

Data enia

Revista Jurídica Digital

6 
Novembro 2016



Garantia bancária autónoma

Fátima Galante

Juíza Desembargadora

Doutoranda em Direito (Ciências Jurídicas)

Resumo: Com o fim da Segunda Guerra Mundial intensificaram-se as transacções internacionais, que exigiam medidas seguras mas céleres. Torna-se, então, mais frequente o uso de garantias prestadas por bancos, que se comprometem a realizar a prestação com autonomia em relação à obrigação do devedor principal, ou seja, em que a vinculação entre o banco (garante) e o beneficiário é autónoma em relação às demais relações jurídicas constituídas.

Na ausência de uma definição e de regulamentação legal da garantia bancária autónoma, na maior parte dos países, incluindo Portugal, e com vista à sua melhor compreensão, procura analisar-se a natureza jurídica da obrigação bancária autónoma, as suas características fundamentais e modalidades, qualificando as relações jurídicas que se estabelecem entre o devedor e o credor, entre o devedor, dador da ordem e o banco-garante e entre este e o credor-beneficiário.

Não deixará, também, de reflectir e ponderar em que medida se mostra viável o decretamento de providências cautelares, e ainda, por último, questionar a legitimidade processual das partes e a exigência, ou não, de litisconsórcio necessário passivo.

Garantia bancária autónoma

Fátima Galante

Juíza Desembargadora

Doutoranda em Direito (Ciências Jurídicas)

Sumário: **1.** Garantia bancária autónoma: noção. **2.** Origem e evolução histórica. **3.** Da garantia bancária: regime jurídico. 3.1. Relação jurídica entre devedor e credor do contrato base. 3.2. Relação Jurídica entre dador da ordem e o garante. 3.3. Relação jurídica entre o garante e o credor beneficiário. **4.** Da admissibilidade da garantia bancária. 4.1. Da admissibilidade no ordenamento jurídico português 4.2. Da admissibilidade e a jurisprudência portuguesa. **5.** Das regras de uniformização sobre garantias bancárias. **6.** Da garantia bancária autónoma: figuras afins. **7.** Características da garantia bancária. 7.1. A autonomia. 7.2. A automaticidade. **8.** Modalidades e funções. 8.1. Quanto ao fim. 8.2. Garantias directas e indirectas. 8.3. Garantias bancárias simples e garantias bancárias automáticas. **9.** A recusa legítima de pagamento. 8.1. Da fraude manifesta ou abuso evidente. 8.2. Da ilicitude do contrato base por violação da ordem pública. **10.** Dos direitos do garante após o pagamento da garantia. 10.1. Pagamento sendo a recusa ilegítima. 10.2. Pagamento sendo a recusa legítima. **11.** A garantia bancária e a cessão de créditos. **12.** Do termo da garantia. **13.** Do procedimento e das medidas cautelares. 12.1. Regras gerais: processamento. 13.2. O procedimento cautelar e as garantias bancárias autónomas. **14.** Da legitimidade processual passiva

Palavras-chave: Garantia – bancária – autónoma.

1. Garantia bancária autónoma: noção

A garantia bancária autónoma integra as garantias especiais, isto é, faz parte das garantias que consistem num reforço objetivo da garantia geral ou comum constituída pelo património do devedor¹.

¹ Sobre esta matéria vide LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *As Garantias das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 4ª edição, 2012, p. 13- 16.

Na verdade, para maior reforço da posição do credor pode acrescer, por determinação de norma legal, decisão judicial ou convenção entre as partes, uma garantia especial pela qual, sendo pessoal, ficam vinculados ao cumprimento da obrigação terceiros com os seus patrimónios, ou, sendo real, ficam afetados com preferência sobre outros credores determinados bens do património do devedor ou de terceiro ao cumprimento dessa obrigação².

Dentro das garantias especiais, a garantia bancária autónoma, integra as garantias pessoais, isto é, aquelas em que uma outra ou outras pessoas, além do devedor principal, podem ser compelidas a cumprir a obrigação respondendo com os respetivos patrimónios e aumentando, deste modo, o número de devedores, pelo que representam um reforço quantitativo da garantia³.

Apesar das suas particularidades, em especial a autonomia, a garantia bancária autónoma destina-se a ultrapassar as contingências da mera garantia comum, em que uma pessoa, além do devedor, pode ser compelida a cumprir a obrigação. Mas é uma obrigação de garantia, em que o garante é, no fundo, o devedor, ainda que, no final, seja o devedor principal o responsável pelo cumprimento da obrigação.

Pode dizer-se que se trata de uma garantia pessoal cuja marca específica é o grau de autonomia, sem par nas garantias pessoais típicas.

Para Galvão Telles, que reconhece limitações da sua definição, a garantia bancária é «a garantia pela qual o banco que a presta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de alegada inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato-base), sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com esse mesmo contrato».⁴

² Idem, *ibidem*, p. 13-16.

³ Contra esta posição maioritária, Paulo Sendim e Evaristo Mendes (Sendim, Paulo/Mendes, Evaristo - *Natureza do aval e a questão da necessidade ou não de protesto para accionar o avalista do aceite*, Almedina, Coimbra, 1991, p. 38) dão como reconhecida a existência na nossa ordem jurídica de outro tipo de garantias designadas por “não obrigacionais”, isto é, as garantias de que determinado resultado se produzirá.

⁴ TELLES, Inocêncio Galvão - *Garantia bancária autónoma*, in *O Direito*, ano 120º, III-IV, 1988 (Jul.-Dez.), p. 283.

Na imagem sugestiva de Galvão Telles⁵, a garantia autónoma é uma figura triangular, já que assenta, por regra, num triângulo cujas faces são três relações jurídicas distintas:

«1 - Uma primeira, o contrato-base (de compra e venda, de empreitada, de transferência de tecnologia, de cooperação industrial, etc...) celebrado entre duas partes (A e B) que constitui a relação jurídica principal ou subjacente que se pretende garantir;

2 - Uma segunda, um contrato, classificado pela doutrina maioritária como sendo de mandato, celebrado entre o devedor da relação principal (A) e um garante, normalmente um banco, (C), pelo qual este se obriga, mediante uma determinada retribuição, a prestar uma garantia ao credor - beneficiário (B), salvaguardando o seu direito de regresso imediato contra o devedor, dador da ordem (A);

3 - E finalmente uma terceira, o contrato autónomo de garantia, propriamente dito, celebrado entre o garante (C) e o credor - beneficiário (B), pelo qual o primeiro se obriga, a entregar uma soma pecuniária determinada, ao segundo, logo que este prove o incumprimento da relação jurídica subjacente (contrato autónomo de garantia simples) ou de imediato, quando este simplesmente o interpele a realizar essa prestação (contrato autónomo de garantia automática ou "à primeira solicitação") mas, renunciando desde logo o garante (C), em qualquer caso, a opor ao beneficiário (B) as exceções relativas quer à relação jurídica principal, quer ao contrato celebrado com o dador da ordem (A)»⁶.

A obrigação do garante é sempre de prestação pecuniária, ainda que a prestação decorrente do contrato-base tenha natureza diferente.

Como decorre do acima referido, o banco, em princípio deve pagar sem discutir, isto é, sem ter a faculdade de invocar as relações estabelecidas com o devedor garantido, ou entre este e o credor-beneficiário⁷.

⁵ Idem ibidem, p. 289

⁶ CORTEZ, Francisco – *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, Revista da ordem dos Advogados, ano 52, vol. II, Julho de 1992, p. 523.

⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *As Garantias das Obrigações*, p. 120-130.

2. A garantia bancária autónoma: origem e evolução histórica

As razões que fundamentam o surgimento deste novo tipo de garantias e que explicam a sua rápida difusão, bem como a sua aceitação, resultam quer de factores externos, como o desenvolvimento do comércio internacional e as desvantagens do procedimento judiciário internacional, a par da relativa ineficácia de outros tipos de garantia; quer de factores internos que se prendem com as qualidades intrínsecas da garantia bancária autónoma: a sua sólida segurança, a sua enorme eficácia, celeridade e, mesmo a sua pelo menos aparente, simplicidade⁸.

Ainda que as garantias bancárias fossem anteriormente conhecidas, sobretudo através da chamada fiança bancária, e haja até quem procure encontrar-lhe antecedentes remotos no Direito Romano, o recurso ao seu uso conheceu forte incremento com o desenvolvimento do comércio internacional, na segunda metade do século XX. Na verdade, após a Conferência de Bretton Woods assiste-se a um esforço internacional no sentido de incrementar o desenvolvimento dos países afetados pela guerra.

Antunes Varela refere que «as pessoas singulares ou empresas que mais facilmente se dispõem a afiançar as dívidas das empresas do seu Estado não gozavam as mais das vezes do prestígio económico-financeiro necessário para serem aceites como fiadores pelos empresários estrangeiros com os quais as empresas nacionais pretendessem negociar»⁹. Daí que, como adianta o mesmo autor, «nesse plano internacional foram os bancos nacionais, já com uma credibilidade económico-financeira superior à das restantes empresas, que começaram a aparecer a cada passo como sub-fiadores da operação, como fiadores do fiador»¹⁰.

De facto, ao exigirem que os garantes dos negócios que pretendiam realizar fossem instituições bancárias, os agentes económicos procuravam obter uma garantia mais sólida, prestada por entidades cuja solvabilidade e

⁸ CORTEZ, Francisco, op. cit., p. 517.

⁹ VARELA, Antunes - *Direito das Obrigações em Geral*, Volume II, 7.ª Edição, Coimbra, Almedina, 1997, p. 513.

¹⁰ Idem, ibidem, p. 513.

credibilidade fosse facilmente determinável. O comerciante, em princípio o adquirente, nas transações comerciais que realiza (contratos de fornecimento de bens, empreitada, etc.), pretende e exige uma garantia, pois na maior parte dos casos não conhece nem confia na contraparte. E, particularmente, exige que essa garantia seja prestada por um garante conhecido pela sua forte solvabilidade, daí que normalmente exija que seja prestada por um banco ou por uma companhia de seguros, sob pena da não celebração do contrato base.

As vantagens na sua utilização são explicitadas por Almeida Costa e Pinto Monteiro: «Entre contratantes de países diversos, sobretudo, que muitas vezes nem se conhecem, ou não estão seguros da capacidade técnica, da situação patrimonial ou da honorabilidade do seu parceiro contratual, é elevado o risco de estabelecer relações comerciais. Para enfrentar este risco, acorda-se que determinada instituição bancária prestará uma garantia autónoma: salvaguarda-se, assim, o risco de falta de solvabilidade do devedor, ao mesmo tempo que se supera o grave inconveniente que a natureza acessória da fiança comporta¹¹.

Tratando-se normalmente de operações vultuosas, os contraentes receiam que eventuais conflitos e controvérsias sobre a validade, a subsistência ou o cumprimento das obrigações possam alongar-se demasiado nos tribunais, não se compadecendo o interesse do comércio com demoras e incertezas na execução da garantia. Surge, em decorrência, a garantia autónoma - quer dizer, exigível independentemente das vicissitudes da relação principal entre o credor/beneficiário da garantia e o devedor - à primeira solicitação, ou seja, a pagar logo que o beneficiário o solicite ao banco/garante, sem que este ou o devedor possam opor-lhe quaisquer objeções.

Será o devedor, depois de reembolsar o garante da quantia por este entregue ao beneficiário, que deve intentar procedimento judicial em ordem a reaver a referida importância, provando a falta de fundamento da atitude do credor/beneficiário.

Dir-se-ia que as garantias autónomas à primeira solicitação obedecem ao seguinte lema: paga-se primeiro e discute-se depois».

¹¹ COSTA, Almeida/MONTEIRO/Pinto - *Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação*, in *Colectânea de Jurisprudência*", Ano XI, 1986, T.V., pág. 19.

Segundo Duarte Pinheiro, têm sido, ao longo dos anos, as relações das empresas da Europa Ocidental com os países produtores de petróleo do Médio Oriente, África, América Latina, e com os países do Leste Europeu, as geradoras do maior volume de emissão de garantias bancárias autónomas. Os beneficiários são, em primeiro lugar, entidades dos países produtores de petróleo e dos países da Europa socialista. A garantia à primeira solicitação revelou-se, neste contexto, o mecanismo ideal para superar desconfianças face ao Ocidente industrializado.

Em suma, o desenvolvimento do comércio, sobretudo num plano internacional, entre agentes sem grande conhecimento recíproco e total confiança mútua, exigiu o surgimento de garantias mais enérgicas, mais seguras e eficazes que as garantias tradicionais, como a fiança, que fraqueja devido à sua essencial acessoriedade, ou o aval que não responde devido à sua dependência natural em relação a certos títulos de crédito e limitada autonomia¹².

Com a garantia bancária autónoma asseguram-se, de forma mais segura e eficaz, os direitos do beneficiário, sem prejuízo para o credor e com vantagens evidentes para o garante, já que, como afirma Francisco Cortez, «as entidades bancárias têm todo o interesse em prestar este tipo de garantia (normalmente fornecem à parte estrangeira a garantia quanto ao bom cumprimento do contrato pela parte nacional), recebendo em contrapartida uma comissão, sem se envolverem na controvérsia própria da relação principal subjacente»¹³. Independentemente da validade do negócio base, cujos requisitos legais muitas vezes poderiam nem sequer ser conhecidos por um parceiro internacional, a validade da garantia prestada não é afetada.

A garantia bancária apresenta, ainda, outras vantagens que justificaram o seu surgimento massivo na prática comercial internacional.

Romano Martinez e Fuzeta da Ponte referem a este propósito que através desta garantia «pode evitar-se o dispêndio da prestação de caução, ao mesmo tempo que se associa o garante ao cumprimento de uma obrigação alheia,

¹² JARDIM, Mónica - *A garantia autónoma*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 115-150; MARTINEZ, Pedro Romano/PONTE, Pedro Fuzeta - *Garantias de cumprimento*, Almedina, Coimbra, 5ª ed., 2006, p. 127-129.

¹³ CORTEZ, Francisco, op. cit., p. 519.

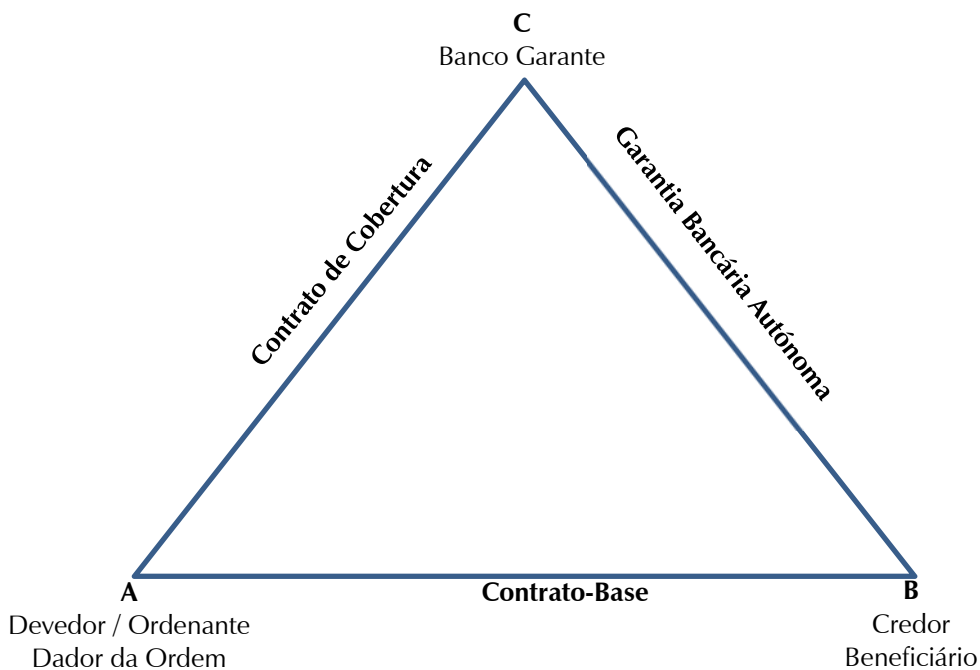
levando a que ele pressione o obrigado a cumprir pontualmente, sem ter de se imiscuir na relação deste com o credor»¹⁴.

A garantia bancária autónoma constitui, hoje, um instrumento imprescindível ao desenvolvimento económico¹⁵.

3. Da garantia bancária: regime jurídico

Como já se referiu, o “nascimento” da garantia bancária autónoma exige no mínimo, três intervenientes, a saber: um dador da ordem, ou ordenante, que também será devedor (na relação subjacente) e garantido; um banco que será o garante e um beneficiário que será também credor.

Julga-se que o esquema triangular que abaixo se apresenta ajudará a uma melhor compreensão desta figura jurídica:



¹⁴ MARTINEZ, Pedro Romano / PONTE, Pedro Fuzeta da, « Garantias de Cumprimento», 5 edição, Coimbra, 2006, pág. 267 e ss.

¹⁵Na expressão do juiz Kerr, citado por Duarte Pinheiro, a garantia bancária autónoma é o “sangue da vida do comércio internacional”, *Garantia Bancária Autónoma*, ROA, ano 52^o, pág. 418.

Analisemos, então, cada uma destas três relações jurídicas.

3.1. Relação jurídica entre devedor e credor do contrato base

Apesar da independência do devedor, em relação ao contrato autónomo de garantia, o devedor obriga-se normalmente desde logo neste contrato a conseguir que um banco "de sólida reputação internacional", que pode ser logo identificado, se vincule a prestar a garantia, numa determinada modalidade e por um valor fixado, a favor do credor.

Assim por exemplo, A (devedor) e B (credor) celebram, entre si, um contrato de compra e venda internacional. Este contrato constitui a relação jurídica principal ou subjacente que se pretende garantir e como tal vai ser a base do nosso triângulo, isto é, o contrato-base.

Enquanto comprador, B, temendo o risco de incumprimento da obrigação, ou o cumprimento defeituoso por parte do vendedor A, pretende garantir este risco, fazendo normalmente constar essa exigência do clausulado do contrato-base, sem o que o mesmo não será celebrado. A obriga-se, assim, a conseguir um garante, o banco, que assegurará que o B, beneficiário, receberá uma quantia pecuniária previamente fixada, logo que o banco seja interpelado para tal pelo B.

3.2. Relação jurídica entre dador da ordem e o garante.

A segunda relação jurídica, estabelecida entre o devedor da relação principal e o banco garante, consiste num contrato, pelo qual o banco garante se obriga perante o devedor da relação jurídica principal, o ordenante, em contrapartida de certa retribuição, a celebrar com o correlativo credor um contrato autónomo de garantia.

De modo a cumprir o acordo, A vai, então, incumbir um C, o banco, de estabelecer uma relação jurídica com o B na qual prestará a referida garantia ao beneficiário mediante o cumprimento de uma série de requisitos que constarão do próprio texto da garantia.

Neste contrato são também, regra geral, definidas as retribuições a pagar ao garante, os deveres de prestar e pedir informação do garante ao devedor e

vice-versa, o direito de regresso do banco-garante contra o dador da ordem e as garantias destinadas a assegurar a satisfação desse direito, como hipotecas, penhores, fianças, e até a possibilidade de o garante exercer o seu direito de regresso por levantamentos em depósitos que o dador da ordem tenha no próprio banco.

Cabe realçar, como assinala Francisco Cortez¹⁶, que estes contratos são, em regra, celebrados entre o dador da ordem e o garante como verdadeiros contratos de adesão, uma vez que as respetivas cláusulas são de antemão e unilateralmente predispostas, de modo que quem o banco queira contratar fica limitado a uma aceitação ou rejeição em bloco do clausulado, sendo usual que os bancos disponham de formulários, que os "dadores da ordem" se limitam a preencher, no estilo de carta pela qual solicitam sendo, por isso, aplicável a este tipo de contratos, o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, sobre cláusulas contratuais gerais.

Como qualificar o contrato que se estabelece entre o dador da ordem e o garante?

A doutrina maioritária vem classificando esta relação jurídica como contrato de mandato.

Galvão Telles¹⁷ afirma, contudo, que o banco que presta a garantia autónoma não faz qualquer pagamento como mandatário de outrem, mas a título de garante de determinado contrato, classificando este contrato como contrato de prestação de serviços, sem o integrar na modalidade de contrato de mandato.

Ainda assim, tendo como pacificamente aceite que, por força deste contrato, o banco se obriga perante o dador da ordem, mediante uma retribuição, a celebrar com um terceiro um contrato autónomo de garantia, independente desse primeiro contrato como também da relação jurídica de base que visa garantir, afigura-se correto qualificar como de mandato, o contrato em análise. Segundo Pessoa Jorge, «a prestação do mandatário, mesmo quando envolve a prática de atos materiais, tem por objeto fundamental um ato jurídico, uma declaração de vontade destinada a produzir

¹⁶ CORTEZ, Francisco, op. cit. p. 526.

¹⁷ TELLES, Inocência Galvão, op. cit., p. 289.

efeitos de direito; pelo contrário, o contrato de prestação de serviços visa a realização de uma atividade de carácter material, em que os atos jurídicos, se os houver, não constituem o seu elemento principal»¹⁸.

Por outro lado, o conjunto contrato de garantia bancária autónoma/contrato banco-devedor principal não pode ser qualificado como uma assunção de dívida. A assunção de dívida, regulada no art. 595.º e s. do CC, pode ser liberatória ou cumulativa. A assunção liberatória, assunção de dívida perfeita ou propriamente dita, é a transmissão da posição jurídica do devedor. A assunção cumulativa é a figura pela qual alguém faz sua a obrigação do devedor, mas este continua vinculado ao lado dele. Só a assunção liberatória envolve exoneração do antigo devedor. Ora, no conjunto contrato de garantia bancária autónoma/contrato banco-devedor principal, não há assunção de dívida, seja liberatória seja cumulativa. O banco não se obriga a efectuar a mesma prestação que o dador da ordem se vinculou a efectuar através do contrato-base.

Também não estamos perante um contrato de seguro.

Com efeito, são elementos essenciais do contrato de seguro: o risco, ou seja a possibilidade de um evento futuro e incerto susceptível de determinar a atribuição patrimonial do segurador (excluída a teoria indemnizatória, não se qualifica o evento de danos); a empresa e a prestação do segurado (prémio, ou quotização nos seguros mútuos)¹⁹.

A haver um contrato de seguro ele seria o contrato banco-devedor principal. Só que não é neste contrato que o banco se obriga a pagar à primeira solicitação; compromete-se sim a assumir perante o beneficiário a obrigação de pagar à primeira solicitação. A prestação a que o banco fica adstrito não é a prestação do segurador²⁰.

No contrato a favor de terceiro, isto é, aquele em que uma das partes (promitente) assume perante outra (promissário) a obrigação de efectuar uma prestação a favor de terceiro, estranho ao negócio (art. 443.º n.º 1, do

¹⁸ JORGE, Pessoa - *O mandato Sem Representação*, Edições Áctica, Lisboa. 1961. p. 229.

¹⁹ ALMEIDA, Moitinho - *O contrato de seguro no direito português e comparado*, Lisboa, 1971, p. 23-24.

²⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte, op. cit. p. 432-433.

CC). O terceiro adquire direito à prestação, independentemente de aceitação (art. 444.º, n.º 1, do Código Civil). Ora, se o art. 447.º do Código Civil atribui ao terceiro a possibilidade de aderir à "promessa", essa adesão não tem o efeito de criar o direito do terceiro à prestação, mas tão só o de tomar irrevogável esse seu direito (artigo 448.º, n.º 1, do Código Civil).

Por último, não integra um contrato-promessa, aquele em que uma ou ambas as partes se obrigam a celebrar novo contrato. De facto, através do contrato banco-devedor principal, uma das partes (o banco) assume perante a outra (o dador da ordem) a obrigação de efectuar uma prestação a favor de terceiro (o beneficiário), estranho ao contrato.

A este respeito refere Duarte Pinheiro²¹: «Uma vez que a prestação que o banco se obriga a efectuar perante o devedor principal é a celebração de um contrato de garantia bancária autónoma com o beneficiário, o contrato banco-dador da ordem aparenta ser um contrato-promessa a favor de terceiro (pacta de contrahendo cum tertio). Aparenta. Não é. O pactum de contrahendo cum tertio é o "contrato pelo qual alguém se obriga a realizar com terceiro, *por sua conta*, um negócio jurídico"»²².

No contrato de garantia, o banco obriga-se, por conta do ordenante, isto é, na intenção de transferir para o dador os encargos da sua intervenção e o dador da ordem obriga-se a reembolsar o banco do pagamento que este venha a efectuar a solicitação do beneficiário da garantia autónoma.

Adianta, ainda, este autor que o contrato do banco com o devedor principal é um mandato sem representação, na medida em que o garante, ao celebrar por conta do dador da ordem-mandante o contrato autónomo de garantia, se vincula a uma obrigação própria e independente cujo cumprimento só a ele pode ser exigido pelo beneficiário.

O garante age em nome próprio e não em nome do mandante, assumindo assim as obrigações decorrentes do acto que celebra, cujos efeitos não se produzem directamente na esfera jurídica do mandante, pelo que o contrato celebrado entre o garante e o dador da ordem, face aos artigos 1178.º e 1180.º do Código Civil terá que ser considerado como um contrato de mandato sem

²¹ PINHEIRO, Jorge Duarte, op. cit., p. 434.

²² *Idem, ibidem.*

representação. Só assim se poderá entender a obrigação do garante como uma obrigação independente²³.

A obrigação de garantia bancária autónoma a que se vincula o garante, em seu nome mas por conta do mandante, é uma verdadeira *obrigação de garantia*, pelo qual este assegura ao beneficiário um certo resultado, responsabilizando-se pelo risco da não produção desse resultado através da promessa de entrega de uma quantia pecuniária determinada, nos termos e condições acordadas, ao beneficiário.

3.3. Relação jurídica entre o garante e o credor beneficiário

A terceira relação jurídica consiste no contrato autónomo de garantia.

É nesta última relação entre o garante e o beneficiário que se encontra a garantia propriamente dita.

Nesta relação o banco C garante obriga-se a entregar uma soma pecuniária determinada ao beneficiário B, logo que este alegue o incumprimento da relação jurídica subjacente e junte os documentos necessários para o efeito, ou, de imediato, quando este simplesmente o interpele a realizar essa prestação, mediante declaração.

Esta relação vem sendo qualificada entre nós, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, como sendo uma relação contratual com carácter com carácter unilateral ou não sinalagmático, consensual e inominado, da qual decorre para o garante a obrigação de prestar a garantia e para o beneficiário o correlativo direito de crédito²⁴. Um contrato pelo qual uma das partes, o garante, assegura à outra parte, o beneficiário, a produção de um certo resultado através da promessa que lhe entregará, sem levantar qualquer objecção, uma determinada soma pecuniária logo que o beneficiário prove a não produção desse resultado ou, noutra modalidade, o interpele para efectuar tal entrega.

²³ PINHEIRO, Jorge Duarte, op. cit., p. 434; CORTEZ, Francisco, op. cit. p. 526.

CORREIA, A. Ferrer - *Notas para o estudo da garantia bancária - Temas de direito comercial e direito internacional privado*, Coimbra 1989., p. 10 e seguintes; TELLES, Galvão, op. cit. p. 287; COSTA, Almeida, op. cit. p. 19.

Tratando-se de um negócio atípico, o contrato de garantia autónoma não tem exigências de forma legalmente estabelecidas. Ao contrário do que sucede no Direito alemão, não parece de equacionar a aplicação analógica da forma da fiança (art. 628º), uma vez que esta é estabelecida em função da regra da acessoriedade que, conforme se sabe, não existe na garantia autónoma.

No entanto, Menezes Leitão considera que a mera aplicação da regra da liberdade de forma do artigo 219º chocaria em relação a um contrato com o risco que envolve a garantia autónoma, pelo que a elaboração de um documento escrito se afigura essencial para assegurar a ponderação da decisão do garante. Nesse sentido justifica-se a exigência da forma escrita para a declaração do vinculado à garantia autónoma. Já a declaração de aceitação por parte do beneficiário não carece do mesmo grau de exigência, podendo ser meramente tácita (artigos 217º e 234º do Código Civil)²⁵

Por força do princípio da tipicidade dos negócios jurídicos unilaterais, enquanto fonte de obrigações previsto no artigo 457.º do Código Civil, a defesa da tese de que a relação entre garante e beneficiário se consubstancia num negócio jurídico unilateral (tese minoritária), implicaria a rejeição liminar da admissibilidade da figura no direito português face ao princípio da tipicidade nos negócios jurídicos unilaterais, atendendo ao disposto no artigo 457º do Código Civil²⁶.

Tal como ocorre com a fiança, «a garantia autónoma institui uma relação triangular, em que é possível distinguir unia *relação de cobertura*, entre o garantido, dador de ordem, e o garante, no âmbito da qual este se compromete, normalmente mediante remuneração, a prestar a garantia; uma *relação de atribuição*, entre o dador de ordem e o beneficiário da garantia, que justifica a sua concessão; e finalmente, unia *relação de execução*, entre o garante e o beneficiário da garantia, que consiste precisamente na prestação da garantia»²⁷.

Nesta relação de execução, «o garante vincula-se a prestar ao beneficiário a garantia nos termos exactos em que se obrigou perante o dador da ordem. Estamos aqui perante um verdadeiro contrato, uma vez que se exige a

²⁵ LEITÃO, Luís Menezes, op. cit. p. 127.

²⁶ CORTEZ, Francisco, op. cit. p. 530.

²⁷ LEITÃO, Luís Menezes, op. cit., p. 128.

aceitação do beneficiário, ainda que esta possa ser tácita nos termos gerais (art. 217º). O contrato é, no entanto, de cariz unilateral ou não sinalagmático por criar apenas obrigações para o garante»²⁸.

Um negócio jurídico bilateral, embora, contrato unilateral ou não sinalagmático, por criar apenas obrigações para o garante.

Certo que, na maioria dos casos a aceitação do beneficiário da garantia assume a natureza de uma declaração tácita, uma vez que depois de assinar o contrato principal, em que a outra parte se compromete a prestar através de um banco uma garantia, o beneficiário desta recebe deste banco uma carta de garantia - que não pode deixar de ser vista como uma proposta contratual, aceite depois tacitamente (artigo 219º do Código Civil) pelo beneficiário²⁹. Daí, talvez, alguma dificuldade em encarar esta relação jurídica como contratual.

Aliás, se há casos em que é óbvio estar-se perante um contrato de garantia bancária autónoma, nos termos em que o banco faz uma verdadeira proposta ao beneficiário, ainda que este aceite tacitamente, podem suscitar-se situações em que a *carta de garantia* se afigure de qualificar de negócio jurídico unilateral.

Em casos que venha a ser pertinente a qualificação da relação jurídica estabelecida, tendo em conta todo o processo conducente à emissão da garantia, só com a análise do caso concreto é que o intérprete poderá qualificar ou não a garantia em causa como sendo um contrato.

4. Da admissibilidade da garantia bancária

Pode dizer-se que a expansão e aceitação científica desta figura jurídica teve origem direta na obra do jurista germânico Rudolf Stammler, que, no final do século XIX, distinguia, de entre as garantias das obrigações, as garantias acessórias e as garantias autónomas - estas decorrentes de um contrato independente da relação garantida, o *contrato de garantia* ("Garantievertrag"), que, fundados na liberdade contratual, tinham uma eficácia superior por força dessa sua autonomia.

²⁸ LEITÃO, *Idem*, *ibidem*, op. cit. p. 128.

²⁹ CORTEZ, Francisco, op. cit. p.528-529.

Na categoria geral de *contratos de garantia*, Stammmler, distinguia a categoria especial dos contratos independentes ou autónomos, entendidos como "acordos tendentes a assegurar determinado resultado ou a assumir a responsabilidade pelo risco inerente a determinado empreendimento, sem ligação específica com certa obrigação cujo cumprimento se visasse assegurar", respondendo essa parte-garante "pelos danos causados pela não verificação do resultado ou pela actuação do risco, sendo autónoma, pois, essa obrigação de garante"³⁰.

Esta distinção operada por Stammmler veio a ser acolhida pela doutrina e pela jurisprudência germânica e depois pelas austríaca e holandesa, que assim encontraram forma de enquadrar juridicamente situações que escapavam aos esquemas clássicos, sobretudo da fiança, como sucedia nos negócios jurídicos em que uma das partes "garantia um certo resultado ou em que o garante renunciava previamente a invocar as excepções respeitantes ao devedor principal"³¹.

A expansão da *Garantievertrag* provocou um enorme interesse jurisprudencial e despertou também a doutrina, que, atenta ao desenvolvimento dos circuitos comerciais, a fez evoluir para a fórmula mais apurada da *Bankgarantie* em que se assegura ao beneficiário o recebimento de uma soma pecuniária fixada, não só em caso de incumprimento do devedor, mas também quando a obrigação do devedor não chegou a existir ou se tornou impossível³².

Na Grã-Bretanha, a autonomia das garantias bancárias foi reconhecida pela primeira vez no julgamento do caso *Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd.* pelo juiz Lord Denning da *English Court of Appeal*, em que a garantia bancária foi equiparada à nota promissória, emitida para pagamento "à vista", aí se defendendo que se os documentos

³⁰ PATRÍCIO, Simões – *Preliminares sobre a Garantia "on first demand"*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 13, Vol. VIII, Dezembro, 1983, em especial p. 677; TELLES, Inocêncio Galvão, *op. cit.*, p. 281; LEITÃO, Luís Menezes, *op. cit.* p. 31-51 e 120-130.

³¹ COSTA, Almeida/MONTEIRO, Pinto – *Garantias bancárias. O contrato de garantia a primeira solicitação*, in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XI, 1986, T 5º, p. 15 e seguintes;

³² CORTEZ, Francisco, *op. cit.*, p. 521.

estão em ordem com o pedido, o banco emissor da garantia deve pagar imediatamente³³.

A garantia bancária autónoma tornou-se, pois, aceite pela maioria das mais importantes ordens jurídicas, incluindo nos Estados Unidos da América onde assume, uma estrutura distinta (cartas de crédito de "stand by"). Com efeito, nos Estados Unidos da América, os bancos vêm fazendo uso de um instrumento equivalente à garantia bancária autónoma, a "stand by letter of credit", cujo surgimento se explica, historicamente, por neste país não ser, em princípio, permitida aos bancos a assunção de garantias³⁴.

Isto sem deixar de realçar as reticências que por vezes tem suscitado a aceitação deste instituto jurídico, nomeadamente em França³⁵ e Itália³⁶ e Portugal, em que a doutrina tem discutido a caracterização da garantia independente enquanto negócio abstrato, partindo-se do pressuposto de que essa abstração se define em função da irrelevância, para o negócio em questão, das vicissitudes porventura sofridas pelo negócio subjacente.

4.1. Da admissibilidade no ordenamento jurídico português

Em Portugal desconhece-se, com rigor, o momento em que se iniciou o uso da garantia autónoma bancária. No entanto, o Acórdão da Relação de Lisboa de 21/12/56, a respeito desta figura no âmbito de contrato de empreitada de obras públicas, refere o seguinte:

³³ ARAÚJO, Juliana Cristina Elias – *As Garantias Bancárias Autónomas no Direito Internacional*, Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008, www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp064309.pdf .

³⁴ Soares da Veiga aponta-lhes as seguintes características: "São emitidas por um banco a favor de um beneficiário (comprador de bens ou serviços), por instrução de um cliente e mandante (vendedor de bens ou serviços), garantindo ao beneficiário o pagamento de determinada quantia, em dinheiro, no caso de incumprimento, ou cumprimento defeituoso, do contrato", in VEIGA, Soares da, *Direito Bancário*, Coimbra, 1994, p. 265. LEITÃO, Luis Menezes, op. cit., p. 41-43.

³⁵ POULLET, Yves - *La Garantie à première demande: un acte unilatéral?*, in *Mélanges Jean Pardon*, 1996, p. 409 e seguintes; BELLIS, Marc/POULLET, Yves – *Emergence de la sureté personnelle non accessoire*, in *Les Garanties bancaires dans les contrats internationaux*, p. 156-157; LEITÃO, Luis Menezes, op. cit. p. 25-27.

³⁶ BENATTI, Francesco – *Contrato autonomo de Garanzia*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice, Vol. III, 1982, p. 918 e seguintes; LEITÃO, Luís Menezes Leitão, op. cit. p. 31-33.

«A garantia bancária em empreitadas de obra pública, por sua natureza, finalidades e efeito da lei, não pode considerar-se mera fiança, antes representa descontos que à entidade empreiteira deviam ser feitos, à falta de tal garantia, para a sua proposta poder ser legalmente aprovada».

«Tal garantia não é uma fiança: é o substituto dos depósitos reais e efectivos que o empreiteiro devia suportar, para poder tomar conta de uma obra do Estado, dos municípios ou de qualquer corporação ou entidade pública»³⁷.

O Tribunal da Relação de Luanda, por sua vez, em acórdão, citado por Francisco Cortez, de 15 de Novembro de 1963, depois de discutir se o contrato celebrado pelas partes se tratava de uma fiança ou de uma retrofiança, acabou por qualificar como contrato de garantia o negócio jurídico pelo qual uma pessoa se obrigara verbalmente perante o sacador e endossante de uma letra «a indemnizá-lo do que ele tivesse de desembolsar por efeito daquele endosso. "Tendo o endossante pago ao Banco o montante da letra, pediu e obteve do suposto garante [que o Tribunal da Relação de Luanda considerou responsável] o que desembolsara»³⁸.

Tal como o francês e o italiano, também o nosso ordenamento jurídico, no artigo 458º do Código Civil, proíbe os negócios abstractos que a lei expressamente não consinta. Vale, portanto, ao contrário do que ocorre na Alemanha, o princípio da causalidade, e a abstração negocial, isto é, “omissão textual de causa final do ato”³⁹ só é permitida num conjunto fechado de tipos negociais.

Ainda que assente em fundamentação nem sempre coincidente, a doutrina portuguesa acaba por aceitar a validade das garantias autónomas automáticas ou não, no sistema jurídico português.

³⁷ Acórdão da Relação de Lisboa de 21/12/56, *Jurisprudência das Relações*, 2, p.1029.

³⁸ CORTEZ, op. cit. p. 581

³⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de - *Contratos II, Conteúdo. Contratos de Troca*, Almedina, 2007, p. 121: “negócios abstractos no direito português são apenas aqueles cujo regime jurídico, estabelecido por lei ou por convenção internacional vigente em Portugal, admita a omissão de uma função económico-social no respectivo conteúdo”.

Almeida Costa e Pinto Monteiro defendem que a dificuldade que alguns autores encontram para a admissibilidade da garantia bancária autónoma, parte da confusão conceitual entre autonomia e abstração.

«O facto de a garantia automática se “abstrair” das vicissitudes do contrato-base significa apenas que esta garantia, diferentemente da fiança, não é acessória, antes autónoma - o que não significa, porém, que seja um negócio abstracto, sem causa»⁴⁰. Nesta linha de pensamento, concluem que contrato de garantia bancária é um verdadeiro negócio causal porque a sua causa, a sua finalidade económico-social, reside precisamente em "garantir determinado contrato-base". Uma finalidade objectivada na carta de garantia e nos contratos - entre o devedor e credor e entre o primeiro e o banco - que a precedem.

A autonomia significa que o contrato de garantia é independente do contrato-base, de tal modo que as vicissitudes deste não se transmitem àquele, não podendo o garante usar os meios de defesa (opor ao beneficiário) as excepções do devedor, na relação principal. É o que ocorre na garantia bancária. O que não significa que o contrato de garantia não tenha uma causa.

Ferrer Correia veio defender o carácter causal da garantia bancária (à primeira solicitação), afirmando que lhe corresponde «um fim, que vem a ser o escopo de garantia. «É nele que reside a “causa” do negócio.(...) O contrato de garantia exerce uma função de garantia - e não pelo menos de forma principal, uma função de pagamento»⁴¹. Contudo esta tese não é completamente clara, o que leva o mesmo autor a acrescentar que o contrato de garantia tem como fundamento o negócio jurídico de que procede a obrigação garantida (contrato principal). Este último negócio constituiria o pressuposto do primeiro, ou seja, a sua causa⁴².

Galvão Telles, afastando-se, em parte da solução de Ferrer Correia, entende a garantia autónoma como um negócio causal porque tem a sua justificação no contrato-base. «A garantia automática é uma obrigação causal,

⁴⁰ Idem, *ibidem*, p. 27.

⁴¹ CORREIA, Ferrer, *op. cit.*, p. 12.

⁴² CORREIA, Ferrer - *Notas para o estudo do contrato de garantia bancária*, Revista de Direito e Economia, ano VIII, nº 2, 1982, p. 249-250.

como a fiança, porque visa, como esta, uma função de garantia e essa função, que constitui a sua causa, está objectivada no respectivo contrato»⁴³.

Para esta doutrina maioritária, o contrato autónomo de garantia é simultaneamente autónomo e causal. É autónomo porque a sua validade e subsistência são independentes das do contrato-base, de tal modo que, ao contrário da fiança que é acessória, o garante não pode usar os meios de defesa do devedor relativos a este contrato contra o beneficiário da garantia. E é causal porque tem uma causa: a função de garantia do contrato-base objectivada no respectivo contrato de garantia. Sendo um negócio jurídico causal é então necessariamente válido por força do princípio da liberdade contratual⁴⁴.

Simões Patrício insurge-se contra esta orientação defendendo a natureza abstracta do contrato autónomo de garantia, acabando, no entanto, por concluir pela validade deste na ordem jurídica portuguesa devido, segundo afirma, à inaplicabilidade subsidiária à garantia autónoma internacional (por se tratar de uma figura do direito comercial internacional), da proibição legal do negócio abstracto estabelecida pelo art. 458.º do Código Civil⁴⁵.

Independentemente da inexistência da tipificação deste contrato, encontramos, em diversos diplomas jurídicos nacionais encontramos referências a essa operação bancária, como uma das formas de se garantir o cumprimento de obrigações.

Assim, o Decreto Lei nº 18/08, de 29 de Janeiro, sobre o regime dos contratos públicos, no qual se alude à garantia bancária autónoma como forma de caucionar “o imediato pagamento de quaisquer importâncias exigidas pela entidade adjudicante em virtude do incumprimento de quaisquer obrigações a que a garantia respeite” (artigo 90º, nº 6), para efeitos de dispensar a audiência prévia do interessado quando a “sanção a aplicar tiver natureza pecuniária e se encontrar caucionada por garantia bancária à primeira solicitação” (artigo 308º, nº 3) ou para substituição da dedução a efetuar na faturação “por garantia bancária á primeira solicitação” (artigo 353º, nº 2). Outrossim no

⁴³ TELLES, Inocêncio Galvão, *Garantia bancária autónoma*, cit., p. 290.

⁴⁴ CORTEZ, Francisco, op. cit. P. 575-576.

⁴⁵ PATRICIO, Simões, op. cit., p. 254-255., p. 254-255.

regime que foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro (artigos 106.º, n.º 5, e 195.º, n.º 5).

Ainda que sem referir expressamente a modalidade de garantia bancária à primeira solicitação, ficando-se pela referência genérica à “garantia bancária”, são diversas as alusões que se encontram no regime de empreitada de obras públicas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março (vide artigos 114.º, n.º 1, e 211.º, n.º 4).

De todo o modo, os seus contornos jurídicos devem ser encontrados com recurso ao regime geral das obrigações, sem prejuízo do seu enfoque jurisprudencial e doutrinário e bem assim das práticas bancárias nacionais e internacionais que conjugadamente acabam por traduzir verdadeiros usos bancários⁴⁶.

Francisco Cortez que se manifesta no sentido da «inequívoca admissibilidade do contrato de garantia bancária autónoma na ordem jurídica portuguesa», não deixa de sublinhar algumas fragilidades, resultantes certamente da complexidade da noção de causa, que atingem a fórmula encontrada pela doutrina maioritária para a defender. Dificuldades e dúvidas que, segundo este autor, «não podem ser ultrapassadas apenas pela constatação realista de que se trata de um contrato "largamente utilizado na prática dos negócios", pelo que se constituiu num "tipo contratual de origem social ou jurisprudencial", na expressão célebre de Benatti, uma vez que, como afirmava Vaz Serra sobre o negócio abstrato, "se bem que favoreça o tráfico jurídico, pela segurança que dá aos direitos, tem os seus perigos, por facilitar o enriquecimento sem causa"»⁴⁷.

4.2. A admissibilidade e a jurisprudência portuguesa

Face às hesitações da doutrina, à indefinição dogmática da figura, à inadmissibilidade dos negócios abstratos, não foi isenta de dúvidas a aceitação pelos tribunais portugueses da garantia bancária autónoma. Ademais, a percentagem de litígios judiciais desencadeados pelas garantias bancárias autónomas prestadas, sobretudo, no comércio internacional é relativamente

⁴⁶ JARDIM, Mónica - *A Garantia Bancária*, cit., p. 27 e seguintes.

⁴⁷ CORTEZ, Francisco, op. cit., p. 579-580.

recente, ainda que nas últimas duas décadas se venha assistindo a um crescente número de casos, fruto do aumento exponencial do uso das garantias bancárias autónomas no comércio internacional, sobretudo, das automáticas, ou à primeira solicitação.

Se inicialmente as referências jurisprudenciais são tímidas e surgem de uma forma ainda embrionária, a admissibilidade da garantia na modalidade mais apurada, a automática, veio provocar maiores dúvidas e controvérsias.

O Supremo Tribunal de Justiça, em Acórdão de 7 de Novembro de 1990⁴⁸ apreciou, em concreto, uma garantia bancária autónoma, que qualificou expressamente como tal, aproveitando para especificar tratar-se de um verdadeiro negócio causal, compatível com o artigo 458º do Código Civil.

Posteriormente, esta matéria veio a ser objeto de tratamento mais desenvolvido nos Acórdãos dos Tribunais da Relação do Porto, de 13 de Novembro de 1990 e da Relação de Lisboa, de 11 de Dezembro de 1990.

Consta do sumário do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de Dezembro de 1990⁴⁹:

«I - O contrato de garantia bancária é um contrato inominado, causal, autónomo, que não teve ainda consagração legislativa em Portugal.

II - O Banco pode, em princípio, recusar o pagamento "à primeira interpelação" quando está em condição de prever que o beneficiário sabe que a contraparte não deixa de cumprir, enquanto isso é um facto notório.

III - Se se tiver convencionado que o Banco tem de pagar ao beneficiário da garantia, "à primeira interpelação", sem poder discutir razões para o não pagar, tal cláusula não ofende os bons costumes, não traduz abuso de direito e não ofende o sentimento jurídico geral.

IV - Se o Banco efetuar o pagamento, em cumprimento de tal cláusula, terá direito de regresso».

⁴⁸ Acórdão do STJ de 7/11/1990, Proc. nº 077497, (Relator, Figueiredo Sousa), www.dgsi.pt/jstj.

⁴⁹ Acórdão da RL de 11 de Dezembro de 1990, (Relator, Santos Monteiro), Colectânea de Jurisprudência, Ano XV, 1990, Tomo V, p. 135 e seguintes e sumário também em www.dgsi.pt/jtrl.

Neste aresto afirma-se que o «contrato de garantia bancária (...), contrato inominado, fruto da autonomia privada que preside à formação dos contratos (art. 405.º do CC) e que entre nós ainda não teve consagração legislativa (...), é um negócio jurídico causal em certo sentido, por ter o escopo da garantia do contrato principal. Porém, ao contrário da fiança, não tem natureza acessória em relação ao contrato principal, mantendo antes, uma certa autonomia»⁵⁰.

Este acórdão acolhe a posição da doutrina portuguesa maioritária que considera o contrato autónomo de garantia é simultaneamente autónomo e causal, concluindo que as cláusulas de pagamento à primeira interpelação ou "on first demand" não ofendem os bons costumes, nem traduzem abuso do direito, porque até são usuais no comércio jurídico e em alguns casos de garantia de empreitadas de vulto. Tais cláusulas «também não ofendem o sentimento jurídico geral, porque, em última análise, as partes do contrato principal poderão sempre discutir em sede própria as causas e os efeitos do incumprimento contratual por parte do empreiteiro, se o houver, decorrendo daí o ressarcimento de qualquer prejuízo resultante da natureza autónoma da garantia bancária.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Maio de 2010⁵¹, aceitando a existência desta figura jurídica, refere que, «a função da garantia autónoma não é a de assegurar o cumprimento de um determinado contrato, visando antes assegurar que o beneficiário receberá, nas condições previstas no texto da garantia, uma determinada quantia em dinheiro. Assumindo o garante uma obrigação própria, desligada do contrato base sendo tal obrigação, nessa medida autónoma, independente, não acessória da obrigação do devedor principal».

5. Das regras de uniformização sobre garantias bancárias

A utilização e aceitação generalizada de garantias nos contratos internacionais fez sentir a necessidade da criação de regras uniformes sobre

⁵⁰ Ac. RL de 11 de Dezembro de 1990, (Relator, Santos Monteiro), Colectânea de Jurisprudência, Ano XV, 1990, Tomo V, p. 135 e seguintes.

⁵¹ Acórdão do STJ de 27/5/2010 (Relator, Serra Baptista), www.dgsi.pt/jstj.

esta matéria, atenuando as disparidades legislativas e diferente reconhecimento internacional das garantias⁵².

Aliás, a garantia bancária autónoma conquistou definitiva aceitação por parte da comunidade juscientífica internacional após o Colóquio de Tours de Junho de 1980⁵³.

Assistiu-se, então, a um esforço de uniformização das cláusulas, ainda que com pouco sucesso, protagonizado pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), em colaboração com a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI), que, em 1978, aprovou as "Regras Uniformes sobre garantias contratuais" (brochura n.º 325) e, em 1982, as "Fórmulas normalizadas para a emissão de garantias contratuais" (Brochura n.º 406).

Reconhecendo esta insuficiência, a Câmara de Comércio Internacional promoveu a realização de estudos e discussões que culminaram na adoção, em 1991, das Regras Uniformes sobre garantia a primeira solicitação (Publicação n.º 458), em que a autonomia e independência que tipificam este instituto foram adequadamente reconhecidas e reguladas, e que antecederam a Convenção sobre as Garantias Independentes e as Letras de Crédito Stand by" que foi aprovada pela Resolução n.º 50/48, das Nações Unidas, de 11 de Dezembro de 1985, não tendo ainda sido assinada por Portugal, apesar do parecer favorável emitido pelo Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República⁵⁴. Mais tarde, a Convenção da ONU de 11 de Dezembro de 1995 e que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2000¹¹¹, veio estabelecer regras sobre garantias independentes e *stand-by letters of credit* (*United Nations on Independent Guarantees and Stand-By Letters of Credit*).

Mas, como salienta Luís Menezes Leitão, tais instrumentos «não devem obliterar as grandes dificuldades que existem na uniformização do regime das garantias, as quais levaram mesmo a UNCITRAL a abandonar em 1980 um

⁵² LEITÃO, Luís Menezes, op. cit. p. 43-46.

⁵³ *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux - Colloque de Tours des 19 et 20 Juin 1980*, Paris, ed. FEDUCI, 1981.

⁵⁴ LEITÃO, Luís Menezes Leitão, op. cit. p. 43; Parecer da PGR de 07-11-1997, Proc. n.º 00000945, (Relator, Luís da Silveira), www.dgsi.pt/pgr

projecto de tinha de desenvolvimento de umas *Modern Uniform rufes for secured financing* por o ter considerado inviável»⁵⁵.

No âmbito da União Europeia, embora a regulação comunitária esteja cada vez mais presente nas diversas matérias jurisprivatísticas, encontra-se no que tange ao direito das garantias, designadamente quanto à garantia bancária autónoma, completamente ausente, o que, como salienta Luíz Menezes Leitão «não deixa de ser estranho, quando se pensa na importância do reconhecimento das garantias para o funcionamento da União Económica e Monetária».

Ainda assim, a internacionalização da economia tornou premente a necessidade de instituição de garantias com eficácia transnacional, pelo que o fracasso da intervenção da Comunidade Europeia não tem impedido o surgimento de diversas tentativas de harmonização dos diversos ordenamentos, quer através de esforços isolados dos Estados, quer através do trabalho de organizações internacionais, ou da doutrina nos vários países⁵⁶.

6. Da garantia bancária autónoma: figuras afins

A garantia bancária autónoma não se confunde com a fiança, o aval, o crédito documentário ou o depósito, embora se possa dizer que se trata de figuras jurídicas que lhe estão próximas.

6.1. A fiança

Tal como a garantia autónoma, a fiança visa reforçar a garantia geral das obrigações, sendo que ambas são garantias pessoais, pois ambas se traduzem em direitos de crédito ao serviço de outros direitos de crédito.

Nos termos do artigo 627.º, n.º 1 do Código Civil, o «fiador garante a satisfação do direito de crédito, ficando pessoalmente obrigado perante o credor».

⁵⁵ LEITÃO, Luíz Menezes Leitão, op. cit. p. 43.

⁵⁶ LEITÃO, Luíz Menezes Leitão, op. cit. p. 47-49.

A fiança é, assim, a garantia pessoal tipo pela qual um terceiro - o fiador - assegura com o seu património o cumprimento da obrigação do devedor, ficando, nos termos do citado preceito legal, pessoalmente obrigado perante o respetivo credor. A obrigação do fiador é distinta da obrigação do devedor principal. A obrigação deste é a de realizar uma certa prestação. A obrigação do fiador é a obrigação de cumprir a obrigação do afiançado no caso de este não a cumprir.

Segundo Vaz Serra, «o fiador promete ao credor o resultado de que será cumprida a obrigação principal; ele, ao efectuar a prestação, não cumpre somente a obrigação principal, cumprindo, ao mesmo tempo, a obrigação pessoal sua (esta tem por objectivo dar lugar o resultado de ser cumprida aquela outra obrigação)»⁵⁷.

Adianta o n.º 2 do artigo 627.º do Código Civil que a «obrigação do fiador é acessória da que recai sobre o principal devedor».

Esta acessoriedade característica da fiança, que decorre de diversos normativos do Código Civil, significa que a fiança deve seguir a forma exigida para a obrigação principal (artigo 628.º, n.º 1), que não pode exceder a dívida principal nem ser contraída em condições mais onerosas (artigo 631.º, n.º 1), não é válida se o não for a obrigação principal (artigo 632.º, n.º 1), permitindo ao fiador, por regra, opor ao credor os meios de defesa que competem ao devedor (artigo 637.º, n.º 1) e extingue-se com a extinção da obrigação principal (artigo 651.º).

Outra característica da fiança, embora não essencial - ao invés do que sucede com a acessoriedade que faz parte da natureza da fiança - é a chamada subsidiariedade.

A subsidiariedade traduz-se no benefício da excussão prévia previsto no n.º 1 do artigo 638.º do Código Civil e regulado no artigo 828.º do Código de Processo Civil. Só pode ser exigido o cumprimento da obrigação do fiador quando o devedor principal não cumpra nem possa cumprir a obrigação principal. O fiador pode recusar o cumprimento da sua obrigação enquanto o credor não tiver executado todos os bens do devedor principal para satisfazer o seu crédito. E pode até o fiador exigir a prévia excussão dos bens sobre que

⁵⁷ SERRA, Vaz, op. cit., p. 20.

recaia uma eventual garantia real constituída por terceiro, desde que seja anterior ou contemporânea da fiança (639.º, n.º 1 do Código Civil).

Contudo, esta subsidiariedade pode ser afastada. É o que ocorre quando o fiador tiver renunciado previamente ao benefício da excussão, o que acontece desde logo, se assumiu a obrigação de principal pagador (640.º, n.º 1 do Código Civil); quando por facto posterior à constituição da fiança, o devedor não possa ser executado ou demandado no continente ou nas regiões autónomas da Madeira e dos Açores (640.º, n.º 2 do CC); ou quando a obrigação principal tiver natureza comercial, o que se compreende tendo em conta as características da actividade económica em causa, já que o art. 101.º do Código Comercial afasta, nestes casos, o benefício da excussão prévia.

O que caracteriza a garantia bancária autónoma é, exatamente, a sua autonomia, por oposição à acessoriedade, característica da fiança.

Apesar de já não se discutir que a distinção entre fiança bancária e garantia bancária existe, nem sempre é fácil, na prática, estabelecer a fronteira entre as duas figuras.

De todo o modo, pode dizer-se que a garantia bancária não é acessória mas autónoma. Assim, a invalidade da obrigação garantida não determina a da garantia; o garante não pode invocar os meios de defesa que assistam ao devedor principal na relação com o credor principal; as condições são mais onerosas para o garante que para o devedor principal.

O garante autónomo, ao contrário do fiador, não é admitido a opor ao beneficiário as exceções de que se pode prevalecer o garantido. E se é certo que a fiança como a garantia bancária têm uma função de garantia, assegurando tanto o fiador como o garante a produção de um resultado a verdade é que a responsabilidade assumida pelo garante é necessariamente diferente da assumida pelo fiador, isto porque a autonomia tem que ter consequências também a este nível⁵⁸.

Procurando estabelecer a distinção entre as duas figuras jurídicas, escreve Francisco Cortez:

⁵⁸ CORTEZ, Francisco, op. cit., 556-557

«Na fiança, o cumprimento da obrigação do devedor é garantido através da vinculação do fiador a uma obrigação de indemnização que, por força da acessoriedade, é igual, é uma cópia, da obrigação de indemnização do devedor em que se transforma, sem alteração do objeto, a primitiva obrigação de prestar a que ele se encontrava vinculado e que foi garantida pela fiança. (O devedor tinha que pagar um preço de 30, não cumprindo tinha que indemnizar em 30, o fiador tem que entregar ao credor 30).

No contrato autónomo de garantia, pelo contrário, a obrigação a que se vincula o garante, que pode ser classificada de garantia pela causa (função de garantia), e de indemnização pelo fim (destina-se a reparar os danos do credor), é uma verdadeira obrigação independente porque assumida em nome próprio (ainda que por conta do devedor) pelo garante. Sendo própria e distinta, esta obrigação não se molda sobre qualquer obrigação do devedor (de prestar ou de indemnizar), quer quanto ao objecto - que na obrigação de garantia é sempre a entrega de uma quantia pecuniária, enquanto a obrigação do devedor pode ser, v. g., uma obrigação de prestação de facto -, quer quanto aos pressupostos da sua exigibilidade - o que permite o desvio convencional às regras da responsabilidade civil, tanto quanto à culpa do devedor, como quanto à prova do dano.

É esta a diferença de fundo entre a fiança e o contrato autónomo de garantia: uma responsabilidade acessória em tudo igual à do devedor, na fiança, e uma responsabilidade própria e autónoma, em tudo distinta da do devedor, no contrato autónomo de garantia»⁵⁹.

Em última análise, a distinção entre a fiança e a garantia bancária autónoma, dependerá de uma interpretação, segundo as regras dos artigos 236º e seguintes do Código Civil, dos termos do contrato celebrado entre o credor e o garante, ou fiador, não sendo dispicienda para este efeito, ainda que não decisiva, a inclusão, ou não, no contrato de cláusula "*on first demand*", "*à primeira solicitação*", isto é, cláusula de não invocabilidade das excepções relativas a relação jurídica de base.

⁵⁹ CORTEZ, Francisco, op. cit., 556-557

6.2. O aval

O aval consiste numa declaração escrita em determinados títulos de crédito, letras, livranças ou mesmo em cheques e extractos de facturas, em que uma pessoa, o avalista, garante, por um dos subscriptores que expressa ou tacitamente se indica - o avalizado - o pagamento total ou parcial da obrigação pecuniária naquele incorporada⁶⁰.

O aval é também uma garantia especial pessoal.

O seu regime encontra-se delineado nos artigos 30.º a 32.º da Lei uniforme relativa às letras e livranças (LULL) e nos artigos 25.º, 26.º e 27.º da Lei uniforme relativa ao cheque (LUCH).

O aval garante o pagamento de uma letra (artigo 30.º da LULL), de uma livrança (artigo 30.º da LULL, aplicável por força do artigo 77.º da LULL) ou de um cheque (artigo 25.º LUCH), ficando o avalista responsável da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada e está obrigado ainda que a obrigação garantida seja nula "por qualquer razão que não seja um vício de forma" (artigo 32.º da LULL e art. 27.º da LUCH).

Por outro lado, o avalista pode socorrer-se de todos os meios de defesa que cabem ao "afiançado", com excepção dos decorrentes da invalidade substancial da relação subjacente. Ou seja, a obrigação do avalista é materialmente autónoma já que se mantém mesmo no caso de a obrigação que ele garantiu ser nula, mas formalmente dependente da obrigação avalizada.

Será, assim, característica essencial do aval uma «acessoriedade imperfeita ou uma autonomia limitada⁶¹.

A obrigação do avalista é distinta da obrigação a que se vincula o garante na garantia bancária autónoma. São duas as diferenças fundamentais.

- a autonomia do aval é mais limitada do que a da garantia bancária autónoma, que não sendo absoluta, é uma autonomia "pura", só limitada ao nível superior dos princípios fundamentais e imperativos

⁶⁰ Sobre o aval vide LEITÃO, Luís Menezes – op. cit., 115-120.

⁶¹ CORTEZ, Francisco, op. cit., 558-560

- a autonomia do aval e imperfeita, já que limitada desde logo pela própria natureza da obrigação garantida que, incorporada num título de crédito, impõe a transmissibilidade da sua invalidade formal à obrigação do avalista.

E se a este nível o aval, apesar de tudo, se encontra mais próximo da garantia bancária autónoma do que da fiança, não restam dúvidas, como enfatiza Francisco Cortez, que as posições se invertem no que respeita à estrutura dos institutos, o que na prática os torna inconfundíveis. De facto, o aval consiste numa declaração escrita num título de crédito, em que o avalista, garante por um dos subscritores o pagamento de obrigação naquele incorporada, enquanto a garantia bancária autónoma resulta de um verdadeiro contrato celebrado entre o garante, normalmente um banco, e um beneficiário⁶².

6.3. O crédito documentário

Pode definir-se crédito documentário como a operação pela qual um banco, por conta de um cliente-importador, abre um crédito a favor de um vendedor-exportador, assumindo o compromisso de pagar ao vendedor-exportador o valor das suas mercadorias contra a entrega dos documentos estipulados pelo crédito⁶³.

Trata-se de uma figura que tem como finalidade específica a realização do pagamento de um preço através de um estabelecimento bancário, apesar de indirectamente representar uma garantia para o vendedor a quem é assegurado que receberá pontualmente o preço, no que se aproxima de algumas modalidades de garantia autónoma, nomeadamente a chamada garantia de pagamento.

Apesar de se notarem semelhanças entre a garantia bancária autónoma e o crédito documentário, este último tem um âmbito mais restrito que a garantia bancária autónoma, já que só funciona como garantia de um contrato de compra e venda, ao invés do que ocorre com a garantia autónoma, que pode

⁶² CORTEZ, Francisco, op. cit., 563.

⁶³ PINHEIRO, Jorge Duarte, op. cit., p. 424-426.

respeitar a um contrato de outra natureza ou até a uma obrigação não contratual.⁶⁴

Por outro lado, a garantia bancária autónoma pode não depender da receção pelo banco garante de qualquer documento, ao contrário do que acontece na abertura de crédito documentário, mas simplesmente da interpelação do beneficiário - se for automática - ou da prova por este do incumprimento da obrigação do devedor.

Se na garantia bancária autónoma o beneficiário reclama o pagamento, alegando o não cumprimento da obrigação principal, no crédito documentário quem reclama o pagamento entrega documentos que sugerem o cumprimento da obrigação pelo reclamante⁶⁵.

6.4. O depósito

Com interesse para a noção de garantia autónoma, importa a figura do depósito de dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos.

No âmbito das garantias especiais, em que há um reforço qualitativo da garantia na medida em que conferem ao credor uma posição de vantagem relativamente a certos e determinados bens do devedor ou de terceiro, a lei admite vários tipos de garantias reais: a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, os privilégios creditórios, o direito de retenção, a penhora e o arresto.

De acordo com o n.º 2 do art. 666.º do Código Civil «é havido como penhor o depósito a que se refere o n.º 1 do artigo 623.º», ou seja, o "depósito de dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos».

Na verdade, este depósito de dinheiro ou outros valores pelo devedor nas mãos do credor é uma modalidade de garantia especial das obrigações que, apesar de garantia real, se aproxima da garantia bancária autónoma. Nesta, sobretudo se for "garantia à primeira solicitação", tudo se passa, do ponto de

⁶⁴ TELLES, Inocência Galvão, op. cit, p. 284.

⁶⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte, op. cit., p 425.

vista do credor-beneficiário, como se tivesse, sem ter realmente, dinheiro depositado à sua ordem.⁶⁶

São assinaláveis, do ponto de vista do credor, as vantagens do depósito de dinheiro ou valores, pela segurança que oferece. Contudo, são inúmeras, também, as desvantagens, quer para o devedor quer para o credor, por implicar um congelamento dos valores depositados. Nesta medida o devedor que deposita os valores deixa de os poder rentabilizar e, por seu lado, o credor só lhes tem verdadeiramente acesso se e quando o devedor não cumprir a sua obrigação.

Afigura-se relativamente fácil a distinção entre a garantia bancária autónoma e o depósito. Na primeira o devedor não entrega à guarda do garante qualquer valor patrimonial para assegurar o direito do credor, limitando-se a celebrar com o garante um contrato, pelo qual este se obriga a celebrar com o credor um contrato autónomo de garantia. Claro que o devedor terá também que entregar ao garante determinada quantia, correspondente ao pagamento dos serviços prestados pelo garante e o eventual exercício do direito de regresso pelo garante contra o dador da ordem, o que é distinto do que se passa no depósito, em que o depositário se limita a guardar os valores depositados para garantir o cumprimento da obrigação, devolvendo-os ao devedor em caso de cumprimento ou entregando-os ao credor no caso contrário⁶⁷.

7. Características da garantia bancária

7.1. A autonomia

A característica essencial do contrato autónomo de garantia, que o individualizou em relação à fiança, é, como se disse, a sua autonomia. Com efeito, ao contrário da obrigação de fiança, a obrigação de garantia bancária autónoma não tem natureza acessória em relação d obrigação garantida, já que, o garante assume uma obrigação própria, independente do contrato base.

⁶⁶ CORTEZ, Francisco, op. cit., p. 564.

⁶⁷ ⁶⁷ Idem, ibidem, p. 565-566.

Por autonomia tem-se entendido a inoponibilidade pelo garante ao beneficiário das excepções fundadas na relação principal, de que se pode prevalecer o garantido. A autonomia corresponde à impossibilidade de o garante usar os meios de defesa próprios do devedor garantido⁶⁸

A esta noção de autonomia são por regra acrescentados dois complementos: o primeiro adiciona às excepções não invocáveis pelo garante, as excepções relativas ao contrato de mandato celebrado entre o garante e o devedor principal, já que só através da autonomia também entre estes dois contratos, a obrigação do garante é verdadeiramente própria e autónoma; o segundo complemento, consiste na proibição do devedor de impedir o garante de prestar a soma acordada⁶⁹.

O conceito de autonomia mostra-se deveras relevante. Não é por acaso que se nota por parte da doutrina portuguesa, em sintonia aliás com a estrangeira, uma preocupação em definir a autonomia por via da sua concretização prática: a inoponibilidade das excepções da relação garantida pelo garante ao beneficiário, abstendo-se de formularum conceito técnico-científico de autonomia, neste tipo de contrato.

Segundo Francisco Cortez mostra-se compreensível o referido cuidado, uma vez que é bastante duvidoso que a autonomia corresponda ao inverso conceitual, à face negativa, da acessoriedade, característica essencial da fiança. Na verdade, parece ser difícil defender, sobretudo em sistemas jurídicos diferentes do alemão, como o português, o francês e o italiano - onde é regra a inadmissibilidade da abstração - que a autonomia possa significar a existência e a validade da obrigação do garante não dependente da existência e da validade da obrigação principal.

De facto, como defende a doutrina portuguesa maioritária, a causa da obrigação do garante ou do contrato de que ela resulta, reside na sua função de garantir a relação jurídica principal. Esta exigência de causa introduz algumas dificuldades na importação do conceito germânico de autonomia-abstração que só poderão ser ultrapassadas se tivermos presentes, por um lado,

⁶⁸ CORTEZ, Francisco, op. cit. 532-534; COSTA, Almeida/ MONTEIRO, Pinto, op. cit., p. 20.

⁶⁹ CORTEZ, Francisco, op. cit. 532-534

a força criadora da autonomia privada e, por outro, a ratio do próprio contrato autónomo de garantia.

Em jeito de conclusão afirma Francisco Cortez:

«Em primeiro lugar, importa traçar uma fronteira fundamental no conceito de autonomia: a que separa a dúvida da certeza, aquilo que é alegado mas discutível daquilo que é certo e definitivamente assente. Se a inexistência ou a invalidade da obrigação garantida são um dado adquirido, indiscutível, a obrigação de garantia não se pode manter porque perde a sua própria causa, pelo que não pode o garante deixar de invocar as respectivas excepções. Se, pelo contrário, a inexistência ou invalidade não são certas, o garante também não as pode alegar para deixar de cumprir a sua obrigação.

Em segundo lugar, não se encontra na disponibilidade das partes a possibilidade de impedir o garante de invocar toda e qualquer excepção relativa a relação jurídica principal ou ao contrato de mandato celebrado entre o garante e o devedor. Não deverão ser assim admitidas cláusulas pelas quais, v. g., o garante se obrigue a realizar a sua prestação apesar da inexistência ou a invalidade da obrigação principal se encontrar declarada por sentença transitada em julgado.

Em suma, a autonomia do contrato autónomo de garantia é simplesmente instrumental, no sentido que está ao serviço da causa do próprio contrato, e não pode significar a inoponibilidade de todas as excepções exteriores ao contrato de garantia. Significa antes e apenas a não invocabilidade pelo garante de vicissitudes verdadeiramente controvertidas da relação jurídica garantida ou do contrato de mandato para recusar o cumprimento da sua obrigação»⁷⁰

7.2. A automaticidade

Outra característica da garantia bancária é a sua automaticidade. Contudo esta é uma característica não essencial.

Na verdade, se todas as "garantias bancárias autónomas" são *autónomas*, nem todas são *automáticas*. Apenas aquelas que incluem a cláusula "de pagamento à primeira solicitação" do beneficiário gozam desta última

⁷⁰ Idem, *ibidem*, p. 532-534.

característica. As que não incluem esta cláusula são garantias bancárias autónomas simples.

Fátima Gomes considera que «as garantias simples são todas aquelas em que o beneficiário ao recorrer à sua execução tem de justificar ou fundamentar a sua pretensão à luz dos pressupostos de funcionamento da garantia estabelecidos nos respetivos contratos, normalmente relacionados com o incumprimento ou cumprimento defeituoso de determinadas obrigações a que o devedor estava vinculado»⁷¹.

Por seu lado, na garantia bancária à primeira solicitação (*garantievertrag*, *guarantee upon first demand*, *garantie à première demande*), nos termos da qual o beneficiário está dispensado da prova do incumprimento contratual, basta comunicar a ocorrência do evento, para que o garante lhe pague.

A automaticidade é, pois, a característica da garantia bancária autónoma que lhe é atribuída pela inclusão no contrato de garantia da cláusula "à primeira solicitação" ("on first demand", "upon first demand", "auf erstes Anfordern"; à première demande", "prima richiesta") pela qual o garante fica obrigado a entregar imediatamente a quantia pecuniária fixada ao primeiro pedido do beneficiário, dispensando-se este de provar, como tem que fazer se esta cláusula não constar do contrato, o incumprimento da obrigação do devedor ou qualquer outro evento que seja o pressuposto da constituição do seu crédito contra o banco⁷². A automaticidade apenas introduz alterações ao nível da exigibilidade do cumprimento da obrigação do garante de entregar a quantia pecuniária acordada ao beneficiário.

No contrato autónomo de garantia simples, o beneficiário só pode exigir o pagamento desde que *prove* o facto que é pressuposto da constituição dessa obrigação, isto é, o incumprimento do devedor.

Já no contrato de garantia "à primeira solicitação", a obrigação do garante em entregar a quantia acordada é imediatamente exigível com a simples interpelação pelo beneficiário nesse sentido, feita nos termos acordados e sem que banco possa pedir qualquer justificação ao beneficiário.

⁷¹ GOMES, Fátima - *Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação* - Revista Direito e Justiça, vol. VIII, tomo 2, 1994, pág. 134.

⁷² LEITÃO, Luís Menezes, op. cit. p. 126-127.

No fundo, a independência do contrato de garantia autónoma em relação ao contrato-base, um dos traços distintivos da garantia bancária e uma das características que lhe conferem autonomia, torna-se mais patente quando a garantia deva ser prestada à primeira solicitação.

A garantia bancária à primeira solicitação é, na formulação de Galvão Telles, «a garantia pela qual o banco que a presta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de alegada inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato-base) sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com o mesmo contrato.»⁷³ Neste caso pode dizer-se “que as garantias autónomas à primeira solicitação obedecem ao seguinte lema: paga-se primeiro e discute-se depois⁷⁴».

Com a introdução desta cláusula "à primeira solicitação" ultrapassou-se o último dos grandes problemas com que se debatia a prestação da garantia bancária autónoma: o risco da necessidade de prova da ocorrência dos pressupostos que condicionam o direito do beneficiário.

As vantagens da automaticidade, assim entendida, são manifestas porque transforma a garantia bancária autónoma numa garantia mais segura, expedita, eficaz para o beneficiário e bastante mais operacional para o próprio garante.

Em primeiro lugar, pode afirmar-se que é uma garantia tão segura para o beneficiário como o depósito de dinheiro ou valores, mas sem o inconveniente da imobilização da riqueza, o que é tanto mais significativo quanto estão envolvidas somas pecuniárias avultadas.

Afirmam Almeida Costa e Pinto Monteiro que «tudo se passa (...) como se o banco, no momento que se obrigou perante o beneficiário, tivesse depositado à ordem deste o montante estipulado na garantia»⁷⁵.

Em segundo lugar, trata-se de uma garantia mais expedita, no sentido em que é claramente mais célere a entrega da quantia acordada pelo garante. O

⁷³ TELLES, Inocência Galvão - *Garantia Bancária Autónoma, O Direito*, 120,1998, III-IV, pag. 283.

⁷⁴ COSTA, Almeida/ MONTEIRO, Pinto, op. cit., pag. 19.

⁷⁵ Idem, ibidem, p 19.

beneficiário exige o cumprimento da obrigação do garante sem ter o ónus de provar o fundamento da sua pretensão, nem de recorrer em caso de litígio com o garante a um processo judicial ou arbitral moroso, dispendioso e até incerto.

Por último, quanto às vantagens para o beneficiário, esta modalidade é mais eficaz porque eleva a autonomia ao seu limite máximo, pois que ao isentar-se o beneficiário da prova do pressuposto do seu direito (regra geral, o incumprimento da obrigação principal garantida), quebra-se o último elo cadeia que ainda prendia a sua garantia à litigância sobre a relação jurídica de base.

Ademais, a garantia automática é do maior interesse dos bancos não só porque normalmente recebem uma retribuição superior, mas sobretudo porque atingem uma posição de total neutralidade: retiram-se em absoluto dos litígios entre o credor-beneficiário e o devedor-garantido, pagando, como costuma dizer-se de "olhos fechados" ao primeiro, para depois serem reembolsados de "olhos fechados" pelo segundo⁷⁶.

Mas se esta modalidade de garantia bancária potencia as virtudes, também é inquestionável que aumenta exponencialmente os riscos práticos, porque tem tanto de mais segura para o beneficiário como de mais arriscada e cara para o devedor.

Vem, por isso, despertando sérias dúvidas perplexidades científicas, notando-se um movimento, no sentido de, em alguma medida, relativizar essa autonomia, como se verá mais adiante.

Uma coisa é certa, a autonomia não se confunde com a automaticidade. Como se referiu, autonomia e automaticidade são coisas distintas: a primeira, presente em toda a garantia bancária autónoma, impede o garante de invocar exceções relativas ao contrato-base, enquanto que a segunda, própria da modalidade automática, isenta o beneficiário de provar o pressuposto do seu direito contra o banco.

⁷⁶ CORTEZ, Francisco, op. cit. p 535-540.

8. Modalidades e funções

É usual a doutrina classificar as garantias bancárias autónomas quanto ao seu fim, quanto ao seu carácter directo ou indirecto e, finalmente, uma terceira classificação tem por critério a sua automaticidade⁷⁷.

8.1. Quanto ao fim

Assim, quanto ao fim é habitual distinguir três tipos de garantias:

A) - *Garantia de restituição ou reembolso dos pagamentos antecipado (repayment bonds)*, que se destina a assegurar ao contraente que pagou, antecipadamente uma parte do preço do contrato - da empreitada, do fornecimento, da compra - que as quantias pagas em adiantado lhe serão devolvidas se a outra parte não cumprir o acordado deixando de realizar as suas prestações.

Regra geral, funciona como uma garantia dos eventuais direitos do comprador assegurando o reembolso de um pagamento feito antes da entrega da mercadoria pelo comprador ao vendedor, no caso de este não cumprir total ou parcialmente as suas obrigações. O campo mais frequente de aplicação deste tipo de garantias é o dos contratos promessas e dos contratos preliminares que envolvam o pagamento de quantias em momento prévio à celebração dos contratos prometidos ou definitivos.

B) - *Garantia de boa execução do contrato (performance bonds)* destinadas a garantir, perante o beneficiário, o correcto e pontual cumprimento das obrigações assumidas pelo outro contraente. Têm por objecto a indemnização do dano resultante para uma das partes do incumprimento pela outra parte da prestação característica do contrato".

⁷⁷ COSTA, Almeida/MONTEIRO, Pinto, op. cit p. 20 ; CORREIA, Ferrer, op. cit p. 10 e seguintes; PATRÍCIO, José Simões, op. cit. p. 680 e seguintes; CORTEZ, Francisco, op. cit. p. 542-543.

Este tipo de garantia bancária começou por ser utilizado em contratos de empreitada, mas há muito que viu o seu âmbito de aplicação alargado aos contratos de prestação de serviços, aos contratos de compra e venda e até aos contratos de arrendamento.

C) - *Garantia de pagamento, cujo objectivo é o de assegurar à parte credora de uma prestação pecuniária (vendedor, fornecedor, empreiteiro) o pagamento da dívida, para o caso de o obrigado principal o não fazer ou o não fazer pontualmente. Regra geral, funciona como uma garantia dos direitos do vendedor para assegurar o pagamento pelo comprador do preço na data convencionada.*

D) - *Garantia de oferta ou de honorabilidade da proposta*

Através das “bid bonds”, o banco garante assegura o pagamento de uma indemnização ao beneficiário na circunstância de o mandante não vir a celebrar um contrato a que se obrigou.

Trata-se da garantia dada ao promitente, para o caso de a pessoa a quem for concedida a adjudicação não cumprir as obrigações decorrentes da sua proposta (v.g. não assinando ou não executando o contrato de fornecimento).

Corresponde normalmente a uma garantia do adjudicador contra o cessionário, em caso de retirada antecipada da proposta, da sua modificação, ou havendo adjudicação, no caso de cessionário se recusar a assinar o contrato ou a prestar as garantias exigidas.

8.2. Garantias directas e indirectas

Outro critério, distingue as garantias bancárias autónomas em directas e indirectas.

Nas primeiras, que obedecem a um figurino triangular, o devedor dá ordem ao banco garante para prestar a garantia directamente ao beneficiário, sem qualquer intermediário.

Nas indirectas, interpõe-se um segundo banco, com sede no país de beneficiário que actua como intermediário, recebendo a ordem de prestar a garantia de um outro banco-garante do país do devedor-dador da ordem, banco este que presta, por sua vez, uma contra-garantia a favor do banco garante (intermediário).

Estamos, aqui, não já perante uma estrutura triangular, mas antes face a uma modalidade de garantia bancária autónoma de estrutura quadrangular, isto é, sobre quatro ordens de relações:

- a primeira, a relação jurídica de base entre o credor e o devedor que se pretende garantir;

- a segunda, entre o devedor-mandante e o primeiro banco (designado por contragarante) que celebram um contrato de mandato;

- a terceira, entre o primeiro banco (contragarante) e o segundo banco (garante) que celebram entre si dois contratos, um de mandato (em que o contragarante é mandante e o garante mandatário) e um contrato de contragarantia (em que o primeiro banco é garante e o segundo beneficiário);

- uma quarta entre o segundo banco (como garante) e o credor (como beneficiário), que celebram um contrato de garantia dito de primeiro grau.

Regra geral, devedor e contragarante têm a mesma nacionalidade, diferente da nacionalidade comum dos garante e credor.

As garantias indirectas são sobretudo utilizadas no comércio internacional, em operações de exportação, quando o beneficiário da garantia é um organismo do Estado ou uma empresa pública, ou quando a legislação, como é frequente em países do Médio Oriente, não permite a um banco estrangeiro funcionar directamente como garante de um beneficiário nacional⁷⁸.

⁷⁸ CORTEZ, Francisco, op. cit. 544-545.

8.3. Garantias bancárias simples e garantias bancárias automáticas

Esta classificação, que distingue as garantias bancárias autónomas simples das automáticas, decorre das características supra referidas: - autonomia acrescida - ou não - de automaticidade.

Como se explicitou, enquanto que na garantia bancária autónoma simples o beneficiário, para exigir o cumprimento da obrigação do garante, tem que provar o facto constitutivo do seu direito, na garantia bancária autónoma automática, em que é incluída a cláusula de pagamento "à primeira solicitação", o beneficiário está isento de tal prova devendo o garante entregar-lhe imediatamente a quantia pecuniária fixada logo que o beneficiário o interpele para tal.

A respeito desta importante classificação, a dificuldade em distinguir, em concreto, as duas situações, depende, fundamentalmente, da interpretação do clausulado, como bastas vezes a jurisprudência vem reconhecendo.

8.3.1. Num primeiro esforço de distinção há que ter em conta a evolução das regras uniformes da CCI, as Uniform Rules for Contract Guarantees, que uniformizaram na prática internacional as designadas garantias autónomas simples e em que se exige ao beneficiário prova do incumprimento do contrato-base por parte do devedor. Posteriormente, em 1992, em resposta a problemas suscitados pela exigência de prova ao beneficiário das garantias autónomas simples, foram publicadas as Uniform Rules for Demand Guarantees, que se referem às garantias autónomas à solicitação.

Ambas as modalidades assentam na autonomia da obrigação do banco garante em relação ao contrato base, contudo, no caso das garantias bancárias «à primeira solicitação» o banco está obrigado a cumprir a sua obrigação perante o beneficiário imediatamente após ser interpelado para o efeito.

No âmbito desta segunda modalidade de garantias bancárias, pode ainda falar-se das garantias bancárias à primeira solicitação com ou sem justificação documental. Neste caso, perante uma garantia bancária à primeira solicitação com justificação documental, o beneficiário deverá prover o banco garante da documentação necessária para comprovar o evento que desencadeou a execução da garantia.

Pode perguntar-se, neste caso, se estas garantias bancárias à primeira solicitação com justificação documental não perderão a característica da automaticidade.

Se a documentação exigida for uma mera declaração, um relatório, do beneficiário a comunicar ao banco porque razão considera estarem preenchidos os pressupostos da execução da garantia em causa, afigura-se que a garantia não perdeu a sua automaticidade. Mas se o documento exigido for, por exemplo, uma sentença judicial, já se terá que concluir que esta garantia perdeu a sua automaticidade (quicá a sua autonomia), ainda que, no seu rosto figure a expressão “à primeira solicitação”, ou “on first demand”.

Menezes Cordeiro refere a este respeito que, pese embora na garantia autónoma “à primeira solicitação”, o garante se obrigue a pagar ao beneficiário determinada importância, assim que este lha peça, normalmente, a garantia exige que o garante, antes de efetuar qualquer pagamento, proceda à breve análise de determinados documentos: faturas, ordens de fornecimento, boletins de transporte ou de embarque.

As novas normas uniformes da Câmara de Comércio Internacional determinam que o garante examine todos os documentos especificados no texto da garantia com um cuidado razoável. Ainda assim, este exame, não se confunde com um juízo de cumprimento ou de incumprimento da relação principal⁷⁹.

8.3.2. A prática jurisprudencial portuguesa é a de interpretar, no caso concreto, nos termos das regras de interpretação constantes dos artigos 236.º, nº 1 e 238.º, nº 1, do Código Civil as cláusulas da *carta de garantia* de modo a determinar se se deve entender tal garantia autónoma por uma garantia autónoma simples ou por uma garantia autónoma à primeira solicitação ou *on first demand*.

⁷⁹ CORDEIRO, Menezes - *Manual de Direito Bancário*, Coimbra: Almedina, 4ª edição, 2010, p. 763-764

Em conformidade, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 2010⁸⁰ considerou que «a utilização das expressões *garantia incondicional e irrevogável* e a *obrigação de pagar* ao beneficiário *por interpelação e imediatamente* não podem deixar de conferir a natureza de garantia autónoma, on first demand, ou seja, à primeira solicitação ou primeira interpelação».

No sentido da garantia bancária autónoma simples, o Acórdão da Relação de Lisboa, de 13 de Dezembro de 2007⁸¹.

O autor, beneficiário da garantia bancária, pretendia que o banco-garante pagasse determinada quantia, por força da garantia bancária prestada. O banco defendeu-se alegando que a garantia em causa não constituía uma garantia à primeira solicitação e que o Autor se havia recusado a provar o incumprimento da ordenante da garantia.

A decisão, com recurso às regras da interpretação dos contratos (artigo 236º do Código Civil), analisando o texto da garantia bancária da qual constava a declaração de que o banco se constituía “*garante e principal pagador, com expressa renúncia ao benefício da excussão*”, destinada a garantir a responsabilidade da sociedade aí identificada, e pelas obrigações assumidas no “Termo de Responsabilidade”, concluiu que, para além de inexistir no texto da garantia, referência da qual se possa extrair que estamos no âmbito de garantia à primeira solicitação, também do “Termo de Responsabilidade”, estabelecido entre o A. e a sociedade garantida, não consta qualquer elemento que permita a conclusão de que a A. exigiu à referida sociedade uma garantia à primeira solicitação. Do mesmo termo constava apenas a necessidade de apresentação de garantia bancária por um determinado valor, além de que, tendo presente o regime constante no DL 189/96 de 8/10, que regulava os incentivos concedidos aos promotores de iniciativas locais de emprego (ILE), nenhuma referência é feita à necessidade de garantia automática.

⁸⁰ Acórdão do STJ de 19/05/2010, Proc. nº 241/07.0TBMCD-A.S1, (Relator, Azevedo Ramos), in www.dgsi.pt/jstj.

⁸¹ Acórdão da Relação de Lisboa de 13/12/2007, processo nº 7966/2007, (Relatora, Fátima Galante), relatora, in www.dgsi.pt/jtrl.

A decisão foi, assim, no sentido de qualificar a garantia em causa como garantia bancária autónoma, mas não automática, isto é, simples e não "on first demand".

9. Da recusa legítima de pagamento

Em termos gerais, a garantia *on first demand* ou à primeira solicitação é isso mesmo: "à primeira solicitação".

Sob pena de total inversão da configuração normal da garantia *on first demand*, com prejuízo para a utilidade que pode extrair-se da mesma, deve ser encarada, como literalmente o indica a respetiva designação, como instrumento que, uma vez acionado pelo credor, permite obter do garante uma resposta imediata, que não poderá ser paralisada por alegações mais ou menos fundadas respeitantes ao contrato subjacente ou ao relacionamento entre o beneficiário e o dador ou entre o beneficiário e a entidade que assumiu o compromisso traduzido na garantia autónoma.

Mas será esta autonomia absoluta?

A resposta não pode deixar de ser negativa, o que significa que nem sempre o banco está obrigado a realizar a prestação a que se vinculou.

Controverso é, no entanto, fixar os limites dessa autonomia ou, dito de outro modo, em que casos é de considerar legítima a recusa do pagamento. Esta questão mostra-se ainda mais difícil de resolver se pensarmos na modalidade automática desta garantia, por elevar a autonomia a um estado de pureza máxima.

Tem sido notória a preocupação, quer da jurisprudência quer da doutrina, no sentido de, de algum modo, estabelecer balizas contra o rigor da garantia bancária autónoma *on first demand* que coloca, sobretudo o devedor principal, mais que o garante, numa situação extremamente gravosa e indefeso perante o eventual abuso do beneficiário⁸².

A fórmula de "pagar primeiro e reclamar depois", abre as portas a exigências injustificadas de pagamento da garantia, feitas pelo beneficiário de má fé ao banco emitente da garantia. São estes abusos e fraudes cometidos

⁸² CORREIA, Ferrer, op. cit., p. 23

pelo beneficiário, sob a capa da automaticidade, que constituem nos nossos dias o atentado mais sério contra a operacionalidade e a credibilidade desta garantia.

O desafio, diz Francisco Cortez, «reside, no fundo, em limitar a autonomia, para atenuar os seus perigos, mas sem a reduzir a uma espécie de “*accessorietà mascherata*”, na expressão de Ressigno e Portale, que eliminaria as reconhecidas vantagens desta garantia»⁸³.

A jurisprudência e a doutrina têm procurado isolar algumas das exceções que ficam situadas, em regra, numa estreita faixa integrada pelas regras da boa-fé ou do abuso de direito ou pela necessidade de evitar benefícios decorrentes de factos ilícitos, envolvendo fraudes ou falsificação de documentos.

Que limites, pois, deverão ser admitidos à autonomia como forma de atenuar os riscos de abuso do beneficiário e defender o devedor-dador da ordem contra os perigos da automaticidade?

Que exceções poderá o garante opor ao beneficiário para se recusar a cumprir a sua obrigação sem que corra o risco de perder a chave-mestra da garantia bancária - a inoponibilidade das exceções?

Em linhas gerais, as exceções ditas oponíveis, para além, obviamente das inerentes ao próprio contrato autónomo de garantia (caducidade, resolução), são de dois tipos: a) a exceção de fraude manifesta ou abuso evidente; b) a exceção de ilicitude da causa do contrato base.

9.1. Da fraude manifesta ou abuso evidente

Cabe ao garante, sob pena de perder o direito de regresso sobre o mandante, recusar o pagamento em caso de “fraude manifesta ou de abuso evidente” por parte do beneficiário. A razão para tal recusa é clara, já que «há princípios cogentes de todo e qualquer ordenamento jurídico, que devem ser respeitados, não podendo as garantias automáticas viola-rem grosseiramente os referidos princípios”. Princípios gerais que não podem deixar de ser os “da boa fé e do abuso de direito»⁸⁴.

⁸³ CORTEZ, Francisco, op. cit. p. 595-597

⁸⁴ Idem, ibidem, p. 597-598

No direito comparado o fundamento positivo desta excepção do garante resulta «já da boa fé, já dos usos honestos do comércio, já do abuso de direito, a «exceptio doli» ou a regra «fraus omnia corrumpit», já da teoria dos deveres de protecção a favor de terceiros»⁸⁵.

No direito interno esse fundamento decorre directamente do princípio da boa fé no cumprimento das obrigações e no exercício dos direitos (artigo 762.º do Código Civil) e da proibição do abuso do direito (artigo 334.º do Código Civil), que visa obtemperar a situações em que a invocação ou exercício de um direito que, na normalidade das situações seria justo, se revela iníquo e fere o sentido de justiça dominante, na situação concreta.

O beneficiário, que parte do contrato autónomo de garantia, está vinculado a um verdadeiro dever de boa fé no cumprimento desse contrato, de comportamento leal e correcto, que o impede de reclamar abusivamente a garantia, pelo que o garante tem o direito de, neste caso, recusar tal pretensão.

O contrato obriga não só ao que nele se determina mas ainda às consequências que decorram da lei e da boa fé. Este «ditame da boa fé impera no cumprimento de todas e quaisquer obrigações, tanto contratuais, como derivadas de outras fontes»⁸⁶.

Segundo Galvão Telles, o banco pode recusar o pagamento no caso do beneficiário, ao reclamar o pagamento, agir em desconformidade com os termos do título de garantia ou proceder com manifesta má-fé, isto é, a má-fé patente, aquela que não oferece «a menor dúvida, por decorrer com absoluta segurança de prova documental em poder do banco. Por exemplo, trata-se de uma garantia de entrega de mercadoria, o importador reclama a efectivação da garantia alegando não ter recebido a mercadoria, mas o banqueiro tem diante de si o respectivo certificado de desalfandegamento no país de destino»⁸⁷.

Mas importa ter sempre presente que, a obrigação de garantia bancária autónoma que é também uma obrigação com carácter indemnizatório a que se vincula o garante, em seu nome mas por conta do mandante, comporta os desvios introduzidos pela autonomia dessa obrigação, aos pressupostos da

⁸⁵ Idem, *ibidem*, p. 597-598.

⁸⁶ COSTA, Almeida - *Direito das Obrigações*, 6ª ed., p. 871.

⁸⁷ TELLES, Inocêncio Galvão, *Garantia bancária autónoma*, cit. p. 289-290.

responsabilidade civil. Dispensa-se, por isso o requisito da culpa do devedor, pelo que a obrigação de indemnização se mantém mesmo que o incumprimento da obrigação de partes não lhe seja imputável por resultar de um *caso fortuito ou de força maior*⁸⁸.

No fundo, para que se possa considerar abusivo o exercício do direito importa demonstrar factos, através dos quais se possa considerar que, ao exercê-lo, se excede, manifestamente, clamorosamente, o seu fim social ou económico, ou que com a sua pretensão viola sérias expectativas incutidas na parte, assim traindo o investimento na confiança, o que exprime violação da regra da boa-fé⁸⁹.

Suscitam-se alguns problemas sobre o conceito de fraude manifesta, abuso evidente ou má fé patente.

Existirá fraude, abuso ou má fé do beneficiário sempre que a sua interpelação for contrária ao equilíbrio da relação jurídica principal que a obrigação do garante visa garantir. Ainda assim trata-se de uma noção vaga sendo visível na jurisprudência, europeia, incluindo a nacional, a preocupação em encontrar uma tipologia de circunstâncias que indiciem a existência de abuso evidente ou fraude manifesta.

Por outro lado, a jurisprudência europeia vem também defendendo uma equiparação da fraude ao abuso, com o claro fim de fazer de excluir a subordinação da oponibilidade da excepção à existência de intenção do beneficiário de provocar um dano ao mandante⁹⁰.

Sob pena de se frustrar o escopo das garantias à primeira solicitação, que só viriam a ser pagos após longas e demoradas controvérsias, quando existem precisamente para evitar esse tipo de situações, deve ser muito restritiva a

⁸⁸ BRANCO, Manuel Castelo - *A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações*, www.estig.ipbeja.pt, admite que, em determinadas circunstâncias, a ocorrência de eventos bélicos poderá justificar a recusa do pagamento por parte do garante, por facto não imputável ao devedor.

⁸⁹ CORDEIRO, Menezes – *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 5.ª Reimpressão, 2013; MACHADO, Baptista - *A cláusula do razoável*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 199, 65 seguintes.

⁹⁰ CORTEZ, Francisco, op. cit. p. 598-600.

admissão de exceções a apor pelo garante ao beneficiário. Aquele só pode recusar o pagamento, se este estiver inequívoca e claramente de má fé.

Ferrer Correia afirma que esta exigência de prova líquida e inequívoca em poder do garante deverá ser dispensada quando a fraude manifesta ou o abuso evidente for um facto público e notório. Neste caso, o garante é desde logo, mesmo sem ter em seu poder prova líquida e inequívoca, obrigado a recusar o pagamento da garantia⁹¹.

Sobre esta concreta questão pronunciou-se o Acórdão de 11 de Dezembro de 1990, do Tribunal da Relação de Lisboa que, na esteira de Ferrer Correia, defende que «o Banco pode recusar o pagamento "on first demand", quando está em condições de prever cabalmente que o beneficiário sabe que a contraparte não deixou de cumprir, enquanto isto é um facto notório»⁹².

Segundo Ferrer Correia, valerão sempre ao garante os princípios gerais da boa fé e do abuso do direito".

Contudo, o apelo ao segundo daqueles princípios só permitirá ao banco recusar o pagamento "on first demand" nos dois casos seguintes:

- o banco está em condições de provar cabalmente que o beneficiário exige o pagamento apesar de saber, positivamente, que o facto em questão (o incumprimento contratual) se não verificou (a hipótese mais frisante é a do beneficiário ter sido já satisfeito pelo principal obrigado, ainda que através de uma dação em cumprimento;

- o banco tem dificuldade em provar de modo cabal o conhecimento de que o pagamento não é devido por parte do beneficiário, mas a não verificação do evento é um facto evidente por si, ou notório⁹³.

Entendimento restritivo de legítima recusa de cumprimento da garantia encontra acolhimento da jurisprudência, como é patente, nomeadamente nos

⁹¹ CORTEZ, Francisco, op. cit., p. 600.

⁹² Ac. RL de 11 de Dezembro de 1990, (Relator, Santos Monteiro), Colectânea de Jurisprudência, Ano XV, 1990, Tomo V, p. 135 e seguintes.

⁹³ PINHEIRO, Jorge Duarte, op. cit., p. 447-448

acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de Maio de 2010, de 13 de Abril de 2011 e de 20 de Março de 2012⁹⁴.

Neste sentido, o acórdão do Supremo de 12 de Setembro de 2006, refere que «a automaticidade da garantia só cede se o beneficiário estiver inequívoca e claramente de má fé em qualquer das modalidades deste conceito normativo. Sob pena de se frustrar o escopo das garantias à primeira solicitação que só viriam a ser pagas após longa controvérsia, quando existem precisamente para evitar dilações, deve ser-se muito restritivo e exigente na demonstração da quebra pelo beneficiário dos deveres acessórios de conduta, como a boa fé»⁹⁵.

Deste modo, vem a jurisprudência afirmando que, perante uma convenção tão clara e tão firme como a que traduz uma garantia bancária on first demand ou à primeira solicitação, livremente acordada entre as partes, não serão meras razões de conveniência ligadas à pendência de um processo judicial em que se discutam direitos e obrigações que poderão justificar o esvaziamento do seu conteúdo funcional, remetendo para ocasião incerta a satisfação de um direito de crédito que, em termos formais e literais, não suscita qualquer espécie de dúvida.

Cada vez mais procura formular-se uma "tipização" destas excepções, fazendo os tribunais depender a legitimidade da recusa do garante do facto de este ter em seu poder prova líquida e inequívoca da fraude manifesta, do abuso evidente, da má fé patente do beneficiário.

9.2. Da ilicitude do contrato-base por violação da ordem pública

José Simões Patrício⁹⁶ considera fundamentos de recusa, para além da nulidade da garantia por inexistir uma relação subjacente e do recurso abusivo ou de má-fé, à garantia por parte do beneficiário, a ilicitude do negócio base, por violação de ordem pública interna e internacional.

⁹⁴ Acórdãos do STJ de 27 de Maio de 2010, (Relator, Serra Batista); de 13 de Abril de 2011, (Relator, Moreira Camilo), e de 20 de Março de 2012, (Relator, Fonseca Ramos), todos in www.dgsi.pt/jstj

⁹⁵ Ac. STJ de 12.09.2006, (Relator, Sebastião Póvoas), in www.dgsi.pt/jstj.

⁹⁶ PATRÍCIO, José Simões - Preliminares sobre a garantia on first demand, cit. p. 715-716.

Para aqueles que defendem que a causa do contrato de garantia é o contrato base, ou a função de o garantir, se o contrato-base for ilícito por ofender a ordem pública ou os bons costumes, a ilicitude da causa do contrato-base transmite-se ao contrato de garantia, que tem, por sua vez, por causa garantir esse primeiro contrato, pelo que a sua própria causa é também ilícita. São casos-limite que obrigam o garante a recusar o pagamento ao beneficiário nas situações em que o garante tem prova líquida e inequívoca da manifesta fraude ou abuso evidente do beneficiário, como ainda em caso de invalidade do negócio causal por ofensa dos bons costumes ou de lei imperativa⁹⁷.

De facto, sendo ilícito o objecto da garantia - um contrato de tráfico de droga ou de armas - não pode deixar de ser ilícito o contrato autónomo de garantia.

Há, todavia, quem defenda que esta excepção da ilicitude da causa por violação da ordem pública só é invocável em caso de violação da ordem pública internacional e já não quando essa violação respeite à ordem pública interna do Estado do (banco) garante, isto porque, a admitir tal excepção, estar-se-ia a frustrar a vontade das partes ao celebrar a garantia, assegurando o crédito contra os riscos de certas medidas, próprias de convulsões políticas.

Simões Patrício recusa esta distinção sobretudo por força da ideia de que as normas imperativas não podem ser afastadas, pela vontade das partes, o que faz todo o sentido.

Na verdade, se o contrato-base ofender a ordem pública ou os bons costumes, a ilicitude da causa acarreta a nulidade da garantia.

Ainda assim, a nulidade do contrato-base, por violação de lei «económica» do país do devedor, mesmo que declarada por sentença transitada em julgado, não pode paralisar a pretensão do beneficiário, sujeita a outro regime normativo, na medida em que o contrato de garantia serve para defender o beneficiário-credor contra todos os riscos de inexecução do contrato-base, nomeadamente contra a legislação do país do devedor, que aquele, por regra, não é obrigado a conhecer.

Também segundo Luís Menezes Leitão o pagamento de uma garantia bancária autónoma, à primeira solicitação, pode ser recusado em determinadas

⁹⁷ CORREIA, Ferrer, op. cit., p. 30.

hipóteses típicas, como sejam a extinção da garantia por cumprimento, resolução ou caducidade, para além das referidas situações de manifesta fraude ou abuso de direito por parte do credor⁹⁸.

10. Dos direitos do garante após pagamento da garantia

Para a hipótese de o banco pagar, após a execução da garantia, fica naturalmente o garante sub-rogado nos direitos que o beneficiário tinha contra o garantido, nos termos do artigo 592º Código Civil. Caso a garantia seja à primeira solicitação, um dos termos do negócio é que o reembolso do garante seja também efectuado à primeira solicitação, o que exclui que o devedor possa opor ao garante as excepções relativas ao crédito que sobre ele tinha o beneficiário, devendo efectuar também automaticamente o pagamento e reclamar posteriormente do beneficiário o que ele obteve do garante, caso tenha accionado indevidamente a garantia⁹⁹.

O banco, que cumpre a obrigação de garantia, tem o direito a obter, do dador da ordem, o reembolso da quantia paga. E o dador deverá reembolsar o garante, sem poder invocar meios de defesa respeitantes às relações dador-beneficiário. Mesmo que, na verdade, a solicitação do beneficiário não encontre apoio no contrato-base, é sobre o dador da ordem, e não sobre o beneficiário, que recai o encargo de restituir a soma liquidada pelo banco.

Esta obrigação de reembolso decorre do artigo 1182.º do Código Civil, nos termos do qual o mandante deve reembolsar o mandatário do que este houver pendido no cumprimento das obrigações contraídas em execução do mandato .

Seja como for, o texto dos contratos celebrados entre o garantido e o banco inclui, por regra, cláusula que acautela o "direito de regresso" deste contra àquele, obrigando o devedor, por seu lado, a prestar determinadas garantias, como a hipoteca.

⁹⁸ LEITÃO, Luís Menezes, garantias das Obrigações, cit.. p. 130-131.

⁹⁹ LEITÃO, Luís Menezes, op. cit. p 130

Mesmo quando o contrato de mandato é inválido, o garante poderá exigir ao ordenante o reembolso, eventualmente com base no instituto da gestão de negócios ou do enriquecimento sem causa¹⁰⁰.

10.1. Pagamento, sendo a recusa ilegítima

Suponhamos que o banco pagou, não existindo causa justificativa para uma recusa legítima do pagamento ao garante. Contudo, vem a constatar-se que houve uma solicitação irregular por banda do beneficiário, nomeadamente porque o valor dos danos sofridos por este, com o incumprimento do contrato-base, se revelaram inferiores ao valor da garantia. Neste caso, o dador da ordem pode reaver a parte da quantia liquidada, em cumprimento da obrigação de reembolso, intentando contra o beneficiário, por exemplo, uma acção de enriquecimento sem causa.

Ao invés, sendo superiores os danos produzidos pela inexecução contratual do devedor, ao valor da garantia, não se vê qualquer obstáculo a que o beneficiário possa exigir, em acção de incumprimento, indemnização correspondente à parte dos danos não coberta pelo pagamento da garantia.

10.2. Pagamento sendo a recusa legítima

Mas se o banco pagou quando era lícita a recusa, o dador da ordem não terá, por regra, que reembolsar o banco.

Com efeito, o artigo 1182.º do Código Civil impõe ao mandante o dever de reembolsar o mandatário apenas do que este houver despendido no cumprimento das obrigações contraídas em execução do mandato.

O banco não está adstrito à realização da prestação, prevista no contrato de garantia, caso haja fundamento para recusa legítima de pagamento.

Como refere Jorge Duarte Pinheiro¹⁰¹, ao banco resta reagir contra o beneficiário, com fundamento, nomeadamente, no artigo 289.º do Código Civil, sendo o contrato de garantia inválido, ou na repetição do indevido

¹⁰⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte, op. cit. p. 453-454

¹⁰¹PINHEIRO, Jorge Duarte, op. cit., p. 455

(artigo 476.º do CC), sendo manifesta a falta de direito do beneficiário, à luz do contrato-base.

Nem o facto do banco pagar para defender a sua reputação altera as soluções apontadas.

Havendo motivo legítimo para a recusa do pagamento, não se suscitam quaisquer dúvidas, mas se a recusa for ilícita, o banco incorre em responsabilidade civil contratual perante o beneficiário.

11. A garantia bancária e a cessão de créditos

A doutrina alemã dominante entende o crédito do beneficiário passível de cessão.

No direito português, a cessão de créditos vem regulada no artigo 577.º e seguintes do Código Civil. De acordo com o n.º 1 do citado artigo 577.º, a cessão é admissível contando «não seja interdita por determinação da lei ou convenção das partes e o crédito não esteja, pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor».

Decorre do disposto no artigo 582.º, n.º 1 do do Código Civil que «Na falta de convenção em contrário, a cessão do crédito importa a transmissão, para o cessionário, das garantias e outros acessórios do direito transmitido, que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente».

Esta questão tem suscitado alguma controvérsia na doutrina, a respeito da transmissão automática da garantia bancária em conjunto com o direito de crédito e que se centra na aplicabilidade, ou não, do princípio consagrado no referido artigo 582.º, n.º 1, do Código Civil e que visa garantir que o crédito se transmita nas exatas circunstâncias em que se encontrava à data da cessão.

Como explica Menezes Leitão, «esta solução é uma consequência da admissibilidade da circulação dos créditos, da qual resulta que a cessão não pode provocar qualquer enfraquecimento do direito cedido, o que inevitavelmente ocorreria se as garantias e outros acessórios se perdessem, em caso de ocorrer a sua alienação»¹⁰².

¹⁰² LEITÃO, Luís Menezes, *Cessão de Créditos*, Coimbra: [Almedina](#), 2005, p. 324 e seguintes.

Manuel Januário da Costa Gomes e Mónica Jardim pronunciam-se pela impossibilidade de cessão automática da garantia bancária com o crédito garantido, ou seja pela inaplicabilidade do artigo 582.º, n.º 1, do Código Civil, atenta a diferença ou a especificidade dessas garantias, que assenta no pilar da autonomia relativamente à relação subjacente.

Admitindo que existem «alguns problemas a colocar em relação a algumas garantias», entre as quais se encontram as garantias bancárias, Menezes Leitão considera que, em caso de cessão do crédito garantido, apesar de a garantia autónoma não ser acessória, deve considerar-se que a mesma se transmite com esse crédito, por força do citado artigo 582º do Código Civil.

A garantia autónoma é garantia como outra qualquer, pelo que constituiria um formalismo exigir um segundo ato para se obter a sua transmissão. Já a transmissão da faculdade de exigência automática, dado o seu cariz intuitu personae não deve ocorrer sem o consentimento do garante¹⁰³.

Jorge Duarte Pinheiro defende a coincidência no mesmo sujeito da posição de beneficiário e de credor principal.

A garantia autónoma automática destina-se a assegurar o cumprimento de uma obrigação. O garante cumpre a sua obrigação de garantia quando o beneficiário solicita o pagamento, afirmando o não cumprimento do contrato-base. O automatismo da garantia assenta na presunção de que o beneficiário, ao solicitar o pagamento, fala verdade, fala do que sabe¹⁰⁴.

Para esta doutrina, verifica-se subjacentemente à concessão de uma faculdade desta natureza uma relação de confiança que obsta a que essa faculdade seja separada do beneficiário sem o consentimento do banco garante. A mera palavra do beneficiário da garantia autónoma faz accionar o pagamento, pelo que a pessoa do beneficiário, em concreto, está longe de ser indiferente.

A cessão do crédito principal e a cessão, ou a modificação substancial, do contrato-base, libertam o banco do cumprimento da obrigação de garantia.

¹⁰³ Idem, *ibidem*, p. 324 e seguintes.

¹⁰⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte, *op. cit.* p. 452.

12. Do termo da garantia

Se na carta de garantia tiver sido aposto um termo final certo, a verificação do termo desobriga o banco. Nesta situação, ao beneficiário não cabe um poder de prorrogação unilateral da duração da garantia e é indiferente haver ou não restituição do documento de garantia. De facto é, em princípio, inatendível a solicitação manifestamente formulada apenas para conseguir a prorrogação do prazo da garantia. Não é essa a função da solicitação.

A modificação substancial do contrato-base extingue a garantia, emitida que foi para uma determinada regulamentação contratual e não para uma qualquer regulamentação nascida a propósito de certo contrato.

Porém, como refere Luís Menezes Leitão, em alternativa à realização do cumprimento, o credor pode contentar-se com uma prorrogação do prazo de vigência inicial da garantia. Trata-se, neste caso, da denominada interpelação *extend orpay*, que normalmente se destina a evitar a caducidade da garantia pelo decurso do prazo inicial de vigência, sem que o interesse do credor se encontre satisfeito.

Aquí, o pagamento à primeira solicitação, deixa na prática de o ser.

No entanto, o pedido de prorrogação da garantia, se não vier a ser concedido pelo garante, é qualificado como exigência de pagamento¹⁰⁵.

Para o caso de nada se convencionar sobre a duração da garantia, parece ser de conferir ao beneficiário o direito de exigir o cumprimento da garantia a todo o tempo, ao abrigo do disposto no artigo 777.º, n.º 1, do Código Civil, até ao momento em que o banco venha exercer o direito de denúncia, implícito na generalidade dos contratos de duração indeterminada.

13. Do procedimento e das medidas cautelares

13.1. Regras gerais: processamento

De acordo com o artigo 362º, n.º 1, do Novo Código de Processo Civil, «sempre que alguém mostrar fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência

¹⁰⁵ LEITÃO, Luís Menezes, op. cit. p. 130-131.

conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado».

Para que uma providência cautelar não especificada possa ser decretada, para além do preenchimento da condição relativa à subsidiariedade (dado que só pode ser utilizada se ao caso não competir uma providência nominada), são necessários determinados pressupostos, quais sejam:

- o fundado receio de que outrem, antes de a ação ser proposta ou na pendência dela, cause lesão grave e dificilmente reparável ao direito da requerente;

- a adequação da providência concretamente requerida à efetividade do direito ameaçado;

- o excesso considerável do dano que se pretende evitar com a providência sobre o prejuízo resultante do seu decretamento (artigos 362º e 368º do Novo Código de Processo Civil).

Como na generalidade sucede com qualquer outra providência cautelar, a providência cautelar não especificada está sujeita, além do interesse processual, a dois pressupostos específicos, através dos quais se objetivam os fundamentos da necessidade da composição provisória que o seu decretamento disponibiliza: o *fumus bonus iuris* e o *periculum in mora*.

Quanto ao primeiro, basta a aparência da existência do direito, requerendo-se apenas prova sumária. A prossecução da finalidade específica da providência cautelar exige que a composição provisória que disponibiliza seja concedida com celeridade. A providência cautelar não exige uma prova *stricto sensu*, apenas uma prova sumária do direito ameaçado, ou seja, a probabilidade séria da existência do direito alegado (artigos 365º n.º 3 e 368º n.º 1, do Novo Código de Processo Civil).

O procedimento cautelar requer apenas, quando ao grau de prova, uma mera justificação, a simples demonstração de que a existência do direito invocado é provável ou verosímil, sendo, por isso, suficiente, a aparência desse direito. Numa palavra: basta um *fumus boni iuris*.

O segundo requisito tem, pelo contrário, de ser objeto de prova que leve à formação de um juízo de certeza sobre a natureza excessiva do *periculum in mora*.

A finalidade específica da providência é evitar o dano proveniente da demora da tutela da situação jurídica, obviando ao denominado *periculum in mora*. Se este faltar, isto é, se o requerente da providência não se encontrar na eminência de sofrer uma lesão grave e dificilmente reparável, a providência não pode ser decretada.

A gravidade da previsível lesão deve aferir-se à luz da sua repercussão na esfera jurídica do requerente, tendo em conta que, no concernente aos prejuízos materiais, eles são, em regra, passíveis de ressarcimento através de restituição natural ou de indemnização substitutiva.

A exigência de que o receio de lesão grave e dificilmente reparável do direito seja fundado não é incompatível, quanto ao grau de prova, com a suficiência de mera justificação, dado que o requisito tem por finalidade salientar a exigência de que o *periculum in mora* deve decorrer de factos e circunstâncias objetivas e não de temores puramente subjetivos ou de simples conjeturas do credor, sem qualquer correspondência ou tradução na realidade¹⁰⁶.

13.2. O procedimento cautelar comum e as garantias bancárias autónomas

Como chama a atenção Francisco Cortez, a prática demonstra que os bancos, para defesa da sua própria reputação internacional, muitas vezes preferem pagar logo que interpelados pelo beneficiário, não se preocupando em procurar prova de eventuais fraudes ou abusos do beneficiário.

Do ponto de vista do banco-garante é em alguns casos preferível pagar a garantia abusivamente exigida porque são menores os prejuízos da perda do direito de regresso - o seu único risco é a insolvência posterior do credor-beneficiário face a uma posterior acção para fazer valer o seu direito de repetição do indevido - do que os que resultam da recusa de pagamento para a sua reputação internacional¹⁰⁷.

¹⁰⁶SOUSA, Miguel Teixeira de - *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Lisboa, Lex, 1997, pág. 233.

¹⁰⁷ CORTEZ, Francisco, op. cit. p. 602.

Tendo em atenção esta realidade, e ainda que não seja de todo pacífica, a doutrina e a jurisprudência europeias, vão no sentido de permitir ao dador da ordem o recurso a medidas cautelares tendentes a bloquear o pagamento da garantia.

Assim, sucederá na hipótese de solicitação manifestamente abusiva da garantia, em que o beneficiário não é, em rigor, titular de qualquer direito sobre o garante, através de medidas inibitórias de natureza cautelar destinadas a impedir o garante de pagar, obrigando-o a opor a respetiva exceção, ou o beneficiário de executar, ou de receber, a garantia.

Trata-se, como é sabido de medidas urgentes e provisórias com que o mandante procura defender a sua posição contra o abuso do beneficiário e a inércia do garante e que por isso surgem dirigidas, cumulativa ou alternativamente¹⁰⁸, contra o beneficiário e contra o garante.

Não se ignora a posição que nega a licitude de uma "*tutela cautelare d'urgenza*" para inibir o banco de pagar a garantia, argumentando que o dador da ordem não seria titular de um direito sobre o banco, além de que sempre faltaria o pressuposto perigo de dano grave e irreparável para a esfera jurídica do dador da ordem. O pagamento da garantia, de per si, não prejudicaria o dador.

O dano adviria em momento subsequente, ao pretender o banco, que possuía "prova líquida" do carácter fraudulento da solicitação, fazer valer o seu alegado direito de reembolso. Somente se revelaria, então, adequada uma medida cautelar que proibisse ao banco a prática de actos destinados a tornar efectivo o reembolso¹⁰⁹.

Contudo, o princípio da boa fé impõe à banca, também, um dever de protecção da esfera jurídica do dador da ordem, que é violado se o garante paga a solicitação abusiva.

Com a consciência de que, em regra, os efeitos da garantia bancária autónoma não podem ser perturbados pela intervenção de medidas cautelares que se traduzam na inibição do garante de entregar a quantia cujo pagamento

¹⁰⁸ No ponto 13.3. será abordada a questão da legitimidade processual passiva.

¹⁰⁹ Neste sentido vide, entre outros, VASCONCELOS, Pedro Pais de - *Direito Comercial, Parte Geral – Contratos mercantis – Títulos de Crédito*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2011, p. 226-227

garantiu, ou na inibição do beneficiário de executar a garantia, se e enquanto não houver uma decisão definitiva¹¹⁰, a verdade é que não pode deixar de, em certas circunstâncias, admitir-se a concessão de medidas cautelares.

A segurança do comércio jurídico e a necessidade de compatibilizar os diversos valores obrigam a que, num juízo de proporcionalidade e de razoabilidade, as exceções devam ser reduzidas ao mínimo. Daí que se entenda que tais limitações, também a nível dos procedimentos cautelares e respetivas medidas, devem situar-se numa estreita faixa delimitada pelas regras da boa fé ou do abuso de direito ou pela necessidade de evitar benefícios decorrentes de factos ilícitos, designadamente envolvendo fraudes ou falsificação de documentos.

Por outro, também aqui importa a verificação de factos pertinentes devem resultar de uma prova sólida e irrefutável, não bastando a formulação de meros juízos de verosimilhança sobre a ocorrência dos respetivos requisitos substanciais.¹¹¹

Entre nós, o entendimento fortemente restritivo acerca da delimitação dos casos de legítima recusa de cumprimento da garantia reflete-se, como é bom de ver, no plano da concessão pelos tribunais de medidas cautelares.

É esta a doutrina que se afere através da leitura, nomeadamente, dos Acórdãos da Relação de Lisboa, de 7 de Maio de 2009, de 16 de Abril de 2009, de 15 de Abril de 2010 e de 15 de Junho de 2010 e dos Acórdãos da Relação do Porto, de 2 de Outubro de 2008 e de 19 de Dezembro de 2007¹¹².

Neste sentido, consta do sumário do referido Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19 de Dezembro de 2007, que “na garantia bancária à primeira solicitação, o beneficiário está dispensado da prova do

¹¹⁰ Não esquecer que nos termos do artigo 369.º do Novo Código de Processo Civil, sob a epígrafe “Inversão do contencioso”, o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ónus de proposição da ação principal, em determinadas circunstâncias

¹¹¹ PINHEIRO, Duarte - Garantia bancária autónoma, cit., p. 456 a 462; JARDIM, Mónica - Garantia Autónoma, cit., p. 327 e seguintes.

¹¹² Acórdãos da Relação de Lisboa, de 7/05/009, Proc. nº 1688/08.0TVLSB-A.L1, (Relatora, Márcia Portela); de 16/04/2009, Proc. nº 2722/08.9TVLSB-8, (Relator, Rui da Ponte Gomes); de 15/04/ 2010, Processo nº 14881/09.9T2SNT-A.L1-6, (Relatora, Fátima Galante); de 15/06/2010, Proc. nº 989/10.1TVLSB-A.L1-7, (Relator, Luís Espírito Santo), todos in www.dgsi.pt/jtrl. Acórdãos da Relação do Porto de 2/10/2008, Proc. nº 0835046, (Relatora, Deolinda Varão); de 19/12/2007, Proc. nº 0722393, (Relator, Henrique Araújo), in www.dgsi.pt/jtrp.

incumprimento contratual, bastando, para que o garante lhe pague, comunicar a ocorrência do respetivo evento, sem que este possa discutir os fundamentos e pressupostos que legitimam o pedido de pagamento, designadamente o incumprimento do devedor. Reconhece-se, porém, ao dados da ordem (devedor) a possibilidade de lançar mão de um procedimento cautelar que evite o pagamento da garantia pelo garante, independentemente de este também poder opor ao beneficiário a *exceptio doli*, quando disponha de prova líquida do abuso ou fraude de excussão por parte do mesmo”».

Também na mesma linha de orientação, o acórdão da Relação de Lisboa de 15 de Abril de 2010, proferido no âmbito de procedimento cautelar não especificado pelo dador da ordem (devedor), contra o beneficiário (credor) e contra o banco-garante, pedindo que fosse ordenado que estes se abstivessem de executar a garantia bancária aí identificada, de ceder sua posição no contrato-promessa destes autos a uma terceira entidade e, ainda, que o banco não efectuasse o pagamento dessa garantia bancária e que atrás referida.

As providências requeridas não foram deferidas tendo o tribunal da Relação confirmado a sentença e concluído o seguinte:

«1. Para que seja decretada providência cautelar não especificada impõe-se a verificação da existência, muito provável, de um direito que se tem por ameaçado, bem como o fundado receio que alguém cause lesão grave e dificilmente reparável a tal direito, antes que seja proferida decisão de mérito em acção proposta ou a propor.

2. A natureza autónoma da garantia *on first demand*, inculca a sua actuação ou execução automática, mas essa automaticidade, não é absoluta, admitindo-se a instauração de providências urgentes e provisórias, destinadas a impedir o garante de entregar a quantia ao beneficiário, ou este de a receber, desde que seja apresentada prova líquida e inequívoca de fraude manifesta ou do abuso evidente do beneficiário»¹¹³.

Com o mesmo entendimento, o acórdão da Relação de Lisboa de 15 de Junho de 2010:

¹¹³ Acórdão da Relação de Lisboa de 15.04.2010, Processo nº 14881/09.9T2SNT-A.L1-6, (Relatora, Fátima Galante), in www.dgsi.pt/jtrl

«I - A procedência do procedimento cautelar destinado a evitar o cumprimento duma garantia bancária autónoma por parte do garante, com a entrega do montante coberta ao beneficiário, pressupõe uma situação excepcional de actuação deste contra os mais elementares ditames da boa fé ou que configure a prática de acto ilícito, justificando-se então o direito do dador da garantia a paralisar a automaticidade do respectivo funcionamento.

II - Não se justifica o deferimento da providência quando não é inequívoca e absolutamente segura, através de prova pronta e irrefutável, a ausência de fundamento legal do crédito garantido.

III - Tal sucede, designadamente, quando o apuramento do acerto final de contas entre dono da obra e empreiteira se encontra relegado para a futura decisão dum tribunal arbitral, desconhecendo-se o desfecho desse processo e, particularmente, se será ou não reconhecido o crédito - que aí se discute - com base no qual o beneficiário decidiu accionar a garantia bancária autónoma»¹¹⁴.

Mónica Jardim, após análise da doutrina e da jurisprudência nacional e internacional sobre a matéria, conclui que «no âmbito da garantia autónoma, sempre que a providência cautelar seja requerida como forma de obstar a um aproveitamento abusivo da posição do beneficiário, deve ser exigida prova pronta e líquida. Pois, defender o contrário, seria negar a especificidade que a prática, a doutrina e a jurisprudência têm tentado identificar na garantia autónoma. Consideramos que a prova pronta e líquida da fraude ou abuso evidente do beneficiário deve ser tida como indispensável, uma vez que está em causa o cumprimento de um contrato de garantia cuja característica dominante é a autonomia»¹¹⁵.

Em resumo, os efeitos da garantia bancária autónoma não poderão ser perturbados pela intervenção de medidas cautelares que se traduzam na inibição do garante de entregar a quantia cujo pagamento garantiu, ou na inibição do beneficiário de executar a garantia, se e enquanto não houver uma

¹¹⁴ Acórdão da Relação de Lisboa de 15/06/2010, Proc. nº 989/10.1TVLSB-A.L1-7, (Relator, Luís Espírito Santo), in www.dgsi.pt/jtrl

¹¹⁵ JARDIM, Mónica - *A Garantia Bancária*, cit., p. 336 e 337.

decisão definitiva num processo contencioso pendente entre o beneficiário e o dador da garantia.

Contudo, algumas exceções deverão poder ser colocadas, desde que esteja em causa a violação de regras da boa-fé ou do abuso de direito ou ainda necessidade de evitar benefícios decorrentes de factos ilícitos, designadamente envolvendo fraudes ou falsificação de documentos.

Também no âmbito destes procedimentos cautelares, os factos pertinentes devem resultar de uma prova sólida e irrefutável, não bastando a formulação de meros juízos de verosimilhança sobre a ocorrência dos respetivos requisitos substanciais.

Basicamente, as situações que permitem a legitimidade da recusa de cumprimento da garantia, por banda do garante ou a exigência feita pelo dador da ordem ao garante para que recuse o cumprimento deve ser o mesmo que deve presidir a situações em que aquele solicita a intervenção do tribunal pedindo que provisoriamente se assuma a ilegitimidade da atuação do beneficiário no que concerne à execução da garantia.

Como afirma Duarte Pinheiro «o princípio da autonomia da garantia não se coaduna com o deferimento de providências senão em situações excecionais, decalcadas dos casos de recusa legítima de pagamento” de tal modo que “o depoimento do dador e a prova testemunhal são insuficientes. A chamada “prova líquida” é indispensável»¹¹⁶.

Ao dador da ordem interessa fundamentalmente defender o seu património das prováveis atitudes de um banco que pagou a garantia sem a tal estar obrigado. Isto é, o cerne da tutela cautelar do dador situa-se no plano do reembolso.

Nesta ordem de preocupações, a solicitação descabida (ou a sua iminência) justifica a concessão de uma providência cautelar, na medida em que, mesmo assim, é natural que o banco pague, para preservar a sua reputação e procure, em seguida, obter integral compensação à custa do dador.

Também Luíz Menezes Leitão, reconhece a faculdade de o ordenante instaurar acção ou, mesmo, providência cautelar em ordem a evitar que a garantia seja exigida nessa situação. A providência cautelar só poderá, porém,

¹¹⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte, op. cit., pág. 460.

ser decretada se existir uma prova clara e indubitável da existência da fraude ou for evidente o abuso manifesto. não bastando um mero juízo de probabilidade resultante de uma prova sumária¹¹⁷.

No âmbito de procedimentos cautelares intentados pelo devedor (dador da ordem), contra o beneficiário e contra a entidade que prestou a garantia, para obstar à sua execução e aos efeitos prático-jurídicos que desta emergem, o tribunal não pode deixar de se orientar pelo referido critério restritivo, que por respeito à natureza autónoma da garantia e ao seu carácter “on first demand”, de modo que, como se disse, o decretamento de qualquer providência inibitória deve ser reservado para a alegação e prova de circunstâncias que traduzam os conceitos acima referidos em termos genéricos.

14. Da legitimidade processual passiva

Dando como assente que, nas circunstâncias apontadas, a doutrina e jurisprudência vão no sentido de permitir ao dador da ordem, o recurso a medidas tendentes a bloquear o pagamento da garantia, interessa considerar contra quem devem ser dirigidas essas medidas inibitórias, com que o mandante procura defender a sua posição: cumulativamente contra o beneficiário e contra o garante, ou alternativamente?

De acordo com o artigo 30º, no Novo Código de Processo Civil, o réu é parte legítima, quando tem interesse direto em contradizer, exprimindo-se este pela utilidade derivada da procedência da acção, sendo que, na falta de indicação da lei em contrário, são considerados titulares de interesse relevante para o efeito da legitimidade os sujeitos da relação controvertida, tal como é configurada pelo autor.

Ou seja, em termos de critério normal, no concerne à legitimidade singular e direta, sabendo-se que a legitimidade constitui um mero pressuposto processual necessário para que o juiz se possa pronunciar sobre o mérito da causa, distinguindo-se dos requisitos que respeitam à procedência do pedido, a solução encontrada assenta na titularidade da relação material controvertida, conforme surge delineada pelo autor.

¹¹⁷ LEITÃO, Luís Menezes, *Garantia das Obrigações*, cit. p. 130-131.

Já no que respeita à legitimação extraordinária, quer como legitimidade plural, com a exigência de uma situação de litisconsórcio, quer como legitimidade indireta, as respetivas atribuições, anteriores e destacadas do conhecimento do mérito, não dependem, tão só, da afirmação efetuada pelo autor na petição inicial, mas sim de se verificar que, no caso em análise, existem na realidade outros interessados que possam ser tidos como litisconsortes, ou de se mostrar efetivamente demonstrada a existência de interesses, que permitem a atribuição da ilegitimidade indireta.

Exprimindo a legitimidade, como pressuposto processual, a posição pessoal do sujeito, relativamente ao objeto do processo, em termos da relação material controvertida, traduzida na possibilidade de dispor da mesma, pretende-se que a causa seja julgada na consideração dos verdadeiros, e assim, principais interessados na resolução da questão a conhecer, pelo que a sua verificação, prende-se, sobretudo, com o interesse na boa administração da justiça, no sentido de garantir que é satisfeito o interesse das partes na obtenção da tutela adequada dos seus direitos.

Em sede da legitimidade plural, configurando-se uma situação de litisconsórcio necessário, nos termos do artigo 33º do novo Código de Processo Civil, para além da exigência legal do n.º1, releva ainda a impossibilidade de no atendimento do pedido formulado, o litígio se mostrar definitivamente composto, declarando o direito ou realizando-o, na medida em que o interesse em causa não os comporta em termos parcelares¹¹⁸.

A questão tem particular acuidade no âmbito dos procedimentos cautelares.

Tendo em conta tais considerandos, não pode também olvidar-se que, no âmbito de procedimento cautelar não especificado, se está, em princípio perante uma composição provisória do litígio, indiciada como necessária para assegurar a utilidade da decisão, a fim de se obter a efetiva tutela jurisdicional, garantindo o efeito útil da ação, não se visando, em princípio, resolver as

¹¹⁸ FREITAS, José Lebre de - *Código Processo Civil Anotado*, vol. 1.º, Coimbra Editora, 2008, p. 58.

questões de fundo, mas antes acautelar os efeitos práticos da ação proposta ou a propor¹¹⁹.

Por regra, as providências cautelares são requeridas contra o banco garante e contra o beneficiário, com quem o devedor e ordenante celebrou o contrato base, e portanto em situação de litisconsórcio.

Contudo, casos há em que o banco-garante ou o beneficiário são demandados singularmente.

Neste contexto, são mais raras as medidas pedidas apenas contra o beneficiário, sobretudo se tivermos em conta que, as mais das vezes se trata de beneficiário não residente, sendo escassas as convenções internacionais que asseguram o reconhecimento e execução de providências cautelares, além de que a providência movida apenas contra o beneficiário não vincula o garante e o beneficiário não residente sabe que, por regra, a sanção pelo não acatamento da decisão judicial, se mostra ineficaz.

Mais frequentes, se mostram as medidas cautelares intentadas contra o banco e normalmente têm por conteúdo a inibição de pagamento.

14.1. Quanto à primeira das situações descritas, quando o ordenante intenta o procedimento cautelar apenas contra o beneficiário, vejamos o seguinte caso concreto:

De acordo com o relato no Acórdão de do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de Junho de 2012,¹²⁰ a empresa A, veio intentar o presente procedimento cautelar comum contra a empresa B, com quem celebrou determinado contrato base, pedindo: a) que seja ordenada à Requerida que se abstenha de proceder à execução da garantia bancária identificada; b) que seja notifica a sociedade Banco, para não proceder ao pagamento da aludida garantia bancária. Realizada a audiência final, foi proferida decisão que julgou o procedente o procedimento cautelar, determinando-se que a Requerida se

¹¹⁹ Como já se referiu, o atual artigo 369.º do Novo Código de Processo Civil, sob a epígrafe “Inversão do contencioso”, veio permitir que, em determinadas circunstâncias, o juiz, na decisão que decreta a providência, possa dispensar o requerente do ónus de propositura da ação principal.

¹²⁰ Acórdão RL de 26 de Junho de 2012, Proc. nº 9664/11.9TBOER-A.L1, (Relatora, Ana Resende), in www.dgsi.pt/jtrl.

abstenha de executar a garantia bancária identificada, declarando-a inibida de cobrar junto de Banco o montante de 52.000,00€ pela qual se mostra prestada.

A Requerida interpôs recurso, concluindo, além do mais, que o «Tribunal a quo violou o artigo 26.º e o n.º 2 do art. 28.º do CPC ao considerar que a Recorrente é parte legítima para estar por si só em juízo sem a necessidade da intervenção do Banco na qualidade de correquerido. O Tribunal a quo violou o n.º 1 do artigo 381.º do CPC ao considerar que é desnecessária a intervenção do Banco em juízo para assegurar a efectividade do direito ameaçado e o efeito útil normal da providência requerida pela Recorrida».

O Tribunal da Relação veio, no entanto, a confirmar a decisão recorrida, tendo em atenção, como aí se refere:

As «características de instrumentalidade e dependência do procedimento cautelar em relação à causa principal, verifica-se que a pretensão solicitada não tem a virtualidade de resolver definitivamente a situação das partes relativamente à pretensão formulada, mas apenas de forma provisória e cautelar.

Ou seja, o que se pretende é apenas que o tribunal decrete, com carácter provisório, a inibição da requerida de comunicar à instituição bancária acima mencionada que pretende obter da mesma o montante pecuniário cujo pagamento aquela garante, por corresponder a um crédito da requerida sobre a requerente. Assim, não se verifica que seja necessária a intervenção como parte da Banco no presente procedimento cautelar, já que o que está em causa é, desde logo, a existência de uma obrigação pecuniária da requerente para com a requerida, o seu incumprimento e conseqüente acionamento da garantia respetiva. Ou seja, tudo se passa no âmbito da relação contratual mantida entre requerente e requerida e não no âmbito da relação contratual com ela conexa mas distinta mantida entre a requerente e o Banco.

Não se verificando uma situação de litisconsórcio necessário passivo, a falta do Banco como requerida nos presentes autos não gera a ilegitimidade processual da requerida por preterição de litisconsórcio necessário»¹²¹.

¹²¹ Acórdão RL de 26 de Junho de 2012, citado.

Mais adianta o referido aresto não ser de desprezar «a forma como surge configurada a pretensão em juízo, na qual preponderando a discussão do envolvimento contratual entre Requerente e Requerida, nas suas vicissitudes, se visa obstar que esta última atue de forma a obter a satisfação do montante decorrente de uma garantia prestada, que atendendo ao tipo em referência, se reveste de uma natureza que lhe atribui independência relativamente a qualquer relação causal, isto é, a autonomia, que não será afetada pelo que possa ocorrer com a obrigação principal, embora a possibilidade da sua exigência pelo beneficiário não deva, contudo, ter-se por ilimitada».

E conclui: «Desta forma, e reportando-nos aos autos, na concordância com o decidido, face à pretensão deduzida, não se impõe a intervenção nos mesmos da entidade bancária, nem resulta que o não chamamento desta ao processo inviabilize o efeito prático pretendido, pois conforme o alegado, e que não foi contrariado posteriormente, não se mostra satisfeito o pagamento pretendido pela Recorrente, sendo sempre eficaz uma determinação que a impeça, de em conformidade, exigir o cumprimento junto do Banco»¹²².

Ainda que com algumas dúvidas, tendemos a concordar com a argumentação e a solução expendidas.

Com efeito, neste caso particular, a providência foi requerida, ainda antes de a beneficiária requerer o pagamento junto do garante, pelo que se entende que seja suficiente a sua demanda, sendo certo que intervêm no processo requerente e requerida entre quem se estabeleceu a relação contratual que serviu de fundamento à emissão da referida garantia bancária.

Contudo, caso a interpelação ao banco já tivesse sido efectuada, entende-se que seria necessário, para assegurar o efeito útil normal da decisão, demandar também o banco-garante, por forma a assegurar que o pagamento não fosse efetuado, atendendo a que este, em casos de garantias bancárias à primeira solicitação, não pode recusar o pagamento, sendo alheio às vicissitudes ocorridas no desenvolvimento do contrato-base, celebrado entre o devedor-ordenante e o credor-beneficiário.

¹²² Acórdão RL de 26 de Junho de 2012, citado.

14.2. Quanto à segunda hipótese referida, isto é quando o ordenante intenta o procedimento cautelar apenas contra o banco ordenante, analisemos o seguinte caso:

O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12/11/1998 ¹²³reporta-se à situação em que duas sociedades instauraram procedimento cautelar comum contra o Banco, alegando que constituíram garantia bancária à primeira solicitação a favor de determinada beneficiária, referente a um contrato de empreitada celebrado entre as requerentes e esta empresa, tendo sido emitida pelo Banco garantia bancária autónoma. Havendo litígio entre as requerentes e a dita beneficiária, receiam as requerentes que esta, incumprindo um acordo a que as partes entretanto se obrigaram, venha a acionar a garantia bancária, o que agravaria os prejuízos já suportados pelas requerentes face ao incumprimento do acordado, sendo o acionamento da garantia manifestamente abusivo. Pedem por isso que o Banco requerido seja intimado a não pagar qualquer quantia à beneficiária, ao abrigo da garantia bancária referida.

O requerido apresentou articulado no qual refere que foi recusado o pagamento da garantia prestada, perante a solicitação da beneficiária, aguardando a decisão sobre o pedido aqui formulado para servir de suporte quanto ao pagamento ou sua recusa, da garantia prestada.

Foi proferida decisão que julgou parte ilegítima o requerido e absolvido, por isso, da instância.

As requerentes recorreram, mas o Tribunal da Relação, pese embora com um voto discordante, julgou o recurso improcedente.

Refere o dito acórdão que atendendo à «causa de pedir invocada pelas agravantes traduz-se, fundamentalmente, na outorga de um contrato de garantia com o requerido-agravado, autónoma "à primeira solicitação", o incumprimento da respetiva beneficiária do acordado sobre a restituição do título que a documenta e a decorrente possibilidade de a beneficiária da garantia exigir do garante-agravado-requerido o respetivo pagamento, o que traduzirá uma conduta abusiva (...). Este comportamento (possível) da

¹²³ Acórdão da Relação de Lisboa de 12/11/1998, Proc. nº 0048756, (Relator, Evangelista Araújo, com voto de vencido de Salvador da Costa), in www.dgsi.pt/jtrl.

beneficiária constitui o ato jurídico de que deriva a necessidade da pretensão formulada.

Contudo, admite o citado acórdão que:

«Sob o ponto de vista do incumprimento do contrato que prevê a restituição do título, o agravado não é sujeito da "relação material controvertida" tal como a apresentam as demandantes, já que a obrigação de restituição do título incumbe à beneficiária, aqui não demandada. O garante-agravado não tem interesse em contradizer, tanto mais que o conteúdo da obrigação prevista no contrato de 13/3/97 (restituição do título), não lhe diz respeito: o garante é terceiro em relação a este acordo, cujo cumprimento só aos outorgantes obriga, face ao princípio consagrado no artº 406º do Cód. Civil».

Adianta porém que, quanto à eventual conduta da beneficiária, traduzida na exigência ao garante-agravado do pagamento, «o garante-agravado-requerido já não é terceiro, isto é, não lhe é indiferente que haja accionamento abusivo da garantia bancária. (...) Daqui resulta que, em relação ao "accionamento da garantia em questão" como acto manifestamente abusivo da beneficiária, tanto mais que o agravado já informou que o pagamento da garantia foi solicitado pela "credora", o garante-agravado-requerido é também titular da relação material controvertida, tal como a configuram as requerentes: o garante-requerido-agravado tem interesse que seja verificada a existência ou não de um fundamento para poder, com segurança, recusar o pagamento. Ademais, o pedido aqui formulado só respeita ao garante: apenas em relação ao agravado pode ser ordenado que não proceda ao pagamento da garantia resultante da outorga do respectivo contrato entre as requerentes da providência e o requerido (estamos no âmbito da relação interna a que acima se fez referência)»¹²⁴.

Discordando deste entendimento, Salvador da Costa votou vencido, nos termos da declaração de voto que a seguir se reproduz:

«Está em causa, por um lado, um contrato de empreitada (...), e, por outro, um contrato de garantia bancária autónoma, isto é, à primeira solicitação, celebrado entre aquelas primeiras sociedades e o Banco (...). As sociedades empreiteiras instauraram procedimento cautelar comum, com vista

¹²⁴ Acórdão da Relação de Lisboa de 12/11/1998, citado.

a que o Banco recuse a execução da referida garantia a favor da sociedade dona da obra, sob a invocação de um litígio entre elas e esta última e de um acordo' de indemnização a cargo da sociedade dona da obra e de não execução da garantia. Limitaram-se, porém, a accionar o Banco. A doutrina tem esquematizado a situação envolvida pela garantia bancária autónoma, isto é, à primeira solicitação a partir do contrato base, do contrato de mandato entre um dos sujeitos daquele e uma instituição bancária, e do contrato de garantia entre esta e o outro sujeito do contrato principal»¹²⁵.

Acrescenta, a referida declaração de voto, que:

«no caso vertente, considerando os termos do litígio, uma situação de triângulo contratual desenvolvido através do contrato de empreitada (...), do contrato de mandato celebrado (...) e do contrato de garantia bancária autónoma ou à primeira solicitação. A conexão entre o contrato de garantia bancária e o contrato de empreitada é evidente, certo que a execução daquele depende necessariamente do incumprimento deste. (...) Os titulares do interesse relevante para efeito de legitimidade *ad causam* são, em regra, os sujeitos da relação jurídica material controvertida, tal como foi configurada pelo autor ou pelo requerente (artigo 26º, nº 3, do Código de Processo Civil). Nesta providência cautelar, sem particularidades em relação ao regime geral da legitimidade *ad causam*, as sociedades requerentes enunciam uma relação litigiosa entre elas a sociedade B... Lda, no âmbito do referido contrato de empreitada, envolvendo uma situação de incumprimento dele por parte de B... Lda e um acordo indemnizatório e de não formulação do pedido de execução da garantia que fora convencionada a favor dela. Em consequência, a conclusão não pode deixar de ser no sentido de que quem tem o interesse essencial em contradizer no quadro da providência em causa é B... Lda e não o Banco de Espana SA. Nesta óptica, a solução não podia deixar de ser, tal como foi entendido pelo tribunal recorrido, no sentido da ilegitimidade *ad causam* do Banco de e, conseqüentemente, da sua absolvição da instância»¹²⁶.

¹²⁵ Voto de vencido de Salvador da Costa, proferido no referido acórdão de 12/11/1998.

¹²⁶ *Idem, ibidem.*

Afigura-se mais razoável este ponto de vista, pelo que se subscreve a argumentação do sentido desta declaração de voto, à qual se adere.

Com efeito, ainda que perante um procedimento cautelar, de natureza instrumental e provisória, não pode deixar de considerar-se que as sociedades requerentes enunciam uma relação litigiosa entre elas uma outra sociedade no âmbito de um contrato de empreitada (contrato-base), envolvendo, alegadamente, uma situação de incumprimento desta última e um acordo indemnizatório e de não formulação do pedido de execução da garantia que fora convencionada a seu favor.

Perante a relação triangular que se desenvolve, através do contrato-base, celebrado entre o devedor e o credor, do contrato de mandato celebrado entre o devedor e ordenante e o banco, e do contrato de garantia bancária autónoma, existe uma conexão entre o contrato de garantia bancária e o contrato-base, seja ele qual for, sendo certo que a execução daquele depende necessariamente do incumprimento deste.

Mas para se averiguar se existe incumprimento e fundamento para decretar a providência requerida, mostra-se necessário que figurem no processo os intervenientes do contrato-base, os verdadeiros titulares do interesse relevante e daí a necessidade da intervenção em juízo da beneficiária da garantia, para que da decisão se possa retirar o seu efeito útil normal.

Nesta perspetiva, afigura-se que a solução passa por concluir que a providência cautelar só poderia obter o seu efeito útil normal se tiver como requeridos para além do banco garante, o beneficiário da garantia, em situação de litisconsórcio necessário passivo¹²⁷.

O banco-garante terá que ser considerado parte ilegítima, por preterição de litisconsórcio necessário (natural) passivo se desacompanhado do beneficiário da garantia.

¹²⁷ Neste sentido, Luís Menezes Leitão defende uma situação de litisconsórcio necessário.

CONCLUSÕES

1 - A garantia autónoma desenvolve-se numa relação triangular: a) o contrato-base (de compra e venda, de empreitada), celebrado entre duas partes que constitui a relação jurídica principal ou subjacente que se pretende garantir; b) o contrato, de mandato sem representação, celebrado entre o devedor da relação principal e um garante, normalmente um banco, pelo qual este se obriga a prestar uma garantia ao credor – beneficiário; c) o contrato autónomo de garantia, propriamente dito, celebrado entre o garante e o credor - beneficiário, pelo qual o primeiro se obriga, a entregar uma soma pecuniária determinada, ao segundo, logo que este prove o incumprimento da relação jurídica subjacente (contrato autónomo de garantia simples) ou de imediato, quando este simplesmente o interpele a realizar essa prestação (contrato autónomo de garantia automática ou "à primeira solicitação").

2 - Para além das garantias directas, que obedecem ao referido figurino triangular, nas garantias indirectas, ditas de estrutura quadrangular, utilizadas no comércio internacional, interpõe-se um segundo banco, com sede no país de beneficiário que actua como intermediário, recebendo a ordem de prestar a garantia de um outro banco-garante do país do devedor-ordenante, banco este que presta, por sua vez, uma contra-garantia a favor do banco garante (intermediário).

3 - As razões que fundamentam o seu surgimento e que explicam a sua rápida difusão e aceitação, resultam quer de factores externos, como o desenvolvimento do comércio internacional e as desvantagens do procedimento judiciário internacional; quer de factores internos que se prendem com as qualidades intrínsecas da garantia bancária autónoma, em especial a automática: a sua sólida segurança, eficácia e celeridade.

4 - O contrato autónomo de garantia é um contrato inominado, cuja validade, na ordem jurídica portuguesa assenta fundamentalmente no princípio da liberdade contratual (artigo 405º do Código Civil) e na inaplicabilidade da proibição dos negócios jurídicos abstratos fora dos casos previstos na lei (artigo 458º do Código Civil), já que se trata de um verdadeiro negócio jurídico causal, sendo a sua causa objectivada no mesmo contrato, uma função de garantia de um interesse legítimo do beneficiário de satisfação, regra geral, de um direito de crédito.

5 - A mera aplicação da regra da liberdade de forma, em relação a um contrato com o risco que envolve a garantia autónoma, justifica a elaboração de um documento escrito para assegurar a ponderação da decisão do garante. Já a declaração de aceitação por parte do beneficiário não carece do mesmo grau de exigência, podendo ser meramente tácita.

6 - A característica essencial deste contrato autónomo de garantia é a autonomia que, em termos substanciais, significa que o garante se vincula a uma obrigação de garantia própria e independente de qualquer outra obrigação, mesmo a garantida, e que na prática se concretiza na inoponibilidade pelo garante ao beneficiário das excepções sobre vicissitudes controvertidas, quer da relação jurídica de base existente entre devedor-mandante e o credor-beneficiário, quer do contrato de mandato celebrado entre ele garante-mandatário e o devedor-mandante.

7 - Através da autonomia, separa-se a obrigação de prestar da obrigação de indemnizar, que nasce como independente e própria na esfera jurídica do garante, e não, como nova ou como simples transformação da obrigação originária de prestar, na esfera jurídica do devedor-mandante.

8 - A automaticidade, característica não essencial da garantia, atribuída pela inclusão no contrato autónomo de garantia, por regra, da cláusula "*à primeira interpelação*", "*on first demand*", não se confunde com a autonomia, apesar de a reforçar, e que se traduz na dispensa da prova pelo beneficiário do pressuposto da constituição do seu direito de crédito contra o garante.

9 - A obrigação de garantia bancária autónoma a que se vincula o garante é uma verdadeira *obrigação de garantia*, pelo qual este assegura ao beneficiário um certo resultado, responsabilizando-se pelo risco da não produção desse resultado através da promessa de entrega de uma quantia pecuniária determinada, nos termos e condições acordadas, ao beneficiário.

10 - Quanto ao fim é habitual distinguir três tipos de garantias: a) *Garantia de restituição ou reembolso dos pagamentos antecipado (repayment bonds)*, que se destina a assegurar ao contraente que pagou, antecipadamente uma parte do preço do contrato, que as quantias pagas em adiantado lhe serão devolvidas se a outra parte não cumprir o acordado deixando de realizar as suas prestações; b) *Garantia de boa execução do contrato (performance bonds)* destinadas a garantir, perante o beneficiário, o correcto e pontual

cumprimento das obrigações assumidas pelo outro contraente. c) *Garantia de pagamento, cujo objetivo é o de assegurar à parte credora de uma prestação pecuniária o pagamento da dívida, para o caso de o obrigado principal o não fazer ou o não fazer pontualmente*; d) *Garantia de oferta ou de honorabilidade da proposta (bid bonds)*, pelas quais o banco-garante assegura o pagamento de uma indemnização ao beneficiário na circunstância de o mandante não vir a celebrar um contrato a que se obrigou.

11 - A autonomia, mesmo que reforçada pela automaticidade, do contrato autónomo de garantia, não é absoluta. Em linhas gerais, as exceções ditas oponíveis, para além, das inerentes ao próprio contrato autónomo de garantia (caducidade, resolução), são de dois tipos: a) a exceção de fraude manifesta ou abuso evidente; b) a exceção de ilicitude da causa do contrato base.

12 - A obrigação de garantia bancária autónoma, sendo uma obrigação com carácter indemnizatório, a que se vincula o garante, em seu nome mas por conta do mandante, com desvios introduzidos pela autonomia dessa obrigação, aos pressupostos da responsabilidade civil, dispensando-se o requisito da culpa do devedor, pelo que a obrigação de indemnização se mantém mesmo que o incumprimento da obrigação de partes não lhe seja imputável por resultar de um *caso fortuito ou de força maior*.

13 - O mandante, dador da ordem, pode recorrer a medidas cautelares tendentes a bloquear o pagamento da garantia. Assim, sucederá na hipótese de solicitação manifestamente abusiva da garantia, em que o beneficiário não é, em rigor, titular de qualquer direito sobre o garante, através de medidas inibitórias de natureza cautelar destinadas a impedir o garante de pagar, ou o beneficiário de executar, ou de receber, a garantia.

14 - Se o ordenante intenta procedimento cautelar apenas contra o Banco, pedindo que o Banco requerido seja intimado a não pagar qualquer quantia à beneficiária, ao abrigo da garantia bancária referida, ocorre uma situação de ilegitimidade passiva por preterição do litisconsórcio necessário.

15 - Perante a relação triangular que se desenvolve, através do contrato-base, celebrado entre o devedor e o credor, do contrato de mandato celebrado entre o devedor e ordenante e o banco, e do contrato de garantia bancária autónoma, existe uma conexão entre o contrato de garantia bancária e o

contrato-base, pelo que a execução daquele depende necessariamente do incumprimento deste.

16 - Para se averiguar se existe incumprimento e fundamento para decretar a providência requerida, mostra-se necessário que figurem no processo os intervenientes do contrato-base, isto é, os verdadeiros titulares do interesse relevante e daí a necessidade da intervenção em juízo da beneficiária da garantia, para que da decisão se possa retirar o seu efeito útil normal.

17 - Com vista à procedência de tais medidas cautelares o mandante está obrigado a apresentar *prova líquida e inequívoca* de fraude manifesta ou do abuso evidente do beneficiário, bem como da *excepção da ilicitude da causa* por violação da ordem pública: sendo ilícito o objecto da garantia (v.g. um contrato de tráfico de droga) é ilícita a causa caução de garantia - do contrato autónomo de garantia.

18 - Após o pagamento pelo garante, este fica sub-rogado nos direitos que o beneficiário tinha contra o garantido, nos termos do artigo 592º Código Civil. Caso a garantia seja à primeira solicitação, um dos termos do negócio é que o reembolso do garante seja também efectuado à primeira solicitação, o que exclui que o devedor possa opor ao garante as excepções relativas ao crédito que sobre ele tinha o beneficiário, devendo efectuar também automaticamente o pagamento e reclamar posteriormente do beneficiário o que ele obteve do garante, caso tenha accionado indevidamente a garantia.

19 - Em caso de cessão do crédito garantido, apesar de a garantia autónoma não ser acessória, por regra, a mesma pode ser transmitida com esse crédito, por força do citado artigo 582º do Código Civil, mas a transmissão da faculdade de exigência automática, dado o seu cariz intuitu personae, não deve ocorrer sem o consentimento do garante.

20 - Se na carta de garantia tiver sido aposto um termo final certo, a verificação do termo desobriga o banco. Nesta situação, ao beneficiário não cabe um poder de prorrogação unilateral da duração da garantia e é indiferente haver ou não restituição do documento de garantia.

21 - A modificação substancial do contrato-base extingue a garantia, emitida que foi para uma determinada regulamentação contratual e não para uma qualquer regulamentação nascida a propósito de certo contrato.

22 - Porém, como refere Luís Menezes Leitão, em alternativa à realização do cumprimento, o credor pode contentar-se com uma prorrogação do prazo de vigência inicial da garantia. (interpelação *extend orpay*), mas o pedido de prorrogação da garantia, se não vier a ser concedido pelo garante, é qualificado como exigência de pagamento.

23 - Se nada se convencionar sobre a duração da garantia, o beneficiário o direito de exigir o cumprimento da garantia a todo o tempo, ao abrigo do disposto no artigo 777.º, n.º 1, do Código Civil, até ao momento em que o banco venha exercer o direito de denúncia.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos II, Conteúdo. Contratos de Troca*, Coimbra, Almedina, 2007.
- ALMEIDA, Moitinho, *O contrato de seguro no direito português e comparado*, Lisboa, 1971.
- ARAÚJO, Juliana Cristina Elias – *As Garantias Bancárias Autónomas no Direito Internacional*, Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008, www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp064309.pdf.
- BENATTI, Francesco – *Garanzia (Contrato autonomo di)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice, Vol. III, 1982.
- BRANCO, Manuel Castelo - *A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações*, www.estig.ipbeja.pt
- CORDEIRO, António Menezes - *Manual de Direito Bancário*, Coimbra: Almedina, 4ª edição, 2010.
- *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 5.ª Reimpressão, 2013.
- CORREIA, António Arruda Ferrer - *Temas de direito comercial e direito internacional privado*, Coimbra, Almedina, 1989.
- *Notas para o estudo do contrato de garantia bancária*, *Revista de Direito e Economia*, ano VIII, nº 2, 1982.
- CORTEZ, Francisco – *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, in *Revista da ordem dos Advogados*, ano 52, vol. II, Julho de 1992.
- COSTA, Almeida/MONTEIRO/Pinto, *Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação*, in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XI, 1986, TomoV.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida – *Direito das Obrigações*, 10.ª edição, Coimbra, Almedina, 2006.
- FREITAS, José Lebre de - *Código Processo Civil Anotado*, vol, 1.º, Coimbra Editora, 2008.
- GOMES, Fátima - “Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação”- “*Revista Direito e Justiça*, vol. VIII, tomo 2, 1994
- JARDIM, Mónica - *A garantia autónoma*, Almedina, Coimbra, 2002,

- JORGE, Pessoa - *O mandato Sem Representação*, Edições Áctica, Lisboa, 1961.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *As Garantias das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 4ª edição, 2012.
- LEITÃO, Luís Menezes, *Cessão de Créditos*, Coimbra, Almedina, 2005.
- MACHADO, Baptista - *A cláusula do razoável*, Revista de Legislação e Jurisprudência RLJ 199.
- MARTINEZ, Pedro Romano / PONTE, Pedro Fuzeta da – *Garantias de cumprimento*, Almedina, Coimbra, 5ª ed., 2006.
- PATRÍCIO, José Simões – *Preliminares sobre a Garantia “on first demand”*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 13, Vol. VIII, Dezembro, 1983,
- POULLET, Yves - *La Garantie à première demande: un acte unilatéral?*, in "Mélanges Jean Pardon, 1996
- SOUSA, Miguel Teixeira de - *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Lisboa, Lex, 1997.
- TELLES, Inocêncio Galvão - *Garantia bancária autónoma*, in *O Direito*, ano 120º, III-IV, 1988 (Jul.-Dez.)
- VARELA, Antunes - *Direito das Obrigações em Geral*, Volume II, 7.ª Edição, Coimbra, Almedina, 1997.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, - *Direito Comercial, Parte Geral – Contratos mercantis – Títulos de Crédito*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2011.
- VEIGA, Soares da - *Direito Bancário*, Coimbra, 1994.

Jurisprudência

Acórdãos do STJ

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de Novembro de 1990, Proc. n.º 077497, (Relator, Figueiredo Sousa), www.dgsi.pt/jstj.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Setembro de 2006, (Relator, Sebastião Povoas), in www.dgsi.pt/jstj.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de Abril de 2010, (Relator, Moreira Camilo), in www.dgsi.pt/jstj.

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Maio de 2010, Proc. n.º 241/07.0TBMCD-A.S1, Azevedo Ramos, Relator, in www.dgsi.pt/jstj.

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de Maio de 2010, (Relator, Serra Baptista), in www.dgsi.pt/jstj.

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Março de 2012, (Relator, Fonseca Ramos), in www.dgsi.pt/jstj

Acórdãos do TRL

- Acórdão do Tribunal da Relação, de Lisboa de 11 de Dezembro de 1990, (Relator, Santos Monteiro), Colectânea de Jurisprudência, Ano XV, 1990, Tomo V.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de Novembro de 1998, Proc. n.º 0048756, Relator, Evangelista Araújo, com voto de vencido de Salvador da Costa), in www.dgsi.pt/jtrl.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de Dezembro de 2007, processo n.º 7966/2007, 6.ª Secção, (Relatora, Fátima Galante), in www.dgsi.pt/jtrl.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de Abril de 2009, Proc. n.º 2722/08.9TVLSB-8, (Relator, Rui da Ponte Gomes), in www.dgsi.pt/jtrl.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de Maio de 2009, Proc. n.º 1688/08.0TVLSB-A.L1, (Relatora, Márcia Portela), in www.dgsi.pt/jtrl.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de Abril de 2010, Processo n.º 14881/09.9T2SNT-A.L1-6, (Relatora, Fátima Galante), in www.dgsi.pt/jtrl.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de Junho de 2010, Proc. n.º 989/10.1TVLSB-A.L1-7, (Relator, Luís Espírito Santo), in www.dgsi.pt/jtrl.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de Junho de 2012, Proc. n.º 9664/11.9TBOER-A.L1, (Relatora, Ana Resende), in www.dgsi.pt/jtrl.

Acórdãos do TRP

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19 de Dezembro de 2007, Proc. n.º 0722393, (Relator, Henrique Araújo), in www.dgsi.pt/jtrp.

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 2 de Outubro de 2008, Proc. n.º 0835046, (Relatora, Deolinda Varão), in www.dgsi.pt/jtrp.

Pareceres da PGR

- Parecer da PGR de 07-11-1997, Proc. n.º 00000945, (Relator, Luís da Silveira), www.dgsi.pt/pgr

Fátima Galante

Juíza Desembargadora
Doutoranda em Direito

Data  **enia**

Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242

Ano 4 • N.º 06 • Novembro 2016

