

PRESTAÇÃO DE GARANTIAS POR SOCIEDADES A DÍVIDAS DE TERCEIROS

Pelo Dr. Luís Serpa Oliveira

I — Introdução

A — Regime jurídico da prestação de garantias de modo profissional

1. A actividade de prestação de garantias por sociedades comerciais a dívidas de terceiros está sujeita ao regime jurídico constante do D.L. n.º 298/92, de 31 de Dezembro, quando tal prestação ocorra de modo habitual, isto é, quando faça parte da actividade da sociedade garante.

Na realidade, o n.º 2 do art. 8.º daquele diploma estabelece que “só as instituições de crédito e as sociedades financeiras podem exercer, a título profissional, as actividades referidas nas alíneas *b)* a *i)* do n.º 1 do artigo 4.º” — referindo-se logo a indicada alínea *b)*, a “operações de crédito, incluindo concessão de garantias e outros compromissos”.

Tratando-se, porém, de garantias prestadas sob a forma de seguro (designadamente seguro caução e fiança), as mesmas serão prestadas através de sociedades seguradoras, segundo o regime estabelecido pelo DL n.º 183/88, de 24 de Maio.

Verifica-se, assim, que às sociedades comerciais que não sejam instituições de crédito, sociedades financeiras ou sociedades seguradoras, está vedado o exercício, como actividade habitual, da actividade de concessão de garantias.

Ora, o tema objecto do presente estudo não se relaciona com a prestação de garantias por parte de sociedades comerciais no âmbito da respectiva actividade — logo, a título profissional (segundo a expressão do diploma de 1992) — mas, apenas, quando essa prestação ocorra de modo não enquadrável na actividade da sociedade garante — trata-se, pois, de matéria não subsumível no regime jurídico das instituições de crédito e das sociedades financeiras, aprovado pelo D.L. n.º 298/92.

Não deixaremos, contudo, de abordar a matéria relativa aos seguros caução, se bem que de modo breve.

B — Interesse de outras sociedades comerciais na prestação de garantias

2. Não sendo a prestação de garantias exercida por uma sociedade comercial no âmbito da respectiva actividade, logo a título profissional, é legítimo questionar-se quais as circunstâncias em que tais actos poderão ter interesse para a sociedade garante.

Neste domínio, é a própria lei que indica uma situação em que o interesse, em princípio, existirá, pelo menos por parte da sociedade garante, situação à qual é conferido estatuto de presunção legal — trata-se da situação em que existe, entre as sociedades, uma relação de domínio ou de grupo (cfr. art. 6.º, n.º 4 CSC).

Compreende-se que o legislador tenha procedido deste modo, uma vez que os tipos de relações indicados no preceito implicam que, entre as sociedades neles envolvidas, exista um relacionamento significativamente estreito, no qual existirá seguramente um interesse que, na maioria das situações, até poderá ser recíproco.

Para além destas situações, as sociedades comerciais só podem prestar garantias a dívidas de outras entidades quando “existir um justificado interesse próprio da sociedade garante” (idem).

A prática da actividade empresarial tem revelado que, em diversas situações, é usual a prestação de garantias por sociedades a dívidas de terceiros, na qual a sociedade garante tem justificado interesse próprio — são numerosos os acórdãos dos nossos tribunais superiores sobre situações desse tipo, tendo-se pronunciado favoravelmente ao interesse da sociedade garante muitos desses

arestos, designadamente em casos de sociedades produtoras que concedem mútuos a outras sociedades, seus fornecedores ou clientes, de modo a assegurarem tanto o abastecimento como a venda dos seus produtos (1).

II — Capacidade das sociedades comerciais

A — Capacidade genérica

3. O tema ora em análise está incluído na matéria relativa à capacidade das sociedades, que é regulada pelo art. 6.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC), nos seguintes termos:

«1. A capacidade da sociedade compreende os direitos e as obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim, exceptuados aqueles que lhe sejam vedados por lei ou sejam inseparáveis da personalidade singular.

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

3. Considera-se contrária ao fim da sociedade 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 sociedade em relação de domínio ou de grupo.

4. As cláusulas contratuais e as deliberações sociais que fixem à sociedade determinado objecto ou proibam a prática de certos actos não limitam a capacidade da sociedade, mas constituem os órgãos da sociedade no dever de não excederem esse objecto ou de não praticarem esses actos.

5. A sociedade responde civilmente pelos actos ou omissões de quem legalmente a represente, nos termos em que os comitentes respondem pelos actos ou omissões dos comissários.»

(1) Neste sentido, PEDRO ALBUQUERQUE, "Da prestação de garantias por sociedades comerciais a dívidas de outras entidades", ROA, 1997, I, p. 127. Em sentido oposto, CARLOS OSÓRIO DE CASTRO, "Da prestação de garantias por sociedades comerciais a dívidas de outras entidades", ROA, 1996, II, p. 584.

Daqui resulta, de imediato, que o preceito constante do n.º 1 reproduz, com ligeiras alterações, os preceitos do art. 160.º do Código Civil, o que determinou, nalguma doutrina, a consideração de que também o CSC consagrava o critério da especialidade, isto é, “as pessoas colectivas são criadas para a prossecução de fins determinados; enquanto as pessoas singulares podem dirigir-se a todas as categorias de fins imagináveis” (2).

Tal entendimento, como veremos, foi afastado, não só para as sociedades comerciais, como para as próprias pessoas colectivas, dada a inoperacionalidade do princípio da especialidade, “quando se procura demarcar a capacidade das pessoas colectivas” (3).

4. o afastamento deste princípio resulta da própria concepção de *fim* das sociedades comerciais, o qual, para alguns sectores da doutrina, deve ser encarado como o lucro que as sociedades comerciais têm em vista (4), enquanto, para outros sectores, “o fim da sociedade comercial é (...) o desempenho de uma actividade produtiva, susceptível de gerar lucros que possam ser repartidos” (5).

Assim, e com base no disposto no art. 980.º do Código Civil, este último sector da doutrina comercialista tem entendido que “se pode delimitar um fim mediato e um fim imediato das sociedades” (6), sendo o primeiro o já referido *desempenho de uma actividade produtiva, susceptível de gerar lucros que possam ser repartidos*, enquanto o segundo, o fim imediato, é a *própria actividade desenvolvida pela sociedade*, através da qual irá gerar os lucros, os quais só ganham relevo pelo facto de surgirem “como o resultado do fim imediato” (7).

Ora, na sequência desta distinção entre fim mediato e fim imediato, os mesmos autores entendem que é o fim imediato “a razão de ser da atribuição da personalidade jurídica colectiva” (8),

(2) OLIVEIRA ASCENSÃO, Direito Comercial, IV, Sociedades Comerciais, Lisboa, p. 47.

(3) *Idem, idem.*

(4) CARLOS OSÓRIO DE CASTRO, *op. cit.*, p. 578.

(5) OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 24.

(6) *Idem, idem.*

(7) PEDRO ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 100.

(8) *Idem*, p. 101.

pelo que, quer o art. 160.º CC, quer o n.º 1 do art. 6.º CSC, “limitam-se a afirmar, positivamente, a capacidade das colectividades para serem titulares de direitos e estarem adstritas às obrigações necessárias à prossecução dos respectivos fins” (9).

Assim, afirma Oliveira Ascensão que, “tirando o que é excluído por natureza ou disposição de lei, praticamente todas as situações jurídicas se podem apresentar como prossecução dos fins das sociedades, e portanto enquadradas na sua capacidade de direito” (10).

Consequentemente, enquanto o preceito constante do n.º 1 do art. 6.º CSC se reporta à capacidade das sociedades comerciais, os dos n.ºs 2, 3 e 4, referem-se, como veremos, à vinculação dessas sociedades (11).

5. Ora, sendo a capacidade das sociedades comerciais determinada em função dos fins prosseguidos por essas sociedades, daqui resulta, forçosamente, que essa capacidade seja genérica, e não específica (12), apenas restringida pela existência de direitos e obrigações que “lhe sejam vedados por lei ou sejam inseparáveis da personalidade singular” (cfr. n.º 1 do art. 6.º CSC).

Assim, importa determinar o fim imediato de qualquer sociedade para apurar os direitos e obrigações que lhe assistem — é, portanto, uma determinação efectuada em concreto (13).

Mas, uma vez que o fim imediato tem em vista o desenvolvimento de uma actividade capaz de gerar lucros que possam ser repartidos, pode-se concluir que a capacidade é delimitada, de modo indirecto certamente, em função da susceptibilidade de gerar lucros, isto é, com base num critério económico.

Ora, segundo cremos, é exactamente este o motivo que levou o legislador a consagrar no n.º 2 do art. 6.º CSC que “as liberalidades que possam ser consideradas usuais, segundo as circunstân-

(9) *Idem*, p. 104.

(10) OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 24.

(11) Neste sentido, PEDRO ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 104.

(12) Neste sentido, PEDRO ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 96, bem como os autores aí citados.

(13) Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 47.

cias da época e as condições da própria sociedade, não são havidas como contrárias ao fim desta”.

É que, afigura-se-nos, tais liberalidades, apesar de não serem imediatamente geradoras de lucros, contribuem, de modo assinalável, para que esses lucros venham a surgir — lembremo-nos das ofertas que, habitualmente no Natal, muitas empresas fazem a clientes e fornecedores, bem como a prática, também muito em voga, que algumas empresas seguem de patrocínio de competições desportivas, actos de preservação e divulgação do património cultural e de protecção do ambiente, que, não sendo geradores de lucros imediatos, contribuem, através do aumento do prestígio das empresas envolvidas, para a boa imagem pública que influenciará o mercado ⁽¹⁴⁾.

Através dos exemplos que indicamos verifica-se que, não sendo o lucro o objectivo imediato de tais actos, ele é, sem dúvida, o objectivo mediato dos mesmos, pelo que se pode concluir que não deixa de ser um critério económico que, seguramente, lhes preside, o que nos reconduz à tese defendida por Pedro Albuquerque, segundo a qual “o fim lucrativo a que se refere o art 980.º do Código Civil supõe uma empresa, sendo a ordenação à empresa o critério decisivo da personificação” ⁽¹⁵⁾.

B — Vinculação das sociedades por actos dos seus órgãos

6. O afastamento do princípio da especialidade, no tocante à capacidade das sociedades comerciais, não resultou apenas, como já referimos (supra, p. 392), da própria concepção de fim dessas sociedades — é que a própria sujeição do ordenamento jurídico português às normas comunitárias teve assinalável importância

⁽¹⁴⁾ Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, op. cit., p. 28, onde, designadamente, afirma: “assim, se a sociedade realiza a liberalidade para obter a redução de impostos, ou para conseguir publicidade, ou para melhorar a sua imagem perante o público, há de qualquer modo um interesse económico que nos permite dizer que não é prejudicado o fim lucrativo da empresa”.

⁽¹⁵⁾ Op. cit., pp. 100-101.

nessa matéria, determinando a construção jurídica relativa ao fim das sociedades comerciais, acabada de mencionar.

Efectivamente, a 1.^a Directiva do Conselho da Comunidade Europeia sobre Direito das Sociedades determinou, através do seu art. 9.º, que viesse a ser afastado o princípio da especialidade, relativamente à capacidade das sociedades comerciais. O teor desse art. 9.º é o seguinte:

«1.º Os actos realizados pelos órgãos sociais obrigam a sociedade relativamente a terceiros, mesmo quando tais actos são estranhos ao objecto social, a menos que excedam os poderes que a lei confere ou permite conferir aos referidos órgãos. Todavia, os Estados membros podem estabelecer que a sociedade não seja obrigada quando tais actos superem os limites do objecto social, se ela provar que os terceiros sabiam que o acto superava os ditos limites ou não podiam ignorá-lo, consideradas as circunstâncias, ficando excluído que a publicação dos estatutos, só por si, baste para constituir tal prova.

2.º Embora publicadas, as limitações de poderes dos órgãos sociais, que resultem dos estatutos ou de uma decisão dos órgãos competentes, não são oponíveis a terceiros.

3.º Se a legislação nacional previr que o poder de representar a sociedade possa, em derrogação da regra da lei sobre o assunto, ser atribuído pelo estatuto a uma só pessoa ou a várias pessoas agindo conjuntamente, o mesmo preceito pode estabelecer que ela se refira ao poder geral de representação da sociedade ; a oponibilidade a terceiros de uma disposição estatutária dessa espécie é disciplinada pelo artigo 3.º».

Dos preceitos incluídos neste artigo resulta, segundo Pedro Albuquerque, quanto “à vinculação das sociedades por actos dos seus órgãos, uma solução baseada, essencialmente, na teoria alemã da aparência, mitigada por uma limitada e eventual relevância do objecto social” (16).

(16) “A vinculação das sociedades comerciais por garantias de dívidas de terceiros”, ROA, Dez. 1995, p. 692.

Ora, a regra constante da primeira parte do n.º 1 deste art. 9.º, à qual é reconhecido carácter imperativo ⁽¹⁷⁾, foi transposta para o n.º 4 do art. 6.º CSC, preceito que, conjugado com o disposto nos arts. 260.º e 409.º CSC — o primeiro relativo às sociedades por quotas e o segundo às sociedades anónimas —, implica que a sociedade se possa desvincular dos actos praticados pelos seus órgãos de representação, “se provar que o terceiro sabia ou não podia ignorar, tendo em conta as circunstâncias, que o acto praticado não respeitava essa cláusula e se, entretanto, a sociedade o não assumiu, por deliberação expressa ou tácita dos sócios”, quotistas ou accionistas (n.º 2 dos arts. 260.º e 409.º).

Esta possibilidade que o legislador confere às sociedades por quotas e anónimas é, como vimos, a adopção, por parte do legislador português, da possibilidade conferida pela segunda parte do n.º 1 do transcrito art. 9.º da directiva comunitária.

Daqui resulta, pois, que actos praticados por órgãos da sociedade que revistam carácter *ultra vires*, só podem deixar de ser imputados à sociedade, no caso de esta conseguir provar que o terceiro conhecia o carácter *ultra vires* desses actos ⁽¹⁸⁾. Trata-se, conseqüentemente, do afastamento da doutrina dos actos *ultra vires*, operada, no ordenamento jurídico-comercial português, através do Código das Sociedades Comerciais.

A justificação para esta opção, designadamente por parte do legislador comunitário (e, conseqüentemente, pelo legislador nacional), resulta, claramente, da necessária rapidez dos negócios e da segurança do tráfego mercantil e societário, assim inculindo aos terceiros de boa-fé a confiança necessária no que toca à legitimidade e eficácia dos actos que as sociedades comerciais praticam, desobrigando-os de complexas operações de indagação quanto à capacidade dessas sociedades para praticarem tais actos, bem como do interesse que neles tenham e, ainda, dos poderes de que disponham os órgãos sociais respectivos ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ Neste sentido, PEDRO ALBUQUERQUE, op. cit., p. 693.

⁽¹⁸⁾ Neste sentido, PEDRO ALBUQUERQUE, op. cit., p. 697.

⁽¹⁹⁾ Neste sentido, PEDRO ALBUQUERQUE, op. cit., pp. 702-704.

7. Verifica-se, assim, que o n.º 1 do art. 6.º CSC contém uma regra geral quanto à capacidade das sociedades comerciais, inspirada no art. 160.º do Código Civil, e que os n.ºs 2 a 5 contêm particularidades que, não constituindo excepção àquela regra, se referem a matéria de vinculação de actos praticados por essas sociedades, resultantes da submissão do ordenamento jurídico português às normas comunitárias — segundo Pedro Albuquerque “os n.ºs 2.º, 3.º, 4.º e 5.º do preceito em análise surgem com o fito de clarificar dúvidas suscitadas antes da entrada em vigor do CSC e para as quais a norma geral contida no Código Civil não fornecia resposta categórica” (20).

C — Capacidade para a prática de liberalidades

8. Da norma contida no n.º 2 do art. 6.º CSC resulta que as sociedades comerciais têm capacidade para praticar liberalidades “que possam ser consideradas usuais, segundo as circunstâncias da época e as condições da própria sociedade”.

Ora, como já vimos (supra, p. 394), são frequentes as situações em que sociedades comerciais praticam liberalidades que são usuais — quer segundo as circunstâncias da época, quer de acordo com as condições da própria sociedade —, seja através de ofertas a clientes e fornecedores, seja mediante patrocínio de eventos desportivos, culturais, ou apoio de actos de preservação e divulgação do património cultural e de protecção do meio ambiente.

Tais actos têm, como referimos então, um inegável interesse económico, ou por serem susceptíveis de “obter a redução de impostos, ou para conseguir publicidade, ou para melhorar a sua imagem perante o público” (21). É evidente que, sendo objectivo imediato qualquer um dos que acabam de ser indicados, se trata de actos que, reflexa ou indirectamente, se repercutem na actividade da sociedade e, conseqüentemente, nos lucros que ela é susceptível de gerar.

Daí que, segundo cremos, tais liberalidades não sejam contrárias ao fim da sociedade, tal como expressamente dispõe o n.º 2 do

(20) Op. cit., p. 696.

(21) OLIVEIRA ASCENSÃO, op. cit., p. 28.

art. 6.º CSC, e que, por isso, sejam enquadráveis na capacidade da sociedade comercial.

III — Vinculação das sociedades por garantias a dívidas de terceiros

A — Quando tenham um interesse próprio na prestação da garantia

9. Já analisámos anteriormente (supra, p. 394-396) a matéria referente à vinculação das sociedades comerciais por actos praticados pelos seus órgãos, designadamente quando se trata de actos *ultra vires*, tendo-se então concluído que, em regra, as sociedades ficam vinculadas por tais actos, a menos que consigam provar que o terceiro conhecia, ou não podia ignorar, tratar-se de actos *ultra vires*.

Importa agora abordar a matéria relacionada com a prestação de garantias, por parte das sociedades comerciais, a dívidas de outras entidades, matéria regulada no n.º 3 do art. 6.º CSC, que dispõe o seguinte:

«Considera-se contrária ao fim da sociedade 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 sociedade em relação de domínio ou de grupo».

Constata-se, pois, que a regra é a da incapacidade de as sociedades comerciais prestarem garantias a dívidas de outras entidades, existindo, porém, duas excepções:

- 1.^a — a sociedade garante ter justificado interesse próprio na garantia que se dispõe a prestar;
- 2.^a — a sociedade garante e a outra entidade, também ela uma sociedade ⁽²²⁾, estarem em relação de domínio ou de grupo.

Abordaremos, de seguida, a primeira excepção.

(22) Salvo, naturalmente, as situações, previstas no n.º 2 do art. 483.º CSC, em que a relação de domínio indirecto possa ocorrer através de pessoa singular.

10. Como já referimos (*supra*, p. 390), são frequentes as situações em que sociedades comerciais prestam garantias a dívidas de terceiros, sobretudo a fornecedores ou clientes, com vista a assegurarem tanto o abastecimento como a venda dos seus produtos. Em diversos desses casos, a jurisprudência tem-se pronunciado favoravelmente ⁽²³⁾. O que bem atesta da existência de interesse próprio da sociedade garante na prestação de garantias a dívidas de outras entidades, o que, aliás, não é difícil de compreender.

É que, segundo cremos, o interesse da sociedade garante consistirá, seguramente, em contribuir para evitar, ou minorar, dificuldades dos seus fornecedores ou clientes, que podem, com grande margem de certeza, vir a reflectir-se no sucesso da sua própria actividade — é, segundo pensamos, um relevante interesse da sociedade garante que, apesar de não ser só seu, tem para ela uma tal relevância que o pode tornar num interesse próprio, se bem que não exclusivo.

E, para nós, será o órgão de administração da sociedade que estará em melhores condições para apurar a verificação desse interesse próprio da sociedade, pois é ele que conhece, com suficiente profundidade, os respectivos negócios.

Daí fazer todo o sentido que, decidindo o órgão de administração pela prestação de garantia a terceiro, seja imputado à sociedade garante o respectivo acto de concessão da garantia, mesmo que esse tipo de actos ultrapasse o objecto da sociedade ⁽²⁴⁾.

Poderá, quando muito, a sociedade exigir responsabilidade pessoal aos membros do órgão de administração (tratando-se de garantia indevidamente prestada), mas já não poderá invocar, perante o terceiro, a existência de qualquer limitação para a prática de tais actos (a menos, naturalmente, que consiga provar que o terceiro sabia, ou não podia ignorar, essas eventuais limitações), sob pena de pôr em risco as necessárias certeza e confiança indispensáveis ao tráfico jurídico-comercial.

Na realidade, é o órgão de administração da sociedade que, como afirmámos, tem condições para apurar se esta tem interesse

⁽²³⁾ Ver nota (1)

⁽²⁴⁾ Neste sentido, PEDRO ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 705-706.

próprio na prestação da garantia, bem como se lhe interessa, ou não, dar a conhecê-lo. Imputar ao terceiro, ou ao destinatário da garantia, uma tal averiguação, significaria obrigá-los a complexas operações para as quais não têm qualquer vocação, nem legitimidade, e, conseqüentemente, esvaziaria de conteúdo o preceito do n.º 3 do art. 6.º CSC, tornando-o letra morta ^(24-a).

B — Quando estejam em relação de domínio ou de grupo

11. Passemos, então, à segunda excepção prevista no n.º 3 do art. 6.º CSC.

Existindo uma relação de domínio ou de grupo entre a sociedade garante e o terceiro, o interesse poderá, até, ser recíproco, dado que as sociedades envolvidas mantêm um relacionamento significativamente estreito — daí que, segundo cremos, esta segunda excepção contida no n.º 3 do art. 6.º CSC revista carácter de presunção desse interesse.

Nas relações de domínio ou de grupo — reguladas nos arts. 486.º e ss. e 488.º ss., respectivamente — os objectivos empresariais dominantes são os do grupo, definidos pela sociedade-mãe, ficando as demais sociedades numa situação praticamente idêntica à de uma sucursal ou departamento sem individualidade jurídica ⁽²⁵⁾.

Em contrapartida, a sociedade-mãe assume, através dos diversos mecanismos legalmente consagrados, responsabilidades face às sociedades dominadas, ou do grupo, aos respectivos credores e, quando existam, aos designados sócios livres, o que não impede, de modo algum (nem sequer em termos legais), que uma das sociedades-filhas preste à sociedade-mãe uma garantia por dívidas por esta contraídas, mesmo tratando-se de relação de grupo de facto, como são as reguladas pelos arts. 486.º e 487.º CSC ⁽²⁶⁾.

^(24-a) Neste sentido, PEDRO ALBUQUERQUE, op. cit., pp. 705-706.

⁽²⁵⁾ Neste sentido, PEDRO ALBUQUERQUE, "Da prestação...", ROA, ano 1997, p. 138 e ENGRÁCIA ANTUNES, Os Grupos de Sociedades, Coimbra, 1993, p. 97.

⁽²⁶⁾ Neste sentido, PEDRO ALBUQUERQUE, op. cit., pp. 136-143.

É, quanto a nós, este o sentido que resulta do facto de o legislador não ter consagrado quaisquer limitações quando estabeleceu, no n.º 3 do art. 6.º CSC, a existência de relações de domínio ou de grupo como causa justificativa para a prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades (27).

12. Podemos, pois, concluir que o preceito do n.º 3 do art. 6.º CSC é, sem dúvida, uma norma que proíbe a prática de certos actos (a prestação de garantias reais ou pessoais a dívidas de outras entidades, não existindo justificado interesse próprio da sociedade garante, nem existindo relação de domínio ou de grupo entre esta e a entidade garantida), mas não limita a capacidade das sociedades comerciais, uma vez que lhes imputa a titularidade do acto praticado, desde que se verifique a existência de interesse próprio da sociedade garante na prestação da garantia, ou que ocorra uma relação de domínio ou de grupo, entre esta sociedade e a entidade garantida.

IV — Apreciação judicial do interesse da sociedade garante na prestação de garantias

13. Como já referimos (supra, p. 393-394), a sociedade garante só poderá deixar de ficar vinculada à garantia prestada, se conseguir provar, nos termos do disposto nos arts. 260.º e 409.º CSC, consoante se trate de sociedade por quotas ou de sociedade anónima, “que o terceiro sabia ou não podia ignorar, tendo em conta as circunstâncias” (n.º 2 daqueles artigos), que o acto praticado não respeitava uma determinada cláusula, do contrato social ou de deliberação dos sócios (accionistas ou quotistas), a qual, nestes casos, será, forçosamente, a inexistência de interesse próprio da sociedade garante na prestação de tal garantia.

Ora, como então afirmámos, não cabe ao terceiro indagar se, na garantia prestada, a sociedade garante tem interesse próprio — os motivos resultam do facto de os terceiros, tanto a entidade

(27) Neste sentido, PEDRO ALBUQUERQUE, op. cit., p. 136.

garantida, como o destinatário da garantia, não disporem de meios, nem de legitimidade, para apurar o interesse que, de acordo com a actividade social da sociedade garante, esta possa ter na prestação da garantia ⁽²⁸⁾.

Assim, deverá ser a sociedade garante que, em acção judicial para o efeito instaurada contra o terceiro de má fé, terá de provar que este tinha conhecimento da irregularidade do acto — ou, pelo menos, que não a podia ignorar —, tendo em conta as circunstâncias, assim se desvinculando aquela sociedade de um acto *ultra vires*, praticado pelo seu órgão de administração para além dos respectivos poderes — cremos estar afastada, tal como resulta do disposto no n.º 2 dos arts. 260.º e 409.º CSC, a possibilidade de os tribunais conhecerem officiosamente a má fé dos terceiros ⁽²⁹⁾.

Nos termos do n.º 2 dos artigos indicados, a desvinculação da sociedade garante está limitada à inexistência de deliberação, expressa ou tácita, tomada pelos sócios, quotistas ou accionistas, que implique a assumpção da prestação da garantia em causa.

Na ausência de má fé de terceiros, resta à sociedade garante exigir responsabilidade pessoal aos membros do seu órgão de administração, tal como resulta do disposto na parte final do n.º 3 do art. 6.º CSC.

V — Prestação de garantias enquanto actividade da própria sociedade garante

14. Tal como referimos na introdução a este trabalho (supra p. 389), a actividade de prestação de garantias por sociedades comerciais a dívidas de terceiros está sujeita ao regime constante do DL n.º 298/92, de 31 de Dezembro, quando tal prestação ocorra de modo habitual, isto é, no caso de fazer parte da própria actividade da sociedade garante.

⁽²⁸⁾ Neste sentido, PEDRO ALBUQUERQUE, op. cit., p. 131 e “A vinculação...”, ROA, Dez. 1995, p. 709.

⁽²⁹⁾ Neste sentido, PEDRO ALBUQUERQUE, “A vinculação...”, ROA, Dez. 1995, p. 709.

As sociedades abrangidas pelo regime jurídico respectivo são apenas as instituições de crédito e as sociedades financeiras (cfr. art. 8, n.º 2 do mencionado diploma), mas se a prestação dessas garantias se verificar sob a forma de seguro, a sociedade garante terá de ser sociedade seguradora, tal como resulta do regime estabelecido pelo DL n.º 183/88, de 24 de Maio.

Uma vez que a prestação de garantias por parte de instituições de crédito e de sociedades financeiras está sujeita a um regime jurídico específico, relativamente ao qual não se suscitam relevantes questões relacionadas com o tema do presente trabalho, entendemos não ser pertinente efectuar qualquer abordagem ao mesmo.

Já quanto à prestação de garantias sob a forma de contrato de seguro, e por se tratar de uma actividade pouco relevante no nosso país (o segundo contrato de seguro caução efectuado em Portugal ocorreu através de uma seguradora francesa, em 1993, cujo objecto consistiu na produção de uma telenovela portuguesa, tendo sido acompanhado pelo autor deste trabalho, e, posteriormente, tanto quanto julgamos saber, funcionou como precedente em apenas duas ou três produções similares), cremos justificar-se uma breve análise, designadamente no que toca às formas que esses contratos podem revestir, bem como aos tipos de sociedades garantantes intervenientes.

15. A celebração de seguros caução está sujeita ao regime jurídico estabelecido pelo DL n.º 183/88, de 24 de Maio, nos termos do qual se trata de uma actividade cuja exploração está sujeita, subsidiariamente, às disposições das normas sobre seguros em geral (cfr. art. 1.º, n.º 1) — constantes do DL n.º 102/94, de 20 de Abril —, as quais estabelecem que essa actividade só pode ser explorada por “instituições financeiras que têm por objecto exclusivo o exercício da actividade de seguro directo ou de resseguro” (art. 8.º, n.º 1 do diploma de 1994).

Assim, as instituições de crédito e as sociedades financeiras estão afastadas da exploração da actividade de seguros caução — por não terem como objecto exclusivo o exercício dessa actividade — ficando a mesma restrita às empresas seguradoras.

Nos termos do indicado diploma de 1988, sobre seguros de crédito, “no seguro-caução compreende-se o seguro-caução

directa e indirecta e ainda o seguro-fiança e o seguro-aval” (art. 1.º, n.º 5).

Assim, as sociedades de seguros (e apenas elas) podem prestar cauções, na forma de fiança e aval, através de contratos de seguro especificamente celebrados para o efeito, seguindo o regime do DL n.º 183/88, de 24 de Maio.

Não se suscitam aqui, as questões, anteriormente analisadas, do interesse da empresa na prestação da garantia, uma vez que tal interesse, segundo se nos afigura, resultará directamente da própria actividade da sociedade garante, cujo objecto abrange necessariamente a exploração da actividade de seguros caução.

Mas importa, porém, analisar a eventualidade de as seguradores prestarem garantias autónomas, o que faremos de imediato, se bem que sumariamente.

16. Tal como se encontra moldado pela legislação respectiva (o já referido DL n.º 183/88, de 24 de Maio), o seguro caução tem em vista cobrir, “directa ou indirectamente, o risco de incumprimento ou atraso no cumprimento das obrigações que, por lei ou convenção, sejam susceptíveis de caução, fiança ou aval” (art. 6.º, n.º 1).

Daí ser “celebrado com o devedor da obrigação a garantir ou com o contragarante a favor do respectivo credor” (art. 9.º, n.º 2) e ser possível ao segurado “ceder o direito à indemnização ou transmitir a sua posição contratual a terceiro, nos termos gerais de direito e nas condições previstas na apólice” (idem, n.º 3).

É, como se constata, uma garantia que está intimamente ligada à obrigação garantida, apesar de, formalmente, surgir sob a forma de contrato.

17. Do regime legal respectivo podemos retirar os seguintes elementos do seguro caução:

A) Essenciais:

1 — um contrato base celebrado entre o tomador do seguro e o segurado (beneficiário), e pelo qual o tomador se obriga a fornecer certos bens ou serviços ou a executar determinada obra (a obrigação também pode resultar de disposição legal) — art. 6.º, n.º 1;

2 — um contrato de seguro pelo qual:

- a) uma das partes (tomador do seguro) encarrega uma seguradora de constituir uma garantia ao seu credor (beneficiário) — art. 6.º, n.º 1;
- b) a seguradora (garante) se compromete a pagar, a favor do beneficiário, determinadas quantias — art. 6.º, n.º 1;

3 — afastamento da possibilidade de indemnização de lucros cessantes e de danos não patrimoniais — art. 12.º.

B) Acessórios:

1 — subordinação da eficácia do seguro a condição — art. 8.º, n.º 2;

2 — possibilidade de o segurado ceder o direito à indemnização ou transmitir a sua posição contratual a terceiro, nos termos gerais de direito e nas condições previstas na apólice — art. 9.º, n.º 3.

18. Do n.º 1 do art. 6.º deste diploma de 1988 resulta claramente que o objecto do seguro caução consiste em determinado resultado (e não na satisfação da obrigação assumida pelo tomador do seguro), que é cobrir “o risco de incumprimento ou atraso no cumprimento” de obrigações — não há, pois, a obrigação de assegurar o cumprimento de uma obrigação alheia (isto é, o seu cumprimento específico), apenas o incumprimento, ou atraso no cumprimento, dessa obrigação ⁽³⁰⁾.

E, naturalmente, a cobertura desse risco consiste no pagamento, ao beneficiário, de uma indemnização (n.º 2 do art. 7.º). Daqui se pode concluir que, em rigor, a obrigação de indemnizar, que originariamente cabe ao tomador do seguro (o devedor, no contrato-base), é transferida para a seguradora garante que “assegura ao beneficiário um certo resultado — regra geral, o cumprimento correcto e pontual da obrigação do devedor — responsabilizando-se *pelo risco* da não produção desse resultado através da

⁽³⁰⁾ Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELES, “Garantia Bancária Autónoma”, in O Direito, 1988, III-IV, pp. 282-286.

promessa de entrega de uma quantia pecuniária determinada, nos termos e condições acordadas, ao beneficiário” (31).

Quanto às obrigações cujo incumprimento, ou atraso no cumprimento, podem ser garantidas por seguro caução, o mesmo preceito do art. 6.º delimita-as àquelas “obrigações que, por lei ou convenção, sejam susceptíveis de caução, fiança ou aval”.

Não resulta daqui, segundo cremos, que o seguro caução siga o regime geral da caução (arts. 623.º ss. CC), da fiança (arts. 627.º ss. CC) ou do aval (arts. 30.º a 32.º e 77.º da Lei Uniforme sobre Letras e Livranças e arts. 25.º a 27.º da Lei Uniforme sobre Cheques), conforme o tipo de seguro a efectuar, pois a referência a essas garantias serve para delimitar, como se afirmou, as obrigações que podem ser garantidas por seguro caução — cremos, até, que esta garantia tem mais semelhanças com o penhor (arts. 666.º a 685.º CC) do que com as garantias indicadas no n.º 1 do art. 6.º.

Em todo o caso verifica-se, quanto a nós, que o seguro caução se aproxima particularmente da garantia autónoma, sendo, como ela, uma garantia forte e segura, mas podendo não revestir a característica de garantia automática, ou à primeira vista, nos casos em que seja subordinada a condição (n.º 2 do art. 8.º).

É que pode a condição implicar que a entrega da indemnização ao beneficiário não seja imediata, assim se afastando a automaticidade característica da garantia autónoma, implicando, quando muito, reduzir a eficácia da sua autonomia, mas não afastá-la — “autonomia e automaticidade são coisas distintas : a primeira, presente em toda a garantia bancária autónoma, impede o garante de invocar excepções relativas ao contrato-base, enquanto que a segunda, própria da modalidade automática, isenta o beneficiário de provar o pressuposto do seu direito contra o banco”. (32).

Para além de quanto acabamos de referir, afigura-se, ainda, que o seguro caução, mesmo nos casos de ausência de condição, corresponde à noção que alguns autores têm formulado para as garantias autónomas — “aquelas que «pela sua natureza constituam negócios separados dos contratos em que possam ser basea-

(31) FRANCISCO CORTEZ, “A Garantia Bancária Autónoma — Alguns problemas”, In ROA, 1992, II, p. 608.

(32) FRANCISCO CORTEZ, op. cit., p. 539.

dos»” (33) —, pois, apesar de pressupor, como elemento essencial, a existência de um contrato-base celebrado entre o tomador do seguro e o segurado, é um negócio “separado do contrato em que possa estar baseado”.

Esse contrato é a causa da garantia, mas é dela independente, pois a entidade garante assumiu o risco pelo incumprimento (ou “atraso no cumprimento”), e não a obrigação em si, que foi assumida no contrato — segundo o Prof. Calvão da Silva, “a garantia autónoma não é desprovida de causa, mas apenas dela se encontra desligada (...) o contrato de garantia autónoma só é admitido se tiver causa de que se autonomize e independentize” (34).

A própria noção formulada pelo Prof. Galvão Telles — “a garantia pela qual o banco que a presta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de alegada inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato-base), sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com esse mesmo contrato” (35) — sendo mais pormenorizada, abrange o seguro caução, desde que se proceda às necessárias adaptações terminológicas.

Este autor refere, inclusivamente, que “aparecem por vezes empresas seguradoras a prestar garantias deste tipo” (36) — garantias autónomas.

Se compararmos algumas das características específicas da garantia autónoma com as do seguro caução, poderemos chegar a idêntica conclusão.

“Em torno da garantia bancária autónoma surgem, pelo menos, três relações jurídicas:

- a) uma relação a que o banco é estranho e que se trava entre os sujeitos da obrigação garantida, de ora em diante designados por credor principal e devedor principal, geralmente tendo por fonte um contrato (o chamado contrato-base);

(33) MANUEL CASTELO BRANCO, “A Garantia Bancária Autónoma no Âmbito das Garantias Especiais das Obrigações”, in ROA, 1993, I, p. 71.

(34) JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Estudos de Direito Comercial”, Almedina, 1996, p. 43.

(35) Op. cit., p. 283.

(36) Idem, p. 281. No mesmo sentido, FRANCISCO CORTEZ, op. cit., p. 513, nota (1).

- b) relação entre o devedor principal (dador da ordem, ordenador, garantido) e o banco;
- c) relação entre o banco e o beneficiário (credor principal)” (37).

Se substituirmos as referências a *banco* por *seguradora*, verificamos que as relações jurídicas que envolvem a garantia bancária são em tudo idênticas às que envolvem o seguro caução.

Por outro lado, “vejamos a garantia bancária autónoma à luz das *classificações de obrigações e de prestações*.

A obrigação em causa na figura objecto de estudo é uma obrigação simples, relativa, secundária e pura.

Simples, porque não se pode decompor em várias obrigações. *Relativa*, por ao direito do credor principal corresponder um dever do banco. *Secundária*, na medida em que visa reforçar o funcionamento da obrigação que o dador da ordem assumiu perante o credor beneficiário. *Pura*, uma vez que apresenta uma componente estritamente creditícia.

A conduta a que o beneficiário tem direito é uma prestação de coisa, indivisível, fungível, determinada e instantânea.

De coisa, dado que o banco deve entregar ao credor certo montante em dinheiro. *Indivisível*, em virtude de o pagamento fraccionado prejudicar o interesse do credor (que escolheu a solução da garantia bancária autónoma por a considerar simultaneamente mais próxima da satisfação completa e menos morosa). *Fungível*, porque o que importa é a entrega duma quantia em dinheiro, independentemente de quem o faça. *Determinada*, já que, no momento da constituição da obrigação, o quantitativo que o banco se obriga a liquidar é conhecido (pelo menos, o limite máximo). *Instantânea*, porque o cumprimento se concretiza num só momento (o da verificação do pagamento)” (38).

Se, também aqui, procedermos à substituição do termo *banco* por *seguradora*, concluiremos que as classificações apresentadas são igualmente aplicáveis ao seguro caução.

(37) JORGE DUARTE PINHEIRO, “Garantia Bancária Autónoma”, in ROA, 1992, II, p. 421.

(38) *Idem, idem*, p. 421.

Assim, será de concluir que o seguro caução, mesmo quando provido de condição, nos termos do disposto no art. 8.º, n.º 2 do DL n.º 183/88, de 24 de Maio, é susceptível de ser classificado como garantia autónoma, uma vez que o respectivo regime jurídico é, em grande medida, praticamente um decalque do das garantias bancárias autónomas, cujas características fundamentais acolheu, exceptuando, naturalmente, a forma respectiva enquanto o seguro caução segue a forma de contrato de seguro (“aquele em que uma das partes, o segurador, compensando segundo as leis da estatística um conjunto de riscos por ele assumidos, se obriga, mediante o pagamento de uma soma determinada a, no caso de realização de um risco, indemnizar o segurado pelos prejuízos sofridos, ou, tratando-se de evento relativo à pessoa humana, entregar um capital ou renda, ao segurado ou a terceiro, dentro dos limites convencionalmente estabelecidos, ou a dispensar o pagamento dos prémios tratando-se de prestação a realizar em data determinada”⁽³⁹⁾), “o contrato do banco com o devedor principal é um mandato sem representação”⁽⁴⁰⁾.

19. Aqui chegados, cremos ser possível concluir que o seguro caução é uma verdadeira garantia autónoma — já que se reveste das principais características desta — cuja consagração legal resultou, quanto a nós, do facto de o legislador ter pretendido que o sector segurador passasse a explorar actividades que, até então, cabiam exclusivamente ao sector bancário (através das designadas garantias bancárias — consideradas verdadeiras garantias autónomas), assim contribuindo para incrementar a competitividade entre estes dois sectores financeiros, e fazendo-o através de um regime jurídico absolutamente idêntico ao das garantias bancárias (excepto no tocante à possibilidade de a eficácia do seguro caução poder ficar sujeita a condição, situação que lhe retira a característica de garantia automática, mas permanecendo como

⁽³⁹⁾ J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*, Lisboa, 1971, pp. 23-24, apud JORGE DUARTE PINHEIRO, *op. cit.*, pp. 432-433.

⁽⁴⁰⁾ JORGE DUARTE PINHEIRO, *op. cit.*, p. 434 — a classificação do contrato celebrado entre o banco e o devedor principal como mandato, feita por este autor, não é pacificamente aceite na doutrina, tal como resulta das diversas posições doutrinárias mencionadas por FRANCISCO CORTEZ, *op. cit.*, pp. 526-527.

garantia autónoma), acolhendo instrumentos aos quais manteve, inclusivamente, diversas características específicas das garantias bancárias autónomas, ressalvando apenas a diferença quanto à forma destas duas garantias.

Todavia, dado que a actividade seguradora está sujeita ao princípio da tipicidade (cfr. arts. 7.º e 8.º do DL n.º 94-B/98, de 17 de Abril, tal como os arts. 7.º e 8.º do DL n.º 102/94, de 20 de Abril, revogado pelo primeiro diploma), uma vez que as empresas seguradoras só podem desenvolver essa actividade nos ramos legalmente previstos, em função da autorização administrativa que lhes é concedida para a exploração dessa actividade (cfr. art. 10.º, n.ºs 2 e 3 do DL n.º 94-B/98, de 17 de Abril), afigura-se-nos que tais empresas estão impedidas de prestar garantias bancárias autónomas, sob pena de exorbitarem os termos da autorização concedida e, conseqüentemente, de violação do regime jurídico respectivo, ficando sujeitas às sanções estabelecidas no DL n.º 94-B/98, de 17 de Abril, bem como no DL n.º 298/92, de 31 de Dezembro (diploma que aprovou o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras), em especial, segundo cremos, à sanção que consta da alínea *a*) do art. 211.º deste último diploma (considerada “infracção especialmente grave”, punida com coima de 500.000\$00 a 500.000.000\$00, quando praticada por “ente colectivo”), relativa à prática não autorizada de operações reservadas às instituições de crédito ou sociedades financeiras — independentemente, como referimos, de o seguro caução se dever considerar como verdadeira garantia autónoma.

Tratou-se, com efeito, da criação de um regime jurídico específico, com influência e muito próximo do das garantias bancárias (que não está sujeito a diploma legal próprio, mas a um conjunto de regras uniformes internacionalmente adoptado, aprovado em 1978 pela Câmara de Comércio Internacional, com sede em Paris ⁽⁴¹⁾), no qual se manteve, como regra, o princípio da tipicidade, também válido para o sector bancário, o qual impede a utilização dos respectivos instrumentos pelo sector concorrente, apesar de assumirem a mesma natureza jurídica.

(41) MANUEL CASTELO BRANCO, *op. cit.*, p. 71.

VI — Conclusões

20. Chegados a este ponto, afigura-se podermos formular as seguintes conclusões:

- 1.^a — A 1.^a Directiva comunitária sobre direito das sociedades estabeleceu, no seu art. 9.º, a regra da vinculação à sociedade dos actos praticados pelos seus órgãos sociais, dentro das competências que a lei lhes confere ou permite conferir, mesmo que tais actos sejam considerados *ultra vires*;
- 2.^a — Em consequência desta regra, e do modo como ela foi transposta para o direito nacional, a doutrina passou a considerar que, em matéria de capacidade das pessoas colectivas existe uma atribuição genérica, mesmo que, para determinados actos de um certo tipo, a pessoa colectiva careça de legitimidade — a determinação, em concreto, de tais actos, apura-se através do fim imediato da pessoa colectiva ou da sociedade comercial, sendo a legitimidade respectiva atribuída em concreto;
- 3.^a — Assim, é desadequado afirmar, pelo menos em tese geral, que as pessoas colectivas e, em especial, as sociedades comerciais estão sujeitas a uma incapacidade, podendo suceder, em casos muito determinados, que exista apenas um desvio em relação ao fim da pessoa colectiva, já que a respectiva capacidade é genérica e não específica;
- 4.^a — É esta tese que sustenta a vinculação às sociedades comerciais de determinados actos, como é o caso das liberalidades previstas no n.º 2 do art. 6.º CSC, bem como da concessão de garantias a dívidas de outras entidades, prestadas quando a sociedade nelas tenha um justificado interesse próprio, ou esteja em relação de domínio ou de grupo com a entidade garantida;
- 5.^a — A sindicabilidade do interesse próprio da sociedade garante na prestação da garantia está afastada (a menos que exista má fé de terceiro), quer por parte dos terceiros envolvidos, quer officiosamente pelo tribunal, uma vez que nem uns nem outros dispõem de meios, nem de

- legitimidade, para avaliar se, em função dos negócios da sociedade garante, tal interesse seria justificável;
- 6.^a — Existindo má fé de terceiro, a sociedade garante pode desvincular-se do acto praticado, cabendo-lhe provar que o terceiro sabia, ou não podia ignorar, que, tendo em conta as circunstâncias, se tratava de um acto desprovido de interesse para a sociedade e, por isso, ilegítimo — estando vedado, para o sucesso dessa desvinculação, que, além disso, os sócios (quotistas ou accionistas) assumam o acto *ultra vires*, mediante deliberação, expressa ou tácita;
- 7.^a — A prestação de garantias enquanto actividade da própria sociedade garante pode ocorrer através de garantias autónomas (para além das previstas no Código Civil) que, no caso das entidades bancárias, são as garantias bancárias autónomas e, no caso das entidades seguradoras, são os seguros caução, vigorando, em ambos os casos, o princípio da tipicidade.

BIBLIOGRAFIA

- CARLOS OSÓRIO DE CASTRO, “Da Prestação de Garantias por Sociedades Comerciais a Dívidas de Outras Entidades”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1996, II, p. 565;
- FRANCISCO CORTEZ, “A Garantia Bancária Autónoma — Alguns Problemas”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1992, II, p. 513;
- INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “Garantia Bancária Autónoma”, *Revista O Direito*, 1988, 111-IV, p. 275;
- JORGE DUARTE PINHEIRO, “Garantia Bancária Autónoma”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1992, II, p. 417;
- J. A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Almedina, 1993;
- J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, Vol IV, Sociedades Comerciais, Lisboa, 1993;
- JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*, Almedina, 1996;
- MANUEL CASTELO BRANCO, “A Garantia Bancária Autónoma no Âmbito das Garantias Especiais das Obrigações”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1993, I, p. 61;
- PEDRO ALBUQUERQUE
- “A Vinculação das Sociedades Comerciais por Garantia de Dívidas de Terceiros”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1995, III, p. 689;
- “Da Prestação de Garantias por Sociedades Comerciais a Dívidas de Outras Entidades”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1997, I, p. 69;