

## VI.1 O plano das relações obrigacionais

Como foi anteriormente visto, ao conjunto de normas da Lei n.º 112/97, de 16 de Setembro, que regulam o procedimento administrativo de concessão de garantias pessoais pelo Estado ou por outro ente público abrangido pelo diploma em questão, contrapõe-se um segundo conjunto, o qual regula os efeitos da concessão de garantias pessoais por aqueles sujeitos, ou seja, o conjunto de normas que estatuem quanto às obrigações que vinculam o Estado aos sujeitos beneficiários das garantias e às instituições de crédito. Cabe de seguida analisar este “segundo nível” do Regime Jurídico das Garantias Pessoais do Estado.

## VI.2 As modalidades de garantias a conceder: a fiança e o aval – a questão da taxatividade e as formas da sua concessão

Durante a vigência da Lei n.º 1/73, discutia-se se o “aval do Estado” se identificava com a fiança, com o aval cambiário<sup>1</sup>, se consistia em género<sup>2</sup> ou espécie<sup>3</sup> de garantia pessoal. Por muito relevante que essa discussão pudesse ser no âmbito da lei anteriormente vigente, a Lei n.º 112/97 não concede margem para dúvidas acerca desta questão. A lei deixa de se referir a “aval” para falar em “garantias pessoais”, enquanto no seu art. 7.º vem referir expressamente que “O Estado adoptará na concessão de garantias pessoais a fiança ou o aval”. Daqui nasce contudo uma outra questão, nomeadamente a de saber se a enumeração do art. 7.º quanto às garantias a conceder pelo Estado é ou não taxativa, ou melhor, se a norma que se retira deste enunciado normativo tem um sentido deóntico de imposição (e, logicamente, de proibição do seu contrário) ou de permissão.

<sup>1</sup> VASCO SOARES DA VEIGA, *Direito Bancário*, Coimbra, 1994, pp. 261 ss. ou ANSELMO DA COSTA FREITAS, *O Aval do Estado – Natureza Jurídica e Efeitos*, in *Boletim da Ordem dos Advogados* (23), 1984, p. 4

<sup>2</sup> RAÚL VENTURA, *O Aval ...*, p. 68. e ALBERTO LUÍS, *Direito Bancário*, Coimbra, 1985, pp. 177 ss.

<sup>3</sup> MOUTEIRA GUERREIRO, *Aval do Estado*, in *DJAP*, Coimbra, 1990, assim como o muito referido parecer n.º 220/81 da Procuradoria Geral da República

Como salienta PAZ FERREIRA, ao longo do período de vigência da Lei n.º 1/73, “a evolução das técnicas de financiamento e o alargamento dos campos de actuação do Estado conduziram a uma significativa diversificação do elenco de garantias pessoais, nalguns casos através de via legislativa e noutros, pelo mero surgimento de novas figuras fácticas resultantes de inovações surgidas na prática dos mercados financeiros”<sup>4</sup>; assim o Estado garantia operações financeiras entre outros sujeitos através de uma panóplia de figuras: fianças, sub-fianças e retro-fianças, mandatos de crédito, avales cambiários ou garantias autónomas (simples e *on first demand*), para além da emissão de cartas de conforto. A Lei n.º 112/97, a qual disciplina a concessão de toda e qualquer garantia pessoal por parte do Estado, apenas faz contudo referência ao aval e à fiança, pelo que se coloca obviamente a questão de saber se o elenco destas modalidades é ou não taxativo. A resposta parece-me dever ser afirmativa.

Mesmo entendendo que o princípio da especialidade (art. 160.º n.º 1 CC) vigora para as pessoas colectivas em geral e, portanto, também para as pessoas colectivas públicas<sup>5</sup> – sendo assim a capacidade de ser titular de situações jurídicas de direito privado das pessoas colectivas públicas função das suas atribuições<sup>6</sup> – e sendo dado assente que relativamente às pessoas colectivas de população e território (no que aqui interessa, quanto ao Estado), estas apresentam uma enorme extensão – certamente abarcando fins como o fomento da economia e da criação de riqueza por sujeitos privados – e, portanto, entendendo-se que à partida os sujeitos públicos poderiam, no exercício da sua autonomia privada, recorrer a qualquer modalidade de garantia pessoal existente – parece porém que essa liberdade de conformação é restringida pelo art. 7.º da Lei n.º 112/97. A indeterminação do enunciado em questão não permite, é certo, que se o afirme concludentemente. Contudo, pode sustentar-se esta posição, fundamentalmente através de um argumento genético, com base nos trabalhos preparatórios e num argumento sistemático, baseado

<sup>4</sup> EDUARDO PAZ FERREIRA, *O Aval* ..., p. 92.

<sup>5</sup> SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia* ..., p. 522.

<sup>6</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia* ..., p. 523, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra, 1980, p. 217, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga* ..., pp. 199 ss.

na relação da norma constante do art. 7.º com a constante do art. 24.º da Lei n.º 112/97.

O primeiro destes argumentos tem como premissa o facto de ter sido intenção do legislador histórico limitar à fiança e ao aval as modalidades de garantias pessoais a que o Estado e as demais pessoas colectivas públicas abrangidas pela lei em questão poderiam recorrer. Esta asserção pode ser confirmada através da leitura dos trabalhos preparatórios da Lei n.º 112/97 e da observação da evolução do preceito em causa ao longo do seu trajecto desde proposta do grupo de trabalho até à sua modificação e aprovação pela Assembleia da República.

Do projecto de regime legal, apresentado pelo grupo de trabalho constituído pelo Despacho do Ministro das Finanças n.º 447/96-XIII de 8 de Outubro, constava a seguinte disposição:

**“Artigo 6.º – modalidades de garantias pessoais**

1 – O Estado pode conceder garantias pessoais através de qualquer modalidade admitida em Direito.

2 – Sem prejuízo do disposto no número anterior, o Estado privilegiará, na concessão de garantias pessoais, a fiança e o aval.”

Na proposta de lei n.º 92/VII apresentada à Assembleia da República a 8 de Maio de 1997, por sua vez encontra-se o seguinte:

**“Artigo 7.º – modalidades de garantias pessoais**

1 – O Estado adoptará, na concessão de garantias pessoais, a fiança ou o aval.

2 – Sem prejuízo do disposto no número anterior e em casos devidamente fundamentados, o Estado pode conceder garantias pessoais através de outras modalidades admitidas em direito.”

Aqui nota-se já que a progressão dos trabalhos se fez no sentido de restringir as modalidades a utilizar pelo Estado na concessão de garantias pessoais. Enquanto antes havia uma regra geral que permitia o recurso a “qualquer modalidade admitida em direito”, havendo depois uma indicação de mera preferência pelas figuras da fiança e do aval, na proposta feita

pelo Governo à Assembleia da República, a regra geral é a da restrição das modalidades à fiança e ao aval cambiário, enquanto o n.º 2 do artigo em questão permite que “em casos devidamente fundamentados” – o que dá, sem dúvida, uma ideia de excepcionalidade – o Estado recorra a “outras modalidades admitidas em Direito”. Contudo, esta proposta consideravelmente mais restritiva e da qual resultava enquanto regra geral a taxatividade das modalidades de garantias pessoais a que o Estado poderia recorrer (ou, vendo pelo prisma inverso, o da excepcionalidade do recurso a qualquer modalidade que não a fiança e o aval cambiário), não coincide com o texto que veio a ser aprovado pela Assembleia da República.

A versão que ficou consagrada na lei, tal como já foi referido é:

**“Artigo 7.º – modalidades de garantias pessoais**

O Estado adoptará na concessão de garantias pessoais a fiança ou o aval”

Com a discussão e aprovação no Parlamento mantém-se o texto correspondente à regra geral que apontava no sentido da taxatividade. Só que enquanto na versão contida na proposta de lei do Governo esta taxatividade era suavizada por uma norma excepcional que “em casos devidamente fundamentados” permitia o recurso a outras modalidades, esta norma viria a desaparecer após a passagem do diploma pela Assembleia da República. Realce-se neste sentido ainda o uso da palavra “adoptará” e não “privilegiará”, como constava do art. 6.º n.º 2 da proposta de grupo de trabalho. Pelo que acaba de ser dito, parece-me seguro afirmar que foi intenção do legislador histórico a de consagrar um sistema de taxatividade.

É certo que a relevância interpretativa de argumentos genéticos é muito discutida entre a doutrina<sup>7</sup> e que a sua invocação oferece especiais

<sup>7</sup> LARENZ, embora afirme que entre os critérios de interpretação “não existe qualquer relação hierárquica fixa”, vem atribuir um papel meramente “complementar” aos critérios histórico-teleológicos, sendo antes decisivos os critérios teleológico-objectivos (Cfr. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, 1989, p. 417). Na doutrina portuguesa, no mesmo sentido, veja-se OLIVEIRA ASCENSÃO, o qual nega aos trabalhos preparatórios “valor decisivo”, remetendo-os para “elementos auxiliares da

problemas<sup>8</sup>, mas, para além de não encontrar aqui argumentos em sentido contrário, a asserção de que o art. 7.º pretende restringir as modalidades de garantias pessoais que o Estado pode conceder à fiança e ao aval cambiário é ainda sustentada por um argumento sistemático: a regra constante do art. 24.º do Regime Jurídico das Garantias Pessoais do Estado estatui que, supletivamente, será sempre aplicado às garantias especiais atribuídas pelo Estado, o regime da fiança previsto no Código Civil, a não ser quando a garantia seja prestada através da assinatura de títulos cambiários, casos em que o regime supletivo será o constante da LULL e da LUC, ou seja, o do aval cambiário. Embora esta norma não implique por si só a restrição das modalidades de garantias pessoais a conceder à fiança e ao aval, dada a sua supletividade – sendo portanto apenas aplicável nos espaços deixados livres pelo regime da Lei n.º 112/97 e pelo próprio acto de concessão da garantia –, o estabelecimento de um regime supletivo que corresponde necessariamente ao da fiança ou ao do aval cambiário apresenta-se como argumento a favor da taxatividade.

interpretação” (Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, Coimbra, 2002, p. 398). Contudo, afirmar – como muitas vezes se faz – que a moderna Teoria do Direito dá sempre prevalência a considerações de índole teleológico-objectivas está longe da precisão: refiram-se a este propósito, em sentido contrário, autores com a relevância de ROBERT ALEXY – que apesar de negar a possibilidade de construção de um “*Stufenkatalog*” na atribuição de relevância aos diferentes argumentos interpretativos, sustenta que a vinculação ao direito vigente implica “um maior peso *prima facie*” dos argumentos semânticos e genéticos (Cfr. ROBERT ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, 1983, pp. 304-305) – ou RICCARDO GUASTINI, que, de modo mais radical, defende que “apelar à vontade da lei, enquanto coisa distinta da (relativamente) concreta vontade do legislador histórico, e especialmente quando se trata de leis recentes, não é mais do que um modo de iludir, de deixar de lado ou de sabotar a política jurídica perseguida pelos órgãos legislativos, substituindo-a pela política jurídica do intérprete” (Cfr. RICCARDO GUASTINI, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, Mexico, 1999, p. 34).

<sup>8</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation* ..., pp. 291-294, KARL LARENZ, *Metodologia* ..., pp. 395 ss. e OTA WEINBERGER, *Rechtslogik*, Wien, 1970, pp. 219 ss. Note-se contudo que muitas das dificuldades apontadas por estes autores não se fazem sentir – ou pelo menos verificam-se com uma decrescida acuidade – na situação sob análise.

Portanto, tendo em conta o sentido retirado do art. 7.º, o seu enunciado normativo é reversível<sup>9</sup> a “nos casos de concessão de uma garantia pessoal pelo Estado, este *deve* (*é imposto*) recorrer às figuras da fiança ou do aval cambiário” ou “nos casos de concessão de uma garantia pessoal pelo Estado, este *não deve* (*é proibido*) recorrer a outras modalidades que não a fiança ou o aval cambiário”: as modalidades a que o Estado pode recorrer restringem-se assim às “garantias pessoais clássicas”<sup>10</sup>. Esta é aliás a posição defendida por JANUÁRIO DA COSTA GOMES<sup>11</sup>, MARIA LEONOR DA CUNHA TORRES<sup>12</sup> e JORGE COSTA SANTOS<sup>13</sup>.

Ligada à questão das modalidades de garantias pessoais admissíveis está inevitavelmente a das formas da sua concessão, tal como definidas pelo art. 17.º n.º 2. De acordo com este artigo, três serão as formas pelas quais o Director-Geral do Tesouro – e *ex vi* art. 3.º, qualquer outro órgão competente para o efeito – poderá conceder garantias pessoais. Estas são: (a) a outorga nos contratos de que resultem as obrigações garantidas, (b) a emissão de declaração de garantia autenticada com o selo branco da Direcção-Geral do Tesouro e (c) a assinatura de títulos representativos das obrigações a garantir.

<sup>9</sup> Sobre a reversibilidade dos enunciados normativos, DAVID DUARTE, *A Norma da Legalidade* ..., pp. 64 ss.

<sup>10</sup> JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *A Fiança no Quadro das Garantias Pessoais – Aspectos de Regime*, in Estudos de Direito das Garantias I, Coimbra, 2004, p. 12.

<sup>11</sup> JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, Coimbra, 2000, p. 75, onde se pode ler que “Houve claramente o propósito de [...] limitar os modos de prestação de garantia pessoal às garantias pessoais típicas (fiança e aval cambiário)”. Cfr. também JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *A Chamada «Fiança ao Primeiro Pedido»*, in Estudos de Direito das Garantias I, Coimbra, 2004, p. 159 nt. (99) onde o autor salienta a não existência de um *numerus clausus* em sede de garantias pessoais, afirmando de seguida que “situação diversa será, no caso do direito português, o da prestação de garantias pessoais pelo Estado”.

<sup>12</sup> MARIA LEONOR DA CUNHA TORRES, *Garantias Pessoais* ..., pp. 139 ss. A autora sustenta a sua posição com o argumento teleológico – pouco saturado, aliás – de que teria sido objectivo da lei impedir a concessão de figuras sem regime legal definido e restringir as modalidades das garantias concedidas àquelas face às quais existe uma maior tradição e experiência. Cfr. MARIA LEONOR DA CUNHA TORRES, *Garantias Pessoais* ..., pp. 142 ss.

<sup>13</sup> JORGE COSTA SANTOS, *Garantias* ..., pp. 352 ss.

Resulta antes de mais claro – como ALBERTO LUÍS aliás já salientava a propósito da lei anterior – que “destas três formas, só a terceira corresponde (...) a um aval”<sup>14</sup>. No mesmo sentido, RAÚL VENTURA salienta que aqui não se “trata apenas de uma questão de forma, sem repercussão no regime jurídico das garantias prestadas”<sup>15</sup>, pelo menos no que concerne à última das formas, uma vez que “o facto de ser aposta uma assinatura num título de crédito sujeita o acto a um regime jurídico próprio do título assinado”<sup>16</sup>. Sendo a garantia prestada pelo Estado através da assinatura do título representativo das operações a garantir o regime supletivo é – de acordo com o art. 24.º – o dos arts. 30.º e seguintes LULL ou 25.º e seguintes LUC, obviamente consoante a modalidade de título de crédito de que se trate.

As fianças concedidas pelo Estado serão portanto celebradas através da outorga no contrato do qual resultam as obrigações garantidas ou através de declaração de garantia autenticada com o selo branco da Direcção Geral do Tesouro. A norma constante do art. 17.º n.º 2 vem assim afastar o regime da fiança do Estado do regime geral da fiança, tal como resultante dos arts. 627.º CC e seguintes, em dois pontos: o da sua estrutura negocial e o relativo ao requisito de forma contido no art. 628.º n.º 1 CC. O primeiro deles prende-se com a possibilidade de a fiança do Estado se constituir por negócio jurídico unilateral (art. 17.º n.º 2, *segunda parte*). Apesar de em nenhuma das disposições do Código Civil se encontrar alusão ao carácter unilateral ou bilateral do negócio constitutivo da fiança, tem sido opinião maioritária a de que o negócio jurídico que dá origem à fiança terá necessariamente carácter bilateral<sup>17</sup>, ancorando-se esta posição principalmente no disposto pelo art. 457.º CC. A possibilidade de o Director-Geral do Tesouro constituir o Estado como

<sup>14</sup> ALBERTO LUÍS, *Direito Bancário* ..., p. 177.

<sup>15</sup> RAÚL VENTURA, *O Aval* ..., pp. 70 ss.

<sup>16</sup> *Idem*... Naturalmente que isto não preclude que o aval seja subscrito em folha anexa, uma vez que esta ainda se inclui “na materialidade do título de crédito”. Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *direito comercial (vol III) – Títulos de Crédito*, Lisboa, 1982, p. 165.

<sup>17</sup> Neste sentido, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção* ..., p. 388, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantia das Obrigações*, Coimbra, 2006, pp. 118-119 e *Direito das Obrigações*, II, Coimbra, 2006, p. 327, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, Lisboa, 1988, pp. 510-511 ou PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, Coimbra, 2006, pp. 86 ss, entre outros.

fiador através de uma declaração unilateral, prevista na lei através do art. 17.º n.º 2, constitui assim um afastamento da fiança do Estado do regime geral da fiança. No entanto, o art. 17.º n.º 2 admite ainda, na sua primeira parte, a concessão da fiança através da outorga nos contratos de que resultam as obrigações garantidas, caso em que, como é óbvio, se trata de um negócio jurídico plurilateral. O segundo aspecto em que o art. 17.º n.º 2 vem afastar a fiança do Estado do regime geral da fiança previsto no Código Civil prende-se com a condição necessária de validade relativa à forma da declaração de vontade do fiador estabelecida pelo art. 628.º n.º 1: quanto à fiança do Estado concedida através da outorga no mesmo documento de que constam as declarações negociais do credor e do devedor principal, não basta que a declaração do Estado-fiador revista a mesma forma daquela que é *legalmente exigida* para a constituição da obrigação principal, é necessário que aquela conste *do mesmo documento* de que constam as declarações negociais do credor e do devedor principal, mesmo quando estes decidam adoptar uma forma mais solene do que a legalmente prescrita<sup>18</sup>. Já nos termos da segunda parte do art. 17.º n.º 2 existe uma total autonomia da forma da declaração negocial do Estado face à forma das declarações negociais do contrato que dá origem à obrigação garantida.

Tudo isto pressupõe naturalmente um reparo prévio, nomeadamente o de que não é correcto afirmar que “a vinculação do Estado avalista se opera nos termos da lei com o acto de autorização do Ministro das Finanças, sendo o acto da Direcção-Geral do Tesouro um mero acto de execução ou de cumprimento de determinação superior”<sup>19</sup>. Só o acto de con-

<sup>18</sup> Levanta dúvidas a hipótese, concerteza meramente académica, de o contrato celebrado entre credor e devedor principal, sendo consensual, não ser sujeito pelas partes a forma voluntária. Nestes casos, parece que o Director-Geral do Tesouro não poderá conceder a garantia do modo previsto na primeira parte do art. 17.º n.º 2. Tendo a palavra “outorgar” o sentido de “dar, conceder, conferir formalmente” (Cfr. DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA CONTEMPORÂNEA DA ACADEMIA DAS CIÊNCIAS DE LISBOA, II, Lisboa, 2001, p. 2701.), “dar, conceder, por escrito” (Cfr. NOVO AURÉLIO SÉCULO XXI – DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA, Rio de Janeiro, 1999, p. 1465), esta norma parece dirigir-se apenas a situações em que o contrato celebrado entre credor e devedor seja sujeito a forma escrita ou mais solene.

<sup>19</sup> Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República de 26 de Agosto de 1983. Disponível online em <http://www.dgsi.pt>.

cessão – e não o acto de autorização – poderá vincular a pessoa colectiva pública que concede a garantia perante o sujeito de direito – privado ou público – que beneficia da garantia. Aliás, isto mesmo é expressamente defendido por COSTA FREITAS, na sua crítica ao já referido Parecer da PGR, no qual afirma que “o despacho de autorização não vincula formalmente o Estado, não materializa o aval. Trata-se [...] de um acto prévio à constituição do aval: é um pressuposto da constituição válida do aval”. Isto decorre do que acima foi dito quanto ao acto de autorização.

Analisado o art. 7.º da Lei n.º 112/97 e tendo-se concluído pela taxatividade das modalidades de garantias pessoais que o Estado pode conceder aí referidas e tendo sido abordadas também as formas da sua concessão nos termos do art. 17.º n.º 2 da mesma Lei<sup>20</sup>, cabe de seguida precisar o alcance dessa afirmação.

Antes de mais, esta taxatividade não exclui certamente as figuras da subfiança e da retrofiança, uma vez que estas são espécies da fiança (*tout court*) que têm a sua *differentia specifica* na natureza da obrigação garantida: a subfiança é uma fiança “prestada para garantia da obrigação do fiador [...] perante o credor”<sup>21</sup>, enquanto a retrofiança consiste numa fiança “destinada a garantir o eventual crédito que o fiador venha a adquirir sobre o devedor em consequência da sub-rogação legal que se opera, caso venha a satisfazer essa obrigação”<sup>22</sup>. Elas são apenas “hipóteses especiais de fiança”<sup>23</sup>, pelo que à sua concessão pelo Estado não obsta o art. 7.º<sup>24</sup>: a norma constante deste artigo vem restringir as modalidades de garantias pessoais que o Estado pode conceder – e nos casos em questão, trata-se tão só de fianças – e não delimitar as obrigações cuja garantia é admissível ao abrigo do regime traçado pela Lei n.º 112/97. Já quanto às situações em que o Estado encarregue determinado sujeito de conceder crédito a outrem em nome e por conta desse encarregado, se afastará a

<sup>20</sup> Parece-me contudo de salientar que a taxatividade apenas diz respeito às *garantias pessoais* e não a todas as garantias das obrigações. Designadamente, a concessão de *garantias reais* é em absoluto estranha à norma constante do art. 7.º, não podendo esta ser chamada para fundamentar uma resposta à questão da admissibilidade daquelas.

<sup>21</sup> LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, II, Coimbra, 2006, p. 328.

<sup>22</sup> *Idem*.

<sup>23</sup> Como dizia ADRIANO VAZ SERRA, *Fiança e Figuras Análogas*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça n.º 71, Lisboa, 1957, p. 27.

<sup>24</sup> Expressamente em sentido contrário, JORGE COSTA SANTOS, *Garantias ...*, p. 354.

estatuição da norma correspondente ao art. 629.º n.º 1 CC: não por o art. 7.º se opor a esta vinculação do Estado – a uma vinculação enquanto fiador, como decorre do regime geral do mandato de crédito -, mas em virtude dos arts. 17.º e 2.º, segundo os quais o Estado só se constituirá validamente garante através das formas previstas naquele artigo e seguindo o procedimento administrativo apropriado. Por fim, e ainda tratando das figuras próximas da fiança, pode-se questionar a admissibilidade da concessão pelo Estado das chamadas fianças ao primeiro pedido: a questão estará aqui em saber se nesta figura se verifica ainda o requisito da acesoriedade ou não, sendo este ponto controverso na doutrina. O art. 7.º não impede o afastamento de regras supletivas do regime da fiança desde que isto não descaracterize o tipo de garantia pessoal em questão, pelo que a questão aqui será a de saber – e esta questão transcende o âmbito do presente estudo – se a fiança ao primeiro pedido é ainda uma fiança<sup>25</sup>, ou se nestes casos “já não se está perante uma fiança em sentido legal”<sup>26</sup>.

Levanta-se de seguida a questão de saber se o art. 7.º consubstancia um obstáculo à emissão de cartas de conforto pelo Estado. Pela expressão “carta de conforto” entende-se uma missiva dirigida a uma instituição de crédito por uma entidade a fim de facilitar a pretensão – normalmente, uma pretensão de obtenção de crédito – de uma terceira entidade<sup>27</sup>. Tendo esta figura nos grupos de sociedades o seu “domínio por excelência”<sup>28</sup>, não é naturalmente daí exclusiva, não sendo inédita a emissão de cartas de conforto pelo Estado ou por outras entidades públicas. A doutrina que se tem debruçado sobre a Lei n.º 112/97 tem-se pronunciado no sentido de que estas seriam proibidas pelo art. 7.º<sup>29</sup>. Não me parece que a afirmação seja de subscrever. Aliás, tendo em conta a diversidade de realidades reconduzíveis a este “*Sammelbegriff*”, para

<sup>25</sup> Neste sentido, PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento...*, p. 110.

<sup>26</sup> PETER BYDLINKSI, *Moderne Kreditsicherheiten und zwingendes Recht*, in *Archiv für die zivilistische Praxis* (190), Tübingen, 1990, p. 169.

<sup>27</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO *Das Cartas de Conforto no Direito Bancário*, Lisboa, 1993, p. 11 ou ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Sobre as Cartas de Conforto na Concessão de Crédito*, in *Ab Vno Ad Omnes – 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, p. 415.

<sup>28</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Sobre as Cartas...*, p. 415.

<sup>29</sup> Nomeadamente, MARIA LEONOR DA CUNHA TORRES, *Garantias Pessoais...*, pp. 144-145 e JORGE COSTA SANTOS, *Garantias Pessoais...*, p. 354.

responder à questão da admissibilidade, face à norma constante do art. 7.º, da emissão de cartas de conforto pelo Estado, parece imprescindível entre elas distinguir: a resposta – como seria de esperar, dada essa diversidade – não será unívoca.

A primeira distinção a fazer aqui é aquela que se traduz na classificação das cartas de conforto em *fortes e fracas*, ou seja, na classificação das cartas de conforto em função do lado da “linha de fronteira entre [...] a juridicidade e [...] mundo da mera cortesia, da intercedência de favor, da simples honorabilidade ética dos compromissos”<sup>30</sup> em que se situam. No segundo destes casos, não havendo qualquer vinculação jurídico-negocial, não há qualquer garantia pessoal – sendo estas apenas, como dizem ROMANO MARTINEZ/FUZETA DA PONTE, “*garantias aparentes*”<sup>31</sup> –, pelo que não é pertinente invocar como obstáculo à sua emissão a taxatividade das modalidades de *garantias pessoais* a conceder pelo Estado. Dentro dos restantes casos<sup>32</sup> – haverá, por sua vez, que estabelecer – para os efeitos aqui em causa – uma nova distinção: ou do enunciado da carta se retira uma proposta contratual<sup>33</sup> relativa à vinculação do emitente a

<sup>30</sup> CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2003, p. 528. A terminologia é aqui oscilante: esta delimitação entre cartas de conforto fortes e fracas é feita por autores como JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, Coimbra, 2000, pp. 405 ss, PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento...*, pp. 153 ss, e LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, München, 1994, pp. 82 ss. Por sua vez, MENEZES CORDEIRO, adopta uma repartição tripartida, que é aliás aquela seguida por MARIA LEONOR DA CUNHA TORRES, entre cartas de conforto fracas, médias e fortes, sendo todas elas juridicamente vinculantes. Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO *Das Cartas de Conforto...*, pp. 75 ss. e MARIA LEONOR DA CUNHA TORRES, *Garantias Pessoais...*, p. 144.

<sup>31</sup> *Idem*.

<sup>32</sup> Os quais serão os mais frequentes, atendendo ao domínio em que estas surgiram, à qualidade dos sujeitos envolvidos e a qualidade das matérias (operações financeiras) com estas relacionadas; a doutrina fala, neste sentido, de uma *presuntio hominis* de juridicidade das cartas de conforto Cfr. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção...*, p. 413, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Das Cartas de Conforto...*, p. 63 e *Manual de Direito Bancário...*, pp. 654-655, CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...*, p. 529.

<sup>33</sup> Excluem-se aqui, por comodidade de exposição e por a diferença não relevar para os propósitos sobre os quais se centra a análise, aquelas cartas de conforto cujo texto se limita a reiterar os pontos essenciais de um acordo já alcançado entre o emitente e a instituição de crédito, através da prévia troca de declarações negociais.

prestações de *facere* ou, “em vestes de carta de conforto”<sup>34</sup>, esse enunciado contém uma proposta contratual de fiança ou de garantia autónoma. Posto isto, parece clara a resposta à questão que impôs a distinção entre as diversas modalidades de cartas de conforto. Quanto às cartas de conforto de *facere*, há que notar que estas não levam, como é óbvio, à “assunção de garantias pessoais pelo Estado” (art. 2.º) – a sua emissão não representa uma “concessão de garantias pessoais” (art. 7.º) –, pelo que a sua emissão se situa em absoluto fora do regime traçado pela Lei n.º 112/97: são situações que não se subsumem à previsão da norma constante do art. 7.º. Diferente será a resposta concernente à última classe de cartas de conforto apresentada: reconduzindo-se estas a propostas contratuais de garantias pessoais, como nota JANUÁRIO DA COSTA GOMES, estas “devem ser tratadas de acordo com a sua real natureza”<sup>35</sup>. Assim, apenas serão excluídas pelo art. 7.º aquelas cartas de conforto de onde constarem propostas contratuais de garantias pessoais cuja concessão não é admitida por aquele artigo, nomeadamente quando de uma carta de conforto conste uma proposta contratual de garantia autónoma. Tratando-se de uma proposta contratual de fiança, estas não seriam proibidas pela norma constante do art. 7.º, pois aí se trata de uma declaração contratual de fiança como qualquer outra, apenas se distinguindo pelo seu “invólucro”. A admissibilidade destas cartas de conforto que contêm declarações negociais de fiança deve pois ser aferida face ao art. 17.º n.º 2, o qual fixa as formas possíveis – as *únicas* formas possíveis – para a concessão de garantias pessoais pelo Estado. Torna-se assim claro que a norma constante deste artigo impede que o Estado se constitua garante de obrigações de outros sujeitos através da emissão de cartas de conforto dirigidas aos (potenciais) credores destes, das quais constem propostas contratuais de fiança.

Resumindo, não me parece correcta a afirmação de que o art. 7.º da Lei n.º 112/97, ao consagrar uma taxatividade das modalidades que o Estado pode conceder, vem impedir a emissão de cartas de conforto por este: se das cartas de conforto não resultar a possibilidade de constituir

<sup>34</sup> Isto independentemente de ser dogmaticamente correcta a classificação destas missivas de onde resulta uma proposta contratual de garantia pessoal como verdadeiras cartas de conforto. Cfr. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção* ..., p. 414).

<sup>35</sup> JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção* ..., p. 414.

o Estado como garante de obrigações de outros sujeitos, a sua emissão – independente de outras questões que possam suscitar – não se insere no âmbito de aplicação da Lei n.º 112/97, pelo que não é obstaculizada pelas normas desta. Já as cartas de conforto de garantia não serão admissíveis face ao regime resultante desta lei: quando destas decorra a concessão de uma garantia pessoal que não a fiança – sendo que o aval não pode naturalmente ser concedido através de uma missiva – estas serão de facto vedadas pela norma constante do art. 7.º, não pelo facto de se tratarem de cartas de conforto, mas por se tratarem de modalidades de garantias pessoais não previstas naquela norma. De todo o modo, e sendo que as garantias pessoais do Estado têm de ser concedidas por uma das formas referidas o art. 17.º n.º 2, mesmo que da missiva resultem declarações de fiança, a garantia por este modo concedida violará a norma contida naquela disposição<sup>36</sup>.

Nem todas as emissões de cartas de conforto pelo Estado são assim proibidas pela Lei n.º 112/97. A admissibilidade de cada concreta carta de conforto dependerá pois da sua qualificação face às classes atrás apresentadas, sendo que esta dependerá naturalmente da interpretação dos respectivos enunciados.

### VI.3 As relações jurídicas constituídas pela concessão de garantias pessoais pelo Estado.

A concessão de uma garantia pessoal pelo Estado faz nascer uma série de direitos e obrigações para os três sujeitos envolvidos na operação. Fala-se aqui portanto de uma “relação jurídica triangular”, em cujos vértices estariam o Estado, a instituição de crédito e o sujeito beneficiado<sup>37</sup>. Dentro desta, e correspondente a cada uma das arestas do triân-

<sup>36</sup> A invalidade será nestes casos, portanto, uma invalidade formal e não uma invalidade material.

<sup>37</sup> Quando se fala sobre as garantias das obrigações, é costume reservar-se o termo “beneficiário” para referir o sujeito a quem é atribuído um crédito de garantia. Utilizarei essa expressão para me referir ao devedor da obrigação garantida (no caso da fiança) ou ao sacador (no caso do aval), apenas por ser esse o sentido com que a palavra é usada na Lei n.º 112/97 de 16 de Setembro (art. 6.º).

gulo, podem-se isolar uma *relação de valuta* – entre a instituição de crédito e o tomador de crédito -, uma *relação de atribuição* – entre o Estado e a instituição de crédito – e uma *relação de cobertura* – entre o Estado e o beneficiário da operação garantida. Para analisar a posição jurídica do Estado resultante da concessão de garantias ao abrigo da Lei n.º 112/97, importa olhar a estas duas últimas e, principalmente, àquilo que nestas é especial face ao regime geral traçado pelo Código Civil e pelos artigos da LULL e da LUC que regulam a concessão de avales.

a) *As relações entre o Estado e a instituição de crédito*

A relação jurídica instituída pela concessão da garantia pessoal entre o Estado e a instituição de crédito terá diferentes conformações, consoante a garantia concedida seja uma fiança ou um aval<sup>38</sup>.

A primeira questão que se coloca a propósito da obrigação do Estado enquanto garante perante a instituição de crédito – ou, simetricamente, do direito de crédito de garantia desta – é a da extensão dessa obrigação. Na doutrina portuguesa encontram-se por vezes afirmações que poderiam levar a pensar que esta abrangeria necessariamente todas as obrigações pecuniárias da empresa beneficiada emergentes do contrato de financiamento celebrado entre esta e a instituição de crédito: neste sentido veja-se AUGUSTO DE ATAÍDE, o qual afirma que “o aval tem lugar quando uma empresa celebra um contrato de empréstimo ou de financiamento com uma entidade ou um grupo de entidades (normalmente um banco nacional ou estrangeiro ou grupo de bancos) ficando a pessoa colectiva de direito público que o presta, obrigada a todos os pagamentos contratuais (capital, juros, cláusulas penais, etc)”<sup>39</sup>, ou MANUEL AFONSO VAZ, segundo o qual “o aval do Estado consiste na obrigação assumida pelo Estado, perante um financiador, de cumprir todas as obrigações pecuniárias emergentes do contrato de financiamento caso a empresa financiada

<sup>38</sup> Em geral, para as diferenças entre a fiança e o aval, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção* ..., pp. 63 ss. ou LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, Coimbra, 2003, p. 146-147.

<sup>39</sup> AUGUSTO DE ATAÍDE, *Elementos para um Curso de Direito Administrativo da Economia*, Lisboa, 1970, pp. 117 ss. Itálico adicionado.

(avalizada) não as venha a cumprir”<sup>40</sup>. Contudo, como é sabido, tanto o avalista pode responder apenas parcialmente pelo pagamento da letra ou do cheque (arts. 30.º I LULL e 25.º LUC), como o fiador pode afastar a norma supletiva do art. 634.º e responder apenas pela obrigação de capital ou pela obrigação de juros assim como pode prestar a fiança que seja apenas parcial quanto a qualquer uma dessas obrigações. Não há qualquer disposição na Lei n.º 112/97 que determine o afastamento destes regimes: tendo as remissões feitas pelo art. 24.º carácter supletivo, o órgão competente para a concessão pode limitar a garantia a um fragmento da obrigação da empresa subvencionada<sup>41</sup>. Realce-se todavia, a este propósito, que se a Lei n.º 112/97 não impõe que a obrigação do Estado enquanto fiador seja correspondente à totalidade da obrigação do devedor principal, também não o proíbe, o que aliás não seria inéduo: basta olhar para as *Landesbürgschaftengesetzen* alemãs onde é recorrente a limitação das obrigações assumidas pelo Estado enquanto garante a 80% da obrigação do devedor principal<sup>42</sup>.

Ainda quanto ao conteúdo da obrigação do Estado garante, questiona-se se a obrigação do Estado-garante abrange os juros moratórios devidos pelo devedor principal – questão que ocupou um lugar de destaque na doutrina que laborou sobre o antigo regime do aval do Estado<sup>43</sup>. Contra o entendimento expresso pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 220/81 de 28 de Abril de 1983, a generalidade da doutrina – RAÚL VENTURA<sup>44</sup>, EDUARDO PAZ FERREIRA<sup>45</sup>, ANSELMO

<sup>40</sup> MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico*, Coimbra, 1984, pp. 149 ss. Itálico adicionado.

<sup>41</sup> Salientando este aspecto, JOSÉ JUAN FERREIRO LAPATZA, *Curso de Derecho Financiero Español*, Madrid, 2005, p. 152 e ANSELMO DA COSTA FREITAS, *O Aval* ..., p. 9. Aliás, a prática tem vindo a ser a de apenas garantir uma percentagem da dívida do beneficiário.

<sup>42</sup> Para exemplos concretos, veja-se MIRIAM LEISNER, *Staatsbürgschaften* ..., p. 33 (nt. 78).

<sup>43</sup> Sobre esta questão, tanto no âmbito da lei antiga, quanto no âmbito do regime hodiernamente vigente, veja-se, por todos, JORGE COSTA SANTOS, *Garantias* ..., pp. 383 ss.

<sup>44</sup> RAÚL VENTURA, *Aval* ..., pp. 86 ss.

<sup>45</sup> EDUARDO PAZ FERREIRA, *A Dívida Pública Portuguesa – Evolução, Problemas e Perspectivas*, in *Revista da Banca* (n.º 8), Lisboa, 1988, p. 59 (n. 15).

DA COSTA FREITAS<sup>46</sup> ou ALBERTO LUIS<sup>47</sup> – defendia que a obrigação do Estado abrangia todos os juros de mora e não apenas aqueles vencidos após a interpelação feita pelo credor ao Estado. A solução mantém-se no actual regime<sup>48</sup>. A remissão constante do art. 24.º faz com que se aplique o regime geral do art. 634.º CC – segundo o qual a fiança tem o conteúdo da obrigação principal e cobre as consequências legais e contratuais da mora do devedor – e 48.º LULL – segundo o qual o portador pode reclamar do avalista juros de mora à taxa de 6%, no caso de o aceitante não ter pago na data do vencimento. O art. 19.º n.º 3 significa aqui apenas que não tendo o devedor principal cumprido o seu dever de informação resultante do art. 19.º n.º 2, o Estado pode opor ao credor o seu desconhecimento quanto ao incumprimento da obrigação principal a não ser que seja “interpelado” pelo credor.

Relevante é também a determinação do regime supletivo das fianças concedidas pelo Estado no que concerne ao benefício da excussão prévia. Do regime da fiança tal como modelado pelo Código Civil, consta o art. 638.º, n.º1 segundo o qual, não sendo esta norma afastada pela estipulação das partes, o fiador poderia recusar o cumprimento da sua obrigação acessória enquanto o credor não tiver tentado sem sucesso a execução através do património do devedor. Por sua vez, o art. 101.º do Código Comercial vem retirar ao fiador de obrigação comercial – como serão por regra as obrigações garantidas pelo Estado ao abrigo deste diploma – esse benefício. Contudo, ainda que do conflito entre estas duas normas resultasse a aplicação do regime comercial, o art. 24.º da Lei n.º 112/97 vem eleger como supletivas na concessão de fianças pelo Estado as normas constantes do Código Civil: na ausência de estipulação em contrário no acto de concessão da fiança, o Estado gozará portanto do benefício da execução prévia.

Por fim, há que realçar que a execução do património do Estado (ou de outra pessoa colectiva pública) pelo credor está limitada pelo disposto nos arts. 822.º al. b) e 823.º n.º 1 CPC: destes resulta que tanto os bens do domínio público (art. 822.º al. b)), como os bens especialmente afectados à realização de fins de utilidade pública (art. 823.º n.º 1) são impe-

<sup>46</sup> ANSELMO DA COSTA FREITAS, *O Aval* ..., p. 9.

<sup>47</sup> ALBERTO LUIS, *Direito Bancário*, Coimbra, 1985, pp. 178-181.

<sup>48</sup> Neste sentido, JORGE COSTA SANTOS, *Garantias* ..., pp. 384-385.

nhoráveis; fora das proibições de penhora estabelecidas pelo Código de Processo Civil, ficam no entanto os bens do domínio privado do Estado não afectados à realização de fins de utilidade pública<sup>49</sup>.

*b) As relações entre o Estado e o beneficiário das operações garantidas*

As relações entre Estado e devedor principal assumem diferentes conformações nas várias fases da relação de cobertura<sup>50</sup>. Aqui há que distinguir a relação entre estes sujeitos não tendo o Estado sido (ainda) chamado ao cumprimento da obrigação e a relação entre estes no caso de o Estado ser chamado ao cumprimento.

Na primeira destas fases, assumem um papel central os deveres de informação do devedor principal – estatuídos pelo art. 19.º n.º 1 e 2 e pelo art. 20.º n.º 1 – e os poderes de fiscalização atribuídos ao Estado pelo art. 20.º n.º 2, os quais se destinam a possibilitar ao Estado o acompanhamento da actividade do devedor originário da obrigação garantida de modo a facilitar a detecção de quaisquer problemas relativos ao cumprimento.

Os devedores que acedem ao crédito beneficiando de garantia concedida pelo Estado devem informar a Direcção-Geral do Tesouro<sup>51</sup> sempre que não se reconheçam habilitados a cumprir pontualmente as suas obrigações de capital ou de juros, devendo fazê-lo com 30 dias de antecedência em relação ao vencimento dessas mesmas obrigações (art. 19.º n.º 2). Para além disto, esses sujeitos deverão também informar o Estado sempre que procedam ao cumprimento de qualquer obrigação de que resulte o decréscimo do débito assumido por aquele enquanto garante,

<sup>49</sup> Pelo que não parece exacto afirmar, como faz JORGE COSTA SANTOS, que “não é admissível o recurso à acção executiva contra o Estado” para a efectivação da garantia. Cfr. JORGE COSTA SANTOS, *Garantias* ..., p. 360.

<sup>50</sup> Para uma análise mais completa das fases da relação fidejussória, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção* ..., pp. 394 ss.

<sup>51</sup> No caso de a garantia ser concedida por outra pessoa colectiva pública abrangida pelo diploma, haverá naturalmente que fazer “as necessárias adaptações” (art. 3.º). Nesses casos, a informação em texto mencionada não será devida ao Estado, mas sim à pessoa colectiva pública que tenha concedido a garantia: as informações deverão nesses casos ser dirigidas ao serviço em que se insira o órgão competente para a concessão de garantias.

enviando-lhe, no prazo de cinco dias a contar dos respectivos factos, os documentos que comprovem esses pagamentos: é isto que parece resultar do art. 19.º n.º 1, apesar de o enunciado aludir às “amortizações de capital” e aos pagamento de “juros de mora”. Quando, por exemplo, o Estado se constitua garante apenas quanto às obrigações de capital, parece claro que este dever não abrangerá a informação relativa ao cumprimento das obrigações de juros, uma vez que os deveres estatuídos pela norma constante do art. 19.º, n.º 1 se destinam a permitir ao garante o acompanhamento da evolução de posições jurídicas passivas imputadas na sua esfera, as quais sejam – no que toca ao montante devido – acessórias das obrigações do beneficiário face à instituição de crédito.

A estes deveres de informação, junta-se ainda o dever do devedor de prestar regularmente contas ao Estado e ao credor e de a estes enviar os seus orçamentos e demais elementos provisionais, de modo a que eventuais dificuldades do devedor na execução do programa de cumprimento assumido possam ser por estes detectadas (art. 20.º, n.º 1). Assim, impõe-se ao beneficiário a exposição ao Estado da sua situação patrimonial, possibilitando ao ente público o conhecimento de factores dos quais é função o risco por ele assumido de ser chamado ao cumprimento. Se do incumprimento deste dever resultarem danos para os correspectivos sujeitos activos, haverá lugar à responsabilidade do sujeitos a quem tiver sido concedida garantia, pelos danos imputáveis a esse incumprimento (art. 485.º, n.º 2 CC).

Para além de impor deveres de informação aos sujeitos beneficiários da garantia, a Lei n.º 112/97 vem ainda sujeitá-los ao poder de fiscalização do Estado, exercido pela Direcção-Geral do Tesouro: como resulta do art. 20.º n.º 2, o Estado tem o direito de proceder à fiscalização, tanto do ponto de vista financeiro e económico, como do ponto de vista administrativo e técnico do beneficiário da garantia. Como nota EDUARDO PAZ FERREIRA, estamos aqui perante um “reflexo do princípio de direito financeiro que se tem vindo a afirmar como força crescente entre nós e de harmonia com o qual a utilização ou a possível utilização de dinheiros públicos por entidades privadas sujeita essas ao ónus de uma fiscalização pública”<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> EDUARDO PAZ FERREIRA, *O aval ...*, p. 1027. Veja-se também, do mesmo autor, *O controlo das subvenções Financeiras e dos Benefícios Fiscais*, in *Revista do Tribunal de Contas* (n.º 1), Lisboa, 1989, pp. 63 ss.

É facilmente perceptível que a norma constante do art. 20.º n.º 2 restringe direitos fundamentais dos sujeitos garantidos, pelo menos – e com esta reserva pretendo assumidamente evitar a problemática da titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas colectivas públicas<sup>53</sup> – quando estes sejam pessoas privadas: sendo que posições jus-fundamentais como o direito à *privacy* ou a liberdade de iniciativa económica são comprimidas pela fiscalização (económica, financeira, administrativa e técnica) pelo ente público que concede a garantia, o exercício desse poder de fiscalização deve ser exercido dentro dos limites impostos pelo princípio da proporcionalidade (arts. 2.º e 18.º, n.º 2 CRP). Esta compressão de direitos fundamentais das empresas beneficiárias de auxílios estatais destina-se principalmente, como salienta CONRAD, a evitar a utilização abusiva do financiamento obtido através da operação garantida<sup>54</sup>; desse modo, possibilita-se ao garante o conhecimento da eventual verificação de algumas das causas de caducidade da garantia previstas na Lei n.º 112/97.

A existência da norma constante do art. 20.º, n.º 2 tem ainda a consequência – não no plano dos efeitos jurídicos, mas no da configuração dogmática – de determinar a impossibilidade de uma recondução simplista das garantias pessoais concedidas pelo Estado ao campo do direito público ou do direito privado<sup>55</sup>. Enquanto parece inquestionável, no que concerne a grande parte das faculdades e imposições que corporizam a posição jurídica do Estado enquanto garante, que este aparece numa relação de paridade com os restantes intervenientes na relação jurídica triangular, em nada se distinguindo de qualquer outro “vulgar” fiador ou avalista – como aliás resulta das amplas remissões feitas pelo art. 24.º – já quanto a este poder de fiscalização – o qual apresenta um considerável grau de similitude com aquele previsto no art. 180.º, al. d) CPA<sup>56</sup> – o

<sup>53</sup> Sobre este tópico, veja-se GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional ...*, pp. 422-423 ou VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 2004, pp. 196 ss.

<sup>54</sup> Cfr. ERNST-ALBRECHT CONRAD, *Bürgschaften ...*, pp. 33 ss.

<sup>55</sup> Isto considerando já apenas os efeitos constituídos pela concessão da garantia, isto é, abstraindo de todo o regime procedimental que a essa concessão precede.

<sup>56</sup> É, aliás, mais extenso do que aquele previsto no CPA: na ausência de disposição legal como o art. 20.º n.º 2, “a possibilidade de a Administração fiscalizar [...] a situação financeira e empresarial [do contraente ...], apenas existe na medida em que o contrato os

Estado aparece munido de *ius imperii* na sua relação com o beneficiário da garantia. Adoptando assim o critério da posição dos sujeitos como critério operativo da divisão convencional entre direito público e direito privado<sup>57</sup> e tendo em conta o que acaba de ser dito, conclui-se que a posição do sujeito público que concede uma garantia ao abrigo da Lei n.º 112/97 é uma posição jurídica complexa, no seio da qual coexistem elementos de direito público e de direito privado.

Posto isto, há que olhar à relação jurídica existente entre Estado-garante e beneficiário da operação garantida na eventualidade e após aquele ser chamado ao cumprimento da sua obrigação de garantia<sup>58</sup>. Nestes casos, o Estado fica sub-rogado nos direitos do credor contra o beneficiário da operação garantida na medida em que haja satisfeito esses direitos (arts. 644.º CC e 23.º LULL, *ex vi* art. 24.º). Não existem aqui quaisquer especialidades no regime jurídico das garantias pessoais concedidas pelo Estado e outras entidades públicas, a não ser o privilégio mobiliário geral de que o Estado gozará sobre o património do devedor originário (art. 22.º) nos termos do art. 747.º n.º 1 al. a), o qual, concedendo-lhe preferência no pagamento face aos restantes credores, reduz o risco de o Estado ver frustrada a sua pretensão de satisfação do crédito que legalmente lhe é transmitido com o cumprimento por insuficiência do património do (agora) devedor<sup>59</sup>. Também destinado a facilitar o ressarcimento do Estado pelos montantes despendidos no cumprimento de obrigações alheias garantidas é o estatuído pelo art. 26.º da Lei n.º

preveja e admite”, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, 1990, p. 125.

<sup>57</sup> Salientando o carácter convencional dos critérios de divisão do ordenamento jurídico, ALF ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, 1997, pp. 251 ss. Sobre o critério da posição dos sujeitos, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito ...*, pp. 325-327.

<sup>58</sup> Caso em que o Estado tem uma despesa de capital: cfr. o Decreto-Lei n.º 26/2002 de 14 de Fevereiro de 2002.

<sup>59</sup> Contudo, é importante lembrar a extinção deste privilégio com a declaração de insolvência quando o credor sub-rogado (o sujeito que concedeu a garantia e que foi chamado ao seu cumprimento) seja o Estado e o crédito se haja constituído mais de 12 meses antes da data do início do processo de insolvência (art. 97.º n.º 1 al. a) CIRE). Isto vale apenas nos casos em que o beneficiário da garantia é uma pessoa de direito privado (uma vez que as entidades públicas são possíveis sujeitos passivos da declaração de insolvência, cfr. art. 2.º n.º 1 e n.º 2 al. a) CIRE).

112/97, o qual remete a cobrança coerciva das dívidas do devedor da obrigação garantida perante o Estado resultantes do cumprimento por este da obrigação garantida, para o regime das execuções fiscais, nos termos dos arts. 148.º CPPT e seguintes.

Por fim, a concessão de garantia pessoal, implica o surgimento de uma obrigação pecuniária do beneficiário da garantia face à entidade pública garante, correspondente à taxa de garantia referida no art. 23.º.

#### VI.4 A extinção das garantias pessoais prestadas pelo Estado

As fianças e os avales concedidos pelo Estado estão naturalmente sujeitos ao regime de extinção comum destas figuras. Contudo, os artigos 9.º, n.º 4, 10.º, 12.º, 16.º, n.º 2 e 18.º vêm atribuir efeitos extintivos dos direitos e obrigações acima referidos a determinados factos jurídicos que sobrevêm à concessão da garantia. A Lei n.º 112/97, de 16 de Setembro prevê portanto um regime específico de caducidade das garantias pessoais concedidas pelo Estado.

Dentro destas causas de caducidade, parece ser de referir em primeiro lugar a prevista na norma constante do art. 18.º, ou seja, a não iniciação da operação garantida passados 60 dias após a comunicação referida no art. 17.º, n.º 4. Por sua vez, o art. 12.º vem tornar facto operativo da caducidade da garantia a não utilização do financiamento, obtido pelo beneficiário da garantia através da celebração do contrato com a instituição de crédito, no espaço de cinco anos, contados a partir da celebração desse contrato.

A estas causas de caducidade, as quais têm em comum terem como um dos seus pressupostos uma inércia que se prolongue por um determinado período de tempo, contrapõem-se outras três, nas quais se encontra uma íntima conexão com um de dois dos aspectos caracterizadores do regime traçado pela Lei n.º 112/97: o carácter finalístico da atribuição da garantia e o “rigor draconiano” – a expressão é de JANUÁRIO DA COSTA GOMES – que preside à decisão dessa concessão<sup>60</sup>.

<sup>60</sup> JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção ...*, p. 1016 nt. (333).

A concessão de garantias pessoais pelo Estado destina-se a possibilitar a concretização de um determinado projecto “de manifesto interesse para a economia nacional” (art. 1.º n.º 2 e art. 8.º), reveste-se de “carácter excepcional” (art. 1.º n.º 2) e tem como condição a existência de um interesse do Estado “no empreendimento, projecto ou operação financeira” (art. 9.º n.º 1 al. a)). Apenas isto permite a sua concessão. Por esta razão, a norma constante do art. 9.º n.º 4 vem determinar a caducidade da obrigação de garantia do Estado quando o financiamento obtido por via da operação – a qual não teria sido celebrada não fosse a garantia (art. 9.º n.º al. d)) – venha a ser destinado ou utilizado para fim diferente daquele que, por ter sido considerado benéfico à economia nacional, é previsto no despacho de autorização ou aprovação do Ministro das Finanças. Assim, ainda que o beneficiário da garantia não esteja formalmente obrigado perante o Estado – e muito menos perante a instituição de crédito<sup>61</sup> – a aplicar as quantias obtidas pelo financiamento a um determinado fim, ele tem um ónus de o fazer, pois caso contrário a garantia caducará, podendo essa extinção projectar efeitos na relação de valuta, nomeadamente através do art. 780.º CC e eventualmente do instituto da alteração das circunstâncias (art. 437.º CC).

Semelhante é o que sucede nas situações subsumíveis à norma constante do art. 10.º n.º 2, a qual vem estabelecer a caducidade da garantia concedida pelo Estado como consequência jurídica da utilização de montantes obtidos através de operações financeiras garantidas para o financiamento de operações a realizar por outras entidades. Para além do que acaba de ser dito quanto aos casos do art. 9.º, n.º 4 e que aqui também é pertinente, cabe lembrar que as garantias pessoais são concedidas pelo Estado *intuitu personae*, como decorre dos arts 6.º e 9.º n.º 1. Por fim, o art. 16.º, n.º 2 prevê como facto extintivo da garantia a alteração do plano de reembolso do capital mutuado e do pagamento dos juros contido na minuta do contrato anexado ao despacho do Ministro das Finanças (art. 16.º, n.º 1). Também aqui, credor e devedor principal não perdem a sua liberdade de, no uso da sua autonomia privada, procederem à modificação do objecto do contrato entre eles celebrado: têm contudo o ónus de não o fazer, uma vez que alterado o plano de reembolso deixam de beneficiar

<sup>61</sup> A não ser, claro está, que tal resulte do próprio contrato que dá origem à relação de valuta, como sucede nos mútuos de escopo.

da garantida concedida pelo Estado. A Lei n.º 112/97 vem estabelecer, como atrás foi visto, condições da prestação de garantia que se referem directa ou indirectamente à programação do cumprimento do contrato pelo devedor principal. A alínea b) do art. 9.º, n.º 1, estabelece a exigência de um “projecto concreto de investimento ou de um estudo especificado da operação a garantir, bem como uma programação financeira rigorosa”, enquanto a sua alínea c) exige que o beneficiário da garantia apresente características económicas, financeiras e organizacionais que ofereçam segurança suficiente para fazer face às responsabilidades que pretende assumir, sendo que para a aferição da suficiência destas características, ter-se-á de olhar à concreta programação do cumprimento. Estas normas vêm seleccionar criteriosamente quais as operações às quais é concedida garantia, com base nos riscos – de vir a ser chamado ao cumprimento e de, tendo sido chamado ao cumprimento, não conseguir satisfazer o seu crédito sub-rogado – que essa concessão significa para o Estado. Por esta razão vem JANUÁRIO DA COSTA GOMES, por redução teleológica, defender “a subsistência da garantia quando o novo plano de reembolso se contenha dentro dos limites temporais inicialmente fixados e daí não resulte agravamento da posição do prestador de garantia”<sup>62</sup>. Se é certo que as razões que justificam a extinção da obrigação de garantia devido à alteração do plano de reembolso não procedem nestas situações, é também certo que – como o Autor reconhece – estamos já para além do sentido possível das palavras, com todas as reticências que isso suscita: a resposta à questão de se estas alterações “indolores” para o Estado preenchem a previsão da norma constante do art. 16.º n.º 2 será portanto a mesma que se der à questão da admissibilidade da figura da redução teleológica<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção* ..., p. 1016 nt. (333).

<sup>63</sup> Circunscrevendo os exemplos das divergentes opiniões à doutrina portuguesa, são ilustrativos, em sentidos opostos, DAVID DUARTE, *A Norma de legalidade* ..., p. 234-235 e FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra, 2002, pp. 850 ss.

## VII. A invalidade do acto de concessão de garantia pelo Estado; as pretensões da instituição financeira credora das obrigações garantidas contra o Estado em caso de nulidade do acto de concessão de garantia

Por fim, e ainda que com inevitável brevidade, impõem-se algumas palavras quanto àquelas situações em que o acto de concessão de garantia não preenche todos os requisitos de validade que lhe são colocados pelo ordenamento jurídico, em especial, pela Lei n.º 112/97, de 16 de Setembro. O preceito central a este respeito é o art. 2.º, n.º 1, o qual estabelece que “a assunção de garantias pessoais pelo Estado apenas poderá ser realizada de acordo com as normas previstas no presente diploma, sob pena de nulidade”. Como foi afluído a propósito da ausência de aprovação pelo Ministro das Finanças do acto de concessão da garantia por um órgão de um instituto público, impõem-se cautelas na interpretação do enunciado em questão<sup>64</sup>. A nulidade é uma das modalidades de invalidade, e o conceito técnico-jurídico de invalidade tem como elemento constitutivo a contrariedade de um determinado acto a um outro acto hierarquicamente superior. Assim, de entre os possíveis *desacordos com as normas previstas no presente diploma*, nem todos terão como consequência a nulidade do acto de concessão da garantia, como se poderia concluir numa leitura menos atenta do art. 2.º, n.º 1. Para além da já referida ausência de aprovação pelo Ministro das Finanças, veja-se o art. 17.º n.º, 4: a norma resultante deste artigo vem impor a comunicação por escrito do acto de concessão à entidade beneficiária e ao credor; a omissão dessa notificação é uma violação de uma das normas constantes da Lei n.º 112/97. Não quer isto dizer – como, aliás, é intuitivo – que essa omissão resulte na nulidade do acto de concessão de garantia. Do art. 2.º, n.º 1 retira-se portanto apenas que os actos de concessão de garantia pessoal pelo Estado ou por outra entidade pública sujeita ao regime da Lei n.º 112/97 *que forem inválidos*, serão cominados com a modalidade mais pesada de invalidade, nomeadamente com a nulidade. Se a nulidade era já o desvalor que decorreria dos arts. 280.º e 294.º CC naqueles casos

<sup>64</sup> Cfr. MIGUEL BRITO BASTOS, *A concessão de garantias pessoais pelo Estado e por outras pessoas colectivas públicas – I Parte*, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal* (1/1), 2008, pp. 183 ss.

em que a desconformidade face aos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico se encontra no próprio acto de concessão, a norma em questão tem particular relevância nas situações em que é o acto de autorização do Ministro das Finanças que não se encontra “de acordo com as normas previstas no previsto diploma” (art. 135.º CPA).

A nulidade tem como consequência a inaptidão *ab initio* do acto inválido para a produção de efeitos jurídicos: por outras palavras, a nulidade de um acto implica a sua ineficácia<sup>65</sup>. O acto de concessão de garantia ferido de nulidade não produz assim os efeitos a cuja produção se destinava, nomeadamente a constituição do Estado na posição de garante. A instituição de crédito não disporá afinal de qualquer garantia especial, sendo que a representação da sua existência havia sido determinante na edificação da sua vontade de contratar com a sua contraparte na operação financeira em questão (lembre-se o art. 9.º, n.º 1 al. d)). Essa relevância será naturalmente conhecida desta mesma contraparte. Posto isto, e parecendo pacífico afirmar que nestes casos a exigência do cumprimento do contrato afectaria gravemente os princípios da boa fé, conclui-se que – pelo menos em muitas das situações de nulidade concebíveis – estará preenchida a previsão normativa do art. 252.º, n.º 2 CC, nascendo na esfera jurídica da instituição de crédito o direito potestativo a anular o contrato<sup>66</sup>.

Apesar da possibilidade de anulação do contrato que dá origem à relação de valuta, a ausência de uma garantia pessoal eficaz pode levar a que a instituição de crédito sofra danos, como será o caso em que o seu devedor seja inadimplente e se torne insolvente, não conseguindo a instituição ver o seu crédito (inteiramente) satisfeito. Na doutrina alemã, a questão tem sido abordada com alguma extensão a propósito dos danos sofridos pelas instituições de crédito em situações em que a garantia concedida pelo Estado é contrária ao Direito Comunitário da concorrência<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> É, portanto, o art. 17.º n.º 3 redundante face ao art. 2.º n.º 1 e ao art. 220.º CC.

<sup>66</sup> Sobre as situações em que a existência, validade e eficácia de um determinado contrato faz parte da base do negócio de outro, RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, 1990, pp. 53-54 e autores aí citados.

<sup>67</sup> Veja-se KLAUS HOPT/ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, *Die Rückforderung ...*, pp. 809 ss, CAMILLO VON PALOMBINI, *Staatsbürgschaften ...*, pp. 151 ss, MARTINA DECKERT/WERNER SCHROEDER, *Öffentliche Unternehmen und EG-Behilferecht*, in *Europarecht*, 1998, p. 312..

A este respeito, KLAUS HOPT/ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER defendem que, aceitando-se a nulidade da garantia assim prestada, a pessoa colectiva pública que negligentemente concedeu a garantia inválida deve assumir, em lugar da instituição de crédito, os riscos da concessão de crédito não garantida, devendo-lhe ser imputados – através do instituto da *culpa in contrahendo* (entre nós, art. 227.º CC) – os danos que aquela sofrer em virtude da insolvência do tomador de crédito<sup>68</sup>. Semelhantemente, CAMILLO VON PALOMBINI sustenta que, concluindo um contrato com a instituição de crédito e não a elucindando sobre a existência de um obstáculo objectivo à validade deste – obstáculo que conhece ou devia conhecer – a Administração dá lugar a que a sua contraparte confie na idoneidade desse contrato, o qual acaba por se revelar inapto à produção de efeitos jurídicos, pelo que a instituição de crédito terá uma pretensão ressarcitória, face à pessoa colectiva pública com que interage, relativa aos danos advenientes desse investimento de confiança<sup>69</sup>. Estas asserções são transponíveis para outras situações de invalidade ou ineficácia do negócio jurídico de concessão da garantia pessoal pelo Estado. A simples recepção pelos particulares de declarações negociais que tenham por conteúdo a constituição unilateral de garantias pessoais ou a proposta ou aceitação de contratos com esse conteúdo provenientes de entidades públicas, sujeitas na sua actuação ao princípio da legalidade administrativa, é *prima facie* suficiente para justificar uma situação de confiança na “bondade” da garantia prestada e para que essa confiança possa ser imputada à pessoa colectiva pública declarante. Assim, no caso de a garantia não corresponder às condições necessárias de validade estabelecidas pelo ordenamento<sup>70</sup> e se verifique um investimento de confiança nessa

<sup>68</sup> KLAUS HOPT/ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, *Die Rückförderung ...*, p. 809. Os autores não propugnam, contudo, a tese da nulidade dos actos que concedam garantias contra as prescrições do direito comunitário da concorrência.

<sup>69</sup> CAMILO VON PALOMBINI, *Staatsbürgschaften ...*, pp. 151-152.

<sup>70</sup> Seja por contrariedade por vícios na tramitação procedimental, v.g. por não ter sido ouvido o parecer do Ministro responsável pelo sector da actividade da entidade beneficiária (art. 14.º), seja por contrariedade, por exemplo, ao princípio da igualdade, às condições para a autorização do art. 9.º ou às normas que proíbem os auxílios de Estado (art. 13.º Lei n.º 18/2003 de 11 de Junho e art. 87.º CE). Quanto a esta última situação, tem interesse o ponto 54 das conclusões do Advogado-Geral DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER relativas ao Processo C-404/97 – *Comissão das Comunidades Europeias contra*

validade, consubstanciado pela conclusão pela instituição de crédito de operação financeira em questão apenas em virtude da garantia prestada – e daí resultem danos –, estarão preenchidos os pressupostos da responsabilidade pela confiança<sup>71</sup>, devendo o dano ser imputado à pessoa colectiva pública<sup>72</sup>.

*República Portuguesa*, apresentadas a 28 de Outubro de 1999 e disponíveis online em <http://www.eurlex.eu>.

<sup>71</sup> Sobre os pressupostos de aplicação da responsabilidade pela confiança, por todos, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971, pp. 490 ss. Também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé em direito civil*, II, Coimbra, 1985, pp. 1234 ss, CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança ...*, pp. 583 ss (negando a existência de um dever geral de corresponder às situações de confiança geradas e, por conseguinte, negando a recondução da responsabilidade pela confiança à *culpa in contrahendo*, 474 ss e 522 ss) e CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, I, Coimbra, 2005, pp. 200 ss. Especificamente sobre a tutela da confiança no domínio das garantias pessoais, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção ...*, pp. 577-578.

<sup>72</sup> Quanto ao âmbito dos danos indemnizáveis em situações de responsabilidade pela confiança na fase preliminar do contrato, questão muito discutida e a qual não pode ser abordada neste texto, não existe aqui qualquer especificidade. Veja-se, na doutrina portuguesa, em sentidos não coincidentes, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, Coimbra, 2005, pp. 517, ANA PRATA, *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*, Coimbra, 2005, pp. 172 ss, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos ...*, pp. 204 ss, em especial (sobre a conclusão de contratos nulos) pp. 207-208, e CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança ...*, pp. 494 ss.