente e que este está obrigado a cuidar, é ele também que de modo imediato pode ser por ele prejudicado e que cumpre por isso, antes de mais, proteger. Como tal, deverá ser esse o património a assumir como bem jurídico imediatamente tutelado pela infracção.

Não significa isto qualquer desconsideração pelo património de depositantes, investidores e demais credores. Tendo em conta o teor do disposto no art. 211.º, n.º 1, al. *h*), do RGICSF, é evidente que os interesses destes são também objecto de preocupação legislativa. Simplesmente, a sua protecção através desta norma é tão-só mediata ou reflexa,

²⁰ Cf. Claus ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, München: C. H. Beck, 2006, § 5., n.º m. 75.

²¹ Nuno BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações*, (n. 3), 717 ss.

por via da tutela do património social²². Salvaguardado este, salvaguardados ficarão também os interesses patrimoniais que aqueles terceiros tenham associados à instituição de crédito. Pelo que se pode entender que a contra-ordenação tem o património social como bem jurídico imediatamente protegido, o qual, por seu turno, mediatamente, serve um propósito de defesa do património de depositantes, investidores e demais credores.

6. Em face desta finalidade de tutela da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* e tendo em conta que a infracção não integra a produção de uma lesão no património administrado como componente do tipo, não nos parece que a infracção possa ser qualificada nem como uma contra-ordenação de dano (na perspectiva do bem jurídico), nem como uma contra-ordenação de resultado (sob o prisma da conduta). Não se exigindo, além disso, sob o ponto de vista da ofensa ao bem jurídico, a comprovação de uma efectiva colocação em perigo do património social, sobra apenas margem para uma sua compreensão como *infracção de perigo abstracto*. E no plano da conduta, como *infracção de mera actividade*. É isso que, de seguida, nos propomos explicitar e fundamentar, no contexto de uma detida análise do conteúdo típico da infracção.

III. Factualidade típica

1. O cerne material da ilicitude típica

7. Como se referiu *supra*, no plano da conduta, a contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* corresponde à prática de (i) actos de gestão (ii) ruínosa, (iii) em detrimento de depositantes, investidores e demais credores da sociedade.

A dilucidação destes vários elementos relevantes para o preenchimento da conduta típica deverá articular-se com aquele que é o escopo

²² De jeito similar, o Relatório do Banco de Portugal no processo n.º 58/14/co, (n. 2), 2599.: “os efeitos (reais ou potenciais) da conduta [de gestão ruínosa] hão-de projectar-se, ainda que de um modo reflexo, no património dos principais *stakeholders* da instituição, i. e., dos depositantes, investidores e outros credores”.

da norma: a protecção do património social da instituição de crédito ou financeira relativamente a actos de gestão danosos de quem se encontra incumbido de a administrar. À semelhança das demais infracções do género da administração infiel ou desleal, a essência desta contra-ordenação radica na circunstância de o ataque ao património ter a sua fonte na pessoa a quem foi confiada a sua administração. Diferentemente do que sucede noutras infracções patrimoniais, como por exemplo a burla, em que a ofensa patrimonial provém de alguém de fora, alheio à gestão do património, na infidelidade patrimonial provém *de dentro*.

É esta particularidade que boa parte da doutrina actual, na esteira de uma já secular posição de Karl Binding²³, identifica como o cerne dos delitos de infidelidade²⁴: a sua ofensividade, que justifica a sua punibilidade, deriva da especial vulnerabilidade em que o património se encontra face a possíveis ofensas que lhe sejam infligidas nem mais nem menos do que por aquele que foi incumbido de dele bem cuidar. Justamente por isso, pelo facto de o ataque ao património ter a sua origem em quem menos seria de esperar e em relação ao qual as possibilidades de defesa são baixas, não raro a conduta do administrador desleal é reconduzida a uma “traição”²⁵.

Este horizonte de compreensão liga-se, por seu turno, ao modo como deverá ser concebida a posição do autor deste tipo de infracções. No caso da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* estão em causa os membros de órgãos sociais da instituição de crédito, em regra nomeados por decisão dos accionistas da sociedade. Mais do que os actos jurídicos de indigitação para esses cargos e respectiva aceitação pelas pessoas designadas, o que, de uma perspectiva material, deve ser tomado em consideração para efeitos da infracção é a obrigação, legal e contratualmente fundada, assumida por essas pessoas de velarem pelos interesses patrimoniais da sociedade em causa. Este dever de cui-

²³ *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, Bd. 1, 2.^a ed, Engelmann, 1902, 397.

²⁴ KINDHÄUSER, *NK⁵*, (n. 8), § 266, n.º m. 3.

²⁵ José HURTADO POZO, *Droit Pénal. Partie Spéciale*, Schultess, 2009, n.º m. 1509. Manifestando reservas em relação a esta expressão, Augusto Silva DIAS, *Imputação Objectiva...*, (n. 5), 19, nota de rodapé 27.

dado patrimonial (*Vermögensfürsorgepflicht*)²⁶ que caracteriza o mandato dos membros dos órgãos sociais manifesta-se, no caso dos administradores, numa obrigação não só de procurar evitar uma diminuição do valor do património social, como também igualmente de procurar a sua frutificação e crescimento.

Ao assumir este dever de cuidado, o administrador coloca-se numa *posição de garantia* para com a integridade do património social, comprometendo-se a geri-lo no interesse da própria sociedade (e não, naturalmente, no seu interesse individual)²⁷. Com efeito, “aquilo que caracteriza a ideia de administração é que quem recebe a tarefa de administrar ocupa o lugar do titular para gerir o seu património no seu interesse, retirando-se esse titular da sua esfera patrimonial (ou de parte dela)”²⁸. É este compromisso assumido pelo administrador que dá materialidade à ilicitude contra-ordenacional tipificada no art. 211.º, n.º 1, al. *k*), do RGICSF e legitima a punição da prática de actos de gestão ruínosa da instituição de crédito que aí se prevê.

2. Elementos típicos: actos de gestão

8. Sendo este o quadro material em que a contra-ordenação de *Gestão Ruínosa de Instituição de Crédito* se move, a sua consumação em qualquer caso de espécie dependerá, em primeiro lugar, ao nível da conduta típica, da verificação de actos imputáveis ao autor susceptíveis de qualificar-se como *actos de gestão*. Entrarão neste conceito actos de disposição patrimonial ou de contracção de obrigações realizados pelo agente em nome da sociedade por si gerida, bem assim como outros tipos de actos, inclusivamente actos simplesmente materiais sem imediata conotação jurídica, relativos à materialização do objecto social, à definição da organi-

²⁶ KINDHÄUSER, NK⁵, (n. 8), § 266, n.º m. 31 ss.

²⁷ Bernd SCHÜNEMANN, “La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesman”, in Gómez-Jara Díez, *La Administración Desleal de los Órganos Societarios*, Barcelona: Atelier, 2008, 33 ss.; Nuria PASTOR MUÑOZ / Ivó COCA VILA, *El Delito de Administración Desleal*, Barcelona: Atelier, 2016, 81 ss. e 107 s.; e DUPUIS / GELLER / MONNIER *et alii*, *Code Pénal. Petit Commentaire*, Bâle: Helbing Lichtenham, 2012, Art. 158, n.º m. 8

²⁸ Nuria PASTOR MUÑOZ / Ivó COCA VILA, *El Delito de Administración Desleal*, (n. 27), 83.

zação e funcionamento da sociedade ou à defesa de interesses patrimoniais desta que se encontrem sob ameaça²⁹.

Neste contexto, assumem relevância típica não só as acções que sejam levadas a cabo pelo administrador, como também as *omissões* com significado patrimonial. Esta possibilidade de imediata comissão da infracção de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* por omissão funda-se na teleologia do programa de tutela do património a que esta contra-ordenação dá corpo e na referida posição de garantia em que o administrador se encontra.

Integrando-se a presente contra-ordenação num regime jurídico que visa disciplinar a actividade das instituições de crédito e das sociedades financeiras e estando a autoria nela confinada aos membros dos órgãos sociais, o desígnio de efectiva protecção do património social, bem jurídico que se visa tutelar, não pode deixar de tomar em consideração a habitual complexidade e acentuada hierarquização das estruturas societárias dos grupos financeiros e da organização dos seus recursos humanos. A generalidade dos actos com implicações patrimoniais para a instituição de crédito não contará, por certo, com uma participação activa directa dos seus administradores.

Por norma, a estes compete a definição das linhas gerais de orientação da actuação da sociedade, a supervisão da condução dos negócios sociais e a tomada de decisões sobre actos de disposição do património social e sobre actos próprios do objecto social com um impacto substancial na economia da empresa. Decisões estas que podem manifestar-se através das mais diversas formas, nomeadamente, sob a forma de ordens, de instruções ou de autorizações; as mais das vezes cabendo depois a sua implementação a estratos inferiores da hierarquia. Havendo este normal distanciamento (formal) entre o exercício do poder decisório pela cúpula da sociedade e a execução material das decisões tomadas a esse nível, a limitação do âmbito normativo da infracção de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* somente às condutas activas dos membros dos órgãos sociais implicaria um severo enfraquecimento da sua força de tutela.

Para a imediata integração das condutas omissivas na esfera de acção normativa da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* concorre ainda a mencionada posição de garantia de defesa do

²⁹ DUPUIS / GELLER / MONNIER *et alii*, *Code Pénal. Petit Commentaire*, (n. 27), Art. 158, n.º m. 7.

património social que cunha a ilicitude material da infracção. O dever de protecção patrimonial que recai sobre o administrador por força da posição de garante em que se encontra investido projecta-se tanto numa obrigação de abstenção da prática de actos que susceptíveis de lesar o património social, como numa obrigação da realização das acções necessárias, e pessoalmente ao seu alcance, para prevenir, impedir ou pôr termo a situações idóneas a repercutir-se negativamente sobre a empresa no plano patrimonial. Pode, por isso, dizer-se, com Nuria Pastor e Ivó Coca, que “a decisão de omitir determinados actos com dimensão patrimonial pode ser uma forma de administração”³⁰. Sob o prisma daquela última obrigação, poderá então considerar-se que esta infracção integra uma posição de garantia *sui generis*³¹, tornando prescindível o recurso a qualquer cláusula de equiparação da omissão à acção. O administrador que, de modo consciente e deliberado, tolere uma operação nociva para o património por si administrado, omitindo o comportamento adequado a evitá-la (se ainda não iniciada) ou a cessá-la (se em curso) poderá, portanto, incorrer na prática da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* sob a forma de comissão por omissão.

3. Elementos típicos (cont.): natureza ruinosa dos actos de gestão

9. Para responsabilizar o agente não basta, em todo o caso, imputar-lhe a prática de actos de gestão. A realização da conduta típica da infracção de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* pressupõe que essa gestão seja *ruinosa*, em detrimento de depositantes, investidores e demais credores. A natureza *ruinosa* da gestão encerra o cerne da infracção. A sua concretização normativa não se mostra, porém, isenta de dificuldades, dado o carácter vago da expressão e a ausência de imediatos referentes

³⁰ Nuria PASTOR MUÑOZ / Ivó COCA VILA, *El Delito de Administración Desleal*, (n. 27), 120.

³¹ Nestes termos, quanto ao tipo de infidelidade (*Treubruchstatbestand*) inscrito no § 266 do CP alemão, Frank SALIGER, in Satzger / Schluckebier (orgs.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 3.^a ed., Köln: Carl Heymanns Verlag, 2016, § 266, n.º m. 40, e ainda, em relação ao crime de administração desleal previsto no art. 252.º do CP espanhol, Nuria PASTOR MUÑOZ / Ivó COCA VILA, *El Delito de Administración Desleal*, (n. 27), 67 e 122 ss.

orientadores no direito interno e no direito comparado. Uma interpretação da norma articulada com os cânones dogmáticos da esfera da infidelidade patrimonial permitirá, de todo o modo, superar as naturais dúvidas que o tipo suscita a uma primeira aproximação.

Em nossa perspectiva, a qualificação de uma gestão como ruínosa deverá assentar em dois vectores: (i) numa forte contrariedade ao dever e (ii) numa susceptibilidade de substancial afectação do património social daí decorrente.

Cada um destes pólos tem correspondência naqueles que são os elementos referenciais das infracções do género da infidelidade patrimonial: a violação do dever de cuidado patrimonial que impende sobre o administrador e a ofensa ao património que daí deriva. A atribuição de relevo contra-ordenacional não a quaisquer actos de gestão, mas tão-só àqueles que configurem uma gestão *ruínosa* é expressão de um intuito legislativo restritivo do âmbito de punição da gestão indevida. Considerando o significado de *ruínoso* como algo altamente nocivo ou prejudicial, a restrição do âmbito típico a actos de gestão ruínosa parece-nos constituir sinal de que o legislador pretendeu circunscrever a aplicação da norma a casos de afronta *grave* às regras de uma da boa gestão e ao património social.

3.1. *Forte contrariedade ao dever*

10. Pressuposto mínimo e basilar de qualquer infracção de administração infiel é o *carácter indevido da gestão*³². Uma exigência que também não poderá deixar de se fazer em relação à contra-ordenação de *Gestão Ruínosa de Instituição de Crédito*.

Tal como na generalidade das demais actividades económicas, e porventura em maior medida que em grande parte delas, os negócios dos sectores bancário e financeiro estão expostos a inelimináveis margens de risco, designadamente, de perdas patrimoniais. Como é evidente, seria impensável sujeitar os membros dos órgãos sociais das instituições

³² Por todos, em termos desenvolvidos, Augusto Silva DIAS, *Imputação Objectiva...*, (n. 5), 37 ss.

de crédito à ameaça de sanções contra-ordenacionais por gestão ruinosa simplesmente em função da verificação ou possibilidade de verificação de prejuízos para a entidade por si administrada decorrentes de determinado acto de gestão. Uma ameaça dessa espécie seria político-criminalmente insustentável, pelos seus efeitos paralisantes sobre a actividade destes sectores, e seria desprovida de qualquer base normativa: a tutela patrimonial que com este tipo contra-ordenacional se procura assegurar não o exige e o princípio da culpa proíbe-o, dada a responsabilidade puramente objectiva que aí iria envolvida (cf. o art. 1.º do RGCO: “Constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e *censurável*...”). Não é, pois, o simples facto de um certo negócio poder “correr mal” ou acabar mesmo por “correr mal” que, sem mais, poderá desencadear uma intervenção contra-ordenacional em relação ao gestor que o decidiu e/ou executou³³.

Deste modo, para que possa haver lugar a responsabilidade contra-ordenacional nos termos do disposto no art. 211.º, n.º 1, al. k), do RGICSF é imprescindível a *violação do dever de cuidado patrimonial* a que o administrador da instituição de crédito se encontra sujeito. Na avaliação da observância desse dever é imperioso ter em conta a natureza da actividade a que a sociedade se dedica, os fins sociais cuja prossecução foi confiada ao administrador e a magnitude dos riscos que ele está autorizado a correr. Actos de gestão consentâneos com a lógica económica que deve orientar os destinos sociais — e como tal economicamente racionais — e que não se desviem dos fins que marcam o objecto social³⁴, indo ao encontro do interesse da sociedade, não são típicos. Mesmo que lhes seja inerente um risco patrimonial, tantas vezes inarredável, actos como esses estarão contidos dentro das margens de risco permitido e, nessa medida, não poderão fundar qualquer espécie de responsabilidade sancionatória³⁵.

³³ Como frisa SCHÜNEMANN, “«Infracción grave del deber» en la administración desleal?”, in *La Administración Desleal de los Órganos Societarios*, cit., (n. 27), 88, seria insensato “criminalizar *a posteriori* uma administração honrada que, não obstante, teve resultados infelizes”. Sobre a intervenção do crime de infidelidade patrimonial no âmbito dos negócios de risco, de forma desenvolvida, Augusto Silva DIAS, *Imputação Objectiva...*, (n. 5), 19 ss. e *passim*.

³⁴ Acentuando a utilização do património contrária ao fim do domínio de cuidado sobre coisa alheia confiado ao agente como elemento estrutural do ilícito de infidelidade patrimonial, SCHÜNEMANN, (n. 33), 85 s.

³⁵ Nuria PASTOR MUÑOZ / Ivó COCA VILA, *El Delito de Administración Desleal*, (n.

Na concretização da contrariedade ao dever do acto de gestão que caracteriza o ilícito da infracção de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* terá de recorrer-se às normas legais, regulatórias e estatutárias que regem o acto em apreço. Existirá, assim, uma *acessoriedade* entre esta contra-ordenação e essas normas que disciplinam a matéria. Acessoriedade que, pelo menos, deverá ser tomada numa acepção negativa: não sendo tais normas infringidas, não poderá concluir-se pela violação do dever de cuidado patrimonial tipicamente relevante³⁶. Trata-se, de todo o modo, de uma acessoriedade assimétrica³⁷, dado que a inobservância de uma norma daquela natureza não é por si só suficiente para imediatamente determinar o preenchimento do tipo contra-ordenacional. Tudo dependerá ainda de uma avaliação global das circunstâncias que leve a concluir que o desrespeito por tais normas atenta contra o fim de tutela da norma contra-ordenacional, ou seja, que vá imbuído de um significado contrário aos interesses patrimoniais postos ao cuidado do agente. Isto sob pena, uma vez mais, de um alargamento desmesurado da amplitude normativa do tipo legal.

Nesta linha, a análise da contrariedade ao dever terá de passar, antes de mais, por um confronto do acto de gestão sob escrutínio com o quadro normativo que lhe é aplicável. Como se referiu, para esse efeito importarão, em primeira instância, as normas de carácter legal, regulatório ou até estatutário que de forma *directa* conformem a prática de actos dessa natureza³⁸. A circunstância de daí porventura não resultar um imediato sentido de ilicitude não implica necessariamente que deva, sem mais, afastar-se a possibilidade de uma violação do dever de cuidado patrimonial a que o agente está vinculado.

Subsistirá, com efeito, a possibilidade de o acto contrariar regras de prudência empresarial fundadas em normas de cuidado a que o gestor

27), 129 ss.; e Augusto Silva DIAS, *Imputação Objectiva...*, (n. 5), 39 ss. Ainda nesta direcção, Costa ANDRADE, *Comentário Conimbricense*, II, (n. 5), Art. 235.º, § 12 ss.

³⁶ Satzger / Schluckebier / SALIGER, *StGB Kommentar*, (n. 31), § 266, n.º m. 33. Em sentido contrário, Costa ANDRADE, *Comentário Conimbricense do CP*, II, (n. 5), Art. 235.º, § 6.

³⁷ Satzger / Schluckebier / SALIGER, *StGB Kommentar*, (n. 31), § 266, n.º m. 33.

³⁸ Satzger / Schluckebier / SALIGER, *StGB Kommentar*, (n. 31), § 266, n.º m. 33, e DUPUIS / GELLER / MONNIER *et alii*, *Code Pénal. Petit Commentaire*, (n. 27), Art. 158, n.º m. 20.

deve obediência. Por exemplo, concretamente, da máxima da “gestão sã e prudente”, instituída pelo art. 118.º do RGICSF, que deve pautar a administração da instituição de crédito³⁹; e o critério de diligência estabelecido pelo art. 75.º do mesmo diploma: “Os *membros dos órgãos de administração das instituições de crédito*, bem como as pessoas que nelas exerçam cargos de direcção, gerência, chefia ou similares, *devem proceder nas suas funções com a diligência de um gestor criterioso e ordenado*, de acordo com o *princípio da repartição de riscos e da segurança das aplicações* e ter em conta o interesse dos depositantes, dos investidores, dos demais credores e de *todos os clientes em geral*”. Na aferição da conformidade do acto em relação a essas regras haverá, em princípio, que tomar em consideração aquelas que são consensualmente as boas práticas do sector bancário, os riscos patrimoniais e reputacionais inerentes, a duração e/ou frequência da operação, a dimensão e os valores nela envolvidos em face da situação económica da instituição, o eventual interesse pessoal que o agente procure prosseguir com a operação, o número de pessoas afectadas, *etc.* Certo é, de todo modo, que as regras próprias de uma gestão sã e prudente “só no contexto do caso concreto podem ganhar sentido e alcance definitivos”⁴⁰.

Concluindo-se que o acto de gestão atentou contra normas de conduta e/ou de cuidado a que era devida obediência, importará ainda apreciar essa infracção à luz do seu *relevo para o património da instituição administrada pelo agente*. Se o acto se revelar patrimonialmente neutro ou, em todo caso, não possuir mais do que um significado despiendo sob o ponto de vista do dever de cuidado patrimonial que obriga o agente não haverá razão para reconduzi-lo à esfera de aplicação da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito*. Isto, naturalmente, sem prejuízo de ficar em aberto a possibilidade de ao acto antijurídico serem opostas consequências, sancionatórias ou não, previstas noutros quadros normativos.

³⁹ Regra que cobra expressa aplicação nos mais variados domínios da vida da instituição de crédito, *v. g.*, quanto à definição das políticas e práticas de remuneração (arts. 14.º, n.º 1, *i*), 17.º, n.º 2, *e*), 115.º-C, n.º 3, *a*), do RGICSF), à ocupação de cargos sociais (arts. 14.º, n.º 1, *j*), 17.º, n.º 1, *g*), 30.º, n.º 2, 30.º, n.º 4, 32.º-A, n.º 1, 145.º, n.º 1, *c*), do RGICSF) à autorização de funcionamento da instituição de crédito (20.º, n.º 1, *d*), 22.º, n.º 1, *j*), 22.º, n.º 2 do RGICSF) e ao exercício de direitos de voto pelos accionistas detentores de participações qualificadas (art. 105.º, n.º 3, do RGICSF).

⁴⁰ Costa ANDRADE, *Comentário Conimbricense do CP*, II, (n.º 5), Art. 235.º, § 10.

11. Ainda que se possa dividir no acto de gestão uma contrariedade ao dever de cuidado patrimonial, parece-nos que a simples verificação de um tal desvio aos ditames pelos quais o gestor se deve reger não será suficiente para levar à qualificação desse acto como um comportamento de gestão ruinosa. Como referimos, estando em causa uma infracção na qual se coloca a ênfase no carácter ruinoso da gestão, esse caminho só poderá ser trilhado naqueles casos em que a violação do dever possa ser considerada *grave*⁴¹. Questão é saber em que circunstâncias poderá essa gravidade ser afirmada.

Apesar de o tipo legal de crime de infidelidade patrimonial previsto no art. 224.º do nosso Código Penal tornar a punição dependente de uma “grave violação dos deveres” que incumbem ao agente, não encontramos nem na doutrina nem na jurisprudência nacionais qualquer contributo de tomo para a densificação deste elemento típico⁴². Não obstante, na experiência alemã relativa ao crime de infidelidade patrimonial (§ 266 do StGB) deparamos com um já assinalável lastro dogmático acerca deste ponto. Predomina aí o entendimento de que, pese embora o silêncio da letra da lei, a violação do dever de cuidado (extrapenal) só adquire relevo típico quando possa qualificar-se como *grave*. Uma limitação que começou por ser introduzida por parte da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴³, foi depois acolhida pelo Tribunal Constitucional Federal⁴⁴ e reúne hoje uma larga aceitação doutrinal⁴⁵, em função da necessidade de conter a tendência expansiva do tipo e assegurar a sua compatibilidade com a exigência de determinabilidade típica fundada no princípio da legalidade criminal.

⁴¹ Foi esta também a posição assumida pelo Relatório do Banco de Portugal no processo n.º 58/14/CO, (n. 2), 2596. e 2597.

⁴² Encontramos, ainda assim, um primeiro esforço de densificação do conceito em Augusto Silva DIAS, *Imputação Objectiva...*, (n. 5), 51, recensando alguns dos critérios avançados na experiência alemã, referidos de seguida em texto.

⁴³ Acórdãos de 15-11-2001 (1 StR 185/01, BGHSt. 47, 148, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bs047148.html>) e de 06-12-2001 (1 StR 215/01, BGHSt. 47, 187, 197, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bs047187.html>).

⁴⁴ Ac. do Tribunal Constitucional Federal alemão de 23-06-2010, *cit.*, (n. 7), n.º m. 111.

⁴⁵ Para uma detida análise do estado actual da questão, Satzger / Schluckebier / SALIGER, *StGB Kommentar*, (n. 31), § 266, n.º m. 47 ss.

Numa fase inicial, a jurisprudência postulou um critério indiciário de aferição da gravidade da violação do dever, apelando a uma visão de conjunto do caso assente no recurso a indícios jurídico-societários: o distanciamento do acto em relação ao objecto social, a sua inadequação em relação à situação e receitas patrimoniais da empresa, a falta de transparência interna no processo decisório e a existência de motivações impróprias, nomeadamente, a busca de proveitos puramente pessoais⁴⁶.

Esta abordagem, criticada pela sua arbitrariedade e inadequação a diversas fenomenologias de infidelidade e por abrir espaço a incompreensíveis lacunas de tutela⁴⁷, entretanto cedeu espaço a um critério mais abrangente, que vem fazendo curso sobretudo a partir do Acórdão do Tribunal Constitucional Federal de 23-06-2010. Nessa sua decisão, o *Bundesverfassungsgericht* sustentou a posição de que o crime de infidelidade deve circunscrever-se às situações de grave violação de dever, considerando que essa gravidade só pode ser afirmada quando a violação do dever for evidente⁴⁸. A partir daqui, a jurisprudência comum adoptou o *critério da evidência* como filtro da gravidade da violação do dever⁴⁹ e na doutrina impôs-se a ideia, sintetizada por Frank Saliger, de que o dever que recai sobre o administrador deve considerar-se gravemente violado quando, com base numa consideração global das circunstâncias, essa violação seja manifestamente insustentável e/ou arbitrária, dado que de modo algum pode ser tomada *ex ante*, mesmo tendo em conta uma margem de discricionariedade empresarial, como uma decisão que prossegue o interesse material da empresa⁵⁰.

É também substancialmente nesta direcção que se vêm pronunciando a jurisprudência e a doutrina suíças acerca do crime de gestão desleal tipificado no art. 158.º, n.º 1, do CP suíço, fazendo sua uma posição do Conselho Federal suíço: a norma incriminadora deverá dirigir-se somente àqueles casos que comportem uma aceitação de riscos que um gestor avisado, na mesma situação, jamais tomaria.

⁴⁶ Ac. do Supremo Tribunal Federal de 06-12-2001, n.º m. 32, *cit.*, (n. 43).

⁴⁷ Erich SAMSON, “Untreue durch Unternehmensspenden?”, in Walz/Kötz/Rawert/Schmidt (Orgs.), *Non Profit Law Yearbook 2004*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 233 ss.

⁴⁸ Ac. *cit.* (n. 7), n.º m. 111.

⁴⁹ Cf. a jurisprudência do BGH recenseada por Satzger / Schluckebier / SALIGER, *StGB Kommentar*, (n. 31), § 266, n.º m. 47.

⁵⁰ SATZGER / SCHLUCKEBIER / SALIGER, *StGB Kommentar*, (n. 31), § 266, n.º m. 50.

A tendência para que se inclinam tanto a experiência alemã como a suíça nesta matéria parece-nos de acolher na compreensão da ilicitude típica da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito*. Devido ela, pelas razões que se adiantaram, confinar-se aos actos de gestão que atentem de forma grave contra normas a que neles deve ser dada observância, julgamos que a aferição dessa gravidade deverá assentar num critério suficientemente abrangente para poder cobrir as mais diversas formas que esses actos e a sua contrariedade ao dever poderão assumir. Uma aproximação à questão baseada em determinados indícios afigura-se-nos redutora, já que a selecção desses indícios será condicionada sobretudo pela tipologia de infidelidade *sub judice*, podendo revelar-se desadequada para outras formas de administração infiel. Será então preferível um critério mais aberto e apto a responder à enorme variedade de casos com que a aplicação da norma contra-ordenacional se pode deparar, fazendo jus à própria ideia de especial gravidade. Designadamente, na esteira da jurisprudência constitucional alemã, um critério de evidência que parta de uma consideração global do facto e tenha em conta os padrões de *prudência* e *probidade* que devem pautar a conduta dos agentes neste sector económico. Nesse sentido, a violação do dever de cuidado patrimonial pelo acto de gestão será de qualificar como grave quando, de forma manifesta, pela sua clara insustentabilidade e/ou arbitrariedade, atentar contra os interesses patrimoniais que ao agente cabe defender⁵¹.

3.2. *Susceptibilidade de substancial afectação do património social*

12. A tipicidade objectiva da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* deverá integrar ainda, por fim, um *momento especificamente patrimonial*. Tal como sustentámos *supra*, sendo a conduta típica marcada fundamentalmente pelo carácter *ruinoso* dos actos de gestão, *em detrimento* de depositantes, investidores e demais credores, terá de lhe ser reconhecida uma feição vincadamente patrimonial. A qual não poderá

⁵¹ Essencialmente assim, como já referimos, Satzger / Schluckebier / SALIGER, *StGB Kommentar*, (n. 31), § 266, n.º m. 50.

esgotar-se, todavia, no já assinalado relevo patrimonial da violação do dever de cuidado a que o agente se encontra adstrito, devendo projectar-se ainda numa exigência de que a conduta possa, de facto, afectar o património social. E que o possa fazer de forma sensível, pois que de outro modo não haveria razão para qualificar a gestão como ruínosa e não seria expectável que pudesse repercutir-se negativamente sobre os interesses económicos dos depositantes, investidores e demais credores.

Este vezo patrimonial da infracção não vai, porém, ao ponto de integrar a lesão do património como elemento constitutivo do facto. Como tivemos oportunidade de frisar, ao contrário da generalidade dos crimes de infidelidade patrimonial, o tipo legal da contra-ordenação de *Gestão Ruínosa de Instituição de Crédito* não prevê a produção de um prejuízo patrimonial como elemento da factualidade típica. O que, aliás, bem se compreende, porquanto a tutela do património face a condutas de administração infiel que impliquem a inflicção de um efectivo prejuízo é reservada para o plano penal, estando a cargo do crime de infidelidade previsto no art. 224.º, n.º 1, do CP. Temos, pois, no que respeita à protecção do património das instituições de crédito e sociedades financeiras, um amplo programa de tutela: no caso em que a conduta não chega a causar um dano patrimonial entra em acção o direito contra-ordenacional; se, porém, dela resultar um prejuízo patrimonial importante, poderá haver lugar a uma intervenção penal⁵².

Não figurando a lesão do património como elemento do tipo objectivo de ilícito da contra-ordenação de *Gestão Ruínosa de Instituição de Crédito* é forçoso reconhecê-la, *no plano da conduta*, como uma *infracção de mera actividade*. Nesse sentido, mesmo que sobrevenha à conduta típica, o prejuízo patrimonial, *qua tale*, é uma realidade que lhe é estranha, tal como lhe são estranhas, na acepção de que não relevam tipicamente e são portanto indiferentes para o preenchimento do tipo contra-ordenacional, todas as questões conexas que poderiam porventura prender-se com a imputação objectiva desse eventual resultado à conduta do agente, como sejam a relação causal entre ambos, a conexão de risco que eles interceda, a interrupção do vínculo causal por força da intromissão de terceiros, *etc.* Do mesmo passo, fica igualmente comprometida, *no plano da*

⁵² Sobre esta técnica articulada de tutela, Nuno BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações*, (n. 3), 631 s.

ofensa ao bem jurídico, a possibilidade de uma compreensão desta infracção como uma contra-ordenação de dano ou até mesmo como de perigo concreto, dado que a colocação do património em perigo não constitui pressuposto do tipo.

Resta, em todo o caso, ponderar em que termos deverá a ameaça patrimonial relevar tipicamente. Se não se requer uma lesão do património, nem a sua concreta colocação em perigo, o que será de exigir então, para que se possa perfeccionar o tipo objectivo de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito*? Em nossa perspectiva, considerando o espírito de tutela que a norma procura materializar, para que a infracção possa consumir-se nesta vertente, o acto de gestão infiel deverá ser *per se* idóneo a degradar o património social de forma substancial. Dito de outro modo, a conduta do agente deve ser objectivamente *apta a conduzir a uma perda patrimonial* e esta perda deve poder antever-se, *ex ante*, como *sensível*.

A primeira condição — a aptidão do acto de gestão para se reflectir sobre o património social — funda-se no próprio carácter patrimonial da infracção: uma conduta que não possua significado patrimonial não poderá ser vista como danosa e muito menos como ruinosa.

A segunda condição — a elevada nocividade potencial do acto de gestão — decorre igualmente da própria ideia do que é um acto *ruinoso*, mas tem ainda em conta a preocupação legislativa, espelhada no tipo legal, para com os depositantes, investidores e outros credores: só riscos patrimoniais com algum significado económico poderão representar uma ameaça para os interesses patrimoniais desses terceiros.

13. De acordo com a primeira daquelas duas condições, importará avaliar se, *ex ante*, no momento da conduta do agente, o acto de gestão em questão é idóneo a reflectir-se negativamente sobre o património social. Para este efeito relevarão todos os danos patrimoniais potenciais, nos vários sentidos possíveis: elevação do passivo, diminuição do activo, não diminuição do passivo ou não aumento do activo⁵³. Porque o que está em causa é uma potencialidade de lesão, o preenchimento do tipo ficará a quem da verificação de uma efectiva comprovação de uma imediata produção de dano. E não será ainda sequer de exigir um estado de perigo patrimonial que é frequentemente levado à conta de lesão patri-

⁵³ HURTADO POZO, *Droit Pénal. Partie Spéciale*, (n. 25), n.º m. 1513.

monial, o designado perigo patrimonial lesivo (*Schadensgleiche Vermögensgefährdung* ou *Gefährdungsschaden*)⁵⁴, correspondente àquelas situações em que, apesar de não ter ocorrido (ainda) uma *definitiva* perda patrimonial, o acto praticado (já) teve como consequência, do ponto de vista económico, uma concreta e imediata diminuição do valor do património administrado. É o que sucederá, por exemplo, num caso de concessão de crédito a um mutuário incapaz de solver pontualmente as suas dívidas que não vá acompanhada de garantias de pagamento minimamente consistentes. Podendo estas criações de perigo danosas reputar-se já como formas de lesão e de produção de um resultado, o risco patrimonial pressuposto por uma contra-ordenação de mera actividade como é a de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* não terá de encerrar uma tão elevada potencialidade danosa.

Nesta vertente, para o preenchimento do tipo, será suficiente, a nosso ver, que possa concluir-se por uma *clara e objectiva idoneidade do acto de gestão para desencadear um futuro prejuízo patrimonial*, desde que, naturalmente, esse prejuízo se possa ligar também à violação de dever que é igualmente pressuposta pela infracção. Deste modo, a contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* poderá ser qualificada, quanto ao bem jurídico, como uma *infracção de perigo abstracto*, sob a forma de *tipo de aptidão*⁵⁵. Ao contrário do que sucede nos clássicos delitos de perigo abstracto, em que a idoneidade da conduta para colocar em perigo o bem jurídico se mostra já rigidamente caucionada pelo legislador, encontrando-se assim subtraída ao juízo do aplicador, nos delitos de aptidão cumpre ao aplicador apurar a concreta perigosidade da conduta para o bem jurídico⁵⁶. Daí que neles só deva concluir-se pela realização do tipo se numa avaliação *ex ante* se demonstrar que o facto se apresentou como concretamente idóneo a contender com o estado de tranquilidade do bem jurídico. Isto sem necessidade de, num juízo *ex post*, se comprovar

⁵⁴ Costa ANDRADE, *Comentário Conimbricense do CP*, II, (n. 5), Art. 235.º, § 26, HURTADO POZO, *Droit Pénal. Partie Spéciale*, (n. 25), n.º m. 1513, e a generalidade da jurisprudência e doutrina alemãs, detalhadas exhaustivamente por Satzger / Schluckebier / SALLIGER, *StGB Kommentar*, (n. 31), n.º m. 82 ss.

⁵⁵ Segue-se em texto a caracterização dos tipos de aptidão que sustentámos em Jorge de Figueiredo DIAS / Nuno BRANDÃO, “Práticas restritivas da concorrência pelo objeto: consumação e prescrição”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 3/2014, 467 s.

⁵⁶ ROXIN, *AT*⁴, § 11, n.º m. 162.

que essa perigosidade se materializou na efectiva criação de um perigo concreto ou de um dano para o bem jurídico. É este exacto desenho normativo que nos parece plasmado na contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito*, por referência ao bem jurídico património social que a infracção visa tutelar, e que nos leva a considerá-la como um tipo de aptidão⁵⁷.

14. A natureza ruinosa do acto de gestão fundada na susceptibilidade da sua repercussão nociva sobre o património social só deverá, em todo o caso, poder ser afirmada se se encontrar verificada uma segunda condição: que o *potencial* impacto sobre o património social seja *substantial*. Só assim, como se referiu, poderá dizer-se que o acto de gestão foi praticado em detrimento de depositantes, investidores e outros credores, como exige o tipo legal previsto no art. 211.º, n.º 1, al. *ℓ*), do RGICSF. Na densificação dessa condição, tal como considera o Banco de Portugal⁵⁸, não nos parece que possa lançar-se mão de um critério quantitativo como aquele que parte da nossa doutrina apela para concretizar o que seja o “prejuízo patrimonial importante” a que se refere o art. 224.º, n.º 1, do CP, nomeadamente, aos conceitos de valor elevado (50 UC: € 5.100) ou de valor consideravelmente elevado (200 UC: € 20.400) previstos no art. 202.º, *a*) e *b*), do CP⁵⁹. Considerando a realidade económica das instituições de crédito e financeiras a que o RGICSF se dirige, trata-se de valores que de modo algum poderão qualificar-se como elevados ou consideravelmente elevados, não podendo, como tal, aquele segmento típico do art. 224.º, n.º 1, do CP ser tido em conta na interpretação da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito*⁶⁰.

⁵⁷ Também no sentido de que deparamos com uma contra-ordenação de aptidão e de mera actividade, a Sentença do TRCS de 30-04-2018, (n. 2), 1004 s., e o Ac. do TRL de 02-05-2019, (n. 2), 783 s.

⁵⁸ Relatório do Banco de Portugal no processo n.º 58/14/CO, (n. 2), 2594 (nota de rodapé 170).

⁵⁹ Taipa de CARVALHO, *Comentário Conimbricense do CP*, II, (n. 5), Art. 224.º, § 12, e Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, 3.ª ed., Lisboa: Univ. Católica Editora, 2015, Art. 224.º, n.º m. 8. Como no texto, contra esta ligação, Augusto Silva DIAS, *Imputação Objectiva...*, (n. 5), 6, nota de rodapé 1.

⁶⁰ Afastando também este critério no âmbito do crime de gestão danosa previsto no art. 235.º do CP, face à sua desadequação em relação às realidades económicas a que

Assim, a seriedade do impacto patrimonial do acto de gestão em análise deverá ser apreciada à luz das suas implicações potenciais no quadro económico-financeiro global da instituição a que diz respeito⁶¹. Se puder considerar-se que, *ex ante*, considerando a sua expressão económica e os seus possíveis reflexos sobre o capital de confiança de que a entidade é merecedora, o acto de gestão é objectivamente idóneo a deteriorar os capitais próprios da sociedade em medida suficientemente importante para poder afectar de forma substancial o seu funcionamento e assim, mediadamente, a integridade dos interesses económicos de depositantes, investidores e demais credores, haverá razão para qualificá-lo como ruinoso. Embora, como sustenta Costa Andrade a propósito do lugar paralelo do crime de administração danosa, não pareça possível definir um tal limiar em geral e abstracto, sempre poderá entender-se que “haverá somas a partir das quais dificilmente se pode questionar a qualificação [desse dano potencial] como *importante*”⁶².

IV. Tipo subjectivo de ilícito

15. Como decorre do seu próprio teor literal, na parte em que faz referência a “actos *dolosos*”, a contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* só é punível a título de dolo.

Ao contrário, porém, do crime de infidelidade patrimonial (art. 224.º do CP) que, ao referir-se a uma produção intencional de um prejuízo patrimonial, parece circunscrever o seu âmbito normativo apenas às formas de dolo directo e necessário, a infracção de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* prevista no art. 211.º, n.º 1, al. *k*), do RGICSF é ainda compatível com uma actuação sob a forma de dolo eventual.

A consumação típica requererá, assim, no plano subjectivo, que o agente, pelo menos, represente e se conforme com a realização da factualidade típica por si materializada.

esta incriminação se dirige, Costa ANDRADE, *Comentário Conimbricense do CP*, II, (n. 5), Art. 235.º, § 29.

⁶¹ Na direcção desta consideração global, a propósito da qualificação do crime de infidelidade em virtude de uma elevada perda patrimonial, Schönke / Schröder / PERRON, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30.ª ed., München: C. H. Beck, 2019, § 266, n.º m. 53.

⁶² Costa ANDRADE, *Comentário Conimbricense do CP*, II, (n. 5), Art. 235.º, § 29.

V. Síntese conclusiva

16. A contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito*, p. e p. pelo art. 211.º, n.º 1, al. *k*), do RGICSF, tem como objecto de acção o património social da entidade gerida pelo agente e não o património de depositantes, investidores e demais credores. Trata-se de uma contra-ordenação que se integra no género das infracções de infidelidade patrimonial, correspondendo a uma específica tipologia de gestão infiel num contexto societário específico, o das instituições de crédito e financeiras.

Assim, o bem jurídico desta infracção é o património social da instituição de crédito ou sociedade financeira administrada pelo agente, por via do qual se assegura, mediatamente, os interesses económicos dos seus depositantes, investidores e demais credores. E o que, de modo especial, confere materialidade e ofensividade à conduta típica de gestão ruinosa é a violação do dever de cuidado patrimonial por parte daquele que assumiu o compromisso de bem gerir um determinado património, assim se constituindo numa posição de garante *sui generis* em relação a esse património: é o facto de o ataque patrimonial ter a sua génese naquele que foi investido em tal posição de cuidado, e portanto partir de dentro dessa esfera patrimonial, que fundamentalmente justifica a punição do comportamento de gestão ruinosa.

A conduta típica da contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* realiza-se através da prática de actos de gestão da sociedade, sendo de reconduzir a esse conceito as acções e omissões que dêem corpo à actividade de administração da sociedade, como, por exemplo, actos de disposição patrimonial ou de contracção de obrigações ou mesmo meros actos materiais relativos à prossecução do objecto social, à definição da organização e funcionamento da sociedade ou à defesa de interesses patrimoniais desta que se encontrem sob ameaça.

A qualificação de uma gestão como ruinosa no quadro da infracção tipificada no art. 211.º, n.º 1, al. *k*), do RGICSF, deverá assentar em dois vectores: *i*) numa forte contrariedade ao dever da gestão realizada pelo agente; e *ii*) numa susceptibilidade de substancial afectação do património social daí decorrente.

Na concretização da contrariedade ao dever do acto de gestão terá de recorrer-se às normas legais, regulamentárias e estatutárias que regem o acto

em apreço e verificar-se se a antinormatividade é portadora de um significado patrimonial. Dever-se-á tratar, em todo o caso, de uma violação grave do dever de cuidado patrimonial, no sentido de que representa um desvio claro dos padrões de prudência e probidade que devem orientar o agente, atentando de forma manifesta, em função da sua evidente insustentabilidade e/ou arbitrariedade, contra os interesses patrimoniais que lhe cabe defender.

Embora não exija a verificação de um prejuízo patrimonial, a tipicidade objectiva requer, por último, que a conduta do agente seja objectivamente apta a conduzir a uma perda patrimonial, derivada da infracção ao dever, e esta perda deve poder antever-se, *ex ante*, como sensível. Neste sentido, a contra-ordenação de *Gestão Ruinosa de Instituição de Crédito* é, no plano da conduta, uma infracção de mera actividade e, no plano do bem jurídico, uma infracção de aptidão.

The Destructive Management of Credit Institutions' Regulatory Offence

ABSTRACT: The article analyses the regulatory offence of destructive management of credit institutions, foreseen in article 211, n. 1, *κ*), of the Portuguese General Law of Credit Institutions and Financial Companies. It discusses which legal interest is protected, arguing that it is an infraction against property. Afterwards, analyses the objective requirements of punishment for this offence.

KEYWORDS: *destructive management; credit institutions; regulatory offences.*