



Levando a sério o risco de organização como critério de imputação de conhecimento às sociedades comerciais*

Rui Soares Pereira**

1. Introdução à obra

I. Num livro recentemente publicado¹, JOSÉ FERREIRA GOMES (doravante, “JFG”) e DIOGO COSTA GONÇALVES (doravante, “DCG”) apresentam aquilo que designam por “reflexão inicial” (contracapa), “primeira incursão” (p. 14) ou “primeiro estudo preliminar” (p. 18, nota 9) sobre uma questão considerada nuclear, pela sua relevância prática, para a dogmática jurídica civil e societária.

Essa questão traduz-se para os autores em saber, para diversos efeitos, se é possível afirmar ou não (em certas situações e de forma juridicamente fundamentada) que uma sociedade comercial conhece determinado facto ou uma determinada circunstância (p. 14).

II. Partindo da falta de tratamento doutrinário e jurisprudencial de fundo da temática em Portugal (o que contrasta com o que sucede noutros espaços jurídicos), procedem os autores a uma apresentação das experiências anglo-saxónica e germânica e da

* Recensão ao livro *A Imputação de Conhecimento às Sociedades Comerciais*, de JOSÉ FERREIRA GOMES e DIOGO COSTA GONÇALVES, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 169.

** Doutor em Direito. Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado na PLMJ Advogados, SP, RL.

¹ JOSÉ FERREIRA GOMES / DIOGO COSTA GONÇALVES, *A Imputação de Conhecimento às Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2017.



jurisprudência que foi desenvolvida nesses espaços com vista a identificar modelos de decisão e constelações típicas de casos e problematizar a possibilidade de descortinar um critério normativo e dogmático de imputação de conhecimento de factos ou circunstâncias às sociedades comerciais.

JFG e DCG encontram um tal critério (central de imputação) no chamado “risco de organização”, mas sem que isso implique deixarem os autores de identificar variáveis na sua concretização e de apresentar alguns desvios à sua aplicação.

2. Resumo da sistemática adotada na obra

I. A obra encontra-se dividida em cinco capítulos que espelham de forma clara o *iter* de investigação e de demonstração escolhido pelos autores.

No primeiro capítulo da obra, para além de uma delimitação do objeto da investigação e da metodologia adotada, JFG e DCG apresentam, em primeiro lugar, as noções técnico-jurídicas de conhecimento e de imputação de conhecimento e sugerem, em segundo lugar, que a imputação de conhecimento às pessoas coletivas apresenta especificidades no que toca à possibilidade de sustentar uma diferença entre conhecimento e dever de ignorar (por ser a imputação sempre um juízo normativo), à própria plurifuncionalidade do juízo de imputação (ou seja, esta é concretizável em função dos escopos em questão) e mesmo em relação à necessidade de adequação das soluções propostas, através de uma ponderação sinéptica, à justiça material do caso



concreto que as constelações típicas também parecem exigir (pp. 13-33).

II. No segundo capítulo da obra, os autores realizam aquilo que designam por “exposição articulada” dos sistemas britânico e norte-americano, acentuando em vários passos da sua exposição (sem assumirem uma perspectiva pejorativa) a maior fluidez de linguagem e a menor tendência para a sistematização destes sistemas que dificultam distinções e tornam menos habituais tentativas de recondução dogmática das linhas definidas pela jurisprudência (pp. 36, nota 43, e 46), procurando (sempre que possível) fazer algumas pontes (verdadeiros paralelos dogmáticos ou apenas pontos de contacto) com as construções e posições defendidas nos sistemas continentais (por exemplo, a referência à aproximação à construção organicista da Europa Continental, na p. 50 e na p. 106, e a influência do sistema alemão no *VISCOUNT HALDANE L.C.*, na p. 56, nota 119).

JFG e DGC identificam nos sistemas de *common law* três vias de imputação de conhecimento às sociedades comerciais (pp. 35-57).

Em primeiro lugar, os autores analisam as regras gerais da imputação no quadro de uma relação de agência (as *general rules of attribution*), em que o conhecimento do agente é imputado ao principal mediante a suposição de uma relação de agência entre a sociedade e os seus agentes ou *officers*, conceito que abrange trabalhadores, colaboradores externos ou qualquer outro que se encontre investido em *authority* e a sua atuação seja relevante para a sociedade: inclui administradores com poderes para o ato, mas exclui os administradores não executivos e não impede a tomada em consideração de especificidades decorrentes da integração dos



agentes da sociedade em departamentos distintos e unidades funcionais de natureza diversa (pp. 35-44).

Em segundo lugar, os autores referem as regras formais de imputação inerentes à personificação coletiva (as *primary rules of attribution*), que resultam da lei e dos documentos que regulam a distribuição de poderes e de responsabilidades na vida da sociedade, as quais podem (com relativa liberdade) dispor de modo diferente sobre a forma de distribuição de poderes e responsabilidades entre os administradores e o conselho de administração (pp. 44-50).

Em terceiro lugar, os autores apresentam a solução jurisprudencialmente desenhada para os casos que não encontraram resposta (adequada) nas duas vias anteriores e que configuram verdadeiras regras especiais de imputação (as *special rules of attribution*), na medida em que permitem estender a imputação a outros para além do conselho de administração desde que façam parte daquele núcleo de pessoas identificados com a sociedade: por fazerem parte do respetivo *management*, por terem poder de atuação no sentido de cumprimento da norma em causa – apela-se aqui ao escopo da norma aplicável - ou simplesmente por serem trabalhadores da sociedade (pp. 50-57).

III. No terceiro capítulo da obra, expõem os autores as teorias de imputação de conhecimento no espaço germânico (pp. 59-75).

Essas teorias saldaram-se novamente em três critérios diferentes de imputação que apresentam alguns paralelismos e pontos de contacto com as vias dos sistemas de *common law* (por exemplo, as semelhanças entre a versão original da *directing mind and will doctrine* e a teoria do conhecimento absoluto alemão, na p. 60),



mas, para além de cada uma delas conduzir a diferentes soluções, possuem uma fundamentação dogmática (normalmente pouco trabalhada naqueles sistemas) bastante diferente.

Em primeiro lugar, temos a teoria do conhecimento absoluto (*Theorie des absoluten Wissens*), que imputa à sociedade tudo o que é conhecido pelos membros dos órgãos sociais e se fundamenta no realismo organicista de VON GIERKE (pp. 59-63).

Em segundo lugar, temos a teoria da representação do conhecimento (*Theorie der Wissensvertretung*), que terá surgido numa fase de tentativa de superação do referido realismo organicista e se apoiou no fenómeno representativo, primeiro, apenas nos quadros gerais da representação voluntária e, depois, estendendo a outras pessoas com base na distinção traçada entre representante do conhecimento e aquele que age com poderes de representação voluntária (pp. 64-70).

Em terceiro lugar, temos a teoria do risco de organização (*Theorie des Organisationsrisikos*), que procurou superar as limitações dogmáticas das teorias anteriores, pondo em causa alguns dos postulados destas teorias e recorrendo a outro tipo de argumentos para sustentar a imputação de conhecimento, em especial a segurança no tráfego e o risco de organização: o conhecimento ou a sua falta é um risco da organização societária que deve ser suportado pela sociedade comercial quando integra um risco próprio e controlável da e pela sociedade (pp. 70-75).

IV. No quarto capítulo da obra, dedicam-se os autores a explicar de forma detalhada qual deve ser o critério de imputação de conhecimento (que consideram ser o risco de organização,



desenvolvido no espaço germânico), bem como os limites e desvios à aplicação desse critério (pp. 77-104).

A imputação de conhecimento deve fundar-se, não em nexos de representação orgânica ou voluntária ou outras posições semelhantes, mas em imperativos de segurança no tráfego e nos deveres de adequada organização.

À eleição desse critério não terá sido indiferente a perspetivação que os autores têm vindo a assumir em relação, por um lado, ao fenómeno da personificação coletiva (DCG) e, por outro lado, às obrigações de administração e vigilância que impendem sobre os órgãos de administração e fiscalização de uma sociedade (JFG).

Em todo o caso, trata-se do capítulo central do enquadramento genérico realizado por JFG e DCG e que os autores sujeitam no capítulo seguinte a teste e desenvolvimento de acordo com as hipóteses concretas por si alinhavadas.

V. No quinto capítulo da obra, JFG e DCG apresentam uma rica casuística sobre a imputação de conhecimento às sociedades comerciais, inspirada na jurisprudência dos sistemas de *common law* e do espaço germânico e também em casos portugueses, procedendo ao seu agrupamento em onze grupos de casos para facilidade de consulta pelo leitor confrontado com questões da *praxis*, que ilustram uma ou mais hipóteses de imputação de conhecimento e para os quais fornecem enquadramento e solução do problema que cada hipótese suscita convocando as respostas que têm ou poderiam ser dadas nos referidos sistemas ou espaços jurídicos (pp. 105-160).



3. Metodologia adotada na obra: a atenção ao método do caso

I. Mesmo que na exposição das vias (nos sistemas de *common law*) e das teorias (no espaço germânico) de imputação de conhecimento às sociedades comerciais e na apresentação das diversas etapas de abordagem dos casos de imputação a obra pudesse ficar sujeita (em virtude do recurso a tríades ou tricotomias) à observação de SLOTERDIJK segundo a qual “*para se dizer a verdade é preciso saber-se contar até quatro*”², a metodologia adotada na obra mostra-se adequada para abordar o tema e apresenta a vantagem (não desprecianda) de poder ser ainda reconduzida àquilo que vem sendo designado por “método do caso”.

Este método assume o caso como objeto problemático e procura dele retirar extrapolações tendo em conta os dados do sistema jurídico, desta forma atribuindo ao caso a prioridade intencional e metodológica do pensamento jurídico, mas sem que tal tenha de implicar (tal como corretamente sublinham algumas correntes jurisprudencialistas³) uma perda no processo metodológico da unidade ou da recíproca exigência e condicionamento entre a

² PETER SLOTERDIJK, *Morte Aparente no Pensamento*, Lisboa: Relógio de Água, 2015, pp. 11-12.

³ Sobre as diversas modalidades de jurisprudencialismo possíveis (casuísmo, hermenêutica jurídica, pragmatismo prático-normativo, judicativismo decisório e judicativismo sistemático-problemático e dialético) e fornecendo uma proposta de um modelo metódico da realização do direito fundado nesta última modalidade, cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, em especial, pp. 155 e seguintes.



norma e o problema jurídico concreto⁴. Neste método também se atribui prioridade ao caso concreto da vida em detrimento da norma⁵, que passa a pronunciar-se sobre a validade jurídica do caso⁶.

II. A adoção do método do caso, longe de traduzir uma conversão metodológica do pensamento jurídico numa mera casuística (tanto mais que o problema concreto convoca sempre, numa ineliminável dialética recíproca, o sistema de normatividade) ou mesmo numa desesperante casuística em que por vezes redundam certas construções provenientes ou estribadas no pensamento problemático da escola tópico-retórica⁷, também não implica uma

⁴ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp. 70-81.

⁵ Adotando uma visão mais ampla sobre a relevância metodológica do caso, no sentido que não há sequer verdadeiramente norma antes do caso, embora possam existir programas de norma, e que a norma só surge com o caso e a norma do caso corresponde por isso à norma no caso, cfr. FRANCISCO AGUILAR, *A Norma do Caso como Norma no Caso*, Coimbra: Almedina, 2016.

⁶ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, "O papel do jurista no nosso tempo", in *Digesta*, vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 9-50 (47-48).

⁷ Sobre a tópica e a retórica jurídicas e as conceções prático-argumentativas acerca do processo de aplicação do direito, cfr. JOSÉ LAMEGO, *Elementos de Metodologia Jurídica*, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 180-192, MANUEL ATIENZA, *As Razões do Direito. Teoria da Argumentação Jurídica*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Gen/Forense Universitária, 2014, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *Direito, Retórica e Comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*, 3.ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA, *Breve Tratado da Razão Jurídica*, Sintra: Zéfiro, 2012, pp. 147-222, e HERMENEGILDO FERREIRA BORGES, *Retórica, Direito e Democracia*, Lisboa, 1992. Porém, para uma crítica à escola tópico-retórica (mesmo a filiada em construções mais recentes com as de CHAIM PERELMAN, STEPHEN TOULMIN, NEIL MACCORMICK e ROBERT ALEXYS) no sentido de que poderá a retórica dizer aos juristas alguma coisa, mas não tudo, cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA



convocação mais ou menos criteriosa de jurisprudência desligada dos objetivos da dogmática jurídica ou de uma intencionalidade normativa própria do direito. O referente e o fundamento do juízo decisório não podem deixar de ser, respetivamente, o sistema jurídico e o sentido do direito⁸.

Tão-pouco a adoção daquele método fomenta a chamada à colação de um caso de cariz meramente ilustrativo para então se poder veicular uma posição previamente definida ou uma qualquer pré-compreensão (fundada, por exemplo, na doutrina ou na jurisprudência) quanto à melhor solução para certo tema⁹. Obrigará sim, tal como exige o terceiro momento ou instância da racionalidade prática (o momento da concretização material do direito) e que retira grande parte do sentido do debate entre o

NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp. 72-74, e FERNANDO JOSÉ BRONZE, “As margens e o rio (da retórica jurídica à metodonomologia)”, in *Analogias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 81-117.

⁸ FERNANDO JOSÉ BRONZE, “Racionalidade e metodonomologia”, in *Analogias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 151-176 (168).

⁹ Recorde-se, em todo o caso, que para alguma doutrina nada impede que o aplicador do direito pretenda tomar qualquer decisão previamente à justificação dessa mesma decisão, ou seja, que a descoberta da decisão surja antes da justificação da decisão construída pelo decisor – MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 448-449. Assim também o assinala ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O sentido actual da metodologia jurídica”, in *Digesta*, vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 381-411 (408-409), referindo-se ao pensamento hermenêutico-prático de ESSER (que aquele autor não assume como sendo uma modalidade jurisprudencialista totalmente aceitável e correta), para quem a decisão concreta deveria orientar-se sobretudo por uma pré-compreensão ou um pré-juízo quanto à justeza da solução.



pensamento sistemático e o pensamento tópico¹⁰, a “*compreender e assumir metodicamente a dialética entre sistema e problema, enquanto coordenadas metodologicamente complementares e irredutíveis do iudicium jurídico*”, excluindo dessa forma, como sugere certa corrente jurisprudencialista, “*tanto uma pura tópica como um estrito normativismo*”¹¹.

No essencial, poderá dizer-se que o método do caso (que é um verdadeiro método e não apenas um estilo de pensar ou uma mera técnica de pensamento como a tópica¹²) tem o condão de potenciar o desenvolvimento e o aprofundamento das coordenadas gerais a ter em conta “*no cotejo com o problema, a sua articulação específica, a ponderação da sua força normativa relativa na situação singular*” e implica que seja através do caso “*que se procura conhecer e se vai vislumbrar a ordem jurídica*”¹³.

III. Ainda que não partam de casos para a apresentação do problema jurídico em análise, JFG e DCG parecem abraçar o método do caso.

¹⁰ ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA, *Breve Tratado da Razão Jurídica*, Sintra: Zéfiro, 2012, pp. 19-20.

¹¹ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Método jurídico”, in *Digesta*, vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 283-336 (324-325).

¹² TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 9.ª ed., São Paulo: Atlas, 2016, pp. 289-292. A tópica basta-se, como refere JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed., Coimbra: Almedina, 2013, p. 479, “*com nexos fragmentários, sem necessidade de partir do todo*”.

¹³ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil – Responsabilidade Civil: o método do caso*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 12 e 134.



Os autores identificam ao longo da sua investigação e fazem uma arrumação particularmente bem conseguida no quinto capítulo (pp. 105-160) de preciosas constelações típicas de casos de imputação de conhecimento às sociedades comerciais retirados sobretudo da jurisprudência anglo-saxónica e da jurisprudência germânica, aos quais procuram dar resposta de acordo com o critério, variáveis e desvios por si anteriormente identificados e analisados no enquadramento genérico antes fornecido.

Num total de onze grupos de casos, várias hipóteses são apresentadas com o propósito de tornar manifestas as dificuldades inerentes ao juízo de imputação de conhecimento, após o que, seguindo a metodologia tipicamente continental (mas convocando também jurisprudência e doutrina anglo-saxónica), procedem os autores ao respetivo enquadramento dogmático e ao fornecimento de propostas de solução de acordo com o sistema jurídico. Mais do que listar diferentes casos relativos à (ou relacionados com a) imputação de conhecimento às sociedades comerciais, JFG e DCG adotam uma linha de exposição que procura evidenciar as particularidades de cada grupo de casos de imputação de conhecimento, ao mesmo tempo que fornecem ao leitor (que procure respostas a questões específicas) aquilo que designam por “padrão argumentativo de base” para cada um desses grupos de casos e vários “lugares argumentativos” que poderão ser usados (no confronto com o sistema jurídico) em contextos de discussão de imputação – pp. 103-104.

IV. Nessas constelações típicas não surgem - é certo - hipóteses envolvendo grupos de sociedades, justificando os autores essa falta logo no início da obra pela necessidade de ponderação das especificidades aí presentes e por eles ilustradas, que em certos



casos obrigaria a uma modelação normativa concreta do critério de imputação de conhecimento que consideram nesta fase ser prematuro fazer (pp. 18-20).

E JFG e DCG também dão nota no início da obra dos desenvolvimentos verificados no espaço germânico no que respeita à afirmação de específicos estados subjetivos, mas acabam por excluir da obra a análise desses estados (p. 20).

Seja como for, os autores fornecem elementos mais do que suficientes para despoletar na comunidade jurídica o interesse e a discussão do tema da imputação de conhecimento às sociedades comerciais, o qual surge perspectivado na sua obra (mesmo ao longo da exposição da casuística) fundamentalmente como um problema de alocação (normativamente justificada) do risco de (adequada) organização societária.

V. Explicam os autores, por um lado, quais os casos em que poderá vir a ocorrer a imputação às sociedades comerciais de conhecimento quando este tenha sido adquirido por membros dos órgãos sociais ou outras pessoas que não os integrem, atuando aqueles e estes no exercício de funções, fora do exercício de funções ou antes do início das funções, ou até por um membro de um órgão social coletivo, que isoladamente nada pode decidir nem vincula a sociedade (pp. 105-129).

Por outro lado, referem os autores hipóteses em que poderá avultar o momento concreto da imputação de conhecimento: será o momento em que, à luz da concreta estrutura de organização interna da sociedade, a pessoa que devia conhecer toma ou devia tomar contacto com a informação, sendo certo que se existir uma dilação temporal em termos de conhecimento entre o momento



que o sujeito que atua conhece e a pessoa que devia conhecer essa dilação pode ser tomada em consideração desde que seja correspondente ao tempo normal de tratamento e circulação interna de informação numa sociedade (pp. 130-135).

Finalmente, apresentam os autores diversas situações que têm vindo a ser invocadas, com maior ou menor sustentação e êxito, na jurisprudência e doutrina dos espaços jurídicos analisados, como fundamento para a não imputação de conhecimento às sociedades comerciais, tais como o esquecimento da informação, a cessação de funções do agente, a agregação da informação, os deveres de confidencialidade, as barreiras informativas e a instituição voluntária de restrições aos fluxos de informação para evitar a imputação de conhecimento (o que designam por “*cognoscere non velle protestatio*”), sublinhando que, em relação às situações que configuram verdadeiros factos impeditivos da imputação de conhecimento (nem todas serão qualificáveis como factos impeditivos), competirá a quem deles se quiser fazer prevalecer o ónus da respetiva prova de acordo com as regras gerais de distribuição do ónus da prova (pp. 135-160).

4. Posição assumida na obra

4.1. O critério central do risco de organização

I. No essencial sustenta-se na obra em recensão que a imputação de conhecimento de um facto a uma sociedade comercial deve repousar no chamado “risco de organização”, critério igualmente presente no espaço germânico, nos seguintes moldes: “*o conhecimento é imputado à sociedade não só quando aquele que*



atua por sua conta conhece, mas também quando, por culpa de organização, esse conhecimento não lhe foi transmitido” (p. 17).

Trata-se, na opinião de JFG e DCG (e contra o que alguns autores alemães mais céticos em matéria de imputação sugerem em trabalhos recentes - GRIGOLEIT), de uma forma (mais criteriosa) de delimitação das situações de conhecimento de factos ou circunstâncias por parte de sociedades comerciais por comparação com as outras teorias em confronto (a teoria do conhecimento absoluto e a teoria da representação do conhecimento), as quais foram entrando em declínio no espaço germânico em diversas decisões jurisprudenciais, essencialmente por dois motivos: (i) colocação em causa do dogma da perpetuação do conhecimento (que implicava que a informação pudesse ou devesse ser conhecida no momento em que se discute o conhecimento ou este é relevante para a atuação da sociedade e que a informação fosse sempre partilhada entre os atores sociais); (ii) recurso ao argumento da igualdade, afastando um tratamento diferenciado das pessoas coletivas em relação às pessoas singulares que beneficiam da possibilidade de esquecimento (pp. 70-72).

II. No entanto, como referem JFG e DCG, a teoria do risco de organização encontra sustentação, não apenas nos deméritos ou nas insuficiências das teorias que a antecederam, como também (e sobretudo) na identificação de um dever de organização do conhecimento que impende sobre as sociedades comerciais e que está ligado ao princípio da segurança no comércio jurídico (pp. 73-74).

Partindo então do pressuposto que o conhecimento às sociedades comerciais tem de ser normativamente imputado



(depende de um critério valorativo de decisão) e que os riscos de fragmentação de conhecimento aumentam em razão da complexidade das sociedades comerciais, a teoria do risco de organização implicará que tais riscos devam ser qualificados como riscos de organização e devam ser suportados pelas próprias sociedades. Assim, sempre que a organização das sociedades comerciais disponha de informação relevante e que poderia ter sido conhecida caso tivessem sido adotadas formas adequadas de tratamento da informação, os riscos de fragmentação de informação (de imputação de conhecimento) correm por conta das mesmas sociedades (pp. 74-75).

4.2. A possibilidade de utilização do risco de organização como critério de imputação de conhecimento às sociedades comerciais

I. A questão fulcral que a imputação de conhecimento às sociedades comerciais por recurso à ideia de risco coloca tem a ver com a própria ideia de risco no contexto da organização societária.

Partindo da concepção do risco como uma possibilidade do desfecho negativo de uma atividade que comporta desvantagens, perdas ou danos¹⁴, JFG e DCG defendem que o próprio conhecimento ou a falta dele integra um fator de risco, sendo que no caso das pessoas coletivas esse risco decorre da respetiva organização societária. Tal sucede, na opinião dos autores, porque a sociedade desenvolve a sua atividade através de uma concreta

¹⁴ Outras concepções de risco (nomeadamente em confronto com a noção de probabilidade) podem ser vistas em obras recentes como, por exemplo, a de PAULO DE SOUSA MENDES, *Causalidade Complexa e Prova Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 118, 288, nota 830, e 290.



organização de atuação e porque uma sociedade, na medida em que qualquer atuação jurídica comporta riscos, não poderá organizar-se de qualquer forma. Ao fenômeno da personificação coletiva não será então estranho, no entender de JFG e DCG, um dever de organização adequada da pessoa coletiva que garanta, não apenas a justa realização dos seus interesses, mas também a menor perigosidade de atuação (pp. 77-79).

II. Apesar de se poder afirmar a existência de um tal dever de organização adequada, a verdade é que a organização da atuação de uma sociedade não dispensa uma divisão interna de tarefas, que expõe a sociedade ao risco de fragmentação do conhecimento, o qual varia em função da complexidade da sociedade e deve ser por ela controlado ou mitigado (p. 79).

Deste modo, integrando o conhecimento, no caso das pessoas coletivas, um fator de risco próprio da organização societária e impendendo sobre uma sociedade comercial imperativos de proteção do tráfego, deverá a sociedade organizar-se de forma adequada (também) com vista à obtenção de conhecimento, o que poderá ter de implicar a criação e gestão de sistemas de informação. Ou seja, fará parte da organização societária a organização do conhecimento que se traduz na *“criação e operacionalidade de complexos normativos orgânico-procedimentais internos da sociedade dirigidos à garantia de adequados fluxos de informação”*, que se mostrem capazes de tratar e gerir informação (de selecionar, sintetizar e apresentar informação a quem tem de tomar uma decisão). Em causa estará então a implementação de sistemas de informação, os quais trabalham com frequência sem intervenção dos humanos, sendo-lhes atribuído (quando o é) apenas um papel



de acompanhamento do tratamento informático da informação (pp. 80-83).

III. Com esta construção, a imputação de conhecimento de uma informação a uma sociedade comercial passa a depender, no entender de JFG e DCG, de um juízo de alocação de risco (derivado de uma ponderação axiológica de distribuição de riscos), o qual poderá ser afirmado sempre que o sujeito que atua por conta da sociedade conhecia essa informação ou, no quadro da existência de uma organização adequada de conhecimento, devia conhecê-la.

No primeiro caso, a imputação decorrerá da distribuição de esferas de risco que a necessidade de proteção do comércio jurídico impõe. Já no segundo caso a imputação será uma consequência da alocação do risco à sociedade pelo facto de esta não dispor (como se impunha) de uma organização adequada de conhecimento (pp. 84-85).

Fundamentalmente supõe este modelo de imputação que a sociedade comercial está obrigada e é capaz de se organizar internamente de modo a garantir que a informação que venha a ser obtida por qualquer sujeito que atue por conta da sociedade (membro de um órgão, trabalhador ou colaborador) é disponibilizada à pessoa que está obrigada ao cumprimento da norma relevante, pelo que, em caso de inadequado tratamento interno da informação, o conhecimento dessa informação poderá ser imputado à sociedade por recair sobre ela um risco de organização.

Como várias vezes acentuam os autores mais à frente (*v.g.* pp. 120 e 125), uma sociedade comercial, apesar da total liberdade que goza na escolha da organização interna que mais se adegue ao



desenvolvimento da sua atividade, recorrendo à divisão de tarefas e à delegação de poderes, deverá suportar o risco inerente ao inadequado tratamento da informação que possa derivar dessa organização.

IV. Antecipando a necessidade de elementos adicionais, JFG e DCG aprofundam e concretizam o modelo de imputação adotado (que se desenvolve, em última análise, em torno da questão da vinculação dos órgãos a uma adequada organização da sociedade), apresentando para esse propósito uma metodologia de abordagem dos casos de imputação que dividem (também aqui) em três etapas:

- Um juízo (necessariamente) casuístico de avaliação da concreta aptidão dos sistemas de informação da sociedade para a obtenção, gestão, conservação e distribuição da informação no seu seio;
- A tomada em consideração de alguns parâmetros gerais para a concretização normativa do dever de adequada organização, que estão relacionados com a atividade da sociedade (natureza da própria atividade, natureza e intensidade dos riscos da atividade para a própria sociedade e intensidade da perigosidade da atividade da sociedade para terceiros), com a organização da sociedade (extensão e complexidade da organização da sociedade e circunstâncias específicas das pessoas incluídas na organização) e com os terceiros com quem interage a sociedade, e que convocam as regras de *corporate governance* (relativas à estrutura, composição e competências dos órgãos sociais e também ao sentido e alcance das obrigações de administração e de vigilância que impendem sobre alguns órgãos sociais);



- O recurso aos modelos de decisão conferidos pelos grupos de casos ou constelações típicas, adaptando-os depois às circunstâncias concretas de cada caso (pp. 85-93).

4.3. Os limites e os desvios à aplicação do critério do risco de organização

I. Embora o risco de organização seja erigido a critério central de imputação de conhecimento às sociedades comerciais (em detrimento de outros critérios que se perfilam nos espaços jurídicos selecionados), JFG e DCG identificam um conjunto de variáveis na concretização desse critério e apresentam alguns desvios a esse critério.

Desde logo, entendem os autores que existe um limite à imputação do conhecimento nas hipóteses em que quem atua por conta da sociedade não dispõe de informações nem seria exigível que dispusesse através de uma organização adequada, pois, quando tal suceda, não se poderá dizer que a sociedade tivesse uma possibilidade concreta de controlar o risco inerente à fragmentação de conhecimento que se verifica em virtude da divisão de tarefas no seu seio (pp. 93-94).

II. Para além desse limite, identificam os autores situações de desvio ao critério por si adotado, que funcionam como um verdadeiro bloqueio (ou motivo de afastamento) da imputação de conhecimento, o qual encontra justificação na existência de um conflito de deveres: serão, por exemplo, os casos de conhecimento de factos ou circunstâncias abrangidos por dever de confidencialidade (de fonte normativa, legal, contratual ou fundada



em relações pessoais) que deva prevalecer sobre o dever de comunicação de informações.

Nessas situações, consideram JFG e DCG que o conflito de deveres, quando este seja real e alheio à vontade da sociedade (ou seja, não foi o sujeito que atua por conta da sociedade que se colocou culposamente nessa situação), poderá vir a excluir a ilicitude, a qual determinará por sua vez a exclusão da responsabilidade civil e o bloqueio da imputação de conhecimento. Caso contrário, haverá imputação de conhecimento à sociedade (pp. 94-98).

4.4. A não confusão do critério do risco de organização com formas de responsabilidade civil objetiva e a coerência do critério com o regime dos artigos 500.º e 800.º do Código Civil

I. Um dos pontos cruciais da obra (embora tenha sido erigido apenas a excuro inserido na parte final do quarto capítulo) reside no esclarecimento que JFG e DCG fazem dos próprios limites da linha argumentativa expendida ao longo da obra em relação ao risco de organização e a sua relação com a responsabilidade civil.

Aliás, na apresentação da teoria do risco de organização já os mesmos autores haviam chamado a atenção para o facto de a aproximação aos deveres de segurança no tráfego ter conduzido no espaço germânico à discussão sobre se a temática da imputação de conhecimento se teria então deslocado para o âmbito da responsabilidade civil, tendo concluído que não, apesar das eventuais conexões (pp. 73-74).



À luz das coordenadas do ordenamento jurídico português, JFG e DCG clarificam o motivo pelo qual a relação entre o problema da imputação de conhecimento e o da responsabilidade civil, podendo existir, não deverá ser gerador de confusão dogmática (pp. 98-103).

II. Em primeiro lugar, os autores enjeitam qualquer possibilidade de o conhecimento vir a ser imputado às sociedades comerciais (em virtude da teoria do risco de organização) de uma forma objetiva (independentemente de culpa), como sugere a teoria do “risco da empresa”¹⁵, apresentando cinco argumentos contra essa possibilidade:

- A circunstância de vigorar, entre nós, o princípio geral da responsabilidade subjetiva (artigo 483.º, n.º 2 do Código Civil);
- O facto de uma solução dessas redundar numa diferenciação inaceitável face ao regime aplicável às pessoas singulares;
- A circunstância de a divisão de trabalho potenciar a aquisição pela sociedade comercial de mais informação;
- O facto de a atuação através de entes societários poder beneficiar terceiros e até representar uma vantagem para a coletividade;

¹⁵ Vários elementos sobre esta teoria podem ser encontrados, por exemplo, em MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra: FDUC, 1994, pp. 208-209, e MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade Civil Delitual por Facto de Terceiro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 410 e seguintes e 421 e seguintes.



- A circunstância de não existir (nem ser possível existir por razões tecnológicas funcionais e jurídicas) qualquer sistema de informação que assegure uma difusão de informação pressuposta por aquela teoria.

III. Em segundo lugar, os autores explicam que a posição por si assumida em relação à imputação de conhecimento às sociedades comerciais não se mostra incoerente com os artigos 500.º a 800.º do Código Civil, uma vez que o fundamento da imputação de conhecimento é, não a responsabilidade objetiva por facto de outrem, mas sim os imperativos de proteção do tráfego e os deveres de adequada organização dos fluxos de informação (ou da comunicação interna) no seio da sociedade.

Não pondo em causa o esclarecimento dos autores e a coerência da sua posição, vale a pena sublinhar um aspeto que pode resultar menos evidente da explicação apresentada e que reside na sustentação que JFG e DGC fazem de uma falta de equivalência material entre a imputação de conhecimento e a imputação de danos ao abrigo dos artigos 500.º e 800.º do Código Civil¹⁶.

IV. Para os autores essa equivalência não pode ser afirmada, uma vez que o referido regime da imputação de danos pressupõe a prática de um ato ilícito ou culposo por parte do comissário ou do

¹⁶ Uma comparação dos pressupostos de aplicação dos artigos 500.º e 800.º do Código Civil pode ser encontrada, por exemplo, em PEDRO FERREIRA MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 37, Nº 1, 1996, pp. 171-217, e MARIA DA GRAÇA TRIGO, “Responsabilidade civil do comitente (ou responsabilidade por facto de terceiro)”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 153-169.



representante legal ou auxiliar, o que não sucederia no domínio da imputação do conhecimento à sociedade comercial, que dispensaria uma atuação ilícita ou culposa por parte do sujeito que atua por sua conta (pp. 102-103).

Não obstante, mesmo que a imputação de conhecimento dispense a ilicitude e culpa na atuação do sujeito, a verdade é que, como os autores referem (mas aparentemente rejeitam liminarmente essa posição), não será pacífica¹⁷ na própria doutrina portuguesa tal exigência no domínio da imputação de danos no caso dos artigos 500.º e 800.º do Código Civil¹⁸, existindo inclusive

¹⁷ Veja-se, por exemplo, as divergências (ainda que nem sempre com reflexos na jurisprudência) em torno da possibilidade de responsabilização do comitente nos termos do artigo 500.º do Código Civil com fundamento apenas no risco ou em facto lícito – LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 14.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, pp. 365-366, e MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade Civil Delitual por Facto de Terceiro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 301-307, e “Responsabilidade civil do comitente (ou responsabilidade por facto de terceiro)”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 153-169 (159-161). Contra a exigência de ilicitude e culpa em relação ao artigo 800.º do Código Civil parecem estar, por exemplo, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra: FDUC, 1994, pp. 209 e seguintes (não há dependência de prévia imputação aos auxiliares) e *Direito Civil. Responsabilidade Civil. O Método do Caso*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 87 (ao contrário do artigo 500.º não é necessária uma imputação primária ao comissário), e MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade Civil Delitual por Facto de Terceiro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 245 e seguintes.

¹⁸ No essencial, para além de FERNANDO PIRES DE LIMA / JOÃO ANTUNES VARELA e de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO que os autores citam, poderiam ser convocados, entre outros, JAIME DE GOUVEIA, *Da Responsabilidade Contratual*, Lisboa, 1932, p. 424, ADRIANO VAZ SERRA, “Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos”, in *BMJ*, N.º 72, Janeiro/1958, pp. 259-



também jurisprudência recente (fora ou não do domínio da responsabilidade civil médica) que a dispensa muito claramente em relação ao artigo 800.^o¹⁹.

Se assim for, mais elementos terão de ser convocados para afirmar a referida falta de equivalência da imputação de conhecimento proposta em relação, pelo menos, ao artigo 800.^o do Código Civil.

5. Observações finais em relação à obra

5.1. Importância no panorama das investigações atuais

I. A obra em recensão está em linha com as reflexões que JFG e DCG têm realizado, entre nós, nas áreas do direito civil e do direito societário²⁰, nas quais avultam análises detalhadas (com enfoques

305 (278 e seguintes), JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 7.^a ed., Coimbra: Almedina, 1997, pp. 103-104, FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina, 1995, pp. 143 e seguintes, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 253-254, e MARIA VICTÓRIA DA ROCHA, “A Imputação Objetiva na Responsabilidade Contratual: algumas considerações”, in *RDE*, Ano XV, 1989, pp. 31-103 (98-99).

¹⁹ *Colorandi causa*: Ac. RC de 10.02.2009, Proc. 510/06.6TBSEI.C1 (JORGE ARCANJO), de 08.04.2014, Proc. 1603/11.3T2AVR.C1 (JORGE ARCANJO), e de 11.11.2014, Proc. 308/09.0TBCBR.C1 (JORGE ARCANJO), todos in www.dgsi.pt.

²⁰ Nomeadamente: JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização de Sociedades: a obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima*, Coimbra: Almedina, 2015, “A discricionariedade empresarial, a business judgment rule e a celebração de contratos de swap (e outros derivados)”, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, N.º 51, vol. 2 (Ago. 2015), pp. 57-98, “Novas regras sobre o governo das instituições de crédito: primeiras



e implicações em vários domínios), quer das obrigações de administração e de vigilância dos órgãos das sociedades comerciais, quer do fenómeno da personificação coletiva.

Ao longo da obra presente-se a existência de uma estreita relação (se é que não mesmo dependência) das vias ou teorias de imputação em relação às fundamentações (jurisprudenciais ou dogmáticas) adotadas, às quais não são alheias certas perspetivações das obrigações de administração e de vigilância dos

impressões (incluindo densificação da obrigação de administração de acordo com o "princípio da responsabilidade global", in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano 7, N.º 1 (2015), pp. 7-49, "O sentido dos "deveres de cuidado": art. 64.º CSC: «once more unto the breach, my friends, once more»", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 76, N. 1-4 (Jan.-Dez. 2016), pp. 447-495, "Reliance: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida", in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano 8, N.º 1 (2016), pp. 49-81, "Responsabilidade civil pelo prospeto: a delimitação dos responsáveis perante o artigo 149.º/1 CVM", in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano 8, N.º 4 (2016), pp. 813-851, "Os princípios da responsabilidade e da direção global", in *A governação de bancos nos sistemas jurídicos lusófonos* (coord. Paulo Câmara et al.), Coimbra: Almedina, 2016, pp. 89-122; DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais – Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada*, Coimbra: Almedina, 2015, "Apostamentos sobre a desconsideração da personalidade jurídica no projeto de código comercial brasileiro", in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano 7, N.º 2 (2015), pp. 297-324, "Dogmáticas de transição e o seu lugar na evolução dos sistemas", in *Revista de Direito Civil*, Ano 1, N.º 1 (2016), pp. 153-181, "Contributo para o estudo da pessoa jurídica no Direito civil brasileiro", in *Interpretatio Prudentium. Direito Romano e Tradição Romanista em Revista*, vol. 1, N.º 2 (2016), pp. 61-118, "O levantamento da personalidade coletiva sob a vigência do código das sociedades comerciais", in *Congresso comemorativo dos 30 anos do Código das sociedades comerciais* (coord. Paulo de Tarso Domingues), Coimbra: Almedina, 2017, pp. 231-264.



órgãos das sociedades comerciais e do fenómeno da personificação coletiva. Veja-se, por exemplo, como as vias e teorias de imputação de conhecimento mais antigas parecem estar “presas” a conceções (hoje) ultrapassadas do fenómeno da personificação coletiva e também como as vias e teorias de conhecimento mais recentes parecem ser fruto de um quadro de evolução jurisprudencial e doutrinária favorável e mais exigente em relação aos deveres de administração e vigilância dos órgãos das sociedades comerciais.

Não por acaso talvez ambos os autores se tenham dedicado a este tema.

II. Os desenvolvimentos do tema parecem acompanhar a atenção que tem recebido no domínio do direito comercial um outro problema, o qual se relaciona com a circunstância de ser comum a interação com pessoas, marcas, estabelecimentos ou até programas informáticos, que implica muitas vezes a celebração de negócios, sendo certo que quem ou o que se apresenta para realizar essa interação não é formalmente a contraparte e muitas vezes não invoca sequer o nome por conta de quem estaria (alegadamente ou não) a agir.

Esse problema designa-se por “exercício do comércio através de prepostos”, restando saber se porventura o critério central de imputação (de conhecimento) sustentado por JFG e DCG poderia vir a merecer alguma alteração ou ponderação adicional em face das investigações (igualmente recentes e muito relevantes) realizadas sobre o instituto ou figura da preposição por PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, nomeadamente em torno: (i) da inoponibilidade de princípio perante terceiros (em caso de boa fé e na falta de registo da relação interna) da relação interna entre preponente e preposto



(causa da preposição) em virtude da abstração da relação externa; (ii) da circunstância de a preposição se manter independentemente de o preposto ser um trabalhador ou um mandatário, sendo apenas relevante para efeitos de imputação dos atos ao preponente que surja pública e estavelmente à frente do negócio; (iii) do facto de a preposição operar através de uma modalidade de representação distinta da voluntária, da legal e da orgânica, mais concretamente por força do reconhecimento de uma posição social típica ocupada pelo preposto e que abrange os atos que o preposto pratique no âmbito dessa posição independentemente de este ter ou não poderes de representação²¹.

Possivelmente a resposta seria negativa, tanto mais que estão em causa problemas jurídicos distintos e com âmbitos e implicações igualmente distintos. Em todo o caso, a figura ou instituto da preposição, assentando na ideia segundo a qual o risco inere à própria empresa e não ao mercado, poderia ajudar a reforçar as conclusões dos autores quanto à menor relevância que assume para efeitos de imputação de conhecimento a uma sociedade comercial o facto de o sujeito que atua em nome da sociedade fazer ou não parte de um órgão social, estar a atuar ou não no âmbito e no exercício das suas funções ou até antes de iniciar as suas funções e mesmo que venha depois a cessar essas funções.

III. Se lermos a obra em recensão com a atenção que merece teremos de concluir que estamos perante uma investigação

²¹ PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição: representação comercial*, Coimbra: Almedina, 2017, e, numa versão mais resumida, "A Preposição", in *Revista de Direito Comercial*, 22.06.2017, in <https://www.revistadedireitocomercial.com/a-preposicao/>



profunda, muito rica em termos de bibliografia e de referências jurisprudenciais estrangeiras, que aborda um tema inovador no panorama nacional e de leitura muito importante (dir-se-ia até incontornável), pelo menos, para os cultores da teoria geral do direito civil, do direito das obrigações, do direito do trabalho e do direito societário.

Mais do que representar uma mera *“tentativa de formular alguns critérios dogmáticos sólidos que possam ser úteis à praxis jurídica”* em matéria de imputação de conhecimento às sociedades comerciais (como na p. 14 os autores pretendem fazer crer), a investigação que JFG e DCG apresentam à comunidade jurídica é séria e preñhe de implicações teóricas e práticas.

Desde logo, tanto o enquadramento genérico fornecido (que está em linha com a evolução apresentada nos espaços jurídicos estudados em relação às três vias de imputação – nos sistemas de *common law* - e às três teorias de imputação de conhecimento – no espaço germânico) como os grupos de casos enunciados revelam conexões evidentes com diversos ramos de direito e sugerem também uma acentuada preocupação com o momento da realização do direito.

IV. Bastará um olhar atento sobre algumas das posições sustentadas pelos autores em relação ao critério de imputação de conhecimento às sociedades comerciais e respetivos limites e desvios para vermos aí diversos pontos de contacto e paralelismos dogmáticos com temáticas que são absolutamente decisivas para disciplinas como o direito das obrigações e o direito do trabalho, falando apenas de algumas incluídas no direito civil.



Por exemplo, as reflexões de JFG e DCG na explicação do critério de imputação de conhecimento preferível acerca da controlabilidade do risco de segregação da informação e das situações em que uma sociedade poderá opor a terceiro o cumprimento do dever de organização interna para afastar a imputação do conhecimento, serão certamente relevantes para uma adequada ponderação do problema da responsabilidade civil (extracontratual ou obrigacional) por facto de outrem, o qual se projeta em mais do que uma disciplina do direito civil (pelo menos, no direito das obrigações e no direito do trabalho).

Entre nós, esse tema tem conhecido várias reflexões e desenvolvimentos²² e mereceu tratamento doutrinário desenvolvido recente no domínio obrigacional (mas com enfoques no domínio extracontratual também e com aplicações no direito do trabalho – responsabilidade do empregador pela atuação dos seus trabalhadores) por CLÁUDIA MADALENO.

²² Sem pretensões de exaustividade, para além dos autores e obras já citados em notas anteriores, cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, in *Direito e Justiça*, vol. 12, Tomo 1 (1998), pp. 297-311, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, Tomo III, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 601-623, e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I e II, 14.ª ed. e 11.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, pp. 361-366 e 253-256, MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade Civil: temas especiais*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, pp. 23-40 (quando à temática da presunção de culpa do condutor-comissário ou do condutor por conta de outrem), e MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Cascais: Principia, 2017, pp. 429-440, e *Estudos a Propósito da Responsabilidade Objectiva*, Cascais: Principia, 2014, em especial pp. 143-146.



V. Após uma análise histórica e de direito comparado da responsabilidade por facto de outrem (na qual se deteta uma tendência para o alargamento das situações de imputação para efeito de responsabilidade, por força de uma clara evolução nos vários sistemas jurídicos de um regime assente na culpa para um regime de responsabilidade objetiva, bem como várias referências coincidentes com as constantes da obra em recensão, como as relativas ao dever de organização das pessoas coletivas e à consequente culpa na organização e às formas de exoneração, presentes no direito alemão), CLÁUDIA MADALENO sublinhou na sua investigação, além do mais, que:

- Tanto o artigo 500.º como o artigo 800.º do Código Civil apelam (com diferente fundamentação é certo) a um critério objetivo de imputação de responsabilidade por facto de outrem (que prescinde da valoração do estado subjetivo do agente);
- Entre os artigos em questão verificam-se diferenças ao nível da técnica de imputação usada (no caso do artigo 800.º, recurso à técnica da ficção – como se fosse o devedor a agir - assente na lógica do risco-benefício), da exigência de relação de comissão e subordinação (ausente no caso do artigo 800.º), da necessidade de imputação do dano ao auxiliar ou representante (para alguma doutrina claramente ausente no artigo 800.º) ou da exigência que a atuação tenha sido realizada no cumprimento de obrigação ou no exercício das funções (ausente no caso do artigo 800.º);
- A responsabilidade do devedor por facto de outrem tem sido fundamentada, quer na ideia de representação de facto



para a prática de atos materiais (atualmente bastante criticada), quer na ideia de risco (inspirada no direito penal, com vários defensores – *v.g.* CARNEIRO DA FRADA e BRANDÃO PROENÇA - e que apela à lógica de divisão de tarefas que caracteriza a sociedade atual e à possibilidade de controle pelo devedor), quer ainda na ideia segundo a qual o devedor deve suportar as consequências dos meios que são utilizados pelo agente porque beneficia com o alargamento das suas possibilidades de ação e porque lucra com a divisão do trabalho (CLÁUDIA MADALENO);

- A técnica da responsabilidade objetiva prossegue, nos ordenamentos jurídicos em que foi consagrada, uma importante função preventiva, no sentido de incentivar o devedor a ser diligente na escolha das pessoas que introduz no cumprimento das obrigações, bem como nas corretas instruções e suficiente vigilância;
- A técnica da responsabilização objetiva do devedor é a que se revela mais adequada à tutela dos interesses em jogo, designadamente do tráfego jurídico e da confiança do credor, tanto mais que uma outra solução (de natureza subjetiva) poderia paralisar as relações comerciais;
- Mesmo que o devedor tome todos os cuidados possíveis para escolher uma pessoa idónea para desempenhar a tarefa, lhe dê as indicações necessárias e vigie corretamente a respetiva execução, ainda assim poderá haver um vício na



sua atuação, havendo que imputar-lhe o resultado, já que utiliza o auxiliar, retirando vantagens da atividade deste²³.

Este quadro da responsabilidade civil por facto de outrem que aqui se apresenta, embora incompleto (naturalmente), é em todo o caso suficiente para pôr em destaque a existência de diversos pontos de contacto e vários paralelismos dogmáticos com muitas das discussões travadas ao longo da obra em recensão em torno do problema da imputação de conhecimento às sociedades comerciais.

5.2. Relevância processual

I. Mesmo admitindo que o critério geral de imputação de conhecimento proposto por JFG e DCG possa vir a sofrer de algumas limitações heurísticas como os autores desde logo advertem no início da obra (p. 18, nota 9), a verdade é que a investigação apresenta e analisa várias constelações típicas de casos, as quais, mais do que contribuir para identificar e corrigir as fragilidades e insuficiências do quadro explicativo traçado (p. 18), na realidade têm o condão de revelar e colocar à prova toda a potencialidade dogmática do critério de imputação de conhecimento e que um leitor atento e interessado no tema saberá certamente aproveitar e explorar para os mais variados propósitos.

²³ CLÁUDIA MADALENO, *A Responsabilidade Obrigacional Objetiva por Facto de Outrem*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico Cívicas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, in http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/22242/1/ulsd071777_td_Claudia_Madalenopdf, em especial pp. 897-1012.



Este ponto é decisivo, na medida em que se trata de uma investigação, não apenas transversal no domínio do direito civil (entendido este em sentido amplo), como na verdade manifestando preocupações evidentes com o momento da realização do direito e, em particular, com a forma como na prática judicial (ou arbitral) poderá surgir e desenrolar-se (em termos de alegação e prova) a discussão sobre a imputação de conhecimento a uma sociedade comercial.

II. Ao longo da obra em recensão e, em especial, no quinto capítulo relativo aos grupos de casos (pp. 105-160), encontramos vários exemplos que põem a descoberto as insuficiências de outros critérios de imputação de conhecimento e as vantagens do critério de imputação proposto por JFG e DCG e também subsídios relevantes, retirados da jurisprudência ou da doutrina dos espaços jurídicos convocados ou da autoria dos autores, para a discussão do tema da imputação de conhecimento no contexto judicial (ou arbitral).

Estando em causa saber se o conhecimento adquirido poderá ser imputado à sociedade comercial, várias alternativas (ou, recorrendo a uma feliz expressão dos autores, vários “lugares argumentativos”) que se apoiam nos desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais daqueles espaços jurídicos se perfilam, podendo as partes no contexto de um processo judicial (ou arbitral) fazer um uso mais ou menos eficaz de fundamentos de imputação ou de exclusão dessa imputação.

Por exemplo, quem pretenda a imputação de conhecimento adquirido por órgãos sociais ou por quem não integra os órgãos sociais poderá sustentar, no quadro da teoria apresentada pelos



autores, que a imputação desse conhecimento resultará, desse logo, de *“imperativos de segurança no tráfego e nos deveres de adequada organização da comunicação interna, com aqueles relacionados”* (pp. 108 e 115). Para esse efeito, será, na perspectiva do interessado na imputação, indiferente a demonstração (i) da existência ou falta de um nexos de representação orgânica ou de representação voluntária e/ou (ii) do facto de o conhecimento ter sido obtido no âmbito e no exercício das suas funções ou não ou até antes do início das funções (conhecimento ou saber privado). Importante será apenas, numa ótica de alocação do risco de organização, a possibilidade de atribuir normativamente à sociedade um estado psicológico de conhecimento dos membros dos órgãos sociais ou de outros atores sociais relevantes.

Contudo, tais argumentos não podem ser descartados. Serão certamente alegados e explorados (com mais ou menos sustentação e êxito) por quem pretenda evitar a imputação, convocando em sua defesa vias e teorias de imputação que assentam na ideia de representação do conhecimento, desenvolvimentos jurisprudenciais mais restritivos em matéria de imputação de conhecimento ou até argumentos porventura qualificáveis como factos impeditivos de conhecimento e cuja prova incumbirá fazer a quem pretenda evitar a imputação: a adequação da organização societária, a existência de obrigações de confidencialidade, a instituição de medidas organizacionais de segregação de informação (por exemplo, para evitar conflitos de interesses e dar cumprimento a deveres legais impostos nessa matéria), o direito ao esquecimento (razoável) da informação, a existência de restrições não voluntárias e não instituídas para evitar a imputação de conhecimento a fluxos de informação, a



compartimentação do conhecimento ou a inexistência de partilha de informação na sociedade.

III. No essencial, a descrição que JFG e DCG fazem no quinto capítulo encontra - e bem -correspondência numa tentativa de fornecer modelos de decisão: começando por ilustrar os aspetos problemáticos do juízo de imputação de conhecimento, prosseguem os autores com o teste e o desenvolvimento do enquadramento geral realizado, acentuando as diferenças em função da densidade problemática do caso e procurando exaurir novas e mais ajustadas concretizações da orientação dogmática seguida na obra (pp. 18 e 104).

A expressão “modelos” costuma significar basicamente a referência a padrões, sejam estes entendidos enquanto esquemas da forma de ocorrência de um facto natural ou social (também designados por “objectos-modelo” e que traduzem relevâncias observáveis e verificáveis) ou como teorias relativas à esquematização adotada (os chamados “modelos teóricos” que correspondem a esboços hipotéticos de coisas e factos supostamente reais). Ambos não são a realidade e realizam uma seleção, na medida em que dão relevância a alguns aspetos em detrimento de outros²⁴.

Ora, se bem que alguns autores sustentem a possibilidade de transpor para o campo da ciência jurídica os dois modelos ou sentidos de modelo com que trabalha a ciência em geral²⁵ parece na verdade justificar-se adotar o sentido de modelos que

²⁴ MARIO BUNGE, *Teoria e Realidade*, São Paulo: Perspectiva, 1974, p. 30.

²⁵ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *A Ciência do Direito*, 3.ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, pp. 132-133.



corresponde ao dos modelos teóricos: ou seja, dos modelos que implicam a construção de uma teoria ou de um esboço hipotético relativamente a uma determinada esquematização.

O sentido adotado de modelos como modelos teóricos parece enquadrar-se e conformar-se melhor com os chamados “modelos jurídicos de decisão” no processo de realização do direito²⁶ e da reflexão jusmetodológica que sobre eles deve incidir²⁷, pois no direito os modelos teóricos podem ser agrupados em modelos abrangentes que (para além de outros aspetos) podem exprimir um certo modo de encarar a questão da decidibilidade (que tem vindo a ser erigida a problema central da ciência do direito²⁸), em especial

²⁶ Sobre os modelos de decisão jurídica, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, na introdução à edição portuguesa da obra de CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 3.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. CVII-CXII, e “Tendências actuais da interpretação da lei: do juiz-autómato aos modelos de decisão jurídica”, in *Revista Jurídica*, N.ºs 9-10 (Jan.-Jun.1987), p. 7-15.

²⁷ Acerca da necessária reflexão jusmetodológica em relação à decisão judicial a realizar pela ciência do direito, cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp. 17-34, e FERNANDO JOSÉ BRONZE, *A Metodonomia entre a Semelhança e a Diferença (Reflexão Problematizante dos Polos da Radical Matriz Analógica do Discurso Jurídico)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

²⁸ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *A Ciência do Direito*, 3.ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, pp. 48-55. No entanto, como alerta, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed., Coimbra: Almedina, 2013, p. 235, “a ordem jurídica é muito mais rica e ultrapassa a solução do caso” e “o direito não está só na aplicação”.



a relativa à busca das condições de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético²⁹.

Ao mesmo tempo aquele sentido comporta uma vantagem não desprezível e que a obra em recensão também evidencia: permite atribuir a qualquer construção teórica apenas o sentido de esboço hipotético de algo supostamente real e não como traduzindo um esquema ou uma representação (gráfica, simbólica ou outra) da forma como o problema se desenrola ou pode desenrolar num processo judicial (ou arbitral).

6. Lançamento de um repto

I. Embora se ressalve (na nota 1, da p. 14) que não serão objeto de tratamento os aspetos penais da imputação de estados subjetivos, a obra em recensão assume também relevância para os domínios do direito penal e do direito contraordenacional e, em especial, para aqueles autores, como TERESA QUINTELA DE BRITO, que têm vindo a refletir sobre os problemas inerentes à responsabilidade penal e contraordenacional dos entes coletivos, pessoas jurídicas ou pessoas coletivas e seus agentes e dirigentes, que não enjeitam (antes há muito acolhem nas suas investigações³⁰)

²⁹ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *Função Social da Dogmática Jurídica*, 2.ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, pp. 117-118, e *A Ciência do Direito*, 3.ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, pp. 55-56.

³⁰ TERESA QUINTELA DE BRITO, BRITO, *O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa no Código Civil e no Código Penal: uma perspectiva de unidade da justificação*, Lisboa: Lex, 1994, e “Uma perspectiva sobre a substituição processual legal e a eficácia subjectiva do caso julgado”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa: Lex, 1995, pp. 103-148.



os desafios lançados aos penalistas pelo direito civil e que até promovem uma visão partilhada de questões com o direito civil.

De resto, tal como JFG e DCG reconhecem (na mesma página e nota), não raras vezes sucede que se deparam os civilistas com questões que coincidem com as colocadas à ciência do direito penal (e ao direito das contraordenações³¹) e, no caso da imputação de conhecimento (ou de estados subjetivos), não será impossível, como noutros temas também não é³², descortinar uma base dogmática comum.

³¹ Sobre a relação entre o direito penal e o direito das contraordenações (e, em particular, da distinção entre crime e contraordenação) e com uma análise da responsabilidade das pessoas coletivas e seus agentes, cfr. a recente obra de AUGUSTO SILVA DIAS, *Direito das Contra-Ordenações*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 45-56, 91-98 e 174-183.

³² Uma já longa e (em nosso entender) salutar tradição pode ser identificada nesse sentido, por exemplo, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Veja-se, entre outros, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (*Acção finalista e nexa causal*, Dissertação apresentada no curso complementar, Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 1956, e “A Teoria Finalista e o Ilícito Civil”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 27, 1986, pp. 9-28), no sentido da unidade do conceito de ilicitude e a favor da existência de uma unidade fundamental do ilícito em toda a ordem jurídica, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (*Direito das Obrigações*, 2.º vol., Lisboa: AAFDL, 1980, pp. 305-306), no sentido de ser possível e desejável uma maior aproximação aos quadros penalistas da responsabilidade, nomeadamente quando aí se detetem construções mais avançadas, RUI MASCARENHAS ATAÍDE (“Causalidade e imputação objectiva na teoria da responsabilidade civil. A sobreposição das concepções normativas”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. III (coord. Jorge Miranda), Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 181-237 (185-186)), referindo-se a um lastro comum e a importantes zonas de intersecção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, e, mais recentemente, RUI SOARES PEREIRA (*O Nexa de Causalidade na Responsabilidade Delitual: fundamento*



II. Não sendo tal esforço exigível para a obra em recensão, JGF e DCG também não se abalçaram na definição de uma base dogmática comum capaz de servir tanto ao direito civil como ao direito penal (e contraordenacional) em matéria de imputação de conhecimento às sociedades comerciais.

Apesar disso, a posição defendida na obra em relação à imputação de conhecimento às sociedades comerciais, preenhe que está de contrapontos argumentativos inovadores e de referências doutriniais e jurisprudenciais dos espaços jurídicos mais desenvolvidos e com implicações em matéria penal ou contraordenacional (veja-se, por exemplo: a referência na p. 57 quanto à influência que uma certa interpretação restritiva da *directing mind and will doctrine* continuará a ter no direito penal, designadamente na jurisprudência e tratando-se de crimes mais graves que envolvem *mens rea*; e a referência na p. 158, nota 393, aos eventuais efeitos penais da já referida *cognoscere non velle protestatio*³³), merece ser avaliada e estudada com profundidade.

e limites do juízo de condicionalidade, Coimbra: Almedina, 2017), estabelecendo-se aí vários pontos de contacto entre o direito civil e o direito penal em torno do problema do nexos de causalidade e da sua prova.

³³ Pense-se na tendência em torno da aceitação (para encontrar um equivalente do conhecimento do ilícito, baseado numa alta probabilidade da sua existência) da construção anglo-saxónica, em matéria penal, da *willful blindness* ou da *willful ignorance* e as tendências verificadas em relação à sua transposição para o domínio do direito civil. Sobre o tema, podem ser encontradas várias referências em: DOUGLAS HUSAK, “Willful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality”, in *The Philosophy of Criminal Law: Selected Essays*, Oxford, 2010, pp. 200-232, e *Ignorance of Law: a Philosophical Inquiry*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 216 e seguintes; GIDEON YAFFE, “The Point of Mens Rea: The Case of Willful Ignorance”, in *Criminal Law and Philosophy*, 2016, pp. 1-26; ALEX ROBERT DANIEL,



E, certamente, as potencialidades heurísticas do critério de imputação proposto virão a ser testadas e aproveitadas no contexto das discussões sobre a responsabilidade penal ou contraordenacional das pessoas jurídicas e equiparadas, dos entes coletivos e das pessoas coletivas e seus agentes ou dirigentes (no âmbito do chamado “criminal compliance” ou não) que têm e continuam ainda hoje a ser travadas³⁴.

“Willful Blindness: The Hazards of an Evolving Standard of Knowledge”, 2013, available at http://scholarship.shu.edu/student_scholarship/347/; ALEX F. SARCH, “Willful Ignorance, Culpability and the Criminal Law”, in *St. John's Law Review*, vol. 88, 2014, pp. 1023-1102, e “Beyond willful ignorance”, in *University of Colorado Law Review*, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2703397> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2703397>. Em Portugal, fazendo referência à “cegueira deliberada” (que também pode ser designada por “ignorância deliberada”) como transplante jurídico necessário caso se admita a possibilidade de dolo eventual no branqueamento de capitais (mas sem afirmar a coincidência ou o paralelismo daquela construção com o dolo eventual como por vezes se pretende fazer crer), cfr. PAULO DE SOUSA MENDES, “A problemática da punição do autobranqueamento e as finalidades de prevenção e repressão do branqueamento de capitais no contexto da harmonização europeia”, in *Católica Law Review*, vol. 1, N.º 3, novembro 2017, pp. 127-156 (145-148).

³⁴ TERESA QUINTELA DE BRITO, “Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas e equiparadas: algumas pistas para a articulação da responsabilidade individual e coletiva”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão* (org. António Menezes Cordeiro, Pedro Pais de Vasconcelos, Paula Costa e Silva), vol. 2, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 1425-1443, “A determinação das responsabilidades individuais no quadro de organizações complexas”, in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras* (coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 75-103, “Autoria das contra-ordenações e dos dirigentes de organizações”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias* (org. Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa), 2.º vol., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 203-231, “Domínio do facto, organizações



III. Um repto é assim lançado aos autores da obra em recensão e aos cultores do direito penal e do direito contraordenacional, para que entabulem entre si um diálogo científico sobre o tema da imputação de conhecimento às sociedades comerciais (para efeitos de responsabilidade civil e de responsabilidade penal destas e dos seus agentes ou dirigentes) e, de preferência, que o façam numa perspetiva de estabelecimento de vasos comunicantes entre o direito civil e o direito penal.

A divisão de tarefas, a segregação de informação, a fragmentação de conhecimento, a instituição de barreiras informativas e as restrições (voluntárias ou não) a fluxos de informação também se

complexas e autoria dos dirigentes”, “Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual” e “Responsabilidade criminal de entes colectivos: algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal”, todos in *Direito Penal Económico e Financeiro: conferências do curso pós-graduado de aperfeiçoamento* (coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 163-200, pp. 201-225 e pp. 227-253, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, Dissertação de Doutoramento, não publicada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Julho de 2012, “Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contraordenacional e penal de entes coletivos”, in *Direito da Investigação Criminal e da Prova* (coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: Almedina, 2014, pp. 131-182, “Relevância dos mecanismos de *Compliance* na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes”, in *Anatomia do Crime*, 2014, n.º 0, pp. 75-91, e “*Compliance*, Cultura Corporativa e Culpa Penal da Pessoa Jurídica”, in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal* (coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: Almedina, 2018, pp. 57-100.



podem verificar no seio da própria academia, representando igualmente aí um risco de organização que deve ser levado a sério.

Rui Soares Pereira