



Fiança e cartas de conforto – notas sobre as garantias típicas e atípicas

Filipe Cassiano dos Santos¹

Miguel Quental²

Introdução - Garantia geral das obrigações, taxatividade das garantias reais (privilégios) e garantias pessoais atípicas

1. Garantia geral, igualdade e taxatividade das garantias reais

As regras nucleares do direito privado português, no que às garantias de cumprimento concerne, resultam da articulação dos arts 601.º e 604.º do Código Civil (adiante, CCiv).

O primeiro estabelece que a garantia geral da obrigação é o património do devedor (“todos os bens do devedor susceptíveis de penhora”, com ressalva dos casos em que a lei admita patrimónios

* O presente texto tem por base, com pequenas alterações ou aditamentos e outro título, o texto que escrevemos para os estudos em homenagem ao Professor Doutor António Pinto Monteiro, em curso de publicação pelo BFDUC.

¹ Professor Catedrático - Faculdade de Direito de Coimbra - Universidade Lusófona de Lisboa.

² Advogado. Assistente Universitário - Faculdade de Direito da Universidade de Macau.



separados, é o que se diz no art. 601.º, para, depois, o n.º 1 do art. 604.º especificar que o pagamento dos credores se faz pelo preço dos bens e não pelos próprios bens) e o segundo, sobre isso, vem prescrever que os credores de um mesmo sujeito, na falta de “causa legítima de preferência”, concorrem ao património dele em plano de igualdade e que, em caso de insuficiência dessa garantia geral, concorrem proporcionalmente (ao montante dos seus créditos): estabelecendo explicitamente a regra da proporcionalidade, reportando-a ao caso em que não existe “causa legítima” de preferência, a lei estabelece implicitamente que os credores são graduados com igualdade – resulta do dizer da lei (n.º 1 do art. 604.º) que, para que algum credor seja graduado à frente de outro, é condição que disponha de “causa(s) legítima(s) de preferência”.

A esta regra, a lei acrescenta uma outra regra estruturante do sistema. O n.º 2 do art. 604.º prescreve a taxatividade das causas de preferência: estas são apenas os direitos reais de garantia previstos no Código Civil e “outras admitidas na lei” – implícito está que essas leis as prevêm enquanto privilégios³. Trata-se de garantias

³ O Código das Sociedades Comerciais contém, hoje, uma previsão especial inovadora em matéria de garantias: desde 2015, com a redacção que então foi dada ao n.º 1 do art. 360.º, a lei societária prevê as modalidades que as obrigações podem assumir, estabelecendo que elas podem ter “garantias especiais sobre ativos ou receitas do património da emitente ou de terceiro”, impondo que “essas garantias especiais sejam expressamente consagradas nas condições da emissão e nos documentos, registos e inscrições que lhes correspondam” (alínea g)). Diante deste quadro, poderá logo invocar-se, contra o que se diz no texto, que a letra do art. 360.º, ao dizer, antes de enumerar as modalidades, que “podem, nomeadamente, ser emitidas obrigações que reúnam uma ou mais das características seguidamente indicadas”, sugere um carácter



especiais, no sentido em que o Código Civil toma esta expressão, que é a de garantias que são adicionais à garantia geral, mas são, a mais disso, garantias reais, ou seja, garantias que conferem um privilégio sobre bens determinados ou rendimentos de bens determinados, que são especialmente (em primeiro lugar) afectados a garantir um certo crédito, privilégio que é oponível a todos os outros credores do sujeito e à comunidade jurídica em

exemplificativo da enumeração que se poderá estender aos privilégios e garantias ligadas a obrigações e que, portanto, pode haver outros privilégios que não os aí indicados. Não é assim: o que a lei faz é enumerar exemplificativamente as “características” das obrigações, que são as “a seguir indicadas” e mais outras, o que significa que a lei apenas enumera exemplificativamente um conjunto de características mais comuns que são conformes com a lei – e não se pode dela retirar que admite características, como as relativas a privilégios e garantias, que não são as previstas nos preceitos legais gerais. Nada no art. 360.º do CSC permite sustentar a tese de que os arts. 601.º e 1306.º do Código Civil não se aplicam em matéria de obrigações e, a querer estabelecer especialidades, o legislador não poderia deixar de as ter especificado; não é crível, de acordo com os bons cânones interpretativos, admitir que o legislador societário de 2015 tivesse estabelecido uma derrogação absoluta e radical das regras gerais do Código Civil a coberto de um simples “nomeadamente” – dito de outro modo, se o legislador tivesse querido introduzir especialidades para lá da que inseriu na alínea *g*) não teria deixado de as explicitar.

Num outro ponto a lei societária se afasta do regime geral da constituição de garantias, agora para criar uma nova garantia. Para as “instituições de crédito legalmente autorizadas a conceder créditos garantidos por hipoteca que disponham de fundos próprios não inferiores a (euro) 7500000”, o DL 59/2006, no seu art. 3.º, n.º 1, alínea *d*), cria as obrigações hipotecárias, que são obrigações com garantia específica, que se analisa num privilégio creditório especial constituído numa emissão a favor dos credores dessa emissão. Esta garantia específica acresce, assim, às previstas na lei geral sobre garantias, com a especialidade da alínea *g*) do n.º 1 do art. 360.º do CSC – e só ela acresce.



geral. A fonte última do privilégio de um credor face a outro é, assim, a lei, porventura acrescida do acto pelo qual é atribuído ao concreto credor o privilégio. Esta taxatividade (ou tipicidade taxativa) dos direitos reais de garantia está consagrada no n.º 2 do art. 604.º e é coerente com o princípio da taxatividade inscrito, para os direitos reais de gozo, no art. 1306.º, n.º 1, do CCiv, com uma amplitude que permitiria, de resto, estendê-lo a todos os direitos reais⁴ – a taxatividade constitui, no seu conjunto, um verdadeiro princípio constitucional dos direitos reais no ordenamento português⁵.

Em aplicação destas regras, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), no seu art. 47.º, n.º 4, estabelece que são créditos (sobre a insolvência) garantidos e privilegiados aqueles que beneficiam “de garantias reais, incluindo os privilégios creditórios (...)”.

As regras que fluem dos preceitos que assinalamos são coerentes com o sentido geral do ordenamento português. O privilégio de um credor face a outros implica uma eficácia do seu direito não apenas em relação ao devedor mas uma eficácia em relação aos outros credores, a quem o privilégio terá que ser oponível, e, em geral, a toda a comunidade jurídica. Ora, no ordenamento português, essa eficácia, dita *erga omnes*, é obtida apenas pela constituição de

⁴ Assinalando precisamente essa extensão, v. LUÍS M. PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das garantias*, 3.ª ed., 2019, Coimbra, Almedina, pág. 71. Cremos, não obstante, como resulta do texto, que o n.º 2 do art. 604.º inscreve directamente a taxatividade dos direitos reais de garantia.

⁵ Cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, Coimbra, Coimbra editora, 2012, págs. 182 e segs.



direitos reais e implica a previsão e tutela da lei⁶ – previsão que implica, outrossim, a impossibilidade de modelação do regime desses direitos para lá das margens abertas pela própria lei⁷.

Em suma, não é admitida a livre criação de privilégios por cláusula contratual. Os contraentes, intentando constituir um privilégio no sentido do art. 604.º, ou seja, que coloque um credor numa situação de preferência ou privilégio sobre os demais e que seja oponível para lá do círculo de produção de efeitos do contrato, têm, como sucede nos direitos reais de gozo, que optar por um dos instrumentos a que a lei atribui esse efeito. Aliás, diga-se à margem, estas regras são afloramentos de um princípio mais geral, segundo o qual há, no ordenamento jurídico português, um monopólio da lei em matéria de graduação de créditos – monopólio que se estende ao efeito inverso àquele que vimos tratando, pois que também a desgraduação de um crédito carece de previsão legal e está sujeita a requisitos específicos: exemplo é a possibilidade, aberta pelo Decreto-Lei n.º 199/2006, de créditos comuns emergentes de

⁶ Estabelecendo justamente uma relação entre privilégio, eficácia *erga omnes* e o art. 1306.º, v. ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas, cit.*, 226-227182-183, 192-193.

⁷ Sobre a tipicidade (taxativa), sublinhando a sua limitação ao “conteúdo do direito real” e que não se “alarga aos factos constitutivos de direitos reais”, sublinhando outrossim, a propósito da fidúcia, que a tipicidade não impede a validade dos contratos com efeitos obrigacionais e que para lá (ou ao lado) do efeito real é sempre possível a vinculação obrigacional, e sublinhando ainda o aspecto que se refere no texto (“estes regimes [o autor reporta-se a alguns direitos reais de gozo] abrem possibilidades de modelação do conteúdo dos direitos reais”), v. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995 (reimp.), 274 e segs.



instrumentos de dívida emitidos ou celebrados por instituições de crédito ou algumas empresas de investimento, preenchidos certos requisitos, serem constituídos com graduação legal entre os outros créditos comuns e os créditos subordinados (desgraduados, portanto: n.º 1 do art. 8.º-A).

2. Garantias (de cumprimento) típicas e garantias (de reforço da posição creditória) atípicas; as quase-garantias contratuais

A taxatividade das garantias reais implica, naturalmente, alguma rigidez. Por outro lado, a lei oferece, como garantia especial não real principal (com vocação para uma utilização mais geral) uma garantia muito forte para o garante, a fiança (como veremos adiante) – forte, por o credor colocar todo o seu património a garantir o cumprimento pelo devedor, mas sem constituir um privilégio (nos termos do n.º 1 do art. 604.º, o credor que beneficia da fiança concorre em igualdade com os credores comuns do fiador). Por estas duas razões, ao lado das garantias tipificadas, foram-se formando, na prática dos negócios, outras “garantias especiais”, pelas quais se intenta garantir um crédito mediante o reforço da posição do credor, por comparação com aquela que lhe caberia se o seu crédito se limitasse a beneficiar da garantia geral, seja pela junção à garantia geral de um outro responsável que garanta de forma forte, em termos mais ou menos amplos, esse crédito, seja pela afectação especial de um bem do devedor ou de terceiro ao pagamento do crédito, sem, contudo, atribuir ao credor um privilégio juridicamente constituído, seja, ainda, pela assunção de um conjunto de obrigações que asseguram a suficiência do



património do devedor para o pagamento do crédito. Assim, se o Código Civil prevê e tipifica algumas garantias especiais, que a doutrina qualifica como garantias pessoais, das quais a fiança se apresenta como a garantia tipo ou matriz, ao lado dessas, outras garantias especiais não reais são conhecidas das leis e da prática – não estando em causa efeitos *erga omnes*, não vale o princípio da taxatividade e admitem-se amplamente garantias que não são legalmente tipificadas e reguladas. Podem destacar-se, como as garantias pessoais mais comuns, o aval, previsto nas leis mercantis, ou puras garantias atípicas como a garantia autónoma, que pode ser à primeira solicitação (nos termos da qual um outro sujeito, normalmente um banco, garante o cumprimento de uma obrigação, sem que as excepções decorrentes da relação principal possam, em linha de princípio, ser invocadas no plano da garantia, assumindo, pois, uma obrigação própria, que deve ser cumprida logo que o beneficiário o interpele)⁸, o depósito de um bem em garantia (*escrow account*) ou as que resultem de cartas de conforto. É sobre estas, enquanto modo de constituição de garantias, pela sua atipicidade e ductibilidade, que nos debruçaremos a título principal.

Antes de avançarmos, justifica-se uma menção especial a outros modos atípicos de reforço, por via contratual, da posição do credor. O exemplo paradigmático é o das cláusulas *pari passu* e *negative pledge*, muitas vezes associadas. Trata-se de estipulações contratuais às quais a lei não atribui privilégio (não são, assim, “causas legítimas de preferência”), e que apenas indirecta ou negativamente podem ser aptas a reforçar a garantia geral do

⁸ A garantia autónoma está prevista no direito de Macau, nos arts. 942.º a 961.º do Código Comercial.



crédito com o qual têm relação: como meras disposições contratuais que não gozam de tutela legal, não acedem, por natureza, ao patamar da eficácia *erga omnes*, que só a lei lhes poderia conferir, e atribuem, assim, meros direitos relativos e não direitos reais, ou seja, são invocáveis no estrito âmbito de vinculação ou produção de efeitos do contrato em que são previstas e não diante de qualquer sujeito, além de que as suas previsões incidem sobre a posição do credor de forma apenas indirecta ou negativa⁹. Com esta natureza, gozam, simplesmente, dos meios gerais de tutela das obrigações: o cumprimento judicial e a execução do património do devedor, sendo possíveis, e a acção de indemnização por incumprimento ou, ainda, as penas eventualmente estipuladas no contrato.

A mais comum destas previsões é a cláusula *pari passu*, pela qual o devedor assegura a posição de igualdade de um credor face a outros (por isso é *pari passu*). Associada a essa garantia (mas também se apresenta estabelecida de modo autónomo), está muitas vezes uma obrigação de abstenção (*negative pledge*), em que se prevêem compromissos defensivos de um certo credor ou de um grupo de credores: mais comumente, por elas o devedor obriga-se a não constituir obrigações que diminuam na prática a posição jurídica (gradação) e de facto que o credor beneficiado detém no acesso ao património do devedor. Articuladas as duas cláusulas, o devedor garante ao credor que o seu crédito será

⁹ E não é, portanto, uma garantia – PAULO CÂMARA, Manual de direito dos valores mobiliários, 4. ed., Coimbra, Almedina, 2018, págs. 155-156, sublinha exactamente a eficácia *inter partes* e a ausência de garantia (em sentido técnico, claro).



tratado com igualdade (sem preferência e sem desgradação relativa) face a outros (em especial, pode assegurar, sendo o crédito constituído como comum, que o credor será tratado com igualdade face aos seus outros credores comuns e que não ficará, portanto, subordinado a outros créditos comuns do credor, e, sendo o crédito objecto de uma garantia, o devedor assegura que o crédito se manterá no futuro com a mesma posição face aos seus restantes credores). O devedor pode mesmo, para obter esses efeitos, comprometer-se a não constituir outros créditos que sejam graduados acima ou em igualdade com aquele a que respeita a cláusula ou a não prestar garantias que prevaleçam¹⁰. Mas, note-se, estas cláusulas não atribuem qualquer privilégio ao credor que beneficiam.

É no domínio das garantias especiais que não são garantias reais mas que não se reduzem a meras cláusulas contratuais que reforçam defensivamente a posição dos credores que intentamos movermos no presente texto. Elegemos, para tanto, uma figura atípica, as cartas de conforto – que, na sua atipicidade, se apresentam multifacetadas, com conteúdos muitos variados e com graus de vinculação diversos, podendo não só questionar-se se se podem reconduzir a uma figura unitária, como, sobretudo, se, em todos os casos que se reconduzam a esse *nomen*, podemos encontrar uma verdadeira garantia. Olharemos as cartas de conforto, em especial, à luz da figura típica e paradigmática das garantias pessoais, a fiança – natureza paradigmática que, se permite afirmar que o regime da fiança contém preceitos que são

¹⁰ Cf., com referências, DIANA SERRINHA ROSA, *As cláusulas cross default no ordenamento jurídico português*, in RDS, VIII, 2016, 1, págs. 220-221.



de aplicação mais geral (exemplo disso é o art. 628.º do CCiv, que inscreve uma regra que é expressão de um princípio geral, que vale para todos os negócios que cumprem a mesma função e pelos quais um sujeito põe o seu património a garantir um crédito de outrem, segundo o qual esses negócios têm o seu sentido fixado por uma interpretação prioritariamente literal), não é fundamento, contudo, para afirmar que as declarações de garantia de sentido duvidoso devem ser entendidas como fianças (na verdade, o sentido – agora directo – do art. 628.º, que adiante abordaremos, impede essa afirmação).

Capítulo I - As cartas de conforto

1. Estrutura e sentido das cartas de conforto – declaração unilateral e relação contratual

As denominadas cartas de conforto – também chamadas, numa denominação talvez menos abrangente, cartas ou declarações de patrocínio¹¹ – têm uma origem mais ou menos remota nas relações familiares ou de amizade, mas tornaram-se socialmente típicas nas relações inter-societárias, associadas à prática bancária. Neste âmbito, com muita frequência, deparamos com declarações, de conteúdo variável, emitidas pela sociedade que, numa relação de

¹¹ J. SINDE MONTEIRO/F. CASSIANO DOS SANTOS, *Carta de patrocínio, relação de grupo e providência de recuperação de empresa*, in RLJ, ano 157.º, Novembro/Dezembro de 2007, pág. 67, 1.ª col., e nota 1.



grupo ou de domínio, se encontra na posição de topo, dirigidas a um possível futuro credor, e que têm como objectivo genérico facilitar a obtenção do crédito por uma sociedade dominada.

É certo, não obstante a tipicidade que se assinala, que declarações desse género não se confinam em absoluto ao âmbito das relações inter-societárias e do financiamento bancário e que podem ser emitidas mais ou mesmo formalmente diante de outros sujeitos que não entidades financeiras, para, por exemplo, facilitar negócios que envolvam a concessão de crédito a um determinado sujeito (normal, mas não necessariamente, uma sociedade)¹². Mas não deixa de ser exacto que é nas relações entre bancos e sociedades em relação de coligação que encontramos o seu campo mais frequente e que é sobretudo aí que é possível surpreender uma certa tipicidade social¹³.

A expressão carta de conforto cobre ou acolhe, em conformidade quer com o seu objectivo comum muito genérico, quer com o seu âmbito variado, uma multiplicidade de declarações de natureza e conteúdo diversos¹⁴. Pode, no entanto, com base sobretudo na prática bancária a que aludimos, divisar-se nelas uma série de características constantes que permitem identificar um cerne ou denominador comum a um conjunto de declarações, que poderão, com propriedade, ser aglutinadas na designação comum cartas de

¹² J. CALVÃO DA SILVA, *Cartas de Conforto*, in Estudos de Direito Comercial (Pareceres), Coimbra, Almedina, 1996, pág. 371.

¹³ A. MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, 6ª ed., 2016, Coimbra, Almedina, págs. 772-774.

¹⁴ J. CALVÃO DA SILVA, *Cartas de Conforto*, *cit.*, pág. 370.



conforto.

Em primeiro lugar, essas declarações têm por pressuposto explícito ou implícito a existência e identificação de uma relação entre o declarante e o beneficiário da declaração, a qual explica e justifica o conhecimento de um compromisso assumido ou a assumir entre esse beneficiário e o terceiro destinatário e justifica a intervenção nele por parte do emitente da declaração¹⁵. Na verdade, tal como se foram configurando na prática, as declarações que se reúnem sob a denominação cartas de conforto supõem uma relação, a montante, entre o declarante (ou patrocinante) e o beneficiário, a qual confere àquele uma influência ou conhecimento especial sobre este ou, pelo menos, um interesse dele na actividade do beneficiário. É a influência, o conhecimento ou o interesse que constitui o pressuposto que leva o declarante a emitir declarações e até a assumir compromissos que têm por objectivo influenciar o destinatário (comumente, um banco) na decisão de conceder, manter ou renovar um crédito a favor da entidade patrocinada¹⁶.

Depois, a carta de conforto pressupõe ainda uma relação a jusante, estabelecida ou a estabelecer no futuro, entre o financiador-destinatário e o beneficiário ou patrocinado¹⁷. Se a

¹⁵ A. MENEZES CORDEIRO/A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, I, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 771.

¹⁶ Cf. A. NAVARRO DE NORONHA, *As Cartas de Conforto*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pág. 14.

¹⁷ V. J. CALVÃO DA SILVA, *Cartas de Conforto*, *cit.*, pág. 380. A. NAVARRO DE NORONHA, *As Cartas de Conforto*, *cit.*, pág. 130: “elas têm, é certo, a causa-função de promover a relação entre patrocinada e beneficiário (...)”. Referindo-se à intervenção na relação com o terceiro como “denominador comum” à totalidade



declaração de conforto tem por base ou primeiro pressuposto a relação entre patrocinante e patrocinado, a causa ou o escopo dessa intervenção é a vontade de influenciar (confortar) uma outra relação, entre o beneficiário e o financiador¹⁸.

A existência dessa relação, que a carta procura influenciar, é característica das verdadeiras cartas de conforto¹⁹. Seja essa relação a jusante elemento imprescindível ou apenas uma das características relevantes para a qualificação de uma declaração como carta de conforto, é seguro que esta é dirigida a um destinatário, que é normalmente aquele que estabeleceu ou pode vir a estabelecer uma relação de financiamento com o beneficiário da declaração e que pode vir a invocar os vínculos assumidos pelo

das cartas, v. J. SINDE MONTEIRO/F. CASSIANO DOS SANTOS, *Carta de patrocínio*, pág. 69.

¹⁸ Não falta mesmo quem, na doutrina, eleve este aspecto a “*elemento imprescindível para que se possa falar de uma genuína carta de conforto*”: assim A. PINTO MONTEIRO, *Sobre as Cartas de Conforto na concessão de crédito*, in “*Ab Vno ad Omnes, 75 anos da Coimbra Editora*”, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pág. 415, realça a existência de um destinatário, que é um banco, o controlo por parte do declarante e o financiamento que se pretende facilitar – mas justamente sublinhando que se trata da utilização típica das cartas. A. NAVARRO DE NORONHA, *As Cartas de Conforto*, *cit.*, pág. 12-13, refere que a carta interessa a três entidades e que visa a promoção de uma relação entre o patrocinado e o beneficiário (v., tb, pág. 66).

¹⁹ A. PINTO MONTEIRO, *Sobre as Cartas de Conforto*, *cit.*, pág. 419. A. NAVARRO DE NORONHA, *As Cartas de Conforto*, *cit.*, pág. 67-68, refere a estabilidade da relação entre emitente e patrocinado como elemento “*estruturante*” da carta de conforto.



declarante na carta²⁰.

Aliás, é justamente com fundamento na existência de um destinatário da carta e no relevo deste na estrutura negocial que a doutrina vem propendendo para assumir que a carta não é uma mera declaração unilateral – a qual, a ter tal natureza, poderia ser considerada proibida, por violação da taxatividade dos negócios unilaterais, inscrita no art. 457.º do Código Civil. Com efeito, quando não se coloca fora do plano da juridicidade, a declaração constante da carta não intenta ser unilateral: ela é destinada a dar corpo a um contrato, mediante a junção da aceitação pelo destinatário dos compromissos assumidos pelo declarante, aceitação essa que, algumas vezes, é expressa, mas que, com mais frequência, é meramente tácita (art. 219.º do Código Civil) ou pode até decorrer de uma conduta que revela “a intenção de aceitar a proposta” (art. 234.º do Código Civil). E, muitas vezes, será possível encontrar contactos pré-negociais, directos ou por intermédio do beneficiário, que conduzem à emissão da carta e aos seus termos.

Quer dizer: é pela presença de um destinatário que se torna aceitante das declarações e compromissos dela constantes que a carta dá origem a um contrato e escapa à unilateralidade na sua formação como negócio jurídico – ainda que seja certo que, enquanto contrato, ela gerará, por regra, obrigações apenas para o declarante (é um contrato unilateral, pois) e que é, em princípio, gratuita.

²⁰ O ponto é afirmado comumente na doutrina: cf., por ex., A. PINTO MONTEIRO, *Sobre as Cartas de Conforto, cit.*, pág. 415, e A. NAVARRO DE NORONHA, *As Cartas de Conforto, cit.*, pág. 9 e 11-12.



Em síntese, pode afirmar-se que as cartas de conforto constituem uma relação contratual própria entre emitente ou declarante e destinatário, tendo, a montante, uma relação entre esse emitente e o beneficiário, que explica ou justifica o seu surgimento, e a jusante uma outra relação, normalmente de crédito, estabelecida ou a estabelecer entre destinatário e beneficiário (o qual terá justamente, em regra, solicitado a intervenção do emitente) e que é a causa ou motivo directo da emissão da carta.

Pois bem. Uma vez registados os pontos fundamentais quanto à estrutura das cartas de conforto, cumpre agora – sempre em vista de surpreender as características que estão no cerne dessas declarações, enquanto modo de constituição de garantias – apreender com maior detalhe qual é o sentido da emissão de uma carta de conforto.

Recorde-se que, em termos gerais, esse sentido é o de influenciar em maior ou menor medida uma relação entre o destinatário e o patrocinado. Ora, pode, em primeiro lugar, afirmar-se com segurança que a vontade de ter influência na relação de crédito alheia se coloca no plano da juridicidade: o declarante, movendo-se pela vontade de influenciar uma relação negocial a jusante, não assume meros compromissos de boa vontade ou de honra. Nos termos gerais, dirigindo-se a declaração a ter influência num negócio, e não à constituição de uma relação de pura obsequiosidade, cabe ao declarante provar que lhe faltou a intenção de produzir efeitos prático-jurídicos²¹.

²¹ J. CALVÃO DA SILVA, *Cartas de Conforto, cit.*, pág. 376.



A carta de conforto tem, pois, em princípio, carácter negocial. Contudo, é também certo que a nota que a contradistingue face a outros mecanismos de intervenção de terceiro numa relação de crédito, legalmente típicos ou não, é precisamente a vontade de explicitar uma vinculação distinta daquelas que resultam desses outros mecanismos e que se distingue sobretudo por se intentar uma vinculação menos precisa ou mais indefinida do que aquela que se exprime nessas outras figuras. A carta de conforto autonomiza-se como figura negocial justamente como mecanismo para escapar ao carácter estrito ou rígido dos demais mecanismos disponíveis (designadamente, a fiança).

O ponto que agora pomos em evidência é de grande importância: a opção do sujeito por uma declaração de conforto e não por outra figura não pode deixar de produzir efeitos em sede de qualificação e de interpretação. Pode, por essa razão, assumir-se que, em linha de princípio, as vinculações assumidas por via de uma carta de conforto se afastam daquelas que seriam as vinculações decorrentes de outros mecanismos típicos (legal ou socialmente) disponíveis²² – por isso, o declarante escolheu a carta e não um

²² J. CALVÃO DA SILVA, *Cartas de Conforto, cit.*, pág., 373, refere um desejo de ladear regras de garantias típicas. Reportando-se ao “erro de as [às cartas de conforto] parificar apressadamente com a fiança ou, em geral, com os negócios de garantia”, v. A. PINTO MONTEIRO, *Sobre as Cartas de Conforto, cit.*, pág. 417, nota 5: o A. conclui expressamente que “as partes, com a carta de conforto, terão querido algo de *diverso* do que teriam conseguido recorrendo a figuras tipificadas” (pág. 426) e que não se deve, por via de interpretação, chegar a resultado que ignore aquilo que resultou da negociação (a opção pela carta e não por um mecanismo típico – pág. 426-427) e assinala a circunstância de as partes terem a consciência de obter um resultado diverso daquele que poderiam obter com outro



desse outros mecanismos. Só não será assim se for nítida na sua formulação a assunção noutra sentido – regra que, como já vimos, resulta do princípio aflorado no art. 628.º do CCiv, que a inscreve especificamente para a fiança²³. Vale isto por dizer que a opção do sujeito por uma carta como modo de expressão da sua vontade, em alternativa a outros modos conhecidos e tipificados legal ou socialmente e em detrimento deles, tem naturalmente significado na determinação do sentido das obrigações que constam da concreta carta e das vinculações por via dela assumidas – e, por isso também, só em concreto o exacto sentido da vinculação emergente da carta pode ser determinado. Por outro lado, sendo, por regra, como apontámos, negócios gratuitos, a dúvida sobre o preciso alcance do compromisso deve ser resolvida pela prevalência, de entre os sentidos acolhidos pela letra da carta, do sentido menos gravoso para o declarante (art. 238.º do CCiv).

mecanismo e que o fenómeno deve ser encarado como atípico, sob pena de se frustrar o escopo prosseguido pelas partes (pág. 425-426, n. 28).

²³ A. MENEZES CORDEIRO, *Das Cartas de Conforto no Direito bancário*, Lisboa, Lex, 1991, pág.119-121, falando de “fuga declarada à fiança”, sublinha justamente que, “na falta de outras declarações que reforcem o grau de vinculação (...) não é crível que o emitente tenha pretendido obrigar-se em termos mais onerosos do que aqueles em que a patrocinada está obrigada ou que resultariam daqueles outros negócios de garantia”.



2. Tipos de cartas e critério de identificação do alcance da concreta declaração – singularidade e interpretação das declarações; as cartas de conforto como modo de constituição de garantias

É tempo, agora, de fazer uma maior aproximação ao conteúdo das cartas de conforto. Esse conteúdo, já o fomos sublinhando, é variável: as declarações ou cartas de conforto apresentam teores díspares, a partir dos quais é possível identificar meras declarações informativas ou, no outro extremo, verdadeiras garantias social ou legalmente típicas, mas, também, compromissos ou intenções de empenho mais ou menos vinculados relativamente a actuações ou omissões do declarante ou do patrocinado que constituem garantias (reforços, no sentido em que usámos o vocábulo na *Introdução*, número 1) do cumprimento de um crédito²⁴.

Face a esta multiplicidade, a doutrina e a jurisprudência têm ensaiado uma certa tipificação, procurando agrupar as cartas em modalidades, de acordo com classificações variáveis, mas atendendo sobretudo ao grau de vinculação do declarante. Assume-se, para o efeito, que as cartas de conforto se foram conformando numa tipicidade prática ou social, que se analisa numa uniformização ou pelo menos numa relativa padronização dos tipos de declarações, observada sobretudo no âmbito das relações bancárias e dos grupos de sociedades²⁵ – padronização de tipos de declarações que se enxerga não obstante a (muitas vezes deliberada) ambiguidade e imprecisão que frequentemente

²⁴ Cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, *cit.*, pág 774.

²⁵ A. NAVARRO DE NORONHA, *As Cartas de Conforto*, *cit.*, págs. 9 e 11.



marcam os textos²⁶ e que não prejudica a recondução desses tipos a um denominador comum que decorre do escopo genérico de reforçar a confiança no beneficiário e de proporcionar “sossego” ao destinatário quanto a um crédito concedido ou a conceder²⁷.

Assim, a doutrina identifica as chamadas cartas fracas, as quais contêm basicamente meras informações ou comunicações relativas à natureza da relação entre declarante e patrocinado e à relação entre este e o destinatário, por vezes com declaração de concordância com a concessão de crédito ou de reconhecimento da essencialidade da relação de grupo para a concessão de crédito, muitas vezes sem apresentarem mesmo uma ligação com um crédito determinado.

Neste campo, quando encontradas neste estado puro, estamos diante de meras declarações de ciência, informativas ou contendo comunicações, que não constituem garantias. Destas declarações não nascem, pois, verdadeiras obrigações para o emitente, nem elas fundam, tão-pouco, uma legítima confiança do destinatário na solvabilidade do patrocinado, mas podem, não obstante o seu carácter circunscrito, dar lugar a acções de responsabilidade contra o declarante pelos danos decorrentes de informações inexactas.

Em certos casos, a declaração fraca poderá ir mais longe, configurando obrigações de actuação própria do declarante relativamente a circunstâncias laterais a um negócio a celebrar (ou já celebrado) entre beneficiário e destinatário ou a pressupostos do

²⁶ J. CALVÃO DA SILVA, *Cartas de Conforto, cit.*, pág., 378.

²⁷ Assim, J. SINDE MONTEIRO/F. CASSIANO DOS SANTOS, *Carta de patrocínio, cit.*, pág. 69.



cumprimento dele ou até obrigações de sanar irregularidades ou vícios desse negócio, as quais poderão ser accionadas quer em acção de cumprimento, quer para fundamentar acções de indemnização por responsabilidade civil (que será, em princípio, contratual).

Noutro plano, de força média ou intermédia, colocam-se as cartas cujo conteúdo nuclear, além de confirmar a existência de uma determinada relação entre emitente e beneficiário, como a relação de participação de uma sociedade na outra ou uma relação de domínio ou de grupo, assegura a manutenção dessa relação e manifesta conhecimento sobre dados económico-financeiros do beneficiário, em alguns casos confirmando-os ou garantindo a sua manutenção – elementos destinados a incutir confiança no destinatário quanto à concessão de crédito. Declarações deste género, além de fazerem incorrer o declarante em responsabilidade por falsas declarações, se for o caso, ou por responsabilidade pré-contratual, podem comportar uma verdadeira obrigação de *non facere* que, se violada (por exemplo, caso seja alienada a participação social ou se proceda a distribuição de dividendos que a declaração assegurava que não ocorreriam), pode dar lugar à obrigação de indemnizar o dano (no exemplo, decorrente da cessação do controlo ou da distribuição), mas não à obrigação de reembolsar o crédito. Deve ter-se presente, contudo, que, em muitos casos, as afirmações constantes da carta são meras declarações de política de controlo, das quais não nasce o direito da outra parte a exigir a manutenção dessa política – e que se aproximam, pois, das cartas fracas – ou que impõem somente um dever de comunicação e, em geral, deveres reforçados de boa fé.

Em casos próximos destes, mas que deles se destacam e que



atingem um grau de vinculação mais forte e podem mesmo configurar já uma garantia de cumprimento, encontram-se amiúde cartas em que o declarante declara explicitamente ter como objectivo próprio o cumprimento do contrato a jusante, ou assume essa obrigação implicitamente, através do compromisso de promover todas as diligências para que o financiado cumpra diante do destinatário, ou em que se compromete a prestar ou encontrar garantias substitutivas para algum crédito ou para vários em geral, designadamente em caso de transmissão da participação pelo declarante. Noutros casos, ainda, os termos em que se assume a relação entre as sociedades e a integração num mesmo grupo podem ser fundamento para a criação no destinatário de uma confiança tão forte no cumprimento pelo próprio “grupo” (colocamos uma aspas, porque o grupo não se apresenta como um sujeito de direitos capaz de assumir, ele próprio, obrigações), que seja o fundamento, em certos casos mais fortes ou graves, para uma responsabilidade de sociedades do grupo, com desconsideração das personalidades jurídicas dentro dele, associada ou não à re-imputação de relações assumidas formalmente por um sujeito a outro ou outros²⁸.

No patamar de uma vinculação mais vincada, forte, podemos encontrar compromissos relativos à condução e exercício de vigilância e (ou) influência no patrocinado de modo a que este

²⁸ Sobre essas sanções como reacção ao controlo plurissocietário ilícito e, em especial, nos grupos, mais desenvolvidamente, v. FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Desconsideração da personalidade jurídica, responsabilidade limitada e controlo plurissocietário ilícito*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 151.º, n.º 4035, Julho /Agosto de 2022, págs. 405 e segs., esp. pág. 408.



cumpra o contrato com o destinatário ou mesmo a assegurar a manutenção de uma situação financeira que se relaciona directamente com o cumprimento. Estas declarações podem, é certo, analisar-se em simples obrigações de meios, que não obrigam a mais do que uma boa gestão e não importam desembolsos para tornar o beneficiário solvente, mas podem consistir também em verdadeiras obrigações quanto à realização do pagamento (resultado), que obriguem a colocar fundos na esfera do patrocinado ou que garantam por outra via o cumprimento. Nestes casos, há um reforço positivo da situação do credor, que não se confina ao funcionamento, nos termos gerais, da garantia patrimonial, e temos verdadeiras garantias. Podem mesmo configurar-se obrigações que se aproximam da própria fiança ou do mandato de crédito (casos que trataremos autonomamente no Capítulo II) e outras que são verdadeiras fianças assumidas por via de carta.

Neste patamar de vinculação forte encontram-se com frequência declarações emitidas pelo sócio único de uma sociedade – normal, mas não necessariamente, em relação de grupo (pode, designadamente, tratar-se do sócio de uma sociedade unipessoal por quotas ou de uma sociedade de outro tipo em que o sócio não é uma sociedade abrangida pela relação de coligação) – que assegura a manutenção dessa condição e que se compromete a todas as diligências necessárias a que o cumprimento se venha a dar. Não se tratando de diligências laterais, esparsas ou difusas e sendo clara a relação das diligências asseguradas com a assunção e a subsistência da unipessoalidade e com o cumprimento (ou seja, não se apresentam como simples obrigações de meios), o não cumprimento dessa obrigação não tem como consequência a mera



responsabilidade civil nos termos gerais e o declarante responde pelo cumprimento pelo solicitante, em termos que se aproximam dos da fiança – que só não são iguais porque, na carta, o credor vai ter que demonstrar que o emitente não tomou todas as medidas que lhe eram possíveis e que, a ter tomado, o seu crédito teria sido satisfeito.

A identificação destes sub-tipos ou modalidades não pode, contudo, empobrecer a análise do mecanismo. A integração em modalidades moldadas a partir da prática não é mais do que um esforço de enquadramento, útil sobretudo como apoio interpretativo para a identificação da concreta vinculação, e não obscurece, antes evidencia, o carácter multiforme e atípico que as cartas de conforto, enquanto modo de assunção de vinculações e de garantias de cumprimento, apresentam, do mesmo modo que não permite que se prescindia da averiguação do sentido da concreta declaração²⁹. Vejamos com mais detalhe.

O carácter multiforme das declarações de conforto liga-se intimamente a uma outra característica constante das cartas de conforto: a singularidade. Apesar de haver uma tendência para alguma standardização dos conteúdos, por regra uma carta de conforto é uma declaração marcada pela concreta situação dos intervenientes nas relações e pela relação que visa influenciar, e que não se deixa em absoluto aprisionar em fórmulas típicas que permitam enquadrar a concreta declaração em uma das modalidades identificadas: desde logo, com frequência, combinam-se declarações que abstractamente se integram em modalidades

²⁹ A. PINTO MONTEIRO, *Sobre as Cartas de Conforto*, cit., págs. 415 e 418 e 439.



distintas ou emitem-se declarações que escapam ao comum.

Deste modo, a constatação deste carácter multiforme e singular permite sublinhar, com segurança, um outro aspecto. De modo muito especial, só no caso concreto pode ser determinada qual é a exacta vinculação concreta de uma carta de conforto: como em qualquer negócio jurídico, o apuramento do sentido das declarações constantes de uma carta de conforto é um problema de interpretação, mas a determinação do sentido das vinculações emergentes de uma carta de conforto tem uma relação própria com a qualificação. O sentido a dar à declaração tem, naturalmente, que ser apurado nos termos dos preceitos do Código Civil que regem a interpretação das declarações negociais e a comparação entre a concreta declaração e as modalidades tipicamente reconhecidas é apenas um dos instrumentos relevantes na actividade interpretativa. Nesta, toma-se, naturalmente, como primeiro elemento relevante e ponto de partida, o teor literal do texto – nesta matéria, vale o já aludido princípio de interpretação literal prioritária, o qual radica na assinalada autonomia face às outras figuras tipificadas e na importância das palavras eleitas para exprimir as diferenças face a essas figuras e que, no Código Civil, aflora no n.º 1 do art. 628.º. São ainda elementos relevantes as negociações ou contactos preliminares e o contexto em que a carta surge³⁰, incluindo as relações existentes entre declarante e patrocinado, bem como a consideração dos interesses em jogo e dos fins tidos em vista ou, ainda, a finalidade prosseguida com a relação confortada e com a própria carta no quadro da consumação

³⁰ A. PINTO MONTEIRO, *Sobre as Cartas de Conforto*, cit., págs. 422-423.



dessa outra relação³¹. Em especial, releva a ponderação do interesse do emitente da declaração: assim, a emissão de declarações com vinculações mais fortes, que envolvam efeitos directos na esfera do declarante, está associada a situações em que, além de ele deter uma influência relevante no patrocinado, a operação confortada serve um interesse forte do próprio declarante³² (ou do grupo que dirige ou em que se integra): há que ter presente em que medida o declarante ou patrocinante, além desta qualidade, é parte interessada, ao menos indirectamente, no negócio patrocinado, relacionando isto com o fim visado com a emissão da carta e o modo como ela pode facilitar a concretização desse negócio³³. Recorde-se o já assinalado funcionamento da regra do art. 237.º do CCiv.

Fundamental é, repise-se, a análise da concreta relação entre emitente e beneficiário. Não pretendemos, com as observações que precedem, ao contrário de alguma doutrina³⁴, concluir que, nos casos em que a relação emitente-beneficiário é difusa, estamos simplesmente perante cartas de conforto de “conteúdo moral”. A conclusão não pode ser automática. Em todo o caso, parece-nos claro que uma debilidade (ou ausência...) da relação a montante é um indício forte no sentido da interpretação do vínculo assumido como um vínculo fraco: na verdade, não faz por regra sentido que quem não pode influenciar uma relação, através da ligação que

³¹ J. CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2002, págs. 398-399.

³² Assim, associando declarações fortes a um interesse do emitente na operação, tb. A. NAVARRO DE NORONHA, *As Cartas de Conforto*, *cit.*, pág. 53-54.

³³ J. CALVÃO DA SILVA, *Cartas de Conforto*, *cit.*, pág., 384.

³⁴ A. NAVARRO DE NORONHA, *As Cartas de Conforto*, *cit.*, págs. 139-140



tenha (no caso, não tenha...) com um dos sujeitos dessa relação, assuma uma vinculação forte em conexão com ela... Por outras palavras: a interpretação dos termos de uma concreta carta quanto ao vínculo que nela o declarante assume não pode deixar de ter em conta o tipo de relação entre ele e o patrocinado³⁵. De acordo com a normalidade social, não há assunção de responsabilidade sem a existência do correspondente poder ou controlo.

Podem mesmo ser estabelecidas regras ou orientações práticas, nesta matéria. Na verdade, as cartas de conforto típicas e, em especial, as chamadas cartas fortes supõem um controlo ou influência do declarante sobre a condução do sujeito beneficiário, que lhe permite ter uma participação pelo menos indirecta na configuração ou conformação da relação a estabelecer a jusante (o financiamento feito ou a fazer à beneficiária)³⁶. Por força desta circunstância, a carta de conforto comum, mesmo que com uma vinculação forte, está longe de consistir num cheque em branco dado pelo declarante aos outros dois sujeitos ligados à sua emissão. Uma regra prática é a de que a vinculação é, ou pode ser, em princípio, tanto mais forte quanto maior for a influência do declarante sobre o beneficiário, e, em especial, é de supor que a vinculação de um sujeito no que respeita à actuação futura de outro que não é por si determinada ou, pelo menos, influenciada, não se

³⁵ Mas não determinando esse vínculo em absoluto: sobre isto, em sentido não rigorosamente coincidente, v. A. NAVARRO DE NORONHA, *As Cartas de Conforto*, *cit.*, pág. 140.

³⁶ Estabelecendo essa relação entre influência e força das vinculações, v. J. CALVÃO DA SILVA, *Cartas de Conforto*, *cit.*, pág. 390 (“já se o patrocinante não tem o controlo da patrocinada, a obrigação de influência terá valor muito limitado...”).



configura, salvo porventura casos especiais, em que se detecte uma concreta motivação, como uma vinculação de risco relevante para o declarante – será normalmente uma declaração fraca, no sentido que a doutrina aponta em matéria de cartas de conforto³⁷. Reciprocamente, uma vinculação forte é normalmente função de uma influência forte: a regra é que um sujeito não se submete a decisões ou acordos de terceiros se não tiver instrumentos para as influenciar ou controlar.

Outro ponto a considerar é o conhecimento que o emitente revela sobre a relação a jusante, conhecimento que é mais forte e deve ser determinado se a carta intenta constituir uma garantia. Esta circunstância não pode deixar de ter relevo, ao menos na interpretação do alcance da declaração (e terá também reflexos na apreciação da sua validade enquanto possível garantia e vinculação forte): com efeito, não será normal que um declarante assuma uma vinculação forte sem que revele, no próprio texto da declaração que emite, ter um conhecimento preciso do conteúdo da relação em relação à qual se está a comprometer – sem esse conhecimento assumido, não é de presumir a presença de uma declaração forte e não poderá haver garantia (como veremos adiante).

Retenha-se, ainda, que valem aqui as regras gerais da interpretação das declarações negociais: a interpretação da declaração de conforto faz-se tendo em consideração aquele que é o ponto de vista de um declaratário normal, colocado na posição do

³⁷ Por outras palavras: a natureza da relação declarante/beneficiário é, assim, um elemento com “peso importante” na interpretação de uma carta de conforto (v. A. PINTO MONTEIRO, *Sobre as Cartas de Conforto*, cit., pág. 419).



real declaratório (art. 236.º do Código Civil). E, recordamos de novo, caso se entenda que persiste a dúvida sobre o sentido da vinculação, das regras interpretativas inscritas no Código Civil, que valem mesmo no domínio do direito mercantil³⁸, resulta que esse sentido não pode envolver uma vinculação forte. Com efeito, em sede de interpretação, o art. 238.º do Código Civil prescreve que a declaração deve, em caso de dúvida, ser interpretada no sentido menos gravoso para o declarante, nos negócios gratuitos, e no sentido que comportar maior equilíbrio entre as prestações, nos negócios onerosos. Ora, nas cartas de conforto, o sentido menos gravoso ou aquele que conduz ao maior equilíbrio das prestações são claramente aqueles que excluem uma vinculação forte, ou a mais forte, que deixe o declarante, em maior ou menor medida, nas mãos de decisões que lhe são (ao menos) formalmente exteriores – e será assim, sobretudo, nos casos em que a sua influência sobre o beneficiário é fraca.

3. Destinatário da declaração e aceitação; forma e prova

Conforme acentuámos em geral, a aceitação, mesmo que muitas vezes se deduza apenas tacitamente, é condição de produção de efeitos das vinculações constantes de cartas de conforto. Ora, a carta tem um destinatário e é este sujeito que declara, por sua vez,

³⁸ Sobre a aplicação no direito comercial das regras do direito comum, tendo em conta as diferenças dos interesses na esfera mercantil, cf. FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pág. 135.



a aceitação dos vínculos dela constantes. A esta luz, uma declaração que não tenha um destinatário, não sendo dirigida a uma possível correspondente aceitação, terá normalmente como consequência a conclusão de que essa declaração não se integra sequer num quadro negocial: como quer que seja quanto ao seu enquadramento, em tal caso não se formará um contrato nem, consequentemente, haverá vinculação no plano jurídico (art. 457.º do Código Civil). Aos olhos de alguma doutrina, a declaração estará mesmo ferida de nulidade, por violação do princípio da taxatividade das declarações unilaterais³⁹.

Nos casos mais comuns, a declaração negocial consistirá numa proposta negocial, sendo dirigida a um destinatário concreto. Neste caso, vincula o declarante nos termos do art. 230.º do Código Civil e formar-se-á um contrato com a aceitação, ainda que esta possa não se revestir de uma declaração, e resultar antes de uma conduta que mostre a intenção de aceitar a proposta: art. 234.º do Código Civil. Neste último caso, a conduta relevante tem que resultar de actuações do destinatário que, quanto este for uma sociedade, têm que provir de administradores que vinculem a sociedade – não bastando, naturalmente, nem um mero conhecimento por um administrador (o disposto no n.º 3 do art. 408.º do Código das Sociedades Comerciais aplica-se aos casos de conhecimento psicológico ou notificativo: quando o conhecimento importa, ou pode importar, por si só, a vinculação da entidade, não vale esse regime simples, sendo necessário um conhecimento por quem tem poderes para vincular a entidade ou por aqueles que, em concreto,

³⁹ Esta é a orientação dominante na doutrina: cf. A. NAVARRO DE NORONHA, *As Cartas de Conforto*, *cit.* págs. 88-89, n. 160.



a vinculam), tornando-se imperiosa a existência de um comportamento no sentido da vinculação (activo, pois, e não meramente passivo).

Mas a prática conhece declarações unilaterais com promessas de prestação dirigidas a desconhecidos ou à generalidade dos credores de um certo sujeito: o Código Civil prevê a emissão dessas declarações por anúncio em jornal (art. 225.º). Além disso, prevê especialmente as declarações dirigidas a pessoas indeterminadas mediante anúncio público: estas, se realizadas pelos meios previstos, são declarações unilaterais eficazes para efeito do art. 495.º. No entanto, em função da regra estabelecida neste preceito, qualquer declaração unilateral (sem aceitação) emitida por forma diversa destas ou de outra especialmente prevista na lei não pode produzir efeitos juridicamente vinculantes para o seu emitente⁴⁰.

No que concerne à actuação “da outra parte”, há que sublinhar que esta, nas cartas de conforto, associa-se geralmente a uma exigência de emissão de carta de conforto por aquele que está em posição de atribuir, renovar ou prorrogar crédito, condicionando a posição do processo de concessão de crédito a essa emissão; nestes casos, a prática pelo destinatário do acto ou actos condicionados permite assumir, pelo menos, que a carta se integra nas negociações tendentes a esse financiamento e permite ainda normalmente que a concessão ou renegociação seja tomada simultaneamente como a aceitação das declarações constantes da

⁴⁰ Emitindo opinião neste sentido, v. A. NAVARRO DE NORONHA, *As Cartas de Conforto*, *cit.*, pág. 74-75 e nota 135 – o qual suscita tb a questão da determinabilidade do objecto nestas declarações: a indeterminabilidade será potenciada pela generalidade dos destinatários...



carta⁴¹.

Por outro lado, para haver aceitação, mesmo no quadro do art. 234.º do Código Civil, é imprescindível, nos termos da própria letra do preceito, que antes tenha existido uma declaração que se apresente como uma proposta negocial. A esta luz, portanto, há previamente que indagar se a declaração de conforto pode configurar uma proposta negocial – a qual, por seu lado, pressupõe uma declaração dirigida a um destinatário⁴². Em muitos casos, a falta de menção explícita ou implícita a um destinatário terá, em conformidade, um efeito prático relevante: impede que a declaração seja configurável como uma proposta negocial e obsta a que se lhe possa associar “*uma conduta da outra parte que mostre a intenção de aceitar a proposta*” [sublinhado nosso]. Se a declaração não é destinada a um sujeito (dirigindo-se, por exemplo, a destinatários indeterminados) e não se apresenta como uma proposta, não pode, por isso, ter uma conduta da outra parte que lhe corresponda em termos de valer como aceitação – até pela singela razão de, na falta de destinatário, não haver “outra parte”.

Todavia, impõe-se sublinhar que a falta de menção ao destinatário no próprio documento que inscreve a carta não significa, sem mais, que esta não tenha destinatário. Este pode existir sem ser mencionado expressamente e pode estar apenas implícito, resultando a sua condição de destinatário da declaração de anteriores relações e contactos, por exemplo. Recorde-se que o

⁴¹ A. NAVARRO DE NORONHA, *As Cartas de Conforto*, cit. pág. 90.

⁴² Assinalando a declaração como comportamento que aparenta um escopo notificativo, v. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II, Livraria Almedina, Coimbra, 1972, págs. 122-123.



destinatário e a sua “presença” na declaração se ligam por regra a uma solicitação dirigida ao emitente da carta por qualquer entidade terceira à relação patrocinante-patrocinado, entidade essa que vai surgir justamente como o destinatário.

Note-se, à margem, que não se pode excluir a emissão de carta de conforto com a configuração de promessa pública, vinculante nos termos dos arts. 459.º a 462.º.

A ausência de referência ao destinatário pode ter uma outra consequência. Numa carta de conforto, os riscos que o destinatário pretende acautelar são elementos fundamentais para interpretar a declaração⁴³. Ora, não estando presente no texto a referência a um destinatário das declarações, nem o preciso efeito a que se dirige, perde valor a consideração dos interesses ligados à relação a garantir a jusante como elemento hermenêutico.

Resta sublinhar, no que à declaração e aceitação concerne, que as cartas ou, em geral, as declarações de conforto não estão sujeitas a forma. Não é assim, contudo, se a carta contiver uma fiança, para a qual a lei exige a forma do negócio afiançado. (cf., *infra*, Capítulo II, número 2). Se, como é comum, o contrato de financiamento ou a relação a que se liga a carta for reduzido a escrito, seja por imposição da lei, seja voluntariamente, importa sublinhar que a prova de elementos adicionais ao teor do documento não poderá ser feita com recurso a prova testemunhal. Se é certo que, na medida em que o documento seja a forma voluntária do contrato a jusante e, nos termos do art. 221.º do Código Civil, as estipulações

⁴³ Sublinhando o papel da solicitação na conformação dos fins a que se destina a carta, cf. A. NAVARRO DE NORONHA, *As Cartas de Conforto, cit.*, pág. 13.



(ou, mais genericamente, as declarações negociais) acessórias desta que não assumem a forma e sejam anteriores ou contemporâneas devem ser consideradas válidas desde que se mostre que correspondem à vontade do declarante e não sejam sujeitas por lei à forma escrita, certo é também que se trata, em qualquer caso, de elemento da declaração que, sendo anterior ou contemporâneo ao documento particular, é contrário ou adicional ao conteúdo dele (não interessa agora se a forma está legalmente prescrita ou foi voluntariamente adoptada) e que a prova de declaração emitida em tais circunstâncias está sujeita à restrição prevista no art. 394.º do CCiv⁴⁴.

4. O controlo da determinação das vinculações⁴⁵

A não ser possível determinar com precisão o sentido atribuído

⁴⁴ Em síntese, sobre a razão de ser e o sentido do art. 394.º, que fundamentam a sua aplicação ao caso, independentemente de se tratar de forma legal ou voluntária (ainda que a propósito da não aplicação deste preceito a contratos não negociados ou celebrados por adesão), v. FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *O contrato de instalação de lojista em centro comercial (e a aplicação do artigo 394.º do Código Civil quando celebrado por adesão)*, in Cadernos de Direito Privado, n.º 24, Outubro/Dezembro2008, págs. 17-19.

⁴⁵ Neste número, além de algumas notas sobre os afloramentos do problema da determinação do objecto nas cartas de conforto, seguimos de perto o estudo do primeiro autor sobre o tema das garantias e a determinação do seu objecto: cf. FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Garantia genérica, determinabilidade do objecto pela indicação de um montante máximo ou por uma lista de tipos contratuais e delimitação temporal do vínculo: o caso da hipoteca voluntária*, in Revista de



à vinculação decorrente da declaração de conforto, pode cair-se num caso em que o objecto imediato da obrigação (isto é, a própria prestação) é indeterminado e indeterminável – com a consequente nulidade, por força do art. 280.º do Código Civil. Numa carta de conforto que configure uma garantia (hipótese que abordaremos adiante), a indeterminação pode também logo decorrer da indeterminação da obrigação garantida – e, sabemos já, ao menos nas cartas com vinculação mais forte, é a declaração sobre o conhecimento do crédito a conceder que assume a função prática de determinação dessa dimensão do objecto da obrigação, sendo, por regra, através dela que o patrocinante marca os limites dos seus compromissos, confinando-os ao objecto e à duração do financiamento patrocinado⁴⁶.

A questão que agora suscitamos tem sido colocada sobretudo a propósito de garantias e, mais frequentemente, de fianças. A questão está em verificar se, em face do concreto teor da cláusula que fixa a garantia, será de considerar que o crédito garantido mediante fiança é determinado ou determinável, sob pena de, não o sendo, haver de concluir-se pela nulidade da fiança.

A razão de ser última da proibição de prestações indeterminadas e indetermináveis é a regra, que flui do ordenamento jurídico-privado no seu todo, segundo a qual não é permitido que a concretização das prestações devidas por um sujeito seja remetida ao puro arbítrio de outrem – regra essa com concretização no artigo

Legislação e de Jurisprudência, ano 149.º, n.º 4019, Novembro/Dezembro de 2019, págs. 80 e segs.

⁴⁶ J. CALVÃO DA SILVA, *Cartas de Conforto*, *cit.*, pág. 381.



280.º do Código Civil. Por força disto, as prestações e, em geral, as vinculações, no momento em que são assumidas, têm que ser determinadas ou tem que ser previsto um critério para a sua determinação, de tal modo que o devedor não fique nas mãos da vontade de outrem e possa antever aquilo por que vai responder.

É seguramente nulo, por força da regra geral inscrita no art. 280.º, o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a pagar a outra “o que esta quiser”, pois haveria aí uma obrigação incontrolável: os critérios para determinação de qualquer prestação não podem deixar a fixação da vinculação do declarante ao arbítrio de uma parte, nem, tão-pouco, de terceiro (nas mãos de outrem, pois). Ponto é, portanto, verificar se foi ou não consignado pelas partes um critério objectivo que permita *ex ante* delimitar as obrigações assumidas (e, por essa via, delimitar o montante envolvido), de modo a que não seja o credor ou terceiro a fazê-lo de acordo com o seu arbítrio.

No que às garantias concerne, pode dizer-se, para melhor exemplificar o que se vem afirmando, que o ordenamento jurídico, atenta a *ratio* dos preceitos aplicáveis, não exige que o fiador, no momento em que presta a garantia, conheça com exactidão as cifras da relação garantida; mas já exige que ele tenha o domínio de critérios objectivos que lhe permitam prefigurar as variações que a dívida garantida pode conhecer no tocante ao seu montante. Consequentemente, tratando-se de fiança ou outra garantia por débitos futuros, admitir-se que uma pessoa possa declarar-se fiadora por todos os débitos que terceiro tenha ou possa vir a ter é tão indeterminado ou indeterminável como a hipótese de alguém se obrigar a pagar a outrem (sem limite) o que esta (ou terceiro) quiser.



Note-se, todavia, que a determinabilidade exigida pela lei não tem forçosamente, quando esteja em causa a prestação de uma garantia, que se reconduzir à indicação de uma cifra máxima, nem se pode resumir a esta: terá que existir necessariamente um critério objectivo para precisar os contornos e o conteúdo da obrigação. Isto porque o negócio só será válido, nos termos do artigo 280.º do Código Civil, no caso de ter sido fixado um critério (ou critérios) para a concretização da prestação debitória no momento da celebração do negócio⁴⁷.

Quanto se diz vale especialmente para as cartas que configurem garantias de cumprimento, típicas ou atípicas, mas pode estender-se às cartas de conforto em geral. O ponto está, pois, no controlo da fixação da obrigação que estas inscrevam - o problema da fixação da obrigação de garantia é, pela sua natureza, uma manifestação especialmente aguda e patente da regra geral. Numa carta de conforto, como na assunção de qualquer obrigação, uma vinculação que redunde em deixar o devedor ou o garante nas mãos do credor ou de terceiro é intolerável. É, por isso, necessário que a carta precise a prestação ou, pelo menos, contenha um critério objectivo e limitativo da sua determinação.

Pois bem. Nas cartas de conforto, a função de determinação ou determinabilidade da vinculação é, já o sublinhámos, cumprida também, ou principalmente, pela identificação da relação a estabelecer (ou já estabelecida) pelo beneficiário e pelo destinatário do conforto, em termos de, através dela, se poder

⁴⁷ Nesta linha, decidiram nomeadamente os Acórdãos do STJ de 15/06/94 (*in* BMJ 438, p. 471) e de 14/12/94 (*in* BMJ 442, p. 185).



saber quais os contornos ou limites da vinculação emergente da carta. Na falta disso, e em alternativa, deverá ser o núcleo da própria declaração de conforto a estabelecer a determinação da sua vinculação ou o modo de a determinar. São esses os elementos que permitem verificar o cumprimento da exigência do art. 280.º do CCiv.

5. Outras declarações atípicas: o caso de compromissos sobre reestruturação ou viabilização de clientes bancários

Surgem por vezes na prática declarações constantes de acordos, memorandos ou protocolos de entendimento ou mesmo inscritas em documentos subscritos apenas pelo declarante, o qual, mais comumente, é uma entidade bancária ou financeira, nas quais esse sujeito assume a sua posição face à situação económico-financeira de um cliente-devedor. Não nos reportamos, naturalmente, a acordos em que se prevêem concretos planos de reembolso do crédito da instituição ou a acordos de reestruturação de dívida, mas a declarações mais gerais, que se dirigem exclusivamente, em termos normalmente muito fluidos, a fixar os termos de uma actuação própria no quadro de um procedimento para definição e aprovação de um plano de recuperação ou viabilização financeira do cliente, definidos na própria declaração como objectivos assumidos pelo declarante.

Não se trata, é bom de ver, de cartas ou declarações de conforto. Estas outras declarações não se dirigem a confortar um crédito de um terceiro face ao destinatário e não têm sequer o intuito de



influenciar uma concreta relação constituída ou a constituir a jusante. Acresce que a entidade declarante não tem, por regra, qualquer relação com a destinatária que não seja a de ser seu credor, qualidade que lhe advém por via de operações bancárias – isto é, não tem com ela uma qualquer relação que lhe permita influenciar directamente a sua actuação e os seus compromissos.

Esta conclusão não obsta a que o manifesto paralelismo (a fuga a vinculações estritas e típicas, desde logo) entre estas outras declarações e as cartas de conforto constitua uma base para que seja legítimo recorrer aos ensinamentos da doutrina no que concerne a estas, mormente no que respeita à fixação do sentido e alcance dessas declarações. Designadamente, a ausência de uma relação institucional a montante que permita ao declarante uma influência directa na actuação do destinatário é um elemento decisivo para ver nestas declarações uma vinculação tão-só fraca ou média, em função da qual a entidade declarante assume deveres de cooperação e diligência, incluindo o de actuar de boa fé, empenhando-se de forma dialogante e aberta na prossecução dos objectivos definidos, mas sem se comprometer com um resultado, nem a aceitar acordos de viabilização ou reestruturação sem o seu assentimento – isto é, não assume o compromisso de aceitar um plano exteriormente aprovado ou a ficar dependente dele. Uma vinculação forte é função de uma influência ou poder fortes: a regra é que um sujeito não se submete a decisões ou acordos de terceiros se não tiver instrumentos para as influenciar ou controlar – vinculações fortes, que envolvam efeitos na esfera do declarante, estarão normalmente associadas a situações em que, além de o declarante deter indirectamente uma influência importante ou decisiva na futura reestruturação, a operação confortada serve um



interesse forte do próprio declarante⁴⁸

Tal como vimos para as cartas ou declarações de patrocínio, não será normal que um declarante assumira uma vinculação forte sem um conhecimento específico dos termos de um eventual acordo – na verdade, em face da circunstância que se aponta, não é de presumir a presença de uma declaração forte. Aliás, a ser de outro modo – isto é, a entender-se que o sentido da vinculação foi o de aceitar os termos de uma reestruturação futura e ficar dependente deles, colocando-se o declarante nas mãos de terceiros quanto à sorte dos seus interesses –, tal vinculação correria o risco sério de enfermar de nulidade, por indeterminação e indeterminabilidade dos seus termos efectivos, na exacta medida em que deixaria nas mãos de terceiros e sem limites a determinação do conteúdo da obrigação (nos termos que vimos no número anterior).

Capítulo II - Fiança e cartas de conforto

Como vimos acima, a carta de conforto pode aproximar-se de uma fiança e ser mesmo o modo de constituição dessa garantia típica, uma vez aceite. Isso pode ocorrer quer por as declarações que vieram a constar do conteúdo da carta se terem aproximado (terem resvalado, poderá dizer-se) das obrigações que caracterizam a fiança, ainda que sem que o declarante tivesse formado a vontade de expressar a prestação de uma fiança, quer por ter sido essa a

⁴⁸ Assim, associando declarações fortes a um interesse do emitente na operação, tb. A. NAVARRO DE NORONHA, *As Cartas de Conforto, cit.*, pág. 53-54.



vontade do declarante.

Neste plano, há que ter presente vários pontos. Primeiro, há que identificar declarações que se subsumam nos elementos típicos da fiança. Para tanto, começaremos este capítulo por uma breve identificação da fiança como garantia especial típica não real. Depois, há que verificar se a carta de conforto apresenta os requisitos formais que a lei exige para a prestação da fiança.

1. A fiança e a sua configuração: a relação com o crédito – a acessoriedade, o risco específico da prestação da fiança e os deveres de actuação

A fiança é uma garantia típica, de natureza pessoal e não real, cujo conteúdo preciso ou obrigação nuclear se analisa na garantia, por um sujeito, com todo o seu património ou porventura com parte dele (mas não com bens determinados dentro do conjunto do património) e como obrigação própria, da satisfação ou pagamento de um crédito de outrem, obrigando-se o fiador a pagar, se o devedor não pagar – e é uma garantia especial (no sentido amplo em que, com ela, se ultrapassa o plano em que uma dívida é garantida simplesmente pelo património de próprio devedor) . A fiança liga-se assim a uma obrigação principal, em que o devedor é outro sujeito que não o fiador, cujo cumprimento este assegura, e tem, por isso, como têm as garantias em geral, uma relação de dependência face ao crédito garantido, no sentido em que a garantia existe para garantir aquele crédito – as garantias são acessórias dos créditos garantidos (n.ºs 1 e 2 do art. 627.º e art.



634.º do CCiv). A fiança significa, para o credor, que este, a mais do património do devedor, vai ter o património de outro sujeito (no todo ou em parte) a responder adicionalmente pelo seu crédito – de permeio, é possível que o devedor preste ou obtenha uma garantia real (é o caso previsto nos arts. 639.º e 640.º. alínea *a*), do CCiv).

A fiança, como toda a garantia, apresenta uma óbvia relação específica e funcional com o crédito garantido: ela nasce para garantir adicionalmente esse crédito. Esta relação funcional tem por consequência que entre a garantia e o crédito há, antes do mais, uma relação genética: a garantia não se forma sem a formação do crédito garantido - não há garantia sem crédito.

Estas características das garantias em geral permitem logo afastar muitas cartas de conforto das garantias verdadeiras e da fiança em particular. É o caso das chamadas cartas fracas e de quase todas as que se enquadram nas chamadas declarações médias, as quais ou não têm sequer uma relação específica com um concreto crédito, ou têm uma relação com um crédito que não é funcional. Falta-lhes, ainda, a previsão de um reforço efectivo e positivo da posição do credor face à garantia geral de toda a obrigação (característica que, como vimos, marca as garantias). Pode, no entanto, suceder que algumas dessas declarações permitam identificar uma relação específica e até funcional com a concessão de crédito, sem que a carta se dirija à concessão de um determinado crédito, mas antes a relações a estabelecer no futuro, com configurações ainda indeterminadas; declarações deste tipo, ainda que pudessem assimilar-se a garantias, soçobriariam, enquanto tais, por violarem o art. 280.º do CCiv (veja-se, de novo, o que dissemos acima). Uma relação funcional e genética e a constituição de um



real reforço de um crédito encontrar-se-ão, por regra, apenas no quadro de declarações fortes (no sentido que apontámos acima). Retomaremos o ponto no número 2.

A relação necessária que todas as garantias em sentido próprio têm com um crédito assume, na fiança, uma feição especial, que a afasta da generalidade das demais garantias. Com efeito, na fiança, a relação umbilical entre a obrigação que dela resulta e o crédito que ela garante tem características específicas, que se reconduzem à chamada relação de acessoriedade – dito de outro modo, a característica da acessoriedade corresponde ao modo como a fiança se apresenta e configura na sua relação com o crédito garantido. Na fiança, a relação com o crédito apresenta-se em termos de a obrigação do fiador depender não só na sua constituição, mas também no seu conteúdo e na sua subsistência, da obrigação do devedor principal – exceção, apontada como tal pela doutrina, é o caso de anulação da obrigação principal por incapacidade ou falta ou vício da vontade decorrente de vício conhecido do fiador à data da prestação da garantia⁴⁹. A acessoriedade é um traço específico da fiança, que a própria lei exprime explicitamente neste específico plano, no art. 627.º, n.º 2, do CCiv.

A primeira relação de dependência da fiança face ao crédito é, pois, genética: não há fiança sem o crédito a que se liga, sem a

⁴⁹ Com L. MENEZES LEITÃO (Garantias das Obrigações, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, págs. 109-110), cremos que o fiador responde pela obrigação como fiador, isto é, pelo cumprimento da obrigação principal – neste caso, diz a lei, a fiança é válida, e o conhecimento da causa de invalidade não justifica a tutela do fiador.



formação dele⁵⁰. Neste plano, a fiança não apresenta especificidades essenciais face às garantias em geral.

A acessoriedade revela-se fundamentalmente no plano estrutural, plano em que a fiança se caracteriza por uma eficácia alargada do conteúdo e do regime do contrato principal na relação de fiança. A própria lei determina que aspectos fundamentais da relação de fiança são conformados pelo conteúdo da relação principal, ou, se quisermos ver o que se diz sob outro ângulo, é a própria lei que prevê que os termos da relação de fiança são conformados pelas condições em que o crédito é estabelecido: assim, apesar de a obrigação do fiador ser uma obrigação própria, a lei proclama as regras segundo as quais o conteúdo da fiança é o conteúdo da obrigação principal (art. 634.º) e os meios de defesa do devedor se estendem ao fiador (art. 637.º, n.º 1), ao que acresce que a obrigação do fiador não pode exceder a dívida principal e que o montante do crédito e a onerosidade das suas condições são o limite para o montante da garantia e para as condições em que esta é estabelecida (essas condições não podem ser mais onerosas na fiança: art. 631.º, n.º 1), sendo que, se houver violação da regra, a fiança pode ser reduzida “aos precisos termos da dívida afiançada” (n.º 3 do art. 631.º). Em suma, a fiança assume o conteúdo da relação principal, absorvendo-o, de tal modo que os vínculos de um e de outro dos sujeitos desta relação projectam-se na posição jurídica do fiador (art. 634.º): a fiança é a garantia de um crédito, que constitui a relação principal, os seus termos são moldados pelos da obrigação garantida (veja-se, ainda, o art. 631.º) e as posições

⁵⁰ Cf. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., pág. 380 (v., tb., *A fiança no quadro das garantias pessoais*, cit., pág. 26).



jurídicas do fiador e do credor aferem-se e são preenchidas com referência às posições assumidas na relação principal – sendo esta, por regra, uma obrigação complexa, é essa obrigação complexa que o fiador garante e, garantindo, assume (veja-se, de novo, o art. 634.º).

O fiador presta, pois, uma garantia que, ao contrário de outras, não abstrai da relação principal, mas que se caracteriza antes por uma íntima conexão formal e material entre as duas relações. Recorde-se, ainda, que a fiança está sujeita à forma exigida para a relação principal (art. 628.º, n.º 1, do CCiv).

Pode, assim, dizer-se que os preceitos legais em que se manifesta a acessoriedade estrutural da fiança face ao crédito garantido mostram que, ainda que isso não tenha sido convencionado expressamente, há uma relação entre o conteúdo da garantia e o conteúdo da relação principal. Mobilizando, ao lado dos já mencionados, os preceitos em que a lei trata especificamente o risco assumido pelo fiador, os arts. 648.º, alínea *b*) e 654.º, pode afirmar-se que a lei evidencia outrossim que a relação de acessoriedade tem especial incidência no que respeita aos aspectos desta relação em que assenta o juízo do fiador sobre o risco. Vejamos, de modo breve.

A relação de acessoriedade no plano estrutural, a par da gravidade da garantia, que é determinada fundamentalmente pelo seu âmbito (pois que, já o vimos, o fiador responde, em princípio, com todo o seu património: arts. 627.º, n.º 1, e 601.º do CCiv) e pela extensão da obrigação assumida pelo fiador (estabelecida no art. 634.º: a fiança tem o conteúdo da obrigação principal e cobre as “consequências legais e contratuais da mora ou culpa do devedor”),



colocam o fiador, no momento da prestação da garantia, numa situação de risco potencial enorme – não obstante ter direito de regresso contra o devedor na posição que o credor teria (art. 644.º). Ora, o risco perpassa todo o regime da fiança e o interesse do fiador no que respeita à tutela da confiança no risco que prefigura no momento em que presta a fiança tem reflexos claros na lei.

Tem logo um reflexo reportado ao momento da constituição da fiança. O fiador, ao constituir-se como tal, olha a relação principal e calcula o risco que pode correr, confiando na medida desse cálculo; ora, é a tutela dessa confiança que explica que o fiador possa desvincular-se unilateralmente (a lei diz liberar-se, mas a previsão reconduz-se a uma resolução) da fiança se o risco calculado vier a aumentar por circunstâncias não esperadas, nos termos da alínea *b)* do art. 648.º). O preceito constitui um afloramento no regime da fiança da centralidade da avaliação do risco e da confiança então firmada.

A lei cura particularmente de tutelar o risco daquele que assume uma fiança que é prestada em condições especialíssimas, a fiança de obrigações futuras – cujo regime especial está disposto no art. 654.º. A hipótese do preceito é a fiança que se constitui quando o crédito que é garantido não está ainda constituído: apesar de não haver ainda crédito, a fiança constitui-se imediatamente e não apenas no futuro, quando o crédito se vier a constituir – antes disso, poderia pensar-se, em alternativa, que haveria uma vinculação a ser fiador, a constituir a fiança, mas não uma fiança. O que se diz é o que resulta logo da letra do n.º 2 do art. 628.º, que se refere explicitamente à constituição e prestação da fiança quando o crédito ainda não existe ou é condicional (“a fiança pode ser prestada (...) e à sua constituição [da fiança] não obsta o facto de a



obrigação ser futura ou condicional”), e é reiterado pela letra do art. 654.º, quando estatui que o “fiador” pode “liberar-se da garantia” e quando especifica que os cinco anos para a desvinculação se contam da “prestação da garantia”. Nem se invoque, no outro sentido possível, que não se concebe uma fiança sem crédito, por, sem este, a fiança não ter objecto e não ter com o que estabelecer a acessoriedade: o argumento não procede, porque na constituição da fiança de crédito futuro sempre se exigirá, nos termos gerais (sobre o ponto, v., *supra*, Capítulo I, 4), que o crédito seja determinado ou seja determinável e, com isso, fica preenchida a exigência da lei (no art. 280.º) quanto ao objecto do negócio jurídico que é a garantia: havendo critério de determinação do crédito, o objecto da fiança, que é esse crédito e a garantia do seu cumprimento, tem os requisitos legais e nada obsta, por esse lado, à formação do negócio jurídico e ao estabelecimento da relação de acessoriedade⁵¹. Contra o que afirmamos, também não depõe o cogitável argumento de que o regime que o art. 654.º estabelece, ao permitir uma desvinculação unilateral do sujeito, é incompatível com uma vinculação a título de fiança: é que uma desvinculação unilateral, em termos que não são essencialmente distintos, é prevista, já o assinalámos, para a fiança em geral, no art. 648.º (veja-se, significativamente, a desvinculação com fundamento em os riscos da fiança se agravarem sensivelmente (alínea *b*)).

Claro que a circunstância de o crédito se constituir depois da fiança não deixa de ter repercussão nesta. Se a identificação do

⁵¹ O objecto imediato da fiança é o crédito garantido (cf. FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Garantia genérica, determinabilidade do objecto, cit.*, págs. 84, 87 e 91) e a acessoriedade implica a identificação do crédito (*ob. cit.*, pág. 94).



crédito ou do critério que permite a sua determinação permitem que se cumpra a exigência da lei quanto ao objecto, já a relação especial de acessoriedade apenas fica com a sua base, mas não pode ser estabelecida plenamente: não pode, em especial, desenhar-se totalmente o conteúdo da fiança. Por isto, se não pode deixar de se concluir que esta já existe, não é menos certo que ela não produz o seu efeito central, o de garantia, antes de o crédito se constituir – com o que poderá, com MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, dizer-se que a eficácia da fiança fica dependente de a obrigação garantida vir ou não a surgir, ou, num modo de ver que não difere essencialmente desse, mas que se nos afigura mais próximo da lei, poderá afirmar-se que a fiança de crédito futuro fica sujeita à condição de o direito de crédito se vir a constituir, produzindo efeitos a partir desse momento (com isto, em boa verdade, o efeito prático da fiança prestada nestas condições não se afastará daquele que teria uma mera vinculação para fiança).

A faculdade de desvinculação unilateral nessa fiança assumida em condições especiais (diz a lei, recorde-se, que o fiador tem “a possibilidade de [se] liberar[-se] da garantia”) pode ser accionada pelo fiador se “a situação patrimonial do devedor se agravar em termos de pôr em risco os seus direitos eventuais contra este” ou se tiverem “decorrido cinco anos sobre a prestação da fiança, quando outro prazo não resulte da convenção”. No primeiro caso, tutela-se a avaliação do risco feita *ex ante*, no momento da vinculação, ao passo que, no segundo caso, a tutela se justifica por o decurso do tempo, por si só (isto é, sem que se torne necessário demonstrar que o risco medido no momento da vinculação foi alterado pelo agravamento da situação do devedor), tornar desactual a avaliação feita no momento da vinculação – não



cremos, pois, que no preceito se preveja um prazo legal supletivo de cinco anos, que funcionaria no caso de a fiança ser celebrada sem prazo, pela razão simples de que neste caso a fiança não se extingue por caducidade, tendo que ser o fiador a usar a faculdade de resolução (ao contrário do que se passará se houver prazo, quer ele seja inferior, quer seja mais longo do que os cinco anos, caso em que a fiança se extingue por caducidade com o decurso desse prazo)⁵².

À margem da caracterização da fiança que ensaiamos neste número, mas com reflexo nela, justifica-se uma observação. Correlativamente ao risco do fiador, o credor e o devedor têm um benefício considerável. Esta considerável assimetria de posições e riscos é outra nota marcante da fiança e é o fundamento directo para se afirmar que a constituição da fiança implica a imposição quer ao devedor quer ao credor da relação principal de deveres de actuação face ao fiador – o seu fundamento último e geral é a relação fiduciária e o princípio da boa fé⁵³. A lei tem vários afloramentos desses deveres: a lei prevê que o credor tem o dever de não agir com culpa na satisfação do seu crédito (art. 638.º, n.º 2: o fiador pode invocar o benefício da excussão prévia, mesmo que estejam já executados todos os bens do devedor, se o crédito não tiver sido satisfeito por actuação culposa do credor), e prevê outrossim que o devedor deve avisar o fiador do cumprimento da obrigação (art. 646.º) – sem se perder de vista que também o fiador

⁵² Não deixando também de estar em jogo, claro, uma incidência do princípio da não perpetuidade das vinculações.

⁵³ V., sobre o ponto, M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Assunção fidejussória de dívida, *cit.*, pág. 646 (v., tb., *A fiança no quadro das garantias pessoais, cit.*, pág. 26).



tem um dever mínimo, qual seja o de avisar o devedor de que cumpriu a obrigação diante do credor (art. 645.º, n.º 1 – dever que, numa relação materialmente trilateral, é fundamental, visando evitar um duplo cumprimento).

Note-se, ainda à margem, que os deveres expressamente previstos na lei não esgotam os deveres que são caracterizantes da relação de fiança. Temos em mente de novo a fiança de crédito futuro. Não se prevê, na lei, um dever de comunicação a cargo do credor quanto à constituição da obrigação, quando ela é futura: a fiança de obrigações futuras está expressamente prevista e regulada nos arts. 628.º, n.º 2, e 654.º, que curam tão-só de dar solução ao problema mais grave da hipótese, o do especial risco em que o fiador incorre. Cremos que a omissão se deve à escassa regulamentação legal da fiança de obrigação futura, e constitui uma lacuna do regime legal, que pode justamente ser preenchida com apoio no princípio geral de que a regra do n.º 1 do art. 645.º é um afloramento: os actos de relevo constitutivo e extintivo da fiança devem ser comunicados àqueles que, no plano da relação complexa de fiança, têm interesse fundamental no seu conhecimento e, por ser essa a regra, a lei especifica que o fiador tem o dever de informar o devedor do cumprimento. Ora, desse princípio e do seu afloramento na lei decorre o dever a cargo do credor de comunicar a constituição da obrigação futura.

Os sujeitos da relação de fiança estão, a toda esta luz, adstritos a deveres acessórios de boa fé, tanto na fase pré-negocial, como no cumprimento das obrigações. Em particular, estes deveres são acrescidos ou agravados por três ordens de factores: além do risco especialíssimo em que o fiador se coloca, que tem como contrapartida a especial vantagem para o credor, esses deveres



decorrem da natureza fiduciária da relação (que tem uma relação óbvia com o risco assumido) e, em especial, no caso da fiança de obrigações futuras, na posição privilegiada do credor na formação das obrigações principal e de fiança e no acesso à informação sobre essa formação – factores que, em conjunto, justificam uma particular confiança do fiador e que são agravados quando, como é frequente, o credor é um banco, sobre o qual impendem deveres especiais de conduta.

Podemos agora retomar o que vínhamos dizendo sobre a relação de acessoriedade no plano estrutural e o regime do risco. Do regime legal que sumariamente se expôs decorre um princípio geral de tutela do fiador contra a assunção de riscos excessivos e contra o agravamento do risco assumido – que aflora, pois, em vários preceitos do Código Civil. É esse princípio que justifica que a lei permita ao fiador exigir a sua “liberação” “se os riscos da garantia se agravarem sensivelmente” (alínea *b*) do art. 648.º do CCiv). É ainda esse princípio que justifica que a lei preveja a extinção do direito do credor (por caducidade, reza a lei), na fiança de obrigação com prazo em que há benefício da excussão prévia, se o fiador exigir que o credor proceda contra o devedor e ele não o fizer dentro dos dois meses posteriores ao vencimento (n.º 1 do art. 652.º): o objectivo da lei é “evitar que o fiador fique, por inércia do credor, sujeito a uma futura insolvência do devedor ou a um agravamento dela” (PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA)⁵⁴ e, portanto, evitar um agravamento do risco – o credor não cumpre um dever de actuação contra o devedor, aumenta, com isso, o risco do fiador e vê o seu

⁵⁴ Código Civil Anotado, *cit.*, nota 1 ao art. 652.º (os autores escrevem com referência a Vaz Serra).



direito contra este ser extinto.

2. Carta de conforto, fiança e exigência legal de declaração expressa

Conhecidas as características que identificam a fiança, a conclusão – que muitos autores tiram – é que não há obstáculo decisivo a que essas características se encontrem numa carta de conforto e que, portanto, uma concreta carta contenha uma verdadeira fiança⁵⁵ – vimos já que algumas declarações de patrocínio contêm garantias de outro tipo, isto é, que reforçam o crédito por outros modos.

A essa afirmação de princípio há que fazer uma ressalva, resultante das exigências que a lei põe à formalização da fiança. Ainda em homenagem ao interesse do fiador em ser protegido contra os riscos enormes que a fiança envolve e sobretudo com vista a evitar uma assunção inadvertida desses riscos⁵⁶, e numa regra que é um afloramento do princípio geral, a que aludimos acima, da interpretação literal prioritária dos próprios preceitos legais que regem a fiança, o n.º 1 do art. 628.º prescreve que a vontade de prestar a fiança deve ser expressamente declarada e deve obedecer

⁵⁵ CALVÃO DA SILVA (*Cartas de conforto, cit.*, pág. 393) fala de fiança dissimulada (na carta) e de carta “que não passa de uma fiança” e é “desqualificada” (o autor usa *aspas*).

⁵⁶ Cf., neste sentido, M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida, cit.*, pág. 456.



à forma exigida para a obrigação principal – o fiador assume uma obrigação grave, pondo todo o seu património a responder pelo pagamento de um crédito, e por isso a lei exige uma vinculação directa e clara, não sendo digno de tutela um eventual interesse de um credor em assegurar uma garantia tão forte que não tenha sido prestada por esse modo. Ora, esta prescrição condiciona, muitas vezes de modo decisivo, que muitas declarações de conforto possam ser qualificadas como verdadeiras fianças.

Com efeito, o n.º 1 do art. 628.º não pode deixar de se entender à luz do art. 217.º do CCiv.: a fiança tem que ser assumida de modo expresso, isto é, directo e claro⁵⁷, o que significa que é vontade expressa aquela que é manifestada por um meio directo de expressão e de modo inequívoco e que não tem que ser deduzida de uma qualquer declaração dirigida a um outro fim (da qual, com toda a probabilidade, nos dizeres do art. 217.º, se possa deduzir) ou de uma declaração feita em termos dúbios. Vale isto por dizer que não se exige que a declaração de vontade inclua a referência às palavras fiança ou fiador e que, para se qualificar uma declaração como fiança, basta que se identifique “por meios directos” uma vontade de o sujeito se vincular nos termos que correspondem ao conteúdo típico de uma fiança – ainda que as declarações do emitente da carta tenham, nos termos gerais, que ser objecto de

⁵⁷ Na doutrina, associa-se claramente o “expressamente declarada” à declaração expressa definida no art. 217.º: assim, já PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, anotação ao art. 628.º, nota 1 (declarações ou compromissos sobre a fortuna ou honestidade de alguém, a apresentação do devedor ou “simples pedido de que seja concedido empréstimo a terceira pessoa” não permitem, só por si, retirar sequer por meio indirecto a vontade de constituir uma fiança).



interpretação, o resultado dessa interpretação tem, para ser possível a qualificação como fiança, que ter uma expressão directa no conteúdo da carta, nas palavras que o compõem. Exclui-se, assim, uma fiança que se retire de uma declaração com outro sentido, dirigida a declarar algo que não uma vontade de garantir o cumprimento por outrem com o património do declarante⁵⁸. Acresce que a declaração ou carta tem que assumir a forma exigida para a fiança, a qual é a que for prescrita para a constituição do crédito garantido (art. 628.º, n.º 1) e que, sendo a fiança um contrato, se exige que haja uma aceitação por parte do devedor ou do credor e que esta revista também essa forma.

Dentro destas regras, uma carta ou declaração de patrocínio pode conter ou consistir numa fiança. Essas regras introduzem, no entanto, evidentes restrições práticas à qualificação ou à validade como fianças de cartas de conforto.

A esta rigidez, a lei permite uma escapatória que pode ter especial relevo no domínio das cartas de conforto. Referimo-nos ao tratamento (*ex lege*) como fiador daquele que dá um mandato de crédito a outrem, previsto no art. 629.º, n.º 1. À luz deste preceito, se uma carta de conforto contiver um mandato de crédito, isto é, se o emitente emite ele mesmo um pedido forte (encarrega, diz a lei) ao banco (ou a outro terceiro) para que dê crédito ao beneficiário da carta, em nome e por conta própria do encarregado⁵⁹, e o destinatário se obriga nesses termos, aceitando o encargo, não

⁵⁸ VAZ SERRA assinala precisamente que declarações que são típicas das cartas de conforto não são fianças.

⁵⁹ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, *cit.*, nota 1 ao art. 629.º.



havendo embora um mandato verdadeiro⁶⁰, o emitente da declaração assume uma obrigação em termos de fiança – que, contra a regra geral do n.º 1 do art. 628.º, não será expressamente assumida como fiança.

Distinto deste último é o caso – também configurável numa carta de conforto – em que o emitente se obriga por encargo de outrem a dar crédito a terceiro (por exemplo, no caso em que o declarante conforta o banco financiador, a pedido deste, assegurando que ele próprio dará também crédito ao beneficiário ou o financiará por outra via). Não há aqui fiança, nem, tão-pouco, mandato – o declarante compromete-se a financiar ele próprio.

Filipe Cassiano dos Santos

Miguel Quental

⁶⁰ Explicam PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA (*ob. cit, loc. cit.*) que, ao passo que o mandatário verdadeiro age por conta do mandante e não por conta própria, no mandato de crédito o encarregado age em nome e por conta própria.