

DE NOVO SOBRE A PRESTAÇÃO DE GARANTIAS POR SOCIEDADES A DÍVIDAS DE OUTRAS ENTIDADES: LUZES E SOMBRAS

Pelo Dr. Carlos Osório de Castro (*)

1. Num artigo publicado em anterior edição desta Revista ⁽¹⁾, debruçámo-nos sobre várias questões relacionadas com a prestação de garantias por uma sociedade a dívidas de outras entidades e condensámos então o nosso pensamento num conjunto de conclusões que aqui nos permitimos recordar:

- 1.^a – Nos termos do art. 6.º, n.º 1, do C. S. C., a capacidade de uma sociedade é medida pelo seu fim mediato, que é a obtenção de lucros, pelo que não compreende a prática de actos gratuitos (de natureza não lucrativa);
- 2.^a – Porém, a inexistência de um espírito de liberalidade, ou o facto de a sociedade agir por motivos não altruísticos, mas interessados — conseguir vantagens da contraparte ou de terceiros —, intervém como facto impeditivo da incapacidade, por força do art. 6.º, n.ºs 2 e 3, do C. S. C.;
- 3.^a – A sociedade que invoque a nulidade da prestação de garantias a dívidas de outras entidades só tem assim de

(*) Assistente da Universidade Católica Portuguesa; advogado.

(¹) Concretamente a págs. 565 e segs. do volume relativo ao ano de 1996, sob a epígrafe *Da prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades* (a este artigo nos referiremos doravante, as mais das vezes, apenas como “o nosso artigo” ou “o nosso estudo”, por comodidade de exposição).

- alegar e provar o carácter gratuito do acto; é ao beneficiário da garantia que, para repelir essa arguição, incumbe o ónus de demonstrar a existência de um justificado interesse próprio da sociedade garante (o qual se presume, *juris et de jure*, havendo uma relação de domínio ou de grupo entre as sociedades garante e garantida);
- 4.^a – O justificado interesse próprio suporá apenas que o móbil dos gerentes, administradores ou directores, ao prestarem a garantia, tenha sido o de satisfazer certo interesse económico da sociedade garante, e não o de proporcionar uma vantagem ao credor ou ao devedor (em si e por si);
- 5.^a – A incapacidade da sociedade para a prática de actos gratuitos com fim desinteressado é uma incapacidade de gozo, como tal insusceptível de ser suprida ou sanada pela intervenção de todos os gerentes, administradores ou directores (ou mesmo de todos os associados);
- 6.^a – O beneficiário de garantia prestada por uma sociedade a dívida de outra entidade que tenha confiado na existência de um justificado interesse próprio por efeito de uma actuação dos gerentes, administradores ou directores contrária às regras da boa fé poderá responsabilizá-los pessoalmente, nos termos do art. 227.º do C. Cv. (bem como à sociedade, nos termos do art. 6.º, n.º 5, do C. S. C.) — mas nunca o dolo daqueles que justamente não podem praticar o acto em nome e por conta da sociedade poderá arredar uma incapacidade de gozo, estabelecida no interesse de terceiros.

Anteriormente, esta Revista dera à estampa uma investigação de PEDRO DE ALBUQUERQUE ⁽²⁾ sobre a mesma matéria ⁽³⁾, mas com resultados muito diferentes: esse autor sustentara, designada-

(²) Para não enxamear o discurso com vébias — que a repetição, aliás, banaliza —, consignamos aqui, de uma vez por todas, que consideramos PEDRO DE ALBUQUERQUE um autor ilustre, e que os reparos e críticas às suas teses são sempre feitos sem menoscabo da consideração devida.

(³) *A vinculação das sociedades comerciais por garantias de dívidas de terceiros*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1995, págs. 689 e segs.

mente, que uma sociedade apenas pode desvincular-se de uma garantia prestada na medida em que faça prova de que o terceiro beneficiário “conhecia, ou não podia deixar de conhecer, a circunstância de o acto controverso não respeitar à sociedade” — e, como era inevitável, tivemos de nos debruçar sobre esta tese e de dar conta dos erros que a nosso ver a inquinavam, levando a que perfilhássemos um ponto de vista radicalmente diverso.

Algum tempo volvido, PEDRO DE ALBUQUERQUE resolveu voltar ao tema, num extenso trabalho ⁽⁴⁾ em que se nos refere a cada duas linhas e nos acusa de deturparmos as suas posições, de treslermos as nossas próprias fontes, de desconsiderarmos os avanços da doutrina portuguesa e de ignorarmos ensinamentos comezinhos da moderna dogmática comercialística, terminando com o desafio implícito a que nos pronunciemos sobre as “aportações” (*sic*) por ele trazidas à discussão.

Aqui estamos a aceitar o repto. O propósito que nos move é, sobretudo, o de vincarmos os aspectos nucleares da controvérsia, procurando evitar que o leitor se deixe enredar no novelo em que ela já se terá porventura convertido, em prejuízo de uma estimativa ponderada dos méritos e deméritos das posições em confronto. Não queremos, contudo, esquivar-nos a responder às críticas aparentemente mais contundentes no nosso antagonista de circunstância, mesmo quando elas versam sobre questões laterais, fazendo-o, porém, quando for esse o caso, em nota de pé de página, para não nos desviarmos do fio condutor e não comprometermos o objectivo que elegemos como primordial.

2. No nosso primeiro artigo, manifestámos estranheza pelo facto de PEDRO DE ALBUQUERQUE conceder que o art. 6.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais (C. S. C.) é que contém “a regra fundamental em matéria de capacidade das sociedades” e admitir que ela é “semelhante à constante do artigo 160.º do Código Civil” ⁽⁵⁾, já que, segundo a doutrina unânime até ao pronunciamento em sentido contrário de OLIVEIRA ASCENSÃO e

⁽⁴⁾ *Da prestação de garantias por sociedades comerciais a dívidas de outras entidades*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1997, págs. 69 e segs..

⁽⁵⁾ Cfr. *A vinculação das sociedades comerciais cit.*, pág. 696.

larguissimamente maioritária mesmo após isso, o art. 160.º do Código Civil (C. Cv.) consagra o princípio da especialidade do fim ou a teoria *ultra vires*, estando fora da capacidade de gozo das pessoas colectivas todos os direitos e obrigações alheios aos seus fins estatutários, aos interesses para cuja prossecução foram constituídas.

Entre os “pressupostos subjacentes” às posições antes defendidas e que PEDRO DE ALBUQUERQUE vem agora “explicitar” está, porém, justamente, o facto de que ele aplaude a revisão da problemática da capacidade em geral operada por OLIVEIRA ASCENSÃO e adere aos corolários dela decorrentes, entre os quais supostamente avultaria a ideia de que o art. 160.º do Código Civil consagra o princípio da especialidade mas em termos muito amplos, de tal forma que este acabaria por nada ter a ver com a capacidade de direito, em qualquer das suas manifestações. Importa, por isso, que brevemente nos ocupemos das propostas daquele prestigiado Mestre neste domínio.

OLIVEIRA ASCENSÃO arranca a este respeito da demarcação rigorosa entre a matéria da legitimidade e a categoria da incapacidade. Raciocinando à vista de uma venda de coisa alheia, denuncia o erro de se apontar como vício do acto a falta de capacidade do autor para vender a coisa, sustentando que “a capacidade é uma categoria generalizadora, que nos indica se o sujeito pode praticar actos *daquele tipo*”; ora, nestas hipóteses — continua o Professor ASCENSÃO —, “não se contesta que o sujeito possa, em geral, vender. O que se discute é se pode vender aquela coisa. A capacidade está íntegra. O que falta ao sujeito é o poder de dispor daquela coisa. A deficiência é relativa, tem um carácter relacional, que nos afasta da noção de capacidade” (6).

Sucede que o art. 160.º, n.º 1, do C. Cv., “admite todas as situações jurídicas que sejam convenientes à prossecução dos fins da pessoa”, pelo que “praticamente tudo passa a ser possível”: “uma sociedade anónima pode praticar beneficência para melhorar a sua imagem e uma associação desportiva pode praticar actos de

(6) Vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, 1992, vol. III, págs. 70 e seg..

comércio para aumentar o seu património”. A prossecução do fim será incompatível com a titularidade de certas situações jurídicas quando muito em hipóteses extremas, e só nesses casos “a limitação pelo fim” significará uma “limitação da capacidade”; de outro modo, “a eventual anomalia residirá no desvio em relação ao fim, e não na incapacidade”.

É que, repisa-se, para OLIVEIRA ASCENSÃO a capacidade situa-se “perante categorias de actos, e não perante um acto singular. Não interessa que esteja vedado um acto, atendendo ao desvio em relação ao fim: isso não tem que ver com a capacidade. O que interessa é que actos daquele tipo não possam ser praticados. Só isso reduz a capacidade” (7).

Pela nossa parte, não temos pejo nenhum em reconhecer que, se forem exactas as observações de OLIVEIRA ASCENSÃO que vêm de ser transcritas, não terá cabimento o enquadramento dogmático, como casos de incapacidade, das situações em que uma sociedade, afastando-se do seu “fim” (como quer que este se entenda), faz liberalidades ou presta garantias a dívidas de outras entidades — pelo que a razão, a este respeito, nos faleceria por completo e assistiria ao invés a PEDRO DE ALBUQUERQUE. Na verdade, como este autor correctamente salienta (8), a realização de liberalidades ou a concessão de garantias não são vedadas às sociedades comerciais *em geral* (no sentido de que todo e qualquer acto desse tipo lhes esteja legalmente interdito), pois os n.ºs 2 e 3 do art. 6.º do C. S. C. são taxativos no sentido da respectiva admissibilidade em determinadas circunstâncias.

Mas, com todo o respeito, não nos parece que a análise empreendida por OLIVEIRA ASCENSÃO seja de facto a correcta, a começar pela premissa básica (que condiciona todo o raciocínio subsequente) de que a capacidade de gozo é uma medida abstracta que se refere sempre e necessariamente a uma categoria ou tipo de situações, e não a situações em concreto.

(7) Todas as afirmações de OLIVEIRA ASCENSÃO citadas neste parágrafo, bem como no anterior, podem encontrar-se no seu *Direito Civil* cit., 1997, vol. I, págs. 233 e seg..

(8) *Da prestação de garantias* cit., págs. 105 e seg. e págs. 111 e seg..

Como todos sabem, a capacidade de gozo ou jurídica “é a medida de direitos e obrigações de que a pessoa é susceptível de ser titular” (ao passo que a capacidade de exercício é a “medida da susceptibilidade de exercer os direitos e cumprir os seus deveres, pessoal e livremente”⁽⁹⁾).

Pois bem. A capacidade de gozo das pessoas singulares é reconhecida de modo genérico pelo art. 67.º do C. Cv., ficando de fora apenas as relações jurídicas cuja exclusão resulte de disposições legais esparsas. E acontece que tais preceitos legais (como sejam os relativos à elaboração de testamento, ao casamento e à perfilhação) se orientam, na fixação dos casos de incapacidade, pelo estado de maturação ou de evolução física e psicológica do indivíduo, pela inexistência de desvios patológicos ou por critérios outros tais que aqueles casos são sempre abrangidos com todos os que com eles dividem uma mesma categoria. Assim, por ex., a capacidade matrimonial de qualquer pessoa pressupõe a idade mínima de 16 anos (art. 1601.º, n.º 1, al. a), do C. Cv.) por se entender que, com menos anos de vida, nenhuma pessoa atingiu ainda o desenvolvimento suficiente para compreender em toda a sua plenitude o alcance de um acto com tão profundas repercussões, particularmente no plano pessoal, e para assumir a tal respeito um compromisso livre e esclarecido: e daí, precisamente, que aquela circunstância funcione como impedimento dirimente, obstando de modo absoluto ao casamento do indivíduo em causa, e não apenas a que ele se matrimonie com certas e determinadas pessoas.

Nada justifica, porém, que as conclusões a que somos conduzidos quando tomamos como paradigma a situação das pessoas singulares, em atenção à específica bitola por que se pauta a respectiva capacidade, sejam transpostas sem mais para a situação das pessoas colectivas, em que é outro o estalão aplicável. A configuração da capacidade como “categoria generalizadora” não se impõe ao próprio legislador como se decorresse da natureza das coisas, mas traduz um mera conceptualização a extrair dedutivamente dos dados legais, se e na medida em que estes a comportem.

(9) Cfr., por todos, CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, A. A. F. D. L., vol. I, págs. 84 e segs.

Se, para as pessoas colectivas relativamente às quais rege o art. 160.º do C. Cv., o critério delimitador da capacidade são os seus fins, entrando na respectiva órbita apenas os direitos e obrigações que tais fins postulem ou ao menos recomendem, então a conclusão a tirar da constatação de que o afastamento do fim se verifica relativamente a esta ou àquela singular situação, sem se estender forçosamente a todas as situações pertencentes à categoria em apreço, não será a de que o vício consiste no “desvio em relação ao fim”, sem importar em incapacidade: é, bem pelo contrário, que a pessoa colectiva não tem capacidade para aquele acto e que, diversamente do que ocorre no que tange às pessoas singulares, a capacidade não se nos apresenta aqui como “categoria generalizadora” ⁽¹⁰⁾ ⁽¹¹⁾.

3. O que vai dito é corroborado, curiosamente, por aqueles mesmos preceitos que, para PEDRO DE ALBUQUERQUE, são prova definitiva do inverso, a saber, pelo art. 6.º, n.ºs 2 e 3, do C. S. C., lidos em conjugação com o n.º 1 precedente.

De facto, quando o legislador, depois de estatuir que “a capacidade da sociedade compreende os direitos e as obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim”, vem acrescentar, na imediata sequência, que não se consideram “contrárias ao fim” as liberalidades e a prestação de garantias apenas verificados que sejam, em concreto, certos pressupostos, não pode deixar de estar a

⁽¹⁰⁾ Cfr. WIEDEMANN, in *Gesellschaftsrecht*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1980, vol. I, pág. 813: “de acordo com a chamada teoria *ultra vires*, uma sociedade só pode realizar aqueles negócios que se contenham no quadro do seus escopos estatutários. Sendo insanavelmente nulos os negócios que excedam esses limites (assim anteriormente segundo o direito inglês), trata-se de uma restrição da capacidade jurídica; se, pelo contrário, for possível uma sanação por deliberação dos sócios (assim, parcialmente, segundo o direito americano), só a capacidade de exercício é limitada”.

⁽¹¹⁾ Como é evidente, também relativamente às pessoas colectivas se faz mister continuar a destringir entre “capacidade” e “legitimidade”, sem que a tarefa seja dificultada pela circunstância de nenhuma dessas categorias ser “generalizadora”, para continuarmos a usar a expressão de OLIVEIRA ASCENSÃO; ambas as noções têm carácter relacional, mas são distintos os respectivos termos de referência: a legitimidade envolve, por via de regra, “uma relação entre o sujeito e as situações jurídicas que serão implicadas pelo negócio”, sem que o facto de esse sujeito ser uma pessoa colectiva introduza qualquer especialidade, ao passo que a capacidade suporá uma relação de conformidade entre o acto e os fins próprio da pessoa colectiva (ou seja, que por via daquele se prossigam estes).

devolver o tratamento das situações, na ausência de tais presupostos, para a disciplina que, por contraste, resulta do art. 6.º, n.º 1 (por outras palavras: esclarecido que “a capacidade da sociedade compreende os direitos e as obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim”, o dizer-se ser certo acto “contrário ao fim” — para mais no mesmo lugar sistemático, sob a epígrafe “capacidade” — terá manifestamente como objectivo situá-lo fora da capacidade da sociedade) (12). Mas, então, está aqui a demonstração cabal de que actos da mesma categoria (por ex.: liberalidades) umas vezes cabem, outras vezes extravazam, do âmbito da capacidade (consoante exista ou não consonância com o fim da sociedade, a apurar *em concreto*) e que, portanto, aos olhos do próprio legislador, a capacidade das pessoas colectivas (no caso, das sociedades comerciais) não é uma “categoria generalizadora”.

4. Vem a jeito referir que, a nosso ver, tão pouco colhem os argumentos brandidos por PAIS DE VASCONCELOS (13) em apoio da conclusão de que a medida da capacidade de gozo das pessoas colectivas não está limitada ao que for necessário ou conveniente à prossecução do fim, aos quais PEDRO DE ALBUQUERQUE dá igualmente o seu acordo (14). Vejamos.

Para aquele distinto autor, a referência aos fins da pessoa colectiva feita no art. 160.º do C. Cv. “deve ser entendida em relação ao seu objecto social”, isto é, “à actividade que a pessoa colectiva se propõe desenvolver a título principal”. Ora considerar nulos, por incapacidade de gozo, “todos e cada um dos actos jurídicos que a pessoa colectiva pratique e que não sejam necessários

(12) Expressamente neste sentido, veja-se RAUL VENTURA, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, Sociedade por quotas*, vol. III, Almedina, pág. 169: “considera-se contrária ao fim da sociedade — e, portanto, a sociedade é incapaz — a prestação de garantias reais ou pessoais a dívidas de outras entidades, salvo se existir justificado interesse próprio da sociedade garante ou se se tratar de sociedades em relação de domínio ou de grupo” (itálico acrescentado). A posição de RAUL VENTURA é hoje, como se vê, tão cristalina que só a custo se compreendem as voltas dadas por PEDRO DE ALBUQUERQUE (*Da prestação de garantias* cit., pág. 130, nota 172) acerca do pensamento daquele autor subjacente a um escrito anterior ao C. S. C..

(13) *Teoria Geral do Direito Civil*, págs. 106 e segs..

(14) Cfr. *Da prestação de garantias* cit., pág. 91, nota 61, págs. 93 e seg., nota 74, pág. 98 e pág. 112, nota 112.

nem convenientes à prossecução do seu objecto social seria totalmente inadequado à vida de relação e gerador de uma insustentável insegurança no tráfico jurídico”. 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, a sindicarem em relação a cada acto, se ele se encontra dentro ou fora do limite necessariamente impreciso da necessidade e, mais grave ainda, da conveniência à prossecução do fim”.

Para obviar a estes resultados, PAIS DE VASCONCELOS, além de se referir *en passant* ao art. 12.º da Constituição da República (C. Rep.) (15), lança mão da solução do n.º 4 do art. 6.º do C. S. C., “que consiste em considerar válido o acto e responsabilizar pela sua prática a pessoa que, em nome da pessoa colectiva, o praticou, ou os titulares do órgão que deliberou a sua prática”, defendendo que este regime deve ser aplicado, por analogia, às pessoas colectivas associações e fundações, dada a fortíssima semelhança das questões e a irrelevância, para o caso, das diferenças existentes entre aqueles tipos de pessoas colectivas.

O argumento tirado do art. 12.º da C. Rep. não convence, e nem o próprio PAIS DE VASCONCELOS lhe atribui particular valor. Para prova da sua inidade seria bastante referir que, do lado da doutrina tradicional, há mesmo quem considere “muito feliz a formulação que no texto constitucional português se deu [ao] princípio da especialidade” (16). Na verdade, porém, o art. 12.º, n.º 2, da C. Rep., claramente inspirado no art. 19.º, 3, da Constituição alemã, reporta-se apenas aos direitos e deveres consignados no próprio diploma constitucional (aos direitos e deveres a que alude o n.º 1) (17), deixando ao legislador ordinário mãos livres para definir a capacidade de gozo das pessoas colectivas por apelo à teoria da ilimitação ou antes à teoria *ultra vires*.

(15) Diz o n.º 1 desta norma constitucional: “todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição”; e o n.º 2 acrescenta: “as pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”.

(16) Assim CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, A. A. F. D. L., vol. I, 1983, pág. 368.

(17) Sobre esta matéria consulte-se WIEDEMANN, ob. cit., págs. 685 e segs..

Muito mais ponderoso é o raciocínio por analogia, a partir do art. 6.º, n.º 4, do C. S. C. Mas o argumento está longe de ser irrefutável. Desde logo, porque sempre houve quem entendesse, *inclusive* na situação legislativa anterior à entrada em vigor do C. S. C., que o princípio da especialidade não podia ter-se como aplicável às sociedades comerciais, “dada a sua maior projecção na vida económica e a sua maior facilidade e intensidade nas relações com terceiros” (18), relativamente às restantes pessoas colectivas.

O que fere de morte a construção de PAIS DE VASCONCELOS é, porém, esta outra consideração: o art. 6.º, n.º 4, do C. S. C., por si só, não chega para dispensar o terceiro que entra em relação com a sociedade do ónus de se certificar que o acto em vista cai no âmbito do objecto social desta última e não é proibido, seja por uma cláusula dos respectivos estatutos, seja por uma deliberação social, já que se limita a afirmar *a capacidade da sociedade* ainda que o acto contrarie deliberações sociais ou disposições do pacto (incluindo a que procede à demarcação do objecto).

Tanto não basta, de facto, para assegurar uma adequada protecção da contraparte — como tivemos ocasião de anotar no nosso anterior estudo sobre esta matéria —, pois essa tutela demanda ainda que os próprios poderes de representação dos órgãos da sociedade sejam insusceptíveis de uma limitação em sede estatutária ou resultante de deliberações sociais (ou, pelo menos, de uma limitação que lhe seja oponível, estando ela de boa-fé). De pouco aproveitará, àquele que celebrou certo negócio com a sociedade, que este se diga nulo, por incapacidade de gozo, ou antes ineficaz relativamente à mesma sociedade, por falta de poderes de representação. Não deve confundir-se uma questão com a outra: uma coisa é que o objecto social, por ex., não contenda com a capacidade da sociedade, outra, bem distinta, que a gerência, a administração ou a direcção tenham poderes para vincular a sociedade em actos alheios ao mesmo objecto (19).

(18) VAZ SERRA, *Anotação ao Acórdão do S. T. J. de 11.3.69*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 103.º, págs. 269 e segs; no mesmo sentido, veja-se, entre outros, FERRER CORREIA, *Poderes de representação: objecto de sociedade comercial prosseguido em desacordo com o pacto social*, in *Colectânea de Jurisprudência*, 1986, tomo I, pág. 10).

(19) Veja-se o nosso estudo, a págs. 568 e seg..

Essa protecção recebe-a efectivamente quem negocea com sociedades por quotas, anónimas ou em comandita por acções, face ao disposto nos arts. 260.º, 409.º e 478.º do C. S. C. (salvo o caso de má-fé, tratando-se de actos que estejam fora do objecto social), mas outro tanto já não ocorre quando o outro contraente for uma sociedade em nome colectivo ou uma sociedade em comandita simples, atento que o art. 192.º do C. S. C. (aplicável às sociedades em comandita simples *ex vi* art. 474.º do C. S. C.) subordina a competência dos gerentes para representar a sociedade ao acatamento, não apenas dos limites postos pelo objecto social, como das outras limitações ou condicionamentos constantes do pacto, e não introduz restrição alguma à impugnabilidade por falta de poderes, em homenagem à boa fé do terceiro ⁽²⁰⁾.

Os interesses dos terceiros só podem dizer-se subjacentes ao regime vazado no art. 6.º, n.º 4, do C. S. C., onde a este comando legal se vier somar uma outra disposição que prive a sociedade da possibilidade de repelir o acto em virtude de este contrariar cláusulas contratuais ou deliberações sociais “que fixem à sociedade determinado objecto ou proibam a prática de certos actos”, por carência de poderes de representação dos administradores ou gerentes. Quando não é esse o caso, o art. 6.º, n.º 4, do C. S. C., ao afirmar a capacidade da sociedade, tem unicamente em conta os interesses do ente colectivo e os dos seus sócios, visto que por tal via se está apenas a significar que o acto se não encontra totalmente defeso à sociedade, sendo-lhe dado escolher livremente entre assumi-lo (através da confirmação por deliberação unânime dos sócios) ou rejeitá-lo.

Conclui-se, assim, que o princípio da tutela da confiança ou da aparência não foi acolhido pelo C. S. C. pelo que concerne às

⁽²⁰⁾ Temos esta ideia, de que já deramos conta no nosso estudo (veja-se a respectiva nota 12), por absolutamente indesmentível (descontadas interpretações mirabolantes): o cotejo entre os dizeres dos arts. 260.º e 409.º do C. S. C., por um lado, e os do art. 192.º, também do C. S. C., por outro lado, não deixa margem para qualquer outro resultado interpretativo: a sociedade só não pode impugnar um negócio celebrado com desrespeito dos limites do objecto social, ou de outras limitações ou condicionamentos estabelecidos pelo contrato, se o mesmo for confirmado por deliberação unânime dos sócios, qualquer que seja a situação psicológica do outro contraente; a boa-fé só aproveita ao terceiro na medida em que lhe faculta a possibilidade de impugnar, ele próprio, o negócio, se o mesmo não tiver sido objecto de confirmação, nos termos expostos.

sociedades em nome colectivo e em comandita simples, e que o art. 6.º, n.º 4, do C. S. C. não pode ser encarado como precipitado de um putativo primado absoluto da segurança do tráfico jurídico. E isto é quanto basta para inviabilizar a aplicação por analogia, às demais pessoas colectivas, do disposto naquele comando legal, em nome da protecção dos interesses dos terceiros. Para se lograr essa protecção, seria preciso estender àquelas pessoas o regime resultante da conjugação desse preceito com a solução dos arts. 260.º, 409.º e 478.º do C. S. C., para cujo efeito se faria mister demonstrar que a similitude entre as pessoas colectivas associações e fundações, de uma banda, e as sociedades comerciais, de outra banda, se estabelece com os tipos sociedades por quotas e/ou sociedades anónimas e/ou sociedades em comandita por acções, e já não com as sociedades em nome colectivo ou em comandita simples — o que é tarefa que, com certeza, ninguém se disporá a empreender. Alargar às outras pessoas colectivas exclusivamente o disposto no art. 6.º, n.º 4, do C. S. C., continuando os poderes de representação dos seus gerentes a confinar-se dentro dos limites do objecto social, mesmo diante de terceiros de boa fé, nada aproveita, repete-se, e como é óbvio, a esses terceiros.

5. A regra legal que define a capacidade da sociedade afirma que a mesma compreende “os direitos e obrigações necessários e convenientes à prossecução do seu fim” (art. 6.º, n.º 1, do C. S. C.).

PEDRO DE ALBUQUERQUE pretende que este preceito “contém a afirmação positiva da capacidade de gozo ou de direito das sociedades”, mas que daqui não se segue “a conclusão segundo a qual o referido preceito permitiria definir, igualmente, a incapacidade de gozo das sociedades”, pois que a dita norma afinal mais não seria do que simples manifestação “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” (21).

A nós, parece-nos inquestionável que as pessoas colectivas só têm a capacidade jurídica que lhes for atribuída por lei. Relativa-

(21) PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Da prestação de garantias* cit., pág. 94, nota 75 e pág. 95.

mente aos indivíduos, em que a personalidade jurídica equivale a um mero reconhecimento da dignidade de cada pessoa humana, não falta uma disposição legal que lhes atribui capacidade para serem sujeitos “de quaisquer relações jurídicas” (art. 67.º do C. Cv.). Onde reside a alegada norma paralela, aplicável às pessoas colectivas?

Protesta-se que o argumento *a contrario* é altamente falível, despertando elevado cepticismo aos cultores da filosofia do direito (22). Mas é velha de dezenas de anos a querela entre a teoria da ilimitação e a teoria *ultra vires*, a última moldando a capacidade jurídica das pessoas colectivas em harmonia com as respectivas finalidades, por entender que elas não carecem de adquirir direitos e não devem contrair obrigações que não tenham a ver com os seus fins ou que inclusivamente os contrariem, a primeira equiparando as pessoas colectivas, no essencial, às pessoas físicas, no plano jurídico-patrimonial. Pode seriamente pretender-se que, ciente dessa polémica, o legislador tivesse posto em vigor uma norma segundo a qual “a capacidade da sociedade compreende os direitos e as obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim”, que-

(22) Fomos nós próprios a referirmo-nos a uma norma contida virtualmente no art. 6.º, n.º 1, do C. S. C., por actuação de um argumento *a contrario* (“a capacidade da sociedade não compreende os direitos e as obrigações que não sejam necessários ou convenientes à prossecução do seu fim”) — cfr. a nota 20 do nosso estudo —, o que fizemos inspirados em MOTA PINTO (*Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª edição, pág. 317: “resulta, *a contrario*, do artigo 160.º, n.º 1, estarem fora da capacidade jurídica das pessoas colectivas os direitos e obrigações que não sejam necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins”). Entendemos, porém, ser de corrigir este ponto de vista, pois o caso não é realmente de interpretação enunciativa, em que, como é sabido, se deduz de uma norma um preceito que nela apenas está virtualmente contido. Na interpretação enunciativa fundada no argumento *a contrario*, nomeadamente, deduz-se “da disciplina excepcional estabelecida para certo caso, um princípio regra de sentido oposto para os casos não abrangidos pela norma excepcional” (BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legüimador*, Almedina, Coimbra, 1983, pág. 187); ora não é isso, reitera-se, o que sucede na nossa hipótese, pois do que se trata é apenas de fixar o alcance do art. 6.º, n.º 1, do C. S. C., determinando quais os direitos e obrigações que, segundo ele, cabem dentro da capacidade da sociedade (o que, obviamente, deixa de fora os demais) — ou seja, de determinar o sentido da norma para os próprios casos que integram a sua hipótese (a hipótese é, pois, de interpretação declarativa). Isto não obsta a que seja correcto o modo de dizer de MOTA PINTO, se a locução “*a contrario*” estiver a ser empregue, como nos parece, com o único propósito de designar a evidência de que o conteúdo da norma não vai além dos seus próprios contornos.

rendo com ela significar que, além desses, compreende também quaisquer outros? Pode razoavelmente sustentar-se que o legislador do C. S. C., visando consagrar a teoria da ilimitação, tivesse considerado indicado fazê-lo através do apelo à fórmula do art. 160.º do C. Cv., que, segundo a unanimidade da doutrina da época, consagra a orientação contraposta? *Est modus in rebus...*

Repare-se que o próprio Professor OLIVEIRA ASCENSÃO não deixa de reconhecer que os arts. 160.º do C. Cv. e 6.º, n.º 1, do C. S. C., têm como objectivo consagrar o princípio da especialidade (23), admitindo assim que as pessoas colectivas, em geral, e as sociedades comerciais em particular, não têm capacidade para actos que não sejam ou necessários para atingir os seus fins ou ao menos convenientes à luz destes, e aceitando, portanto, o tal argumento *a contrario* — embora depois diga, conforme se viu, que esses actos são só os que pelo seu tipo não possam nunca ser praticados e acrescente que é talvez impossível, ou quase, indicar uma categoria de actos que uma pessoa colectiva, atendendo ao seu fim, não possa praticar. Recusado que seja o postulado da capacidade como categoria generalizadora, não há meio de considerar incluídos na capacidade os actos *concretamente* alheios ao fim das sociedades, ainda quando se conceba que outros do mesmo tipo possam ser praticados, por servirem a realização desse fim (24). Não há pura e simplesmente qualquer processo, a menos que seja exuberante a veia criativa e o “intérprete” tenha alforria das regras da hermenêutica jurídica (25).

(23) *Direito Civil* cit., vol. I, pág. 233.

(24) Recorde-se que, no sentido da limitação da capacidade das sociedades aos direitos e obrigações necessários ou convenientes aos seus fins, depõe ainda o teor dos próprios n.ºs 2 e 3 do art. 6.º do C. S. C., em conformidade com quanto se alegou no texto, sob o n.º 3.

(25) A leitura do art. 160.º do C. S. C. que subscrevemos é objecto de um vastíssimo consenso na nossa doutrina: vejamos, entre outros, CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, A. A. F. D. L., 1978, págs. 234, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Coimbra Editora, vol. I, 2.ª edição, pág. 152, em anotação ao art. 160.º, MOTA PINTO, *Teoria Geral de Direito Civil*, Coimbra Editora, 3.ª edição, págs. 316 e segs., PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, Almedina, pág. 200, HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, págs. 390 e seg., CARVALHO FERNANDES, ob. lug. cit., VAZ SERRA, ob. lug. cit., e FERRER CORREIA, ob. lug. cit.; quanto à limitação da capacidade das sociedades comerciais pelo fim lucrativo, veja-se BRITO

6. O fim que limita a capacidade da sociedade nos termos do art. 6.º, n.º 1, do C. S. C., é o fim mediato, a obtenção de lucros e sua posterior repartição pelos sócios, não o fim imediato ou o objecto social, ou seja, o ramo ou ramos de actividade a desenvolver pela empresa societária.

Esta recondução do “fim” da sociedade à noção de fim mediato é, aliás, corrente no domínio do direito das sociedades comerciais⁽²⁶⁾, e é com esse sentido que a expressão nos surge no âmbito do C. S. C, em que o fim imediato é sempre designado como objecto⁽²⁷⁾. E que, no quadro do art. 6.º, n.º 1, do C. S. C., o legislador não foge à regra, mostra-o o n.º 4 da mesma disposição, onde se consideram compreendidos no âmbito da capacidade os actos estranhos ao objecto social (não necessários nem convenientes à realização do fim imediato)⁽²⁸⁾.

CORREIA, *Sociedades Comerciais*, A. A. F. D. L., 2.º volume, págs. 245 e segs., AGOSTINHO GUEDES, *A limitação dos poderes dos administradores das sociedades anónimas operada pelo objecto social no novo Código das Sociedades Comerciais*, in *Revista de Direito e Economia*, 1987, pág. 140, NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima*, Coimbra Editora, 2.ª edição, pág. 11 e 91 e seg. e JOÃO LABAREDA, *Direito Societário Português – Algumas questões*, Quid juris?, sociedade editora, Lisboa 1998, págs. 170 e segs., devendo ainda sublinhar-se a posição de RAUL VENTURA acima citada (cfr. a nota 12). Quanto aos apoios às suas ideias invocados por PEDRO DE ALBUQUERQUE (*Da prestação de garantias cit.*, págs. 75 e seg., notas 9 e 10) dir-se-á que o trecho de GONÇALVES PEREIRA é, pelo menos, equívoco (este autor refere-se ao art. 6.º, n.º 4, do C. S. C., e não nos parece adquirido que a palavra “fim” não esteja usada como sinónimo de “objecto”), que os Acórdãos citados são alheios ao tema (pois a *gratuidade* das garantias não é sequer aventada) e que, lidas e relidas as passagens transcritas de MENEZES CORDEIRO, não se descortina o menor eco da concepção de que a capacidade das sociedades comerciais não está limitada pelo fim mediato (já que este autor se reporta também ao art. 6.º, n.º 4, do C. S. C., respeitante ao objecto social).

⁽²⁶⁾ ECKARDT, in *AktG Kommentar*, de GEBLER, HEFERMEHL, ECKARDT E KROPPF, Verlag Franz Vahlen, Munique, vol. I, anotação 64 ao § 23: “o objecto da empresa e o fim da sociedade não são uma e a mesma coisa”.

⁽²⁷⁾ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. IV (Sociedades Comerciais), Fac. de Direito de Lisboa, 1993, págs. 25: “o Código designa este aspecto produtivo como *objecto*, e não como *fim*”.

⁽²⁸⁾ Não há assim nenhuma oposição entre os n.ºs 1 e 4 do art. 6.º C. S. C., nem nós nunca admitimos tal, contra o que refere PEDRO DE ALBUQUERQUE (*Da prestação de garantias cit.*, pág. 80 e nota 22). A oposição só existiria se por via do n.º 1 se pretendesse aferir da capacidade da sociedade em atenção (também) ao objecto social, dado que o n.º 4 expressamente considera incluídos na órbita dessa capacidade os actos alheios ao objecto social: mas, como se viu, o fim a que se reporta o n.º 1 é só o fim mediato (daí que expres-

O legislador português optou, por conseguinte, por erigir o escopo lucrativo em medida da capacidade das sociedades — o que vem a dar em que a estes entes está em princípio vedada a prática de actos de natureza não lucrativa.

Isto não se afigura possível a PEDRO DE ALBUQUERQUE, “pelo simples facto de ser o objecto imediato a razão de ser da atribuição da personalidade jurídica colectiva, não o mediato”⁽²⁹⁾.

Não entendemos a objecção. A opção entre a teoria *ultra vires* e a teoria da ilimitação, já o dissemos noutro lugar, não pertence ao domínio do “juridicamente lógico”: do que se trata é antes de demarcar a capacidade das pessoas colectivas de forma a alcançar uma composição equilibrada dos diversos interesses em presença⁽³⁰⁾.

Em geral, a circunscrição da capacidade em função dos fins (mediato e imediato) corresponde — diz-se — “aos interesses dos membros da pessoa colectiva ou destinatários, bem como ao interesse geral (obstar à influência política da parte dos detentores de grandes patrimónios)”⁽³¹⁾, ao passo que a doutrina da ilimitação se louva na protecção do tráfico jurídico.

Contudo, e atento que a incapacidade acarreta que a pessoa não possa ser de todo em todo titular de certos direitos e obrigações, não se vê que a delimitação da capacidade das sociedades comerciais pelo objecto social seja realmente reclamada pelos interesses dos sócios; do ponto de vista destes, o que é imperioso é que os gerentes ou administradores não possam vincular a socie-

samente tenhamos afirmado, no nosso estudo — vide a pág. 578 — que “não há contradição alguma entre o n.º 1 e o n.º 4, nem sequer parcial”). É também destituída de fundamento a alegação de que acabamos por renegar a “proximidade” entre o art. 160.º do C. Cv. e o art. 6.º do C. S. C. quando dizemos que este último comando não recolhe o princípio da especialidade do fim com o significado que ele reveste à face do primeiro, já que, ao contrário deste, não subordina a capacidade ao respeito pelo objecto; a proximidade é evidente, pois que em ambos os preceitos se recusa a doutrina da ilimitação, e em ambos se atende ao fim (porque as finalidades relevantes não coincidem é que dizemos — na nota 19 do nosso estudo — que o princípio da especialidade do fim do art. 6.º, n.º 1, do C. S. C. não se identifica com o princípio homónimo do art. 160.º do C. Cv., representando antes um princípio análogo ou aparentado).

⁽²⁹⁾ *Da prestação de garantias* cit., págs. 101 e 129.

⁽³⁰⁾ *Vide* o nosso estudo, a págs. 567 e segs.

⁽³¹⁾ WIEDEMANN, ob. cit., pág. 209.

dade fora do âmbito do objecto, para cujo efeito bastará que estes não tenham, para tanto, os necessários poderes de representação e que a falta dos mesmos seja oponível a terceiros. Decretar a incapacidade significará apenas que o acto não poderá então ser praticado nem sequer com o acordo unânime dos sócios ⁽³²⁾ — e isto, reitera-se, não pode seguramente convir-lhes ou ser ditado pelo seu interesse.

Afastados os receios de excessiva “influência política” (ou não sendo eles valorados ao ponto de justificarem a invalidade dos actos estranhos ao objecto, com o inerente sacrifício inelutável dos interesses de quem contrata com a sociedade ⁽³³⁾), o legislador português, muito razoavelmente, optou por associar a incapacidade somente aos actos que põem em crise interesses de terceiros, concretamente dos credores sociais — e esses, são, precisamente, os actos de natureza não lucrativa ⁽³⁴⁾.

Que tem isto de *impossível*? Por que há-de o legislador estar condenado a limitar a capacidade pelo objecto social ou a não a limitar de todo? E, vistas as coisas do ponto de vista dos interesses — donde nunca deveriam ter saído —, por que não-de os interesses dos beneficiários (mesmo que de boa fé) dos actos gratuitos praticados por uma sociedade forçosamente primar sobre os inte-

⁽³²⁾ Confira-se OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral* cit., pág. 250: “A capacidade está subtraída à disponibilidade das partes. Se a sociedade não tem capacidade de agir, seguramente que a assembleia geral não pode praticar aquele acto”. A *ultra vires rule* não tem a ver com a capacidade da sociedade se se limita a precluir a prática pelos seus *órgãos de administração* (sem autorização dos sócios) de actos que exorbitam da competência assinalada por lei ou pelas regras internas: nesse caso “il s’agit d’une question [...] de pouvoir (authority) et non plus de capacité (capacity)” — veja-se TUNC, *Le droit anglais des sociétés anonymes*, Paris, 1971, pág. 34.

⁽³³⁾ São ainda porventura esses receios que estão por detrás de outras soluções do C. S. C., como seja a do art. 142.º, n.º 1, al. *d*) (dissolução fundada no exercício de facto de uma actividade não compreendida no objecto social).

⁽³⁴⁾ É certo que também os actos alheios objecto social podem contender com os interesses dos credores, por exporem a sociedade a um risco de natureza e âmbito muito diferentes dos que são conaturais a tal objecto, mas, como referimos a págs. 581 do nosso estudo, esses interesses não são tidos como dignos de tutela, já que “o objecto social está na disponibilidade dos sócios, por isso que estes podem a todo o tempo deliberar que a sociedade passe a exercer uma nova actividade, em substituição da anterior ou em cumulação com esta, sem que isso acarrete, designadamente, um vencimento ou uma exigibilidade antecipados das dívidas sociais”.

resses dos credores que vêm por essa forma diminuída a sua garantia patrimonial ⁽³⁵⁾?

7. Do n.º 1 do art. 6.º do C. S. C. resulta que não cabem na capacidade da sociedades 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)” ⁽³⁶⁾. Isto em tese geral ⁽³⁷⁾.

O n.º 2 do art. 6.º vem introduzir uma excepção a esta regra: embora representando actos gratuitos, não são havidas como contrárias ao fim da sociedade as liberalidades que possam ser consideradas usuais, segundo as circunstâncias da época e as condições da própria sociedade: isso sucede, a nosso ver, porque a esses actos falta o espírito de liberalidade, pelo que justamente não são doações e não colidem, pois, com o escopo lucrativo ⁽³⁸⁾.

⁽³⁵⁾ Com interesse para a correcta dilucidação da questão do prisma dos interesses são ainda as considerações que expendemos infra, sob o n.º 10.

⁽³⁶⁾ MANUEL DE ANDRADE, ob. cit., vol. II, pág. 56

⁽³⁷⁾ Atente-se nas precisões de que falaremos mais adiante no texto, sob o n.º 8.

⁽³⁸⁾ Veja-se o nosso artigo já por várias vezes aludido, a págs. 579. A propósito da ausência do espírito de liberalidade citámos PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, ob. cit., vol. I, 2.ª edição, pág. 231 (onde estes autores escrevem que nos donativos conformes aos usos sociais, por serem “feitos em conformidade com os usos sociais, falta o espírito de liberalidade, que é um dos requisitos de doações”), e referimos que a relação entre os n.ºs 1 e 2 do art. 6.º do C. S. C. é a mesma que intercede entre os n.ºs 1 e 2 do art. 940.º do C. Cv. — sendo, pois, manifesto que assimilávamos “as liberalidades que possam ser consideradas usuais, segundo as circunstâncias da época e as condições da própria sociedade” do art. 6.º, n.º 2, do C. Cv., aos “donativos conformes aos usos sociais” do art. 940.º, n.º 2, do C. Cv.. Ora PEDRO DE ALBUQUERQUE vem dizer (*Da prestação de garantias* cit., págs. 106 e seg.) que o ensinamento de PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA é “justamente o oposto” de quanto lhes imputamos, transcrevendo, “para que não fiquem dúvidas”, um trecho inserto na pág. anterior da mesma obra, em que os comentaristas classificam como autênticas doações, por existir espírito de liberalidade (embora não ânimo altruísta ou fim desinteressado), “os brindes oferecidos pelas casas comerciais aos clientes, as ofertas feitas pelos promotores de vendas, os presentes dados na expectativa de retribuição e outras atribuições de natureza análoga”. Não vislumbramos, porém, que tivéssemos alguma vez assacado àqueles insignes Mestres a tese de que, nos actos da natureza dos referidos por último, não há espírito de liberalidade, ou de que eles não representam doações, pelo que é totalmente gratuita a acusação de desonestidade científica ou de inépcia técnica (à semelhança das acusações idênticas feitas com referência à noção de negócios gratuitos de MANUEL DE ANDRADE que nos limitámos a utilizar com indicação da fonte — veja-se a nota anterior). PEDRO DE ALBUQUERQUE, por partilhar da concepção da capacidade como

O n.º 3 do art. 6.º do C. S. C., por seu turno, visa estabelecer uma segunda excepção à dita regra, como se facilmente se depreende de uma sua leitura pela negativa ⁽³⁹⁾: “não é contrária ao fim da sociedade a prestação de garantias reais ou pessoais a dívidas de outras entidades, se existir justificado interesse próprio da sociedade garante ou se se tratar de sociedade em relação de domínio ou de grupo”.

A prestação de garantias não é, todavia, por sua natureza, um acto contrário ao escopo lucrativo. Se a remuneração for pelo menos igual à que seria cobrada por uma entidade bancária, em atenção, designadamente, à solvabilidade do devedor, o acto será até, em regra, vantajoso para a sociedade garante. Questão distinta é a da pertença ao objecto social — mas nós já sabemos que essa é matéria estranha à problemática da capacidade.

“categoria generalizadora”, está persuadido de que a nossa construção é incompatível com a inclusão de toda e qualquer doação no âmbito de capacidade da sociedade e de que, por essa razão, e por não podermos razoavelmente recusar a capacidade da sociedade para a oferta de brindes e actos quejandos, nos vimos forçados a desqualificar tais actos, à viva força, como verdadeiras doações — e daí que se afadigue em provar que as liberalidades no art. 6.º, n.º 2, do C. S. C., constituem verdadeiras doações e de que se não depara, neste domínio, com qualquer incapacidade de gozo, para concluir, convicto de ter tido êxito na tarefa, que a nossa tese “cai pela base, sem necessidade de qualquer outra demonstração” (*Da prestação de garantias* cit., pág. 112). Mas o esforço é inglório, já que nos procura arrancar uma confissão — a de que há doações que entram na esfera da capacidade da sociedade — que por nós fôra já assumida no sobredito estudo sem nenhum embaraço e antes com toda a frontalidade, no passo em que sustentámos que a capacidade abrange quaisquer actos de natureza gratuita em que a sociedade age por motivos não altruísticos (veja-se o que dizemos já de seguida, no texto), como é o caso, justamente, dos brindes, ofertas dos promotores etc.. Quanto à capacidade para os actos de doação “determinados pelos fundamentos de solidariedade social” (CARVALHO FERNANDES, ob. cit., pág. 572), ela dependerá, a nosso ver, da satisfação do requisito da existência de um interesse económico (“justificado interesse próprio”), posto pelo art. 6.º, n.º 3, do C. S. C., e de que o fito da sociedade seja (ou seja também), portanto, o de “obter a redução de impostos”, de “conseguir publicidade”, de “melhorar a sua imagem”, etc. (OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial* cit., pág. 28).

⁽³⁹⁾ O contraste entre as formulações dos n.ºs 2 e 3 do art. 6.º do C. S. C. (o primeiro referindo certos actos como não contrários ao fim da sociedade, e o segundo aludindo a outros como contrários a esse fim) não significa que o propósito não seja em ambos os casos o de introduzir excepções à regra do n.º 1, antes se explica pela intenção de estipular a *regra* de que a prestação de garantias se considera contrária ao fim, para efeitos da repartição do ónus da prova (cfr., *infra*, no texto, sob o n.º 9).

Por esta razão, entendemos que o legislador tem em vista apenas a *prestação de garantias sem contrapartida*. Essas é que, *prima facie*, ofendem o fim lucrativo, como qualquer acto gratuito — não as garantias onerosas, que, por definição, estão em harmonia com esse fim. A prestação gratuita de garantias, por conseguinte, é que carece de ser legitimada por um “justificado interesse próprio” ou de “respeitar a sociedade em relação de domínio ou de grupo” ⁽⁴⁰⁾ ⁽⁴¹⁾.

Mas, se é assim, o espírito desta norma deverá ser generalizado a todo e qualquer negócio gratuito: a referência à prestação de garantias deve levar-se à conta de serem esses os actos que mais suscitaram dúvidas, na prática anterior ao C. S. C.

No fundo — e como escrevemos anteriormente ⁽⁴²⁾ — os n.ºs 2 e 3 do art. 6.º do C. S. C., vêm derrogar a regra, vertida no n.º 1, de que são contrários ao fim social todos os negócios gratuitos, lá onde falte o espírito de liberalidade ou a sociedade aja por motivos não altruísticos, mas interessados — conseguir vantagens da contraparte ou de terceiros —, dando guarida à ideia de que o escopo lucrativo que fornece a medida da capacidade da sociedade não tem de encontrar expressão no conteúdo do próprio acto ou negócio (na veste de uma prestação que seja contrapartida da vantagem propiciada pela dita sociedade), bastando, ao invés, que as “actividades se integrem em objectivos genericamente lucrativos”, no sentido de que está presente um interesse económico (“justificado interesse próprio”).

⁽⁴⁰⁾ Verdadeiramente, a admissibilidade das garantias respeitantes a “sociedade em relação de domínio ou de grupo” também se funda na existência de um “justificado interesse próprio”, apenas sucedendo que esta é aqui objecto de uma presunção *juris et de jure*: cfr., infra, no texto, sob o n.º 11.

⁽⁴¹⁾ As explicitações da regra do art. 6.º, n.º 1, do C. S. C., a que procederemos à frente no texto e para as quais voltamos a advertir, têm naturalmente repercussões na delimitação do âmbito das respectivas excepções: por razões que a exposição ulterior há-de trazer à superfície, entendemos que a prestação gratuita de garantias que carece de ser legitimada por um “justificado interesse próprio” não inclui os casos em que a sociedade garante age em cumprimento de um dever contraído, mediante contraprestação, perante uma terceira entidade (normalmente o devedor).

⁽⁴²⁾ Cfr. o nosso estudo, págs. 579 e seg..

8. As ideias expressas no número anterior constavam já do nosso estudo. Justifica-se, porém, que se proceda agora a um afinamento que não é de somenos.

A recondução aos negócios gratuitos dos actos para os quais a sociedade não tem capacidade por efeito do art. 6.º, n.º 1, do C. S. C., só é aceitável na medida em que se revele conforme com o critério da prossecução do fim lucrativo. Ora, à luz deste critério, aquela identificação é quase invariavelmente exacta, mas não é absoluta.

Com isto queremos aludir a que, nas algumas situações, um negócio gratuito deve ser havido como conforme ao escopo lucrativo e integrar a esfera da capacidade da sociedade logo por aplicação do art. 6.º, n.º 1, do C. S. C., e que, às avessas, o ingresso de um negócio oneroso nesse campo pode ter de passar pelo crivo do n.º 3 do mesmo artigo, ficando, nomeadamente, na dependência de que a sua prática corresponda a um justificado interesse próprio.

Tomemos o caso de uma fiança. A obrigação do fiador de assegurar com o seu património a satisfação do direito do credor supõe normalmente a celebração de um contrato entre ambos esses sujeitos, contrato esse que é, tipicamente, um contrato unilateral, impondo obrigações a apenas uma das partes⁽⁴³⁾ e assumindo-se como um negócio gratuito. Figure-se, todavia, a situação em que, como é de regra, o fiador age em cumprimento de um dever contratualmente assumido perante o devedor, mediante adequado correspectivo. Parece-nos de primeira aparência que a fiança, se bem que gratuita (nas relações entre fiador e credor), entra na capacidade jurídica da sociedade garante logo pela *porta principal* — a do art. 6.º, n.º 1, do C. S. C. — e não somente pela *porta dos fundos* aberta pelos n.ºs 2 e 3. Em certo sentido, aliás, a garantia, embora gratuita do ponto de vista do credor, não o é da óptica da sociedade garante, dado o nexo de correspectividade entre a assunção da condição de fiador e a prestação recebida do devedor⁽⁴⁴⁾.

(43) Cfr. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil*, 11.ª Edição, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, pág. 421.

(44) Isto (que já havíamos avançado no nosso estudo — veja-se, a págs. 585, o passo em que aludimos à suficiência de uma remuneração por parte do devedor para asse-

A fidelidade ao critério da conformidade com o fim lucrativo da sociedade garante deve levar-nos, ainda, a recusar a inclusão, no âmbito da capacidade de gozo, ao abrigo do art. 6.º, n.º 1, do C. S. C., dos casos em que a fiança é onerosa, por lhe corresponder uma contraprestação do credor, mas em que esta última se traduz, não por ex. (45), num qualquer pagamento pecuniário efectuado à fiadora, mas numa atribuição patrimonial que revirta directamente em favor de uma terceira entidade. Pense-se na hipótese de o credor, em contrapartida da garantia, se comprometer perante a sociedade fiadora à concessão adicional de crédito a um terceiro (46). Até no plano terminológico, a boa solução salta à vista: se o contrato é apenas *em favor de terceiro* e não da própria sociedade garante, não há razão para dar por adquirido que, por via dele, esta prossegue o seu fim lucrativo e para deixar de condicionar, por conseguinte, a capacidade de gozo dessa sociedade à sujeição, com êxito, ao teste do “justificado interesse próprio” (47).

gurar a capacidade de gozo da sociedade garante, com dispensa da averiguação do preenchimento do requisito do “justificado interesse próprio”) é óbvio no caso em que a fiança resulta logo de um contrato em favor do credor celebrado entre o devedor e o garante, sendo certo que a similitude, no plano material, entre esta hipótese e a que contemplamos no texto, não consente a submissão delas a tratamentos distintos.

(45) Sublinhe-se que se trata de um mero exemplo: a fiança será onerosa se assim for de qualificar por apelo aos critérios gerais, e qualquer que seja, portanto, a natureza da contraprestação.

(46) Trata-se do exemplo de fiança onerosa figurado por SEILER, in *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* de WALTER ERMAN, Aschendorf Münster, 9ª edição, vol. I, pré-anoação 7 ao § 765.

(47) Não assiste assim razão a PEDRO DE ALBUQUERQUE quando clama que, a ser verdadeira a nossa ideia de que o art. 6.º, n.º 3, do C. S. C. só tem em vista a prestação de garantias efectuada a título gratuito, estará plenamente provada a tese que defende, mercê do facto de que, “do ponto de vista da entidade perante quem a sociedade se vincula — o beneficiário da garantia” — raramente se estará perante um acto gratuito (*Da prestação de garantias* cit., pág. 113), pois, como acabámos de explicar, no plano da conformidade com o fim lucrativo da sociedade garante, o que manifestamente interessa é saber se existe gratuitidade do prisma da própria sociedade garante, coisa que só será de afastar se a garantia lhe tiver valido (a si mesma, se bem que porventura suportada pelo devedor, e não pelo credor) um corresponsivo. Independentemente do acerto desta posição, vale referir ainda, a propósito das dúvidas suscitadas por PEDRO DE ALBUQUERQUE (*Da prestação de garantias* cit., nota 115) acerca do que PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA querem significar com o trecho em que referem que “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 cre-

9. Questões importante são ainda as que se prendem com a repartição do ónus da prova nesta matéria e com a definição do que seja o “justificado interesse próprio” de que nos fala o art. 6.º, n.º 3, do C. S. C.

Quanto à primeira, e por não anteciparmos que fossem de molde a despertar controvérsias, não cuidámos, no nosso estudo, de justificar com mais detença as asserções aí avançadas de que sociedade que pretenda desembaraçar-se de uma garantia não tem mais do que alegar e provar o carácter gratuito⁽⁴⁸⁾ do acto para fundar a sua incapacidade e de que é o beneficiário, se quiser repletir essa arguição, que tem o ónus de demonstrar a existência de um justificado interesse da sociedade garante.

PEDRO DE ALBUQUERQUE vem, todavia, contestar abertamente este entendimento, amparando-se no disposto nos arts. 342.º, n.º 2 e 343.º, n.º 1, do C. Cv. (o primeiro dos quais estatui que “a prova dos factos impeditivos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita” e o segundo que “nas acções de simples apreciação ou declaração negativa, compete ao réu a prova dos factos constitutivos do direito que se arroga”), e louvando-se na lição de PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA segundo a qual destes dispositivos legais resulta que a incapacidade é um facto impeditivo, na generalidade dos casos, e que, na acção destinada a obter a declaração da validade plena de um contrato, é o réu

dor, ou ao devedor como sucede geralmente na fiança bancária) não tenha ou tenha correspectivo” (ob. cit., vol. II, 3.ª edição, pág. 259), vale referir, dizíamos, que “a circunstância de, por lhe ser oferecida uma garantia, o tomador se dispor, 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” não é suficiente, contra o que parece pretender PEDRO DE ALBUQUERQUE, para assegurar o carácter oneroso da fiança, antes será necessário que aqueles comportamentos traduzam o cumprimento de obrigações contratuais assumidas perante o fiador em contrapartida da garantia (não, pois, actos que o credor adopta *sponte sua*, ainda que em consideração da existência da garantia).

(48) Por facilidade de exposição, continuaremos a caracterizar simplesmente como “gratuitas” as garantias para cuja prestação a sociedade só tem capacidade verificado o requisito do “justificado interesse próprio” (ou — o que é o mesmo: cfr., supra, a nota 40 — o requisito de a mesma garantia respeitar a sociedade em relação de domínio ou de grupo), o que abrange as garantias onerosas mas em favor de terceiro e deixa de lado as garantias cuja gratuitidade se confina às relações entre a sociedade e o credor, na medida em que aquela recebe uma contrapartida do devedor.

que tem de fazer prova dos vícios que obstem à validade do contrato, não é o autor que tem de provar a inexistência de quaisquer vícios⁽⁴⁹⁾.

Mas não procede de todo em todo, o reparo de PEDRO DE ALBUQUERQUE. É que, como ensina a doutrina processualística, “o critério enunciado no art. 342.º do Código Civil não basta, mesmo em tese geral, para solucionar o problema do *onus da prova*”⁽⁵⁰⁾. Na interpretação e aplicação desse critério, terá de atender-se “à forma como se encontram estruturadas, no plano do direito substantivo, as normas aplicáveis à resolução da lide”, ao “escalonamento sistemático” resultante da identificação das “situações que constituem a regra”, das anomalias que podem ocorrer, das eventuais excepções a essas anomalias, etc.: “cada uma das partes terá assim (o ónus) de alegar e provar os factos correspondentes à *previsão* da norma que aproveita à sua *pretensão* ou à sua *excepção*”⁽⁵¹⁾.

Se desdobrarmos o art. 6.º, n.º 3, nos dois segmentos que o compõem (o que estipula considerar-se “contrária ao fim da sociedade a prestação de garantias [gratuitas] reais ou pessoais a dívidas de outras entidades” e o que determina *que se exceptuam os casos de “existir justificado interesse próprio da sociedade garante”* ou de “se tratar de sociedade em relação de domínio ou de grupo”) logo avulta que é o primeiro desses segmentos que favorece a pretensão da sociedade, na medida em que configura *normalmente* a prestação de garantias (gratuitas) como contrária ao fim da sociedade, pelo que a mesma sociedade fará toda a prova que lhe incumbe se demonstrar os pressupostos da respectiva aplicação: produzida essa prova, o caso configurar-se-á como de incapacidade de gozo⁽⁵²⁾, a menos que o beneficiário da garantia com-

(49) Ob. cit., vol. I, 4.ª edição, págs. 305 e seg..

(50) ANTUNES VARELA/J. MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, pág. 439.

(51) *Idem*, págs. 440 e seg.; vide, também, MANUEL DE ANDRADE, *Nocções Elementares de Processo Civil*, 1979, pág. 201: “se na lei há uma regra e uma excepção (ou várias) a parte cuja pretensão se baseia na norma-regra só tem a provar os factos que constituem a hipótese dessa norma, e não já a existência dos que constituem a hipótese da norma-excepção”.

(52) Ou da anomalia “desvio em relação ao fim”, na tese de PEDRO DE ALBUQUERQUE.

prove, por seu turno, que se verifica a *excepção*, prevista na segunda porção do art. 6.º, n.º 2, à regra de que as garantias (gratuitas) se têm por alheias ao escopo lucrativo⁽⁵³⁾.

Relativamente à delimitação do que deva entender-se por “justificado interesse próprio”, trazemos o tema à baila não para acrescentar seja o que for à tese de que o requisito supõe apenas que “o móbil dos gerentes, administradores ou directores, ao prestarem a garantia, tenha sido o de satisfazer certo interesse económico da sociedade, e não o de proporcionar uma vantagem ao credor ou ao devedor (em si e por si)”⁽⁵⁴⁾, mas para sublinhar que ele se esgota precisamente nisso, de forma alguma se requerendo a prova de que os administradores ou gerentes da sociedade estavam, ao tomar a decisão de prestar determinada garantia, convenientemente informados⁽⁵⁵⁾ ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵³⁾ Ou, ao menos, na construção de PEDRO DE ALBUQUERQUE, que ignorava, sem culpa, a falta do justificado interesse da sociedade.

⁽⁵⁴⁾ Vide a pág. 590 do nosso estudo, em que prosseguimos dizendo: “o acto será válido ou nulo consoante esta vantagem tiver sido querida enquanto meio para atingir certo interesse económico da sociedade — tal como os próprios gerentes, administradores ou directores o tiverem definido, de forma judicialmente insindicável — ou antes como um fim em si mesmo, ou como via para atingir outro objectivo inóvio (extra-social)”.

⁽⁵⁵⁾ Este entendimento é-nos erroneamente imputado por PEDRO DE ALBUQUERQUE (*Da prestação de garantias* cit., pág. 136, em nota), com base na afirmação, produzida a págs. 590 do nosso estudo a propósito da necessidade da justificação à luz do interesse social da limitação ou supressão do direito de preferência dos accionistas (art. 460.º, n.º 2, do C. S. C.), de que nessa matéria vale uma regra homóloga da chamada *business judgment rule*, no quadro da qual se exige efectivamente, para excluir a responsabilidade dos directores por actos de gestão, que estes tenham agido de forma desinteressada e convenientemente informada. A verdade é que homologia não equivale a identidade, e não se encontra alusão de espécie alguma ao suposto requisito da “informação conveniente” nem no passo em que, de forma explícita e directa (e não por remissão para qualquer termo de referência), nos pronunciamos sobre a definição do “justificado interesse próprio”, nem nas conclusões finais (cfr. a 4.ª conclusão, acima transcrita).

⁽⁵⁶⁾ Ainda sobre o tema do requisito em apreço, não encontramos motivos para rever a opinião de que, na construção de PEDRO DE ALBUQUERQUE, há-de ser possível à sociedade “desvincular-se” da garantia provando que a contraparte tinha conhecimento de que, ou não podia ignorar que, não estava subjacente ao acto “um justificado interesse próprio”, pelo que “nunca o terceiro que conheça o objectivo visado pela sociedade poderá deixar de interrogar-se sobre se o mesmo consubstancia ou não um ‘justificado interesse próprio’, assim como não poderá deixar de ser facultado recurso às vias judiciais, para dirimir eventuais controvérsias, acabando afinal por se cair na ‘apreciação jurisdicional’ alegadamente inadmissível” (veja-se as págs. 588 e seg. do nosso estudo) — apesar de o pró-

10. Onde se conclua que uma sociedade prestou gratuitamente uma garantia não filiada num justificado interesse próprio, há incapacidade de gozo e nulidade do negócio, sem que a even-

prio PEDRO DE ALBUQUERQUE vigorosamente repudiar a ideia, chegando a acusar-nos de modificar a "forma" das suas afirmações para chegar a "conclusões ilegítimas" (*Da prestação de garantias* cit., págs. 86 e seg., nota 48). PEDRO DE ALBUQUERQUE entende que não está a admitir a possibilidade de a sociedade se desvincular com base na circunstância de a contraparte saber ou dever saber que à garantia não subjazia um "justificado interesse próprio", quando aceita a desvinculação fundada na "prova de que o terceiro conhecia, ou não podia desconhecer, a circunstância de o acto não respeitar à sociedade" (cfr. *A vinculação das sociedades comerciais* cit., pág. 709) — nem, ao que tudo indica, quando se refere à possibilidade de desvinculação nos casos em que "o beneficiário da garantia conhece, ou deveria conhecer, o eventual carácter *ultra vires* do acto praticado pela sociedade" (*Da prestação de garantias* cit., pág. 70 e nota 2), quando alude à viabilidade de uma apreciação jurisdicional desde que "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 (*idem*, pág. 75), ou, finalmente, quando se reporta à relevância da ausência do interesse se "o terceiro, pelas particulares circunstâncias nas quais se encontrava, tinha ou devia ter, o conhecimento do vício que inquina o acto social" (*idem*, pág. 133). A nós parece-nos extraordinário sustentar que, consistindo a boa-fé na ignorância de que não está preenchido o requisito de que depende a admissibilidade da "garantia de dévidas alheias", e traduzindo-se esse requisito na existência de um "justificado interesse próprio", a prova da má-fé não passe pela demonstração de que o terceiro conhecia ou tinha o dever de conhecer a falta do "justificado interesse próprio". PEDRO DE ALBUQUERQUE limita-se a evitar o problema quando fala na prova do conhecimento do carácter *ultra vires* ou do vício que inquina o acto, mas já nos parece que está na pista certa nas ocasiões em que se reporta antes ao conhecimento de "o acto não respeitar à sociedade" ou da falta de "qualquer interesse em assegurar o cumprimento da dívida do terceiro" — já que encontramos nestas fórmulas uma forte ressonância da nossa própria ideia de que, para o preenchimento do requisito, basta que pelo acto se prossiga um qualquer interesse económico da sociedade. Mas seja como for que se entenda o "justificado interesse próprio", reitera-se, nunca a prova da má-fé do terceiro deixará de pressupor, mesmo na tese de PEDRO DE ALBUQUERQUE, que previamente se estabeleça que o requisito não está cumprido, nem poderá evitar-se que a controvérsia acerca do ponto tenha de ser judicialmente dirimida, do mesmo modo que nunca o terceiro *que conheça a finalidade visada pela garantia* (e só a esses nos referimos a págs. 589 do nosso estudo) — ex: viabilização de um empréstimo ao filho presidente do conselho de administração, para compra de um carro desportivo — poderá deixar de questionar-se sobre se ela corresponde a "algum interesse da sociedade", de forma a não incorrer no risco de que a sociedade venha depois a desvincular-se da garantia, invocando e provando (sempre na tese de PEDRO DE ALBUQUERQUE) a falta do interesse e a má-fé (algo de análogo sucede, de resto, na situação dos arts. 260.º e 409.º do C. S. C.: o terceiro que conheça o objecto social preocupar-se-á, naturalmente, com a regularidade do acto à luz da pertinente cláusula estatutária, dado o receio de que posteriormente o acusem de má-fé).

tual boa fé do respectivo beneficiário tenha o condão de determinar a subsistência do acto (⁵⁷).

Uma abundante justificação deste ponto de vista consta do nosso estudo (⁵⁸) e para aí remetemos o leitor. Aqui sublinharíamos apenas, antes do mais, que, na querela entre a teoria *ultra vires* e a doutrina da ilimitação, é esta última que obtém ganho de causa aos olhos daqueles que privilegiam a tutela da confiança e do tráfico jurídico, passando-se as coisas às avessas para quem reconhece primazia ao “interesse geral”, ou ao interesse dos credores. Assim, seria contraditória nos seus próprios termos uma regulamentação em que o legislador simultaneamente optasse pela limitação à capacidade e depois acabasse por sacrificar os efeitos da incapacidade na ara dos interesses dos terceiros (⁵⁹): uma tal construção,

(⁵⁷) Contra isto não se invoque, como faz PEDRO DE ALBUQUERQUE (*Da prestação de garantias* cit., pág. 114, nota 116), a opinião de LUTTER, expressa in *Kölner Kommentar*, Carl Heymanns Verlag KG, vol. I, 2.^a edição., anotação 75 ao § 57, no sentido da inoponibilidade a terceiros de boa fé das limitações legais à prestação de garantias por uma sociedade anónima a créditos sobre um accionista. É que, em primeiro lugar, o legislador alemão, ao contrário do português, consagrou a teoria da ilimitação para as pessoas colectivas de direito privado, pelo que se quisermos beber das lições da doutrina germânica deveremos considerar as que se reportam às pessoas colectivas de direito público (estas, sim, sujeitas à teoria *ultra vires* — cfr., infra, nota 59). Por outro lado, e como bem observa PEDRO DE ALBUQUERQUE noutro lugar [ob. cit., pág. 79, nota 18, em que, todavia, diga-se *en passant*, há a registar alguns lapsos ou deficiências da tradução: quem tem o dever de diligenciar a *Freistellung* — termo que, no trecho em causa, significa singelamente “liberação”, não se compreendendo a dificuldade na equivalência linguística — não são os membros do *Vorstand*, mas o accionista devedor; e, por outro lado, o terceiro beneficiário da garantia não é afectado (*hiervon nicht betroffen*) não propriamente pela liberação (que pode pressupor a sua intervenção), mas pela nulidade consequente da restituição ilícita da entrada], LUTTER limita-se neste passo a fazer aplicação da regra geral segundo a qual os vícios da relação contratual entre o devedor e o dador da garantia não se repercutem no contrato de constituição da própria garantia, celebrado entre o garante e o credor beneficiário (veja-se SEILER, ob. cit., pré-anotação 8 ao § 765), regra essa que, portanto, não colhe nos casos em que o contrato entre o garante e o beneficiário da garantia enferma, ele próprio, de um vício, como seja o da incapacidade jurídica de qualquer das partes.

(⁵⁸) Vide, especialmente, as págs. 582 e segs..

(⁵⁹) É assim que na Alemanha, a propósito das pessoas colectivas de direito público, relativamente às quais vigora a doutrina *ultra vires*, e que, por isso, não podem praticar negócios jurídicos privados senão dentro da sua esfera de atribuições e de actualção, a doutrina afirma unanimemente que, quanto aos actos que exorbitem dessa esfera, a sanção é a da completa ineficácia, por não haver uma mera ultrapassagem dos poderes de representação, e que “a boa fé do contraente não é protegida” (cfr., por todos, HELMUT

por isso, só seria de aceitar se imposta por dados legais que inequivocamente a recolhessem, o que, de todo em todo, não é o caso entre nós (bem pelo contrário).

Se é verdade que tal construção é acolhida em Inglaterra ⁽⁶⁰⁾ ⁽⁶¹⁾, não é menos verdadeiro que isso se dá precisamente em resultado de um preceito legal expresso, e que a incongruência foi aí ditada pela decisão do legislador inglês de se manter fiel à teoria *ultra vires* em (quase) tanto quanto lho consentia a necessária adaptação do seu direito ao art. 9.º, n.ºs 1 e 2, da Directiva 68/151/CEE, de 9 de Março de 1968.

Porém, o disposto no art. 9.º, n.ºs 1 e 2, da Directiva 68/151/CEE, de 9 de Março de 1968, aliás respeitante apenas às sociedades por quotas, anónimas e em comandita por acções, não cobra qualquer relevo no quadro do nosso direito positivo, para efeitos do problema que nos ocupa. Na verdade, daquelas disposições comunitárias apenas decorre que os Estados Membros estão impedidos de considerar oponíveis a terceiros limitações aos poderes de representação dos membros dos gerentes, administradores ou directores *decorrentes dos estatutos da sociedade ou de deliberações dos sócios* (com a ressalva de que as restrições decorrentes da cláusula sobre o objecto social podem valer no confronto de terceiros de má fé) — consagrando, por ex., para aqueles tipos de sociedades, uma regulamentação da estirpe da que consta do art. 192.º do C. S. C.

Compreende-se, por isso, que o legislador inglês, tendo decidido conservar a teoria *ultra vires* em praticamente toda a medida não precludida pela referida Directiva, e continuar, por isso, a aferir da capacidade *em função das disposições estatutárias e das deliberações dos órgãos sociais*, tivesse optado por uma abolição dessa teoria apenas parcial, confinada ao âmbito externo e às relações estabelecidas com uma categoria particular

COING, J. *von Staundigers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Sachenrecht*, J. Schweitzer Verlag KG Walter de Gruyter & Co., Berlim, introdução aos §§ 21-89, anotação 25).

⁽⁶⁰⁾ Vide o nosso estudo, págs. 571 e seg..

⁽⁶¹⁾ Se é que a questão não terá já extravazado do domínio da *capacity*, transformando-se numa questão de *authority* (cfr. supra, a nota 32).

de terceiros ⁽⁶²⁾. Mas nós estamos a discutir o âmbito da capacidade de gozo das sociedades comerciais *jogando única e exclusivamente com os dados legais*, sem atender minimamente ao pacto de cada sociedade ou às deliberações sociais.

Face à Directiva 68/151/CEE, por outras palavras, os Estados Membros permanecem livres de introduzir restrições aos poderes de representação do órgão de administração ou à capacidade das sociedades, sob reserva apenas de que essas limitações decorram directamente da própria lei, como sucede, entre nós, pelo que concerne à exclusão da capacidade jurídica da sociedade para a prestação de garantias gratuitas à qual não presida um “justificado interesse próprio” ⁽⁶³⁾.

Está claro que o caminho seguido pelo legislador português corresponde a uma fragilização da posição dos causados nos negócios jurídicos gratuitos praticados por uma sociedade, visto que os

⁽⁶²⁾ No rigor, a Directiva em causa, dado o escopo exclusivamente económico da Comunidade Europeia, não abrange os actos gratuitos (*vide* FARRAR, *in Company Law*, Butterworths, 3.^a edição, 1991, págs. 112 e seg.), pelo que o legislador inglês não estava impedido de considerar oponíveis a terceiros limitações estatutárias ou resultantes de deliberações à prática daqueles actos.

⁽⁶³⁾ Veja-se o nosso estudo, págs. 587 e segs., onde explicamos que o objectivo da Directiva é o de permitir aos terceiros confiar em que cada órgão da sociedade tem o máximo de poderes que legalmente lhe podem assistir. Essa nossa afirmação, porém, é reiteradamente glosada por PEDRO DE ALBUQUERQUE (*Da prestação de garantias*, pág. 77, nota 11, pág. 83, nota 45, e págs. 115 e 125), como implicando o reconhecimento do ponto de vista contrário, já que os arts. 260.º e 409.º do C. S. C. são expressos no sentido de que a sociedade fica vinculada pelos actos praticados pelos gerentes ou administradores dentro dos poderes que a lei lhe confere, sem distinguir “entre poderes directos ou indirectos, condicionais ou incondicionais” (*ob. cit.*, pág. 115). Mas nada é menos exacto do que isto. A prestação de garantias em situações em que não há um justificado interesse próprio não cabe dentro dos poderes que lei confere aos gerentes ou administradores sequer de forma “condicional”, antes é objecto de uma proibição absoluta e incondicional (sendo que, de resto, o problema nem sequer se liga ao âmbito dos poderes dos representantes da sociedade, mas à esfera de capacidade de gozo da sociedade). A lei não pretende mais do que dispensar os terceiros que contratam com a sociedade do ónus de compulsarem o pacto da sociedade ou as deliberações dos sócios para se certificarem dos poderes dos órgãos sociais, e esse propósito não é minimamente beliscado pelo teor dos art. 6.º, n.ºs 1 e 3, do C. S. C., com o sentido que nós lhe atribuímos, visto que, para efeitos da afirmação de que existe ou de que pelo contrário falta um justificado interesse próprio (entendido como qualquer interesse económico da sociedade, esteja ou não em consonância com o objecto social), não interessa saber quais os poderes que os estatutos ou as deliberações dos sócios concedem ou recusam aos gerentes, administradores ou directores.

direitos que eles pretendam derivar desses actos ficarão na contingência do juízo que venha a fazer-se sobre o carácter usual da liberalidade, segundo as circunstâncias da época e as condições da própria sociedade, ou sobre a existência de um justificado interesse próprio, e que disporão apenas, no caso de esse juízo ser negativo, da possibilidade de accionar os membros do órgão de administração (e, se for o caso, a própria sociedade, ao abrigo do art. 6.º, n.º 5, do C. S. C.), verificados os pressupostos da responsabilidade civil pré-contratual⁽⁶⁴⁾. Argumentar com tal *deficit* de protecção não prova, porém, coisa nenhuma, pois este é o fadário de todo e qualquer regime jurídico — ser afirmação para um lado e negação para o outro. O legislador português entendeu que os interesses dos beneficiários de um acto gratuito praticado, com espírito de liberalidade e de forma desinteressada (sem o propósito de alcançar vantagens da contraparte ou de terceiros), por uma pessoa colectiva de fim lucrativo devem ceder perante os interesses dos credores dessa entidade, cujos direitos só podem genericamente satisfazer-se pelas forças do respectivo património, mercê do benefício da responsabilidade limitada atribuída aos sócios. Ora mesmo no plano do direito constituendo — que é a sede própria para se avaliar aquele argumento — não está dito, de forma alguma, que a opção não seja a justa.

Sobretudo não se invoquem as exigências da actividade mercantil, como se as sociedades comerciais se dedicassem febrilmente à prestação gratuita de garantias a dívidas de entidades não coligadas por via de uma relação de domínio ou de grupo⁽⁶⁵⁾, ou se o cutelo da responsabilidade civil que pesa sobre gerentes e administradores não fosse normalmente caução bastante da exis-

(64) Deixando de parte, por não ter aplicação ao caso da prestação nula de garantias, a tutela decorrente do instituto da posse, incluindo a possibilidade de usucapião do objecto traidado em execução do negócio.

(65) Talvez esta ideia seja fruto de uma prática forense enviesada, como sugere PEDRO DE ALBUQUERQUE (*Da prestação de garantias* cit., pág. 127), mas a verdade é que, embora alegadamente a título indicativo, este autor, relativamente a um período de 35 anos, não é capaz de citar mais do que cinco (!) arestos relativos a litígios causados por garantias societárias a dívidas de terceiros, sem que, para mais, a devedora tivesse neles provado (ou, ao que parece, sequer alegado), o respectivo carácter gratuito.

tência de um justificado interesse próprio por parte da sociedade garante.

O credor mais exigente tem bom remédio: basta que se disponha a pagar à sociedade garante um correspondente pela vantagem que lhe é propiciada, ou que exija prova segura de que a sociedade obteve uma contraprestação do devedor ou de outrém ou de que está em relação de domínio ou de grupo com o mesmo devedor. Se a garantia for gratuita, e provier de uma sociedade que não se encontra em relação de domínio ou de grupo com a devedora, deverá então ter noção de que a capacidade jurídica da garante está legalmente subordinada à existência de um justificado interesse próprio (dela garante) na prestação de garantia, pelo que deverá reclamar todos os elementos que lhe permitam aferir da presença desse interesse e o habilitem a comprová-lo, se vier a suscitar-se a questão da validade do acto. É ineliminável uma componente de incerteza? Seguramente. Mas se o credor, ciente do risco, resolve corrê-lo, *sibi imputet*: tudo perfeitamente *fair and square* ⁽⁶⁶⁾...

11. A terminar, vale a pena dedicar algumas linhas aos contornos das hipóteses em que a prestação gratuita de garantias cabe na capacidade da sociedade garante por respeitar a sociedade em relação de domínio ou de grupo.

A tal respeito, escrevemos no nosso artigo, em nota ⁽⁶⁷⁾:

“A nosso ver, intercedendo uma relação de domínio ou de grupo entre as sociedades garante e garantida, a lei presume *juris et de jure* a existência de um justificado interesse próprio. Note-se, porém, que a sociedade garante há-de necessariamente ser a sociedade dominante ou directora — sendo o caso o inverso, não vemos razão para que a existência do inte-

⁽⁶⁶⁾ Sempre se dirá, em todo o caso, que a noção de boa fé neste contexto nunca poderia obter-se por decalque da boa fé relevante no quadro dos arts. 260.º e 409.º do C. S. C., de modo a incluir, designadamente, a simples ignorância sem culpa, antes teria de consistir na convicção errónea, não censurável, da existência do requisito (não se olvide que a boa fé funcionaria aqui — ao invés do que ocorre naquelas outras disposições — como sucedâneo de um pressuposto da validade do negócio que ao terceiro incumbe alegar e provar).

⁽⁶⁷⁾ Concretamente na nota 28, a págs. 580.

resse se presume. 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 da restituição das entradas” (cfr. LUTTER, *in Kölner Kommentar* cit., anotação 75 ao § 57).

Esta posição foi objecto, também ela, de um ataque cerrado por parte de PEDRO DE ALBUQUERQUE, mas uma vez mais com argumentos frustes e insubsistentes.

À cabeça desses argumentos, está a afirmação de que “a lei (art. 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” (68), e de que, por isso, não deveria o intérprete distinguir.

O certo, todavia, é que o legislador utiliza a expressão “relação de domínio ou de grupo” um pouco acriteriosamente, pretendendo nuns casos conferir relevo à situação de *dependência* (é o caso, indiscutivelmente, do art. 510.º, n.º 2, do C. S. C.), noutros à situação de *domínio* e noutros ainda a ambas (69); a indagação da *mens legis* tem de fazer-se caso a caso, à luz dos cânones hermenêuticos gerais.

Destrincemos, então, na aplicação do art. 6.º, n.º 3, do C. S. C. (70), os casos de relação de domínio, por um lado, das situações de relação de grupo, por outro lado.

Quanto aos primeiros, aceita-se bem que o legislador tenha prescindido de averiguar concretamente da existência de um justificado interesse próprio do ente que presta a garantia, naquelas

(68) O radical cepticismo diante do argumento *a contrario* dá assim lugar a uma fé cega no brocardo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (que, como é sabido, é desmentido em toda e qualquer interpretação restritiva).

(69) Exemplo disto era o art. 525.º, n.º 2, al. *d*), do Código do Mercado de Valores Mobiliários, na sua redacção inicial (cfr. CARLOS OSÓRIO DE CASTRO, *Os casos de obrigatoriedade do lançamento de uma oferta pública de aquisição*, in *Problemas Societários e Fiscais do Mercado de Valores Mobiliários*, AA.VV., Edifisco, Lisboa 1992, pág. 57, nota 124).

(70) Quanto às implicações do princípio da restituição das entradas, cfr., *infra*, a nota 77.

hipóteses em que a mesma respeita a dívida de uma sociedade dependente. Isto, pelo menos, nos casos em que o instrumento que propicia o domínio seja uma participação no capital social, pois que, como é evidente, essa participação, que constitui um elemento do activo da sociedade garante, é valorizada pelo desempenho económico que a ajuda traduzida na garantia gratuita venha potenciar ou permitir. Há, digamos, na sugestiva expressão de JOÃO LABAREDA, uma “suposição legal de proveito mútuo na contracção ou manutenção da dívida garantida” (71).

Mas já não é correcto dizer o mesmo quando o dador da garantia é, ao invés, a sociedade dependente, a pretexto de que tanto a dominante tem interesse na sobrevivência e desenvolvimento da dominada, como esta o tem relativamente àquela (72). Não há nenhum interesse na subsistência e prosperidade da dominante por parte da dependente reconhecido por lei, pois que o contrário aniquilaria a máxima de que a actividade de cada sociedade deve visar o seu interesse social próprio, o qual jamais se poderá curvar perante o interesse da sociedade-mãe ou do conjunto formado por sociedade-mãe e sociedade filial, tomado como um todo (73). Seria, aliás, no mínimo peculiar que a protecção dos credores contra a diminuição da garantia patrimonial emergente de actos gratuitos não se estendesse às situações em que o beneficiário é precisamente aquele que, por dispor de uma influência dominante, se assume, naturalmente, como o destinatário mais *provável* das benesses esconjuradas (74).

(71) JOÃO LABAREDA, ob. cit., pág. 178

(72) Assim JOÃO LABAREDA, ob. lug. cit..

(73) Cfr. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os direitos dos sócios da sociedade-mãe na formação e direcção dos grupos societários*, Universidade Católica Portuguesa-Editora, 1984, págs. 148 e segs..

(74) Vem a jeito ressaltar que, no quadro do sistema jurídico alemão (§ 311 da *Aktiengesetz*), se admite o exercício da influência dominante sobre uma participada com vista à celebração, por esta, de um negócio desvantajoso ou à prática ou omissão de actos em seu prejuízo, mas sob condição de que os danos sejam compensados, sendo certo que o valor da compensação será justamente o da contraprestação que teria sido cobrada por uma sociedade independente, abatida do eventual correspondente efectivamente ajustado (cfr. KROPPF, in *AktG Kommentar*, de GEBLER, HEFERMEHL, ECKARDT E KROPPF cit., vol. VI, anotação 127 ao § 68).

Relativamente às sociedades em relação de grupo, o caso é antes o de que nós aceitamos que as sociedades subordinadas ou totalmente dominadas garantam gratuitamente dívidas, respectivamente, da sociedade directora ou dominante ⁽⁷⁵⁾, mesmo sem um “justificado interesse próprio”. Não dissemos, no nosso estudo, nada que contradiga ou brigue com esta ideia, já que nos limitámos a afirmar que não há razão para presumir um “justificado interesse próprio” da sociedade garante, quando esta se integra num grupo de sociedades e a garantia respeita à sociedade directora. A capacidade aqui decorre, não do art. 6.º, n.º 3, do C. S. C., mas da derrogação à exigência de um justificado interesse próprio decorrente da disciplina particular das sociedades em relação do grupo, e da secundarização do interesse social individual de cada um dos entes subordinados diante de uma vontade e interesse empresarial alheio, definido pela sociedade directora ⁽⁷⁶⁾ ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁵⁾ De novo por comodidade de exposição, passaremos a usar as designações “sociedade directora” e “sociedade subordinada” com um sentido que compreende não apenas essas sociedades, mas também respectivamente, a sociedade totalmente dominante e a sociedade totalmente dependente.

⁽⁷⁶⁾ Resta saber — mas não temos opinião formada sobre este ponto — se não faz sentido continuar a operar com o critério do “justificado interesse próprio”, no próprio seio de uma relação de grupo, fora do campo em que há um recuo na tutela do interesse individual, para viabilizar a emergência do interesse do grupo como valor hierarquicamente superior, tendo em conta que não há uma completa “dissolução da autonomia organizativo-corporativa de cada uma das sociedades componentes”. Dir-se-ia, então, que o interesse social individual da sociedade subordinada só cede o passo nas específicas hipóteses em que a prática do acto desvantajoso resulta de uma *instrução* da sociedade directora (art. 503.º, n.º 2, do C. S. C.), e no pressuposto de esta não contraria as limitações que a lei e eventualmente o contrato de subordinação imponham ao direito de dar instruções [no sentido de que o órgão de direcção da sociedade subordinada não pode orientar as suas decisões pela optimização do resultado do grupo, veja-se, no quadro do direito alemão (com a cautela imposta pelas importantes diferenças face à nossa legislação) entre outros, WURDINGER, in *AktG Großkommentar*, Walter de Gruyter, anotação 2 ao § 308, e GEBLER, in *AktG Kommentar*, de GEBLER, HEFERMEHL, ECKARDT e KROPFF cit., vol. VI, anotação 75 ao § 308 (a direcção da sociedade subordinada só pode apreciar o interesse desta sociedade: “a prossecução do interesse do grupo pode e deve ser deixada à mais competente cúpula do grupo”), embora o ponto seja controverso (veja-se, no sentido contrário, KOPPENSTEINER, *Kölner Kommentar* cit., anotação 48 ao § 308)]; e que, não havendo instrução validamente dada no sentido da prestação de uma garantia gratuita a débito da sociedade directora, a capacidade da sociedade garante para o acto continuaria a depender, em consequência, da existência de um seu justificado interesse próprio e individual. Refira-se ainda, num breve apontamento, que, ao contrário do que supõe PEDRO DE ALBUQUERQUE,

não se pode dizer “perfeitamente adquirida” — nem pouco mais ou menos — a “possibilidade (...) de manipulação dos lucros e fluxos financeiros, em razão de uma estratégia tributária do grupo”: atente-se no teor do art. 57.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, que confere à Direcção-Geral das Contribuições e Impostos o poder de efectuar correcções à matéria tributável, no caso de o contribuinte, em virtude das relações especiais com outra pessoa, estabelecer com ela condições diferentes das que seriam acordadas numa base *at arm's length* (e as soluções deste género, de resto, levam a que o direito fiscal seja até apontado como “a marvellous engine for ensuring corporate rectitude” — veja-se CONE, *in Yale Rep.* 23, 1976, 9).

(77) Quanto à questão da invalidade, por violação da proibição da restituição das entradas, da prestação de garantias a dívidas de um accionista da sociedade garante, quando a garantia subjaz um justificado interesse próprio (e o problema não é, portanto, de incapacidade), mas aquela sociedade não percebe uma remuneração no valor da que seria normalmente cobrada por uma entidade bancária, em atenção à solvabilidade do devedor e a outras circunstâncias atendíveis, salientamos que a nossa afirmação no sentido da nulidade não tinha em vista o caso de a garantia respeitar a uma sociedade directora (daí, aliás, a passagem “mesmo tratando-se de sociedade dominante” sem aludir a sociedades directoras ou totalmente dominantes — cfr. a citada nota 28 do nosso estudo). Há, porém, uma precisão a fazer: a nulidade só intervém quando a garantia é criada por contrato celebrado entre o devedor e o garante, a favor do credor, atento que nesta hipótese o garante pode opor a este todos os meios de defesa que lhe são próprios, entre os quais se inclui a nulidade do negócio jurídico constitutivo da garantia (cfr., quanto à fiança, o art. 637.º do C. Cv. e PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, vol. I, 2.ª edição, pág. 578); a nulidade já não intervém, por conseguinte, quando a garantia nasce de um contrato entre o garante e o credor, ainda que aquele esteja por esta via a cumprir uma obrigação assumida perante o devedor: nulo será, aqui, o próprio contrato que é fonte desse dever, mas essa invalidade não se comunica ao negócio em que o credor é parte (cfr., supra, nota 57). Esta é a única ressalva que se justifica, e não também a de que a proibição da restituição das entradas não vale no confronto do sócio dominante. Devolvemos à procedência a crítica formulada por PEDRO DE ALBUQUERQUE, segundo a qual a posição de LUTTER (citada na dita nota 28 do nosso estudo) “se encontra muito distante” de quanto lhe imputamos (*Da prestação de garantias cit.*, pág. 137, nota 137), em matéria dos chamados grupos de facto (isto é, de sociedades em relação de domínio), ponderado o que esse autor escreve a págs. 663 do KÖLLNER KOMMENTAR *cit.*. Mas o que LUTTER diz nesse lugar é que o § 311 da *Aktiengesetz* (que, recorde-se, legaliza o exercício da influência dominante para levar a participada à celebração de um negócio desvantajoso, sob condição de que o prejuízo seja compensado — *vide*, supra a nota 74) funciona como regra especial derogatória do § 57 (relativo à proibição da restituição das entradas), nestes termos: “um negócio jurídico ou uma medida desvantajosa para efeitos do § 311 não produzem (...) inicialmente as consequências jurídicas dos §§ 57, 58, V, 62. Mas isto (já) não vale, quando o § 311 não é aplicável (...), ou quando, sendo inicialmente aplicável, deixa posteriormente de o ser”, designadamente por não ser observado o § 311, 2, relativo à compensação obrigatória. E conclui dizendo: “os §§ 57, 58, V, e 62 serão aqui também aplicáveis”. Quer dizer: para LUTTER, a prestação de garantia a dívida da dominante sem que a sociedade garante receba o que um terceiro independente cobraria fica também submetida ao princípio da proibição da restituição das entradas se a dita sociedade dominante não vier a proceder à compensação; sabido que a nossa lei não consagra quaisquer disposições análogas às do § 311 da *Akten-*

gesetz e que a compensação, como já se viu, consiste, em geral, no pagamento da diferença entre a contraprestação recebida pela sociedade e a que seria praticada num negócio com um terceiro independente, parece-nos que tudo fica claro como água.