

A imputação de conhecimento nos grupos de sociedades (Parte II)

PEDRO DE ALMEIDA FERNANDES*

SUMÁRIO: *Parte II: 3.6. Critérios de imputação de conhecimento no seio dos grupos de sociedades: 3.6.1. Alocação de conhecimento da sociedade-mãe na esfera da sociedade-filha (imputação downstream): 3.6.1.1. Caso especial: o caso das sociedades unipessoais; 3.6.1.2. Caso especial: a violação das obrigações de divulgação de informação?; 3.6.2. Alocação de conhecimento da sociedade-filha na esfera da sociedade-mãe (imputação upstream): 3.6.2.1. Notas introdutórias; 3.6.2.2. O critério: o controlo do fluxo de informação: 3.6.2.2.1. Especialidades: grupos de direito; 3.6.2.2.2. Especialidades: grupo de facto; 3.6.2.3. Caso especial: a imputação de conhecimento fora do contexto negocial; 3.6.3. Alocação de conhecimento horizontal entre sociedades-irmãs (imputação sidestream); 3.6.4. Duplo mandato (Doppelmandaten): 3.6.4.1. Generalidades: a ponderação do dever de confidencialidade: 3.6.4.1.1. Duplo mandato upstream; 3.6.4.1.2. Duplo mandato downstream; 3.6.4.2. Conhecimento adquirido na esfera privada. 4. Nótulas conclusivas.*

RESUMO: Nos últimos anos, entre nós, tem surgido um crescente interesse pela temática dos estados subjetivos e da imputação de conhecimento – matérias pouco abordadas pelos nossos tribunais. Entre este fenómeno encontram-se os casos de interposição dos grupos de sociedades, cuja multiplicidade apresenta ínfimas soluções em função do contexto do grupo e do sentido da imputação (*upstream*, *downstream* ou *sidestream*). Nesta sequência, a nossa pretensão assenta na análise das soluções e critérios aventados pela doutrina e jurisprudência alemãs para, com vista a lançar as bases desta discussão, testar as soluções germânicas no seio do ordenamento nacional. A presente análise aborda, na sua segunda parte, a densificação

* Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado Estagiário na PLMJ Advogados SP, RL.

dos vários critérios de imputação de conhecimento no contexto dos grupos de sociedades, tendo em consideração a multiplicidade de fenómenos que emergem da relação de grupo.

PALAVRAS-CHAVE: conhecimento; imputação; grupos de sociedades; risco de organização; fluxos de informação.

ABSTRACT: In the past few years, amongst us, there has been an increasing interest in relation to subjective elements and attribution of knowledge – subjects which are not usually addressed in or by our Courts. This includes the cases where there is an interception of groups of companies, a topic which presents a multiplicity of solutions depending on the relevant context of the group and the direction of the attribution (upstream, downstream or sidestream). Hence, we intend to analyse the solutions and legal criteria suggested by German scholars and case-law, so as to lay the foundations for this discussion by testing such solutions under Portuguese law. The second part of this analysis addresses the densification of the various criteria of attribution of knowledge in the context of groups of companies, taking into consideration the multiple factors that arise from a group relationship.

KEYWORDS: knowledge; attribution; groups of companies; organisation risk; information flows.

3.6. Critérios de imputação de conhecimento no seio dos grupos de sociedades**

3.6.1. Alocação de conhecimento da sociedade-mãe na esfera da sociedade-filha (imputação downstream)

Em primeiro lugar, importa destacar que a sociedade-filha tem acesso a informação relativa ao grupo através da sociedade-mãe, consequentemente, a *controlabilidade do conhecimento* depende permanentemente do comportamento da empresa controladora.

** O presente texto corresponde, com algumas alterações, ao relatório elaborado para o Seminário de Direito das Sociedades Comerciais, no ano letivo 2019/2020, no âmbito do Curso de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica na Faculdade de Direito da Faculdade de Direito de Lisboa, na especialidade em Direito Comercial, sob a coregência dos Senhores Professores Doutores Pedro de Albuquerque, Francisco Mendes Correia e Diogo Pereira Duarte. A primeira parte do presente estudo foi publicada no número 1 (2022) da *Revista de Direito das Sociedades*.

De seguida, a pretensão jurídica da sociedade-filha, quando existe, encontra-se bastante delimitada fáctica e materialmente. Com efeito, como verificámos *supra*, a extensão voluntária das informações que lhe são transmitidas por parte da sociedade-mãe está largamente fora do controlo da sociedade-filha. Portanto, a alocação de conhecimento da sociedade-mãe à sociedade-filha, na generalidade dos casos, é excluída sempre que esta careça do elemento fundamental da *controlabilidade*¹.

O sistema exige condições adicionais restritivas para a atribuição de conhecimento da sociedade-mãe à sociedade-filha. Em geral, podemos afirmar, com base na melhor doutrina alemã, que as situações onde é possível afirmar a imputação de conhecimento *downstream* correspondem aos seguintes grupos de casos:

- (i) Atuação da sociedade mãe enquanto representante da sociedade-filha;
- (ii) Existência de instruções da sociedade-mãe para a sociedade-filha;
- (iii) Imputação devido à confiança gerada; e
- (iv) Os mandatos duplos².

Analisemos estes casos em detalhe:

a) Atuação da sociedade mãe enquanto representante da sociedade-filha

Em primeiro lugar, é perfeitamente concebível que a sociedade-mãe funcione como representante voluntário ou representante de conhecimento da sociedade-filha³. Em ambos os casos, o intérprete socorrer-se-á da aplicação do art. 259.º do CC, embora, no primeiro caso, o faça diretamente, enquanto, no segundo caso, terá de recorrer à aplicação analógica do preceito. Este caso não levanta quaisquer dúvidas práticas ou dogmáticas, sendo, aliás, uma prática habitual de mercado.

b) Existência de instruções da sociedade-mãe para a sociedade-filha

O segundo caso que iremos retratar reporta-se aos casos em que a sociedade-mãe impele (através de uma instrução *lato sensu*, *i.e.*, em termos mais amplos do que aqueles postulados no art. 503.º do CSC) a sociedade-filha a concluir um negócio com terceiros em prol do grupo.

¹ Neste sentido, GOMES, José Ferreira e GONÇALVES, Diogo Costa, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, *ob.cit.*, p. 93 e ss.

² Os mandatos duplos serão abordados *infra*.

³ Iguualmente, SCHÜRNBRAND, Jan, *Wissenszurechnung im Konzern – unter besonderer Berücksichtigung von Doppelmandaten*, *ob.cit.*, p. 365.

Nesta medida, em primeiro lugar, quanto ao conteúdo da instrução, como afirmámos, esta não necessita de ser considerada formalmente enquanto tal.

Por conseguinte, na linha do defendido por Jan Schürnbrand, para efeitos de imputação de conhecimento em virtude da emissão de uma instrução, a mera expressão de um desejo ou recomendação poderão ser aptos a permitirem a alocação⁴.

O intérprete não deverá atender ao efeito vinculante que a expressão de vontade da sociedade-mãe retém sobre toda a atuação subsequente da sociedade-filha, independentemente da natureza jurídica do grupo em questão, na medida em que esse efeito não compromete decisivamente o decurso dos eventos que são atribuídos à sociedade-filha.

O plano de análise terá, necessariamente, de incidir sobre a influência que a ação antecedente da sociedade-mãe deteve sobre o negócio. Assim, caso essa influência tenha sido cabal para a realização da ação ou implementação de outra medida pretendida pela sociedade-mãe, o conhecimento também deverá ser alocado em resultado do princípio de que a sociedade-mãe não pode aproveitar o estado autoinduzido de boa-fé da sociedade-filha em seu benefício próprio⁵.

Vejamos o seguinte exemplo: A sociedade-mãe X, meramente “indicando” à sociedade-filha Y que gostaria de adquirir um terreno, toma todos os atos societários relevantes para que a sociedade-filha proceda à aquisição do referido terreno. Sem embargo de aquela ter procedido à demonstração de todos os estudos necessário para descortinar uma grave desconformidade do terreno com a legislação ambiental, a informação relevante não foi transmitida à sociedade-filha. Sendo que, após a aquisição e com base nessa “mera indicação” e desconhecimento da sociedade-filha, mais tarde, esta última vem invocar o erro sobre o objeto (art. 247.º do CC) ou a redução do preço do terreno (art. 911.º, n.º 1, do CC), beneficiando, por conseguinte, o grupo como um todo.

Obviamente que um resultado deste género não é de admitir. Aliás, chegaríamos a uma igual resposta pela via da análise dos princípios jurídicos aplicados ao caso concreto, em particular, o princípio da boa-fé. Justamente, a análise aturada do subprincípio da prevalência da substância sobre a forma determinaria que uma visão distinta da proposta seria desconforme com os valores que subjazem a esta modalidade de imputação de conhecimento.

Posto isto, cumpre realçar que neste grupo são retratadas as situações em que se preteriu do estrito cumprimento dos princípios de circulação de infor-

⁴ Cfr. SCHÜRNBAND, Jan, *Wissenszurechnung im Konzern – unter besonderer Berücksichtigung von Doppelmandaten*, ob.cit., pp. 365-366.

⁵ Sobre a nossa perspetiva relativa ao n.º 2 do art. 259.º do CC, cuja aplicabilidade no seio dos grupos de sociedades não se discute vd. ponto 2.1 *supra*.

mação expostos *supra*, resultando, desta forma, na falta de conhecimento relevante da sociedade-filha – que se encontra presente, todavia, na sociedade-mãe – no momento da conclusão do negócio.

Aqui, a ideia subjacente à imputação de conhecimento baseia-se numa inferência lógica de que *direção unitária do grupo* permite à sociedade-mãe ter legitimidade jurídica e poder fático para impor uma determinada instrução ao órgão de administração da sociedade.

Nesta lógica, nos grupos de direito, essa influência, maioritariamente, traduz-se na emissão de instruções, nos termos do art. 503.º do CC, por parte da sociedade-mãe para a execução de um determinado ato jurídico a realizar pela sociedade-filha.

Nos grupos de facto, a prossecução de medidas em benefício da sociedade-mãe (a evidência material de uma direção unitária) poderá advir de um domínio da assembleia-geral da sociedade-filha, de cláusula contratuais que impõem uma determinada conduta, de cláusulas de controlo, *etc.* A existência de sócios minoritários de boa-fé, já que o que se torna fundamental para este efeito são os votos que definem o sentido da deliberação – portanto, os da sociedade-mãe⁶.

Em ambas as situações, a sociedade-filha acaba por ser legitimamente instrumentalizada para a prossecução dos objetivos da sociedade-mãe. O que, realce-se, é plenamente admissível e encontra justificação na própria constituição do grupo. As normas societárias e civis visam apenas de regular e apresentar mecanismos de controlo aptos a compor os interesses de todas as partes envolvidas – sociedade-mãe, sociedade-filha e terceiros⁷.

No que estritamente concerne à imputação de conhecimento *downstream*, prevalece a ideia base que o beneficiário de uma atividade de um representante não pode unilateralmente subverter os riscos inerentes ao ato de divisão de tarefas, entre estes riscos inclui-se o conhecimento relevante para a prática do ato jurídico de referência⁸.

Afloremos um pouco mais esta ideia, porque ao contrário do que se passa com o negócio representativo, aqui a sociedade-filha ou controlada não é juridicamente considerada um representante ou um representante de conhecimento, dado que esta não conhece do facto imputando.

Não obstante, como verificámos *supra*, a inaplicabilidade deste normativo não desvirtua os fundamentos ético-jurídicos que lhe subjazem, pois estes reve-

⁶ Nestes termos, *Cfr.* SCHÜRNBAND, Jan, *Wissenszurechnung im Konzern – unter besonderer Berücksichtigung von Doppelmandaten*, *ob.cit.*, pp. 365-366.

⁷ Sobre os vários mecanismos previstos na lei societária, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Manual de Grupos de Sociedades*, *ob.cit.*, pp. 205 e ss.

⁸ *Cfr.* SPINDLER, Gerald, *Wissenszurechnung in der GmbH, der AG und im Konzern*, *ob. cit.*, pp. 335-336.

lam a preocupação do legislador na proteção de quem transaciona com uma interposição de esferas jurídicas.

Assim, no sentido apontado Pedro de Albuquerque, temos de ter em consideração o princípio, disposto no n.º 2 do art. 259.º do CC. Portanto, na hipótese de o principal *lato sensu* (a sociedade-mãe) deter a ciência de factos juridicamente relevantes sobre os aspetos nos quais esse conhecimento incide e ter a possibilidade de influenciar o comportamento do representante *lato sensu* na celebração do negócio com terceiro, mas ao adotar uma postura passiva (i.e., nada fazer), o legislador português sanciona a violação do dever de informação da sociedade-mãe com a atendibilidade do seu conhecimento para efeitos de verificação dos estado subjetivo exigido pelas normas de conhecimento⁹.

Logo, se a sociedade-mãe utiliza a sua subsidiária para a realização de negócios em prol do grupo e não informa o órgão de administração desta última sobre os factos relevantes, o seu conhecimento não pode ser obliterado, simplesmente, porque quem celebra o negócio afinal é a sociedade-filha. Ou seja: o conhecimento da pessoa jurídica que decididamente formula o negócio jurídico é fundamental, justificando a atribuição de conhecimento em sentido descendente.

Embora não possa ser inferido por via do n.º 2 do art. 259.º do CC, diretamente ou analogicamente, uma vez que o que se trata na hipótese em discussão é a repercussão do conhecimento da sociedade-mãe na esfera da sociedade-filha. Indiscutivelmente, teremos de concluir que uma solução que não assente no princípio assinalado confluirá, em última análise, num caso prototípico de abuso de direito (nos termos e para os efeitos do art. 334.º do CC).

Ora, esta conclusão não se altera quando estamos perante um grupo de facto, ainda que se possa afirmar que não existe nenhuma obrigação legal para a implementação da medida – a realidade acaba por contradizer, muitas vezes, essa conclusão em termos fácticos.

Embora seja apontado que, como afluímos *supra*, a sociedade-mãe deverá fornecer à sociedade-filha as informações suficientes e adequadas para que esta possa avaliar da legalidade da instrução e ao mesmo tempo possa determinar, ao abrigo da obrigação de compensação de desvantagens, o *quantum* referente a estas últimas.

A situação é comparável ao que se passa nos grupos de direito e, por sua vez, assemelha-se ao caso do representante que se encontra de boa-fé quanto ao conhecimento do representado.

⁹ Cfr. ALBUQUERQUE, Pedro de, *A Representação Voluntária em Direito Civil*, ob.cit., pp. 1176-1777.

A atribuição de conhecimento também se pode estender às situações em que a sociedades que compõem o grupo são *deliberadamente* utilizadas para a execução de determinadas tarefas e o conhecimento é isolado.

Neste sentido, a alocação de conhecimento ocorre devido à proteção de terceiros no tráfego negocial. O conhecimento é um fator de risco, o qual é tido em conta pelo ordenamento jurídico e que, conseqüentemente, é objeto de uma correta distribuição por quem beneficia das vantagens que advêm daquele. Assim, se os membros do grupo operam tendo em vista um objetivo de grupo global, a conclusão enunciada previamente prevalece.

c) Imputação de conhecimento devido à confiança gerada

Noutro plano, também se poderá questionar se a sociedade-filha deverá ver ser-lhe alocado um conhecimento de um facto conhecido pela sociedade-mãe, em virtude da criação de uma legítima expectativa na esfera de um terceiro¹⁰.

Nestes casos, a sociedade-mãe cria uma legítima expectativa no terceiro de que a subsidiária recebeu e está ao corrente de uma determinada informação relativa a um negócio jurídico celebrado por esta.

A resposta a esta pergunta só tenderá a ser afirmativa em situações em que a sociedade-mãe tenha estruturado um sistema de informação comum a todo o grupo e que seja passível de ser consultado pelo sujeito que age em nome da sociedade-filha.

Dito de outro modo, na linha do defendido pela jurisprudência do BGH relativamente aos casos de Direito dos Seguros, o terceiro que age com a sociedade-filha poderá afirmar que detém uma expectativa digna de proteção quando as informações são acessíveis através da consulta à sua base de dados partilhada com outras entidades do grupo, fundamentando, deste modo, a imputação do conhecimento relevante à sociedade-filha (independentemente da transmissão *stricto sensu* dessa informação pela sociedade-mãe).

Todavia, como ficou esclarecido *supra*, o escopo de imputação aqui não assenta numa especialização face à obrigação de organização do conhecimento que teria a sociedade-filha na eventualidade de o sistema de informação lhe pertencesse exclusivamente. Esta tendo acesso à informação não pode obstruir esse facto, os mecanismos de circulação de informação e imputação de conhecimento aplicam-se diretamente, porquanto a sua administração deveria ter adequado os seus sistemas de circulação de informação internos para que o agente que atua pela sociedade tivesse em poder da factualidade relevante.

¹⁰ Cfr. SPINDLER, Gerald, *Wissenszurechnung in der GmbH, der AG und im Konzern*, ob. cit., p. 340.

Ao passo que a situação é diferente quando o mencionado sistema de informação partilhado não esteja implementado. Na falta da implementação deste último, em princípio, não existirão dados factuais cabais para estabelecer a correspondência entre a ausência de conhecimento e a criação da legítima expectativa arguida. Por conseguinte, não haverá que imputar o conhecimento à sociedade-filha.

Conquanto a sociedade controladora possa ter de indemnizar o terceiro por frustração da confiança que depositou no cumprimento dos deveres impostos à sociedade-mãe na estruturação de um sistema de organização de conhecimento adequado, dado que o sistema interno não pode tolerar que a sociedade controladora seja colocada em melhor posição que qualquer outro sujeito que cria legítimas expectativas na esfera jurídica de terceiros.

Importa esclarecer que a tutela indemnizatória assegurada, por via da aplicação do art. 227.º do CC, consubstancia dogmaticamente uma situação onde são convocadas as coordenadas orientadoras da responsabilidade civil por culpa *in contrahendo* e não um caso de imputação de conhecimento¹¹. Ademais, o próprio ente responsável é a sociedade-mãe e não a sociedade-filha.

Ora, no que concerne à esfera da sociedade-filha, por um lado, deve recuperar-se a lição de Gerald Spindler, de modo a ficar clarificado que a pura integração no grupo – por exemplo, através da utilização do logo identificativo do grupo – não é suficiente para, por si só, garantir que a confiança depositada pelo parceiro negocial da subsidiária é legítima.

Nem, por outro lado, existe um dever gestão ou de estruturação de um concreto sistema de informação grupal.

Desta forma, na falta da existência de um sistema de informação partilhado, genericamente, não é possível enquadrar a confiança de um terceiro como digna de proteção e, conseqüentemente, funcionar como fator preponderante para a imputação de um particular conhecimento à sociedade-filha.

Com efeito, os casos em que o terceiro confia que a sociedade conhece o facto imputando não se assemelham aos casos que a doutrina considera dignos de uma “proteção positiva” das expectativas jurídicas¹². Ou seja, em princípio, não estaremos perante uma situação que exija a tutela da aparência (*e.g.*, a procuração aparente) ou imperativos ético-jurídicos imponham uma solução distinta (*e.g.*, o *venire contra factum proprium*).

¹¹ *Cfr.* SPINDLER, Gerald, *Wissenszurechnung in der GmbH, der AG und im Konzern*, *ob. cit.*, p. 340. O autor afirma que não há razão para colocar a sociedade-mãe numa posição melhor do que qualquer outro depositário que deve assumir a responsabilidade de conservar uma coisa.

¹² Sobre a responsabilidade pela confiança, por todos, FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Teoria da confiança e Responsabilidade Civil*, *ob.cit.*, em especial pp. 583 e ss.

Ademais, um raciocínio inverso colocaria em causa, uma vez mais, o princípio basilar da autonomia jurídica da sociedade subordinada. A existência deste último ampara uma temática basilar da decisão de gestão pela integração num grupo de sociedades, *i.e.*, a segurança patrimonial, garantida pela personalização da sociedade-filha.

Outro argumento pode ser aventado, pois, importa destacar que para o que nos interessa atingir com este capítulo – ou seja, uma estruturação dogmática da imputação de conhecimento no contexto grupal –, forçosamente, teremos de concluir pela incapacidade do instituto do abuso de direito em habilitar o intérprete com um critério geral de imputação.

Assim, certamente existirão casos em que a utilização indevida e abusiva da estrutura organizacional do grupo permitirá a imputação, todavia, não será o instituto do abuso de direito o instrumento que deverá consubstanciar *prima facie* a análise do intérprete¹³.

3.6.1.1. Caso especial: o caso das sociedades unipessoais

No caso em que a estrutura acionista da sociedade-filha é somente composta pela sociedade-mãe, *i.e.*, perante um caso de domínio total, nos termos e para os efeitos do arts. 488.º e *ss.* do CSC.

Perante circunstâncias como as relatadas, não se encontram em conflito interesses de sócios minoritários, porquanto, poder-se-ia pensar que o princípio geral de exclusão da imputação de conhecimento da sociedade-mãe à sociedade-filha sofreria alterações, atribuindo-se uma maior prevalência à proteção da segurança no tráfego, repercutindo, na esfera dos membros do grupo, o risco criado pela divisão de tarefas¹⁴.

Contudo, a mera detenção de 100% do respetivo capital social não poderá equivaler a tratar ambas as sociedades como uma única entidade jurídica.

Por um lado, estaríamos a abrir portas para a subversão do princípio da independência jurídica de ambas as sociedades integrantes do grupo.

Por outro lado, a composição da estrutura acionista da sociedade controlada nada diz sobre o modo como está organizada tanto a sua administração como a administração da sociedade controladora. A sociedade controladora tem liber-

¹³ No sentido de que o instituto do abuso de direito não fornece uma solução suficientemente concretizada para os problemas de imputação de conhecimento, *Cfr.* SCHÜRNBRAND, Jan, *Wissenszurechnung im Konzern – unter besonderer Berücksichtigung von Doppelmandaten*, *ob.cit.*, pp. 379-380.

¹⁴ Neste sentido, SPINDLER, Gerald, *Wissenszurechnung in der GmbH, der AG und im Konzern*, *ob.cit.*, pp. 342-343.

dade para limitar a sua influência a transmitir somente informações estratégicas fundamentais.

Conclui-se que a circunstância de uma sociedade dominar totalmente outra não poderá suscitar *per se* uma determinada confiança nos operadores económicos que o conhecimento de uma é o conhecimento da outra. São necessários *in casu* fatores adicionais, como os apontados *supra*, que possibilitem a imputação.

3.6.1.2. Caso especial: a violação das obrigações de divulgação de informação?

Fora os casos em que existe uma instrução por parte da sociedade-mãe para a realização de um ato, questiona-se se o conhecimento desta deve imputado à sociedade-filha, caso a primeira estiver adstrita um dever de informação para com a sociedade-filha¹⁵.

Curiosamente, é neste ponto que se coloca com maior acuidade o conflito entre o (i) *dever de gestão* da sociedade-mãe; e o (ii) *dever de organização adequada do conhecimento* no contexto do grupo de empresas.

No que diz respeito ao primeiro, este não existe *per se* com a constituição da relação de grupo, nem durante a implementação da relação jurídica, somente com a estratificação em concreto da relação de grupo, pelo meio da emissão de comando positivos de atuação, se poderá afirmar a existência de deveres especiais relativos à gestão da sociedade-filha – nomeadamente, deveres de informação, por via do necessário controlo de legalidade dos comandos emitidos.

Carecendo para esse efeito, através da análise da factualidade subjacente, de ser possível determinar que a sociedade-mãe aproveita a relação de grupo – através da emissão de instruções – para implementar uma direção unitária assente na divisão de tarefas estabelecida pelo seu conselho de administração da sociedade-mãe. É exatamente neste âmbito que surge como consequência: o dever de organização adequada de conhecimento a nível do grupo que impende sobre a sociedade-mãe.

Por outras palavras, na linha do afluído no ponto anterior, o dever de organização do conhecimento só releva, na relação *downstream*, quando existe uma necessidade do sistema de corrigir uma possível subversão das normas de conhecimento com base na interposição da sociedade-filha.

Nessas circunstâncias, o incumprimento do dever de organizar o conhecimento, resulta na imputação da ciência sociedade controladora como se pertenc-

¹⁵ Sobre esta temática, SPINDLER, Gerald, *Wissenszurechnung in der GmbH, der AG und im Konzern*, *ob. cit.*, pp. 337-340.

cesse à sociedade controlada. No entanto, este caso configura uma regra excepcional, não uma regra geral de imputação construído com base na necessidade da sociedade-mãe de transferir informação para outras sociedades do grupo.

Aliás, o entendimento unânime da doutrina e jurisprudência tudesca quanto à imputação de conhecimento em sociedades fora do contexto de grupo, *i.e.*, a noção de organização de conhecimento adequada, não pode ser trespassada sem contenção para o Direito dos Grupos.

As razões para tal entendimento, de acordo com a lição de Spindler, podem ser subdivididas nos seguintes prismas de análise:

- (i) A inexistência de um dever geral de informação da sociedade-mãe sobre as questões relacionadas com o grupo;
- (ii) Nos grupos de direito, o sistema de proteção dos sócios minoritários e credores acaba garantir mecanismos mais adequados que um suposto critério geral de imputação de conhecimento com base num (inexistente) dever de transferência de informação grupal; e
- (iii) A incapacidade de o dever de lealdade estabelecer a imputação de conhecimento nas situações em que a administração da sociedade-filha submete questões à sociedade-mãe em assuntos de importância elevada¹⁶.

Nesta senda, em primeiro lugar, se bem percebemos, a sociedade-filha não detém, em geral, qualquer poder jurídico ou fáctico – visto que, não existe um direito geral a ser devidamente informada pela sociedade-mãe – de modo a obter esclarecimentos adicionais sobre todas as matérias que importam ao grupo e à sua política de gestão¹⁷.

Nestes termos, em larga medida, podemos afirmar que a sociedade-filha depende exclusivamente da iniciativa da sociedade-mãe para receber informações respeitantes ao grupo.

Dado que, à parte das situações em que exista a necessidade de controlar a legalidade da instrução (grupo de direito) ou compensar as desvantagens advindas da implementação da medida desvantajosa (grupo de facto), a sociedade-filha não possui, em princípio, qualquer outra pretensão de informação, nem esta se pode afirmar em prol de uma política de condução amigável dos interesses do grupo.

¹⁶ Cfr. SPINDLER, Gerald, *Wissenszurechnung in der GmbH, der AG und im Konzern*, *ob. cit.*, pp. 337-340.

¹⁷ Exceção seja feita aos casos de duplo mandato nos órgãos de ambas as sociedades do grupo (sobre estes casos: vd. ponto 17.4 *infra*).

Sem embargo, em situações muito concretas, o nível de integração e imbricação das sociedades que compõem o grupo pode impor, em homenagem ao princípio da lealdade que irradia a relação de grupo, diferentes pretensões de conhecimento no respeitante a outros assuntos da esfera interna do conglomerado. Primacialmente, devido ao facto deste princípio funcionar como critério decisório negativo: visando, por conseguinte, “*impedir a sociedade-mãe de causar prejuízos à sociedade*”¹⁸.

De qualquer forma, relembra-se que (i) a existência da pretensão de informação não significa, automaticamente, o cumprimento desse dever por parte da sociedade-mãe; e (ii) a inexistência de *instrução* (de acordo com o conceito proposto *supra*) transmuta totalmente a solução dada no ponto anterior, de modo que não existe uma tentativa de isolar o conhecimento pela sociedade-mãe para daí retirar benefícios em resultado da instrumentalização da sociedade-filha, uma vez que (a) estaremos ainda fora de contexto negocial; ou (b) a iniciativa para a celebração do negócio deriva única e exclusivamente do órgão de administração da sociedade-filha.

Em segundo lugar, nos grupos de direito, independentemente da justiça ou adequação das soluções previstas expressamente nos artigos 499.º e *ss.* do CSC – na medida em que não é o espaço indicado para o efeito –, é possível sustentar que os mecanismos de proteção das minorias e de credores que aí se encontram previstos são mais adequados e revelam já a preocupação do legislador com os conflitos de interesse que podem ocorrer na relação de grupo.

Ora, estes mecanismos são independentes da concreta estratificação da gestão do grupo, aplicando-se indiscriminadamente.

Nestes termos, o n.º 1 do art. 501.º do CSC dispõe que “*A sociedade directora é responsável pelas obrigações da sociedade subordinada, constituídas antes ou depois da celebração do contrato de subordinação, até ao termo deste.* Enquanto, por outro lado, o n.º 1 do art. 502.º do CSC estabelece que “*A sociedade subordinada tem o direito de exigir que a sociedade directora compense as perdas anuais que, por qualquer razão, se verificarem durante a vigência do contrato de subordinação, sempre que estas não forem compensadas pelas reservas constituídas durante o mesmo período.*”

Posto isto, é rigorosamente devido a estas obrigações de responsabilização da sociedade-mãe que não há necessidade de estipular um dever da administração da sociedade-mãe do grupo de fornecer à sociedade-filha informações para que esta funcione de forma independente. Porquanto, em caso de perigo para a sociedade-filha ou para os credores desta, a sociedade-mãe é responsável pela subsistência daquela ou pelo cumprimento das obrigações para com terceiros.

¹⁸ Acompanhamos por esta parte, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Informação nos grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2018, p.78.

Assim sendo, uma alocação de conhecimento pela inadequação do sistema de organização de informação apenas poderá ocorrer quando a sociedade-mãe tenha colocado à disposição da sociedade-filha a informação imputável. O que acontecerá nos casos em que foram estabelecidos – em benefício da gestão unitária – sistemas de informação global no seio do grupo.

Contudo, nesta última hipótese referida, a imputação não derivará da alocação da ciência da sociedade-mãe, mas sim da violação do dever da sociedade-filha de organizar o seu próprio sistema de informação e de recorrer a todos os meios possíveis para conhecer o facto imputando. A sociedade-filha tem a “faca e o queijo”. O mesmo é dizer que o fluxo de informação se encontrava na sua margem de *controlabilidade*.

3.6.2. *Alocação de conhecimento da sociedade-filha na esfera da sociedade-mãe (imputação upstream)*

3.6.2.1. Notas introdutórias

Enquanto a atribuição de conhecimento vertical mãe-filha é, primordialmente, afastada, devido à falta de controlabilidade sobre o fluxo de informação disponibilizada pela sociedade controladora, o caso inverso, *i.e.*, a imputação do conhecimento da sociedade-filha à sociedade-mãe terá, necessariamente, uma resposta diversa¹⁹

Na linha do que verificámos anteriormente, o fluxo de informação disponibilizado pela sociedade mãe destina-se ao controlo da licitude das instruções, variando o conteúdo deste direito e a sua fonte em função de estarmos perante um grupo de direito ou um grupo de facto.

No caso da imputação *upstream*, a sociedade controladora detém, como o nome o indica, controlo sobre a sociedade-filha. Posto que, com mais relevância e interesse, esse controlo geral pode especializar-se num *controlo sobre o fluxo de informação do grupo*²⁰.

Assim, o raciocínio normativo deverá ter em conta a forma como está organizada a estrutura de gestão de conhecimento da sociedade-mãe, dado que a informação detida pela sociedade-filha se encontra, em princípio, na esfera de controlabilidade da sociedade-mãe.

¹⁹ Assim, reiterando o controlo sobre o fluxo de informação, SCHÜRNBRAND, Jan, *Wissenszurechnung im Konzern – unter besonderer Berücksichtigung von Doppelmandaten*, *ob.cit.*, pp. 369-370.

²⁰ Cfr. SPINDLER, Gerald, *Wissenszurechnung in der GmbH, der AG und im Konzern*, *ob. cit.*, pp. 343 e ss.

Porém, devemos relembrarmo-nos que a origem e intensidade desse poder de controlo também varia consoante a natureza jurídica do grupo.

3.6.2.2. O critério: o controlo do fluxo de informação

Na sequência do ponto anterior, permanece por clarificar quais são os requisitos exigidos pelo sistema para que a imputação vertical de conhecimento no sentido *filha-mãe* ocorra.

Em primeiro lugar, a sociedade controladora – devido, precisamente, à situação de controlo – tem o dever de lidar e organizar toda e qualquer informação que receba, seja ela resultado de uma obrigação legal ou de um puro ato voluntário²¹.

Ora, nos grupos de sociedades, por vezes, o dever de organização de conhecimento da sociedade-mãe é ampliado para lá da esfera interna desta, *i.e.*, incluindo também as restantes sociedades do grupo.

Em homenagem ao binómio poder-responsabilidade, a sociedade-mãe deve adotar proativamente medidas de gestão que permitam que toda a informação relevante conhecida pela sociedade-filha se encontra ao seu dispor no presente e no futuro – tipicamente, a informação coletada deve ser armazenada em ficheiros que serão inseridos numa base de dados. Simetricamente, daqui resulta um dever para a sociedade controlada de receber e reencaminhar a informação que *ex ante* possa ser considerada relevante.

Desta forma, o terceiro que é protegido pela norma de conhecimento só poderá augurar essa proteção caso exista uma efetiva gestão e utilização das vantagens da existência do grupo. Novamente, o que está em causa é a *contro-labilidade do fluxo de informação*.

Nestas situações, os agentes económicos criam legítimas expectativas que a sociedade-mãe procedeu intensivamente à organização do conhecimento nos mesmos termos que faz uso dos seus poderes de gestão.

Aliás, recordando as palavras de Reinhard H. Schmidt e Marcel Tyrell, “a informação pode reduzir a incerteza e levar à tomada de melhores decisões e proveitos económicos” (tradução nossa)²², é possível supor que a presença e intervenção constante da sociedade-mãe no desenvolvimento da atividade da sociedade-fi-

²¹ Cfr. SCHÜRNBRAND, Jan, *Wissenszurechnung im Konzern – unter besonderer Berücksichtigung von Doppelmandaten*, *ob.cit.*, pp. 369–370.

²² SCHMIDT, Reinhard H. / TYRELL, Marcel, *Information Theory and the Role of Intermediaries* in HOPT, Klaus J. / WYMEERSCH, Eddy / KANDA, Hideki / BAUM, Harald, *Corporate Governance in Context Corporations, States, and Markets in Europe, Japan, and the US*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 484.

lha implica forçosamente a existência (ou devia implicar) um intenso fluxo de informação entre os órgãos de administração de ambas as sociedades.

Posto isto, cumpre realçar que a margem de controlabilidade é sujeita a limites legais que estabelecem barreiras na alocação de conhecimento. Mais, os deveres supramencionados de circulação de informação encontram-se sempre interligados a uma relação jurídica onde a questão da imputação de conhecimento é relevante – entre a sociedade-filha e um terceiro. Consequentemente, as deficiências na estrutura de organização de conhecimento só se evidenciam quando esteja em causa essa mesma relação jurídica e somente a sociedade-filha seja a contraparte dessa relação.

No plano das consequências, este critério desemboca em duas limitações adicionais à imputação *upstream*:

- (i) A imputação só se verificará nos casos em que existem falhas na estruturação do sistema de informação no seio do grupo; e
- (ii) Se existir violação do dever de informação por parte da sociedade-filha, a imputação do conhecimento na esfera da sociedade-mãe também se deverá ter por excluída²³.

3.6.2.2.1. Especialidades: grupos de direito

No caso dos grupos de direito, o acesso à informação, de um prisma inicial, não apresenta problemas, na medida em que a empresa controladora pode, em sede de assembleia geral de sócios da sociedade-filha, garantir que são emitidas instruções de atuação à administração da última para a estratificação de um sistema de informação de grupo.

Acresce que, nos termos e para os efeitos dos arts. 214.º, n.º 1, 288.º, n.º 1 e 291.º, n.º 1²⁴, todos do CSC – e em linha com o disposto no § 51a do GmbHG –, a sociedade-mãe teria sempre um direito individual e coletivo a ser informada por via da sua posição enquanto sócia.

Além disso, o direito de emitir instruções, previsto no art. 503.º do CSC, apenas pode ser exercido tendo em vista o pleno conhecimento das circuns-

²³ Neste sentido, SCHÜRNBAND, Jan, *Wissenszurechnung im Konzern – unter besonderer Berücksichtigung von Doppelmandaten*, *ob.cit.*, pp. 369–370.

²⁴ Nesta situação, ainda assim, note-se que o órgão de administração pode recusar a prestação de informação, sempre que: (i) reçar que o acionista a utilize para fins estranhos à sociedade e com prejuízo desta ou de algum acionista; (ii) a divulgação seja suscetível de prejudicar relevantemente a sociedade ou os acionistas; e (iii) ocasione violação de segredo imposto por lei.

tâncias circundantes da sociedade-filha. Desta forma, é possível retirar daquela previsão normativa o direito a ser informado quanto às circunstâncias que relemvem para o exercício deste direito.

Nesta sequência, note-se que os administradores da sociedade-filha não se encontram sujeitos ao dever de confidencialidade quando existe uma instrução da sociedade-mãe para transmitir uma determinada informação. Conquanto, o direito de emitir instruções acarreta, implicitamente, uma pretensão jurídica de informação relativamente aos aspetos que revelem a direção do grupo. Sendo que o art. 503.º se apresenta como uma *lex specialis* face ao dever de confidencialidade a que estão sujeitos os administradores da sociedade-filha²⁵.

Ora, ainda na lógica que a intensidade da gestão é a pedra-de-toque para a compreensão desta temática, os modernos canais de troca de informação permitem, facilmente, estratificar um sistema de informação suficientemente capaz para que as informações relevantes obtidas pelos funcionários da sociedade-filha sejam transmitidas e armazenadas no sistema interno de informação do grupo. Ficando, deste modo, acessíveis e à disposição da sociedade-mãe.

Todavia, repare-se que, tendo em conta a liberdade da gestão de grupo para organizar e gerir o grupo numa base descentralizada e multiplicidade de normas de conhecimento e respetivos juízos de imputação, o conhecimento não pode ser assumido *per se*.

Na eventualidade de ser estruturado o referido sistema de partilha de informação, os benefícios inerentes a esse veículo de comunicação e armazenamento comportam, em contraposição, os riscos da falha desse sistema ou dos colaboradores relevantes da sociedade-mãe na transmissão eficiente da informação relevante quando a norma de conhecimento exija não apenas o conhecimento, mas também um dever de conhecimento.

3.6.2.2.2. Especialidades: grupo de facto

Contrariamente ao exposto no ponto antecedente, nos grupos de facto colocam-se mais problemas na alocação de conhecimento *upstream*, dado que, por um lado, (i) não existe em quantidade o mesmo número de normas que garantem o direito à informação por parte da sociedade-mãe; e, por outro lado, (ii) o dever de confidencialidade detém, nestes casos, um pendor de maior importância, dado que a sociedade-mãe não tem a prerrogativa legalmente instituída de emitir instruções (nos termos do art. 503.º do CSC).

²⁵ Cfr. SPINDLER, Gerald, *Wissenszurechnung in der GmbH, der AG und im Konzern*, ob. cit., pp. 347-348. Em sentido idêntico, Cfr. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Informação nos grupos de Sociedades*, ob. cit., p. 93.

Quanto ao primeiro ponto, relativamente ao direito de informação da sociedade-mãe de um grupo de facto, inexistente base legal expressa a consagrar um direito de informação desta última quanto aos assuntos da sociedade-filha.

Posto que, à semelhança do ordenamento alemão, onde ainda existem algumas disposições que garantem algumas pretensões informativas à sociedade-mãe, o nosso ordenamento jurídico é também bastante parco neste particular. Na verdade, tirando os casos em que a pretensão de informação configura um imperativo do dever de lealdade, só existe uma norma prevista que permite requerer a prestação de informações: o art. 508.º-A, n.º 3, do CSC, respeitante à obrigação de consolidação de contas²⁶. Esta norma aplica-se por via do Decreto-lei n.º 158/2009 (normativo que aprova o SNC).

De acordo com Schürnbrand, esta obrigação [o § 294 (3), segunda parte, do HGB no caso alemão] pode funcionar como base para uma analogia, *i.e.*, quando estejam em causa outras obrigações de divulgação de informação²⁷. Todavia, como afirma José Ferreira Gomes, em território nacional não é possível, já que o propósito do n.º 3 do art. 508.º-A do CSC, encontra-se delimitado pelo fim da consolidação de contas²⁸. Sucede, por conseguinte, que o órgão de administração da sociedade consolidada só estará obrigado a prestar as informações necessárias com vista à consolidação de contas e não quaisquer outras contingentemente requeridas pela administração da sociedade consolidante.

Contudo, na linha do que é defendido por Ana Perestrelo de Oliveira, a ausência de um direito geral de informação da sociedade-mãe ou da possibilidade de aplicar analogicamente a norma do n.º 3 do art. 508.º-A do CSC, não determina automaticamente a inferência que um direito de informação *ad hoc* não possa existir em todo e qualquer caso.

Logo, a sociedade-filha deve circular uma determinada informação para a sociedade-mãe do grupo, quando o dever de lealdade assim o imponha – *i.e.*, nos casos em que há benefício na integração na estrutura jurídica do grupo.

Posto que, não obstante estarmos perante grupos de facto que a conclusão relativa à necessidade de informação para o exercício de uma gestão centralizada num grupo societário não se altera. O controlo, ainda que fático, da sociedade-mãe pressupõe, excepcionalmente, em algumas situações, o acesso

²⁶ Na versão atual: “Os gerentes ou administradores de cada sociedade a incluir na consolidação que seja empresa filial ou associada devem, em tempo útil, enviar à sociedade consolidante o seu relatório e contas e a respectiva certificação legal ou declaração de impossibilidade de certificação a submeter à respectiva assembleia geral, bem como prestadas as demais informações necessárias à consolidação de contas.”

²⁷ Cfr. SCHÜRNBAND, Jan, *Wissenszurechnung im Konzern – unter besonderer Berücksichtigung von Doppelmandaten*, *ob.cit.*, p. 367.

²⁸ Cfr. GOMES, José Ferreira, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 203-204.

a informação da esfera da sociedade-filha, sob pena de estarmos perante um exercício abusivo na correspondente recusa dessa pretensão (nos termos do art. 334.º do CC)²⁹. Significa isto que a sociedade-mãe poderá aceder a informações da sociedade-filha, a título excecional, tendo somente aquela de compensar esta pelas desvantagens sofridas – no sentido do que é defendido entre nós quanto à emissão de instruções.

Contudo, como refere Gerald Spindler, em circunstâncias normais é praticamente impossível determinar *ex ante* se a transmissão de uma determinada informação é desvantajosa para a sociedade-filha, na medida em que, sentencia o autor, “a informação pode ser utilizada *ex post* para uma variedade de propósitos”³⁰. O que, por consequência, implica inelutavelmente uma dificuldade no apuramento da compensação necessária para fazer face à desvantagem criada em virtude da divulgação da informação³¹.

Cumpre, porém, esclarecer que esta dificuldade é facilmente ultrapassada, porquanto o juízo que se realiza quanto à compensação das desvantagens também ele é *ex post*. Em consequência, confirmando-se a existência de uma *desvantagem*, a sociedade-filha terá uma pretensão creditícia contra a sociedade-mãe, na qual se computarão todos os danos sofridos desde a data da verificação situação desvantajosa.

Nem se diga, como acontece na Alemanha, que o princípio da igualdade dos sócios no acesso à informação [com base no § 131 (4) AktG] impede o raciocínio empreendido, uma vez que, como também já ficou claro, o nosso n.º 7 do art. 291.º do CSC não levanta o mesmo género de problemas.

Em primeiro lugar, porque este preceito não tem a mesma amplitude que o congénere tudesco. Em segundo lugar, porque a realidade económica congrega um maior número de grupos constituídos por domínio total.

Assim, na linha do defendido por Ana Perestrelo de Oliveira, a transmissão de informações por parte da sociedade-filha para a sociedade-mãe nos grupos de facto não é equipável ao acesso à informação do comum sócio. Naquele caso a informação não é obtida por via da sociedade-mãe ser acionista da sociedade-filha, mas sim pelo facto de deter a direção económica do grupo que esta última integra³².

Quando for possível identificar um dever de informação (ou uma pretensão de informação) e a transmissão dessa informação seja deficiente no seio da

²⁹ Neste sentido, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Informação nos grupos de Sociedades*, *ob.cit.*, p. 89.

³⁰ *Cfr.* SPINDLER, Gerald, *Wissenszurechnung in der GmbH, der AG und im Konzern*, *ob. cit.*, p. 348.

³¹ Sendo que, importa realçar que a mera integração no grupo ou o usufruto do sistema de informação comum não basta para afirmar a satisfação das desvantagens sofridas com a divulgação da informação.

³² Assim, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Informação nos grupos de Sociedades*, *ob.cit.*, p. 94.

sociedade-mãe, a imputação de conhecimento será possível. Como facilmente se antecipa, na generalidade dos casos, não será possível realizar a imputação *upstream* nos grupos de facto.

3.6.2.3. Caso especial: a imputação de conhecimento fora do contexto negocial

Um outro aspeto que releva com clarividência, em sede de imputação do conhecimento *upstream*, é, sem dúvida, o escopo de imputação, nomeadamente, se estamos perante um negócio jurídico ou se já estamos fora do contexto negocial.

No primeiro plano, a proteção do tráfego negocial e a abordada proteção da confiança emergem como princípios basilares para a compreensão das soluções sugeridas. Não obstante, é evidente que os grupos de empresas não criam somente riscos para terceiros em contexto negocial. Nesses casos, a confiança dos terceiros é menor e, por consequência, também a sua necessidade de proteção por parte do ordenamento jurídico será reduzida.

Assim, em contexto extracontratual, o terceiro que interage com uma (ou várias) sociedade(s) do grupo terá poucas ou nenhuma hipóteses de sustentar a criação de uma confiança legítima na transmissão de informação intragrupo. Não custa imaginar um caso em que, em sede de responsabilidade extracontratual, o lesado não consegue *a priori* determinar quem é a sociedade do grupo que praticou o ato lesivo.

Desta forma, poder-se-á afirmar que as regras acima enunciadas aplicar-se-ão somente aos casos em que a sociedade-filha está envolvida com terceiros em *contactos negociais*.

Esta conclusão somente se alterará em circunstâncias bastante particulares, onde possamos considerar que o comportamento da sociedade controladora conforma um abuso de direito à luz do princípio da boa-fé (*e.g.*, os casos de *cognoscere non vele protestatio*³³).

Aliás, uma conclusão diversa padeceria de um total alheamento à já aludida ideia de personalização coletiva e a sua inerente autonomia jurídica, independentemente da inserção num grupo societário.

³³ Sobre estes casos, GOMES, José Ferreira e GONÇALVES, Diogo Costa, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais, ob.cit.*, pp. 157-160.

3.6.3. *Alocação de conhecimento horizontal entre sociedades-irmãs (imputação sidestream)*

De acordo com o que ficou esclarecido *supra*, mesmo que ocorra, no seio do grupo, um processo de alocação de conhecimento no sentido vertical ascendente (filha-mãe), este não permite que se afirme a existência de uma “*presunção de conhecimento do grupo*” que potenciará o alargamento da imputação às restantes sociedades do grupo³⁴.

Aliás, partindo do pressuposto que a sociedade-mãe ou a sociedade-filha não se encontram adstritas a qualquer dever de informação para com a sociedade-irmã quanto ao(s) facto(s) conhecido(s) pela outra sociedade filiada, concluir-se-á, logicamente, que a imputação do conhecimento do(s) mesmo(s) estará impossibilitada³⁵. O que se justifica, bastando recuperar o que ficou exposto quanto ao dever da sociedade-mãe de transmitir informação à sociedade-filha, para compreender que as condições em que este emerge, em princípio, não se encontram preenchidas nestas situações relativamente à sociedade-irmã. Por maioria de razão, muito menos terá a sociedade-filha esse dever perante a sociedade-irmã. Assim sendo, na falta deste correspondente dever de informação, a imputação encontra-se juridicamente impossibilitada.

O mesmo acontecerá se conhecimento não for atribuído à sociedade-mãe. Neste caso, a sociedade-irmã perde a possibilidade de influenciar a outra sociedade do grupo – o art. 503.º do CSC é inaplicável, logo, fundamentalmente, inexistente o elemento da controlabilidade do fluxo de informação, pois, este só é aplicável à sociedade-mãe.

Portanto, a título putativo, podemos afirmar que a regra firmada, no que concerne à imputação do conhecimento horizontal entre sociedades-irmãs, tem um pendor negativo.

Contudo, como ensina Gerald Spindler, muito excepcionalmente, esta conclusão intermédia pode ser esbatida em dois casos³⁶:

- (i) Na situação em que a sociedade-mãe instruiu a sociedade-irmã a realizar um qualquer negócio interno, *i.e.*, um negócio realizado no seio do grupo; e,
- (ii) Na eventualidade de o grupo deter uma base de dados partilhada e utilizada por ambas as sociedades-irmãs.

³⁴ Cfr. SPINDLER, Gerald, *Wissenszurechnung in der GmbH, der AG und im Konzern*, *ob. cit.*, p. 355.

³⁵ Cfr. SPINDLER, Gerald, *Wissenszurechnung in der GmbH, der AG und im Konzern*, *ob. cit.*, p. 355.

³⁶ Cfr. SPINDLER, Gerald, *Wissenszurechnung in der GmbH, der AG und im Konzern*, *ob. cit.*, p. 355.

Na primeira situação, sociedade-mãe de direito ou facto, nos termos descritos, externaliza o seu conhecimento para efeitos da conclusão do negócio em concreto. A natureza interna do negócio possibilita a assunção que o conhecimento é comum às sociedades envolvidas, já que a transação tem um carácter instrumental da gestão global do grupo. Sendo que, em homenagem ao princípio da *prevalência da substância sobre a forma*, a solução seria exatamente a mesma³⁷, na medida que a sociedade-mãe instrumentaliza ambas as sociedades com vista a prosseguir um determinado objetivo empresarial e, por conseguinte, em relação aos aspetos do negócio em concreto, as sociedades-irmãs não se devem poder escudar na sua personalidade coletiva para impedir a alocação de conhecimento neste caso.

Na segunda situação, o princípio subjacente é equivalente ao que emergiu do caso da “operação ao joelho” julgado pelo BGH, ou seja, se o conhecimento estava acessível a quem no momento atuava pela sociedade – por exemplo, o funcionário de uma instituição de crédito – e, mesmo assim, este não a consultou, deverá esse conhecimento ser imputado à sociedade-irmã.

Em termos definitivos, por conseguinte, só nestes dois casos é possível afirmar uma alocação de conhecimento entre sociedades-irmãs.

3.6.4. *Duplo mandato (Doppelmandaten)*

3.6.4.1. Generalidades: a ponderação do dever de confidencialidade

Outro caso bastante discutido, principalmente na Alemanha, corresponde à situação dos mandatos duplos ou, por outras palavras, a interconexão de pessoas nos órgãos sociais da sociedade-mãe e da sociedade-filha.

Dedicamos especial atenção à situação de interdependência de pessoas nos órgãos de decisão de várias sociedades do grupo ou os, também denominados, mandatos duplos (*Doppelmandaten*). Sinteticamente, os sujeitos com mandatos duplos realizam tarefas de gestão ou supervisão na sociedade-mãe e na sociedade-filha ou em sociedades-irmãs.

A imputação de conhecimento por este motivo, em casos muito restritos, poderá ocorrer, sob a condição do membro que exerce o duplo mandato conheça os factos correspondentes à imputação. Portanto, somente acontecerá se o conhecimento for *relevante*.

³⁷ Cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil, ob.cit.*, p. 1252.

Relembra-se que esta estratégia é bastante disseminada no seio dos grupos de sociedades, inclusive nos grandes grupos nacionais, funcionando como um fator de controlo e de implementação de políticas empresariais (com maior destaque, nos mandatos *downstream*) ou como método de aproveitamento das capacidades técnicas e de gestão dos membros dos órgãos sociais (em contraposição, com maior destaque, nos mandatos *upstream*). Todavia, esta opção empresarial – cuja legalidade não pode ser questionada – apresenta alguns problemas (já conhecidos) do ponto de vista do Direito das Sociedades Comerciais em geral, como são os inerentes conflitos de interesses que se geram pela circunstância de um sujeito estar adstrito a deveres que, por vezes, podem digladiar entre si.

Neste contexto, como qualquer conflito de interesses, o sujeito que se encontra na situação de duplo mandato, quando atua, deve sempre levar em conta os interesses de ambas as sociedades e o escopo dos mesmos exigido pela situação do caso concreto.

Ora, os administradores e os sujeitos que detêm cargos em órgãos de fiscalização encontram-se, pela natureza das suas funções, adstritos ao cumprimento do dever de segredo quanto a informações que obtenham no seio do órgão que integrem. Ora, este aspeto releva bastante importância quando o intérprete-aplicador tenciona atribuir um conhecimento detido por um sujeito com funções de administração ou fiscalização em duas sociedades pertencentes a um grupo; dado que, o dever de segredo retém bastante peso na ponderação da imputação de conhecimento, podendo, aliás, constituir um limite a essa mesma alocação. Conquanto, invariavelmente, o conhecimento adquirido no seio de uma sociedade não pode ser automaticamente transferido sem a necessária ponderação.

Nestas situações, a ponderação exigida ao intérprete deverá ser distinta em função da orientação societária alvo de imputação de conhecimento, *i.e.*, descendente (*mãe-filha*) ou ascendente (*filha-mãe*)³⁸, visto que os interesses em disputas também não são coincidentes.

3.6.4.1.1. Duplo mandato *upstream*

Na senda de Spindler, não se poderá inverter o raciocínio subjacente à constituição do grupo, ou seja, defender ou assumir que a organização de conhecimento da sociedade-mãe é passível de ser controlada pela sociedade-filha³⁹.

³⁸ Note-se que em termos de mandatos a operação é inversa. Ou seja: imputação *downstream* corresponde ao duplo mandato *upstream*; e imputação *upstream* corresponde ao duplo mandato *downstream*.

³⁹ Neste sentido, SPINDLER, Gerald, *Wissenszurechnung in der GmbH, der AG und im Konzern*, *ob. cit.*, p. 341.

Os mandatos ascendentes ou *upstream* têm em vista, regra geral, o aproveitamento das capacidades dos membros mais afoitos – *i.e.*, com mais capacidade – para o desempenho de funções no seio do órgão de administração da sociedade – normalmente, encontram-se investidos com o pelouro no qual a sociedade-filha exerce funções⁴⁰.

Não obstante, há que distinguir o tipo de unidade funcional representa a sociedade-mãe, uma vez que esta poderá ser uma (i) sociedade *holding* (*Führungs-Holding*); ou (ii) sociedade com atividade operacional (*Stammhauskonzern*).

Em termos práticos, concordamos com Schüller quando afirma que é o segundo caso o que mais problemas poderá trazer em sede de imputação de conhecimento, já que nas sociedades *holding*, estes elementos, normalmente, detêm um cargo não executivo. Portanto, só esporadicamente obterão ciência de factos operacionais da sociedade-mãe. Por outro lado, no segundo caso, relativamente aos temas do pelouro que lhe foi atribuído, certamente existirão mais assuntos passíveis de imputação à gestão da sociedade-filha.

Feita esta ressalva, no plano das consequências, o titular do duplo mandato deve ser considerado como detentor dos conhecimentos relevantes para a gestão da sociedade-filha. Logo, em homenagem ao princípio da adequada organização societária, na eventualidade dessas informações relevantes não serem transmitidas aos órgãos competentes, a imputação de conhecimento ocorrerá se o sistema jurídico exigir um “dever de conhecimento”. Assim sendo, não pode ser esquecido que o duplo representante possuidor do conhecimento adquirido no seio da sociedade-mãe e, pelo simples facto de integrar os órgãos da sociedade-filha, não perde esse conhecimento. Especialmente, quando o espaçamento temporal entre o conhecimento (ato) e a participação no órgão da sociedade-filha é sequencialmente curto.

Identicamente ao que acontece quando se despe um fato e se veste outro, o fato é distinto, mas o sujeito não deixa de ser o mesmo. Portanto, o conhecimento não se desvanece, mantém-se e é sujeito a imputação nos termos gerais.

Não obstante, esta ideia é condensada pela existência de deveres de confidencialidade (nomeadamente, pela aplicação de um *non-disclosure agreement*, limitações no âmbito da proteção de dados, segredo profissional e/ou comercial, *etc.*)⁴¹.

⁴⁰ Cfr. SCHÜLER, Wolfgang, *Die Wissenszurechnung im Konzern*, *ob.cit.*, p. 197. O autor salienta que esta prática é bastante comum nas atividades desenvolvidas pelas sociedades *holding*.

⁴¹ Sobre os bloqueios de informação, GOMES, José Ferreira e GONÇALVES, Diogo Costa, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, *ob.cit.*, pp. 94 e ss. No direito bancário, SCHRÖTER, Jürgen, *Wissenszurechnung aus der Sicht der kreditwirtschaftlichen Praxis*, *ob.cit.*, pp. 171 e ss.

O dever de confidencialidade dos membros com mandatos duplos expande a sua importância e carga axiológica. Cabe somente aos órgãos de administração e fiscalização a tarefa de decidir, caso esse modo de gestão tenha sido implementado, sobre as matérias que podem ou não ser transmitidas.

Deste modo, apenas se o membro do órgão não estiver sujeito a um dever de segredo ou tenha sido autorizado a divulgar a informação poderá a imputação de conhecimento deste membro à sociedade-filha suceder-se.

Note-se que apenas o conhecimento pessoalmente adquirido pelo membro com duplo mandato poderá ser atribuído, portanto, falhas da estrutura interna de organização de conhecimento da sociedade mãe – *i.e.*, quando, em consequência, o conhecimento seja imputado à sociedade-mãe por violação do seu dever de adequada organização (em virtude das normas de “dever conhecer”) – não podem ser levadas em conta, por ausência do elemento da *controlabilidade* dessa informação, na esfera da sociedade-filha. O que se compreende, na medida em que a norma de conhecimento apenas formula o juízo com referência à sociedade-mãe, em particular, a aptidão da sua organização para conhecer o facto que podia ter conhecido se estivesse adequadamente organizada.

Assim, por um lado, a sociedade-filha não se insere no escopo de imputação da norma de conhecimento aplicada. À vista disso, a estatuição desta última não repercute quaisquer consequências jurídicas sobre a sociedade-filha, nem exprime qualquer mensagem como esta deve organizar o seu sistema de informação.

Por outro lado, o duplo mandatário não conhecerá do facto, porque o deveria conhecer. O duplo mandatário conhece, porquanto ontologicamente esse processo ocorreu no seu sistema nervoso. A subversão deste processo natural não pode funcionar como solução para remediar as deficiências da sociedade-mãe na implementação do seu sistema de organização de informação.

Tudo o que ficou dito aconteceria em igual medida se o duplo mandatário exercesse as funções para as quais foi eleito em sociedades não pertencentes a um grupo. Sendo que não existem razões materiais para considerar de forma distinta o caso em discussão relativamente aquele, porquanto a incorporação em grupo de duas sociedades corresponde a uma mera escolha económica. Escolha essa que não é tratada pelo ordenamento jurídico de modo favorável ou desfavorável.

3.6.4.1.2. Duplo mandato *downstream*

Ao contrário do que ficou exposto no ponto anterior, a interposição de um membro da sociedade-mãe no seio da administração da sociedade-filha não levanta quaisquer problemas do ponto de vista dogmático.

Neste caso, a proteção do segredo e da confidencialidade revelam um menor peso, na medida em que, é o próprio Direito dos Grupos e a conceção de *governance* que impõem uma adequada estratificação e gestão do conhecimento, posto que, neste caso a imutação encontra-se legitimada⁴². Aliás, o próprio dever de transmissão de conhecimento que impende sobre a sociedade-filha ajuda a explicar, precisamente, a necessidade de suavização na aplicação do dever de segredo.

No entanto, não esqueçamos que o monopólio da informação da sociedade-filha mantém-se, em primeira linha, sob a batuta do seu órgão de administração. A integração no grupo não anula as competências legalmente estabelecidas dos órgãos decisores no que concerne às decisões acerca dos segredos comerciais da sociedade, conquanto, estas terão sempre de passar pelo escrutínio decisório dos membros eleitos para o efeito. Estes casos funcionam como limites ao dever de transmissão de informação e, conseqüentemente, a imputação do conhecimento retido pelos sujeitos com um duplo mandato (*e.g.*, uma deliberação no sentido de proibir a transmissão das informações comerciais sensíveis ou a celebração de um *non-disclosure agreement*). Fora as situações abordadas, em princípio, estes sujeitos encontram-se legitimados a transmitir as restantes informações, possibilitando a imputação de conhecimento.

Por conseguinte, em regra geral, a interposição de um duplo mandatário no seio da administração da sociedade-filha implica uma alocação abrangente de conhecimentos⁴³.

3.6.4.2. Conhecimento adquirido na esfera privada

O problema do conhecimento privado (*private wissen*) adquirido ou presente por um membro do órgão de administração ou fiscalização não é um problema característico do direito dos grupos. Na verdade, esta temática encontra-se dogmaticamente num plano geral, cuja importância não é descurada, porém, por não ser o objeto principal desta análise não será analisada pormenorizadamente. Ainda assim, no que diz respeito aos mandatos duplos, cumpre a breve trecho efetuar uma pequena revisão deste ponto.

⁴² Nesta questão, seguimos de perto SCHÜRNBRAND, Jan, *Wissenszurechnung im Konzern – unter besonderer Berücksichtigung von Doppelmandaten*, *ob.cit.*, p. 372.

⁴³ Cfr. SCHÜLER, Wolfgang, *Die Wissenszurechnung im Konzern*, *ob.cit.*, p. 202.

De acordo com as posições vigentes, encontramos na jurisprudência posições extremistas de *all-or-nothing*: ou todo o conhecimento adquirido no círculo é imputado à sociedade comercial ou, por outro lado, nada há a imputar⁴⁴.

Em tempos recentes tem surgido uma interpretação diferenciada, segundo a qual o detentor do conhecimento não pode subtrair essa informação enquanto atua como membro do órgão de administração ou fiscalização. O limite para a imputação – que geralmente ocorrerá quando o duplo mandatário participe numa determinada atividade da sociedade-mãe – será, como anteriormente exemplificado, a existência de um dever de confidencialidade. Não obstante, o intérprete deve ter em conta que quando uma informação não possa ser utilizada para benefício da sociedade onde o conhecimento será alocado, a imputação não deverá operar⁴⁵. O que fica exposto deve, não obstante, ser contrabalançado com o evidenciar de algumas dificuldades que podem surgir quando aplicamos o critério mencionado *supra*. Assim sendo, temos por justificado o princípio de que os conhecimentos privados são relevantes, independentemente de se estar a inverter a *ratio* da regra-exceção aplicável – *i.e.*, a regra é a não imputação de conhecimento, devido à existência do princípio da personalidade coletiva. O estudo da forma mais ou menos uniforme como a organização e gestão se encontra definida revela-se fundamental neste plano⁴⁶.

4. Nótulas conclusivas

Não obstante a multitudine de temáticas que abordámos na nossa análise à imputação de conhecimento no seio dos grupos de sociedades, existem algumas

⁴⁴ No sentido abrangente, BGH, 30.04.1955 – II ZR 5/54, WM 1955, 830, (também disponível on-line em https://www.prinz.law/urteile/bgh/II_ZR__5-54). Em sentido contrário, BGH, 09.04.1990 – II ZR 1/89, NJW 1990, 2544. Ambos os acórdãos foram referidos pelo recente caso das emissões poluentes referentes à marca alemã Porsche (LG Stuttgart, 28.02.2017 – 22 AR 1/17 Kap, disponível em <https://www.bundesanzeiger.de/>). Na doutrina, no sentido da imputação dos conhecimentos privados, CAMPOBASSO, Mario, *L'Imputazione di Conoscenza Nelle Società*, *ob.cit.*, pp. 239–241; e BUCK, Petra, *Wissen und juristische Person: Wissenszurechnung und Herausbildung zivilrechtlicher Organisationspflichten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, p. 133; e, entre nós, GOMES, José Ferreira e GONÇALVES, Diogo Costa, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, *ob.cit.*, pp. 113–124.

⁴⁵ Cfr. SCHÜRNBRAND, Jan, *Wissenszurechnung im Konzern – unter besonderer Berücksichtigung von Doppelmandaten*, *ob.cit.*, pp. 376–377.

⁴⁶ Neste âmbito, JOSÉ FERREIRA GOMES e DIOGO COSTA GONÇALVES relembra que os agentes são contratados atendendo à sua educação, experiência profissional e experiência de vida em geral (Cfr. GOMES, José Ferreira e GONÇALVES, Diogo Costa, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, *ob.cit.*, p. 124.)

conclusões que resultam do estudo empreendido e que gostaríamos de sinteticamente expor:

- (i) O sistema jurídico e o seu legislador apontam, não raras as vezes, no sentido da relevância dos estados subjetivos, dado que estes retêm o papel de condição de aplicabilidade de determinadas normas.
- (ii) O conhecimento, por vezes, (i) é *autossuficiente*, i.e., não necessita de ser conjugado com qualquer outro elemento para desencadear as consequências jurídicas previstas na norma jurídica; enquanto, por outro lado, noutras situações, (ii) é *dependente* da verificação conjunta de outros elementos para desencadear a consequência legal disposta na norma jurídica (como é o caso das cláusulas da boa/má-fé e o dolo do agente).
- (iii) O art. 259.º do CC, à semelhança do seu “congénere” germânico (o § 166 do BGB), constitui essencialmente uma norma geral de imputação de conhecimento do ordenamento jurídico nacional.
- (iv) A sociedade tem a obrigação de se organizar internamente de forma adequada, de maneira a assegurar que uma informação relevante, obtida por qualquer agente que componha a sua organização, é objeto de tratamento, circulação e armazenamento. Assim, a sociedade deve assegurar-se que qualquer agente que atua pela sociedade tem conhecimento dos factos que são exigidos, pelo *dever da organização do conhecimento* e pela proteção de terceiros no tráfego jurídico, naquele dado momento ou negócio.
- (v) O art. 259.º do CC sustenta um princípio que parte do pressuposto que a ordem jurídica nacional assenta num critério de razoabilidade, segundo o qual: *qualquer sujeito que recorra a um esquema indireto de imputação assente numa divisão de tarefas não pode beneficiar do estado de boa fé (incluindo, o conhecimento) para obter um regime mais favorável estabelecido do que aquele por lei*. Aplicando-se o referido princípio, independentemente, da resposta a ser dada pelo critério geral de resolução de casos concretos.
- (vi) No que respeita à imputação de conhecimento no seio dos grupos de sociedades, impõe-se – quando necessário – uma limitação (restrita) da personalidade coletiva no que concerne à imputação de conhecimento no contexto do grupo. Proporcionando, desta forma, a adição de critérios de imputação que justificam a sua aplicação quando existe uma intensa divisão de tarefas em prol de um objetivo económico uno.

- (vii) Relativamente ao dever de organização de conhecimento, note-se que o *dever de organização adequada do conhecimento* alagar-se-á, a todo o momento, à sociedade-mãe. Pois, na linha da doutrina que defende este ponto de vista, a direção do grupo é uma posição *sinalgmática*.
- (viii) A natureza jurídica do dever de organização opõe-se a um raciocínio purista, dado que a verificação ou não do seu cumprimento assenta num raciocínio avaliativo.
- (ix) As situações onde é possível afirmar a imputação de conhecimento *downstream* correspondem aos seguintes grupos de casos: (a) atuação da sociedade mãe enquanto representante da sociedade-filha; (b) existência de instruções da sociedade-mãe para a sociedade-filha; (c) imputação devido à confiança gerada; e (d) os mandatos duplos.
- (x) No caso da imputação *upstream*, a sociedade controladora detém, como o nome o indica, controlo sobre a sociedade-filha. Posto que, com mais relevância e interesse, esse controlo geral pode especializar-se num *controlo sobre o fluxo de informação do grupo*. Neste sentido, os agentes económicos criam legítimas expectativas que a sociedade-mãe procedeu intensivamente à organização do conhecimento nos mesmos termos que faz uso dos seus poderes de gestão.
- (xi) Os administradores e os sujeitos que detém cargos em órgãos de fiscalização encontram-se, pela natureza das suas funções, adstritos ao cumprimento do dever de segredo quanto a informações que obtêm no seio do órgão que integrem. Ora, este aspeto releva bastante importância quando o intérprete-aplicador tenciona atribuir um conhecimento detido por um sujeito com funções de administração ou fiscalização em duas sociedades pertencentes a um grupo; dado que, o dever de segredo retém bastante peso na ponderação da imputação de conhecimento, podendo, aliás, constituir um limite a essa mesma alocação. Conquanto, invariavelmente, o conhecimento adquirido no seio de uma sociedade não pode ser automaticamente transferido sem a necessária ponderação.
- (xii) A alocação do conhecimento da sociedade-mãe à sociedade-filha, se existir interconexão de sujeitos nos órgãos de administração e/ou fiscalização, poderá ser assumida caso o conhecimento do membro em questão seja relevante para as ações da subsidiária. Ora, embora não se possa assumir, por definição, que o conhecimento da sociedade-mãe é controlável pela sociedade-filha, o conhecimento retido pelo membro com duplo mandato não pode ser alvo de uma ficção – na qual a junção ao órgão de administração da sociedade-filha o leva ao obliterar do seu próprio conhecimento.

- (xiii) A interposição de um membro da sociedade-mãe no seio da administração da sociedade-filha não levanta quaisquer problemas do ponto de vista dogmático. Neste caso, a proteção do segredo e da confidencialidade revelam um menor peso, na medida em que, é o próprio Direito dos Grupos e a conceção de *governance* que impõem uma adequada estratificação e gestão do conhecimento, sendo a imputação legitimada.