

DA PRESTAÇÃO DE GARANTIAS POR SOCIEDADES COMERCIAIS A DÍVIDAS DE OUTRAS ENTIDADES

Por Dr. Pedro de Albuquerque (*)

I — Introdução

I — Em artigo intitulado *A vinculação das sociedades comerciais por garantia de dívidas de terceiro* in *Revista da ordem dos Advogados*, ano 55 — II, Lisboa, Dezembro de 1995, sustentámos a tese segundo a qual as sociedades comerciais ficavam vinculadas pelos actos praticados pelos respectivos administradores ou gerentes dentro dos poderes de representação que a lei formalmente lhes confere. Isto mesmo no caso de poderes de administração subjacentes à prática do acto que responsabiliza a sociedade se poderem encontrar, de facto, condicionados pela necessidade de verificação de determinados requisitos, cuja sindicância não deverá em princípio caber a quem contrata com o ente colectivo mas, antes, aos titulares dos respectivos órgãos. Entre tais actos encontra-se a prestação de garantias a dívidas de terceiros quando a prestação da garantia for justificada, pela sociedade garante, através da invocação da existência de um interesse social na prática do acto (artigo 6.º n.º 3 do CSC). Por não ter meios para sindicar a existência, ou não, do interesse invocado pela sociedade, o beneficiá-

(*) Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa.

rio da garantia deveria poder bastar-se com a justificação que lhe é apresentada pelos membros do órgão de representação do ente colectivo, o qual já não se poderá desvincular da garantia prestada (1).

No essencial a nossa construção baseou-se nos seguintes argumentos ou considerações:

1) A interpretação das normas obedece a um propósito transitivo. Para além disso, ela tem por objecto formulações concebidas de forma geral e abstracta ou, em parte, sintetizadas em figuras ou conceitos. O processo hermenêutico que lhe vai dirigido deve compreender uma fase determinativa, dirigida ao apuramento do sentido e âmbito das referidas formulações. Semelhante fase principia, ao menos de um ponto de vista lógico (2), por uma indagação de carácter filológico. Contudo, o estudo e análise das palavras de uma norma, apenas, levam à determinação daquilo que nela é textualmente dito. O valor facial apurado pelo intérprete pode não corresponder da forma mais fiel ou perfeita ao pensamento subjacente à formulação. E mesmo na eventualidade de se verificar uma tal correspondência torna-se necessário indagá-la: tanto a correspondência como a não correspondência constituem resultados a apurar, não pressupostos a aceitar. Na determinação do sentido de uma norma mostra-se indispensável a descoberta das razões inerentes ao pensamento legislativo. Não basta a conclusão segundo a qual a letra da lei se revela suficientemente ampla para compreender no seu âmbito o caso que nela se pretende enquadrar.

2) A *ratio* de uma norma depende directamente da problemática que a gerou. Conforme demonstrado por Viehweg, subjacente às palavras utilizadas pela ciência do direito ou recebidas pelo legislador cabe uma tópica oculta de carácter material em virtude da qual apenas a partir dos problemas e através dos problemas podem ser compreendidas; elas não possuem qualquer valor absoluto.

(1) Excepção feita, claro está, aos casos nos quais o beneficiário da garantia conhece, ou deveria conhecer, o eventual carácter *ultra vires* do acto praticado pela sociedade.

(2) Não se ignoram naturalmente, nem se descartam, as construções que vieram por a nu a realidade do fenómeno da pré-compreensão jurídica e da espiral subjacente ao processo de interpretação do direito.

3) Apenas a consideração funcional das necessidades materiais que lhe correspondem torna possível a determinação do sentido de um conceito ou norma. Isto numa conclusão ditada não apenas pela natureza das regras jurídicas como, além disso, expressamente consagrada pelo legislador português, ao postergar formalmente o literalismo exegético, e ao impor ao intérprete a obrigação de se não confinar à letra da lei e de atentar nos critérios meta-literais enunciados no artigo 9.º do Código Civil.

4) É, naturalmente, à luz das considerações acabadas de referir que se deve tentar determinar o sentido das disposições legais nas quais se fixa o âmbito de vinculação das sociedades comerciais, e em particular da responsabilidade pelas garantias oferecidas em benefício de terceiros. Não se afigura suficiente a constatação — por um lado — de que os artigos 260.º e 409.º do CSC apenas obrigam a sociedade por actos *ultra vires* quando tais actos caibam dentro dos poderes conferidos por lei aos gerentes ou administradores e — por outro — a afirmação segundo a qual a prestação de garantias é considerada contrária ao fim da sociedade, salvo se existir justificado interesse próprio da sociedade garante ou se se tratar de sociedade em relação de domínio ou de grupo (artigo 6.º n.º 3 do CSC). É necessário verificar quer as razões e circunstancialismo que conduziram à adopção ou consagração das regras acabadas de citar quer o modo como elas se articulam com outras normas directamente relevantes para o assunto objecto da nossa análise. Só assim se dará cumprimento ao disposto no n.º 1 do artigo 9.º do Código Civil, preceito por força do qual o processo hermenêutico deve procurar a reconstrução do pensamento legislativo «*tendo sobretudo em consideração a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada*».

5) Ao impor ao hermeneuta a necessidade de tomar em devida conta a unidade do sistema jurídico e as circunstâncias em que a lei foi elaborada, o legislador português remete-nos directamente para o artigo 9.º da 1.ª Directiva comunitária em matéria de sociedades (3). Este último preceito é bem claro ao estabelecer, de

(3) Para além de ser directamente imposta pelo artigo 9.º do Código Civil, ao estabelecer a necessidade de se tomar em consideração a «*unidade do sistema jurídico bem*

forma vinculativa para os estados membros, a regra segundo a qual os actos praticados pelos órgãos das sociedades dentro dos poderes que a lei lhes confere ou permite conferir vinculam a sociedade, mesmo quando estranhos ao objecto social. À luz deste preceito Comunitário — chamado a depor, repita-se, por cominação do artigo 9.º do Código Civil — a limitação da responsabilidade das sociedades, constante dos artigos 260.º e 409.º do CSC, por actos dos respectivos administradores ou gerentes, não pode deixar de ser entendida em sentido restrito. A sociedade só não ficará vinculada, pelo resultado da actuação dos seus órgãos, de forma directa ou indirecta. Não basta, assim, uma proibição relativa para libertar a sociedade dos compromissos assumidos pelos gerentes ou administradores. É necessária uma proibição legal absoluta.

6) Para além de ser a única que se compatibiliza com a primeira parte do n.º 1 do artigo 9.º da 1.ª Directiva comunitária em matéria de sociedades, a tese acabada de enunciar — segundo a qual os actos praticados pelos órgãos sociais, dentro dos poderes que a lei lhes confere (condicional ou incondicionalmente) vinculam sempre a sociedade, desde que esta invoque o preenchimento das condições ou requisitos dos quais depende a efectiva concessão de tais poderes — ela é também a única que se adapta à realidade a disciplinar. Conforme lembra a propósito o Professor VAZ SERRA (4), pelas suas características do direito das sociedades comerciais — marcado pela necessidade de tutela do tráfego jurídico, do crédito e dos terceiros — exigir-se das entidades que contratam com as sociedades uma investigação pormenorizada do objecto ou do interesse social afigura-se algo de despropositado. A administração ou gerência, e para empregar uma vez mais as palavras do Professor VAZ SERRA, ao celebrar, em nome da

*como as circunstâncias de elaboração da lei», a obrigatoriedade de articulação dos preceitos do CSC, relativos à vinculação das sociedades comerciais, a necessidade de ponderação do artigo 9.º da 1.ª Directiva comunitária resultaria em qualquer caso dos tradicionais ensinamentos da doutrina em matéria de interpretação da lei e normas jurídicas em geral. Na verdade, os autores têm apregoado, já de há longa data, o facto de toda a fonte se integrar numa ordem, de toda a fonte ser um modo de expressão dessa ordem jurídica e social global Cfr., por todos, Oliveira Ascensão, *O direito. Introdução e teoria geral*, 9.ª ed., Coimbra, 1995, p. 395.*

(4) Vaz Serra, *Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 11 de Março de 1969*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 103, p. 271.

sociedade, um acordo ou acto com terceiro assegura-lhe implicitamente estar autorizada a realizá-lo ⁽⁵⁾. É à sociedade que compete saber se um acto cabe ou não dentro do objecto social, se o acto corresponde ou não ao seu interesse, e os terceiros devem poder confiar no julgamento por ela realizado ⁽⁶⁾. Portanto, o acto realizado pelos órgãos de uma sociedade, embora alheio ao respectivo objecto ou aos interesses da colectividade, deve ter-se por eficaz, se o terceiro que com ela contratou estava de boa-fé.

7) Atentos os aspectos referidos compreende-se que o legislador português — na sequência de directriz comunitária — tenha expressamente precluído a doutrina dos actos *ultra vires* e consagrado a orientação alemã da tutela da aparência em matéria de vinculação das sociedades por actos dos seus órgãos (artigo 6.º n.º 1 e 4, 260, n.º 1 e 409, n.º 1): pretendeu-se afastar definitivamente o perigo de paralisação ou afectação dos negócios celebrados por sociedades. O resultado pretendido só será, porém, plenamente alcançado se não se fizer uma interpretação restritiva e artificial da tutela da aparência, através da circunscrição da responsabilidade das sociedades aos casos de realização pelos seus órgãos de actos susceptíveis de caberem dentro dos poderes conferidos por lei de forma incondicional, com exclusão de todos os demais ⁽⁷⁾. Uma orientação de cariz restritivo ou limitativo da responsabilidade das sociedades criaria um permanente estado de dúvida susceptível de comprometer seriamente os interesses e valores que o legislador quis acautelar, ao vetar a teoria dos actos *ultra vires*. Ao contrário, a garantia proporcionada por uma interpretação mais ampla, que vincula a sociedade por todos os actos realizados dentro de *quaisquer* competências legais dos seus órgãos — sejam elas directas ou indirectas, condicionadas ou incondicionadas — vem reforçar a facilidade e rapidez do tráfico mercantil. Para além de defender o interesse dos terceiros, a tese sustentada serve as próprias necessidades do sistema e vai directamente ao encontro das razões subja-

⁽⁵⁾ *Idem.*

⁽⁶⁾ *Idem.*

⁽⁷⁾ Lembre-se como quer artigo 260.º n.º 1 quer o artigo 409.º n.º 1 do CSC se referem apenas aos poderes que a lei confere sem estabelecerem qualquer restrição quanto à forma como esses poderes são conferidos.

centes ao artigo 6.º do CSC. A *ratio* deste preceito não faz senão confirmar a interpretação obtida através da conjugação com o texto das normas comunitárias relativas à vinculação das sociedades por actos dos seus órgãos.

8) No caso específico das garantias dadas por sociedades em favor de terceiros verifica-se não existir, na nossa lei, qualquer proibição absoluta de prestação dessas mesmas garantias. Na verdade, o artigo 6.º n.º 3 do CSC não impede sempre — e em qualquer caso — a prestação de garantias, por sociedades, em favor de outras entidades. Ao contrário, e verificados determinados requisitos — a justificação pelo interesse social ou a existência de uma reção de grupo ou de domínio — a garantia de dívida alheias é expressamente consentida. O poder de dar garantias em benefício de outros é, pois, um daqueles poderes que a lei confere ou permite conferir às sociedades comerciais. A conjugação, imposta pelo artigo 9.º do Código Civil, do artigo 6.º n.º 3 do CSC com o disposto no n.º 1 do artigo 9.º da primeira directiva comunitária, bem como a ponderação da *ratio* do artigo 6.º impõem assim como conclusão: as sociedades não poderão deixar de ficar vinculadas pelas garantias indevidamente oferecidas pelos respectivos órgãos — mas justivadas através do protesto de um interesse social na prestação de tais garantias. Uma vez que o respectivo destinatário não tem meios para confirmar se o interesse social invocado pela sociedade para justificar a prestação de uma garantia em favor de outra entidade, qualquer entendimento susceptível de permitir ao ente colectivo desvincular-se do acto por ele praticado, através da demonstração da efectiva inexistência do referido interesse, tornaria meramente quimérica a possibilidade concedida pelo artigo 6.º n.º 3 do CSC, o qual acabaria por não ter qualquer aplicação prática. Tratar-se-ia, no fundo, de fazer recair sobre o destinatário da garantia o encargo de julgar algo que ele não tem possibilidade material para apreciar. Saber se um acto corresponde, ou não, ao interesse social postula um conhecimento dos negócios da sociedade apenas alcançável pelos respectivos órgãos, não por um terceiro estranho ao ente colectivo. É que o interesse social deve determinar-se em função dos fins da sociedade. Sustentar a necessidade de pessoas estranhas à sociedade realizarem um controle de mérito sobre uma deliberação social, em virtude da qual se decide

oferecer determinada garantia, envolveria a aceitação da possibilidade de os terceiros se substituírem às sociedades na determinação dos objectivos por ela a alcançar. Como isso não é possível, a vingar uma interpretação favorável à possibilidade de os entes colectivos se desvincularem de uma garantia prestada em favor de outra entidade, através da demonstração da inconsistência do interesse para o efeito invocado perante o destinatário, o resultado seria apenas um: as entidades a quem as garantias se destinariam iriam recusar, de forma sistemática, a sua aceitação e a consequente celebração de qualquer negócio ao abrigo das faculdades e da autonomia conferida pelo n.º 3 do artigo 6.º do CSC.

9) A própria possibilidade de apreciação judicial da consistência do interesse invocado pelos órgãos da sociedade, para justificar a concessão da garantia em favor de outra entidade, deve entender-se por precluída. A apreciação jurisdicional só será possível quando a sociedade prove que o destinatário da garantia conhecia, ou não podia deixar de conhecer, a circunstância de a sociedade não possuir, na verdade, qualquer interesse em assegurar o cumprimento da dívida do terceiro.

II — A tese por nós proposta lançava já algumas raízes na doutrina e jurisprudência anterior à entrada em vigor do Código das Sociedades Comerciais⁽⁸⁾. Ela está igualmente, e a nosso ver, expressa ou implícita em significativo sector da doutrina posterior ao referido Código⁽⁹⁾. Recentemente uma posição — se porven-

(8) V., por exemplo, e entre outros, Ferrer Correia, *Sociedades Fictícias e Unipessoais*, Coimbra, 1948, pp. 85 e ss., autor que, na ausência de texto legal expresso, procurava responsabilizar — ora pelo interesse contratual positivo ora, tão só, pelo interesse contratual negativo, consoante os casos — as sociedades comerciais por actos praticados na base de uma realidade falsamente representada, fazendo apelo às regras gerais do negócio jurídico e à ideia segundo a qual os actos dirigidos ao exterior, pelos titulares dos órgãos de administração e representação de um ente colectivo, correspondem a notificações nas quais os destinatários devem poder confiar; Id., *Poderes de representação. Objecto da sociedade comercial prosseguido em desacordo com o pacto social*, in *Colecção de Jurisprudência*, 1986, Ano XI, t. 1, pp. 7 e ss., e Vaz Serra, *Anotação...*, in *Revista...*, ano 103, p. 271.

(9) Assim pode cfr., a título meramente indicativo, Gonçalves Pereira, *Objecto social e vinculação da sociedade*, in *Revista do Notariado*, Ano VII, 27, 1987, pp. 75, 85 e 98, autor que chega a afirmar «A limitação da capacidade da sociedade pelo seu objecto

tura não totalmente — ao menos parcialmente idêntica ou coincidente com a nossa foi defendida pelo Professor MENEZES CORDEIRO ⁽¹⁰⁾.

ou *fin*» — o sublinhado é nosso — «*aplica-se no plano das relações internas, ou seja, nas relações dos órgãos da sociedade para com esta. (...) Esta disposição — a do artigo 6.º n.º 4 — «consagrou a tendência dominante na doutrina portuguesa (...), de dar relevância aos interesses de terceiros de boa-fé que contratam com a sociedade, em face do interesse desta de se não vincular para além do respectivo objecto social. A celeridade e segurança do tráfico jurídico e a dificuldade de conhecimento do objecto da sociedade por parte de terceiros assim o impõe»; e, embora de forma menos explícita, Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de cumprimento*, Coimbra, 1994, pp. 41 e 42. Veja-se igualmente o *Acórdão da Relação de Lisboa de 4 de Julho de 1991 in Colectânea de Jurisprudência*, 1991, XVI, t. IV, pp. 167 e ss.. No caso objecto do aresto agora citado, uma sociedade tornou-se fiadora de uma outra. Tendo a segunda incumprido o débito garantido pela primeira foi esta accionada pela beneficiária da garantia. Embora os factos que se encontravam na base do litígio fossem parcialmente anteriores ao Código das Sociedades o tribunal considerou poder «(...) inclusivamente, entender-se serem interpretativas as normas constantes dos n.ºs 1 e 2 do artigo 260.º do CSC, este último na redacção do DL 280/87, de 8.6, por isso aplicáveis retroactivamente. O mesmo vale para as sociedades anónimas, para as idênticas disposições do artigo 409.º n.ºs 1 e 2 do CSC», pelo que a fiança vincula a sociedade garante. E não foi outra a doutrina expressa pelo *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Janeiro de 1993*, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano I, T. I, 1993, pp. 81 e ss.. Nessa sentença — e apesar das «*ligeiras dúvidas*» (*sic*) manifestadas quanto ao carácter interpretativo do artigo 260.º do CSC — o Supremo entendeu, quando chamado a apreciar em recurso o caso anteriormente decidido pela Relação, no *Acórdão* citado *supra* nesta nota, e portanto relativo a um caso anterior à entrada em vigor do actual CSC, tomar como referência o normativo desse Código. Nessa base, o tribunal decidiu que a fiança dada por uma sociedade para garantir dívida alheia era para ela vinculativa. São as seguintes as palavras do *Acórdão*: «*A este respeito, parece-nos importante uma expressão aduzida pelo legislador de 1986 «... provar que o terceiro ... não podia ignorar atentas as circunstâncias, que o acto praticado não respeitava...». É que com esta expressão o acento tónico é posto, não na pessoa do terceiro, mas nas circunstância em que o acto é praticado: é em função destas que o terceiro, seja ele quem for, tem ou não de conhecer o abuso de poderes de representação por parte dos gerentes e administradores. E bem se compreende que assim seja, pois bem pode acontecer que um acto dos administradores que nada tem a ver, aparentemente, com o objecto social, seja ditado por fundadas razões de gestão, ou até de sobrevivência, da sociedade; e essas, não está qualquer terceiro em condições de as conhecer.*»*

⁽¹⁰⁾ Cfr. Menezes Cordeiro, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lisboa, 1996, p. 370 e nota 131 onde se lê «*A partida, o âmbito dos poderes de representação estaria delimitado pelo da própria administração. A tutela da confiança levou o legislador a estabelecer um esquema inverso: quando, no uso formal de poderes de representação, o administrador ultrapasse o que lhe caberia, a imputação funciona: artigo 6.º/4 '... não limitam a capacidade da sociedade'*» (afirmação esta seguida de uma remissão para o nosso estudo *A vinculação...*, in *Revista...*, ano 55-

A verdade, porém, é que as nossas teses foram objecto de, aparentemente, pesados e severos reparos num estudo, igualmente recente, e inteiramente dedicado à impugnação da tese por nós perflhada ⁽¹¹⁾. No fundo os argumentos esgrimidos contra os pontos de vista por nós formulados podem sintetizar-se da seguinte forma:

1) Se se atender, não aos enunciados puramente teóricos nos quais se desdobram, mas às regulamentações de direito positivo subjacentes às várias correntes que procuram resolver o problema da vinculação das sociedades, não existe uma diferença tão cavada quanto se poderia pensar entre a doutrina dos actos *ultra vires* e as teses inspiradas na teoria da ilimitação da vinculação das sociedades comerciais ⁽¹²⁾.

2) O artigo 6.º n.º 4, do CSC representa o resultado da adaptação do nosso direito às exigências do artigo 9.º 1 da primeira Directiva comunitária em matéria de sociedades ⁽¹³⁾. Nos termos desse preceito «*as cláusulas contratuais e as deliberações sociais que fixem à sociedade determinado objecto ou proíbam a prática*

-III, pp. 689 e ss.) e p. 523, na qual o autor escreve categoricamente «*A jurisprudência que mais tem ponderado o tema (do erro de gestão subentenda-se) — a italiana — não é favorável a uma apreciação, pelos tribunais, do mérito da gestão. Na verdade, os tribunais não estão apetrechados para proceder a tais exames (...)*» para acrescentar em nota «*De resto, o tipo de gestão a pôr em prática, envolve opções que só os sócios podem fazer (...)*».

⁽¹¹⁾ Assim Osório de Castro, *Da prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1996, Ano 56, II, 566 e ss., num balanço que o ilustre autor não parece considerar destruído pela concessão por ele feita (cfr. p. 587), segundo a qual perante o actual cenário legislativo «*Os terceiros podem (...) confiar em que os órgãos da sociedade têm o máximo de poderes de que podem abstractamente (ou legalmente) ser dotados*». Recorde-se apenas, e de passagem, o disposto no artigo 405.º n.º 2 do CSC ao estabelecer «*O conselho de administração tem exclusivos e plenos poderes de representação da sociedade*». O exacto alcance do sentido deste preceito será iluminado quando estudarmos adiante a questão que consiste em saber se os artigos 160.º do Código Civil e 6.º n.º 1 do CSC consagram ou não o princípio da limitação da capacidade, ou se se quiser da incapacidade, dos entes colectivos em função da especialidade do fim. V. *Infra*. Para já limitamo-nos a remeter para Cardoso Guedes, *A limitação dos poderes dos administradores das sociedades anónimas*, in *Revista de Direito e Economia*, 1987, ano XIII, pp. 149 e ss., apesar de, com o devido respeito, não participarmos na aceitação de todos os pressupostos nos quais o autor faz assentar as suas teses relativamente à vinculação das sociedades por actos *ultra vires*.

⁽¹²⁾ Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, Ano 56, II, p. 567.

⁽¹³⁾ *Idem*, p. 572.

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 leva a considerar tais actos como situados fora da capacidade da sociedade.

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 ⁽¹⁴⁾.

As limitações desta última ordem não beliscam os poderes de representação dos gerentes e administradores (consistiriam em meras restrições aos poderes de gestão) — nesse sentido deporia em termos decisivos (*sic*) um argumento *a contrario* tirado dos artigos 260.º n.º 2 e 409.º n.º 2 do CSC, conjugado com o artigo 9.º n.º 2 da primeira Directiva comunitária — enquanto a cláusula do contrato de sociedade relativa ao objecto cerceia efectivamente tais poderes ⁽¹⁵⁾. Não obstante esta última restrição, a lei estabelece, em sintonia com os ditames comunitários, a regra segundo a qual o desrespeito pela limitação dos poderes de representação decorrente do objecto social apenas poderá ser oposta a terceiros que de tal desrespeito estivessem cientes ou não pudessem, atentas as circunstâncias, ignorá-lo.

3) A sociedade tem, portanto, capacidade para praticar actos que excedam o objecto social, embora os 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 são simplesmente ineficazes relativamente à sociedade e, por outra via, se concebe a ratificação pelos sócios, mediante deliberação expressa ou tácita ⁽¹⁶⁾.

4) O problema da prestação de garantias pelas sociedades é uma questão de capacidade não de representação ou de poderes de representação ⁽¹⁷⁾. O ónus da alegação e da prova da existência do

⁽¹⁴⁾ *Idem*, p. 573.

⁽¹⁵⁾ *Idem, ibidem*.

⁽¹⁶⁾ *Idem, ibidem*.

⁽¹⁷⁾ *Idem, passim*, máxime pp. 566, 573 e 575 e ss.

interesse, no qual se suporta a garantia, competiria à parte interessada na respectiva validade. Por conseguinte, um eventual *non liquet* redundará em desfavor desta última. Semelhante entendimento extrair-se-ia, com toda a evidência (*sic*), de uma muito fácil articulação entre o n.º 1 e n.º 3 do artigo 6.º do CSC (18). É que, ao

(18) Evidencia, clareza e facilidade que, se bem se depreende de quanto escreve Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, Ano 56, II, p. 566, apenas teria sido perturbada pelo nosso estudo *A vinculação...*, in *Revista...*, ano 55-III, pp. 689 e ss. Seja-nos, todavia, consentido lembrar, e a título simplesmente indicativo, quer a doutrina defendida por Gonçalves Pereira, *Objecto social...*, in *Revista...*, Ano VII, 27, pp. 75, 84 e 85 e 98 e 99; quer a jurisprudência do (cfr. *supra* nota (9)) *Acórdão da Relação de Lisboa de 4 de Julho de 1991* in *Colectânea de Jurisprudência*, 1991, XVI, t. IV, pp. 167 e ss., onde o tribunal considera, sem qualquer margem para dúvidas, e fazendo apelo à legislação actualmente em vigor (no caso o artigo 260.º do CSC), que uma sociedade não se pode desvincular de uma garantia indevidamente dada a dívida de outra entidade; e do *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Janeiro de 1993*, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano I, T. I, 1993, pp. 81 e ss., onde, perante o mesmo caso, o Supremo segue sem grandes alterações a tese da Relação. Na literatura jurídica alemã v., a título exemplificativo, e de entre a interminável bibliografia existente sobre o tema, quanto escreve, Lutter, *Kölner Kommentar zum AktG*, 2.ª edição, Colónia, Berlim, Bona, Munique, 1988, §§ 1-75, comentário ao § 57, anotação 75, pp. 661 e 662, o qual, a propósito da prestação de garantias por uma sociedade a favor dos respectivos sócios, e depois de afirmar que os membros do *Vorstand* têm a obrigação de zelar pela *Freistellung* (o termo não é de fácil tradução; nos dicionários aparece a propósito desta palavra, entre outras: quitação, dispensa, isenção, exoneração, franquia, libertação, isenção, isolamento; por seu turno o verbo *freistellen* é traduzido por: deixar ao arbítrio de, deixar à escolha (de alguém), deixar alguém livre de fazer algo, dar alternativa) da sociedade, escreve «*Der dritte (Gläubiger) ist normalerweise hiervon nicht betroffen, insoweit gelten die allgemeinen Regeln, wonach sich Innenbeziehung zwischen Schuldner und Sicherungsgeber dem Sicherungsnehmer gegenüber nicht auswirken (siehe dazu BGH AG 1981, 227; OLG Düsseldorf AG 1980, 273, 274) und der Dritte allein auf die Vertretungsmacht des Vorst. verlassen kann. Auf diesem Hintergrund ergeben sich dann auch die Schranken: hat der Dritte um die Begünstigung seines Schuldners und dessen Aktionärseigenschaft gewußt oder hat er es groß fahrlässig nicht gewußt, muß er sich also die Pflichtverletzung des Vorst. bei seiner Vertretungshandlung zurechnen lassen (Mißbrauch der Vertretungsmacht; dazu BGHZ, 50, 112), so kann sich die AG ausnahmsweise ihm gegenüber auf die Nichtigkeit des Sicherungsgeschäftes berufen*» (quer dizer, ao terceiro (credor) não diz respeito a *Freistellung* da sociedade, pelo que quanto a ele valem as regras gerais, segundo as quais a relação interna entre devedor e dador da garantia não produz efeitos externos face ao tomador da garantia (BGH AG 1981, 227; OLG Düsseldorf AG 1980, 273, 274) e o terceiro pode confiar exclusivamente no poder de representação do *Vorstand*. Desta base ou fundamento resultam também as limitações: teve o terceiro conhecimento do favorecimento do seu devedor e da sua qualidade ou atributo de accionista, ou apenas não o teve devido a negligência grosseira, então deve contar com o lesão de deveres pelo *Vorstand*, através da sua actuação representativa (abuso de poder de representação) e, portanto, a AG pode excepcionalmente, e face a ele, apelar para a nulidade do negócio de garantia).

qualificar expressamente as garantias a dívidas de terceiros como contrárias ao fim da sociedade, o n.º 3 do artigo 6.º do CSC quer manifestamente confiar a disciplina da matéria ao precedente n.º 1, situando, portanto, o problema no âmbito da capacidade da sociedade e não já no dos poderes de representação dos órgãos sociais.

5) Contra a visão referida no número anterior, segundo a qual o problema da prestação de garantias a dívidas de terceiros consistiria num problema de capacidade das sociedades, seria infrutífero sustentar que o n.º 1 do artigo 6.º não do CSC não consagra o princípio da especialidade do fim. Tratar-se-ia mesmo de um caminho sem qualquer *cabimento (sic)* (19). Um possível argumento extraído do artigo 6.º n.º 4, no sentido de se afirmar a inserção no âmbito da esfera de capacidade da sociedade de direitos e obrigações situados para além dos necessários ou convenientes à prossecução do seu fim, não procederia. Na verdade — e não obstante a circunstância de no referido preceito o legislador expressamente estender a capacidade das sociedades aos actos situados fora do objecto social e portanto (dir-se-á) alheios ao fim da sociedade — não poderia sequer pretender-se *seriamente (sic)* que, perante o desejo de se rejeitar o princípio da especialidade do fim e de se reconhecer aos entes colectivos comerciais uma capacidade ilimitada, se enveredasse, depois, por uma reprodução, no artigo 6.º, n.º 1 do CSC — com praticamente todos os *Efes e Erres* (20) — do disposto no artigo 160.º do Código Civil, justamente inspirado pela doutrina inversa (21).

6) Perante uma reconhecida oposição (22) entre os n.ºs 1 e 4 do artigo 6.º do CSC, a concepção que nós defendemos — para

(19) Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, pp. 576 e 577.

(20) A expressão é de Osório de Castro.

(21) Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 577.

(22) Para que não surjam dúvidas, acerca da afirmação por nós feita segundo a qual Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 577, sustenta, de facto, existir uma oposição entre o n.º 4 e o n.º 1 do artigo 6.º do CSC, transcrevemos as palavras do ilustre autor, o qual, depois de afirmar que o n.º 1 do artigo 6.º do CSC consagra o princípio da especialidade, escreve: *mas não estará, assim, a admitir-se uma contradição insanável entre os n.ºs 1 e 4 do art. 6.º do CSC, visto que daquele primeiro preceito se diz que se afere a capacidade da sociedade pela bitola da teoria ultra vires, quando o n.º 4 expressamente abrange na capacidade das sociedades os actos ultra vires? A oposição entre as duas proposições, assim formuladas, é certamente indiscutível».*

poder sustentar a pertinência da teoria da ilimitação da vinculação das sociedades comerciais — teria de sacrificar de forma *integral* o n.º 1 do artigo 6.º deixando apenas de pé o n.º 4. Isto em clara violação de uma regra de sã hermenêutica⁽²⁴⁾.

7) A via a privilegiar na resolução da ausência de *sobreposição*⁽²⁴⁾ entre o n.º 4 e o n.º 1 do artigo 6.º do CSC deve no entanto ser outra bem diferente daquela que nós teríamos escolhido⁽²⁵⁾. É que, na opinião dos nossos críticos, afinal! «(...) *não há por direitos contas, contradição alguma entre o n.º 1 e o n.º 4, nem sequer parcial, pela singela razão 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. a saber, com o alcance que a actividade jurídica não pode ultrapassar os limites do escopo que lhes é assinalado pelos estatutos*»⁽²⁶⁾. Não seria, no dizer de OSÓRIO DE CASTRO, por acaso que o art. 6.º, n.º 1 do CSC 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 Código Civil⁽²⁷⁾.

⁽²³⁾ Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, pp. 577 e 578.

⁽²⁴⁾ A expressão é uma vez mais de Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 578 que escreve: «*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 rasto*».

⁽²⁵⁾ Ver-se já adiante (*infra*) como, na verdade, a via pela qual nós optámos nada tem a ver com o sentido que lhe é imputado por Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, pp. 565 e ss., maxime p. 576 e ss., e nota (17).

⁽²⁶⁾ Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 578, renegando, assim, de um só passo, não só a contrdição ou desarmonia por ele anteriormente descoberta (cfr. *supra* nota (1)) entre o n.º 1.º e 4.º do CSC, como também a proximidade, por ele igualmente apontada, entre o artigo 160.º do Código Civil e o artigo 6.º n.º 1 do CSC. Proximidade esta determinada, nas palavras, do ilustre autor pelo facto de se reproduzir, «(...) no art. 6.º do CSC com praticamente todos os *efes e erres*, o disposto no art. 160.º do CCV. (...)» e que permitiria, aliás, concluir a favor da tese segundo a qual o legislador não poderia ter consagrado no CSC uma teoria contrária à da especialidade do fim. Isso seria na verdade, e no dizer de Osório de Castro, incompatível com a similitude de redacção (com «*praticamente todos os efes e erres*» repita-se) entre o preceito do Código Civil e o preceito do CSC.

⁽²⁷⁾ Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 578.

O fim em causa no n.º 1 do artigo 6.º do CSC seria o fim lucrativo — o mesmo para todas as sociedades — e não o objecto ou fim imediato variável de caso para caso. Ambos os fins — desempenho de uma actividade produtiva e realização de lucros — são referidos no art. 980.º do Código Civil. Porém, o fim aludido pelo art. 6.º, n.º 1 não poderia ser o fim mediato ou o objecto. A esse reportar-se-ia o n.º 4 que precisamente não o arvoraria em factor restritivo da capacidade. Sobraria, não obstante, o fim mediato o qual não tem a ver com o objecto social. Seria esse, portanto, o visado pelo n.º 1 do artigo 6.º do CSC, com observancia de uma perfeita harmonia entre n.º 1 e n.º 4 do artigo 6.º do CSC (28). Donde que, como princípio, se devessem considerar nulos os actos de natureza praticados por uma sociedade, em consequência de falta de capacidade jurídica (29).

8) O exacto alcance do artigo 6.º n.º 1 seria iluminado pelo disposto no artigo 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 o n.º 1.º e 2.º do artigo 6.º do CSC seria a mesma que intercede entre o n.º 1 e 2 do artigo 940.º do Código Civil (30): As liberalidades praticadas pelas sociedades não são contrárias ao fim da sociedade «*(...) porque falta nelas o espírito de liberalidade, pelo que justamente não são doações e não colidem, pois, com o escopo lucrativo da sociedade*» (31).

9) A consideração do n.º 3 do artigo 6.º do CSC viria secundar a ideia agora expressa e veiculada pelos n.ºs 1 e 2: «*o n.º 1 estipularia a regra de que são contrários ao fim social todos os negócios gratuitos; todavia a inexistência de um espírito de liberalidade, ou o facto de a sociedade agir por motivos não altruísticos mas interessados intervém como facto impeditivo da incapacidade cominada pelo n.º 1*» (32). Tudo a demonstrar a ideia de que o artigo 6.º n.º 3 só teria em vista a prestação de garantias

(28) *Idem*, p. 579.

(29) *Idem, ibidem*.

(30) No escrito de Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 579, refere-se por gralha, certamente de composição, o artigo 980.º

(31) Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 579.

(32) *Idem*, pp. 579 e 578.

a dívidas 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 estaria *ipso facto (sic)* garantida ⁽³³⁾. Faltando a contrapartida, então sim, seria caso para indagar se não haverá porventura um interesse económico alheio ao conteúdo do acto ⁽³⁴⁾.

10) Tudo a demonstrar como a prática de negócios gratuitos com fins desinteressados contende com a capacidade das sociedades, não com a representação ⁽³⁵⁾. Noutros termos, as sociedades sofreriam de uma incapacidade de gozo *absoluta* ⁽³⁶⁾ para a realização de negócios não onerosos, os quais seriam nulos.

11) Pelo facto de existir uma proibição *absoluta* para a realização ou celebração de actos de natureza gratuita, não poderia o terceiro de boa-fé beneficiar da protecção concedida pelo artigo 281.º do Código Civil. Este artigo estabelece, na verdade, a regra de acordo com a qual nos casos em que o fim de um negócio jurídico se afigura contrário à lei ou à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes, o referido negócio só será nulo quando o fim for comum a ambas as partes. Seria todavia «(...) *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*» ⁽³⁷⁾.

⁽³³⁾ *Idem*, p. 580.

⁽³⁴⁾ *Idem, ibidem*, e nota (828), onde se acrescenta: «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 inverso, não vemos razão para que a existência se presuma. Por outra via, a prestação gratuita de garantia a dívida de qualquer sócio (mesmo tratando-se de sociedade dominante), ainda que situada dentro da capacidade da sociedade, será sempre nula, por violação do princípio da proibição da restituição das entradas».

⁽³⁵⁾ Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, passim, e designadamente, p. 582.

⁽³⁶⁾ A adjectivação é de Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 582, o qual estrai dela, de resto, importantíssimas consequências ao nível da solução jurídica a dar à questão da protecção de terceiros que ignoravam ter determinado acto natureza gratuita e, por isso, desconheciam a circunstância de o acto se poder eventualmente (o condicional é obviamente nosso; na tese de Osório de Castro existe sempre contrariedade entre um acto gratuito e o fim da sociedade) ter por contrário ao fim da sociedade.

⁽³⁷⁾ Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 583, o qual acrescenta de seguida «Este ponto é decisivo».

12) A solução exposta entender-se-ia com facilidade. Num «caso» — o da realização de actos sem fins lucrativos — «*a própria lei (...) diz existir incapacidade e no outro*» — o da prática de actos alheios ao objecto social, mas com propósitos lucrativos — «*apenas falta de poderes de representação*»⁽³⁸⁾. No tocante aos actos *ultra vires*, mas conformes com o interesse lucrativo, os interesses da contraparte de boa-fé opor-se-iam apenas aos da sociedade e dos sócios, pelo que seria razoável que a querela fosse dirigida em favor dos primeiros⁽³⁹⁾. Quanto aos actos desinteressados, porém, avultariam outros interesses — máxime dos credores sociais — e não se veria porque haveria de correr por conta dos seus titulares o risco de uma actuação indevida dos gerentes, administradores ou directores da sociedade⁽⁴⁰⁾.

13) A não ser assim, bastaria ao beneficiário de uma garantia dada dívida de terceira entidade aceitá-la, recusando *cuidadosamente quaisquer esclarecimentos (sic)*⁽⁴¹⁾.

14) A doutrina dos actos *ultra vires* filia-se na necessidade de promover a rapidez e a segurança do tráfico mercantil, cuja fluência seria fortemente prejudicada caso se impusesse ou tornasse obrigatória uma investigação pormenorizada da conformidade dos negócios com os estatutos. Os propósitos em causa não se fariam sentir com a mesma acuidade tratando-se de negócios gratuitos. Por isso, a doutrina dos actos *ultra vires* não daria cobertura aos casos de prestação, não remuneradas ou onerosas, de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades.

13) O argumento segundo o qual obrigar o beneficiário da garantia — dada por uma sociedade, a dívida de uma terceira entidade — a certificar-se da existência de um interesse social, viria criar uma irremovível suspeita sobre esse acto — dado não existirem meios ao dispor do terceiro para se substituir à sociedade na valoração do seu interesse — careceria de qualquer fundamento. Mesmo que se criasse, realmente, uma suspeita sobre a prestação de garantias por parte das sociedades comerciais não haveria moessa de monta à actividade mercantil: *Efectivamente, a prestação*

⁽³⁸⁾ *Idem, ibidem.*

⁽³⁹⁾ *Idem, ibidem.*

⁽⁴⁰⁾ *Idem, ibidem.*

⁽⁴¹⁾ *Idem, ibidem.*

de garantias por uma sociedade a dívidas de outra entidade à qual se não ache ligada por uma relação de domínio ou de grupo constituirá, certamente, um evento muito raro — e mais excepcional será ainda que o garante prescindia de uma contrapartida buscando apenas vantagens indirectas ou mediatas.

14) Aliás, se o credor pretender proteger-se contra a invalidade de uma garantia prestada por uma terceira entidade ele dispõe para tanto de um meio seguríssimo: *basta que se disponha a pagar à sociedade um correspectivo pela vantagem que lhe é propiciada ou que exija prova segura de que a sociedade obteve uma remuneração do devedor* (42). No caso contrário, *cumpra-lhe indagar sobre a verificação de um justificado interesse próprio da sociedade dadora e avaliar os riscos de ela vir a ser posteriormente inexistente* (43). *E das duas uma: ou a garantia lhe serve com essa situação de incerteza, ou não. Na primeira situação, corre os riscos concomitantes e não poderá queixar-se senão de si próprio (...)* 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*» (44).

15) Com isto não se estaria a criar nenhuma contradição com o artigo 9.º da 1.ª directiva comunitária em matéria de sociedades, quando este aponta no sentido da vinculação das sociedades por actos praticados dentro das competências que a lei confere ou permite conferir. E por várias razões. Em primeiro lugar porque as directivas não vigoram na ordem jurídica interna. Em segundo lugar porque a directriz comunitária só respeitaria às limitações estatutárias ou resultantes de deliberações dos sócios (45). Em ter-

(42) *Idem, ibidem.*

(43) O termo «inexistente» é precisamente o empregue por Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 585.

(44) Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 585.

(45) Trata-se, sem dúvida, de uma conclusão baseada na interpretação que Osório de Castro faz acerca do sentido a atribuir ao artigo 160.º do Código Civil e aos vários n.ºs do artigo 6.º do CSC — onde, segundo o distinto autor, se chega a falar em «incapacidade» (*a lei diz existir incapacidade*). Cfr. Osório de Castro *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 583 — e que seria de manter apesar de os terceiros deverem poder confiar em que os órgãos da sociedade têm o máximo de poderes de que podem abstractamente (ou legalmente) ser dotados. São do nosso ilustre colega as seguintes palavras: *Os terceiros podem confiar em que os órgãos da sociedade têm o máximo de poderes de que podem abstractamente (ou legalmente) ser dotados*» (cfr. p. 587).

ceiro, e último, lugar, porquanto a proibição de prestar garantias não mas sim relativa seria absoluta. Na verdade, o artigo 6.º n.º 3 proibiria de forma absoluta a prestação de garantias gratuitas a dívidas de entidades com as quais a sociedade não esteja em relação de domínio ou de grupo.

16) Quanto à dificuldade posta pela circunstância de se não afigurar exigível a realização, por parte de quem contrata com a sociedade, de um controle de mérito sobre uma deliberação social, substituindo-se à sociedade na determinação dos objectivos por ela a alcançar — imiscuindo-se, com isso, no que tipicamente cabe na esfera de julgamento da sociedade — ela não corresponderia, senão, a um falso problema. Em primeiro lugar, urgiria constatar o facto de a exigência de um justificado interesse próprio ser posta por lei, pelo que nem os terceiros nem os tribunais podem virar-lhes costas ⁽⁴⁶⁾. Não haveria mesmo volta nenhuma a dar quanto a este aspecto ⁽⁴⁷⁾. Mas mais. Ao admitir que o ente colectivo não fica vinculado se a contraparte sabia, ou não podia ignorar, a circunstância de ao acto controverso não se encontrar subjacente um justificado interesse próprio ⁽⁴⁸⁾, a nossa tese não passaria no *exame*

⁽⁴⁶⁾ Osório de Castro *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 588.

⁽⁴⁷⁾ Assim Osório de Castro *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 588.

⁽⁴⁸⁾ Osório de Castro *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, pp. 588 e 589, imputa-nos a tese segundo a qual seria de admitir que a sociedade se desvinculasse se a contraparte sabia que não subjazia à prestação da garantia um «justificado interesse próprio»: *A própria tese ora em exame vê-se forçada a aceitar que a sociedade não fica vinculada se provar que a contraparte sabia que não subjazia à prestação da garantia um 'justificado interesse próprio' (...)* Assim como não poderá deixar de ser facultado recurso às vias judiciais, para deminuir eventuais controvérsias, acabando afinal por se cair na «apreciação jurisdicional» alegadamente inadmissível». A verdade, porém, é que semelhante afirmação nunca foi por nós feita; nunca nos referimos à possibilidade de a sociedade se desvincular com base na circunstância de a contraparte saber que à garantia não subjazia «um justificado interesse próprio». Limitámo-nos a referir semelhante possibilidade aos casos de terceiros de má-fé, de terceiros que conheciam a irregularidade do acto, de terceiros que conheciam ou não podiam deixar de conhecer a circunstância de o acto controverso não respeitar à sociedade. Para que não fiquem dúvidas transcrevemos quanto afirmámos no nosso estudo, *A vinculação...*, in *Revista...*, ano 55, III, p. 709: «*Apenas na eventualidade de o terceiro se encontrar de má-fé poderá a sociedade desvincular-se do acto levado a cabo pelos seus administradores ou gerentes. Mas mesmo semelhante desvinculação depende da observância de um requisito imposto por lei: ser a sociedade a fazer prova de que o terceiro conhecia a irregularidade do acto (artigos 260.º n.º 2 e 409.º do CSC). (...)* A apreciação judicial fica limitada às hipóteses em que as socieda-

da crítica. Na verdade, afastar a vinculação da sociedade no caso de o terceiro conhecer, ou dever conhecer, a ausência de ligação entre a garantia e a sociedade implica: *a)* a obrigatoriedade de o terceiro se interrogar se à garantia se encontrava ou não subjacente um interesse social; *b)* a possibilidade, alegadamente inadmissível, de os tribunais apreciarem a existência ou não de um interesse social ⁽⁴⁹⁾ ⁽⁵⁰⁾. A diferença entre a nossa tese e a de OSÓRIO DE CASTRO, estariam, assim, e nas palavras deste, apenas no facto de nós pormos a cargo da sociedade o ónus da alegação e da prova da invalidade da garantia enquanto o ilustre e distinto autor faz recair sobre quem sustenta a validade da garantia a prova dessa mesma validade ⁽⁵¹⁾.

17) De qualquer forma, a verdade é que o artigo 6.º, n.º 3 do CSC não postularia nenhuma apreciação jurisdicional de mérito ⁽⁵²⁾. Admitir a possibilidade de uma apreciação de mérito da decisão de uma assembleia geral seria reconhecer-se «(...) *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 redundava numa espécie de judicialização da actividade societária que não*

des afectadas pela prática de um acto ultra vires pedem aos órgãos de jurisdição para se pronunciarem, fazendo, ao mesmo tempo, prova de que o terceiro conhecia, ou não podia desconhecer, a circunstância de o acto não respeitar à sociedade». A diferença seria pouco importante, ou mesmo irrelevante, se a modificação da forma, operada pelo ilustre jurista, não fosse tomada para servir de alicerce a conclusões, com o devido respeito, ilegítimas. Para uma completa referência a este assunto. Cfr., *infra*.

⁽⁴⁹⁾ Nesse sentido v. o passo de Osório de Castro transcrito na nota anterior.

⁽⁵⁰⁾ Até porque, recorde-se, «(...) *a exigência de um justificado interesse social 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».* Cfr., Osório de Castro *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, pp. 588 e 589.

⁽⁵¹⁾ Osório de Castro *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, pp. 589 e 590, de acordo com quem «(...) *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».*

⁽⁵²⁾ Assim Osório de Castro *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, pp. 589 e 590, não obstante a constatação por ele feita, pouco antes, segundo a qual «(...) *a exigência de um justificado interesse próprio é posta por lei, pelo que nem os terceiros nem os tribunais lhe podem virar costas».*

pode ser coisa boa. Julgamos, por isso, que deverá valer na matéria uma regra homóloga da chamada business judgement 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 (...) tenham sido animados pelo escopo de fomentar o interesse social, e não por motivos extra-sociais». Sendo assim para as deliberações dos sócios, seria, igualmente, assim para as deliberações dos órgãos de administração e representação — e, por conseguinte, para o problema suscitado pelo artigo 6.º n.º 3 do CSC: «consistindo a prestação de garantias num acto de 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 (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 e administradores o tiverem definido, de forma judicialmente insindicável — ou antes como um fim em si mesmo, ou como via para atingir outro objectivo ínvio».

III — Se procurarmos agora, reduzir aos seus postulados básicos os vários argumentos invocados contra a tese por nós defendida — e de acordo com a qual as sociedades comerciais ficam vinculadas pelos actos dos respectivos administradores ou gerentes, dentro das competências que a lei lhes atribui, ou permite atribuir, e, designadamente, pelas garantias por eles indevidamente oferecidas para garantir dívidas de terceiras entidades — verificamos serem eles três: *a)* o artigo 160.º do Código Civil e o artigo 6.º n.º 1 do CSC comerciais definem o âmbito da capacidade de gozo das sociedades; *b)* as sociedades sofrem de uma incapacidade de gozo absoluta para a prática de actos de natureza gratuita, entre os quais se encontra a prestação de garantias não remuneradas; *c)* o fim previsto no artigo 6.º n.º 1 do CSC é tão só, e exclusivamente, a obtenção de lucros. Tudo a levar à conclusão segundo a qual, na

eventualidade de uma sociedade prestar uma garantia em benefício de terceiro, deve ser o tomador da garantia a fazer a prova de que o acto da sociedade corresponde ao interesse social; e não a sociedade, que se pretende desvincular da garantia, a alegar a ausência de uma correspondência entre esta e o interesse próprio. São estes, pois, os aspectos sobre os quais iremos deter a nossa atenção. De passagem, aproveitaremos para explicitar alguns pressupostos subjacentes às posições por nós avançadas no nosso anterior escrito sobre vinculação de sociedades pela prestação de garantias a dívidas de terceiras entidades, mas que foram totalmente ignorados pela nossa crítica.

II — O artigo 160.º n.º 1 do Código Civil e o artigo 6.º n.º 1 do Código das Sociedades comerciais. A questão da capacidade ou incapacidade.

I — De acordo com OSÓRIO DE CASTRO quer o artigo 160.º n.º 1 do Código Civil quer o artigo 6.º n.º 1 do CSC teriam um alcance susceptível de permitir não apenas a fixação do âmbito da capacidade como também, e em termos extremamente rigorosos, as fronteiras da incapacidade das pessoas colectivas ⁽⁵³⁾.

Semelhante entendimento já foi, na realidade, absolutamente dominante ⁽⁵⁴⁾, entre nós, devido ao facto de a matéria da legiti-

⁽⁵³⁾ Osório de Castro *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, *passim*, maxime pp. 579 a 581, escreve: *O fim a que alude o art. 6.º n.º 1 (...) — 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 pelo n.º 1 (...). Donde que como princípio, se devam considerar nulos os actos de natureza não lucrativa praticados por uma sociedade, em consequência da falta de capacidade jurídica» ou «(...) o n.º 1 estipula a regra de que são contrários ao fim social todos os negócios gratuitos (...). Faltando a contrapartida (...) será caso para indagar se não haverá porventura um interesse económico alheio ao conteúdo do acto hipótese em que (...) por perder o carácter de uma liberalidade (...)» (cfr. p. 579) «(...) o acto reentrará, por força do n.º 3, na órbita da capacidade de que o n.º 1 o expulsará», para acrescentar, depois, na nota (20), p. 577, que o artigo 6.º n.º 1 do CSC conteria uma norma virtual da qual resultaria a incapacidade de gozo dos actos praticados pelas sociedades fora do respectivo fim.*

⁽⁵⁴⁾ Note-se, não obstante, a circunstância de mesmo os autores que se limitaram a analisar a problemática, normalmente, designada pelo princípio da especialidade do fim,

dade ter estado primeiro confundida na categoria da capacidade⁽⁵⁵⁾. Suponha-se, por exemplo, a venda de coisa alheia e logo se afirmava estar o vício do acto na falta de capacidade do autor para vender a coisa.

A verdade, porém, é que a explicação era errónea⁽⁵⁶⁾. A capacidade é uma categoria generalizadora, a qual nos indica se o sujeito pode praticar actos de determinado tipo⁽⁵⁷⁾. Na hipótese em referência, não se contesta a circunstância de o sujeito poder em geral vender. Debate-se, sim, é se lhe é permitido vender aquela coisa. A capacidade está íntegra⁽⁵⁸⁾. Aquilo de que o sujeito carece é do poder de dispor de determinado objecto. A deficiência é relativa, tem um carácter relacional transportando-nos para latitudes bem diversas das ocupadas pela noção capacidade⁽⁵⁹⁾.

Esta revisão da problemática da capacidade em geral, e a das pessoas colectivas em particular, foi, nas suas relações com o conceito de legitimidade, objecto de uma importante revisão. Iniciou-a o Professor OLIVEIRA ASCENSÃO⁽⁶⁰⁾, a cuja voz se juntou,

exclusivamente na perspectiva ou à luz da noção de capacidade, terem seguido a lição do Professor Manuel de Andrade, *Teoria Geral da relação jurídica*, Coimbra, 1960, I, p. 124, quando este afirma que a restrição da capacidade das pessoas colectivas deve ser entendida em termos menos gravosos do que à primeira vista poderia parecer. São suas as seguintes palavras: «A esta doutrina dá-se o nome de princípio da especialidade, corresponde-lhe no direito inglês a ultra vires theory, segundo a qual, também a actividade jurídica das pessoas colectivas não pode ultrapassar os limites do escopo que lhes é assinalado pelos estatutos. Tal restrição há-de ser entendida em termos hábeis, e deste modo resultará menos grave do que à primeira vista pode parecer». No mesmo sentido v., por todos, Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, 3.ª ed., actualizada, Coimbra, 1985, p. 318.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Oliveira Ascensão, *Teoria geral do direito civil*, Lisboa, 1992, III, p. 69, que justamente escreve: «A matéria da legitimidade esteve primeiro confundida na categoria da capacidade».

⁽⁵⁶⁾ Assim, e expressamente, Oliveira Ascensão, *Teoria...*, III, p. 70.

⁽⁵⁷⁾ Cfr., Oliveira Ascensão, *Teoria...*, III, p. 70.

⁽⁵⁸⁾ *Idem, ibidem*.

⁽⁵⁹⁾ *Idem, ibidem*.

⁽⁶⁰⁾ A este respeito cfr. Oliveira Ascensão, *As actuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória*, separata de *O Direito*, Lisboa, 1970, pp. 14 e ss.; Id. *Teoria Geral...*, I, (1991), pp. 70 e 71, 235 e ss., III, 68 e ss.; e Id. *Direito comercial*, IV, *Sociedades Comerciais*, Lisboa, 1993, vol. IV, pp. 47 I (1996) pp. 140 e 141, 267 e ss., numa orientação que abriu caminho na doutrina portuguesa.

depois, a de outros autores ⁽⁶¹⁾. Semelhante revisão não se compagina, a nosso ver, com as posições sustentadas por OSÓRIO DE CASTRO, o qual, e salvo o devido respeito, passa pura e simplesmente um traço sobre as aportações operadas nesta matéria pela mais moderna e conceituada doutrina. Senão vejamos.

III — De acordo com o Professor OLIVEIRA ASCENSÃO, o ponto de partida para a fixação da capacidade das pessoas colectivas começou por ser o de que também a elas se aplica tendencialmente o artigo 67.º do Código Civil ⁽⁶²⁾. Não obstante a circunstância de se encontrar inserido no capítulo sobre pessoas naturais, o Ilustre Mestre defendeu, num primeiro momento que o preceito em questão está redigido em termos amplos: as pessoas podem ser sujeitos de quaisquer situações, salvo disposição em contrário ⁽⁶³⁾.

Ao princípio genérico consagrado no artigo 67.º do Código Civil devem, todavia, operar-se determinadas restrições fundadas na natureza das pessoas colectivas: elas não podem ser titulares dos direitos que derivam da personalidade natural ⁽⁶⁴⁾. Assim, as pessoas colectivas não têm direitos familiares, não têm capacidade sucessória activa e não têm direitos fundados na personalidade

⁽⁶¹⁾ V. Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria geral do direito civil*, Lisboa, 1995/96, pp. 106 e ss.; e, numa linha um pouco diferente mas, ainda assim, marcada pela referência à inexistência de uma situação de incapacidade das sociedades comerciais, Cardoso Guedes, *A limitação...*, in *Revista...*, ano XIII, pp. 127 e ss., *passim*, maxime, pp. 135 e 134. São suas as seguintes palavras... «*Até agora a doutrina civilista tem defendido que quando uma pessoa colectiva pratica um acto estranho ao seu fim, tal acto padecerá de uma incapacidade de gozo (...). No entanto, e se repararmos bem, o termo «incapacidade» não tem aqui a mesma carga semântica como quando surge associado à pessoas singulares; expliquemo-nos: enquanto a incapacidade de gozo e de exercício das pessoas se baseia numa verdadeira incapacidade natural, numa qualidade natural, numa incapacidade de querer e entender o sentido de determinados actos, numa qualidade «minguante» inerente ao próprio processo evolutivo do ser humano, a incapacidade das pessoas colectivas já não pode ser associada a esta ideia «naturalística» pois que a medida da capacidade destes entes é dada pela capacidade dos seus órgãos (necessariamente, diríamos). Parece, portanto, que em rigor não se pode falar de uma limitação da capacidade das pessoas colectivas pelo art. 160.º do C.Civ.*»

⁽⁶²⁾ Oliveira Ascensão, *Teoria...*, I, (1991), p. 232, numa orientação de que o ilustre Professor se afasta, todavia, ligeiramente na edição de 1996, I, p. 262, ao escrever: «*Às pessoas colectivas não se aplica tendencialmente o art. 67.º...*»

⁽⁶³⁾ Oliveira Ascensão, *Teoria...*, I (1991), p. 232, e I (1996), p. 262.

⁽⁶⁴⁾ *Idem, ibidem*.

ontológica. Ficam ainda excluídos, e para empregar as palavras do Professor OLIVEIRA ASCENSÃO ⁽⁶⁵⁾, direitos como os de uso e habitação destinados à satisfação de necessidades pessoais dos seus titulares ⁽⁶⁶⁾.

IV — Além destas restrições genéricas, ligadas à natureza das pessoas colectivas, a lei pode estabelecer outras particulares para as pessoas colectivas ou certas categorias delas ⁽⁶⁷⁾.

Fora destes dois tipos de limitações «(...) funciona o princípio amplo do artigo 160.º/1.º: a capacidade das pessoas colectivas abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins» ⁽⁶⁸⁾.

V — A exacta compreensão do normativo legal obriga a um breve esclarecimento.

Na ausência de uma disposição como a do artigo 160.º do Código Civil, e face ao disposto no artigo 67.º também ele do referido diploma, poderia eventualmente entender-se que às pessoas colectivas caberia a generalidade das situações jurídicas, sem se afigurarem necessárias mais delimitações ⁽⁶⁹⁾: *Uma fundação poderia comerciar e uma sociedade comercial poderia desenvolver acções culturais* ⁽⁷⁰⁾.

A verdade, é que a posição no direito português tem sido tradicionalmente a oposta. Fala-se no princípio da especialidade, e a capacidade seria a adequada à realização dos fins sociais, numa orientação aparentemente consagrada pelo artigo 160.º do Código Civil. Todavia, e como evidenciou o Professor OLIVEIRA ASCENSÃO ⁽⁷¹⁾, este preceito delimita o âmbito de actuação das sociedades em termos tais que pouco, ou nada, têm a ver com a capacidade de direito. Transcrevemos, para maior clareza, as pala-

⁽⁶⁵⁾ *Idem, ibidem.*

⁽⁶⁶⁾ Oliveira Ascensão, *Teoria...*, I, (1991), p. 233 e (1996), p. 262.

⁽⁶⁷⁾ Oliveira Ascensão, *Teoria...*, I, (1991) P. 234 e (1996), p. 262.

⁽⁶⁸⁾ *Idem, ibidem.*

⁽⁶⁹⁾ *Idem, ibidem.*

⁽⁷⁰⁾ *Idem, ibidem.*

⁽⁷¹⁾ Oliveira Ascensão, *Teoria...*, I, (1991) pp. 234 e 235 e I (1996) p. 267.

vras do insígne Mestre a este respeito ⁽⁷²⁾: «*O artigo 160.º/1 pretende consagrar o princípio da especialidade. Fá-lo, porém, em termos muito amplos, pois admite todas as situações jurídicas que sejam convenientes à prossecução dos fins da pessoa. Então praticamente tudo passa a ser possível. Uma sociedade anónima pode praticar beneficiência para melhorar a sua imagem, e uma associação desportiva pode praticar actos de comércio para aumentar o seu património.*

Toda esta matéria tem muita importância (...) mas não tem praticamente nada a que ver com a capacidade de direito.

A limitação pelo fim não significa uma limitação pela capacidade: ou só o significará em hipóteses extremas, quando a prossecução do fim for incompatível com a titularidade de certas situações jurídicas. A eventual anomalia residirá no desvio em relação ao fim, e não na incapacidade, pois a pessoa colectiva pode praticar actos daquela categoria e ser titular dos direitos derivados. O que não pode é praticá-los de maneira a afastar-se dos seus fins ⁽⁷³⁾.

Verifica-se, pois, como a questão deve ser transformada. A matéria disciplinada no artigo 160.º n.º 1 do Código Civil não tem — ou não terá no essencial — a ver com a capacidade das pessoas colectivas, ela relaciona-se sim com a respectiva vinculação ⁽⁷⁴⁾.

VI — Quanto se acaba de dizer, a propósito do sentido a atribuir ao artigo 160.º n.º 1 do Código Civil, permite enfrentar facilmente a observação feita por OSÓRIO DE CASTRO, segundo o

⁽⁷²⁾ Oliveira Ascensão, *Teoria...*, I (1991) e (1996) p. 267, pp. 234.

⁽⁷³⁾ Ao que o Professor Oliveira Ascensão acrescenta na col. de 1991 da *Teoria...*, I, p. 236 «*Assim diremos que a pessoa colectiva tem capacidade genérica e não específica, não obstante a vastidão das limitações constantes do art. 160.º/2*», para escrever depois na ed. de 1996, I, p. 268 «*Em conclusão o princípio da especialidade nada tem a ver com a capacidade de direito em qualquer das suas manifestações*».

⁽⁷⁴⁾ Assim, também, Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral...*, pp. 109 e 110, o qual escreve expressamente, e depois de manifestar a sua adesão às posições expressas na matéria pelo Professor Oliveira Ascensão: *A problemática da especialidade, nas pessoas colectivas, não deve colocar-se ao nível da capacidade de gozo, nem ao nível dos seus actos isoladamente considerados. O regime do artigo 160.º do Código Civil tem a ver com o objecto social da pessoa colectiva, e portanto com a actividade que esta se propõe desenvolver e que funda o seu reconhecimento como pessoa jurídica. Deslocada a questão para o domínio das actividades, ela transporta-se para a problemática do desvio do fim. O desvio do fim constitui fundamento para a dissolução e extinção da pessoas colecti-*

qual seria descabido sustentar-se que o n.º 1 do artigo 6.º do CSC não estabeleceria um princípio de incapacidade⁽⁷⁵⁾, porquanto se assim fosse o legislador não teria reproduzido (...) *com praticamente todos Efes e Erres o disposto no artigo 160.º*

vas, como se extrai do artigos 182.º, n.º 2, al. b) e 192, n.º 2 al. b) do Código Civil, quanto respectivamente às associações e às fundações, e do artigo 142.º, n.º 1 al. d) do Código das Sociedades Comerciais. As pessoas colectivas que adoptem uma actividade diferente do seu objecto social, em termos tais que o seu fim real deixe de coincidir com o seu fim estatutário, devem ser extintas. Porém, considerar nulos todos e cada um dos actos jurídicos que a pessoa colectiva pratique e que não sejam necessários nem convenientes à prossecução do seu objecto social seria totalmente inadequado à vida de relação e gerador de uma insustentável insegurança no tráfego jurídico (...). Onerar os terceiros que contratam com a pessoa colectiva no quotidiano (...) com o risco da eventual declaração de nulidade dos actos da pessoa colectiva com fundamento exclusivo na sua desnecessidade ou inconveniência à prossecução do interesse social, seria de uma injustiça violenta e juridicamente insuportável. (...) Com este enquadramento, a questão acaba por se transformar: deixa de ter a ver com a capacidade das pessoas colectivas, maxime com a sua capacidade de gozo ou capacidade de direito, e passa a ter a ver com a respectiva vinculação».

⁽⁷⁵⁾ Na opinião do autor, o n.º 1 do artigo 6.º do CSC conteria uma norma «*virtual*» (o termo é de Osório de Castro), obtida através da utilização de um argumento *a contrario*, a qual definiria o âmbito da incapacidade de gozo dos actos contrários ao fim da sociedade. Cfr., Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 577, nota (20). Lembre-se, todavia, a propósito, o facto de apenas ser legítimo fazer interpretação enunciativa, com base no argumento *a contrario*, ou perante casos de explícita excepcionalidade da disposição tomada em consideração ou frente a situações de excepcionalidade formal determinada por algum tipo de autolimitação da disposição em análise a determinado círculo de situações. Sublinhe-se, também, a circunstância de mesmo no caso de a fórmula legal proclamar, aparentemente, o respectivo carácter excepcional, razões ponderosas, tiradas do regime legal, podem levar a excluir a possibilidade de utilização do argumento *a contrario*. Nestes termos, não surpreende o facto de grande parte dos cultores da filosofia do direito terem chegado a conclusões, ou negativas, ou muito restritivas, acerca da valia lógica do argumento *a contrario*. Cfr. Oliveira Ascensão, *O direito...*, p. 464). No caso em apreço, e mesmo na eventualidade de o artigo 160.º n.º 1 do Código Civil e 6.º n.º 1 do CSC se afigurarem normas excepcionais — o que se admite sem conceder — haveria certamente boas razões para não as aplicar *a contrario*. A verdade, porém, é que se afigura extremamente duvidoso considerar quaisquer das disposições em questão como normas excepcionais. Na verdade elas parecem não ser senão simples manifestações da regra segundo a qual as pessoas colectivas têm, tal como as pessoas singulares, uma capacidade genérica — apenas limitada pela respectiva natureza — e não específica (v., Oliveira Ascensão, *Teoria...*, I, p. 236; e Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria...*, p. 108). Outro entendimento poderia, de resto, colidir com o artigo 12.º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa no qual se dispõe muito claramente: «*as pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza*». Teme-se, pois, e com o devido respeito, que a consideração do artigo 6.º n.º 1 como norma excepcional não

n.º 1 do CCV (...)»⁽⁷⁶⁾; preceito do qual decorreria, justamente, a nulidade por incapacidade de gozo dos actos contrários aos fins da sociedade.

A verdade, porém, é que, conformé vimos — e para empregar as palavras do Professor OLIVEIRA ASCENSÃO, depois retomadas pelo Professor PEDRO PAIS DE VASCONCELOS — o artigo 160.º n.º 1 do Código Civil «(...) *não tem praticamente nada a que ver com a capacidade de direito. A limitação pelo fim não significa uma limitação pela capacidade: ou só o significará em hipóteses extremas (...)*». Afigura-se, assim, a nosso ver, e com o devido respeito, ilegítima qualquer tentativa para descobrir no artigo 6.º n.º 1 do CSC uma norma virtual na qual se estatuiria uma esfera de incapacidade de gozo para as sociedades.

Mas, se o artigo 160.º n.º 1 do Código Civil não permite fundar ou, sequer, servir de alicerce à conclusão de acordo com a qual o artigo 6.º n.º 1 do CSC conteria uma regra «virtual» donde resultaria a nulidade, por incapacidade de gozo, dos actos contrários ao fim da sociedade será que o artigo 6.º n.º 1 do CSC não define, por si só, e sem necessidade de qualquer apoio, um preciso âmbito de incapacidade das sociedades comerciais? Julgamos que não. Tem, a nosso ver, razão OSÓRIO DE CASTRO quando afirma que o artigo 6.º n.º 1 do CSC reproduz quase *ipsis verbis* o artigo 160.º n.º 1 do Código Civil⁽⁷⁷⁾. Tal como este último preceito, também o artigo 6.º n.º 1 do CSC contém a afirmação positiva da capacidade de gozo ou de direito das sociedades⁽⁷⁸⁾. Daqui não se segue, todavia, a conclusão segundo a qual o referido preceito permitiria definir, igualmente, a incapacidade de gozo das

possa senão assentar numa perfeita tautologia — tira-se do artigo 6.º n.º 1 do CSC a ideia segundo a qual ele definiria o âmbito de incapacidade das sociedades comerciais, quando semelhante artigo a ser considerado excepcional teria de o ser justamente na base da regra «virtual» da incapacidade (em termos genéricos, e a propósito do vício de raciocínio, frequentemente, subjacente à utilização do argumento *a contrario* v., Oliveira Ascensão, *O direito...*, p. 466).

⁽⁷⁶⁾ Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 577.

⁽⁷⁷⁾ Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 577. Como expressão da *communis opinio*, v., no mesmo sentido, Oliveira Ascensão, *Direito...*, IV, p. 48.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. Oliveira Ascensão, *Direito...*, IV, p. 48.

sociedades. Uma coisa é afirmar que os actos praticados em obediência aos fins ou fim da sociedade cabem dentro da respectiva capacidade. Outra, bem diversa, consiste em sustentar a nulidade por incapacidade de gozo dos actos eventualmente contrários ao referido fim ou fins.

VII — Fora da capacidade das sociedades comerciais estarão certamente, e à semelhança do verificado com os demais entes colectivos, todas as situações jurídicas reportadas, por natureza, à personalidade singular e humana ⁽⁷⁹⁾. Mas mesmo aqui as delimitações devem fazer-se com cuidado. Mesmo entre os direitos de personalidade pode haver hipóteses compatíveis (com eventuais adaptações) com a personalidade colectiva ⁽⁸⁰⁾.

Para além deste domínio dos direitos de personalidade, ou daquele outro constituído por restrições normativas expressas caracterizadas pela sua generalidade ⁽⁸¹⁾, vigora a regra da capacidade genérica da pessoa colectiva, não a da capacidade específica ⁽⁸²⁾.

A doutrina nacional tem falado, é certo, no princípio da especialidade da capacidade das pessoas colectivas também a propósito das sociedades comerciais. E, em abstracto, este princípio encerra a sua dose de verdade. Contudo, ele carece de operacionalidade para servir de fundamento a uma eventual demarcação da capacidade das pessoas colectivas. O artigo 160.º tem, conforme demonstrado pelo Professor OLIVEIRA ASCENSÃO,

⁽⁷⁹⁾ Oliveira Ascensão, *Direito...*, IV, p. 48.

⁽⁸⁰⁾ Oliveira Ascensão, *Teoria...*, I, 1991, pp. 322 e ss e I (1996) 263 e ss.; Id., *Direito...*, IV, p. 48.

⁽⁸¹⁾ Oliveira Ascensão, *Direito...*, IV, p. 48 e 49. A alusão à generalidade da restrição, e a exclusão do nosso âmbito das restrições caracterizadas por uma referência concreta, designadamente à situação da sociedade, constitui um aspecto importante ao qual dedicaremos a nossa atenção um pouco mais adiante. V., *infra*.

⁽⁸²⁾ Neste sentido, Cfr. Oliveira Ascensão, *Teoria...*, I (1991), p. 234 e 236, e I (1996) p. 262 autor segundo o qual «(...) funciona o princípio amplo do art. 160.º/1: a capacidade das pessoas colectivas abrange todos os direitos necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins (...) Assim (...) diremos que também a pessoa colectiva tem capacidade genérica, e não específica, não obstante a vastidão das limitações constantes do artigo 160.º/2».

uma amplitude tal que, fora das excepções do respectivo n.º 2, dificilmente permite delimitar ou identificar tipos de situações jurídicas das quais as pessoas colectivas não possam ser titulares (83). Ora, «o mesmo acontece em relação às sociedades comerciais. Tirando o que é excluído por natureza ou disposição de lei, praticamente todas as situações se podem apresentar como necessárias ou convenientes, em concreto, à prossecução dos fins das sociedades, e portanto enquadradas na sua capacidade de direito.

A grande determinação é de carácter estrutural-finalista, e assenta no art. 980.º do Código Civil. Por aí se pode determinar um fim mediato e um fim imediato das sociedades. Mas não se podem identificar situações jurídicas que já em abstracto não possam caber na capacidade de direito das sociedades».

(83) Transcrevemos, uma vez mais, o pensamento do insigne Mestre: «A temática da capacidade das sociedades comerciais é muito complexa.

O art. 160.º do Código Civil estabelece para as pessoas colectivas um princípio amplo de capacidade. Têm todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins. Exceptuam-se apenas os vedados por lei ou que sejam inseparáveis da personalidade singular.

Esta demarcação é retomada quase *ipsis verbis* pelo artigo 6.º/1 do Código das Sociedades Comerciais. É a capacidade de direito (ou de gozo) que está aqui em causa.

Estão excluídas pois as situações jurídicas que por natureza se reportam à personalidade singular. Mas mesmo então a delimitação tem de fazer-se com cautela. Mesmo entre os direitos de personalidade, pode haver situações que não sejam incompatíveis com a personalidade colectiva.

Há ainda as restrições estabelecidas por lei. São aquelas cujo fundamento não se encontra na natureza, mas em concreto preceito normativo» e acrescenta «(...) neste último caso, não estamos (...) pensando em restrições individuais. Consideramos apenas as restrições normativas, caracterizadas pela sua generalidade.

A este propósito, surge a incidência do chamado princípio da especialidade.

Afirma-se que as pessoas colectivas são criadas para a prossecução de fins determinados; enquanto as pessoas singulares podem dirigir-se a todas as categorias de fins imagináveis. Assim, as fundações estão limitadas a fins de interesse social (art. 188.º/1 do Código Civil) enquanto que nenhum limite se estabelece para as pessoas físicas.

A afirmação em abstracto é verdadeira. Mas não é muito operacional, quando através dela se procura demarcar a capacidade das pessoas colectivas. O art. 160.º tem tal generalidade que dificilmente permite identificar tipos de situações jurídicas de que as pessoas colectivas sejam excluídas, fora das excepções do n.º 2» Cfr. Oliveira Ascensão, *Direito...*, IV, pp. 47 e ss..

VIII — Em suma, o artigo 6.º n.º 1 não faz mais do que o artigo 160.º n.º 1 do Código Civil. Ele afirma a ideia segundo a qual a capacidade de gozo das sociedades comerciais compreende todos os direitos e obrigações convenientes ou necessários à prossecução dos seus fins. Cala, todavia, qualquer referência a uma hipotética incapacidade, a qual não pode ser retirada a *contrario* por razões diversas. Entre elas conta-se o facto de semelhante forma de interpretação enunciativa se ajustar mal ao disposto no artigo 12.º n.º 2 da Constituição onde — a propósito dos princípios constitucionais gerais relativos aos direitos e deveres fundamentais — se diz — sob a epígrafe «*Princípio da universalidade*» — «*As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza*» (84).

III — O artigo 6.º n.º 1 do CSC e a questão da delimitação a capacidade das sociedades comerciais em função do fim lucrativo

I — Resolvida — a favor do primeiro termo da alternativa — a questão que consistia em saber se as sociedades comerciais possuem uma capacidade genérica ou ao invés limitada, resta agora abordar um outro problema. Não obstante esta capacidade genérica

(84) Não tem pois, e ao contrário do pretendido por Osório de Castro *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 577, nada de estranho o facto de termos reconhecido (cfr. o nosso estudo, *A vinculação...*, in *Revista...*, ano 55, III, p. 696) a circunstância de o artigo 6.º n.º 1 se afigurar semelhante ao artigo 160.º do Código Civil, e de nele se conter a regra fundamental em matéria de capacidade das sociedades comerciais. A estranheza só pode ser sentida por quem não considerar sequer a significativa e justa revisão operada nesta matéria da capacidade das sociedades, essencialmente pela mão do Professor Oliveira Ascensão. É que, a regra consagrada no artigo 6.º n.º 1 do CSC não é senão, refira-se a a capacidade genérica das sociedades comerciais — e não qualquer princípio de virtual incapacidade — numa interpretação confortada, de resto — e se isso fosse necessário — pela necessidade de se aproximar o preceito em análise com o «*princípio da universalidade*» de direitos e obrigações, consagrado no artigo 12.º n.º 2 da Constituição. A este último respeito, e, por conseguinte, acerca da importância do artigo 12.º n.º 2 da Constituição para a temática da capacidade das pessoas colectivas — mais concretamente para a afirmação da ideia de uma capacidade de gozo genérica dos ente colectivos —. V. Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria...*, p. 108.

não deverá, apesar de tudo, considerar-se, como julga OSÓRIO DE CASTRO, situados ⁽⁸⁵⁾ para além da referida capacidade os actos de natureza gratuita praticados pelos órgãos de gestão e representação das sociedades comerciais? É que, no dizer do ilustre autor, o artigo 6.º n.º 1 do CSC fixaria a capacidade das sociedades mercantis em função de um fim lucrativo. Por isso, fora do referido fim a regra seria a da proibição de actuação das sociedades comerciais: elas careceriam de uma incapacidade de gozo absoluta para a prática de liberalidades.

É a seguinte a construção de OSÓRIO DE CASTRO.

Quando se diz (como sucede no artigo 6.º n.º 4 do CSC) que, em regra, a sociedade fica vinculada pelos actos dos administradores ou gerentes estranhos ao objecto social, estar-se-ia a pressupor a capacidade jurídica do ente colectivo para se vincular, e, por conseguinte, a afirmar a ideia segundo a qual capacidade não está limitada pelo objecto ⁽⁸⁶⁾. Se, num segundo momento, se identificasse o objecto social com o fim em sentido técnico seríamos levados a concluir como a regra do artigo 6.º n.º 4 do CSC estabeleceria uma capacidade geral cujos limites seriam definidos apenas pela natureza dos entes colectivos. Porém, como o n.º 1 do artigo em referência consagraria justamente a regra inversa (a da especialidade do fim) assistir-se-ia, assim, a uma contradição insanável entre os n.ºs 1 e 4 do artigo 6.º do CSC: a norma virtualmente ⁽⁸⁷⁾ contida no n.º 1 limitaria a capacidade de gozo das sociedades comerciais em função do fim; a do n.º 4.º torná-la-ia irrestrita. O legislador não pode, porém, ter consagrado soluções absurdas (artigo 9.º do Código Civil). Desta forma, não restaria outra solução senão a de procurar um sentido para o «fim» referido pelo artigo 6.º n.º 1 do CSC o qual, sendo capaz de salvar a regra da incapacidade nele supostamente contida, fosse diverso da realidade designada pelos «fins» mencionados no artigo 160.º do Código Civil. Isso

⁽⁸⁵⁾ Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, pp. 576 ss., maxime 578.

⁽⁸⁶⁾ Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, pp. 576. Cfr., igualmente, Cardoso Guedes, *A limitação...*, in *Revista...*, ano XIII, p. 130, em cujo ensinamento se baseia Osório de Castro.

⁽⁸⁷⁾ Norma, repita-se, que Osório de Castro extrai de uma interpretação, *a contrario* do artigo 6.º n.º 1 do CSC. A este respeito cfr. *supra*, nota (7).

conseguir-se-ia identificando o fim aludido no artigo 6.º n.º 1 do CSC com o fim lucrativo. Transcrevemos as palavras de OSÓRIO DE CASTRO: «... 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 CCv — e que é o correspondente ao enunciado da *ultra vires theory* — a saber, com o alcance e que «a actividade jurídica não pode ultrapassar os limites do escopo que lhe é assinalado pelos estatutos.

Não é por acaso que o art. 6.º n.º 1 do CSC se refere a direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do «fim» e não dos fins como reza o art. 160.º do CCiv. É que o fim em causa é o fim mediato da sociedade — que é um só e o mesmo para todas — e não objecto ou fim mediato, 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 a sua repartição entre sócios. Ambos os 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 disposições. Donde que, como princípio, se devam considerar nulos os actos de natureza não lucrativa praticados por uma sociedade, em consequência da falta de capacidade jurídica».

II — A verdade porém, é que, tal como ensinado pela doutrina⁽⁸⁸⁾, o fim lucrativo só ganha relevo pelo facto de surgir como o resultado do fim imediato. O fim lucrativo a que se refere o

(88) Assim, Oliveira Ascensão, *Direito...*, IV, pp. 23 e ss.

artigo 980.º do Código Civil supõe uma empresa, sendo a ordenação à empresa o critério decisivo da personificação⁽⁸⁹⁾. Afigura-se, pois, e com o devido respeito, erróneo considerar como «fim» de uma sociedade o lucro⁽⁹⁰⁾.

Conforme lembra a propósito o Professor OLIVEIRA ASCENSÃO: *O fim da sociedade é complexo, é o desempenho de uma actividade produtiva, susceptível de gerar lucros que possam ser repartidos. O acento deve recair sobre a primeira finalidade, pois é esta que justifica a disciplina e tutela das sociedades. A função produtiva representa a função social, que tão relevante é na demarcação do regime das sociedades. É por haver este interesse económico que se prevê e permite a obtenção dos lucros, que doutra maneira repugnariam ou desinteressariam à ordem jurídica: recorde-se o regime do jogo ou da aposta*». Nestes termos, e se em teoria se pode distinguir, como o tem feito a doutrina comercialista, entre um fim mediato e um fim imediato, já não parece possível erigir — como faz OSÓRIO DE CASTRO — o fim mediato em critério delimitador da capacidade de gozo das sociedades comerciais. Isto pelo simples facto de ser o objecto imediato a razão de ser da atribuição da personalidade jurídica colectiva, não o mediato⁽⁹¹⁾.

III — A própria doutrina que se na baseia na tese segundo a qual o artigo 6.º n.º 1 do CSC se referiria ao fim lucrativo condena, de forma violenta, a suposta opção do legislador de pretender limitar a capacidade das sociedades em função do lucro. E em termos tais que a referida orientação, fica a nosso ver definitivamente

(89) *Idem*, p. 23.

(90) Assim v., também, Oliveira Ascensão, *Direito...*, IV, p. 24, que escreve: «(...) não nos parece correcto afirmar que o fim da sociedade é o lucro».

(91) Em sentido equivalente v. Oliveira Ascensão, *Direito...*, IV, pp. 24, 25 e 50, para quem «Tirando o que é excluído por natureza ou disposição de lei, praticamente todas as situações jurídicas se podem apresentar como prossecução dos fins das sociedades, e portanto enquadradas na sua capacidade de direito».

A grande determinação é de carácter estrutura-finalista, e assenta no art. 980.º do Código Civil. Por aí se pode delimitar um fim mediato e um fim imediato das sociedades. Mas não se podem identificar situações jurídicas que já em abstracto não possam caber na capacidade de direito das sociedades».

comprometida. De facto, e depois, de sustentar a ideia de que o Código das Sociedades Comerciais delimitaria a capacidade das sociedades, exclusivamente, em função de um eventual escopo ou fim lucrativo, CARDOSO GUEDES ⁽⁹²⁾, afirma: «(...) parece lícito concluir que a solução encontrada pelo legislador português é criticável sob diversos aspectos.

(...) se o legislador pretendia consagrar um princípio da especialidade do fim diferente do estabelecido para as associações e fundações, não deveria ter pura e simplesmente copiado o art. 160.º do Cód. Civ. (...)

(...) Vimos (...) que toda a história e desenvolvimento do princípio da especialidade se estruturou em volta do escopo estatutário, ou seja, do fim específico. Vimos também que o fundamento desse facto tem a ver com a própria razão de ser daquele princípio, e, portanto, concluímos que o interesse só existe referido ao escopo estatutário.

O nosso legislador subordinou a faculdade da sociedade se vincular juridicamente a um escopo genérico e, por isso, a razão de ser do art. 6.º, 1 dificilmente se pode ligar a um interesse público (quando muito o de que a sociedade produza a maior quantidade de lucros possíveis para o estado arrecadar a maior quantidade de impostos), que sempre seria ténue de mais para justificar a solução da nulidade dos actos não compreendidos na referida norma. Sendo assim parece que os interesses a proteger são outros que não os públicos.

Uma vez que o interesse dos sócios parece não ter aqui qualquer relevância, a norma só pode estar lá para proteger os interesses dos credores da sociedade. Com efeito, só a estes interessa, de forma imediata, que a sociedade não pratique actos que a deixem sem contrapartidas. Mas também neste caso a solução continua a ser criticável pois que, além de existirem outros meios, de eficácia comprovada, que permitem atingir este objectivo (impugnação pauliana, perda do benefício do prazo, arresto, ineficácia relativa ao acto, no caso de falência ou insolvência) a nulidade continua algo excessiva tendo em conta o risco criado, não pare-

⁽⁹²⁾ Cardoso Guedes, *A limitação...*, in *Revista...*, ano XIII, pp. 139 e ss., maxime 141 e 142.

cando necessário recorrer a uma solução tão drástica como esta. Em todo o caso, porém, ainda que se considerasse esta sanção como adequada ao objectivo de proteger os interesses dos credores, a (...) nulidade seria fundada não numa eventual falta de capacidade da sociedade mas por ser contrário à lei (art. 294.º do CCiv).

O que fica dito é tão mais grave quanto é certo que nos fica a impressão que o legislador partiu do n.º 1 do artigo 6.º para os n.os 2 e 3, isto é, da ideia de que a sociedade não pode praticar actos contrários ao escopo lucrativo retirou-se que actos que consistam em puras liberalidades ou numa prestação de garantias reais ou pessoais devem ser nulos (artigo 294.º). Ora, a nulidade é uma reacção da ordem jurídica que tem, como resultado último, uma limitação da liberdade contratual só justificada nos casos em que os interesses a proteger assim o exijam não podendo, portanto, o legislador prescrever esta sanção sempre que lhe aprouver. No caso presente esta sanção é perfeitamente gratuita pois não estão em causa interesses públicos nem falta qualquer elemento essencial do negócio; por outras palavras, os actos são nulos porque a lei assim o estabelece, sem que se vislumbre qual o requisito de validade aqui ausente.

Para concluir este ponto temos então de afirmar que a solução do artigo 6.º n.º 1, 2 e 3 foi infeliz tendo em conta os vários aspectos aqui evidenciados. Pensamos ter essa solução partido de um deficiente entendimento do princípio da especialidade, ou, pelo menos, de uma atitude precipitada do legislador que irá conduzir a soluções injustas de difícil resolução».

Ou seja, e nas próprias palavras do seu principal defensor, a tese, segundo a qual o artigo 6.º n.º 1 circunscreveria a actuação das sociedades comerciais aos actos directamente vocacionados para a prossecução de lucros, seria contrariada quer pelos dados de natureza histórica, quer pelos dados de natureza sistemática, aos quais o intérprete deve atender para fixar o sentido de uma regra. Do ponto de vista dos interesses a defender não haveria para ela qualquer apoio. Ela afigura-se gratuita, «infeliz», «deficiente», «precipitada» e «injusta». Tudo a contrariar clara e frontalmente o disposto no artigo 9.º do Código Civil, designadamente o disposto no n.º 3. Ao estabelecer a necessidade de o intérprete presumir ter

o legislador consagrado as soluções mais acertadas e sabido exprimir o respectivo pensamento nos termos mais adequados este preceito condena, em nosso entender, de forma inequívoca, a tese perfilhada por OSÓRIO DE CASTRO. É que, nas próprias palavras de CARDOSO GUEDES, em cujo ensinamento se apoia OSÓRIO DE CASTRO, ela não se louvaria em nenhum dos elementos de interpretação a atender pelo intérprete. A única âncora estaria numa alegada necessidade de conciliar o disposto no n.º 1 com o estatuído no n.º 4, ambos do artigo 6.º do CSC. Presentes as considerações de CARDOSO GUEDES, é bom de ver como a solução, para garantir a harmonização entre os dois preceitos, não pode passar por uma simples recondução do n.º 1 ao fim lucrativo e do n.º 4 ao objecto social ou escopo estatutário.

Como compatibilizar, então, os dois números do artigo 6.º do CSC? A resposta não levanta, em nosso entender qualquer dificuldade. Isto por duas razões. Em primeiro lugar porque, conforme houve já oportunidade de se demonstrar, nem o n.º 1 do artigo 160.º, nem o n.º 1 do artigo 6.º do CSC, consagram qualquer regra a partir da qual se poderia definir uma incapacidade de gozo dos entes colectivos⁽⁹³⁾: eles limitam-se a afirmar, positivamente, a capacidade das colectividades para serem titulares de direitos e estarem adstritas às obrigações necessárias à prossecução dos respectivos fins⁽⁹⁴⁾ — não se afigurando, a nosso ver, legítimo qualquer tipo de interpretação enunciativa baseada no argumento *a contrario*. Em segundo lugar, porque nada no n.º 4 do artigo 6.º do CSC, permite falar num alargamento de capacidade das sociedades. O problema aí disciplinado respeita, exclusivamente, à vinculação das sociedades, não à capacidade⁽⁹⁵⁾. Prova-o o facto de a socie-

⁽⁹³⁾ Cfr., *supra* e bibliografia aí citada.

⁽⁹⁴⁾ É uma vez mais por não considerar, sequer, a plausibilidade deste justo ensinamento, corolário da revisão de conceitos operada pela doutrina nesta matéria, que Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 577, afirma que tese — por nós defendida —, segundo a qual as sociedades ficam vinculadas por todos os actos praticados dentro das competências, directa ou indirectamente, conferidas por lei, conduz a um sacrifício do n.º 1 do artigo 6.º do CSC.

⁽⁹⁵⁾ Conforme refere a propósito Oliveira Ascensão, *Direito...*, IV, p. 53 compreende-se a referência feita pelo artigo 6.º n.º 4 do CSC à capacidade. Pretende-se excluir a consequência que resultaria de uma eventual incapacidade. Mas a verdade é que ninguém pensaria em tal.

dade se poder desvincular se o terceiro sabia, ou não podia ignorar, que a actuação da sociedade era *ultra vires*. Não há, pois, qualquer contradição detectável entre o n.º 1 e o n.º 4 do artigo 6.º do CSC.

Qual então a razão para o facto, sublinhado por OSÓRIO DE CASTRO ⁽⁹⁶⁾, de num preceito (o artigo 160.º n.º 1 do Código Civil) a lei utilizar a expressão «fins» e noutro (o artigo 6.º n.º 1 do CSC) preferir a palavra «fim». A resposta é simples. No Código Civil, o legislador refere-se às «pessoas colectivas» no plural; enquanto no Código das Sociedades Comerciais se reporta a «sociedade» no singular. Por isso, e em concordância gramatical, aparece num diploma a palavra «fins», enquanto, no outro, se usa o termo «fim». Em ambos os casos está, contudo, em causa a mesma realidade.

IV — Da incapacidade das sociedades comerciais para a prática de liberalidades. Da qualificação da prestação de garantias a dívida de outras entidades como acto gratuito

I — Assente que tanto o artigo 160.º n.º 1 do Código Civil como o artigo 6.º n.º 1 do CSC se limitam a afirmar positivamente a capacidade das sociedades para a prática de determinados actos — sem se afigurar possível extrair deles qualquer princípio operativo de incapacidade — a conclusão para aquela outra questão que consiste em saber se as sociedades comerciais dispõem, ou não, de capacidade para a realização de liberalidades parece impor-se: em abstracto não se pode afirmar a existência de qualquer incapacidade; apenas em concreto se deverá aferir da licitude, ou não, da liberalidade efectuada pelos órgãos sociais de um ente colectivo de direito mercantil. Se alguma dúvida restasse ela seria, em nosso entender, desfeita pelo n.º 2 do artigo 6.º do CSC, ao estabelecer de forma inequívoca «*As liberalidades que possam ser considera-*

(96) Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 578, para quem: «*Não é por acaso que o art. 6.º n.º 1, do CSC, 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 CCiv.*

das usuais, segundo as circunstâncias da época e as condições da própria sociedade, não são havidas como contrárias ao fim desta»

II — Contra a interpretação por nós agora avançada, a qual, nos parece, aliás, resultar com meridiana clareza da lei, ergue-se, no entanto, uma vez mais, a voz de OSÓRIO DE CASTRO, baseada numa muito particular interpretação do artigo 6.º n.º 2 do CSC. Diz ele: *O exacto alcance do art. 6.º, n.º 1, do CSC 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.º 1 e 2 do art. 6.º do CSC é a mesma que intercede entre os n.º 1 e 2 do art. 940.º (97) do CCiv: as referidas liberalidades não são contrárias ao fim da sociedade porque falta nelas o espírito de liberalidade, pelo que justamente não são doações e não colidem, pois com o escopo lucrativo da sociedade» (98).*

Em apoio desta sua tese, OSÓRIO DE CASTRO procura escudar-se na autoridade e ensinamento (99) dos Professores PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (100).

A verdade, porém, é, quer na 2.ª edição, citada pelo autor, quer na 3.ª edição *Do Código Civil anotado*, o ensinamento de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA é justamente o oposto

(97) No texto aparece mencionado, certamente por erro de impressão, o artigo 980.º do Código Civil. Não é, porém, esse preceito a que se quererá na realidade referir Osório de Castro. Em primeiro lugar porque não existe nenhum número 1 ou 2 no artigo 980.º Em segundo lugar, porque o artigo 980.º do Código Civil não tem nada a ver com doações ou liberalidades. O artigo, de facto, intencionado é o 940.º do Código Civil como o demonstram, se tanto se afigurasse necessário, e de resto, as citações bibliográficas feitas, pelo ilustre jurista, para, aparentemente, confortar as afirmações por ele feitas, e ora transcritas no texto. Cfr. Osório de Castro *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 579 nota (24).

(98) Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 579.

(99) V., Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 579 nota (24).

(100) Na verdade, depois de afirmar que as *liberalidades* referidas no artigo 6.º n.º 2 do CSC (...) *não são contrárias ao fim da sociedade porque falta nelas o espírito de liberalidade (...)*, o autor acrescenta em nota «*Vide PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, Código Civil anotado, Coimbra editora, 2.ª Edição, p. 231*». Cfr. Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 579 nota (24).

de quanto lhes imputa OSÓRIO DE CASTRO. Passamos, para que não fiquem dúvidas, a transcrever as palavras dos ilustres Professores: «*Não deve confundir-se, porém, espírito de liberalidade com ânimo altruísta ou fim desinteressado. Os brindes oferecidos pelas casas comerciais aos clientes, escreve Antunes Varela (anot. ao Ac. do Sup. Trib. Just. de 20-6-72, na Rev. de Leg. e de Jur., ano 106, p. 205), as ofertas feitas pelos promotores de vendas, os presentes dados na expectativa de retribuição e outras atribuições de análoga natureza não deixam de constituir autênticas doações pelo simples facto de serem realizadas com fim ou motivo interesseiro e não com o ânimo altruísta, que caracteriza geralmente as atribuições de carácter gratuito*»⁽¹⁰¹⁾. E não podia, de resto, ser de outro modo.

III — A prova segundo a qual a existência de um interesse ou motivação não altruísta do doador, na realização da doação, não interfere na sua qualificação, permanecendo exterior ao conteúdo do negócio, fornece-a a doutrina do negócio jurídico⁽¹⁰²⁾. A ela poder-se-ia, ainda, juntar, e se tanto se afigurasse necessário, o dis-

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil anotado*, 2.^a ed., Coimbra, 1981, II, artigos 762.º a 1250.º, comentário ao artigo 940.º, p. 230; Id. *Código Civil...* 3.^a ed., Coimbra, 1986, II, artigos 762.º a 1250.º, comentário ao artigo 940.º, p. 260.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. Manuel de Andrade, *Teoria Geral...*, II, pp. 56, numa orientação também aqui claramente contrária ao sentido que, segundo Osório de Castro, seria o do ilustre Mestre. Transcrevemos as palavras dos dois autores, começando por Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 580: «*A consideração do n.º 3 do artigo 6.º do CSC (...), vem secundar uma ideia que a conjugação dos n.ºs 1.º e 2.º já permitia antever 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)*» — nesta nota (25) Osório de Castro escreve: «*Cfr. Manuel de Andrade, ob. cit., Vol. II, p. 56*», para continuar no texto — « *todavia, por efeito dos n.ºs 2.º e 3.º, 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 da incapacidade cominada pelo n.º 1*»; quando Manuel de Andrade, *Teoria geral...*, II, pp. 54, 55 e 57 afirma: «*a) Conceito de negócios onerosos. — Os negócios (contratos) onerosos ou a título oneroso ou respectivo pressupõem prestações de ambas as partes e correspectividade, equivalência ou equilíbrio entre elas, no ponto de vista das partes. Cada uma delas dá e recebe, considerando aquilo que dá retribuído ou contrabalançado por aquilo que recebe, cada uma das prestações é a contrapartida da outra. Não vemos aqui uma pessoa proporcionar à sua custa, a outra uma*

posto no artigo 941.º, ao considerar como verdadeiras doações as liberalidades remuneratórias.

IV — Contra quanto afirmamos não se invoque, como faz OSÓRIO DE CASTRO ⁽¹⁰³⁾, a existência de uma similitude entre,

vantagem patrimonial pura e simples, cada uma das partes recebe da outra uma vantagem, mas paga-a com um sacrifício correspondente.

A relação entre as duas prestações afere-se, porém, do ponto de vista das partes. (...) De qualquer maneira, as partes entendem permutar duas prestações, fazer um negócio, uma transacção — boa ou má —, e não dar e receber, no todo ou em parte uma liberalidade, assim como talvez se possa dizer que entre as prestações há, segundo a vontade das partes, uma relação de causalidade-finalidade.

*Conceito de negócios gratuitos — O conceito de negócios gratuitos ou a título gratuito, também designados lucrativos (ex lucrativa causa) facilmente se depreende agora por contraposição. Neles intervém o espírito de liberalidade — a chamada intenção liberal (animus donandi; animus beneficiandi). Não quer isto dizer que o autor da liberalidade proceda sempre por motivos altruísticos (generosidade). Pode proceder por motivos interessados (conseguir vantagens ainda maiores de outra parte) ou até malévolos (comprometer a outra parte). Só que estes motivos ficam estranhos ao conteúdo do negócio. A intenção liberal reside apenas na consciência e vontade negocial de dar e receber uma prestação, uma vantagem, sem contrapartida (no todo ou em parte)». Ou seja, e segundo Manuel de Andrade, a intenção liberal reside na consciência e a vontade negocial — quer dizer expressa no conteúdo do negócio — de dar ou receber sem qualquer contrapartida valorada pelas partes em termos de causa-finalidade. O autor da liberalidade pode proceder por motivos interessados ou não altruísticos, mas nem por isso deixaremos de estar perante uma liberalidade. É esse o exclusivo significado da frase de Manuel de Andrade («A intenção liberal reside apenas na consciência e vontade negocial de dar e receber uma prestação») citada por Osório de Castro, para juntamente com a referência ao hipotético ensinamento de Pires de Lima e Antunes Varela, fundar a tese segundo a qual as liberalidades do n.º 2 do artigo 6.º do CSC, não seriam, afinal, liberalidades. Apenas no primeiro volume da sua obra (Cfr., *Teoria geral...*, I, p. 124 e 125 nota (2)) Manuel de Andrade levanta, sem chegar a tomar posição, algumas dúvidas acerca da possibilidade de se ver em determinado tipos de negócios verdadeiras doações. Assim, e depois de admitir a existência de alguma proibição de realização de doações por parte das sociedades, escreve em nota «Mas não é total a proibição — que tanto não exige aquele princípio — (o da especialidade) — Certamente pode a sociedade concorrer para subscrições, distribuir gratificações ao seu pessoal, brindes a clientes, etc., aliás, é muito questionável (pelo menos) se nos dois últimos casos se trata de verdadeira liberalidades». As dúvidas que pudessem eventualmente existir acerca da posição do Mestre nesta matéria são, contudo, desfeitas — por um lado — por quanto escreve Manuel de Andrade no trecho do segundo volume por nós transcrito nesta nota e — por outro — pelo artigo 941.º do Código Civil, onde se estabelece de forma peremptória «É considerada doação a liberalidade remuneratória de serviços recebidos pelo doador, que não tenham a natureza de dívida exigível».*

⁽¹⁰³⁾ Osório de Castro *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 579.

por um lado, o n.º 2 do artigo 6.º do CSC e, por outro, o n.º 2 do artigo 940.º do Código Civil ⁽¹⁰⁴⁾. Isto porquanto, o que se verifica, na realidade, é uma muito acentuada, cavada e significativa diferença entre os dois preceitos. É o seguinte o teor do artigo 940.º n.º 1 do Código Civil:

«Não há doação na renúncia a direitos e no repúdio de herança ou legado, nem tão pouco nos donativos conformes aos usos sociais».

Por seu turno o artigo 6.º n.º 2 do CSC estabelece:

«As liberalidades que possam ser consideradas usuais, segundo as circunstâncias da época e as condições da própria sociedade, não são havidas como contrárias ao fim desta».

A olho nu poder-se-ia começar por se pensar, com OSÓRIO DE CASTRO ⁽¹⁰⁵⁾, que, por se referir a liberalidades consideradas usuais, segundo as circunstâncias da época, o Código das Sociedades estaria no fundo a remeter para o âmbito de aplicação do artigo 940.º n.º 2 do Código Civil. Mas a ser assim, haveria algo de estranho. Porque razão, para consagrar a mesma doutrina, o legislador teria optado por seguir redacções tão diversas — quase contraditórias — como as consagradas, por um lado, no Código Civil, e por outro, no Código das Sociedades Comerciais? Num mencionam-se donativos conformes aos usos sociais; no outro liberalidades capazes de serem consideradas usuais, segundo as circunstâncias da época e as condições da própria sociedade.

Bem vistas as coisas, a explicação para a diversidade de formulação é perfeitamente simples: os preceitos agora em análise reportam-se, cada um deles, a realidades totalmente distintas. Senão vejamos.

⁽¹⁰⁴⁾ Similitude esta que se afiguraria, capaz de retirar às liberalidades previstas no artigo 6.º n.º 2 do CSC o respectivo carácter de doação.

⁽¹⁰⁵⁾ Osório de Castro *Da prestação...* in *Revista...*, ano 56, II, p. 579.

V — Ao fazer apelo à noção de «usos» o artigo 940.º n.º 1 remete-nos em primeiro lugar para uma prática social generalizada (106). Ao apor à palavra usos o qualificativo de «sociais» a lei transporta-nos para o domínio — traduzido pela doutrina alemã através da palavra *Sitte* — daqueles comportamentos sociais generalizados sem os quais a vida em sociedade se tornaria mais pesada e desagradável (107). Sem chegar a comprometer a ordem necessária à conservação e ao progresso social, a violação destes usos provoca, todavia, reprovação social e até sanções sociais difusas, como por exemplo a segregação de quem é considerado inconveniente (108).

É óbvio como não podem ser estes usos sociais, únicos mencionados pelo artigo 940.º n.º 1 do Código Civil, a fundar a permissão do artigo 6.º n.º 2 do CSC. Às sociedades comerciais deverá reconhecer-se a faculdade de realizar liberalidades fora dos casos nos quais, se não o fizesse, sofreria uma sanção ou reprovação social. A doutrina não manifesta quaisquer dúvidas a este respeito.

Mas deve ir-se ainda bastante mais longe. Isto porquanto não há nada no artigo 6.º n.º 2 do CSC susceptível de permitir falar sequer em usos. Estes correspondem, repisa-se, a uma prática social generalizada. Ora, o artigo 6.º n.º 2 considera não serem contrárias ao fim da sociedade as liberalidades capazes de serem «consideradas usuais segundo as circunstâncias da época e as condições da própria sociedade». Ao referir «as condições da própria sociedade» a lei está a remeter-nos para a situação daquela concreta sociedade doadora, não para qualquer prática social generalizada. As liberalidades susceptíveis de serem consideradas *usuais*, não são, assim, as correspondentes a um comportamento social generalizado, ou, se se quiser, a um qualquer uso. Semelhante entendimento colidiria, frontalmente, com a indicação expressa da lei, segundo a qual a liberalidade será considerada usual, ou não, de acordo com «as condições da própria sociedade». O acento

(106) Pois a noção de uso não é outra senão a de uma prática social generalizada. Cfr. Oliveira Ascensão, *O direito...*, p. 31.

(107) Cfr. Oliveira Ascensão, *O direito...*, p. 31.

(108) *Idem, ibidem*.

tónico é posto neste último aspecto — a sociedade (109). Nestes termos, e no contexto do artigo 6.º n.º 2, «*usuais*» significa, pura e simplesmente, normais.

Não há, pois, conclua-se, qualquer similitude entre o artigo 6.º n.º 2 do CSC e o artigo 940.º n.º 2 do Código Civil. As liberalidades referidas pelo n.º 2 do artigo 6.º do CSC são autênticas doações (110). Improcede assim, com o devido respeito, a tese defendida por OSÓRIO CASTRO, de acordo com o qual as sociedades comerciais careceriam de capacidade de gozo para a prática de actos gratuitos, com a conseqüente nulidade destes. O interesse económico eventualmente subjacente à doação não assume qualquer expressão ao nível da vontade negocial, ou do conteúdo do negócio, e não retira à liberalidade esse seu carácter (111). O donatário limita-se a aceitar a doação e não deve indagar mais nada. Admitir a necessidade de uma associação cultural ou de caridade, uma fundação, um cliente, sindicarem a existência de um interesse colateral, por parte da sociedade comercial, na realização da doação — da qual são destinatários — sob pena de terem de restituir

(109) Isto vale também relativamente às «*circunstâncias da época*». Será, em última análise, a situação da sociedade a determinar se, em determinada época, certa liberalidade se pode considerar ou não como usual.

(110) Assim, pode ver-se na mesma direcção, designamente, Oliveira Ascensão, *Direito...*, IV, p. 28, que escreve: *O n.º 2 admite expressamente as liberalidades «usuais, segundo as circunstâncias da época e a condições da própria sociedade».*

Isto permite ocorrer a fenómeno actualmente em grande expansão. Cada vez vemos mais empresas a intervirem sem contraprestação, na satisfação de objectivos culturais, filantrópicos, desportivos, etc. Assim, subsidia-se a construção de um asilo, patrocina-se um campeonato de golfe, oferecem-se serviços gratuitos na organização de um congresso.

Há liberalidade, mas a finalidade geral da sociedade não é com isto posta em causa. Nada impõe que o lucro resulte de todo e qualquer acto da sociedade. Basta que estas actividades se integrem em objectivos genericamente lucrativos.

Assim, se a sociedade realiza a liberalidade para obter a redução de impostos, ou para conseguir publicidade, ou para melhorar a sua imagem perante o público, há de qualquer modo um interesse económico que nos permite dizer que não é prejudicado o fim lucrativo da empresa».

(111) Acerca da importância da contrapartida como índice do tipo V., por todos Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, Lisboa, 1994, pp. 141, autor que sublinha a circunstância de a estipulação ou existência de deslocações patrimoniais de sentido contrário não significa, só por si, que uma seja contrapartida da outra.

quanto receberam é algo que fere a sensibilidade jurídica ⁽¹¹²⁾. O problema é, uma vez mais, de simples vinculação não de capacidade. Não há uma categoria de situações proibidas em abstracto às sociedades, único pressuposto no qual se poderia falar em incapacidade ⁽¹¹³⁾. Tudo depende das condições próprias da sociedade doadora (artigo 6.º n.º 2 do CSC).

VI — Apurado o facto de as liberalidades referidas no n.º 2 do CSC, constituírem verdadeiras doações, e de não depararmos neste domínio com qualquer incapacidade de gozo, toda a tese de OSÓRIO DE CASTRO — a propósito da vinculação das sociedades comerciais — cai, com devido respeito, pela base, sem necessidade de qualquer outra demonstração. Seja-nos consentido, toda-

⁽¹¹²⁾ Neste mesmo sentido cfr. quanto escreve o Professor Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria...*, pp. 109 e 110, autor segundo o qual: *A sanção da nulidade, com o seu regime jurídico característico de poder ser invocada a todo o tempo por qualquer interessado, viria a obrigar os terceiros, com quem a pessoa colectiva contacta e contrata no quotidiano se ela se encontra dentro ou fora do limite necessariamente impreciso da necessidade, e mais grave, ainda, da conveniência à prossecução do fim. Seria demasiado e gerador de excessiva insegurança considerar nulo, por exemplo, (...) a entrega de donativos a beneficiários por pessoas colectivas com fins assistenciais (...). Onerar os terceiros que contactam com a pessoa colectiva no quotidiano — que podem até ser beneficiários de uma fundação ou de pessoa colectiva com fins de assistência ou de beneficência — com o risco de nulidade dos actos da pessoa colectiva, com fundamento exclusivo na sua desnecessidade ou inconveniência à prossecução do interesse social, seria de uma injustiça violenta e juridicamente insuportável*. E na verdade, mal estaríamos, se, designadamente, um museu que recebesse um donativo, de uma sociedade, para proceder à respectiva renovação ou para organizar uma exposição, ficasse obrigado a sindicar a existência de um interesse económico paralelo, e não expresso no conteúdo do negócio, por parte do doador, sob pena, de em momento posterior à organização do evento ter de restituir quanto recebeu (v. artigo 289.º do Código Civil). E o mesmo se dirá, por exemplo de uma associação de fins filantrópicos que recebe um subsídio para a construção de um asilo ou cantina. Seria desastroso, e intolerável, que a associação tivesse de julgar e — na doutrina de Osório de Castro — fazer, inclusivamente, prova, de que o subsídio correspondia a um interesse económico marginal da sociedade doadora, sob pena de ser obrigada a restituir o dinheiro recebido.

⁽¹¹³⁾ Cfr., Oliveira Ascensão, *Teoria...*, I, pp. 63 e ss., maxime p. 69, onde se escreve: *«a capacidade, como medida abstracta, refere-se sempre necessariamente a uma categoria ou tipo de situações, e não a uma situação concreta»*, e I (1996) p. 139. Ao referir as condições da própria sociedade doadora o artigo 6.º n.º 2 está, precisamente, a remeter-nos para uma situação concreta, e, por conseguinte, a transportar-nos para latitudes que nada têm a ver com a incapacidade.

via, a fechar esta problemática da capacidade, ou incapacidade, das sociedades comerciais para a prática de liberalidades, acrescentar mais alguns dados.

De acordo com OSÓRIO DE CASTRO «(...) avulta a ideia de que o artigo 6.º n.º 3 do CSC, só tem em vista a prestação de garantias a dívida de terceiro efectuada a título gratuito». Isto, porquanto no fundo o sentido do n.º 3 do artigo 6.º seria, designadamente, dado pelo n.º 2 do referido preceito.

A ser, porém, assim, então, está plenamente provada a nossa tese ⁽¹¹⁴⁾, segundo a qual só excepcionalmente as sociedades se poderão eximir ao cumprimento das garantias por elas individualmente dadas para assegurar a satisfação de dívidas de terceiros. É que, do ponto de vista da entidade perante quem a sociedade se vincula — o beneficiário da garantia — raramente se estará perante um acto gratuito. Conforme escrevem a propósito os Professores PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA «*não há doação na constituição de garantia da dívida, mesmo quando prestada por terceiro (a não ser que o terceiro renuncie, em proveito do devedor, ao benefício da subrogação). Também nesse caso não há nenhum enriquecimento do património do credor beneficiado com a garantia, que apenas lhe assegura a exequibilidade prática de um outro direito, já existente ou a existir no futuro*» ⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹⁴⁾ Aliás, em termos muito mais amplos dos por nós defendidos.

⁽¹¹⁵⁾ Pires de Lima e Antunes Varela, *Código...*, II, anotação ao 940.º, p. 259. Estes autores acrescentam de seguida: «*Há, no entanto, uma inquestionável vantagem patrimonial na constituição da garantia. E, por isso, embora não integre a figura da doação, a constituição de garantia seja por terceiro, seja pelo devedor, pode representar uma atribuição patrimonial, gratuita ou onerosa, consoante a vantagem patrimonial por ela proporcionada (ao credor, ou ao devedor como sucede geralmente na fiança bancária) não tenha ou tenha correspectivo*». Se com correspectivo se pretende, apenas, referir a circunstância de, por lhe ser oferecida uma garantia, o tomador se dispôr, designadamente, a mutuar determinadas quantias, ou a conceder uma moratória para o cumprimento de um crédito já vencido, ou, ainda, a não provocar o vencimento antecipado de um débito, então, subscrevemos inteiramente o pensamento dos ilustres Mestres. Há uma relação de causalidade, expressa na vontade do tomador e no conteúdo do negócio, que faz de um acto não gratuito. Se, porém, com correspectivo se pretende indicar a necessidade de o credor remunerar a garantia, não podemos acompanhar os ilustres Mestres nessa sua eventual afirmação. E pela razão invocada pelos próprios Pires de Lima e Antunes Varela: a garantia assegura a exequibilidade prática de um direito já existente ou a existir. Nestes termos, e em nosso entender, o correspectivo ou contrapartida — em termos de causalidade

Apenas no confronto do devedor garantido — e exceptuadas as hipóteses nas quais a sociedade prescinde do direito de subrogação — se poderá falar de negócio gratuito. Semelhante relação, entre o dador e beneficiário da garantia não produz, todavia, e para empregar as palavras de LUTTER ⁽¹¹⁶⁾, efeitos externos face ao respectivo tomador. Não é, por isso, ao terceiro a quem compete fiscalizar se é possível descobrir na relação interna, entre sociedade garante e devedor garantido, um qualquer interesse económico marginal e não expresso nas vontades negociais que puseram a garantia: ele pode confiar exclusivamente no poder de representação do órgão de administração ou gerência. Se a sociedade protesta existir, entre ela e o devedor, uma ligação ou colaboração de tal forma importante que, em virtude desse facto, a garantia oferecida pelo ente colectivo corresponde a um interesse social, deve ser dada ao terceiro a possibilidade de acreditar em quanto lhe é transmitido pelos órgãos de administração ou gerência e, eventualmente, também pelo próprio devedor.

Contra quanto afirmamos, não se invoque, como faz OSÓRIO DE CASTRO, o argumento segundo o qual os preceitos legais relativos à prestação de garantias pelas sociedades (designadamente o artigo 6.º n.º 1 e n.º 3) calariam qualquer referência à situação psicológica do beneficiário da garantia ⁽¹¹⁷⁾. Semelhante

apoiada no conteúdo do acto e na vontade do tomador da garantia — consiste justamente em se facultar ao devedor um direito cujo cumprimento se quer garantido, ou em não provocar a respectiva execução ou vencimento antecipado.

⁽¹¹⁶⁾ Lutter, *Kölner...*, I, §§ 1-75, comentário ao § 75, pp. 661 e 662, o qual, a propósito do caso específico da prestação de garantias por uma sociedade a algum dos seus sócios, que não se encontrem com ela em relação de domínio ou de grupo, afirma a inoponibilidade, a terceiros de boa-fé, das limitações legais à realização ou prestação de semelhante garantia por parte da sociedade. Isto porque as referidas limitações se baseiam em aspectos puramente internos da relação entre a sociedade e respectivo sócio. O beneficiário da garantia pode, segundo Lutter, confiar exclusivamente nos poderes de representação dos membros do órgão de gestão.

⁽¹¹⁷⁾ Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 583. Transcrevemos as palavras do distinto autor: «Este ponto é decisivo: os preceitos legais relativos à incapacidade da sociedade para 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.

argumento carece a nosso ver, e com devido respeito, de fundamento. E por vários motivos.

VII — Sublinhe-se em primeiro lugar — e admitindo de barato a tese segundo a qual o artigo 6.º n.º 3 se aplicaria a todos os casos de prestação de garantias por sociedade comerciais a dívidas de terceiras entidades ⁽¹¹⁸⁾ — a circunstância de os preceitos da lei (neste caso o artigo 6.º n.º 3 do CSC) não se interpretam isoladamente. Eles devem articular-se com as restantes normas contidas no nosso ordenamento jurídico, entre as quais se contam, designadamente, os artigos 260.º n.º 1 e 409.º n.º 1 do CSC.

De acordo com o disposto nestes dois preceitos do CSC, os actos praticados pelos titulares dos órgãos de gestão e representação da sociedade, dentro dos poderes que a lei lhes confere, vinculam-na perante terceiros. Não vislumbramos, a este respeito, qualquer restrição no texto da lei, no sentido de se dever defender a tese segundo a qual os «poderes» mencionados pelo legislador não são todos quanto os órgãos da sociedade possam eventualmente ter, sejam eles directos ou indirectos, condicionais ou incondicionais. Não distinguindo a lei não deve o intérprete — por princípio de sã hermenêutica — distinguir, excepto se razões ponderosas a isso obrigarem.

No nosso caso, porém, não só não existem — para efeitos da aplicação dos artigos 260.º n.º 1 e 409.º n.º 1 do CSC — motivos capazes de levar ao estabelecimento de uma distinção entre os «poderes» mencionados pelo legislador como, ao contrário, o fim e espírito da lei apontam, decisivamente, no sentido da postergação, a este propósito, de qualquer separação. É que, como muito bem recorda OSÓRIO DE CASTRO, o propósito da lei, neste ponto, é o de garantir que os terceiros «*podem confiar (...) em que os órgãos da sociedade têm o máximo de poderes de que podem abstractamente (ou legalmente) ser dotados*» ⁽¹¹⁹⁾. Este fim só será, contudo, alcançado se não se separar artificialmente poderes conferidos de forma incondicional (se é que os há) e poderes cujo

⁽¹¹⁸⁾ O que, a aceitar-se todos os presupostos nos quais Osório de Castro assenta a sua tese, está longe de se encontrar totalmente demonstrado.

⁽¹¹⁹⁾ Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 587.

exercício depende ou está condicionado por certos aspectos internos da vida das sociedades: *ambos são poderes conferidos por lei* e, portanto, de acordo com os artigos 260.º n.º 1 e 409.º n.º 1 do CSC, os actos praticados ao seu abrigo vinculam as sociedades.

Ao disposto nos artigos 260.º n.º 1 e 409.º n.º 1 do CSC deve, ainda, acrescentar-se o estabelecido pelo artigo 281.º do Código Civil. Segundo este preceito *«se apenas o fim do negócio jurídico for contrário à lei ou à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes, o negócio só é nulo quando o fim for comum a ambas as partes»*. No caso em apreço, a existir uma contrariedade entre a garantia oferecida pela sociedade, de um lado, e a lei (artigo 6.º n.º 3 do CSC), do outro, isso resultará apenas do fim do negócio não se harmonizar com os objectivos sociais ⁽¹²⁰⁾. Se o terceiro acredita em quanto lhe é dito pelos órgãos da sociedade o fim não foi por ele querido. Tanto bastaria, e na suposta falta de outro mecanismo, para ser inoponível, a quem contrata com o ente colectivo, qualquer eventual nulidade ⁽¹²¹⁾. Se isso, mesmo assim, não se afigurasse suficiente, os artigos 243.º, n.º 1; 244.º, 254.º n.ºs 1.º e 2.º do Código Civil desfariam quaisquer equívocos: a) *«a nulidade proveniente da simulação não pode ser arguida perante terceiro de boa-fé»*; b) *«a reserva mental não prejudica a validade da declaração, excepto se for conhecida do declaratário (...)*»; c) *«o declarante cuja vontade tenha sido determinada por dolo pode anular a declaração; a anulabilidade não é excluída pelo facto de o dolo ser bilateral»*, *«quando o dolo provier de terceiro a declaração só é anu-*

⁽¹²⁰⁾ Segundo Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 582 o artigo 281.º não seria aplicável ao nosso caso pois *«(...) embora a nulidade seja por vezes colocada na dependência da situação psicológica dos contraentes (cfr., por exemplo, o artigo 281.º do CCv) não deixaria de ser estranho que isso sucedesse onde o defeito interno do negócio advém de a posição pessoal de uma das partes ser tal que a lei lhe proíbe em absoluto a prática do acto em causa»*. A verdade é que, conforme já amplamente demonstrado não há nenhuma proibição absoluta e para a prática de actos gratuitos nem para a prestação de garantias a dívidas de terceiras entidades. Tudo depende, num caso, das condições da sociedade e, no outro, do interesse social. Apenas em concreto se poderá, assim, saber se uma sociedade pode ou não realizar uma liberalidade ou oferecer uma garantia.

⁽¹²¹⁾ Note-se como na nossa perspectiva, e seguindo designadamente, o ensinamento do Professor Pedro Pais de Vasconcelos em sequer se pode falar em nulidade. O problema é, tão só, e exclusivamente de vinculação da sociedade. Cfr., *supra* nota ().

lável se o destinatário tinha ou devia ter conhecimento dele; mas se alguém tiver adquirido directamente algum direito por virtude da declaração, esta é anulável em relação ao beneficiário, se tiver sido ele o autor do dolo ou se o conhecia ou devia ter conhecido».

VII — Nas hipóteses para as quais os preceitos do CSC ou Código Civil acabados de citar não se mostrassem capazes de oferecer resposta adequada, nem por isso o terceiro de boa fé ficaria desprotegido pelo simples facto de o artigo 6.º n.º 3 ⁽¹²²⁾ calar, quando visto isoladamente e por si só, qualquer referência à situação psicológica de quantos contratam com sociedades comerciais. A protecção da confiança e da boa-fé — presente em figuras tão distintas como a *exceptio doli*; o *venire contra factum proprium*; as inalegabilidades formais; a *supressio*, a *surrectio*; o *tu quoque* ou o exercício em desequilíbrio ⁽¹²³⁾ — são institutos aplicáveis e perfeitamente compatíveis com desenvolvimentos essencialmente periféricos e com a falta de *ius strictum* que assegure soluções equivalentes ⁽¹²⁴⁾.

V — A doutrina da confiança

I — O princípio da confiança surgiu, de modo repetido, nas diversas manifestações da boa-fé, quer como dado efectivo depreendido de distintas concretizações do fenómeno ⁽¹²⁵⁾, quer como

⁽¹²²⁾ Ou mesmo o artigo 6.º n.º 1 do CSC, como quer Osório de Castro.

⁽¹²³⁾ Acerca do sentido das várias figuras destinadas a prevenir o exercício inadmissível de posições jurídicas, suas potencialidades, virtualidades e limitações v., Menezes Cordeiro, *Da boa-fé no direito civil*, Lisboa, 1984, II, *passim*, maxime, pp 662 e ss., pp. 1235 e ss.; Id., *Teoria geral do direito civil*, 2.ª ed., Lisboa, 1989, I, 369 e ss.; Id. *Da alteração das circunstâncias*, com amplas indicações jurisprudências, nas quais se documenta o significativo e largo acolhimento por parte dos nossos tribunais dos princípios e institutos jurídicos referidos no texto.

⁽¹²⁴⁾ Cfr., Menezes Cordeiro, *Teoria...*, I, 405, que escreve: (...) *a protecção da confiança com recurso à boa-fé, permitiu assegurar uma solução justa, à luz do direito positivo vigente, numa latitude onde isso se tornou necessário, por falta de dispositivos estritos bastantes: a protecção da confiança e a boa-fé são, de facto, institutos aplicáveis na falta de ius strictum que assegure soluções equivalentes».*

⁽¹²⁵⁾ V., Menezes Cordeiro, *Da boa-fé...*, II, pp. 753 e ss., 820, 900 e 1234.

tentativa de explicação, apresentada em conjunturas controversas ⁽¹²⁶⁾.

A confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a determinadas representações, passadas, presentes ou futuras, por ela tomadas por efectivas ⁽¹²⁷⁾.

II — A aproximação entre a confiança e a boa-fé constitui um passo da ciência jurídica que não mais se pode perder ⁽¹²⁸⁾. Para se tornar produtiva deve emprestar-se à confiança um alcance material que ela por seu turno comunique à boa-fé.

No transcender de abstraccionismos, assume papel de relevo a proposta de LUHMANN, no sentido de se operar uma leitura sociológica da confiança ⁽¹²⁹⁾: as eventualidades capazes de na sociedade, interferirem nas decisões geradores de comportamentos humanos, são inúmeras; a confiança facultaria, neste contexto, excluir algumas possibilidades de desenvolvimento, afastando perigos cuja concretização comprometeria a actuação efectivamente levada a cabo; a confiança permite, por consiguiente, reduzir a complexidade social ⁽¹³⁰⁾. Outros aspectos devem ser enfocados ⁽¹³¹⁾. A confiança, para o ser, constitui a base de um comportamento. De outro modo haverá uma mera esperança. Por outro lado, ela actua numa alternativa em que os danos advenientes da ruptura da confiança podem superar os benefícios aguardados ⁽¹³²⁾.

O perfeccionar ou estruturar da confiança em si não pode ser imputado à dedução ou indução; envolve sempre uma multiplicidade de dados, onde o saber e não saber se envolvem, misturam e cruzam ⁽¹³³⁾, apesar de não se poder considerar irracional: perante

⁽¹²⁶⁾ *Idem*, II, pp. 1061 e 1602, p. 1234.

⁽¹²⁷⁾ *Idem*, II, p. 1234.

⁽¹²⁸⁾ *Idem*, II, p. 1241.

⁽¹²⁹⁾ *Idem*, II, p. 1242.

⁽¹³⁰⁾ *Idem*, II, p. 1242, e nota (141), onde se refere como a construção luhmanniana da confiança, para além de reduzir os elementos a atender, aquando da decisão, encurta, também, o facto tempo: planeamentos possíveis, em si, são ignorados através do juízo de confiança.

⁽¹³¹⁾ Menezes Cordeiro, *Da boa-fé...*, II, p. 1242.

⁽¹³²⁾ *Idem, ibidem*.

⁽¹³³⁾ *Idem, ibidem*.

a função de aumentar a capacidade do sistema para fazer face à complexidade, a confiança racionaliza-se, pois, na sua ausência, apenas seria possíveis fórmulas muito simples de cooperação humana ⁽¹³⁴⁾.

A importância sociológica da confiança não deve levar, nem no seu alcance nem na sua construção, a uma transposição mecânica ou automática para a área do direito ⁽¹³⁵⁾. Em termos de relacionamento social, o Direito surge como um importante factor de redução da complexidade social. Nele reside a principal fonte de confiança: o conhecimento dos esquemas dogmáticos permite, por excelência, simplificar e ordenar os factores de decisão ⁽¹³⁶⁾. Numa sociedade marcada pela impessoalidade, como sucede actualmente, as reduções permitidas pela confiança num contrato celebrado não advêm tanto da expectativa de comportamento regular da contra-parte ⁽¹³⁷⁾, como da segurança veiculada pela inserção do pacto ou acordo em canais jurídicos, cujo percurso se encontra pré-determinado. Tanto basta para, conforme demonstrado pelo Professor MENEZES CORDEIRO ⁽¹³⁸⁾, se tornar claro como a confiança sociológica não corresponde à dimensão que do conceito se espera do direito. Os esclarecimentos e apertações proporcionados por Luhmann, afiguram-se, todavia, importantes ⁽¹³⁹⁾.

III — As observações suscitadas pela construção *luhmanniana* sobre a confiança permitem especificar um primeiro vector que a informa ⁽¹⁴⁰⁾. A existência da ordem jurídica, com a onticidade resultante da repetição das suas manifestações concretas, conduz a uma rigidez mínima que concita e gera previsibilidade ⁽¹⁴¹⁾. Nesta perspectiva o Direito surge como factor gerador de confiança, propiciando a redução da complexidade base de qualquer decisão. Em todo este processo o Direito actua, de certo modo,

⁽¹³⁴⁾ *Idem.*

⁽¹³⁵⁾ *Idem, ibidem.*

⁽¹³⁶⁾ *Idem, ibidem.*

⁽¹³⁷⁾ *Idem*, II, p. 1243.

⁽¹³⁸⁾ *Idem, ibidem.*

⁽¹³⁹⁾ *Idem, ibidem.*

⁽¹⁴⁰⁾ *Idem, ibidem.*

⁽¹⁴¹⁾ *Idem, ibidem.*

como alheio à confiança por ele propiciada, diluída sob as necessidades de estabilidade e de segurança ⁽¹⁴²⁾. Quando se fala de confiança não se tem em vista a generalidade do fenómeno, tal como revelado pela reflexão sociológica. Cuida-se antes da eficácia revelada por situações específicas de confiança, nas quais o Direito, abandonando a indiferença suscitada pela crença que suscite, passe a indagá-la e a associar-lhe efeitos jurídicos ⁽¹⁴³⁾.

A determinação das situações de confiança, às quais o Direito confere eficácia pode ser feita de modo descritivo, com recurso a várias classificações ⁽¹⁴⁴⁾. A dogmática jurídica situa, no entanto, em primeiro plano, a separação entre as previsões de confiança objecto de previsão específica e as sustentadas por conceitos indeterminados ⁽¹⁴⁵⁾.

As situações de confiança tuteladas, de forma explícita, por disposições ou preceitos legais a tanto dirigidos, representam um reduto seguro onde o princípio em análise terá acolhimento ⁽¹⁴⁶⁾.

A consagração dos dispositivos gerais, implícitos no dever de actuar de boa-fé e no exercício inadmissível de posições jurídicas, capazes, nalgumas das suas vertentes, de proteger a confiança, revelam nesta um vector genérico ⁽¹⁴⁷⁾: a confiança é protegida quando da sua preterição resulte atentado ao dever de actuar de boa-fé ou se concretize um abuso de direito ⁽¹⁴⁸⁾.

IV — A diversidade caracterizadora do panorama das referências legais expressas à confiança verifica-se no plano geográfico da sua distribuição ⁽¹⁴⁹⁾. Tanto nos respectivos pressupostos como nas suas consequências há uma certa uniformidade, o que, e para empregar uma vez mais palavras do Professor MENEZES

⁽¹⁴²⁾ *Idem, ibidem.*

⁽¹⁴³⁾ *Idem, ibidem.*

⁽¹⁴⁴⁾ V., designadamente, Pessoa Jorge, *A protecção jurídica da aparência no direito civil português*, pol., Lisboa, 1951-1952, pp. 56 e ss., e 63 e ss.; e Menezes Cordeiro, *Da boa-fé...*, II, pp. 1243 e 1244.

⁽¹⁴⁵⁾ Menezes Cordeiro, *Da boa-fé...*, II, pp. 1243 e 1244.

⁽¹⁴⁶⁾ *Idem*, II, 1245.

⁽¹⁴⁷⁾ *Idem*, II, P. 1247.

⁽¹⁴⁸⁾ *Idem*, II, p. 1248.

⁽¹⁴⁹⁾ *Idem, ibidem.*

CORDEIRO, à míngua de tratamentos globais votados ao tema, revela um poderoso pré-entendimento comum da temática. Ponderando, na globalidade, os dispositivos consagrados à confiança, detecta-se como factores necessários para a protecção três elementos: uma situação de confiança conforme com o sistema e traduzida na boa-fé subjectiva e ética própria de quem, sem violar os deveres de cuidado e de indagação que ao caso caibam, ignore estar a violar ou lesar posições alheias; uma justificação para a confiança, expressa na presença de elementos subjectivos capazes de, em abstracto, provocarem uma crença plausível; um investimento de confiança consistente em, da parte do sujeito, ter havido um assentir efectivo de actividades jurídicas em termos que desaconselhem o seu preterir ⁽¹⁵⁰⁾. O segundo elemento pode ser dispensado nalgumas hipóteses nas quais a intensidade particular assumida pelo primeiro requisito compensa a sua falta ou ausência: prenuncia-se a sistemática móvel ⁽¹⁵¹⁾.

Os pressupostos das situações tuteladas ao abrigo da boa-fé objectiva ⁽¹⁵²⁾ são semelhantes aos acabados de enunciar a propósito da boa fé subjectiva ⁽¹⁵³⁾. Deve apenas acrescentar-se um quarto elemento capaz, de algum modo, de compensar a ausência de um preceito que, de forma directa, pretira o interesse do prejudicado ⁽¹⁵⁴⁾: a imputação da situação de confiança criada ao sujeito de direito por ela prejudicado, o qual por acção ou omissão, terá dado origem ao comportamento do confiante ou ao factor objectivo que a tanto conduziu. Em casos particulares a tutela singra mesmo na falta de algum ou alguns pressupostos, desde que os restantes, ou algum deles, assumam tal intensidade que permita compensar a

⁽¹⁵⁰⁾ *Idem, ibidem.*

⁽¹⁵¹⁾ *Idem, ibidem.*

⁽¹⁵²⁾ Os casos de tutela da confiança baseados, não em disposição específica, mas informados, antes, por conceitos indeterminados resultam de aplicações variadas da boa-fé objectiva. Cfr., Menezes Cordeiro, *Da boa-fé...*, II, p. 1244.

⁽¹⁵³⁾ *Idem, ibidem.* V., também, Menezes Cordeiro, *da alteração das circunstâncias. A concretização do artigo 437.º do Código Civil à luz da jurisprudência posterior a 1974, separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1987, pp. 52 e ss.

⁽¹⁵⁴⁾ Menezes Coreiro, *Da boa-fé...*, II, pp. 1243 e 1244; e *Id.*, *Da alteração...*, pp. 54 e 55.

falha: os diversos pressupostos actuam de acordo com o sistema móvel ⁽¹⁵⁵⁾. A dificuldade não é maior do que a presente, por exemplo, no juízo sobre a culpa ou na determinação da medida da pena ⁽¹⁵⁶⁾.

V — As consequências advenientes da protecção da confiança podem, em teoria, consistir ou na preservação da posição nela alicerçada, ou num dever de indemnizar. Em regra o Direito português exprime a tutela da confiança através da manutenção das vantagens que assistiriam ao confiante, caso a sua situação fosse real ⁽¹⁵⁷⁾. No domínio da confiança, tutelada pela boa fé objectiva, institutos como a proibição de *venire contra factum proprium*, a *supressio* ou a *surrectio*, parecem, aliás, só fazer sentido quando se supere o estágio do dever de indemnizar. Nem sempre é possível imputar tal dever, enquanto que os inconvenientes conectados com a subsistência da situação jurídica do confiante têm uma distribuição natural à luz da ideia de transferência dos riscos.

VI — No caso específico da prestação de garantias, a dívidas de outras entidades, por sociedades comerciais, o acto é inserido em canais jurídicos cujo percurso se encontra pré-determinado. Ele é praticado pelo órgão de representação da sociedade, dotado de competência para definir e valorar o interesse social. Os seus membros são objecto de um processo de escolha ou eleição particular, ao qual é dado publicidade através de meios para isso aparelhados. A respectiva actuação, normalmente profissionalizada, encontra-se sujeita a deveres específicos que obrigam à prossecução do interesse da sociedade.

Além disso, e *a priori* não é possível afirmar a impossibilidade de a sociedade comercial garantir dívidas de terceiras entidades. Na verdade, e em abstracto, a garantia de débitos alheios é perfeitamente admissível: tudo depende da existência, ou não, de um concreto interesse da sociedade garante. Interesse, apenas determi-

⁽¹⁵⁵⁾ Menezes Coreiro, *Da boa-fé...*, II, pp. 1243 e 1244; e Id., *Da alteração...*, pp. 54 e 55.

⁽¹⁵⁶⁾ *Idem, ibidem.*

⁽¹⁵⁷⁾ *Idem, ibidem.*

nável perante o caso concreto e com pleno conhecimento dos fins que a sociedade se propõe alcançar. No presente cenário de impessoalidade das relações humanas, a determinação, ponderação ou fiscalização de tais fins, bem como da conformidade entre eles e actuação dos órgãos do ente colectivo, está muito para além das possibilidades do beneficiário da garantia. Este não tem, efectivamente, meios reais que lhe permitam sindicar, de modo sério e consistente, a existência ou não do interesse alegado pelo ente colectivo: ou confia na autêntica notificação que lhe é feita pelos órgãos da sociedade — e muitas vezes confiará aos canais jurídicos utilizados no veicular do acto — ou se abstém pura e simplesmente de realizar o acto cujos efeitos a garantia pretende acautelar.

Finalmente é a própria sociedade comercial que invoca a presença de um interesse capaz de justificar a prestação da garantia a dívida de outra entidade.

Ou seja — e tudo visto — perante um caso de prestação de garantia a dívida de terceiro, por parte de uma sociedade comercial que proteste e justifique existir um interesse social, o beneficiário da garantia que sem negligência ignore estar a violar um direito alheio deve ser protegido pois verifica-se como: *a)* a situação de confiança não resulta da violação de deveres de cuidado que lhe estavam impostos — ao contrário a análise da situação estará normalmente para além das suas forças; *b)* há uma justificação para essa confiança expressa na presença de elementos objectivos capazes, de em abstracto, provocarem uma crença plausível; *c)* assiste-se a um investimento de confiança traduzido no assentar de actividades jurídicas sobre a referida crença; *d)* verifica-se um imputar da situação de confiança ao prejudicado, o qual deu, por acção, origem à entrega do confiante. Numa palavra, estão reunidos todos os requisitos dos quais depende a tutela do investimento da confiança, e que um juízo tópico deverá, ou poderá, confirmar. À falta de outro mecanismo operaria, assim, o da confiança ⁽¹⁵⁸⁾: a socie-

⁽¹⁵⁸⁾ A confiança não operará, obviamente, se a desconformidade entre a realidade e a crença resultar da inobservância ou desconsideração de uma proibição legal. Assim, e com expressa referência ao artigo 6.º n.º 3 do CSC, Oliveira Ascensão, *Direito...*, IV, pp. 52 e ss., e 316 e ss.. A proibição violada deverá, ser, porém, e em nosso entender, absoluta e o comportamento assente na crença com ela incompatível. No caso de a sociedade garante justificar a concessão da garantia, a dívida de terceira entidade, na base de um inte-

dade fica vinculada. Quer dizer: ainda em termos gerais a sociedade se pudesse desvincular da garantia restada, o protesto do interesse social e a criação de uma crença no terceiro impeli-la-iam, de acordo com as regras de tutela da confiança de se libertar, se a posição do beneficiário da garantia não estivesse já a comportar cobertura por esta via.

VI — A primeira directiva comunitária em matéria de sociedades comerciais. A problemática dos interesses em jogo no caso da prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades

I — A bem dizer, porém, o recurso à doutrina da confiança nos moldes agora expostos afigura-se perfeitamente desnecessária. A protecção da confiança do beneficiário da garantia está já, repise-se, directamente assegurada por diversos preceitos do Código Civil e do Código das Sociedades Comerciais. A primeira directiva Comunitária em matéria de sociedades reforça, em termos impressivos, ainda mais o entendimento que já havíamos extraído dos peceitos de direito interno. Na verdade, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 9.º da 1.ª Directiva Comunitária em matéria de direito das sociedades comerciais «(...) *os actos realizados pelos órgãos sociais obrigam a sociedade relativamente a terceiros, mesmo quando tais actos são estranhos ao objecto*

resse que na realidade se vem a demonstrar não ter consistência, existe uma conformidade formal entre o comportamento do ente colectivo, no qual o beneficiário da garantia assenta a sua crença, e a estatuição legal. Apenas no plano material se assistirá a uma ausência de correspondência entre o ser e o dever ser. Trata-se, todavia, de um aspecto que escapa aos meios de controlo e de apreciação do tomador da garantia. Nestes termos, a referida desconformidade material não só não pode ser alegada para permitir a desvinculação da sociedade, como, ao contrário, é ela que fundamenta a tutela da confiança. Por isso, as sociedades comerciais só não ficarão vinculadas pelas garantias indevidamente oferecidas pelos respectivos órgãos sociais quando: *a)* a prestação da garantia não seja sequer justificada pela referência ao interesse social; *b)* a falta de ligação entre o interesse invocado e a sociedade garante seja de tal forma evidente que, o beneficiário, não podia, sem negligência e violando claros deveres de cuidado, ignorá-la; *c)* por qualquer outra circunstância — tão excepcional quanto a referida na alínea anterior — o terceiro conhecia, ou devia conhecer, o carácter *ultra vires* do acto praticado pela sociedade.

social, a menos que excedam os poderes que a lei confere ou permite conferir aos respectivos órgãos». O intuito do legislador comunitário, ao redigir o preceito em análise, foi o de criar condições para os terceiros, que contactam com a sociedade, poderem confiar «(...) em que os órgãos da sociedade têm o máximo de poderes de que podem abstractamente (ou legalmente) ser dotados» (159). Nestes termos, a referência constante do artigo 9.º da 1.ª Directiva Comunitária a «poderes que a lei confere ou permite conferir» deve entender-se em sentido amplo: ela abrange todos os poderes de que o órgão da sociedade possa ser dotado por lei, *directa ou indirectamente, condicional ou incondicionalmente*, com a consequente vinculação da sociedade pela totalidade dos actos praticados dentro destes limites. Este entendimento do texto comunitário não pode deixar, a nosso ver, de influenciar, a leitura do artigo 6.º CSC (160), por forma a garantir uma harmonia entre os dois preceitos. Por isso, também o Código das Sociedades Comerciais deve ser lido por forma a vincular as sociedades comerciais pelos actos praticados dentro dos poderes que lhes são concedidos de forma indirecta ou com sujeição à verificação de determinados requisitos.

II — Contra semelhante entendimento não se alegue, como faz OSÓRIO DE CASTRO (161), a circunstância de as Directivas não vigoram na ordem jurídica interna. A questão não está, nem nunca esteve, em saber se as Directivas se aplicam, ou não, directamente na ordem jurídica interna. O problema é tão só, e na verdade, de cumprimento das regras de interpretação das normas jurídicas.

A este propósito estabelece o artigo 9.º 1 do Código civil: «A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas deve reconsti-

(159) As palavras transcritas no texto são do próprio Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, II, Ano 56, p. 587.

(160) Também ele, de resto, claramente influenciado pelo intuito de tutelar o tráfico, sem peias e sem escrúpulos (a adjectivação é de Oliveira Ascensão, *Direito...*, IV, p. 321 autor que, a propósito da disciplina do artigo 6.º n.º 4 do CSC, chega, aliás, a afirmar, perante a tão ampla defesa da circulação de bens aí prevista, que só em termos limitados releva a confiança: «O fundamento do sistema é a tutela abstracta do tráfico, sem peias e sem escrúpulos. Só em termos limitados é que a tutela da confiança releva».

(161) *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 586.

tuir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições do tempo em que é aplicada». Nestes termos, e na fixação do sentido das várias alíneas do artigo 6.º do CSC, o intérprete não pode deixar de ponderar quanto se estabelece na 1.ª Directiva Comunitária. Como a prestação de garantias, por parte de sociedade, a dívidas de outras entidades, é um daqueles poderes que a lei confere, ou permite, verificadas determinadas circunstâncias ⁽¹⁶²⁾, conferir, os entes colectivos ficarão vinculados pela actuação dos respectivos órgãos neste domínio — mesmo se na realidade o acto for *ultra vires*.

Esta interpretação é a única que se afigura capaz de proteger os interesses em jogo: permitir aos terceiros confiarem no facto de os órgãos da sociedade agirem dotados do máximo de poderes que legal ou abstractamente podem ser concedidos ⁽¹⁶³⁾.

III — Outro entendimento, obrigaria os terceiros que contratam com a sociedade a complicadas, senão mesmo impossíveis, averiguações para determinar se as condições das quais depende a atribuição de dada competência legal se encontram, ou não, preenchidas — num fenómeno totalmente estranho ao espírito do artigo 6.º do CSC e à doutrina a ele subjacente. É que, saber se um acto, é ou não, de interesse social postula um conhecimento dos negócios da sociedade apenas alcançável pelos respectivos órgãos, não por qualquer terceiro. Tudo em colisão com os interesses que o legislador pretendeu acautelar: a tutela do trânsito e da circulação de bens.

A afirmação, esgrimida por OSÓRIO DE CASTRO, segundo a qual — no caso da prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades — não existiria qualquer necessidade de se acautelar o referido tráfego ou circulação de bens, porquanto «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 — e mais

⁽¹⁶²⁾ A existência de um interesse social ou de uma relação de domínio ou de grupo.

⁽¹⁶³⁾ No sentido de que os fins visados com o afastar da doutrina dos actos *ultra vires* são os referidos no texto pode ver-se Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 587.

excepcional será ainda que o garante prescindida de uma contrapartida, buscando apenas vantagens indirectas», poderá, eventualmente, corresponder a uma conclusão ditada pela prática forense do nosso Ilustre e Distinto colega. Ela é, todavia, desmentida pela realidade quotidiana a qual se encarrega de comprovar como não há nada de raro na prestação de garantias por sociedades a dívidas

(164) Na verdade, e designadamente, sociedades produtoras aparecem, com frequência, a conceder mútuos a outros entes colectivos situados a montante ou jusante da sua actividade, ou a garantir as respectivas dívidas, por forma a assegurarem o abastecimento e escoamento de produtos. Empresas prestadoras de serviços, particularmente as hoteleiras, fazem o mesmo em relação a outras prestadoras de serviços complementares para que os seus hóspedes não fiquem instalados no «deserto». Entidades consorciadas apresentam cauções em benefício dos seus “parceiros”; etc.. Com carácter meramente indicativo, pode ver-se na jurisprudência portuguesa, o *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Julho de 1962* in *Boletim do Ministério da Justiça*, Outubro de 1962, n.º 119, pp. 556 e ss., aresto que julga uma situação nascida do facto de uma sociedade ser sacadora numa letra avalizada por outra; *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Fevereiro de 1966*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, Março, 1966, n.º 154, pp. 60 e ss., onde se discute a questão da validade de uma deliberação da assembleia geral de uma sociedade que decidiu ratificar o saque feito pelo gerente da demandada, em nome desta, de uma letra de favor emitida em benefício de outra sociedade; *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Março de 1969*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 1969, n.º 185, pp. 316 e ss. (= *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 1971, ano 103, pp. 261 e ss.) no qual se aprecia um caso suscitado pelo facto de uma sociedade ter assumido, perante outra, a garantia do pagamento de três carregamentos de bananas a efectuar por um terceiro; *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Janeiro de 1993*, *Colectânea de Jurisprudência*, 1993, I, t. I, pp. 82 e ss., em que o Supremo é chamado a decidir sobre um pedido de condenação dirigido contra uma sociedade pelo facto de esta ser fiadora e principal pagadora de outra, pelos débitos, não cumpridos, resultantes do consumo de electricidade; *Acórdão da Relação de Coimbra de 17 de Março de 1987*, in *Colectânea de Jurisprudência*, XII, t. II, 1987, p. 76; *Acórdão da Relação de Lisboa de 4 de Julho de 1991*, in *Colectânea de Jurisprudência*, XVI, t. IV, 1991, p. 167, no qual aparece debatida uma hipótese, já mencionada, de uma sociedade ser fiadora e principal pagadora de outra, pelos débitos, não cumpridos, resultantes do consumo de electricidade. Se a estes casos, recolhidos sem a mínima preocupação de exaustão, se juntar a circunstância de as partes cumprirem, por norma, espontaneamente quanto é por elas acordado poderá ter-se uma pequena imagem da importância prática da prestação de garantias por sociedades a dívidas de terceiras entidades. A prova final, se necessária fosse, de que, para os agentes económicos, o problema da prestação de garantias é real, e não, como se depreende das palavras de Osório de Castro, meramente teórico, poder-se-ia, se ainda fosse necessário, por exemplo, extrair do pacto social dos estatutos de uma empresa como a Portugal Telecom que, no respectivo artigo 14.º n.º 1 al. h), estabelece competir à assembleia geral «*Deliberar sobre a existência de um justificado interesse próprio da sociedade para a prestação de garantias reais ou pessoais a dívidas de outras entidades que com ela se não encontram em relação de domínio ou de grupo*» (Cfr., *Diário da República*, n.º 98, III série, de 27 de Abril de 1995

de terceiras entidades (164). Aliás, mesmo se houvesse, nem por isso se poderia extrair qualquer conclusão em sentido contrário à nossa tese: os fenómenos raros ou excepcionais não deixam, de ser objecto e de merecer a tutela do direito.

IV — Mais impressionante parece, à primeira vista, o argumento — igualmente invocado por OSÓRIO DE CASTRO — segundo o qual a tese favorável à vinculação das sociedades pelas garantias indevidamente oferecidas a dívidas de terceiras entidades faria, em última análise, correr pelos credores da sociedade garante o risco de uma actuação indevida dos administradores ou gerentes. Porém, não se veria qual o motivo para serem os titulares dos créditos da sociedade a suportarem este perigo (165). No caso de um acto estranho ao objecto social, mas com um fim lucrativo directo, os interesses da contra-parte de boa-fé opõem-se apenas aos da sociedade e dos sócios, pelo que nada haverá a opor-se a querela dirimida em favor dos primeiros. Porém, no caso da prestação indevida de garantias (não remuneradas de forma directa (166)) por uma sociedade, o interesse do garantido opor-se-ia ao dos credores da sociedade pelo que o litígio se deveria solucionar em benefício destes últimos (167).

Apesar do aparato do argumento, a nosso ver, ele improcede totalmente. E por vários motivos.

(2.º suplemento). Na literatura jurídica de língua alemã pode ver-se, a título ilustrativo, Lutter, Kölner..., comentário ao § 57, p. 661, o qual, com indicação de jurisprudência, escreve «*Die Leistungen von Sicherheiten für eine Aktionär kommen gar nicht selte vor*» («A prestação de garantias para um accionista acontece de modo nada raro»).

(165) Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 583.º

(166) A que Osório de Castro chama actos desinteressados.

(167) No esforço de provar a tese segundo a qual os interesses em jogo são diferentes, consoante se trate de vincular a sociedade pela prática de um acto lucrativo *ultra vires*, ou, ao invés, se pretenda responsabilizar o ente colectivo por um acto que não tenha um correspondente directo para a sociedade (sublinhe-se o facto de o problema da existência de uma contraprestação imediata se por apenas ao nível da sociedade. Para o credor que receba garantia existe empre um correspondente). Osório de Castro chega mesmo a escrever: *Assim o considera, aliás, a própria lei, pois num caso diz existir incapacidade e, no outro, apenas falta de poderes de representação*. Qual seja o preceito onde se fala de incapacidade ou de falta de poderes de representação é, todavia, circunstância que não conseguimos vislumbrar.

Em primeiro lugar não está, ao contrário do pretendido por OSÓRIO DE CASTRO, e com o devido respeito, demonstrado que a sociedade não possa retirar benefícios palpáveis de actos carecidos de um fim lucrativo directo. O ensinamento da doutrina vai mesmo em sentido inverso do sustentado pelo Ilustre autor.

Em segundo lugar, deve lembrar-se a circunstância de o véu da personalidade colectiva ser concedido não em homenagem à consecução do fim lucrativo das sociedades comerciais ⁽¹⁶⁸⁾, mas ao modo como esse fim é prosseguido. É esse modo de prossecução (ou melhor a respectiva inobervância), e não o facto de um acto ser ou não conforme com um suposto fim lucrativo, que poderia, eventualmente, levar à necessidade de se acautelar, de forma mais cuidada o interesse dos concretos credores de uma determinada pessoa colectiva. Todavia, neste ponto, a lei é clara ao estabelecer no n.º 4 do artigo 6.º CSC a vinculação das sociedades pelos actos praticados pelos respectivos órgãos, fora do objecto social, mas dentro dos poderes que a lei lhes confere.

Por último, e se quanto se referiu antes não bastasse para demonstrar a improcedência da argumentação de OSÓRIO DE CASTRO, a verdade é que, ao contrário do sustentado pelo Distinto autor, os credores não saem prejudicados pelo facto de a lei vincular as sociedades por actos inseridos em esquemas complexos dos quais poderá resultar um eventual benefício, mas também um prejuízo, para a sociedade ⁽¹⁶⁹⁾. Ao alargar o âmbito de vinculação das sociedades, o legislador aumenta e reforça a confiança posta pelos terceiros que com ela contratam. Este aumento de confiança redundará, obviamente, em proveito directo do ente colectivo. Na medida em que reforça, em termos gerais, a credibilidade da actuação levada a cabo pelos titulares dos órgãos de uma sociedade, a vinculação desta pelos actos daqueles beneficia, também, e do mesmo passo, os respectivos credores. O facto de, em casos pontuais, poder haver um efectivo prejuízo para os credores da sociedade deve ter-se por irrelevante. De outro modo, seria a própria

⁽¹⁶⁸⁾ Cfr. *supra*.

⁽¹⁶⁹⁾ Entre os quais se pode contar a prestação de garantias ditadas por um interesse social.

protecção assegurada, de forma genérica — ao conjunto dos credores — pela garantia de vinculação das sociedades, a ficar com-

(¹⁷⁰) A este respeito seja-nos consentido lembrar o facto de o Direito se apresentar como uma ordem de justiça, cumprindo-lhe, por isso, garantir uma segurança justa, e, do mesmo modo, uma justiça segura. O próprio Radbruch, cuja opinião marcou profundamente a polémica relativa à tensão *justiça-segurança*, acabou por reconhecer que a segurança é, também, uma forma de justiça, devendo assim, os conflitos entre os dois fins reconduzirem-se a conflitos da justiça consigo própria. Ideia esta, de resto, bastante divulgada entre os sequazes do realismo jurídico de inspiração tomista, realçando-se mesmo como nos casos de aparente preterição da justiça pela certeza se trata, tão-só, e afinal de preferir a justiça legal à justiça particular. V. Bigotte Chorão, V.º *Segurança jurídica*, in *Enciclopédia Polis*, V., Lisboa/São Paulo, 1987, pp. 648 e ss.

(¹⁷¹) Isto sem referir a circunstância de, em última análise, a preocupação de defesa dos credores manifestada por Osório de Castro acabar por comprometer, *de jure condendo*, a responsabilidade objectiva das sociedades comerciais por actos dos seus auxiliares.

(¹⁷²) A afirmação feita por Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 585, segundo a qual «às garantias prestadas por sociedades a dévidas de terceiros é conatural um «risco de consistência jurídica» que o credor deve sopesar e ter em conta» não nos merece qualquer aprofundamento. O argumento fala, a nosso ver, por si. Não nos parece, na verdade, e com o devido respeito, que se possa, seriamente, sustentar ter o legislador definido determinados limites de actuação lícita e juridicamente relevante, para, depois, considerar como «conatural» ao comportamento, levado a cabo dentro dos limites da autonomia jurídica legalmente delimitada, um risco de consistência jurídica. É uma visão que, em nosso entender, e com a consideração que se consigna, ultrapassa os limites da credulidade, e é contrariada pelo artigo 9.º do Código Civil. Refira-se, apenas, a circunstância de, a nosso ver, e ao contrário do afirmado por Osório de Castro, se não vislumbrar no ensinamento do Professor Raúl Ventura, *Adaptação do direito português à 1.ª directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia sobre o direito das sociaes*, in *Documentação e Direito comparado* (BMJ), II, 1980, pp. 145, qualquer apoio para a tese de acordo com a qual a prestação de garantias por entes colectivos, a favor de terceiras entidades, corresponderia a um negócio jurídico ao qual seria conatural um risco de consistência jurídica. Transcrevemos para que não fiquem dúvidas as palavras de um e outro. Começaremos pelas de Osório de Castro. Depois de afirmar a naturalidade de um risco de inconsistência legal do negócio jurídico de prestação de garantias por parte das sociedades comerciais o autor acrescenta: «*Julgamos que é esta, no fundo, a posição subjacente à afirmação de Raúl Ventura de que a prestação de garantias ultrapassa sempre os limites do objecto social*». Porém, o que escreve o professor Raúl Ventura, num contexto marcado, ainda, pela ausência de uma disposição legislativa sobre o assunto em análise é o seguinte: (...) *a prestação de garantias a outras entidades é um acto que ultrapassa sempre os limites do objecto social mesmo que a sociedade garantida tenha um objecto igual ao da sociedade garante (...)*» para acrescentar em nota, para a qual o ilustre Professor remete directamente: «*A prestação de garantias é um termo cheio de dificuldades e que bem merecia um esclarecimento legislativo*». A referência às dificuldades suscitadas pelo nosso tema, e à necessidade de uma intervenção legislativa para o clarificar, mostra bem como não há aqui nada de conatural.

Também não consideramos necessário fazer qualquer tipo de observação à tese avançada por Osório de Castro segundo a qual para se garantir contra a invalidade da garantia bastaria ao credor garantido pagar à sociedade garante.

prometida ⁽¹⁷⁰⁾ ⁽¹⁷¹⁾ ⁽¹⁷²⁾.

VII — A apreciação judicial do interesse social que justifica a concessão da garantia

I — Saber se um acto é ou não de interesse social, e salvo circunstâncias verdadeiramente excepcionais, postula um conhecimento dos negócios da sociedade que só os respectivos órgãos estão em condições de ter, não um terceiro ⁽¹⁷³⁾. Por isso, sustentar a necessidade de os terceiros realizarem um controlo de mérito sobre a deliberação da social, em virtude da qual se decide oferecer determinada garantia, envolveria a possibilidade de os terceiros se substituírem às sociedades na determinação dos objectivos alcançar — pois só dessa forma lhes seria dado determinar qual o interesse social. E o mesmo se dirá a propósito da possibilidade de os tribunais sindicarem a existência ou não do interesse social invocado para justificar a concessão de determinada garantia. Porém, a escolha do rumo a seguir durante a vida do ente colectivo, tal como a definição dos meios mais adequados para o atingir, cabe tipicamente, e por natureza, na esfera de julgamento da sociedade. Admitir a possibilidade de intervenção de um terceiro, ou do tribunal, neste domínio afigura-se a nosso ver despropositado e irrealista.

II — Contra o entendimento por nós expresso, no sentido de que se não pode impor aos terceiros o controle de algo para cuja sindicância não dispõem de meios, não se alegue, como faz OSÓRIO DE CASTRO, 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». A afirmação do ilustre autor poderia ser, eventualmente, verdadeira se a interpretação

⁽¹⁷³⁾ Expressamente neste sentido, e a propósito de um caso no qual se debate a validade de uma garantia dada por uma sociedade a dívida de outra, pode ver-se, na jurisprudência nacional, o *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Janeiro de 1993*, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano I, t. I, 1993, p. 83, onde se escreve... «(...) pode acontecer que um acto dos administradores que nada tem a ver, aparentemente com o objecto social, seja ditado por fundadas razões de gestão ou até de sobrevivência, da sociedade; e essas, não está qualquer terceiro em condições de as conhecer».

gramatical e a exegese fossem a única forma legítima de determinar o sentido de uma fonte. Mas não são. Como refere a propósito o Professor OLIVEIRA ASCENSÃO ⁽¹⁷⁴⁾ «*O princípio absoluto é o da preferência do espírito sobre a letra: aqui como noutras ciências vale a firmação de que a letra mata, o espírito vivifica*».

Nesta perspectiva, urge constatar, antes do mais, o facto de o artigo 9.º n.º 3 do Código Civil estabelecer a presunção segundo a qual o legislador consagrou soluções acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados. Isto significa, para o intérprete, o dever de descartar soluções insusceptíveis de serem materialmente viabilizadas ou postas em prática. Não pode, pois, considerar-se, para o problema em análise neste estudo, uma solução cuja trave mestra passe pela necessidade de o titular do crédito garantido, que investe ⁽¹⁷⁵⁾ na «notificação» feita pelos órgãos da sociedade, sindicar o interesse social invocado para justificar a prestação da garantir. Isto pela razão simples de essa solução ser na prática inexequível.

A isto acresce a circunstância de o artigo 6.º n.º 2 do CSC não existir como preceito isolado. Ele articula-se, de forma imediata, com os vários números do artigo 6.º do CSC e com o artigo 9.º n.º 1 da primeira Directiva Comunitária em matéria de sociedades. Ora, o alcance destes preceitos é, repise-se, nas próprias palavras de OSÓRIO DE CASTRO, o de permitir aos terceiros confiarem «*em que os órgãos da sociedade têm o máximo de poderes de que podem abstractamente (ou legalmente) ser dotados*». Alcance obviamente frustrado se, nos casos em que a lei confere aos órgãos de administração das sociedades determinados poderes cujo exercício fica na dependência de certas condicionantes específicas e internas da vida da sociedade — a saber o interesse social — os terceiros fossem obrigados a sindicar o mérito dos actos sociais.

⁽¹⁷⁴⁾ Oliveira Ascensão, *O direito...*, p. 404.

⁽¹⁷⁵⁾ Sublinhe-se, uma vez mais, a existência deste investimento. É que ao contrário do sustentado por osório de castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, *passim*, e pp. 583 e 584, a prestação da garantia não surge como um negócio gratuito. A garantia é acessória de um crédito, de um outro negócio, no qual é parte o tomador da garantia, e que, na base de quanto lhe é oferecido e assegurado, aceita realizar uma prestação.

Mas não são apenas as conexões imediatas a ditarem o sentido das fontes jurídicas. As conexões mediatas são tão relevantes como as imediatas. Ora, mediatamente, o artigo 6.º do CSC deve articular-se com quanto dispõem os artigos 243.º, 244.º, 254.º e 281.º do Código Civil, e 260.º n.º 1 e 409.º n.º 1 do CSC, bem como com o princípio da protecção da confiança e da boa-fé — presentes, recorde-se, em figuras tão distintas como a *exceptio doli*; o *venire contra factum proprium*; as inegabilidades formais; a *supressio*; a *surrectio*; o *tu quoque* ou o exercício em desequilíbrio (176). Tudo a apontar no sentido da vinculação das sociedades comerciais pelas garantias por elas oferecidas, a dívidas de terceiros, na base do protesto de um interesse social que veio depois a verificar-se não existir.

III — Quanto acabámos de dizer permite-nos responder, do mesmo passo, à afirmação de OSÓRIO DE CASTRO, segundo a qual, mesmo à luz da nossa tese, se impõe «(...) *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 verdade, porém, é que nada na nossa construção permite semelhante conclusão. Ao contrário de quanto compreendeu o nosso Ilustre colega, a nossa tese é justamente a inversa: por não possuir meios materiais para o fazer, o terceiro está dispensado de averiguar a consistência do interesse social invocado para fundamentar a concessão da garantia por parte da sociedade. A ausência de interesse relevará: a) quando o terceiro, pelas particulares circunstâncias nas quais se encontrava, tinha, ou devia ter, o conhecimento do vício que inquina o acto social (177); b) quando falte, de todo em todo, uma justificação;

(176) Lembre-se, uma vez mais, a circunstância já antes referida de os institutos em referência funcionarem mesmo na falta de *ius strictum* aplicável.

(177) Não compreendemos a observação de Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 56, II, p. 589, quando este distinto autor escreve, a propósito dos pontos de vista por nós expressos... «*A própria tese ora em exame vê-se forçada a aceitar que a sociedade não fica vinculada se provar que 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 consubstancia ou não um justificado próprio, assim como*

c) como requisito de responsabilização dos membros dos corpos sociais por terem oferecido uma garantia em termos não conformes com a lei.

Uma coisa é o conhecimento efectivo da ausência de um interesse — ou a ignorância num caso em que, pelas particulares circunstâncias da situação, fosse legítimo supor o conhecimento — outra, bem diferente, é a obrigatoriedade de se desenvolver um comportamento activo destinado a apurar, em quaisquer hipóteses, se existe, ou não, um interesse social por parte da sociedade na prestação da garantia. Da mesma forma, uma coisa é a prova, e correspondente apreciação pelo tribunal, de que determinado beneficiário de uma garantia conhecia — ou devia conhecer — em concreto, o interesse social da sociedade garante, outra a apreciação, à luz do interesse da sociedade, do mérito da decisão na qual assentou a deliberação do órgão de administração e representação para oferecer a garantia.

Não faz, assim, qualquer sentido falar, a propósito da nossa tese, de necessidade de averiguação por parte do terceiro de existência de um interesse social por parte da sociedade garante.

E menos sentido fará, ainda, com o devido respeito, defender-se, com OSÓRIO DE CASTRO⁽¹⁷⁸⁾, a existência de um ónus, pendente sobre o terceiro titular do crédito garantido, da prova de

não poderá deixar de ser facultado o recurso às vias judiciais, para dirimir eventuais controvérsias, acabando afinal por se cair na "apreciação jurisdicional" alegadamente inadmissível». O argumento tem, a nosso ver, tanta validade como sustentar que, perante o disposto no n.º 3 do artigo 260.º ou do n.º 2 do artigo 409.º ambos do CSC, os terceiros são obrigados a compulsar os estatutos das sociedades comerciais antes de entrar em negociações com elas. Na verdade, em ambos os preceitos estabelece-se, de forma categórica, a possibilidade de as sociedades se desvincularem dos actos praticados pelos respectivos órgãos quando os terceiros sabiam, ou não podiam ignorar, tendo em conta as circunstâncias, que o acto praticado não respeitava determinada cláusula dos estatutos. Porém, e ao mesmo tempo, o legislador estabeleceu — quer no n.º 1 do artigo 260.º quer no n.º 1 do artigo 409.º — a inequívoca regra segundo a qual os actos praticados pelos membros do órgão de gestão dentro dos poderes que a lei lhes confere vinculam a sociedade para com terceiros, não obstante as limitações constantes do contrato de sociedade ou resultantes de deliberações de accionistas. E bem se compreende. Uma coisa é o conhecimento efectivo, ou a sua possibilidade, proporcionado por circunstâncias furtivas, outra, totalmente diversa a obrigatoriedade de indagação ou investigação.

⁽¹⁷⁸⁾ Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, ano 55, II, p. 589.

um interesse social capaz de justificar a concessão da garantia concedida por uma sociedade comercial. Semelhante entendimento colidiria — se não estivesse já afastado noutras sedes ⁽¹⁷⁹⁾ — frontalmente com o disposto nos artigos 342.º n.º 2 e 343.º n.º 1 do Código Civil. O primeiro destes dois preceitos estabelece que: *a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita*. O segundo estabelece a regra segundo a qual: *Nas acções de simples apreciação ou declaração negativa, compete ao réu a prova dos factos constitutivos do direito que se arroga*.

Factos impeditivos são, nas palavras dos Professores PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA «(...) na generalidade dos casos o erro, o dolo, a coacção, a simulação, a incapacidade, a condição (...)» ⁽¹⁸⁰⁾.

Por sua vez, como exemplos das acções previstas no n.º 1 do artigo 343.º pode «(...) citar-se a acção destinada a obter a declaração da validade plena de um contrato (...). Não é ao autor, na primeira que cabe provar, o que seria praticamente

⁽¹⁷⁹⁾ Designadamente pelo artigo 260.º e 409.º do CSC e pelos artigos 243.º, 244.º, 245.º, 246.º e 281.º do Código Civil.

⁽¹⁸⁰⁾ Pires de Lima e Antunes Varela, *Código...*, I, 4.ª ed., comentário ao artigo 342.º, p. 305 e 306.º, os quais escrevem, ainda: *Impondo o ónus de provar os factos impeditivos do direito invocado àquele contra quem a invocação do direito é feita, o artigo 342.º aproxima-se bastante do critério da normalidade*.

Aquele que invoca determinado direito tem de provar os factos que o integram; a parte contrária terá de provar, por seu turno, os factos anormais que excluem ou impedem a eficácia dos elementos constitutivos (a incapacidade, a falta ou vícios da vontade, a impossibilidade do objecto, a fraude à lei, etc).

O mesmo critério (de normalidade) deve nortear o intérprete, em seguida, quanto às próprias circunstâncias que servem de causas, impeditivas, modificativas ou extintivas do direito invocado. Assim, se o réu invocar a prescrição (como facto extintivo do direito do autor), sobre o autor recairá, por sua vez, o ónus de provar a suspensão ou interrupção da prescrição que haja obstado à consumação desta. E assim por diante.

Para sabermos se um facto é constitutivo ou impeditivo não se pode olhar ao facto isoladamente considerado, mas à sua conexão com o direito invocado ou com a pretensão formulada. Assim, o erro, o dolo ou coacção revestem em regra a natureza de factos impeditivos; mas se o autor vier alegar qualquer desses vícios para pedir a declaração judicial de anulação do negócio, esses factos passam a funcionar como constitutivos (da pretensão deduzida pelo autor) (...).

impossível, a inexistência de quaisquer vícios; é ao réu que incumbem fazer prova dos vícios que se oponham à validade do negócio (...) ⁽¹⁸¹⁾ ⁽¹⁸²⁾.

VIII — A prestação de garantias por sociedades em relação de domínio ou de grupo

I — Não tomámos, no nosso primeiro estudo sobre o assunto agora em análise, qualquer posição acerca do problema da prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades com as quais estivessem em relação de domínio ou de grupo. A solução, a nosso ver, impunha-se: encontrando-se a sociedade garante e a sociedade garantida em relação de domínio ou de grupo não se mostraria necessário invocar qualquer interesse social para a prestação da garantia. Isto independentemente de a garantia ser prestada por uma sociedade filha ou pela mãe. A lei (artigo 6.º n.º 3) limita-se a estabelecer, sem mais, a licitude das garantias prestadas por sociedades em relação de domínio ou de grupo, sem estabelecer quaisquer distinções. Por isso, também nós entendíamos não ser de distinguir.

⁽¹⁸¹⁾ Pires de Lima e Antunes Varela, *Código...*, I, 4.ª ed., comentário ao artigo 343.º, p. 307.

⁽¹⁸²⁾ A circunstância de Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, III, 56, p. 590, considerar que em matéria de interesse social deve valer uma «(...) regra homóloga da chamada bussiness judgement 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)» em nada altera o problema por nós tratado. Não nos parece, na verdade realista, ou conforme com a lei, que deva ser o terceiro — ou que ele possa (segundo o critério de normalidade a que se referem os Professores Pires de Lima e Antunes Varela) sequer fazê-lo — a provar que os administradores ou gerentes da sociedade estavam, ao tomar a decisão de prestar determinada garantia, «convenientemente informados». Em nosso entender, não é ao terceiro que compete suportar o risco de uma correcta informação dos membros dos órgãos de gestão de uma sociedade comercial. O perigo de uma actuação menos cuidada ou «informada» — para usar o termo empregue por Osório de Castro — é por definição da sociedade comercial, a esta cabendo suportar quer as vantagens quer as desvantagens do comportamento dos respectivos órgãos.

II — Contra esta orientação, que julgávamos decorrer com meridiana clareza do CSC ⁽¹⁸³⁾, manifestou-se, todavia, OSÓRIO DE CASTRO. Segundo este ilustre autor «*Intercedendo uma relação de domínio ou de grupo entre sociedades garante e garantida, a lei presume jures et de jure a existência de um justificado interesse próprio*». Porém, «(...) a sociedade garante há-de necessariamente ser a sociedade dominante ou directora — sendo o caso inverso, não (...)» haveria «razão para que a existência de 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 da capacidade da sociedade, será sempre nula por violação do princípio da proibição de restituição das entradas ⁽¹⁸⁴⁾ ⁽¹⁸⁵⁾.

⁽¹⁸³⁾ Tanto mais que nalguns casos o conhecimento da existência de uma relação de domínio ou de grupo poderá ter de passar por uma consulta dos estatutos das sociedades garante e garantida, diligência que a lei quis dispensar a quem contrata com sociedades comerciais.

⁽¹⁸⁴⁾ Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, III, ano 56, p. 580, nota (28).

⁽¹⁸⁵⁾ Conclusão que, na perspectiva de Osório de Castro, se poderia, de resto, louvar, de uma forma ou de outra, no ensinamento de Lutter. É que, depois de afirmar como «(...) a prestação gratuita de garantia a dívida de qualquer sócio (mesmo tratando-se de sociedade dominante), ainda que situada dentro da capacidade da sociedade, será sempre nula, por violação do princípio da proibição da restituição das entradas» Osório de Castro, *Da prestação...*, in *Revista...*, III, ano 56, p. 581 nota (28), acrescenta «cfr., Lutter, in *Kölner Kommentar cit.*, anotação 75 ao § 57». A verdade, porém, é que a posição do autor alemão se encontra muito distante de quanto lhe parece imputar o nosso ilustre e distinto colega. De facto, o passo do jurista germânico, mencionado por Osório de Castro, refere-se apenas aos casos de prestação de garantias por uma sociedade a dívidas de sócios com os quais se não encontra em relação de domínio ou de grupo [cfr. *Kölner...*, I, comentário ao § 57, p. 655, onde sob a epígrafe «*Ausnahmen vom Verbot der Einlagenrückgewär*» («Excepções à proibição de restituição das entradas»), o autor germânico refere «*konzernrechtliche Sonderfälle*» («casos especiais de grupos jurídicos»); *Idem*, p. 662, local no qual, a propósito do contrato de subordinação, Lutter escreve expressamente: «*Hier sind (...) Massnahmen wie (...) darlehen der abhängigen AG an das herrschende Unternehmen zu sonderkonditionen (...) und Stellung sonstiger Sicherheiten zugunsten der Obergesellschaft etc., gerade zulässig*» («Aqui (...) medidas como (...) o empréstimo, em condições especiais da sociedade dependente à empresa dominante (...) e o fornecimento de outras garantias em favor da sociedade superior são justamente admissíveis»). Quanto aos chamados grupos de facto (ou seja grupos nos quais o poder de direcção da sociedade-mãe sobre as suas filhas tem origem num instrumento — maxime, participações maioritárias mas não totalitárias, acordos parassociais, acordos interempresariais, etc. (Cfr. Engrácia Antunes, *Os grupos de sociedades*, Coimbra, 1993, pp. 45 e ss.; *Id.*, *Os direitos dos sócios da sociedade-mãe na formação e direcção dos grupos societários*, Porto, 1994,

III — Semelhante perspectiva ignora, todavia, a nosso ver, e com o devido respeito, totalmente a realidade subjacente às relações societárias de grupo ou de domínio.

A integração de uma sociedade num grupo jurídico origina, de imediato, a perda da respectiva autonomia económico-patrimonial ⁽¹⁸⁶⁾. No contexto dos grupos societários, as sociedades componentes assemelham-se, no dizer da doutrina, frequentemente a simples instrumentos de gestão ao serviço da realização de objectivos empresariais da sociedade-mãe, ou do próprio grupo enquanto unidade económica ⁽¹⁸⁷⁾. A sua função e funcionamento afigura-se, em tudo, ou quase tudo, idêntica à de uma sucursal ou departamento sem individualidade jurídica ⁽¹⁸⁸⁾.

A lógica económica associada à direcção unitária do grupo deixa de ser, para a sociedade filial, a da respectiva rendibilidade individual, para passar a ser a do seu contributo para sobrevivência e sucesso globais do próprio grupo ⁽¹⁸⁹⁾. Conforme sublinha a propósito ENGRÁCIA ANTUNES «*Os patrimónios das sociedades filiais deixam assim de possuir um valor «a se», administrados por órgãos independentes com vista à realização de uma vontade, inte-*

pp. 68 e ss. e 145 e ss.) — ao qual a lei não faz associar qualquer regime jurídico global específico v., Lutter, *Idem*, comentário ao § 57 pp. 663, e vol. III, comentário ao §§ 311 e 318, pp. 142 e ss. e pp. 199 e ss..

A talho de foice recorde-se a circunstância de largo sector da doutrina alemã defender a existência, quer a propósito dos grupos jurídicos, quer nos grupos de facto, não apenas de um poder, mas também de um dever, de o Conselho de Administração da sociedade mãe de um grupo de sociedades dirigir unitariamente o conjunto das sociedades participadas. Este órgão ficaria assim vinculado ao emprego de todos os recursos sociais disponíveis com vista à consecução do fim social da sociedade mãe e respectivo grupo. Para mais detalhes v., *infra*. Nestas hipóteses, em que não existe uma relação de grupo, Lutter admite, na verdade, que a prestação de uma garantia em favor de um sócio colide com a proibição de restituição da entrada. Mas mesmo aí Lutter afirma, de forma categórica, que a relação interna entre a sociedade e o sócio não é oponível a terceiros de boa-fé, ficando o ente colectivo vinculado pela actuação indevida dos respectivos órgãos de gestão. Cfr. Köllner..., I, comentário ao § 57, pp. 661 e 662, numa orientação claramente transponível para o direito português, atento o disposto no n.º 1 e 2 do artigo 34.º do CSC.

⁽¹⁸⁶⁾ Assim Engrácia Antunes, *Os grupos...*, p. 97.

⁽¹⁸⁷⁾ *Idem*, p. 96.

⁽¹⁸⁸⁾ *Idem*.

⁽¹⁸⁹⁾ Assim expressamente Engrácia Antunes, *Os grupos...*, p. 97, com indicações bibliográficas.

resse e objecto sociais próprios, para se transformarem em meros elementos económicos intermutáveis no seio do grupo, de acordo com o interesse próprio deste último enquanto unidade económica» (190).

O dia a dia desta autêntica zona de cooperação, coordenação e integração de actividades económicas das sociedades coligadas ou em relação de grupo é, assim, caracterizada pela permeabilidade das estruturas patrimoniais (191). Isto ao ponto de se falar, a propósito desta forma de organização societária, em mercado interno ou micro-mercado, constituído através de uma rede ou teia multissocietária (192). Entre as esferas patrimoniais das sociedades agrupadas estabelecem-se canais de comunicação (193) através dos quais se processam transferências patrimoniais concretizadas mediante uma série de práticas já tornadas moeda corrente na vida interna dos grupos (194): são, como bem sublinha ENGRÁCIA ANTUNES, as transferências de activos sociais de uma sociedade do grupo para outra (195); as transferências de capitais; as transferências de actividade; as transferências de pessoal (*cadres sans passeport*); as transferências de lucros, etc.

IV — O efeito dissolvente da autonomia patrimonial produzido pelos grupos societários reflecte-se de forma mais imediata ou visível nas hipóteses de transferências intragrupo de

(190) *Idem.*

(191) Compreende-se, por isso, a afirmação feita na doutrina inglesa, segundo a qual no grupo societário «*the profitability of any constituent corporation is largely irrelevant, except as it contributes to the overall effort*». Cfr. Engrácia Antunes, *Os grupos...*, p. 97.

(192) Engrácia Antunes, *Os grupos...*, p. 97.

(193) Muito próximos, repita-se, daqueles canais que existem entre os departamentos ou divisões de uma única sociedade.

(194) Assim, expressamente, Engrácia Antunes, *Os grupos...*, p. 97.

(195) Estas transferências dos activos sociais — para além de constituírem um fenómeno extremamente comum e característico da vida dos grupos, ao ponto de se ter nele visto já uma das formas típicas do exercício de direcção unitária — tanto podem ser descendentes («*downstream transfers*») como processar-se da sociedade filha para a mãe, e, por conseguinte, em sentido ascendente («*upstream transfers*»). Cfr. Engrácia Antunes, *Os grupos...*, p. 97 nota 206.

lucros ⁽¹⁹⁶⁾. Todavia, a agressão ou diluição da autonomia das sociedades em relação de grupo não se revela apenas ao nível da dependência do activo e passivo patrimoniais ⁽¹⁹⁷⁾. Ela situa-se à própria altura do capital social ⁽¹⁹⁸⁾. De facto, a tradicional intangibilidade do capital social é assegurada por uma série de normas imperativas no quadro de uma normal organização societária, mas que perdem totalmente a sua eficácia no contexto dos grupos de sociedades ⁽¹⁹⁹⁾. Entre elas encontram-se de forma clara as normas proibitivas de restituição das entradas ⁽²⁰⁰⁾. Entender o contrário — e defender a aplicação das regras relativas à proibição de restituição das entradas no contexto dos grupos jurídicos de sociedades —

⁽¹⁹⁶⁾ Cfr. Engrácia Antunes, *Os grupos...*, p. 98 e 99, cujas palavras transcrevemos: «Tal tipo de transferências consiste na operação através da qual os lucros realizados por uma sociedade do grupo são, de acordo com a estratégia financeira global da sociedade-mãe, transferidos para uma outra sociedade ou sociedades do mesmo grupo. Numerosos contratos são assim concluídos com esse objectivo entre a mãe e as suas filiais: contratos de licença e de assessoria técnica («Lizenzvertrag», «beratungvertrag») através dos quais a primeira fornece às últimas conhecimentos tecnológicos relativos ao respectivo processo produtivo, segundo condições unilateralmente fixadas por ela própria (v.g. «royalties» exacerbadas), contratos de prestação de serviços (service agreements, dienstleitungsverträge), em que o troco da prestação de serviços de apoio na área de gestão, relações públicas, vendas, etc., a filial fica obrigada ao pagamento de uma certa quantia do seu volume anual de negócios (a chamada «contrat service charge» ou «Konzernumlagen») (...); contratos de exclusividade, pelos quais a sociedade filial fica vinculada a fornecer a preços simbólicos ou, inversamente, a aprisionar-se exclusivamente junto doutros membros do grupo (ou seja a escolher a sua contraparte negocial dentro do mercado interno do grupo, ainda quando pudesse encontrar condições de oferta e de procura mais vantajosas fora do mesmo) (...); contratos de empréstimo junto da sociedade dominante, que criam uma dependência por vezes total da sociedade devedora; etc.»

⁽¹⁹⁷⁾ Engrácia Antunes, *Os grupos...*, p. 100, nota (216).

⁽¹⁹⁸⁾ Neste sentido v., expressamente, por todos, Engrácia Antunes, *Os grupos...*, p. 100 nota (216).

⁽¹⁹⁹⁾ *Idem, ibidem.*

⁽²⁰⁰⁾ Assim Engrácia Antunes, *Os grupos...*, que escreve: «(...) as normas relativas à proibição de restituição das entradas dos sócios e à distribuição oculta de dividendos (v.g., arts. 27.º, n.º 1, 32, e segs. CSC §§ 57 e segs., 66 AktG) que sancionam igualmente o princípio da conservação do capital social (...) revelam-se completamente ineficazes em virtude da constante manipulação e transferência de lucros operadas entre sociedades agrupadas, em razão da estratégia financeira (...) e tributária do grupo (assim as estatísticas fiscais mostram a existência de sociedades filiais que não realizam quaisquer lucros nos respectivos balanços ou mesmo registam sistematicamente perdas (...)). Na literatura jurídica de língua alemã. v., a título ilustrativo, Lutter, *Kölnen...*, § 57, pp. 655 e 662.

significaria, pura e simplesmente, a negação da possibilidade, hoje perfeitamente adquirida ⁽²⁰¹⁾, de manipulação dos lucros ⁽²⁰²⁾ e fluxos financeiros em razão de uma estratégia tributária do grupo. É que, o fenómeno dos grupos jurídicos transporta em si mesmo um determinante e decisivo factor de dissolução da autonomia organizativo-corporativa de cada uma das sociedades componentes ⁽²⁰³⁾. O controlo é uma forma expressão da unidade da direcção económica das sociedades agrupadas, com o ultrapassar da noção de interesse social pela ideia de interesse do próprio grupo ⁽²⁰⁴⁾ — colocado este último por lei em lugar de primazia (v., artigos 491.º, 493.º, 503.º e 504.º do CSC), e cuja prossecução fica a cargo de uma direcção comum exterior ao ente colectivo controlado (artigo 504.º do CSC).

Nestes termos, não pode deixar de carecer de fundamento a tese segundo a qual prestação de garantias por uma sociedade, a dívidas de outra colectividade com a qual se encontra em relação de grupo jurídico, apenas seria admissível quando a garantia em questão fosse prestada pela entidade dominante, e não já pela inferior ⁽²⁰⁵⁾. A sua aceitação equivaleria, pura e simplesmente, à nega-

⁽²⁰¹⁾ Cfr., designadamente, o disposto nos artigos 503.º n.º 4 e 502.º do CSC.

⁽²⁰²⁾ Cfr., *supra* nota (195). Refira-se a circunstância referida pela doutrina de esta manipulação, por forma a permitir o aproveitamento das sinergias proporcionadas pela integração de várias sociedades no seio de um grupo jurídico, ser entendida tanto pela doutrina comercialista alemã como pelos autores portugueses que do assunto se ocuparam (Cfr., Engrácia Antunes, *Os direitos...*, pp. 147 e ss., segundo o qual: *a celebração de um contrato de subordinação ou a aquisição de uma participação totalitária originará sempre, por definição, não apenas um poder, mas também um dever legal de direcção do conjunto das sociedades subordinadas ou dominadas a cargo da sociedade directora ou dominante. Com efeito, é isso que resulta desde logo da própria letra da lei, a qual, se atribui à administração da sociedade-mãe um direito de emitir instruções vinculantes às sociedades-filhas (arts. 491.º, 493.º e 593.º), logo cuida de esclarecer em seguida que o âmbito dos deveres dessa administração se aferem agora à escala do próprio grupo e não dessa sociedade*) como podendo configurar um autêntico dever para membros dos órgãos de gestão da sociedade superior, cuja não observância poderá levar á aplicação de sanções jurídicas.

⁽²⁰³⁾ Assim, por todos, Engrácia Antunes, *Os grupos...*, p. 102.

⁽²⁰⁴⁾ *Idem*, p. 105 e 106 nota 227.

⁽²⁰⁵⁾ Não deixa, de resto, de ser curioso verificar como o entendimento proposto por Osório de Castro, ao vetar a possibilidade de as sociedades inferiores garantirem dívi-

ção da mecânica jurídica e económica própria do funcionamento dos grupos jurídicos.

V — Solucionada a questão que consiste em saber se, perante uma situação de grupo jurídico, a sociedade inferior pode garantir dívidas da sociedade dominante, resta procurar, agora, a resposta para o problema paralelo criado naqueles casos nos quais em presença se encontram, apenas, sociedades unidas por uma relação de grupo de facto ⁽²⁰⁶⁾.

O assunto ficaria facilmente resolvido se se descobrisse, nas hipóteses de existência de um grupo de facto, e à semelhança de quanto acontece com os chamados grupos jurídicos ⁽²⁰⁷⁾, um dever legal, pendente sobre a sociedade superior, de dirigir conjuntamente as sociedades inferiores, com a correspondente obrigação de aproveitamento de todas as sinergias por elas proporcionadas.

A verdade, porém, é que, não obstante a existência de alguns pontos de apoio nos quais se poderia eventualmente louvar, a construção de um vínculo jurídico, a cargo da sociedade dominante, de direcção unitária do chamado grupo de facto não se afigura, entre nós, tarefa fácil ⁽²⁰⁸⁾. Apesar desta circunstância, permanecerá, a nosso ver, pacífica a afirmação segundo a qual o legislador não deixou de associar às relações de domínio, ou grupo de facto, algumas especialidades em face dos padrões ou cânones tradicionais do

das da sociedade mãe, condenar a sociedade-mãe e respectivos sócios e credores a uma situação de flagrante e, a nosso ver, inadmissível, desprotecção. Por esta via, a sociedade-mãe fica obrigada a suportar directamente todas as perdas e riscos empresariais da exploração das sociedades inferiores (artigos 501.º e 502.º do CSC) mas é-lhe retirada a contrapartida proporcionada pela possibilidade de utilização do crédito destas, numa solução claramente desequilibrada.

Acerca da importância dos deveres cominados pelos artigos 501.º e 502.º do CSC na configuração de um dever, a cargo da sociedade dominante, de um dever legal de direcção do conjunto das sociedades dominadas ou subordinadas v. Engrácia Antunes, *Os direitos...*, p. 148.

⁽²⁰⁶⁾ Ou seja, sociedades entre as quais existe alguma das relações referidas pelo n.º 1 e 2 do artigo 486.º do CSC.

⁽²⁰⁷⁾ Para mais detalhes a este respeito v., a título ilustrativo, Engrácia Antunes, *Os direitos...*, p. 148.

⁽²⁰⁸⁾ Cfr., Engrácia Antunes, *Os direitos...*, p. 149 e ss.

direito das sociedades (209). Entre tais especialidades está, precisamente, a regra contida no n.º 2 do artigo 6.º do CSC. Isto por uma singela razão. Ao referir a possibilidade de as sociedades garantirem dívidas de colectividades com as quais se encontrem em relação de domínio ou de grupo — sem estabelecer distinções e equiparando ou colocando, de forma extremamente impressiva, no mesmo plano os dois tipos de vínculos — o nosso legislador foi tão eloquente quanto o podia ter sido: em matéria de prestação de garantias o regime jurídico é o mesmo quer nas hipóteses de relação de grupo quer nas de domínio (210) (211).

IX — Conclusões

1.º — A problemática da capacidade em geral, e a das pessoas colectivas em particular, foi, nas suas relações com o conceito de legitimidade, objecto de uma importante revisão, levada a cabo pela mais conceituada e moderna doutrina. Suponha-se, por exemplo, a venda de coisa alheia e logo se afirmava estar o vício do acto na falta de capacidade do autor para vender a coisa. A verdade, porém, é que a explicação era errónea. A capacidade é uma categoria generalizadora, a qual nos indica se o sujeito pode praticar

(209) Assim também, mas chamando a atenção para o carácter limitado das referidas especialidades, Engrácia Antunes, *Os direitos...* p. 152.

(210) Contra a conclusão expressa no texto não se alegue a inexistência de interesses apazes de a justificar. Também nos chamados grupos de facto se assiste, num fenómeno posta a nu pela doutrina, a um travestimento da estrutura das sociedades singulares, convertidas em cúpula de uma organização plurissocietária assente numa rede de participações. Travestimento esse que não só comporta, perfeitamente, como consequência a possibilidade de as sociedades inferiores poderem ser chamadas a prestar garantias a dívidas da sociedade mãe, como até deveria ter levado o nosso legislador a consagrar — à semelhança de outros — formas mais arrojadas de assistência ao ente colectivo dominante por parte das colectividades dominadas. Tudo a conduzir a doutrina nacional à formulação, *de jure constituendo*, de críticas às opções tomadas pela nossa lei. Sobre estes assuntos v., por todos, Engrácia Antunes, *Os direitos...*, pp. 73 e 79 e ss.

(211) A fechar refira-se, tão só, a circunstância, de mesmo na eventualidade de a proibição de restituição da obrigação de entradas — o que se refere sem qualquer tipo de concessão — colidir com a prestação de garantias por parte das sociedades inferiores às dívidas das sociedades superiores isso só acontecer nos precisos termos nos quais cobram relevância os limites de distribuição de bens aos sócios (artigos 32.º, 33.º e 34.º do CSC).

actos de determinado tipo. Na hipótese em referência, não se contesta a circunstância de o sujeito poder em geral vender. Debate-se, sim, é se lhe é permitido vender aquela coisa. A capacidade está integra. Aquilo de que o sujeito carece é do poder de dispor determinado objecto. A deficiência é relativa, tem um carácter relacional, transportando-nos para latitudes bem diversas das ocupadas pela noção capacidade.

2.º — Esta revisão afigura-se decisiva para a compreensão de quanto dispõem os artigos 160.º n.º 1 do Código Civil e 6.º n.º 1 do CSC. Ao contrário de quanto foi pretendido durante longos anos, nenhum dos dois preceitos contém qualquer regra delimitativa de uma rigorosa esfera de incapacidade das pessoas colectivas ou sociedades comerciais. Conforme refere a propósito o Professor OLIVEIRA ASCENSÃO, *A limitação pelo fim não significa uma limitação pela capacidade: ou só o significará em hipóteses extremas, quando a prossecução do fim for incompatível com a titularidade de certas situações jurídicas. A eventual anomalia residirá no desvio em relação ao fim, e não na incapacidade. Pois a pessoa colectiva pode praticar actos daquela categoria e ser titular dos direitos derivados. O que não pode é praticá-los de maneira a afastar-se dos seus fins.*

Assim recorrendo (...) diremos que a pessoa colectiva tem capacidade genérica e não específica, não obstante a vastidão das limitações constantes do artigo 160.º/2».

3.º — O fim lucrativo só ganha relevo pelo facto de surgir como o resultado do fim imediato. O fim lucrativo a que se refere o artigo 980.º do Código Civil supõe uma empresa, sendo a ordenação à empresa o critério decisivo da personificação. Afigura-se, pois, e com o devido respeito, erróneo considerar como «fim» de uma sociedade o lucro. Nestes termos, e se em teoria se pode distinguir, como o tem feito a doutrina comercialista, entre um fim mediato e um fim imediato, já não parece possível erigir o fim mediato em critério delimitador da capacidade de gozo das sociedades comerciais. Isto pelo simples facto de ser o objecto imediato a razão de ser da atribuição da personalidade jurídica colectiva,

não o mediato. Não há, pois, qualquer possibilidade de se fixar a capacidade das sociedades comerciais em função do fim lucrativo.

4.º — Assente que tanto o artigo 160.º n.º 1 do Código Civil como o artigo 6.º n.º 1 do CSC se limitam a afirmar positivamente a capacidade das sociedades para a prática de determinados actos — sem se afigurar possível extrair deles qualquer princípio operativo de incapacidade — a conclusão para aquela outra questão que consiste em saber se as sociedades comerciais dispõem, ou não, de capacidade para a realização de liberalidades parece impor-se: em abstracto não se pode afirmar a existência de qualquer incapacidade; apenas em concreto se deverá aferir da licitude, ou não, da liberalidade efectuada pelos órgãos sociais de um ente colectivo de direito mercantil. Se alguma dúvida restasse ela seria, em nosso entender, desfeita pelo n.º 2 do artigo 6.º do CSC, ao estabelecer de forma inequívoca *«As liberalidades que possam ser consideradas usuais, segundo as circunstâncias da época e as condições da própria sociedade, não são havida como contrárias ao fim desta»*. O problema é, pois, de simples vinculação, não de capacidade. Nestes termos, se uma sociedade, justificando e protestando um interesse social, oferecer uma garantia a dívida de terceiro, sem daí retirar qualquer proveito, nem por isso deixará de ficar vinculada pelo acto praticado pelos seus órgãos. Isso só não acontecerá se o terceiro titular do crédito garantido souber, ou não poder deixar de saber, que o acto não respeita à sociedade.

5.º — Contra quanto afirmamos, não se invoque o argumento segundo o qual os preceitos legais relativos à prestação de garantias pelas sociedades (designadamente o artigo 6.º n.º 1 e n.º 3) calariam qualquer referência à situação psicológica do beneficiário da garantia. Semelhante argumento carece, a nosso ver, e com devido respeito, de fundamento. E por vários motivos:

A) Em primeiro lugar porque o artigo 6.º não se pode interpretar isoladamente. Ele deve antes articular-se com os restantes preceitos do nosso ordenamento jurídico. Entre tais preceitos contam-se, designadamente, os artigos 260.º n.º 1 e 409.º n.º 1 do CSC.

De acordo com o disposto nestes dois artigos do CSC, os actos praticados pelos titulares dos órgãos de gestão e representação da sociedade, dentro dos poderes que a lei lhes confere, vinculam-na perante terceiro. Não vislumbramos, a estes respeito, qualquer restrição, no texto da lei, no sentido de se dever defender a tese segundo a qual os «poderes» mencionados pelo legislador não são todos quantos os órgãos da sociedade possam eventualmente ter, sejam eles directos ou indirectos, condicionais ou incondicionais. Não distinguindo a lei não deve o intérprete — por princípio de sã hermenêutica — distinguir, excepto se razões ponderosas a isso obrigarem.

B) Em segundo lugar, porque, nas hipóteses para as quais os preceitos do CSC ou Código Civil acabados de citar não se mostrassem capazes de oferecer resposta adequada, nem por isso o terceiro de boa fé ficará desprotegido pelo simples facto de o artigo 6.º n.º 3 calar, quando visto isoladamente e por si só, qualquer referência à situação psicológica de quantos contratam com sociedades comerciais. A protecção da confiança e da boa-fé — presente em figuras tão distintas como a *exceptio doli*; o *venire contra factum proprium*; as inalegabilidades formais; a *supressio*; a *surrectio*; o *tu quoque* ou o exercício em desequilíbrio — são institutos também aplicáveis, na base de desenvolvimentos essencialmente periféricos, e na falta de *ius strictum* que assegure soluções equivalentes.

6.º — A defesa da existência de um ónus, pendente sobre o terceiro titular do crédito garantido, da prova de um interesse social capaz de justificar a concessão da garantia concedida por uma sociedade comercial colidiria — se não estivesse já afastado noutras sedes — frontalmente com o disposto nos artigos 342.º n.º 2 e 343.º n.º 1 do Código Civil.

7.º — No contexto das sociedades em relação de domínio ou de grupo a lei admite expressamente a prestação de garantias, por uma sociedade, a dívidas de outra com a qual se encontre coligada. Esta faculdade não deve ser objecto de qualquer interpretação restritiva, no sentido de apenas admitir a prestação de garantias por parte das sociedades mãe aos débitos das sociedades filhas. Uma tal interpretação colidiria, a nosso ver, totalmente com a realidade

jurídica e material subjacente às relações societárias de grupo ou de domínio.

A integração de uma sociedade num grupo jurídico origina, de imediato, a perda da respectiva autonomia económico-patrimonial. No contexto dos grupos societários, as sociedades componentes assemelham-se, no dizer da doutrina, frequentemente a simples instrumentos de gestão ao serviço da realização de objectivos empresariais da sociedade-mãe, ou do próprio grupo enquanto unidade económica. A função e funcionamento da sociedade-filha mostra-se, em tudo, ou quase tudo, idêntica à de uma sucursal ou departamento sem individualidade jurídica.

A lógica económica associada à direcção unitária do grupo deixa de ser, para a sociedade filial, a da respectiva rendibilidade individual, para passar a ser a do seu contributo para sobrevivência e sucesso globais do próprio grupo. Conforme sublinha a propósito ENGRÁCIA ANTUNES *«Os patrimónios das sociedades filiais deixam assim de possuir um valor «a se», administrados por órgãos independentes com vista à realização de uma vontade, interesse e objecto sociais próprios, para se transformarem em meros elementos económicos intermutáveis no seio do grupo, de acordo com o interesse próprio deste último enquanto unidade económica»*. Defender a aplicação das regras relativas à proibição de restituição das entradas no contexto dos grupos jurídicos de sociedades — significaria, pura e simplesmente, a negação da possibilidade, hoje perfeitamente adquirida ⁽²¹²⁾, de manipulação dos lucros e fluxos financeiros em razão de uma estratégia tributária do grupo.

As considerações acabadas de tecer constituem a nossa resposta ao diálogo aberto por OSÓRIO DE CASTRO — e pelo que nos toca o respectivo ponto final. Certa será a circunstância de sermos sempre nós os beneficiados com a discussão e as aporções que o nosso Distinto e Ilustre colega entender por bem levar a cabo ou realizar nesta matéria.

Lisboa, Fevereiro de 1997

⁽²¹²⁾ Cfr., designadamente, o disposto nos artigos 503.º n.º 4 e 502.º do CSC.