

DA PRESTAÇÃO DE GARANTIAS POR SOCIEDADES A DÍVIDAS DE OUTRAS ENTIDADES

Pelo Dr. Carlos Osório de Castro ()*

1. As questões que nos propomos abordar no presente estudo são sinteticamente as seguintes:

- quais são os requisitos da validade e eficácia da prestação de garantias por uma sociedade a dívidas de outras entidades e quais as implicações de um eventual *non liquet* quanto à questão de saber se existia ou não um justificado interesse próprio da sociedade garante na prestação da garantia?;
- que relevo pode atribuir-se ao facto de certa garantia ter sido prestada com a aprovação de todos os gerentes, administradores ou directores da sociedade garante ou de, inclusivamente, ter sido ratificada pelos associados?
- que consequências poderão assacar-se ao dolo de que gerentes, administradores ou directores tenham feito uso para persuadir o beneficiário da garantia da existência de um justificado interesse próprio da sociedade garante ou de que esta se encontrava ligada à sociedade garantida por uma relação de domínio ou de grupo?

(*) Assistente da Universidade Católica Portuguesa; advogado.

2. Numa primeira aproximação, dir-se-ia que as primeiras questões formuladas são de resposta muito fácil: a validade da prestação de garantia a dívida de outra entidade dependerá da existência de “um justificado interesse próprio” da sociedade garante, ou de que entre esta sociedade e aquela entidade interceda uma relação de domínio ou de grupo; e, por outro lado, é à parte interessada na mesma validade que incumbe o ónus da alegação e da prova da existência desse interesse ou dessa relação, pelo que um eventual *non liquet* redundará em seu desfavor, havendo-se a garantia como ferida de nulidade.

Tal é o que parece resultar, com toda a evidência, da articulação dos n.ºs 1 e 3 do art. 6.º do Código das Sociedades Comerciais (C. S. C.). Na verdade, o primeiro desses preceitos limita a capacidade das sociedades comerciais aos direitos e às obrigações “necessários e convenientes à prossecução do seu fim”, e o segundo vem excluir uma tal nota de necessidade ou de conveniência relativamente à prestação de garantias a dívidas de outras entidades, “salvo se existir justificado interesse próprio da sociedade garante ou se tratar de sociedade em relação de domínio ou de grupo”. Ao dizer expressamente que a prestação de garantias a dívidas de outras entidades se *considera contrária ao fim da sociedade*, é manifesto que se está a remeter para o n.º 1 do art. 6.º e a negar, por conseguinte, a capacidade de gozo da sociedade para a prática dos actos em causa — com a consequência, reitera-se, de que estes serão nulos, nos termos do art. 294.º do Código Civil (C. Cv.).

A verdade, porém, é que recentemente foi defendida uma interpretação muito diferente das disposições citadas, segundo a qual “as sociedades não poderão deixar de ficar vinculadas pelas garantias indevidamente oferecidas pelos respectivos órgãos, para assegurar o cumprimento de débitos ou obrigações de terceiros” (1). Não estamos assim dispensados de uma indagação mais cuidada que nos elucide acerca do *background* das soluções legais, de modo a podermos confirmar ou infirmar a justeza da leitura de

(1) Assim PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A vinculação das sociedades comerciais por garantias de dívidas de terceiros*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Dezembro de 1995, pág. 709.

primeira aparência, joeirando os argumentos invocados em abono da orientação contraposta.

3. A propósito da questão da capacidade das pessoas colectivas, é tradicional a querela entre duas doutrinas, a saber, entre a teoria *ultra vires* e a teoria da ilimitação.

A teoria *ultra vires* limita a capacidade das sociedades e das outras pessoas colectivas a quanto seja necessário ou conveniente ao cumprimento das suas finalidades e objectos. São os estatutos que regem as relações entre uma sociedade e o mundo exterior e definem a respectiva capacidade: esta equivale “à soma total dos poderes que lhe forem conferidos no acto de constituição, e a mesma sociedade é tratada como tendo capacidade legal apenas para aqueles actos que os seus estatutos a habilitem a praticar, ou que sejam acessórios ou consequenciais relativamente à prossecução dos seus objectos expressos ou ao exercício dos seus poderes expressos” (2).

A doutrina da ilimitação da capacidade, como a designação indica, isenta as pessoas colectivas de semelhantes restrições, equiparando-as, no essencial, às pessoas físicas, no plano jurídico-patrimonial. A capacidade da sociedade abrange quaisquer direitos e obrigações (excluídos os inseparáveis da personalidade singular e os excepcionalmente vedados por lei), ainda que incongruáveis com o objecto e o fim da sociedade. Não é só, note-se, a capacidade para ser sujeito de direitos e deveres que é irrestrita, mas, igualmente, a capacidade de actuação e de exercício.

4. Pois bem. Não há dúvida de que em favor da teoria *ultra vires* militam dogmaticamente boas razões. Sendo as pessoas colectivas criações funcionais, compreende-se que a sua capacidade jurídica e de actuação deva ser limitada ao fim a cuja realização se endereçam, tal como estatutariamente estabelecido (3). Nas palavras de OTTO VON GIERKE, a pessoa colectiva só pode querer e agir de modo juridicamente eficaz dentro da esfera que lhe

(2) PENNINGTON, in *Company Law*, Butterworths, 7.ª edição, 1995, pág. 112.

(3) Veja-se KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, 2.ª edição, 1991, pág. 183.

é assinalada pelo direito (fora desse campo de acção, portanto, ela não pode pura e simplesmente actuar — não é, pois, que simplesmente não deva).

Ultrapassado o fundamento jus-publicístico que lhe terá estado historicamente na base — qual seja o de proteger os direitos privados de intromissões por parte das corporações, explicável pelos poderes de autoridade de que, por ex., as sociedades ferroviárias inglesas eram outrora dotadas — a teoria *ultra vires* pretende hoje louvar-se numa mescla de interesses, visando não só a tutela dos sócios, como a protecção dos credores e ainda a defesa do interesse público (4).

Do lado da teoria da ilimitação, por seu turno, denuncia-se basicamente os perigos e os entraves que da doutrina *ultra vires* advêm para o comércio jurídico, forçando todo aquele que contrata com uma pessoa colectiva a compulsar previamente o respectivo pacto, quando não mesmo a inquirir os seus representantes acerca dos objectivos visados com o acto ou negócio em concreto, a fim de aquilatar da conformidade dele com o objecto e o fim que os respectivos estatutos assinalam à contraparte. Advoga-se, por isso, em nome da segurança e da celeridade do tráfico jurídico, que os agentes económicos devem ser dispensados de tal ónus e dos riscos de qualquer *misjudgement* na ponderação que o seu cumprimento exige ou postula, e, por conseguinte, que a falta de uma relação de instrumentalidade entre o acto e o fim da pessoa colectiva ou a desconsideração de quaisquer cláusulas contratuais não deva ter implicações ao nível da validade e eficácia do mesmo acto (sem prejuízo, claro está, de que os gerentes, administradores ou directores tenham o dever de respeitar os estatutos, incorrendo em responsabilidade pelas infracções em causa).

Para este efeito, note-se — e este ponto é da maior importância —, não bastará que a capacidade seja irrestrita. A adequada protecção da contraparte reclama ainda que os próprios poderes de representação dos órgãos da sociedade sejam insusceptíveis de uma limitação em sede estatutária ou resultante de deliberações sociais (ou, pelo menos, de uma limitação que lhe seja oponível,

(4) Cfr. FARRAR, in *Company Law*, Butterworths, 3.ª edição, 1991, pág. 103.

estando ela de boa-fé). De pouco aproveitará àquele que celebrou certo negócio com a sociedade que este se diga nulo, por incapacidade de gozo, ou antes ineficaz relativamente à mesma sociedade, por falta de poderes de representação. Não deve confundir-se uma questão com a outra: uma coisa é que o objecto social, por ex., não contenda com a capacidade da sociedade, outra, bem distinta, que a gerência, a administração ou a direcção tenham poderes para vincular a sociedade em actos alheios ao mesmo objecto.

Advirta-se, ademais, que a diferença entre ambas as correntes não é tão cavada como poderia pensar-se, se atendermos, não aos enunciados puramente teóricos em que se desdobram, mas às regulamentações de direito positivo que se inspiram numa e noutra.

É assim, designadamente, que, no direito inglês, se distinguia entre os contratos cujo carácter *ultra vires* resultasse patentemente do seu confronto com os estatutos, por um lado, e os contratos que tal cotejo não mostrasse encontrarem-se necessariamente fora dos poderes da sociedade, por outro lado — só os primeiros sendo fulminados com uma nulidade absoluta e incontornável. Já quanto aos contratos do segundo tipo, pelo contrário, a contraparte tinha o direito de exigir a execução à sociedade, suposto que, na altura da sua celebração, não soubesse nem tivesse razões para crer que a mesma sociedade — ou melhor: os seus representantes — prosseguiam por seu intermédio um resultado *ultra vires* ⁽⁵⁾.

Do mesmo modo, a teoria da ilimitação secundariza os interesses da sociedade e dos sócios diante das exigências do comércio jurídico, mas não os sacrifica liminarmente. No direito alemão, concretamente, defende-se que as normas dos §§ 177 e segs. do *bürgerliches Gesetzbuch*, relativas à falta de poderes de representação, devem ser aplicadas por analogia às situações em que os gerentes ou directores da sociedade infringem os seus deveres funcionais — por ex., porque praticam um negócio jurídico que estatutariamente lhe estava interdito ⁽⁶⁾ ou que é contrário aos inte-

⁽⁵⁾ Cfr. PENNINGTON, ob. cit., pág. 115.

⁽⁶⁾ Assim, expressamente, KARSTEN SCHMIDT, ob. cit., pág. 223, numa interpretação que se nos afigura contrária ao art. 9.º, n.º 2, da 1.ª Directiva 68/151/CEE, pelo que concerne às sociedades por quotas e às sociedades anónimas (cfr., *infra*, no texto, sob o n.º 5).

resses da sua “representada” —, e em que esse abuso era conhecido da contraparte (7), bastando-se mesmo alguns com a sua mera *evidência*, o que abrange tanto os casos de conhecimento positivo como de mera cognoscibilidade, suposto que o desconhecimento seja imputável a negligência grosseira (8).

No fundo, e como já alguém notou, a questão transita com tudo isto do âmbito do “juridicamente natural (ou lógico)”, para o domínio do “juridicamente possível” (9), em que uma e outra teoria são encaradas como opções simplesmente tendenciais, como meros pontos de partida a que depois se introduzem as correcções indispensáveis a uma composição equilibrada dos diversos interesses em presença, de tal forma que regulamentações tributárias dos dois modelos chegam a coincidir inteiramente no plano prático.

5. Com vista a harmonizar as legislações dos Estados Membros a respeito do ponto que nos ocupa, o Conselho da Comunidade Europeia incluiu na 1.ª Directiva 68/151/CEE, de 9 de Março de 1968, os preceitos que a seguir reproduzimos integralmente, a benefício da exposição ulterior:

Art. 9.º

1. Os actos realizados pelos órgãos da sociedade são vinculativos para esta, mesmo quando tais actos se não incluam no objecto social, a menos que excedam os poderes que a lei confere ou permite conferir aos referidos órgãos. Todavia, os Estados membros podem estabelecer que a socie-

(7) Neste sentido, veja-se MERTENS, in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Carl Heymanns Verlag KG, anotações 37 e segs. ao § 82).

(8) A culpa da contraparte, porém, não releva *qua tale*, mas por referência aos limites da protecção do tráfico jurídico conferida pelas regras acerca da representação: o simples dever de conhecer, ou seja, a culpa leve, não é suficiente “pois onde a lei protege o tráfico jurídico através de regras formais de representação, não pode essa protecção ser posta em crise através de deveres de averiguação demasiado amplos” — cfr. KARSTEN SCHMIDT, ob. cit., págs. 224 e seg..

(9) Veja-se AGOSTINHO GUEDES, *A limitação dos poderes dos administradores das sociedades anónimas operada pelo objecto social no novo Código das Sociedades Comerciais*, in *Revista de Direito e Economia*, 1987, pág. 136.

dade não fique vinculada por actos que superem os limites do objecto social se provar que o terceiro sabia ou não podia ignorar, atentas as circunstâncias, que o acto superava os ditos limites; a publicação dos estatutos não poderá constituir prova bastante desse conhecimento.

2. Os limites aos poderes dos órgãos sociais resultantes dos estatutos ou de deliberação dos órgãos competentes nunca podem ser invocados contra terceiros, ainda que publicados.

3. Se a lei nacional previr que o poder de representar a sociedade possa, em derrogação das regras legais sobre a matéria, ser conferido pelos estatutos a uma só pessoa ou a várias pessoas agindo conjuntamente, essa legislação poderá estabelecer que tal preceito estatutário possa ser invocado contra terceiros, sob condição de que se refira ao poder geral de representação; a questão de saber se esse preceito estatutário pode ser invocado contra terceiros é disciplinada pelo artigo 3.º.

As imposições do art. 9.º da 1ª Directiva são evidentemente incompatíveis com a manutenção pelos Estados Membros da teoria *ultra vires*, na sua versão *pura e dura*, mas não chegam ao ponto de exigir a atribuição às sociedades de uma capacidade legal plena e ilimitada. Os Estados Membros mantêm a liberdade de continuar a restringir a capacidade das sociedades aos actos necessários e convenientes à prossecução do seu objecto social e cuja prática não seja ademais vedada por outras disposições dos estatutos; ponto é, porém, que a incapacidade não possa ser invocada contra terceiros (exceptuados os terceiros de má fé, tratando-se de actos que excedam o objecto social). E o mesmo se diga, *mutatis mutandis*, pelo que toca ao âmbito dos poderes de representação dos gerentes, administradores e directores.

Por outras palavras: o art. 9.º da Directiva não impõe a abolição total da teoria *ultra vires*, mas apenas uma abolição parcial, confinada ao âmbito externo e às relações estabelecidas com uma categoria particular de terceiros ⁽¹⁰⁾. Por via do art. 35.º, n.º 1, do

(10) Cfr. FARRAR, ob. cit., pág. 111.

Companies Act (na redacção dada em 1989), por ex., o legislador inglês pôde continuar a reconhecer às sociedades a mesma capacidade que lhes era conferida pela *common law*, conquanto tivesse sido forçado a impedir que tanto a sociedade como a contraparte possam questionar a validade do acto, com base na incapacidade (“the validity of an act done by a company shall not be called in question on the ground of lack of capacity by reason of anything in the company’s memorandum”), salvo se a contraparte for um director da própria sociedade ou de uma sociedade dominante ou uma pessoa ligada a tais directores por um dos laços legalmente definidos (cônjuge, filho menor, etc.). Quanto aos limites estatutários aos poderes de representação, bem como no que concerne aos limites derivados de deliberações dos órgãos sociais ou de acordos entre sócios — quer os de índole substantiva, quer os de cariz procedimental —, eles apenas serão oponíveis, por força do art. 35.º-A do *Companies Act*, a terceiros de má fé, sendo certo que a boa fé não é prejudicada pelo mero conhecimento desses limites, antes se exigindo um elemento adicional (*malicious intent, fraudulent misrepresentation, collusion in the breach by the directors*) ⁽¹¹⁾. Já os sócios têm a possibilidade de peticionar judicialmente, com carácter prévio, a interdição tanto dos actos situados fora dos poderes de representação dos directores como daqueles para cuja prática a sociedade não tenha capacidade, à luz da doutrina *ultra vires*.

6. Também o legislador português cuidou de adaptar o nosso direito às exigências do art. 9.º da 1ª Directiva, aquando da elaboração do Código das Sociedades Comerciais.

De facto, nos termos do art. 6.º, n.º 4, do C. S. C., “as cláusulas contratuais e as deliberações sociais que fixem à sociedade determinado objecto ou proibam a prática de certos actos não limitam a capacidade da sociedade”. Os órgãos da sociedade têm o dever de não praticar actos proibidos ou que estejam para além do objecto, mas isso não tira a que tais actos estejam compreendidos na capacidade da sociedade.

(11) Veja-se FARRAR, ob. cit., págs. 369 e seg..

Quanto aos poderes de representação dos gerentes, administradores ou directores, há que distinguir entre a limitação resultante do objecto assinalado à sociedade no respectivo pacto, de uma banda, e as limitações consagradas noutras disposições estatutárias e/ou decorrentes de deliberações dos sócios, de outra banda.

Efectivamente, as limitações desta última ordem não beliscam os referidos poderes de representação (funcionam como meras restrições aos poderes de gestão) — nesse sentido depõe em termos decisivos um argumento *a contrario* tirado dos arts. 260.º, n.º 2 e 409.º, n.º 2, do C. S. C., conjugado com o art. 9.º, n.º 2, da 1.ª Directiva —, ao passo que a cláusula do contrato de sociedade relativa ao objecto cerceia efectivamente tais poderes⁽¹²⁾. Não obstante, e em sintonia com os ditames da referida 1.ª Directiva, estabelece-se que o desrespeito pela limitação aos poderes de representação decorrente do objecto social apenas poderá ser oposta a terceiros que dele estivessem cientes ou não pudessem ignorá-lo atendendo às circunstâncias, aquando da prática do acto — prova essa cujo ónus recai sobre a própria sociedade (citados arts. 260.º, n.º 2, e 409.º, n.º 2, ambos do C. S. C.).

A sociedade tem, portanto — reitera-se —, capacidade para praticar actos que excedam o objecto social, embora os gerentes, administradores e directores não tenham poderes bastantes para os realizar em sua representação. É porque se trata de um caso de falta de poderes de representação, e não de incapacidade, que tais actos serão simplesmente ineficazes relativamente à sociedade e que, por outra via, se concebe uma ratificação pelos sócios, mediante deliberação expressa ou tácita (cfr., de novo, os arts. 260.º, n.º 2, e 409.º, n.º 2, do C. S. C.) — em lugar de intervir a nulidade e de, por conseguinte, se haver por excluída uma qualquer sanção.

A propósito da possibilidade de uma ratificação, seja dito o seguinte: salvo erro, a lei arranca da consideração de que o objecto

(12) Temos em vista apenas as sociedades por quotas e as sociedades anónimas, e não as sociedades em nome colectivo. Quanto a estas últimas — situadas fora do campo de aplicação da 1.ª Directiva —, vale o disposto no art. 192.º do C. S. C., que configura o objecto social como limite aos poderes de representação dos gerentes e admite que estes poderes sejam sujeitos, pelo contrato, a outras limitações ou condicionamentos, garantindo a respectiva oponibilidade mesmo a terceiros de boa-fé.

social se destina fundamentalmente a delimitar o âmbito de tarefas do órgão de administração, protegendo dessa forma os sócios ⁽¹³⁾ ⁽¹⁴⁾, pelo que a estes últimos deve ser consentido que assumam o acto. Não se olvide, porém, que a estipulação do objecto social é elemento integrante do contrato de sociedade (art. 9.º, n.º 1, al. *d*), do C. S. C.) e que, enquanto tal, opera como um limite ao poder deliberativo dos sócios (art. 58.º, n.º 1, al. *a*), do C. S. C.), enquanto eles justamente não procederem à respectiva modificação, através de uma deliberação adoptada por uma maioria qualificada e com observância das diversas formalidades requeridas pela lei para toda e qualquer alteração do pacto. Atento isso, não poderá deixar de concluir-se pela anulabilidade de uma deliberação dos sócios que proceda à ratificação de um acto estranho ao objecto contratual, sem operar do mesmo passo uma modificação da correspondente cláusula estatutária ⁽¹⁵⁾.

Por último, registe-se que a ilimitação dos poderes de representação dos gerentes, administradores ou directores por restrições constantes dos estatutos (salva a consubstanciada na fixação do objecto social) ou resultantes de deliberações dos sócios, não

⁽¹³⁾ “Apenas a fixação e delimitação estatutária do objecto social permite, entre outras coisas, determinar quais as concretas actividades económicas em que o capital trazido pelos associados para a empresa comum vai ser investido (isto é, determinação da esfera do risco empresarial) e ainda determinar qual o âmbito dos poderes e deveres dos órgãos sociais” — vide ENGRÁCIA ANTUNES, *Os direitos dos sócios da sociedade-mãe na formação e direcção dos grupos societários*, Universidade Católica Portuguesa-Editora, 1984, pág. 88.

⁽¹⁴⁾ Sem dúvida que o objecto social serve ainda para informar externamente os círculos interessados sobre o domínio de actividade da sociedade e possibilita ademais, acessoriamente, a comprovação de que a actividade da sociedade se apresenta como conforme à lei (assim KRAFT, in *Kölner Kommentar* cit., anotação 43 ao § 23); esses outros interesses, porém, não são postos em causa pela mera prática de um único acto alheio ao objecto, mas apenas quando “a sociedade exerça de facto uma actividade não compreendida no objecto contratual” — hipótese que, por isso, é prevista como fundamento de dissolução da sociedade, a requerimento de qualquer credor e do Ministério Público (arts. 142.º, n.º 1, al. *d*) e 144.º, n.º 1, do C. S. C.).

⁽¹⁵⁾ Isto sem prejuízo de que a alteração estatutária possa revestir um carácter *ad-hoc*, isto é, de que a sua validade seja circunscrita a uma situação individual (a assembleia delibera, “em derrogação da cláusula estatutária relativa ao objecto, ratificar o acto *x*, realizado pelo órgão de administração”), sob condição de que se satisfaçam todos os requisitos e formalidades necessários à modificação do pacto (cfr. ZÖLLNER, in *Kölner Kommentar* cit., anotações 92 e segs. ao § 179).

poderá ser sacrificada pelo jogo do instituto do abuso de poderes de representação, como sucederia se este fosse chamado a actuar apenas porque a contraparte conhecia ou tinha o dever de conhecer a inobservância das sobreditas restrições; para que o abuso de poderes de representação intervenha, com os efeitos prescritos pelo art. 268.º do C. Cv., será necessário que os gerentes, administradores ou directores desatendam tais restrições *violando illicitamente interesses da sociedade*, ou causando-lhe mesmo prejuízos de caso pensado, e que a contraparte o soubesse ou não pudesse ignorá-lo. Já quanto aos negócios em que o terceiro actua concertadamente com o representante para prejudicar a sociedade, é evidente que a sanção será a da nulidade, por ofensa dos bons costumes (art. 280.º do C.Cv.).

7. Relembradas que ficam as soluções acolhidas pelo C. S. C. para os actos que excedam o objecto social ou que contrariem cláusulas contratuais ou deliberações dos associados, é chegada a ocasião de nos debruçarmos sobre o exacto alcance do art. 6.º, n.º 3, do C. S. C.. Não será que este preceito deve ser interpretado na acepção de que é também apenas no caso de má-fé do terceiro que a sociedade poderá “desvincular-se” das garantias prestadas pelos respectivos órgãos, cabendo a prova da má-fé à sociedade e não podendo ser alegada por qualquer terceiro ou apreciada officiosamente pelo tribunal (ou, inclusivamente, pela própria sociedade, no caso de o acto ser assumido pelos sócios, através de deliberação expressa ou tácita)?

Esta é efectivamente a posição recentemente sustentada por PEDRO DE ALBUQUERQUE, que vai ao ponto de afirmar que o art. 6.º, n.º 3, do C. S. C. seria, de outro modo, “incompreensível”⁽¹⁶⁾.

Se vemos bem, o raciocínio em causa tem como pedra angular a consideração de que o art. 6.º, n.º 4, e os arts. 260.º e 409.º do C. S. C. consagram o regime geral aplicável aos actos que contrariem cláusulas contratuais (incluindo a que demarca o objecto da sociedade), praticados pelos gerentes das sociedades por quotas ou pelos directores ou administradores das sociedades anónimas,

(16) Cfr. ob. cit., págs. 710 e 711.

dela se arrancando para se afirmar em seguida que não há razão plausível para que seja substancialmente outro o tratamento a dispensar a uma qualquer modalidade de actos *ultra vires* em particular, incluindo a prestação de garantias a dívidas de terceiros. A não verificação da condição posta pelo art. 6.º, n.º 3, do C. S. C. — existência de justificado interesse próprio — operaria, por isso, em termos análogos aos consagrados pelos arts. 260.º, n.º 2 e 409.º, n.º 2, do C. S. C. para o comum dos casos de ultrapassagem do objecto social, cobrando relevo apenas ao nível dos poderes de representação e sendo exclusivamente oponível aos terceiros que soubessem da falta desse interesse ou não pudessem ignorá-lo, atentas as circunstâncias.

A nosso ver, porém, este entendimento contraria frontalmente as conclusões sugeridas pela articulação entre os n.ºs 1 e 3 do art. 6.º, *maxime* a de que o n.º 3, ao qualificar expressamente as garantias a dívidas de terceiros como *contrárias ao fim da sociedade*, quer manifestamente confiar a disciplina da matéria ao precedente n.º 1, situando, por conseguinte, o problema no âmbito da capacidade da sociedade e não já no dos poderes de representação dos órgãos sociais (16a).

Do lado dos partidários da tese que analisamos contrapor-se-á porventura que a intenção do n.º 1 do art. 6.º não pode ser a de consagrar o princípio da especialidade do fim, sob pena de entrar em contradição insanável com o n.º 4 do mesmo preceito (17). Que a capacidade da sociedade não abrange apenas “os direitos e as obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim”, mostra-o o disposto no citado n.º 4, onde expressamente se estende essa capacidade aos actos que excedem o objecto social e que são, portanto — dir-se-ia — alheios ao “fim” da sociedade.

(16a) Expressamente neste sentido, veja-se RAÚL VENTURA, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, Sociedades por quotas*, vol. III, Almedina, pág. 169: «considera-se contrária ao fim da sociedade — e, portanto, a sociedade é incapaz — a prestação de garantias reais ou pessoais a dívidas de outras entidades, salvo se existir justificado interesse próprio da sociedade garante ou se se tratar de sociedades em relação de domínio ou de grupo».

(17) Advirta-se que não é esta a posição de PEDRO DE ALBUQUERQUE, o qual estranhamente concede em que o art. 6.º, n.º 1, do C. S. C. é que contém “a regra fundamental em matéria de capacidade das sociedades” e admite que ela é “semelhante à constante do artigo 160.º do Código Civil” (ob. cit., pág. 696).

Este caminho, porém, não tem nenhum cabimento. Não pode seriamente pretender-se que o legislador, querendo rejeitar o princípio da especialidade do fim e reconhecer às sociedades uma capacidade ilimitada, tivesse enveredado para reproduzir, no art. 6.º, n.º 1, do C. S. C., com praticamente todos os *éfes e érres*, o disposto no art. 160.º do C. Cv., justamente inspirado pela doutrina inversa.

Se, anteriormente à entrada em vigor do Código das Sociedades Comerciais, era perfeitamente viável sustentar-se a inaplicabilidade às sociedades do princípio da especialidade do fim, visto que este só era consagrado por uma disposição aplicável à generalidade dos entes colectivos (o dito art. 160.º do C. Cv.) — sempre passível, nessa medida, de uma derrogação para tal ou tal categoria de pessoas, na base de razões especiais ou particulares⁽¹⁸⁾ —, parece fora de dúvida que isso estará hoje precludido pelo que concerne às sociedades, mercê da existência de uma disposição específica destas que, em termos taxativos, as submete igualmente ao império do sobredito princípio⁽¹⁹⁾.

Mas não estará, assim, a admitir-se uma contradição insanável entre os n.ºs 1 e 4 do art. 6.º do C. S. C., visto que daquele primeiro preceito se diz que afere a capacidade da sociedade pela bitola da teoria *ultra vires*, quando o n.º 4 expressamente abrange na capacidade das sociedades actos *ultra vires*?

A oposição entre estas duas proposições, assim formuladas, é certamente indiscutível. Constatada a contradição, a concepção que rejeitamos opta então pelo sacrifício integral do art. 6.º, n.º 1⁽²⁰⁾, deixando de pé apenas o n.º 4 e concluindo pela vigência da teoria da ilimitação.

(18) Entre outros, era esta a posição de FERRER CORREIA (*Poderes de representação: objecto de sociedade comercial prosseguido em desacordo com o pacto social, in Colectânea de Jurisprudência*, 1986, tomo I, pág. 10) e de VAZ SERRA (*Anotação ao Acórdão do S. T. J. de 11.3.69, in Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 103.º, pág. 270).

(19) *Recte*: ao império de um princípio análogo ou aparentado (cfr., já de seguida, no texto).

(20) Ou, mais rigorosamente, da norma que se diria nele virtualmente contida, por actuação de um argumento *a contrario* (“a capacidade da sociedade *não compreende* os direitos e as obrigações que não sejam necessários ou convenientes à prossecução do seu fim”).

Contudo, a via que deve privilegiar-se é outra, até por força da máxima hermenêutica de que o aplicador do direito deve favorecer um resultado interpretativo que confira utilidade à norma legal, em detrimento de outros que redundem na sua anulação ou completo desaproveitamento.

Se não há dúvida de que o n.º 1 do art. 6.º deve ser interpretado em conjugação com o disposto no n.º 4, não é menos exacto que não há inteira sobreposição entre ambos os comandos, de tal modo que fosse lícito afirmar que o último excepciona o primeiro *sem deixar resto*. O art. 6.º, n.º 4, apenas impõe que a capacidade da sociedade abranja os actos alheios ao objecto social ou contrários a outras cláusulas estatutárias e não que a capacidade seja reconhecida de forma irrestrita, ao arpejo do que se proclama no n.º 1.

A nosso ver, não há, por direitas contas, contradição alguma entre o n.º 1 e o n.º 4, nem sequer parcial, pela razão singela de que o n.º 1 não consagra efectivamente o princípio da especialidade do fim com o significado que este reveste à face do art. 160.º do C. Cv. e que é o correspondente ao enunciado da *ultra vires theory* ⁽²¹⁾ — a saber, com o alcance de que “a actividade jurídica não pode ultrapassar os limites do escopo que lhes é assinalado pelos estatutos”.

Não é por acaso que o art. 6.º, n.º 1, do C. S. C. se refere a direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do “fim” da sociedade, e não dos “fins”, como reza o art. 160.º do C. Cv.. É que o “fim” em causa é o fim mediato da sociedade — que é um só e o mesmo para todas — e não o objecto, ou fim imediato, que pode ser múltiplo e varia de caso para caso.

Esta distinção entre fim e objecto (ou entre fim mediato e imediato) é conhecida: o objecto (ou fim imediato) é o ramo ou ramos de actividade a desenvolver pela empresa societária, ao passo que o fim (mediato) é a obtenção de lucros através dessa actividade e sua repartição posterior entre os sócios ⁽²²⁾. Ambos os

⁽²¹⁾ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, 1983, vol. I, pág. 124, e, no mesmo sentido, MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 3.ª edição, pág. 318.

⁽²²⁾ Cfr. WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1980, pág. 155, e, entre nós, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. IV (Sociedades Comerciais), Fac. de Direito de Lisboa, 1993, págs. 23 e segs..

fins — desempenho de uma actividade produtiva e realização de lucros — são referidos no art. 980.º do Código Civil, relativo à noção do contrato de sociedade.

O “fim” a que alude o art. 6.º, n.º 1 — repisa-se — não pode ser o fim imediato ou o objecto, já que a esse se reporta o n.º 4, que precisamente o não arvora em factor restritivo da capacidade da sociedade. Sobra, porém, o fim mediato, que não tem a ver com o objecto social, e é esse, portanto, que se deve considerar visado pelo n.º 1, por essa via se garantindo uma harmonia perfeita entre ambas as disposições²³. Donde que, como princípio, se devam considerar nulos os actos de natureza não lucrativa praticados por uma sociedade, em consequência de falta de capacidade jurídica.

8. O exacto alcance do art. 6.º, n.º 1, do C. S. C. é iluminado pelo disposto no art. 6.º, n.º 2, ao ressaltar a capacidade da sociedade para a prática de “liberalidades que possam ser consideradas usuais, segundo as circunstâncias da época e as condições da própria sociedade”. A relação entre os n.ºs 1 e 2 do art. 6.º do C. S. C. é a mesma que intercede entre os n.ºs 1 e 2 do art. 980.º do C. Cv.: as referidas liberalidades não são contrárias ao fim da sociedade porque falta nelas o espírito de liberalidade⁽²⁴⁾, pelo que justamente não são doações e não colidem, pois, com o escopo lucrativo da sociedade.

A consideração do n.º 3 do art. 6.º do C. S. C., por seu turno, vem secundar uma ideia que a conjugação dos n.ºs 1 e 2 já permitia entrever e que é esta: o n.º 1 estipula a regra de que são contrários ao fim social todos os negócios gratuitos, ou seja, aqueles em que a sociedade age com “a consciência e a vontade negocial de dar (...) uma prestação, uma vantagem, sem contrapartida (no todo ou em parte)”⁽²⁵⁾; todavia, por efeito dos n.ºs 2 e 3, a inexistência de um espírito de liberalidade, ou o facto de a sociedade agir por motivos não altruísticos, mas interessados — conseguir vantagens da contraparte ou de terceiros —, intervém como *facto impeditivo*

(23) Em sentido conforme, veja-se AGOSTINHO GUEDES, ob. cit., pág. 140.

(24) Vide PIRES DE LIMA/ANTUNESVARELA, *Código Civil Anotado*, Coimbra Editora, 2ª edição, pág. 231.

(25) Cfr. MANUEL DE ANDRADE, ob. cit., vol. II, pág. 56.

da incapacidade cominada pelo n.º 1 (26). Isto, pelo menos, quanto aos actos expressamente contemplados pelos referidos n.ºs 2 e 3 do art. 6.º (liberalidades usuais e prestação de garantias a dívidas de outras entidades), se bem que o espírito do n.º 3 nos pareça perfeitamente generalizável a todo e qualquer negócio gratuito (27).

No fundo, os n.ºs 2 e 3 do C. S. C. dão guarida à ideia de que o escopo lucrativo que fornece a medida da capacidade da sociedade não tem de encontrar expressão no conteúdo do próprio acto ou negócio (na veste de uma prestação que seja contrapartida da vantagem propiciada pela dita sociedade), bastando, ao invés, que as “actividades se integrem em objectivos genericamente lucrativos”, no sentido de que está presente um interesse económico (“justificado interesse próprio”).

Implícita nas considerações que antecedem avulta a ideia de que o art. 6.º, n.º 3, do C. S. C. só tem em vista a prestação de garantias a dívida de terceiros efectuada a título gratuito. Se a sociedade receber uma contrapartida e o negócio for, por conseguinte, oneroso, a conformidade com o fim social (com o escopo lucrativo) está *ipso facto* assegurada, pelo que a capacidade da sociedade decorre logo do disposto no art. 6.º, n.º 1. Faltando a contrapartida é que será caso para indagar se não haverá porventura um interesse económico alheio ao conteúdo do acto (28) —

(26) A configuração do justificado interesse próprio como causa impeditiva da nulidade — como excepção, a alegar e a provar pelo interessado na validade — é manifesta, face aos termos do art. 6.º, n.º 3, do C. S. C. (“... *salvo se* existir justificado interesse próprio”).

(27) De outra forma teriam de haver-se como nulos actos correntes no quotidiano das sociedades, como sejam a efectivação de empréstimos não remunerados a entidades afiliadas. Ao que parece, a referência individualizada à prestação de garantias a dívidas de outras entidades ter-se-á ficado a dever ao facto de ser a respeito desses actos que mais se suscitaram dúvidas, na prática anterior ao Código das Sociedades Comerciais (cfr. BRITO CORREIA, *Vinculação da Sociedade*, in *Novas perspectivas de direito comercial*, Almedina, 1988, pág. 352.).

(28) A nosso ver, intercedendo uma relação de domínio ou de grupo entre as sociedades garante e garantida, a lei presume *juris et de jure* a existência de um justificado interesse próprio. Note-se, porém, que a sociedade garante há-de necessariamente ser a sociedade dominante ou directora — sendo o caso o inverso, não vemos razão para que a existência do interesse se presuma. Por outra via, a prestação gratuita de garantia a dívida de qualquer sócio (mesmo tratando-se da sociedade dominante), ainda que situada dentro

hipótese em que o acto reentrará, por força do n.º 3, na órbita da capacidade de que o n.º 1 o expulsara.

9. Percebe-se sem dificuldade a razão de ser da construção legal, isto é, que não seja o mesmo o tratamento dispensado aos actos contrários ao fim lucrativo, por um lado, e aos actos conformes com esse fim mas alheios ao objecto social, por outro lado.

No caso destes últimos, efectivamente, a irregularidade traduz-se apenas numa inobservância avulsa do programa de actividades estatutariamente assinalado aos gerentes, administradores ou directores pelos associados, insusceptível de lesar interesses de terceiros que a lei considere merecedores de tutela, pese embora o facto de se poder estar a expor a sociedade a um risco de natureza e âmbito muito diferentes dos que são conaturais ao referido programa. Não se olvide, na verdade, que o objecto social está na disponibilidade dos sócios, por isso que estes podem a todo o tempo deliberar que a sociedade passe a exercer uma nova actividade, em substituição da anterior ou em cumulação com esta, sem que isso acarrete, designadamente, um vencimento ou uma exigibilidade antecipados das dívidas sociais.

Os únicos interesses dignos de tutela afectados pelos actos inspirados por um escopo lucrativo mas que extravazam do objecto social são, pois, os interesses da sociedade e dos seus sócios. Nada de mais natural, portanto, que os efeitos despoletados sejam os de fazer incorrer os “representantes” em responsabilidade civil e que se não ponha em crise a validade do acto, mas, quando muito ⁽²⁹⁾, a sua eficácia relativamente à sociedade — de forma a que os sócios possam assumi-lo ou rejeitá-lo, consoante o juízo que façam acerca das suas próprias conveniências.

Tratando-se de negócios gratuitos e de que não advêm à sociedade nenhuma vantagem, sequer indirectas, é manifesto que são chamados à liça não apenas os interesses da sociedade e dos

da capacidade da sociedade, será sempre nula, por violação do princípio da proibição da restituição das entradas (cfr. LUTTER, in *Kölner Kommentar* cit., anotação 75 ao § 57).

⁽²⁹⁾ Assim quanto aos actos estranhos ao objecto social, havendo má-fé do terceiro (sempre abstraindo das sociedades em nome colectivo: cfr., quanto a estas, *supra*, a nota 12).

sócios, como os interesses dos credores sociais, dada a diminuição do património (actual ou potencial) que representa a garantia dos respectivos direitos. É, por isso, compreensível que o legislador tenha aqui feito transitar o problema para o terreno da *incapacidade* da sociedade, considerando que se não está diante de uma mera falta de poderes de representação que os sócios pudessem suprir, mas de um acto que os “representantes” não podem de todo praticar, mesmo que com o beneplácito da assembleia geral ⁽³⁰⁾.

10. Concluído que a prática de negócios gratuitos com fins desinteressados contende com a capacidade da sociedade e não com os poderes de representação dos gerentes, administradores ou directores, seguir-se-á disso, sem mais, que a nulidade intervém seja qual for a situação psicológica da contraparte? Não será viável sustentar que o negócio só é nulo no caso de a contraparte conhecer, ou dever conhecer, a inexistência de um justificado interesse próprio por parte da sociedade?

Por várias razões, julgamos que a resposta a esta última questão tem de ser negativa.

Em primeiro lugar, deve dizer-se que, embora a nulidade seja por vezes colocada na dependência da situação psicológica dos contraentes (cfr., por ex., o art. 281.º do C. Cv.), não deixaria de ser singular que isso sucedesse onde o defeito interno do negócio advém de a posição ou condição pessoal de uma das partes ser tal que a lei lhe proíbe em absoluto a prática do negócio em causa. Essa é a solução inglesa, mas em resultado de expressa norma legal, ao passo que nada há na nossa lei que a sugira ou indicie, nem encontramos exemplo de nada de semelhante no quadro de nenhum outro instituto.

⁽³⁰⁾ Não se ignora que os negócios gratuitos redundam sempre em prejuízo do património do disponente e que a lei, quanto às pessoas singulares, se basta apesar disso com a previsão de outros mecanismos de tutela dos credores, como seja a impugnação pauliana, a resolução em benefício da massa falida, etc.. Era o que faltava, porém, que a lei cerceasse o livre desenvolvimento da personalidade humana, proibindo às pessoas singulares a prossecução de fins altruísticos... Quanto às sociedades, contudo, já se aceita que a lei lhes interdite arroubos de uma generosidade inusitada, pois que foi em vista do compromisso de um escopo lucrativo que se outorgou aos seus sócios o benefício da responsabilidade limitada.

Este ponto é decisivo: os preceitos legais relativos à incapacidade da sociedade para a prestação desinteressada de garantias a dívidas de outras entidades (designadamente o art. 6.º, n.ºs 1 e 3) calam completamente qualquer referência à situação psicológica da contraparte. Qual, então, o fundamento jurídico-positivo da tese segundo a qual a incapacidade é inoponível a terceiros de boa-fé?

A aplicação por analogia das disposições pertinentes aos actos alheios ao objecto social improcede, porquanto justamente não são paralelos os conflitos de interesses em presença. Assim o considera, aliás, a própria lei, pois num caso diz existir incapacidade e, no outro, apenas falta de poderes de representação. No que tange aos actos que excedem o objecto social, os interesses da contraparte de boa-fé opõem-se apenas aos da sociedade e dos sócios, pelo que é razoável que a querela seja dirimida em favor dos primeiros: ao fim ao cabo, a controvérsia tem origem num comportamento ilícito daqueles a quem os sócios confiaram a representação da sociedade. Quanto aos actos desinteressados, porém, avultam outros interesses — *maxime* dos credores sociais —, e não se vê porque haja de correr por conta dos seus titulares o risco de uma actuação indevida dos gerentes, administradores ou directores da sociedade.

Bem fruste seria, aliás, a protecção dos interesses em causa, pois que ao beneficiário, por ex., de uma garantia a dívida de terceira entidade bastaria então aceitá-la, recusando cuidadosamente quaisquer esclarecimentos — os quais, de resto, seriam de bom grado omitidos pelos gerentes, administradores ou directores, naturalmente motivados pelo propósito de favorecer o devedor ou, até, o próprio credor. Bizarra tutela esta, cuja eficácia dependeria da maior ou menor *indiscrição* daqueles contra quem a lei alegadamente a concede...

Recorde-se, por último, que o regime aplicável aos actos *ultra vires* se filia na necessidade de promover a rapidez e a segurança do tráfico mercantil, cuja fluência seria fortemente prejudicada caso se impusesse a quem contrata com as sociedades uma investigação pormenorizada da conformidade dos negócios com as disposições estatutárias ⁽³¹⁾. Ora os propósitos em causa não se fazem

⁽³¹⁾ Confirmam-se os fundamentos da teoria da ilimitação *supra*, sob o n.º 5.

sentir com a mesma acuidade — nem pouco mais ou menos — tratando-se de negócios gratuitos.

Mesmo que fosse acertado dizer-se que o nosso entendimento “levaria à criação de uma eterna e irremovível suspeita sobre qualquer garantia dada por uma sociedade em benefício de uma terceira entidade”, pelo que, “na prática, e por não ter meios para verificar se o interesse social invocado pela sociedade é ou não verdadeiramente consistente, nunca nenhum terceiro poderia, sem grave preocupação, aceitar uma garantia dada por uma sociedade a dívida de outra entidade” ⁽³²⁾ — e parece-nos bem que há nestas considerações algum exagero — a verdade é que daí não viria moosa de monta à actividade mercantil.

Efectivamente, a prestação de garantias por uma sociedade a dívidas de outra entidade à qual ela se não ache ligada por uma relação de domínio ou de grupo constituirá, certamente, um evento muito raro ⁽³³⁾ — e mais excepcional será ainda que o garante prescinda de uma contrapartida, buscando apenas vantagens indirectas ou mediatas. Daí, aliás, que, diante da versão original do art. 35.º do *Companies Act* de 1985 ⁽³⁴⁾, a doutrina inglesa defendesse que a utilização do vocábulo “*transaction*” pressupunha a existência de uma reciprocidade, pelo que a norma não abrangeria as “*corporate gifts*” e os negócios gratuitos, havendo-se a 1ª Directiva como alheia à questão, dado o carácter exclusivamente económico do escopo a que vai endereçada (comum, de resto, ao da própria Comunidade Europeia) ⁽³⁵⁾.

O credor de certa entidade que pretenda proteger-se contra a invalidade de uma garantia prestada por uma terceira sociedade dis-

⁽³²⁾ Assim PEDRO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., pág. 708.

⁽³³⁾ Como se sabe, a actividade de concessão de garantias só pode ser exercida, a título profissional, por instituições de crédito e por sociedades financeiras (art. 8.º, n.º 2, do Dec.-Lei n.º 298/92).

⁽³⁴⁾ Esse preceito rezava assim: “1. In favour of a person dealing with a company in good faith, any transaction decided on by the directors is deemed to be one which it is within the capacity of the company to enter into, and the power of the directors to bind the company is deemed to be free of any limitation under the memorandum or articles; 2. A party to a transaction so decided on is not bound to enquire as to the capacity of the company to enter into it or as to any such limitation on the powers of the directors, and is presumed to have acted in good faith unless the contrary is proved”.

⁽³⁵⁾ FARRAR, ob. cit., págs. 112 e seg..

põe para tanto de um meio seguríssimo: basta que se disponha a pagar à mesma sociedade um correspondente pela vantagem que lhe é propiciada ou que exija prova segura de que a sociedade obteve uma remuneração do devedor ou de outrem ou de que está em relação de domínio ou de grupo com o mesmo devedor. No caso contrário, cumpre-lhe indagar sobre a verificação de um justificado interesse próprio da sociedade dadora da garantia e avaliar os riscos de que ele venha ulteriormente a considerar-se inexistente. E das duas uma: ou a garantia lhe serve com essa componente de incerteza (quicá por não estar em situação de exigir qualquer outra), ou não. Na primeira situação, corre os riscos concomitantes e não poderá depois queixar-se senão de si próprio; na segunda hipótese, deverá reclamar garantia mais consistente (nomeadamente uma garantia bancária) ou abster-se de realizar o acto que estaria na origem do crédito a assegurar (se estiver ainda a tempo).

Numa palavra: às garantias prestadas por sociedades a dívidas de terceiros é conatural um “risco de consistência jurídica” que o credor deve sopesar e ter em conta. Esse risco é perfeitamente tolerável do ponto de vista do tráfico mercantil, parecendo lícito afirmar, sem forçar a nota, que as exigências deste seriam até compatíveis com a vigência de uma proibição absoluta da prestação gratuita de garantias a dívidas de entidades que com as sociedades se não encontrem em relação de domínio ou de grupo ⁽³⁶⁾.

11. Importa agora curar da objecção de que a nossa leitura é contraditória com o art. 9.º da 1.ª Directiva. Alega-se que, face ao respectivo n.º 1, “a sociedade só não fica vinculada pelo resultado da actuação dos seus órgãos quando eles não *couberem, simultaneamente, nos poderes que a lei confere ou permite conferir a tais órgãos, de forma directa ou indirecta*”. Para libertar a sociedade dos compromissos assumidos pelos gerentes ou administradores não bastaria uma proibição relativa, antes seria necessária “*uma*

⁽³⁶⁾ Julgamos que é esta, no fundo, a posição subjacente à afirmação de RAUL VENTURA de que “a prestação de garantias é um acto que ultrapassa sempre os limites do objecto social” (cfr. *Adaptação do direito português à 1.ª Directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia sobre direito das sociedades*, in *Documentação e Direito Comparado*, BMJ, n.º 2, 1980, pág. 145).

proibição legal absoluta". Ora "o art. 6.º, n.º 3, não impede sempre — e em qualquer caso — a prestação de garantias por sociedades, em favor de outras entidades", antes a "*garantia de dívidas alheias é expressamente consentida*", verificados determinados requisitos. O poder de dar garantias em benefício de outros — continua-se — "é, pois, um daqueles poderes que a lei confere ou *permite conferir às sociedades*", acabando por se aportar à conclusão, já apontada, de que "as sociedades não poderão deixar de ficar vinculadas pelas garantias indevidamente oferecidas pelos respectivos órgãos, para assegurar o cumprimento de débitos ou obrigações de terceiros" (37).

A este respeito, seja-nos permitido recordar, antes do mais, que as directivas não têm aplicação directa nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados Membros, excepção feita à possibilidade de serem invocadas pelos particulares nas relações com os mesmos Estados, caso sejam incondicionais e suficientemente precisas (38).

Isso não tira a que as normas jurídicas nacionais que visem a transformação de uma directiva ou que, pelo menos, contendam com o seu âmbito de aplicação, devam ser objecto de uma interpretação conforme a essa mesma directiva, se a sua letra comportar um sentido que seja com ela compatível (39).

Nunca bastaria, portanto, afirmar que a 1.ª Directiva é vinculativa e insusceptível de ser contrariada pelos Estados membros para arredar a nossa orientação, mesmo que ela fosse realmente contraditória com as prescrições do art. 9.º daquele acto comunitário, antes

(37) A argumentação é de PEDRO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., págs. 701 e seg. e 705.

(38) Vide, por todos, o Acórdão do Tribunal de Justiça proferido no caso *Paola Dori*, publicado na Coleção de Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, 1994, vol. I, págs. 3325 e segs..

(39) Cfr., entre muitos outros, os Acórdãos do Tribunal de Justiça *von Colson und Kamann* (Coleção de Acórdãos, 1984, pág. 1909) e *Marleasing* (Coleção de Acórdãos, 1990, págs. 4158 e segs.). Sobre os detalhes da interpretação conforme às Directivas, veja-se ULRICH EVERLING, *Zur Auslegung angeglichenen nationalen Rechts*, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1992, págs. 382 e segs. e, entre nós, SOFIA OLIVEIRA PAIS, *O Acórdão Marleasing - Rumo à consagração implícita do efeito horizontal das directivas?*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1992, pág. 312.

se faria mister demonstrar que os preceitos nacionais aplicáveis são passíveis de uma leitura em sintonia com tais prescrições.

A questão é, de qualquer forma, ociosa, pois a citada desconformidade realmente não se verifica. Efectivamente, o que é imposto pelos n.ºs 1 e 2 do art. 9.º da 1.ª Directiva é que uma sociedade anónima ou por quotas não possa desvincular-se de actos praticados pelos seus órgãos esgrimindo com limitações aos seus poderes decorrentes dos estatutos ou de deliberações sociais (com a ressalva, já nossa conhecida, de que a cláusula acerca do objecto pode ser oposta a terceiros de má-fé). A propósito, por ex., do § 82, n.º 1, da *Aktiengesetz* (“a competência de representação da Direcção não pode ser limitada”), os autores alemães advertem que “restrições legais à competência de representação não são obviamente excluídas” por tal disposição⁽⁴⁰⁾. E o mesmo ensinamento pode colher-se na nossa doutrina, que acentua que, face à 1.ª Directiva, estão em causa “quer as restrições resultantes da fixação de um objecto, quer as resultantes da limitação de meios que permitissem atingir o objecto estabelecido”, mas não, “evidentemente, as limitações legais”⁽⁴¹⁾.

O que a 1.ª Directiva tem em mira é dispensar aquele que contrata com a sociedade da necessidade de compulsar os estatutos ou as deliberações dos sócios para se inteirar dos poderes dos órgãos sociais. Daí a referência “aos poderes que a lei permite conferir”, de modo a que a sua falta em concreto (por o quadro jurídico-convencional da sociedade em causa os não atribuir ao órgão que age em seu nome, podendo embora tê-lo feito) não possa ser oposta a terceiros. Visados são, por ex., os poderes da comissão executiva ou de um administrador delegado, os quais, relativamente a terceiros, são todos aqueles que legalmente podem ser objecto de delegação (art. 407.º, n.ºs 3 e 4, do C. S. C.), e não unicamente os que o conselho de administração lhes tenha delegado *in casu*. Os terceiros podem assim confiar em que os órgãos da sociedade têm o máximo de poderes de que podem abstractamente (ou legalmente) ser dotados.

⁽⁴⁰⁾ MERTENS, in *Kölner Kommentar* cit., anotação 3 ao § 82.

⁽⁴¹⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, ob. cit., págs. 52 e 316 e seg., com expressa alusão ao art. 6.º, n.º 3, do C.S.C.

Ao contrário do que se sustenta, a proibição ínsita no art. 6.º, n.º 3, do C. S. C. é absoluta, e não relativa. É absolutamente vedado aos órgãos sociais prestarem gratuitamente garantias a dívidas de entidades com as quais a sociedade não esteja em relação de domínio ou de grupo se não existir para tanto um justificado interesse próprio. A proibição é absoluta no sentido que releva para efeitos da 1.ª Directiva, que é o de que o âmbito dos poderes (ou da proibição) não haja de depender do conteúdo dos estatutos da sociedade ou das deliberações dos seus órgãos — e, de facto, esse conteúdo não é de nenhum préstimo para se afirmar em concreto a existência ou antes a inexistência de um justificado interesse próprio ou de uma relação de domínio ou de grupo.

Realce-se, em particular, que o justificado interesse próprio é qualquer interesse económico, e não necessariamente um interesse que esteja em consonância com o objecto social. Este último aspecto constitui *outro problema*, a debater só depois de assente a capacidade da sociedade. Para que a sociedade fique vinculada não basta que a prestação de garantia corresponda a um “justificado interesse próprio”, mas igualmente que se contenha no objecto social — e só neste segundo plano se terá em conta a actividade que a sociedade deve prosseguir segundo a pertinente cláusula do seu pacto, a qual, todavia, como restrição estatutária (e não legal), será inoponível a terceiros de boa-fé.

12. Resta apenas afrontar a objecção de que não pode impor-se aos terceiros que realizem um controle de mérito sobre uma deliberação social, substituindo-se às sociedades na determinação dos objectivos a alcançar por ela e imiscuindo-se com isso no que, tipicamente e por natureza, cabe na esfera de julgamento da sociedade, sendo, de resto, insusceptível até de uma apreciação jurisdicional ⁽⁴²⁾.

A propósito, urge constatar, antes do mais, que a exigência de um justificado interesse próprio é posta por lei, pelo que nem os terceiros nem os tribunais podem virar-lhe as costas. Não cremos que haja volta que possa dar-se. A própria tese ora em exame vê-se forçada a aceitar que a sociedade não fica vinculada se provar que

(42) Cfr. PEDRO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., pág. 707 e nota 47.

a contraparte sabia que não subjazia à prestação da garantia um “justificado interesse próprio”, pelo que, mesmo no quadro dessa tese, nunca o terceiro que conheça o objectivo visado pela sociedade poderá deixar de interrogar-se sobre se o mesmo consubs-tancia ou não um “justificado interesse próprio”, assim como não poderá deixar de ser facultado recurso às vias judiciais, para dirimir eventuais controvérsias, acabando afinal por se cair na “apreciação jurisdicional” alegadamente inadmissível.

Em ambas as teses, portanto, impõe-se averiguar se está ou não preenchido o requisito de que exista um justificado interesse próprio por detrás da prestação da garantia (como quer que esse requisito se compreenda): a diferença está apenas em que nós pomos a cargo do terceiro o ónus da alegação e da prova de que o interesse existe, enquanto outros fazem recair o ónus inverso sobre quem invoca a nulidade.

13. Mas será que o art. 6.º, n.º 3, do C. S. C. postula, de facto, uma apreciação jurisdicional de mérito?

A necessidade de uma justificação à luz do interesse social surge-nos a propósito da limitação ou supressão do direito de preferência dos accionistas (art. 460.º, n.º 2, do C. S. C.). A grande dúvida que se suscita a tal propósito está justamente em saber se a lei intende controlar o mérito da medida ou apenas a legitimidade da motivação.

No primeiro sentido pronunciam-se os autores e a jurisprudência alemães, secundados no essencial pela doutrina dominante entre nós. Segundo se diz, o fim prosseguido terá de ser conforme ao interesse social e a limitação à preferência deverá apresentar-se como uma medida apropriada, necessária e proporcional; tal medida, por outras palavras, será injustificada se não favorecer o fim alegadamente em vista, se este pudesse ser alcançado por via diversa (designadamente, através de um aumento de capital com respeito pela preferência) ou se, em todo o caso, as vantagens aportadas à sociedade não superarem de forma clara os danos provocados aos interesses individuais dos sócios⁽⁴³⁾.

⁽⁴³⁾ Cfr. o nosso *Valores Mobiliários: Conceitos e espécies*, Universidade Católica Portuguesa-Editora, 1996, pág. 210.

Pela nossa parte, entendemos que por essa via se está a reconhecer ao juiz a possibilidade de controlar a ponderação de interesses efectuada por uma maioria qualificada dos sócios e de lhes impor a decisão que ele tenha por economicamente mais ajustada, o que redundará numa espécie de *judicialização* da actividade societária que não pode ser boa coisa. Julgamos, por isso, que deverá valer na matéria uma regra homóloga da chamada *business judgment rule* (segundo a qual as decisões do órgão de direcção são judicialmente insindicáveis se adoptadas por directores agindo convictamente no interesse da sociedade, de forma desinteressada e convenientemente informada), exigindo-se tão somente que os sócios, ao aprovarem a limitação, tenham sido animados pelo escopo de fomentar o interesse social, e não por motivos extra-sociais ⁽⁴⁴⁾.

Não lobrigamos nada que possa forçar-nos a uma mudança de opinião, diante do problema paralelo suscitado pelo art. 6.º, n.º 3, do C. S. C.; consistindo a prestação de garantias num acto da *gestão societária* será até por maioria de razão que o controlo judicial não há-de versar sobre o mérito económico da decisão. Desta forma, o justificado interesse próprio suporá apenas que o móbil dos gerentes, administradores ou directores, ao prestarem a garantia, tenha sido o de satisfazer certo interesse económico da sociedade, e não o de proporcionar uma vantagem ao credor ou ao devedor (em si e por si). O acto será válido ou nulo consoante esta vantagem tiver sido querida enquanto meio para atingir certo interesse económico da sociedade — tal como os próprios gerentes, administradores ou directores o tiverem definido, de forma judicialmente insindicável — ou antes como um fim em si mesmo, ou como via para atingir outro objectivo ínvio (extra-social) ⁽⁴⁵⁾.

14. Como é evidente, a existência de uma disposição estatutária que, por ex., confira aos gerentes, administradores ou directores “poderes para onerar bens imóveis ou móveis”, será total-

⁽⁴⁴⁾ CARLOS OSÓRIO DE CASTRO, ob. cit., págs. 216 e segs.

⁽⁴⁵⁾ Supomos que quem advogar a necessidade de se proceder nesta sede a uma apreciação de mérito exigirá que o interesse social visado tenha tal peso que a prestação da garantia possa considerar-se uma medida economicamente válida ou correcta.

mente irrelevante para o efeito que nos ocupa, pois é óbvio que o poder se terá de entender conferido *nos termos e com as limitações resultantes da lei e dos próprios estatutos*. O órgão de administração disporá de poderes para onerar “bens imóveis ou móveis”, mas, como é claro, para por via disso se prosseguir o objecto social assinalado no pacto ⁽⁴⁶⁾, e não para alcançar outras finalidades (não, certamente, para prestar garantias em violação das prescrições legais). Fosse de outro modo e a disposição estatutária seria nula, pois os estatutos não podem alargar o âmbito da capacidade de gozo reconhecido por lei às sociedades.

15. Desde que a sociedade garante invoque que a prestação da garantia, como acto gratuito, não cabia na esfera da sua capacidade, será irrelevante que o correspondente contrato tenha sido efectuado com a intervenção de todos ou apenas alguns dos seus gerentes, administradores ou directores.

Tratando-se de uma questão de capacidade ou incapacidade da sociedade, é manifesto que ela continuará a colocar-se, nos mesmo exactos termos, ainda que *todos os administradores* tivessem participado no acto de constituição da garantia. A própria anuência dos sócios, aliás, será irrelevante, não importa se manifestada com carácter prévio ou *a posteriori*.

Em ordem à determinação da capacidade da sociedade garante para a prática do acto em causa, tão pouco interessará que este tenha sido condição única e indispensável da prática do contrato de que decorre o crédito garantido. O erro acerca da validade da garantia será, quando muito, determinante da anulabilidade do referido contrato, verificados os requisitos postos pelo art. 252.º do C. Cv..

A invalidade da garantia por incapacidade de gozo não é posta em crise mesmo que os gerentes, administradores ou directores da sociedade garante hajam protestado falsamente existir um justificado interesse próprio da mesma sociedade na prestação da garan-

⁽⁴⁶⁾ A doutrina inglesa chama a atenção para a necessidade de distinguir entre objecto (“description of the nature of the company’s trade or business in a broad generic way”) e poderes (“legal ability by which a person may create, change or extinguish legal relation”) — cfr. FARRAR, ob. cit., pág. 101.

tia, com a intenção de induzir a contraparte em erro e de a levar a concluir um negócio de que ela de outra forma se teria absterido: ainda se admite que o dolo do próprio incapaz lhe preclua o direito de invocar a anulabilidade, se a incapacidade for de mero exercício⁽⁴⁷⁾, mas já não se concebe que uma incapacidade de gozo, estabelecida no interesse de terceiros, possa ser “sanada” por causa de um comportamento doloso dos “representantes” do incapaz (mas sem poderes para praticarem o acto em causa, em nome e por conta deste).

As consequências de uma actuação como a que agora se hipotiza produzir-se-iam, sim, ao nível da responsabilidade civil dos gerentes, administradores ou directores por violação dos deveres de cuidado e de protecção acrescidos a que ficam vinculados os que procedem à negociação de um contrato, nos termos do art. 227.º do C. Cv. (responsabilidade por *culpa in contrahendo*)⁽⁴⁸⁾, sendo certo que essa responsabilidade se estenderá à própria sociedade garante, nos termos do art. 500.º do C. Cv., aplicável *ex vi* art. 6.º, n.º 5, do C. S. C.⁽⁴⁹⁾.

CONCLUSÕES

1.^a — Nos termos do art. 6.º, n.º 1, do C. S. C., a capacidade de uma sociedade é medida pelo seu fim mediato, que é a obtenção de lucros, pelo que não compreende a prática de actos gratuitos (de natureza não lucrativa);

2.^a — Porém, a inexistência de um espírito de liberalidade, ou o facto de a sociedade agir por motivos não altruísticos, mas

(47) Cfr. o art. 126.º do C. Cv.. Segundo a melhor doutrina, aliás, só o menor e os seus herdeiros estarão impedidos de invocar a anulabilidade e não as pessoas elencadas na art. 125.º, n.º 1, al. a).

(48) Que os membros dos órgãos de uma sociedade podem incorrer pessoalmente em responsabilidade pré-contratual é ponto fora de qualquer dúvida: cfr., por todos, KARSTEN SCHMIDT, ob. cit., pág. 346.

(49) A responsabilidade em causa cingir-se-á ao interesse contratual negativo, já que de outra forma se entraria em colisão com a decisão legal de considerar o negócio ineficaz para o representado — cfr. RAÚL GUICHARD ALVES, *Notas sobre a falta e limites do poder de representação*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1995, pág. 32.

interessados — conseguir vantagens da contraparte ou de terceiros — intervém como facto impeditivo da incapacidade, por força do art. 6.º, n.ºs 2 e 3, do C. S. C.;

3.^a — A sociedade que invoque a nulidade da prestação de garantias a dívidas de outras entidades só tem assim de alegar e provar o carácter gratuito do acto; é ao beneficiário da garantia que, para repelir essa arguição, incumbe o ónus de demonstrar a existência de um justificado interesse próprio da sociedade garante (o qual se presume, *juris et de jure*, havendo uma relação de domínio ou de grupo entre as sociedades garante e garantida);

4.^a — O justificado interesse próprio suporá apenas que o móbil dos gerentes, administradores ou directores, ao prestarem a garantia, tenha sido o de satisfazer certo interesse económico da sociedade garante, e não o de proporcionar uma vantagem ao credor ou ao devedor (em si e por si);

5.^a — A incapacidade da sociedade para a prática de actos gratuitos com fim desinteressado é uma incapacidade de gozo, como tal insusceptível de ser suprida ou sanada pela intervenção de todos os gerentes, administradores ou directores (ou mesmo de todos os associados);

6.^a — O beneficiário de garantia prestada por uma sociedade a dívida de outra entidade que tenha confiado na existência de um justificado interesse próprio por efeito de uma actuação dos gerentes, administradores ou directores contrária às regras da boa fé poderá responsabilizá-los pessoalmente, nos termos do art. 227.º do C. Cv. (bem como à sociedade, nos termos do art. 6.º, n.º 5, do C. S. C.) — mas nunca o dolo daqueles que justamente não podem praticar o acto em nome e por conta da sociedade poderá arrear uma incapacidade de gozo, estabelecida no interesse de terceiros.

Porto, Julho de 1996.