



U N I V E R S I D A D E
LUSÓFONA

CENTRO
UNIVERSITÁRIO
PORTO

Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade
Lusófona – Centro Universitário do Porto

Telmo Alexandre Cunha Teixeira Sarmento Pais

Garantias Bancárias Autónomas

Dissertação de Mestrado em Direito
Área de especialização em ciências jurídico-empresariais

Trabalho realizado sob a orientação da
Prof.^a Doutora Maria do Rosário Anjos



UNIVERSIDADE
LUSÓFONA

CENTRO
UNIVERSITÁRIO
PORTO

Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade
Lusófona – Centro Universitário do Porto

Telmo Alexandre Cunha Teixeira Sarmento Pais

Garantias Bancárias Autónomas

Dissertação de Mestrado em Direito
Área de especialização em ciências jurídico-empresariais

Dissertação defendida em provas públicas na Universidade Lusófona – Centro
Universitário do Porto no dia 14/02/2024, perante o júri seguinte:
Despacho de Nomeação de Júri 618/2024, de 22/01/2024

Presidente: Prof. Doutor Paulo Brito

Arguente: Prof.^a Doutora Letícia Marques Costa

Orientadora: Prof.^a Doutora Maria do Rosário Anjos

2024

É autorizada a reprodução integral desta dissertação de mestrado apenas para efeitos de investigação, mediante declaração escrita do interessado, a que tal se compromete.

Epígrafe

“I would rather have questions that can't be answered than answers that can't be questioned.”

- Richard Feynman, físico teórico laureado com o prémio nobel de física (1965)

Dedicatória

Ao meu avô materno, que não estando presente fisicamente, esteja onde estiver, sempre cuidará de mim e me guiará. Espero que esteja orgulhoso.

À minha mãe, pelo apoio incondicional e amor que sempre me deu ao longo da minha vida.

Agradecimentos

A realização de uma dissertação é um caminho longínquo que se trilha arduamente. Cumpre-me, desta forma, agradecer a todos aqueles que, de uma forma ou de outra, contribuíram para que esta caminhada fosse um pouco menos penosa.

É sempre ingrato escrever agradecimentos, pois palavras não bastam..., mas aqui ficam:

A toda a minha família pelo apoio e amor.

Aos meus amigos por todo o companheirismo, amizade e força.

À Dr.^a Ilda Moreira, já Mestre, por todos os desafios intelectuais propostos e companheirismo ao longo do Mestrado. Uma amizade que fica.

Por fim, à Prof.^a Doutora Maria do Rosário Anjos, por ter aceitado orientar esta dissertação e pelos seus sábios ensinamentos.

A todos: muito obrigado!

Resumo

O presente escrito tem como desiderato o estudo das garantias bancárias autônomas: as mais energéticas garantias, que têm um relevo crucial no mundo negocial, impostas pela sua necessidade, dado que as garantias tradicionais – como, por exemplo, a fiança – apresentam diversos entraves de ordem prática pelas inúmeras exceções.

Atualmente, é prática corrente a prestação de uma garantia bancária autônoma, sobretudo na modalidade de garantia à (mera) primeira solicitação, assumindo uma proeminente e inegável importância prática, tendo como campo de eleição o comércio externo. Porém, a garantia não é exclusiva das relações econômicas internacionais, não estando o comércio interno imune a esta.

Palavras-chave: garantias bancárias autônomas; contrato de garantia; autonomia.

Abstract

The purpose of this paper is to study autonomous bank guarantees: the most energetic guarantees, which have a crucial importance in the business world due to their necessity, given that traditional guarantees present several practical obstacles in business due to their numerous exceptions.

Nowadays, it is common practice to provide an autonomous bank guarantee, especially in the form of a guarantee on first demand, which has taken on a prominent and undeniable practical importance in foreign trade. However, guarantees are not exclusive to international economic relations, and national business is not immune to them.

Keywords: autonomous bank guarantees; contract of guarantee; autonomy.

Índice

<i>Introdução</i>	12
<i>CAPÍTULO I – ENQUADRAMENTO HISTÓRICO: A GÉNESE E A SUA CONSAGRAÇÃO</i>	13
1. <i>Enquadramento histórico</i>	13
2. <i>As garantias bancárias autónomas no Direito Português</i>	17
3. <i>As URDG da Câmara de Comércio Internacional</i>	20
<i>CAPÍTULO II – ANÁLISE DA FIGURA: NOÇÃO, ESTRUTURA E CARACTERÍSTICAS</i>	22
1. <i>Noção e estrutura das garantias bancárias autónomas</i>	22
1.1. <i>A qualificação das relações jurídicas nas garantias bancárias autónomas</i>	23
1.1.1. <i>A relação entre o credor e o devedor do contrato base</i>	23
1.1.2. <i>A relação entre o devedor-dador da ordem e o garante</i>	24
1.1.2.1. <i>A assunção de dívida</i>	29
1.1.2.2. <i>Um pactum de contrahendo cum tertio</i>	30
1.1.2.3. <i>Um contrato a favor de terceiro</i>	30
1.1.2.4. <i>Um contrato de prestação de serviços</i>	32
1.1.3. <i>A relação entre o garante e o credor beneficiário</i>	32
1.2. <i>A autonomia</i>	34
1.3. <i>A automaticidade</i>	35
<i>CAPÍTULO III – DELIMITAÇÃO PERANTE FIGURAS AFINS</i>	37
1. <i>Delimitação perante figuras afins</i>	37
1.1. <i>A fiança</i>	37
1.2. <i>O aval</i>	39
1.3. <i>O crédito documentário</i>	40
1.4. <i>O depósito</i>	41

<i>CAPÍTULO IV – DAS GARANTIAS BANCÁRIAS AUTÓNOMAS: NATUREZA, FORMAÇÃO, FORMA E INTERPRETAÇÃO, MODALIDADES E EXCEÇÕES</i>	43
1. A natureza das garantias bancárias autónomas	43
2. Formação, forma e interpretação	47
2.1. Formação	47
2.2. Forma	47
2.3. Interpretação	48
3. Modalidades das garantias bancárias autónomas	49
3.1. Âmbito geográfico	49
3.2. Função	49
3.3. Indicação	50
3.4. Funcionamento	51
4. A recusa legítima de pagamento	53
4.1. Do abuso ou fraude manifestos	54
4.2. Da ilicitude do contrato-base por violação da ordem pública	56
<i>CAPÍTULO V – DOS DIREITOS DO GARANTE APÓS O PAGAMENTO DA GARANTIA</i>	58
1. Dos direitos do garante após o pagamento da garantia	58
1.1. Pagamento sendo a recusa ilegítima	59
1.2. Pagamento sendo a recusa legítima	59
<i>CAPÍTULO VI – DO RECURSO ÀS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES</i>	60
1. O recurso às providências cautelares	60
1.1. Regras gerais	60
1.2. O procedimento cautelar comum e as garantias bancárias autónomas	61
Conclusões	64
Bibliografia	66

Introdução

O presente estudo tem como objeto a análise de alguns dos aspetos mais discutidos, no plano jurídico, das garantias bancárias autónomas.

Atualmente, é prática corrente a prestação de uma garantia bancária autónoma – em especial na modalidade “*on first demand*” -, assumindo um relevo fulcral no mundo negocial¹, tendo como campo de eleição o comércio externo. Porém, a garantia não é exclusiva das relações económicas internacionais, não estando o comércio interno imune a esta.

Trata-se de uma garantia que, na sua fórmula mais comumente utilizada, é prestada por um garante – um banco -, que se obriga a entregar, a pedido de um terceiro – o devedor-dador da ordem -, uma soma pecuniária previamente acordada, ao beneficiário da garantia, logo que este último prove o incumprimento da obrigação principal (um contrato autónomo de garantia simples) ou de imediato, quando este simplesmente o interpele a realizar a prestação (contrato autónomo de garantia automática), mas abdicando, em ambos os casos, a opor ao beneficiário quaisquer exceções derivadas tanto da sua relação com o terceiro garantido, como da relação jurídica cujo cumprimento garante.

Iniciaremos, deste modo, o nosso escrito com um enquadramento histórico da figura atípica e das regras uniformes para a garantia contratual da Câmara do Comércio Internacional.

Na ausência de uma definição e de regulamentação legal da garantia na maior parte dos países – incluindo Portugal -, com vista à melhor compreensão, procuraremos dar uma noção e estruturar estas garantias, qualificando as relações jurídicas, as suas características fundamentais, delimitá-las perante figuras afins, apurar a sua natureza, a formação, forma e interpretação, as suas modalidades e as exceções.

Por fim, importa refletir e ponderar os direitos do garante após o pagamento e o eventual recurso às providências cautelares por parte do devedor-dador da ordem.

¹ Na expressão do juiz inglês KERR, a garantia bancária autónoma “*is the lifeblood of international commerce*”, R. D. Harbottle v. Westminster Ltd, Queen’s Bench Div., 26 de janeiro de 1977.

CAPÍTULO I – ENQUADRAMENTO HISTÓRICO:

A GÉNESE E A SUA CONSAGRAÇÃO

1. Enquadramento histórico

O Direito é indissociável da História, evoluindo, sempre, aos seus ombros. Deste modo, não podemos deixar de iniciar este nosso escrito com um enquadramento histórico sobre a figura que atrai tanto interesse na ciência jurídica² e sobre aquela que é a mais energética das garantias: a garantia bancária autónoma³.

Por muitos considerado como o “pai” da garantia autónoma, RUDOLF STAMMLER teorizou, pela primeira vez, esta figura, em artigo publicado em 1886⁴. Contudo, o autor germânico assinala antecedentes que remontam ao século II d. C.⁵, sendo até mesmo possível datar até às civilizações orientais e ao Código de Hamurábi. A garantia bancária autónoma é, assim, mais antiga do que a própria fiança.

No Direito romano clássico existiam já figuras que funcionavam como verdadeiras garantias autónomas, como a *sponsio* e a *fideipromissio*: o *sponsor* e o *fideipromissor*, se interpelados para o efeito, estavam obrigados ao pagamento. Apenas mais tarde, com o surgimento da *fideiussio*, que veio substituir a *sponsio* e a *fideipromissio*, é que o *fideiussor* beneficia do carácter acessório e subsidiário da figura, podendo invocar as exceções da obrigação principal.

RUDOLF STAMMLER remonta também ao texto de Ulpiano, que refere o *Senatus Consultum Veleianum*⁶, destinado a proteger as mulheres, e que utilizava termos extensos que diríamos tratar-se de uma garantia autónoma.

No período intermédio, a dogmática jurídica não isolou de forma explícita as garantias autónomas. Os autores clássicos germânicos relegavam esta matéria ao instituto da fiança.

² Estas garantias deslumbram tanto a ciência jurídica ao ponto de, entre nós, haver mais escritos publicados sobre as garantias bancária autónomas do que sobre a própria fiança. A confirmar ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Volume X, Almedina, 2015, página 527.

³ É esta a expressão que julgamos ser preferível. Iremos ver *infra* que as garantias autónomas apenas podem ser emitidas por instituições de créditos ou sociedades financeiras, havendo, por isso, quem designe estas garantias como “garantias bancárias”. Porém, achamos a expressão demasiado abrangente, uma vez que os bancos podem prestar outro tipo de garantias, sendo, nessa medida, também elas garantias bancárias, v.g., a fiança bancária.

⁴ STAMMLER, Rudolf, *Der Garantievertrag/Eine civilistische Abhandlung*, AcP 69, 1886.

⁵ *Ibidem*, páginas 53-71.

⁶ *Ibidem*, página 53.

Por sua vez, é antecedente da garantia autónoma aquela que designamos por *promissio indemnitis*⁷. A figura era uma reconstrução das fontes romanas, em que o garante era obrigado a colocar o garantido na posição em que estaria se não tivesse sofrido danos no seu crédito⁸.

A ideia de uma garantia autónoma apresentava as suas dificuldades, não de um ponto de vista meramente dogmático – a própria fiança apresentava mais problemas, porquanto está embutida de cautelas, defesas, benefícios e exceções –, antes devido às soluções paternalistas que residiam nos primeiros códigos civis. Porém, a evolução oitocentista, com a Revolução Industrial e a inerente generalização das garantias no mundo dos negócios autónomos, trouxe consigo críticas às proteções fidejussórias, sendo também a acessoriedade das demais garantias vista como um obstáculo.

Com o desenvolvimento económico natural que se foi sentindo, tornavam-se impreteríveis soluções imediatas no domínio do cumprimento das obrigações, contrapondo as até então intermináveis discussões jurídicas. Neste sentido, a Alemanha, nos finais do século XIX dispunha das condições necessárias para acolher um novo tipo de garantia pessoal autónoma, nomeadamente, porque, em primeiro, não havia ainda codificado um direito civil, o que permitia a possibilidade de construção e criação jurídico-científica; em segundo, era profundamente influenciada pelo *ius romanum*; em terceiro, tinha já apreendido as obrigações abstratas, nas quais uma prestação era devida sem qualquer necessidade de justificações.

Através de todos estes elementos, RUDOLF STAMMLER reconstruiu e refundou a garantia autónoma. Passou a distingui-la das demais e diversas figuras afins, como era o caso da fiança, o seguro, a aposta ou a doação condicionada⁹, tendo por base promissora da *garantie* a *promissio indemnitis*, convocando o *Senatus Consultum Veleianum* e o *mandatum*.

Deste modo, o autor alemão defendeu a natureza consensual do contrato de garantia¹⁰ e firmou pela sua admissibilidade¹¹, defendendo a natureza gratuita da garantia e reportou a cobertura dada a um empreendimento alheio.

⁷ A propósito desta figura, MANUEL CAMACHO DE LOS RÍOS, REHJ, XXXV, 2013, 131-149, disponível em <http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/629/592>.

⁸ STAMMLER, Rudolf, *ob. cit.*, páginas 53 e seguintes.

⁹ *Ibidem*, páginas 36-47.

¹⁰ *Ibidem*, páginas 118 e seguintes.

¹¹ *Ibidem*, páginas 122 e seguintes.

Apresenta, assim, a distinção entre as demais garantias, acessórias a uma obrigação principal, e entre a garantia autónoma, que é independente da relação garantida, *rectius*, uma garantia que é fonte de uma obrigação autónoma e sem acessoriedade.

Todavia, podemos ser induzidos em erro e pensar que a reformulação da figura teve um sucesso imediato, bem como acolhimento dogmático e jurisprudencial. Mas não foi assim. Apesar de referências nos trabalhos preparatórios, não teve consagração expressa no BGB.

A figura foi sendo aos poucos acolhida antes da Primeira Guerra Mundial, com uma primeira vaga de estudos entre 1910 e 1917 e uma segunda vaga de estudos que se iniciou em 1928 e perdurou até à Segunda Guerra Mundial.

A primeira decisão sobre a matéria foi tomada pelo Tribunal Supremo do Comércio¹², no qual o contrato de garantia era manifestado como um contrato de manutenção indemne, apelando à *promissio indemnitis*, tendo, posteriormente, evoluído e distinguindo-se da fiança, pela forma e pela característica de não- acessoriedade.

Ainda que lentamente, a figura foi sendo acolhida, quer pela doutrina quer pela jurisprudência, nos mais diversos países.

A Alemanha foi a principal responsável, ainda que atualmente não tenha consagração legal expressa, antes sendo um negócio *sui generis*, reconduzindo à regra geral da liberdade de contratar.

Na Suíça, foi também acolhida, apelando à *promissio indemnitis*, bem como na Áustria, na segunda metade do século XX.

Já em França o seu acolhimento foi tardio, apenas tendo sido admitida nos anos setenta com a crise petrolífera. Apesar de tardio, o Código Civil francês consagrou expressamente, em 2006, a garantia autónoma¹³, bem como o Código do Consumo francês.

O mesmo sucedeu em Itália, tendo, naturalmente, acabado por ser admitida na jurisprudência pelas questões internacionais que iam surgindo, admitindo o desvio à acessoriedade fidejussória, afirmando ser uma figura atípica que seria permitida pela

¹² *Reichs-Oberhandelsgericht*.

¹³ No seu artigo 2321.º:

“A garantia autónoma é o compromisso pelo qual o garante se obriga, perante uma obrigação subscrita por um terceiro, a pagar uma quantia, seja à primeira solicitação, seja seguindo as modalidades acordadas.

O garante não fica obrigado no caso de abuso ou de fraude manifestas do beneficiário ou de colusão entre este e o mandante.

O garante não pode opor nenhuma exceção relativa à obrigação garantida.

Savo convenção em contrário, esta garantia não segue a obrigação garantida.”

autonomia privada, distinguindo-se da fiança pela falta de acessoriedade e subsidiariedade. Porém, contrariamente ao que aconteceu em França, a lei italiana não prevê expressamente a figura.

Com o incremento do comércio internacional, as garantias autónomas relevavam especial destaque, dado que o comércio internacional demonstrava preferência por garantias pessoais. Assim, estas foram sendo solicitadas, nomeadamente após a crise de 1973.

No mundo dos negócios internacionais, há um risco acrescido em relação aos nacionais, porquanto as partes são muitas das vezes desconhecidas entre si. Contudo, as partes poderão contratar com mais confiança se tiverem uma garantia dada por bancos de primeira. Mas note-se que, para tal, é necessário que estas garantias funcionem de modo célere e fácil, pois a sua eficácia, em termos práticos, pode ficar gravemente comprometida se, quando acionada a garantia, forem discutidas exceções, meios de defesa ou lei aplicável¹⁴.

Destarte, a necessidade de novas garantias tornavam-se imperiosas, nascendo, assim, a garantia bancária autónoma.

¹⁴ A este propósito, FRANCISCO CORTEZ, *A garantia bancária autónoma/Alguns problemas*, Revista da Ordem dos Advogados, 1992, páginas 519 e seguintes, e JORGE DUARTE PINHEIRO, *Garantia bancária autónoma*, Revista da Ordem dos Advogados, 1992, páginas 427 e seguintes.

2. As garantias bancárias autónomas no Direito Português

Em Portugal, o surgimento da figura deve-se a VAZ SERRA¹⁵, referindo-se ao contrato de garantia no âmbito da preparação do Código Civil, apoiado na tradução castelhana de ENNECCERUS/LEHMANN¹⁶ de STAMMLER, definindo o contrato de garantia como aquele pelo qual alguém promete responder, no todo ou em parte, pelo risco que surge para a outra contraparte, em virtude de uma empresa de qualquer espécie, referindo-se ao risco em causa que pode ser a falta de cobrança de um crédito, aproximando-se da fiança. Todavia, assume o risco da cobrança, ainda que a obrigação seja inválida.

VAZ SERRA apontava 5 características para o contrato de garantia:

- I. Tratava-se de um contrato independente;
- II. Não sujeito à forma de fiança;
- III. Fonte de obrigações para uma das partes;
- IV. A obrigação de garante determinava-se pelo próprio contrato;
- V. Os mandatos podiam implicar garantia.

Assim, propôs o seguinte conceito:

- 1. Mediante contrato, pode assumir-se a obrigação de responder pelo risco que a outra parte corre num empreendimento.
- 2. O contrato de garantia, a que alude o parágrafo anterior, está sujeito às regras gerais dos contratos e às especiais daqueles com tiver analogia.

Contudo, o preceito não relevou a autonomia, acabando por ser ignorado nos anteprojetos subsequentes.

A figura reaparece em 1973¹⁷, marcando o início da utilização da garantia bancária autónoma, através da prática bancária, sendo exigidas pelos países produtores de petróleo de bens e serviços, que eram grandes adquirentes de mercadorias e de equipamentos. Estas garantias eram essenciais para dinamizar os negócios internacionais.

¹⁵ VAZ SERRA, Adriano, *Fiança e figuras análogas*, BMJ, n.º 71, 1957, páginas 19-331.

¹⁶ LUDWIG ENNECCERUS, Karl Martin/LEHMANN, Heinrich, *Derecho de obligaciones II*, 1944, §194, II (§417).

¹⁷ A este propósito, REBELO MARTINS, José/OLIVEIRA FERREIRA, Ernesto, *Garantias bancárias*, Edição do Banco Espírito Santo e Comercial de Lisboa, 1983. Segundo os autores, a página 21, "... o evoluir da situação foi sentido e reforçado no mercado interno pelo facto de as taxas de juro se afastarem rapidamente das comissões cobradas por garantias e ainda pela fixação aos bancos de plafonds de concessão de crédito aos quais as garantias não estavam sujeitas."

Deste modo, surgiram dois vetores que muito contribuíram para o aumento deste tipo de operações: por um lado, para o cliente do banco, os baixos custos da comissão (média 2,5% ao ano) comparado com os de uma taxa de juro de uma imobilização financeira igual; por outro lado, da parte da banca, o facto de esta concessão de crédito por assinatura não ser levada em conta para o preenchimento dos seus *plafonds* de crédito. Quem o confirma é MÓNICA JARDIM, *A garantia autónoma*, Almedina, 2002, página 20.

Com a Revolução de 1974/1975, o tema foi colocado de lado, tendo sido novamente impulsionado em 1979 devido à crise petrolífera e ao incremento financeiro mundial. Começou por suscitar um proeminente interesse dogmático, acabando até mesmo por haver mais escritos sobre o tema do que a própria fiança¹⁸. A partir dos anos oitenta do século passado, a temática foi suscitada pela jurisprudência.

A figura foi de tal modo relevante que a garantia bancária à primeira (mera)¹⁹ solicitação teve consagração legal expressa no artigo 4.º, n.º 1, alínea c) do Decreto-Lei n.º 69/2004, de 25 de março: “Para a emissão de papel comercial, devem as entidades emitentes preencher um dos seguintes requisitos: (...) c) Obter, a favor dos detentores, garantia bancária autónoma à primeira interpelação que assegure o cumprimento das obrigações de pagamento decorrentes da emissão ou do programa a que se refere o n.º 1 do artigo 7.º.”, tendo sido mais tarde alterado pelo Decreto-Lei n.º 20/2014, de 25 de fevereiro, passando a referir apenas “garantia”.

Regula também o Código dos Contratos Públicos, nos seus artigos 88.º e seguintes, a prestação de caução, que é exigida em diversas circunstâncias²⁰. Refere também o artigo 90.º, n.º 2 e 5 do Código dos Contratos Públicos, no que respeita à prestação de caução: “2. A caução é prestada por depósito em dinheiro ou em títulos emitidos ou garantidos pelo Estado, ou mediante garantia bancária ou seguro-caução (...) 5. O programa do procedimento deve conter os modelos referentes à caução que venha a ser prestada por garantia bancária, por seguro-caução ou por depósito em dinheiro ou títulos.”.

¹⁸ Sobre a matéria, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Notas para o estudo do contrato de garantia bancária*, Revista do Direito e Economia, ano VIII, n.º 2, Julho-Dezembro, 1982, páginas 247-258; JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *Preliminares sobre a garantia “on first demand”*, Revista de Ordem dos Advogados, n.º 43, 1983, páginas 677-718; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Garantia bancária autónoma/Parecer*, 1991; MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA/ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação* (Parecer), CJ XI, Tomo IV, 1986, páginas 15-34; JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*; FRANCISCO CORTEZ, *ob. cit.*; MANUEL CASTELO BRANCO, *A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 53, 1993, páginas 61-83; FÁTIMA GOMES, *Garantia bancária autónoma à primeira solicitação*, DJ VIII, 1994, páginas 119-210; EVARISTO MENDES, *Garantias bancárias. Natureza*, RDES, 1995, páginas 126-158; PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de cumprimento*, 5.ª Edição, Almedina, 2006; MANUEL JANURÁRIO GOMES, *Assunção fidejussória de dívida/Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, 2000, páginas 66 e seguintes; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Garantias bancárias*, em Estudos em Honra do Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Almedina, 2002, páginas 265-288; ANTÓNIO SEQUEIRA RIBEIRO, *Garantia Bancária Autónoma à primeira solicitação: alguns problemas*, em Estudos em Honra do Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Almedina, 2002, páginas 289-426; MÓNICA JARDIM, *ob. cit.*; MIGUEL BRITO BASTOS, *A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma “on first demand”*, em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, volume III, 2011, páginas 525-555; MIGUEL ARCHER, *Garantia bancária autónoma: autonomia, tipo(logia) e qualificação*, RB, n.º 74, 2012, páginas 23-100; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantia das obrigações*, Almedina, 2008; LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das garantias*, 2.ª edição, Almedina, 2016, páginas 125-143.

¹⁹ Preferimos a expressão garantia bancária à mera solicitação, uma vez que, como iremos ver *infra*, não há segunda solicitação.

²⁰ A este propósito, JANUÁRIO GOMES, *Garantias bancárias no Código dos Contratos públicos. Breves notas*, em Estudos de Direito das Garantias II, Almedina, 2010, páginas 233-254.

Como já tivemos oportunidade de referir *supra*, o termo correto para a figura é “garantia bancária autónoma”, tendo-se adiantado que, de acordo com o sistema jurídico português, a garantia autónoma apenas pode ser emitida por instituições de crédito ou sociedades financeiras. Apontamos três razões para tal:

Em primeiro, por uma razão prática. O beneficiário da garantia autónoma procura, por se tratar, em regra, de comércio internacional e por não ter uma relação de confiança com o ordenante ou até mesmo por o desconhecer, segurança e profissionalismo. Procura ainda que o garante tenha robustez económica e financeira suficiente para garantir o seu crédito, pois caso contrário a sua garantia pouco ou nada valerá.

Em segundo, por motivos técnico-jurídicos e, em terceiro, por razões jurídico-axiológicas. Desde logo, *ex vi* dos artigos 8.º, n.º 2 e 4.º, n.º 1, alínea b) do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras²¹⁻²², só as instituições de crédito e as sociedades financeiras podem emitir garantias bancárias.

Nestes termos, se as garantias autónomas não forem emitidas por banqueiros, estamos perante um ato de abusivismo bancário, ficando sujeito às penalidades previstas nos artigos 200.º e seguintes do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, não se considerando como garantia bancária autónoma. Assim, teríamos de operar a conversão da garantia em fiança, aplicando as suas regras e, caso não fosse possível, o negócio seria nulo por impossibilidade legal. Estas garantias justificam-se no domínio bancário, estando sujeito a regras prudenciais e à supervisão do Banco Central, tendo de respeitar deveres legais e deontológicos para com os seus clientes.

²¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro.

²² Dispõe o artigo 4.º, n.º 1, alínea b) do diploma:

“1. Os bancos podem efetuar as operações seguintes: (...) b) Operações de crédito, incluindo concessão de garantias e outros compromissos, locação financeira e factoring”.

Ainda o artigo 8.º, n.º 2 preceitua:

“Só as instituições de crédito e as sociedades financeiras podem exercer, a título profissional, as atividades referidas nas alíneas b) a i), r) e s) do n.º 1 do artigo 4.º, com exceção da consultoria referida na alínea i).”

3. As URDG da Câmara de Comércio Internacional

Como já referimos *supra*, com o incremento do comércio internacional e a necessidade de novas garantias que funcionassem de modo mais célere e simples, impuseram-se as garantias bancárias autónomas. Porém, não podemos olvidar que o seu efeito prático fica comprometido se quando acionada forem discutidas exceções, meios de defesa e lei aplicável.

Diversas iniciativas foram levadas a cabo para defesa dos negócios internacionais, dos emitentes e dos beneficiários. Neste sentido, destaque-se que, no contexto europeu, há uma crescente dimensão de tutela dos consumidores, relevando no que concerne às garantias bancárias autónomas devido: 1) à utilização de cláusulas contratuais gerais; 2) pelo crédito ao consumo. Assim, como já assente, apenas podem ser emitentes destas garantias, no Direito português, os bancos, nunca o podendo ser um particular. Os particulares somente podem ser beneficiários ou ordenantes destas garantias.

Estas garantias trouxeram consigo diversas inquietações: o texto das mesmas, por exemplo, podia suscitar dúvidas sobre a lei aplicável. Urgiu, deste modo, a criação de instrumentos internacionais que respondessem às múltiplas questões.

Em 1978, a Câmara do Comércio Internacional criou as “Regras Uniformes para a Garantia Contratual” – as “*Uniform Rules for Contract Guarantees*”. Mais tarde, em 1991 e 2010, surgiram as designadas “*Uniform Rules for Demand Guarantees*”, as quais abrangem 35 artigos:

- 1.º fixa a aplicação das URDG: sempre que qualquer garantia ou contragarantia para eles remete;
- 2.º comporta múltiplas definições;
- 3.º: regras de interpretação;
- 4.º: emissão: dá-se quando saia do controlo do garante e torna-se irrevogável, nesse momento;
- 5.º: autonomia de garantias e contragarantias, relativamente à relação subjacente;
- 6.º: natureza documentária do papel do garante: não lida com bens ou com serviços;
- 7.º: desconsideração de condições não-documentárias;
- 8.º: conteúdo das instruções e garantias: devem ser claras, reportando determinados elementos básicos, elencados nas alíneas a) a k);
- 9.º: o garante deve avisar de imediato, quando não possa emitir a garantia no momento desejado;
- 10.º: garantias ou alterações solicitadas por consultores;
- 11.º: alterações;
- 12.º: âmbito de responsabilidade do garante;
- 13.º: alterações no montante da garantia;
- 14.º: apresentação;
- 15.º: requisitos do pedido;

- 16.º: informação acerca do pedido;
- 17.º: pedido parcial e pedidos múltiplos;
- 18.º: pedidos separados;
- 19.º: apreciação;
- 20.º: prazo para a apreciação; pagamento;
- 21.º: moeda de pagamento;
- 22.º: transmissão de cópias de execução do pedido;
- 23.º: moratória ou pagamento;
- 24.º: não execução do pedido, renúncia e comunicação;
- 25.º: redução e cessação;
- 26.º: força maior;
- 27.º: exoneração quanto à efetividade de documentos;
- 28.º: exoneração quanto à transmissão e à tradução;
- 29.º: exoneração por atos da outra parte;
- 30.º: limites à exoneração da responsabilidade;
- 31.º: indemnização por leis e usos estrangeiros;
- 32.º: limite de custos;
- 33.º: transferência de garantia e assunção de procedimentos;
- 34.º: lei aplicável;
- 35.º: jurisdição.

Ainda neste domínio cabe dar nota da Convenção sobre Garantias Autónomas e Cartas de Crédito – “*United Nations on Independent Guarantees and Stand-By Letteres of Credit*” -, aprovada em 11 de dezembro de 1995, em vigor desde 1 de janeiro de 2000, mas apenas para os países que a ratificaram - nenhum da União Europeia.

Cabe uma referência ao “*Draft Common Frame of Reference*”²³, regras mais adequadas do que as da CCI, que são o resultado de mais de 25 anos de investigação académica de Direito Privado, publicado em 2009, que no livro IV, na parte G, relativamente às garantias pessoais, nas quais destacamos o 3:101 (a autonomia não é prejudicada pela simples referência geral à relação subjacente, o 3:102/1 (o garante deve notificar, de imediato, o devedor, caso receba um pedido de cumprimento), o 3:103/1 (o garante só fica obrigado ao cumprimento se o pedido estiver textualmente conforme com os termos da garantia) e ainda o 3:105/1 (o garante não fica obrigado ao cumprimento, se resultar de prova atual que o pedido é manifestamente abusivo ou fraudulento, como iremos ver *infra*).

²³ Disponível em <https://sakig.pl/wp-content/uploads/2019/01/dfcr.pdf>, páginas 377 e seguintes.

CAPÍTULO II – ANÁLISE DA FIGURA:

NOÇÃO, ESTRUTURA E CARACTERÍSTICAS

1. Noção e estrutura das garantias bancárias autónomas

A designação da figura é bastante sugestiva no que se refere à sua noção. É autónoma a garantia pessoal não acessória ou, sendo rigorosos, aquela dotada de mera acessoriedade fraca. Deste modo, o garante autónomo, quando interpelado pelo credor, na forma prevista, limita-se a pagar, sem mais, e qualquer discussão que possa vir a existir sobre o vínculo garantido será posterior.

Trata-se de um tipo de garantia que, na fórmula mais genérica, é prestada por uma entidade – por um banco –, que se obriga a entregar, a pedido de um terceiro – ordenante – uma soma pecuniária previamente acordada ao beneficiário da garantia.

Nas palavras de GALVÃO TELLES “a garantia autónoma é uma figura triangular”²⁴:

I. Contrato-base: celebrado entre duas partes (ordenante – A – e o beneficiário – B) que constitui a relação jurídica principal ou subjacente que se pretende garantir;

II. Contrato de mandato: celebrado entre o devedor da relação principal – A – e um garante – C (banco). O banco obriga-se, mediante uma comissão, a prestar uma garantia ao beneficiário (B), salvaguardando o seu direito de regresso imediato contra o devedor-dador da ordem (A);

III. Contrato de cobertura/autónomo de garantia: celebrado entre o garante – C – e o credor-beneficiário – B –, pelo qual o primeiro se obriga a entregar uma soma pecuniária determinada pelo segundo.

Destarte, como temos vindo a referir ao longo deste escrito, estas garantias apresentam como característica nuclear a sua autonomia em relação à obrigação principal: “não tem natureza acessória em relação à obrigação garantida (...) visto que o garante assume uma obrigação própria, independente (desligada) do contrato base”²⁵, pelo que o garante não pode invocar as exceções fundadas na relação principal. Podemos afirmar que a autonomia corresponde à impossibilidade de o garante usar os meios de defesa

²⁴ GALVÃO TELLES, Inocêncio, *Garantia bancária autónoma*, em *O Direito*, ano 120.º, III-IV, Julho-Dezembro, 1998.

²⁵ ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, página 20.

próprios do devedor garantido. Não pode, *v.g.*, o banco alegar a “nulidade do contrato resultante, por exemplo, da violação de regras imperativas do ordenamento a que pertence o devedor; sobrevinda impossibilidade de cumprimento do contrato”²⁶.

À noção de autonomia acrescem dois complementos: primeiro, o garante não pode invocar as exceções relativas ao contrato de mandato celebrado com o devedor principal – o que, aliás, se compreende, pois caso contrário a obrigação do garante não seria, verdadeiramente, autónoma, ficando o beneficiário desprotegido; em segundo, o devedor não pode impedir o garante de prestar a soma acordada.

A doutrina²⁷ vem afirmando que a autonomia comporta graus diferentes, sendo menor na garantia bancária autónoma simples e maior na garantia bancária autónoma “*on first demand*”, sendo que, como iremos ver *infra*, esta autonomia tem limites.

Estes limites reportam-se, desde logo, quanto à automaticidade da garantia, porquanto apenas as garantias bancárias autónomas em que esteja inserida a cláusula “*on first demand*” é que são automáticas, ficando o garante obrigado a entregar imediatamente a quantia pecuniária fixada ao primeiro pedido do beneficiário, ficando este último dispensado de provar o incumprimento da obrigação do devedor, contrariamente ao que acontece nas garantias bancárias autónomas simples. Comporta ainda mais um limite: nos casos de abuso ou fraude manifestos.

1.1. A qualificação das relações jurídicas nas garantias bancárias autónomas

1.1.1. A relação entre o credor e o devedor do contrato base

Importa lograr uma reflexão sobre cada uma das três relações jurídicas. A primeira e a terceira relação, em que participa o beneficiário, são classificadas como externas, ao passo que a segunda, entre o devedor-dador da ordem e o garante, como interna²⁸.

Neste contrato celebrado entre credor e o devedor – o contrato base –, apesar de este ser independente em relação ao contrato autónomo de garantia, é logo fixada a

²⁶ *Ibidem*, página 18.

²⁷ CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, página 533.

²⁸ TELES, Inocêncio Galvão, *ob. cit.*, página 289: a primeira e a última relação “são de natureza externa, no sentido de que nelas participa o beneficiário” a segunda é “de índole interna, no sentido de que nela não intervém o beneficiário, travando-se entre os outros sujeitos.”.

obrigação do devedor conseguir que um garante de sólida reputação internacional (que pode ser logo identificado) emita a garantia autónoma²⁹, numa determinada modalidade e por um valor fixado, a favor do credor.

Pode ser também fixado um prazo para que o devedor consiga a emissão dessa garantia que, em caso de incumprimento tempestivo dessa obrigação por parte do devedor, concede ao credor o direito a uma indemnização para reparação da globalidade dos danos derivados da inexecução do contrato³⁰.

Naturalmente, é a lei aplicável ao contrato base que determina a forma como o credor deve proceder e quais os direitos que lhe são adstritos face ao devedor, caso este último não consiga que um banco preste a garantia.

Atualmente, é prática comum nos contratos nacionais e internacionais de maior importância a inclusão da “cláusula de garantia bancária”³¹, na qual uma das partes promete à outra (ou ambas comprometem reciprocamente) que um determinado banco (ou um banco de sólida reputação internacional) se constituirá garante do bom, correto e pontual cumprimento das suas obrigações.

Em nota final sobre esta relação jurídica, importa referir que, apesar desta relação geralmente se tratar de um contrato, não é de excluir que a obrigação garantida possa ser de natureza não contratual³².

1.1.2. A relação entre o devedor-dador da ordem e o garante

Adiantámos já que a segunda relação jurídica, estabelecida entre o devedor-dador da ordem da relação principal e o garante, consiste num contrato classificado de mandato³³.

O banco garante obriga-se perante o devedor da relação jurídica principal, também designado por “dador da ordem” ou “ordenante”³⁴, em contrapartida de certa retribuição, a celebrar com o correlativo credor um contrato autónomo de garantia.

²⁹ Note-se que, na prática, por vezes o credor exige como condição para a celebração do contrato base a prévia emissão da garantia.

³⁰ A confirmar o entendimento, MÓNICA JARDIM, *ob. cit.*, página 48.

³¹ FERRER CORREIA, António, *ob. cit.*, página 9.

³² CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, página 524.

³³ ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, página 19.

³⁴ Todavia, em termos práticos, normalmente são os próprios beneficiários que prescrevem os textos garantias aos garantes, por intermédio dos dadores da ordem. Assim, afirma THIERRY DE GALARD, *Les nouvelles règles uniformes de la Chambre de Commerce Internationale relatifs aux garanties sur demand* (1992), em *Revue de Droit des Affaires Internationales/International Business Law Journal*, 1993, n.º 6, página 759, que são “dadores da ordem” apenas de nome.

Quando o devedor efetiva o pedido de emissão da garantia autónoma ao garante está, verdadeiramente, a solicitar ao banco uma concessão de crédito^{35_36_37} e, deste modo, o pedido (que pode revestir, por exemplo, a forma de carta) deve ser logrado com o tempo necessário suficiente para que o banco possa estudar a operação para, eventualmente e posteriormente, emitir a garantia.

O banco deve informar o devedor se aceita ou, por outro lado, se recusa a emissão da garantia, devendo fazê-lo o mais breve possível, porquanto, em caso de recusa, o devedor terá de recorrer a outro garante. Não olvidemos que o contrato-base pode definir um prazo para obtenção desta garantia.

No contrato-base são também, em regra, definidas as retribuições a pagar ao garante, os deveres de prestar e pedir informação do garante ao devedor e vice-versa, o direito de reembolso do garante contra o dador da ordem e as garantias destinadas a assegurar a satisfação do seu crédito, *v.g.*, hipotecas, penhores, fianças, e até mesmo a possibilidade de o garante exercer o seu direito de regresso por levantamentos em depósitos que o dador da ordem tenha no próprio banco³⁸.

Estes contratos celebradores entre o dador da ordem e o garante são, em regra, contratos de adesão, com recurso às cláusulas contratuais gerais^{39_40}.

³⁵ A este propósito, afirma FERRER CORREIA, *ob. cit.*, página 250: “Claro, que, ao prestar a garantia pedida pelo cliente acto que o sujeito ao risco de vir a pagar ao beneficiário determinada quantia o garante está, por outra via, a conceder àquele um crédito de montante igual ao da soma garantida, ou até à ocorrência do valor fixada como limite”.

³⁶ Neste sentido também REBELO MARTINS/OLIVEIRA FERREIRA, *ob. cit.*, página 23, que informam que o “Banco garante tem sempre a sua atenção focada nos princípios básicos da solvabilidade, quer do seu cliente quer do empreendimento;

Na óptica da solvabilidade do cliente preside a já célebre regra banqueira dos três “CCC” (caráter, capacidade de gestão e capitais próprios) conjuntamente com o que se considera como fundamental, a saber: se o afiançado possui também capacidade técnica para o empreendimento e se este “está bem tomado” segundo os preços correntes do mercado, isto é, se o orçamento (proposta apresentada) está bem elaborado.

Ao analisar a capacidade de crédito do seu cliente o Banco indagará qual o envolvimento global existente, uma vez que tal análise não será efectuada só relativamente às garantias pois que, como crédito que é, se enquadrará no conjunto da sua capacidade creditícia.

Assim, as operações por garantias entrarão nos limites de crédito que o Banco concede ao seu cliente e que, portanto, se enquadrarão na sua capacidade de endividamento.”

³⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm, *Bankkvertragsrecht*, Walter de Gruyter, Berlim, Nova York, 1988, página 749, número de margem 1103, que estabelece que com a garantia autónoma, o garante concede fundos ao mandante, entregando-os diretamente ao beneficiário. Ainda DIOGO DE LEITE CAMPOS, *Direito das Empresas*, Instituto Nacional de Administração, 1990, página 307, JOSÉ MARIA PIRES, *Direito Bancário*, 2.º volume (*As operações bancárias*), Rei dos Livros, 1994, página 282.

³⁸ Damos nota, quanto a esta matéria, do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de dezembro de 1990, em *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XV 1990, Tomo V, páginas 135 e seguintes, que estabeleceu que “ficam desde já autorizados (o banco) a debitar qualquer conta que tenhamos (o dador da ordem) nesse banco pela importância por vós paga ao beneficiário”, considerando esta cláusula, como outras, conformes com os bons costumes e o sentimento jurídico geral.

³⁹ Sobre as cláusulas contratuais gerais, *vide*, entre outros, ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª Edição Revista e Aumentada, Almedina, 2005 e ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2.ª Edição, Almedina, 2021.

⁴⁰ É, assim, aplicável a este tipo de contrato o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

Impõe-se agora uma reflexão sobre a natureza jurídica deste contrato celebrado entre o devedor da relação jurídica principal e o banco garante.

A doutrina portuguesa dominante⁴¹ parece aceitar pacificamente a qualificação como um contrato de mandato⁴².

É nosso entendimento que no Direito português o contrato em análise é um contrato de mandato⁴³⁻⁴⁴. São pressupostos considerados deste contrato que, por força do contratado, o banco se obriga perante o dador da ordem, mediante uma retribuição, a celebrar com um terceiro um contrato autónomo de garantia, que é independente desse primeiro contrato como também da relação jurídica de base que visa garantir.

No contrato de mandato, *ex vi* do artigo 1157.º do Código Civil, o mandante encarrega o mandatário de realizar determinado ato – um ato jurídico – no interesse e por conta do primeiro que não quer – ou não pode – realizá-lo por si⁴⁵.

O mandatário age no interesse alheio, em benefício ou vantagem do mandante, devendo defender e prosseguir aquilo que sabe ou pensa ser o interesse dele⁴⁶. Por um lado, as despesas e encargos determinados pela prática do ato jurídico ou com a sua execução serão suportados pelo mandante. Por outro, os efeitos do ato, ou parte deles, devem-se projetar na esfera jurídica do mandante que nele não interveio.

Destarte, resulta, sem margem para dúvidas, que a prestação a que o banco se obriga tem por objeto fundamental um verdadeiro ato jurídico, um contrato⁴⁷⁻⁴⁸

⁴¹ FERRER CORREIA, *ob. cit.*, ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, FRANCISCO CORTEZ, *ob. cit.*, MÓNICA JARDIM, *ob. cit.*, entre muitos outros autores.

⁴² Em sentido contrário, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, páginas 289 e seguintes, que afirma que “o banco que presta a garantia autónoma não faz qualquer pagamento como mandatário de outrem [ao contrário do que acontece na abertura de crédito documentário em que o banco paga “por conta de comprador embora em nome próprio (mandato sem representação)], mas a título de garante de determinado contrato”. Este autor inclina-se para a qualificação do contrato na categoria geral do contrato de prestação de serviços, sem o precisar na modalidade de contrato de mandato, descrevendo este negócio como sendo “o contrato pelo qual o banco se obriga perante o dador da ordem, mediante certa retribuição a prestar-lhe o serviço de fornecer a garantia pretendida”.

⁴³ É de rejeitar liminarmente, ainda que tentador, a qualificação em figuras próximas, como a assunção de dívida, um *pactum de contrahendo cum tertio*, contrato a favor de terceiro ou contrato de prestação de serviços.

⁴⁴ Contrariamente, parece ser diferente a solução no Direito germânico, porquanto o BGB, no seu §662, considera a gratuidade como essencial ao mandato, característica que o distingue do contrato de prestação de serviços: “*Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen.*”

⁴⁵ Dispõe o artigo 1157.º do Código Civil: “Mandato é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais atos jurídicos por conta da outra”.

⁴⁶ O mandatário, com a aceitação do mandato, vincula-se a agir de forma diligente com vista ao cumprimento da gestão em toda a sua dimensão, dando, deste modo, satisfação aos interesses do mandante. Como bem afirma JANUÁRIO GOMES, *Em tema de revogação do mandato civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, página 95: “A assunção da gestão pelo mandatário é por ele aceite como dever, por força da vinculação contratual; assim, a obrigação de cumprir, grosso modo, o programa gestório traçado pelo principal e aceite pelo mandatário.”

⁴⁷ E não como nas demais modalidades de contrato de prestação de serviços, a guarda de uma coisa – no depósito – ou o resultado do trabalho – *v.g.*, a empreitada.

⁴⁸ PESSOA JORGE, Fernando, *O mandato sem representação*, Edições Ática, Lisboa, 1961, página 229, em que afirma que “a prestação do mandatário, mesmo quando envolve a prática de actos materiais, tem por objeto fundamental um acto jurídico, uma declaração de vontade destinada a produzir efeitos de direito; pelo contrário, o contrato de

(autónomo da garantia) e não uma simples atividade de carácter material. Garantir a relação jurídica de base é a causa do próprio contrato.

Aqui chegados, importa por ora questionar se este contrato de mandato é com ou sem representação.

O mandato é representativo quando o mandatário, com os necessários poderes de representação, realiza o ato jurídico em nome do mandante, limitando-se a substituir o mandante na prática do ato, ficando livre de toda a respetiva eficácia, uma vez que os efeitos do ato se projetam integral e imediatamente na esfera jurídica do mandante⁴⁹.

O mandato é sem representação se o mandatário agir em nome próprio ao lograr o ato jurídico, assumindo a posição jurídica de parte e recebendo os efeitos do ato para, posteriormente, os transmitir ao mandante, ou de qualquer forma, fazer refletir no seu património os resultados económicos daquele⁵⁰. Deste modo, os direitos e obrigações ingressam no seu património, já não no do mandante. Quer isto dizer que os efeitos jurídicos do ato não se produzem diretamente na esfera jurídica do mandante, pela falta do vínculo representativo.

Caracterizado nestes termos o contrato de mandato, consideramos estar perante um contrato de mandato sem representação⁵¹⁻⁵², nos termos dos artigos 1178.º e 1180.º do Código Civil ou dos artigos 231.º e 266.º do Código Comercial, porquanto só assim se poderá entender a obrigação do garante como uma obrigação independente. O garante, ao celebrar por conta do dador da ordem-mandante o contrato autónomo de garantia, vincula-se a uma obrigação própria e independente cujo cumprimento só a ele pode ser exigido pelo beneficiário, pelo que o garante age em nome próprio – e não em nome do mandante

prestação de serviços visa a realização de uma actividade de carácter material, em que os actos jurídicos, se os houver, não constituem o seu elemento principal”.

⁴⁹ Nas palavras de PESSOA JORGE, *Mandato sem Representação*, *ob. cit.*, páginas 22-23, o mandatário, atribuídos que lhe foram os poderes de representação, ao realizar o ato ou negócio jurídico que constitui o objeto do mandato “*substitui-se ao mandante, coloca-se no lugar dele, age em seu nome*. Isto significa que *juridicamente tudo se passa como se tivesse sido o próprio mandante a praticar o acto*: é ele o sujeito da eficácia deste, em cuja esfera jurídica se vão inserir *directamente* os referidos efeitos, que em momento algum pertencem ao representante.”

⁵⁰ Afirma INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Mandato sem representação* (parecer), *Colecção de Jurisprudência*, ano VIII, Tomo III, 1983, página 10: “o mandatário que, embora agindo em seu nome, procedeu no interesse do mandante fica constituído na obrigação, que lhe advém do mandato, de transmitir ao mandante os direitos adquiridos. Esses direitos são seus, porque não passaram directamente para o mandante. Mas destinam-se em última análise a este; e por conseguinte o mandatário está obrigado a transferir-lhos.”

⁵¹ A respeito dos contratos de mandato, *vide* MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O Contrato de Mandato*, em *Direito das Obrigações* (sobre a coordenação de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO), 3.º Volume, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1991, página 399.

⁵² A confirmar o entendimento, entre outros, MÓNICA JARDIM, *ob. cit.*, página 55 e FRANCISCO CORTEZ, *ob. cit.*, página 528.

– assumindo, deste modo, as obrigações que decorrem do ato jurídico que celebra, não se produzindo os efeitos jurídicos diretamente na esfera jurídica do mandante⁵³.

Por força do contrato do mandato, ambas as partes ficam vinculadas ao cumprimento de certos deveres. Enumeremos.

O garante, no momento em que aceita a garantia, deve:

- I. Analisar cuidadosamente os termos em que a garantia vai ser prestada;
- II. Alertar o cliente das irregularidades e vícios que o texto proposto encobre⁵⁴;
- III. Esforçar-se por redigir cláusulas não ambíguas, precisando as condições em que a garantia será exigível e os seus limites⁵⁵;
- IV. Seguir as instruções do cliente na redação do contrato de garantia⁵⁶.

No que tange aos deveres do garante no momento em que o beneficiário solicita a garantia, o banco deve pautar-se pelo princípio da “estrita neutralidade”. Este princípio encontra o seu fundamento quer na função de garantia, quer no respeito pelo interesse do garante em não pôr em causa a sua reputação. Assim, nesta fase, deve o garante:

I. Informar o ordenante no momento em que lhe é solicitado o pagamento da soma objeto da garantia;

⁵³ Todavia, esta conclusão não é prejudicada pela retribuição fixada a favor do garante, dado que o mandato pode ser, em qualquer das suas modalidades, oneroso, *ex vi* do artigo 1158.º do Código Civil, nem pelo direito de regresso do garante contra o dador da ordem por força do artigo 1182.º *in fine* do Código Civil.

⁵⁴ PIRES DE LIMA, António/ANTUNES VARELA, João Matos, *Código Civil Anotado*, Volume II, 3.ª Edição Revista e Atualizada, página 715, em anotação ao artigo 1161.º afirmam: “Além das informações que forem *pedidas* pelo mandante, o mandatário terá de prestar aquelas cuja necessidade resulta do disposto na alínea c) (...), e ainda as que são impostas pelo dever geral de diligência a que, como todos os devedores, ele está sujeito.”

⁵⁵ Seguindo este entendimento, MICHEL VASSEUR, *Garantie indépendante*, *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit commercial*, III, Paris, 1974 (misé à jour 1984), n.º 57 e seguintes.

⁵⁶ Nas palavras de MICHEL VASSEUR, *ob. cit.*, página 5 (n.º 56), o banco não está “obrigado a copiar, de olhos fechados, os termos da garantia exigida.”

Em sentido diversos, CLAUS-WILHELM CANARIS, *ob. cit.*, página 750, margem 1106, II, perfilhando o entendimento que o banco, na conformação do contrato de garantia, tem de se orientar estrita e formalmente dentro dos limites fixados no contrato por si celebrado com o devedor do contrato base. A acompanhar este entendimento, JURGEN DOHM, *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Editions Staempfli e Cie SA Berne, 1986, páginas 78 e 79, o qual afirma que o garante deve obedecer de forma rigorosa e completa à formulação que o seu cliente lhe transmitiu, pois, caso não esteja disposto a conformar-se às instruções recebidas, é livre de recusar o mandato. Todavia, o autor abre uma exceção no quadro da garantia indireta considerando que o segundo banco sem pedir instruções ao primeiro está autorizado a modificar o texto da garantia, no que for necessário, para o adequar aos usos e prescrições legais.

No Direito nacional, é nosso entendimento que o banco deve seguir as instruções do cliente na redação do contrato de garantia, porquanto, por força do artigo 1161.º, alínea a) do Código Civil, o mandatário é obrigado a praticar os atos compreendidos no mandato segundo as instruções do mandante. Deste modo, sempre que o banco mandatário, por qualquer motivo, não possa ou não deva seguir as instruções, deve comunicar tal facto ao mandante, *ex vi* dos artigos 1161.º, alínea c) e 1162.º do Código Civil.

A respeito do assunto, afirma PESSOA JORGE, *Mandato sem representação*, *ob. cit.*, página 186: “É evidente que, se o mandante deu ao mandatário instruções precisas e pormenorizadas, é de presumir que o simples cumprimento delas corresponda ao interesse do mandante. Mas não se pode fazer esta afirmação em termos absolutos; se o mandatário, encarregado de realizar certo contrato de conteúdo perfeitamente determinado pelo mandante, se apercebe que esse acto, por qualquer manobra fraudulenta da outra parte que ao mandante tinha passado despercebida, vai redundar em prejuízo, não o deve realizar.”

II. Confirmar se todas as condições fixadas no contrato de garantia se verificam no momento em que o beneficiário exige o pagamento;

III. Recusar o pagamento;

IV. Pagar ao beneficiário.

Vejamos agora os deveres do dador da ordem face ao garante.

Quando o garante concorda em prestar a garantia, este aceita assumir um débito eventual, porquanto, somente após emitir a garantia e, caso ocorra o evento previsto e o beneficiário solicite a entrega da soma convencionada, é que o garante se torna devedor. E apenas quando o garante paga ao beneficiário é que se torna credor do ordenante⁵⁷. Por esta razão, não é comum o banco exigir uma prestação antecipada ao devedor garantido⁵⁸, antes exigindo, por norma, garantias que assegurem a satisfação do seu direito de reembolso.

O devedor tem ainda a obrigação, a partir do dia em que o banco se obriga face ao beneficiário e até ao dia em que essa obrigação se extingue, a pagar ao garante uma comissão a título de contraprestação pela emissão da garantia⁵⁹.

A assunção de dívida

Defendemos já que o contrato celebrado entre o devedor-dador da ordem e o garante é um contrato de mandato. Vejamos agora as razões para a rejeição liminar da qualificação em figuras próximas.

A assunção de dívida⁶⁰⁻⁶¹ pode ser liberatória ou cumulativa.

⁵⁷ Por força do artigo 1167.º, alínea c) do Código Civil, o mandante é obrigado: “A reembolsar o mandatário das despesas feitas que este fundadamente tenha considerado indispensáveis, com juros legais desde que foram efetuadas.” A lei portuguesa exige, não só a convicção por parte do mandatário de que a despesa era necessária, como também a razoabilidade dessa convicção. A confirmar PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, página 726.

⁵⁸ Como já referido, o artigo 1167.º, alínea a) do Código Civil estipula que o mandante é obrigado “a fornecer ao mandatário os meios necessários à execução do mandato, se outra coisa não foi convencionada, tal como o artigo 243.º do Código Comercial. Porém, embora o devedor do contrato base, enquanto mandatário, não entregue ao banco qualquer soma pecuniária além da comissão, tal não implica que estejamos perante uma exceção ao regime geral do mandato, dado que o garante, ao executar o mandato, através da emissão da garantia, apenas assume um eventual débito que pode até mesmo nunca vir a concretizar-se. Outro argumento neste sentido é que a obrigação do mandante de entregar ao garante um montante correspondente à soma objeto da garantia seria inconciliável com o sentido e o fim do contrato de mandato entre eles celebrado, porquanto a função da garantia autónoma é a de substituir o depósito em dinheiro.

⁵⁹ Esta obrigação decorre diretamente da lei, pois segundo o artigo 1167.º, alínea b) do Código Civil, o mandante é obrigado a pagar ao mandatário a retribuição que ao caso competir, e a fazer-lhe provisão por conta dela segundo os usos.

⁶⁰ Regulada nos artigos 595.º e seguintes do Código Civil.

⁶¹ A assunção de dívida é definida, em termos gerais, por JOÃO MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Volume II, Almedina, 1992, página 359, como “a operação pela qual um terceiro (assuntor) se obriga perante o credor a efetuar a prestação devida por outrem.”.

A assunção liberatória – ou assunção de dívida propriamente dita - é a transmissão jurídica da posição do devedor inicial e, conseqüentemente, a exoneração total do devedor primitivo.

Diferentemente, a assunção cumulativa não exonera o devedor primitivo, porquanto o novo interveniente apenas passará a ocupar a posição devedor⁶²⁻⁶³⁻⁶⁴.

Definida a assunção de dívida, facilmente se depreende que o contrato celebrado não se traduz nesta figura, seja liberatória seja cumulativa. No contrato de garantia autónoma, o garante não se obriga a efetuar a mesma prestação que o dador da ordem se vinculou a efetuar através do contrato base.

Um pactum de contrahendo cum tertio

É tentador afirmar que se trata de um contrato promessa a favor de terceiro⁶⁵. Todavia, o banco, embora se obrigue a celebrar o contrato de garantia com um terceiro – o beneficiário -, não se obriga a celebrá-lo por sua conta, mas sim por conta do devedor garantido, ou seja, na intenção de transferir para o devedor garantido os encargos da sua intervenção. O devedor garantido, desde o início, obriga-se a reembolsar o banco caso este último venha a entregar a soma objeto da garantia ao beneficiário.

Um contrato a favor de terceiro

O contrato a favor de terceiro⁶⁶ é aquele em que uma das partes – o promitente – assume perante outra – o promissário – a obrigação de efetuar uma prestação a favor de

⁶² JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, página 50.

⁶³ Não precisaríamos de mais explicações para afirmar com certeza que a relação jurídica em análise não se reconduz a este tipo contratual, uma vez que é certo que o garante não assume a mesma dívida que o garantido perante o beneficiário. Na garantia autónoma o garante obriga-se a prestar certa soma pecuniária em dinheiro, ao passo que o garantido pode reconduzir-se a uma panóplia de prestações.

⁶⁴ Tal não significa que o credor, pese embora o facto de o um novo devedor vir integrar a relação jurídica juntamente com o antigo devedor, tenha agora adquirido o direito a uma dupla prestação. A este propósito, afirma JANUÁRIO GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida, Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador, ob. cit.*, página 104: “a assunção de dívida, no que tange a um critério de responsabilidade do primeiro devedor, pode assumir não duas mas três modalidades: a *assunção liberatória*, a *assunção cumulativa* (ambas com expressão no art. 595/2) e ainda, a (chamemos-lhe assim) *assunção liberatória com reserva de garantia*, figura que tem expressão no art. 600 e que assume, a final, uma feição peculiar, já que o primeiro devedor surge agora como devedor secundário solidário deixando o primeiro plano ao novo devedor.”

⁶⁵ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, página 707, definem o *pactum de contrahendo cum tertio* como o “contrato pelo qual alguém se obriga a realizar com terceiro, por sua conta, um negócio jurídico”.

⁶⁶ Regulado nos artigos 443.º e seguintes do Código Civil.

terceiro, adquirindo este último o direito à prestação independentemente de aceitação⁶⁷, estranho ao negócio⁶⁸.

São partes do contrato a favor de terceiro o promitente – aquele que se obriga a realizar a prestação (promete) – e o promissário – que recebe a promessa e atribui através do promitente o direito ao terceiro⁶⁹.

Embora o terceiro tenha a possibilidade de aderir à “promessa”⁷⁰, esta adesão não cria a seu favor o direito à prestação, antes o efeito restrito de eliminar o direito de revogação do promissário⁷¹, não devendo, assim, ser confundida com a aceitação.

Ora, o contrato celebrado entre o devedor-dador da ordem e o garante não pode ser um contrato a favor de terceiro. O direito do beneficiário face ao garante não tem por fonte o contrato celebrado entre o dador da ordem e o garante: não nasce nenhum direito deste contrato diretamente para o beneficiário, bem como não emerge qualquer obrigação para o garante face ao beneficiário.

Nos contratos a favor de terceiro, são oponíveis ao terceiro, por parte do promitente, todos os meios de defesa derivados do contrato celebrado com o promissário⁷². Por sua vez, uma das faces indiscutíveis da autonomia da garantia é a inoponibilidade pelo garante ao beneficiário das exceções relativas ao contrato celebrado entre si e o devedor do contrato-base, pelo que se o direito de crédito do beneficiário contra o garante tivesse por fonte o contrato a favor de terceiro, seria impossível explicar tal⁷³.

⁶⁷ O terceiro adquire o direito à prestação independentemente de aceitação, pois, citando CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Atlântida Editora, Coimbra, 1990, página 34, nota 1, “a produção directa de um efeito na esfera de terceiro” é a “nota que dá um sentido à categoria, sendo em referência a ela que a figura do contrato a favor de terceiros tem uma específica disciplina”.

⁶⁸ GALVÃO TELLES, Inocência, *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, 6.ª Edição, 1989, página 154, aponta como definição: “(...) quando duas pessoas celebram entre si um contrato em nome próprio, tendente a proporcionar directamente uma vantagem a terceiro estranho ao negócio”.

⁶⁹ Refere DIOGO DE LEITE CAMPOS, *Contrato a favor de terceiro*, Livraria Almedina, Coimbra, 1980, página 80: “É esta relação entre o promitente e promissário que cobre, alimenta e provê o direito conferido ao terceiro, de onde resulta o seu nome de relação de cobertura ou de provisão (...). É também esta relação que cria e molda o direito do terceiro. Este direito está dependente dela, não só na sua existência, como também nos seus limites”. O mesmo autor menciona a página 13 que no contrato a favor de terceiro “é atribuído um benefício a um terceiro, a ele (contrato) estranho, que adquire um direito próprio a essa vantagem”.

⁷⁰ Conforme o artigo 447.º do Código Civil.

⁷¹ Por força do artigo 448.º do Código Civil.

⁷² Vide o artigo 449.º do Código Civil.

⁷³ Como bem afere FRANCISCO CORTEZ, *ob. cit.*, página 527, nota 38: “Isto já para não falar na consequência óbvia desta tese: como garantia bancária nasceria directamente deste contrato a favor de terceiro, o famoso contrato autónomo de garantia deixaria de existir...”

Um contrato de prestação de serviços

O contrato celebrado entre o devedor-dador da ordem e o garante não pode ser qualificado como um contrato de prestação de serviços⁷⁴⁻⁷⁵, porquanto, por força deste negócio, o banco obriga-se perante o dador da ordem, mediante uma retribuição, a celebrar com um terceiro um contrato autónomo de garantia, perfeitamente independente desse negócio, bem como da relação jurídica de base que visa garantir.

A prestação a que o banco está adstrita tem por objeto fundamental um verdadeiro ato jurídico, um contrato (autónomo de garantia), e não uma simples atividade de carácter material⁷⁶.

1.1.3. A relação entre o garante e o credor beneficiário

A terceira e última relação jurídica que cabe agora refletir consiste no contrato autónomo de garantia. É ao nível da relação estabelecida entre estes dois sujeitos que se encontra a garantia autónoma propriamente dita.

Apenas nesta relação jurídica em causa é que o garante cumpre aquilo a que se obrigou perante o devedor-dador da ordem, prestando a garantia pretendida, surgindo, assim, o contrato de garantia autónoma, através do qual o garante se vincula perante o credor beneficiário a pagar certa quantia pecuniária⁷⁷, assim que este lhe apresente prova da não produção da prestação pelo devedor-garantido ou, noutra modalidade, logo que, simplesmente, o interpele para tal.

O garante assume, então, uma garantia dita principal ou independente da obrigação jurídica que ela tem precisamente por fim garantir, prestando a sua garantia sem ligar a sua obrigação ao pagamento eventual ao contrato-base. O garante tem a obrigação de pagamento unicamente em função das condições estabelecidas no contrato de garantia⁷⁸.

⁷⁴ Previsto no artigo 1154.º do Código Civil, que dispõe: “Contrato de prestação de serviços é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição.”

⁷⁵ Citando PESSOA JORGE, *ob. cit.*, página 229, “... o contrato de prestação de serviços visa a realização de uma actividade de carácter material, em que os actos jurídicos, se os houver, não constituem o seu elemento principal”.

⁷⁶ JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, página 53.

⁷⁷ A obrigação do garante é sempre e só de prestação pecuniária, não importando se a prestação decorrente do contrato-base tenha outra natureza.

⁷⁸ Contrariamente ao que acontece nas garantias acessórias, nas quais a relação contratual de base, e só ela, fornece a medida da obrigação.

É doutrina assente⁷⁹ e nosso entendimento que se trata de um negócio jurídico de natureza contratual – um negócio jurídico bilateral - com um caráter unilateral ou não sinalagmático, nascendo uma obrigação de garantia autónoma para o garante e um correspondente direito de crédito para o credor beneficiário. Estamos perante um verdadeiro contrato⁸⁰, embora se trate de um contrato unilateral ou não sinalagmático, uma vez que cria somente obrigações para garante.

Na esmagadora maioria dos casos, a aceitação do beneficiário da garantia assume a natureza de uma declaração tácita, dado que após celebrar o contrato principal – o contrato-base -, em que o devedor-dador da ordem se compromete a prestar através de um garante uma garantia, o credor-beneficiário recebe do garante uma carta de garantia – que não pode deixar de ser vista como uma proposta contratual, aceite posteriormente tacitamente pelo credor-beneficiário. Todavia, ainda que a garantia conste meramente de um documento assinado pelo garante e enviado ao beneficiário, não lhe arreda o seu caráter contratual.

A aceitação da proposta contratual é necessária, mas não tem de ser escrita, uma vez que o contrato em estudo não está sujeito à forma especial⁸¹, podendo ser tacitamente aceite, resultando a dispensa de declaração de aceitação dos usos⁸². Ainda que a dispensa da declaração de aceitação não resultasse, desde logo, dos usos, resultaria da circunstância do negócio: celebrado a favor do beneficiário que estipulou no contrato-base a obrigação do devedor de conseguir que um banco prestasse tal garantia bancária autónoma a seu favor⁸³.

A questão não é despicienda e meramente académica. O contrato de garantia autónomo celebrado entre o garante e o credor beneficiário não podia ser qualificado como um negócio unilateral, pois a considerarmos tal teríamos de rejeitar liminarmente a admissibilidade da figura no Direito português face ao princípio da tipicidade dos negócios jurídicos unilaterais⁸⁴ e à ausência de norma no ordenamento jurídico nacional que regule a matéria.

⁷⁹ Quem o confirma é FRANCISCO CORTEZ, *ob. cit.*, página 529.

⁸⁰ A perfilhar este entendimento, FERRER CORREIA, *ob. cit.*, páginas 10 e seguintes, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, página 287, ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, página 19.

⁸¹ Ao abrigo do artigo 219.º do Código Civil, que dispõe: “A validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei a exigir”.

⁸² A aceitação pode ser tácita nos termos do artigo 243.º do Código Civil: “Quando a proposta, a própria natureza ou circunstâncias do negócio, ou os usos tornem dispensável a declaração de aceitação, tem-se o contrato por concluído logo que a conduta da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta.”

⁸³ CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, página 529.

⁸⁴ Plasmado no artigo 457.º do Código Civil: “A promessa unilateral de uma prestação só obriga nos casos previstos na lei.”

O negócio jurídico em causa é um contrato atípico ou inominado, por não ser regulado diretamente pela lei, surgindo como uma criação necessária pura dos participantes do comércio, aceite pela generalidade da doutrina e jurisprudência e cuja admissibilidade encontra a sua base no princípio da autonomia privada, mormente na liberdade contratual⁸⁵.

1.2. A autonomia

A particularidade essencial do contrato autónomo de garantia que o caracteriza em relação às demais garantias é a sua autonomia⁸⁶.

O garante não pode invocar as exceções fundadas na relação principal de que se pode prevalecer o garantido, mormente o garante não pode invocar os meios de defesa próprios do devedor-dador da ordem, não podendo invocar quaisquer objeções sobre a subsistência ou validade do crédito do beneficiário perante o devedor-dador da ordem⁸⁷⁻⁸⁸.

À noção nuclear de autonomia acrescem dois complementos fundamentais⁸⁹: o primeiro adiciona às exceções não invocáveis pelo garante as eventuais exceções relativas ao contrato de mandato celebrado entre o garante e o devedor-dador da ordem principal – o que, facilmente, se compreende, pois só através da autonomia também entre estes dois contratos é que a obrigação do garante é verdadeiramente própria e autónoma para maior tutela e segura da posição do credor beneficiário; o segundo reside na proibição do devedor-dador da ordem de impedir o garante de prestar a soma acordada⁹⁰.

⁸⁵ Artigo 405.º do Código Civil:

“1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.

2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.”

⁸⁶ Nas palavras de ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, página 20: “não tem natureza acessória em relação à obrigação garantida (...) visto que o garante assume uma obrigação própria, independente (desligada) do contrato-base.”

⁸⁷ Referem ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, página 21 que por autonomia se tem entendido, em termos práticos, a inoponibilidade pelo garante ao garante ao beneficiário “das exceções fundadas na relação principal”.

⁸⁸ Deste modo, tem vindo a afirmar a doutrina que a autonomia obsta a que o garante se fure a entregar ao beneficiário a quantia pecuniária fixada, alegando, *v.g.*, citando ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, página 18, a “nulidade do contrato resultante, por exemplo da violação de regras imperativas do ordenamento a que pertence o devedor; sobrevinda impossibilidade de cumprimento do contrato;” como também não pode alegando, a exemplo de FERRER CORREIA, *ob. cit.*, página 16, “que a obrigação é nula por vício de fundo ou de forma, ou que devedor invocou perante o credor compensação, que àquele assiste um direito de retenção contra o último”.

⁸⁹ CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, página 533.

⁹⁰ ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, página 20.

Tem vindo a afirmar a doutrina que a autonomia comporta diferentes graus⁹¹, sendo menor na modalidade de garantia bancária simples e maior na modalidade em que é incluída a cláusula “*on first demand*”, e ainda que a autonomia não é absoluta, suportando limites de várias ordens.

Conclui-se, pelo que vem sendo exposto, que existe um zelo notório e preocupação na dogmática jurídica, quer nacional quer estrangeira, na definição da autonomia, recorrendo à sua concretização prática – a inoponibilidade das exceções da relação garantida pela garante ao beneficiário –, abstendo-se de formular, de uma forma rigorosa, o conceito técnico-científico de autonomia neste tipo de contrato.

1.3. A automaticidade

A automaticidade não é uma característica essencial das garantias bancárias autónomas, antes eventual, pois somente são automáticas aquelas que incluem a cláusula “de pagamento à primeira solicitação” – *rectius*, à mera solicitação. Todas as garantias bancárias autónomas que não compreendem estas cláusulas são designadas de garantias bancárias autónomas simples.

Se o contrato de garantia for celebrado prevendo a cláusula à (mera) primeira solicitação, o garante fica obrigado a entregar de imediato a quantia pecuniária fixada ao primeiro pedido do credor-beneficiário. O garante tem a obrigação de pagar sem que para isso o credor-beneficiário tenha de fazer prova do incumprimento da obrigação do devedor-dador da ordem ou qualquer outro evento que seja o pressuposto da constituição do seu crédito contra o banco^{92,93}. A obrigação do garante em entregar a quantia pecuniária acordada é instantaneamente exigível com a simples interpelação pelo credor-beneficiário da garantia ao garante, feita nos termos acordados e sem que o garante possa pedir qualquer justificação ao beneficiário.

⁹¹ BASTOS, Miguel Brito, *ob. cit.*, página 527, referindo que “a conformação de obrigações contratuais como autónomos ou acessórias de outras posições jurídicas é uma opção das partes dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento, pelo que o grau de autonomia da obrigação do garante autónomo será variável consoante o que as partes houverem estipulado”.

Também a confirmar a ideia, CLAUS-WILHELM CANARIS, *ob. cit.*, página 749, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, 4.ª Edição, Almedina, 2012, página 642 e ANTÓNIO SEQUEIRA RIBEIRO, *ob. cit.*, página 308.

⁹² Através desta cláusula, é ultrapassado, nas palavras de ALMEIDA COSTA e PINTO RIBEIRO, *ob. cit.*, página 19, “o risco de se ter de provar a ocorrência dos pressupostos que condicionam o direito do beneficiário.”

⁹³ CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, página 536: “Atinge-se a segurança total: a garantia é não só autónoma – (usando a formula tradicional) porque não são oponíveis as exceções relativas a relação principal – como também é automática – porque a entrega da soma pecuniária pelo garante é imediata, eliminando-se a litigância entre garante e beneficiário sobre a verificação do facto constitutivo do direito do beneficiário.”

A automaticidade altera, deste modo, a estrutura tradicional da garantia bancária autónoma ao nível da exigibilidade do cumprimento da obrigação do garante de entregar a quantia pecuniária acordada ao beneficiário.

Contrariamente, nas garantias bancárias autónomas simples – onde não se prevê a cláusula à (mera) solicitação -, o credor-beneficiário só poderá exigir o pagamento da quantia pecuniária se lograr provar o facto que é pressuposto da constituição dessa obrigação⁹⁴.

Naturalmente, as garantias bancárias autónomas à (mera) solicitação acarretam, por serem automáticas, mais vantagens, uma vez que são mais seguras, expeditas e eficazes para o beneficiário e bastante mais operacionais para o próprio garante⁹⁵.

Num primeiro plano, é seguro constatar que é uma garantia tão segura para o beneficiário como o depósito de dinheiro ou valores⁹⁶.

Num segundo plano, diz-se que é mais expedita pelo facto de ser indiscutivelmente mais célere a entrega da quantia acordada pelo garante, pois o credor-beneficiário não tem o ónus de provar o fundamento da sua pretensão, bastando-se a mera solicitação da entrega pecuniária, nem de recorrer em caso de litígio com o garante a um processo judicial ou arbitral moroso, dispendioso e incerto.

Em derradeiro, esta garantia é mais eficaz porquanto atinge a sua autonomia no estado mais puro – o auge da autonomia – eliminado qualquer possibilidade de litigância entre o garante e o credor-beneficiário relativamente ao facto que legitima o direito deste último⁹⁷.

Acresce que as garantias automáticas são também do maior interesse do garante: em primeiro lugar porque normalmente recebe uma retribuição superior⁹⁸; em segundo lugar, atinge uma posição de total neutralidade, pois retira-se em absoluto dos eventuais litígios entre credor-beneficiário e o devedor-dador da ordem garantido – o garante paga, sem mais, sendo reembolsado posteriormente pelo garantido⁹⁹.

⁹⁴ V.g., o incumprimento do devedor-dador da ordem principal, a mora no cumprimento, o cumprimento defeituoso, entre outros.

FERRER CORREIA, *ob. cit.*, página 14 fornece alguns exemplos: “o não cumprimento das obrigações contratuais do fornecedor, do empreiteiro, do vendedor; o não pagamento do preço pelo comprador; a não restituição das somas adiantadas pelo armador ao construtor do navio.”

⁹⁵ CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, página 537.

⁹⁶ ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, página 19: “tudo se passa (...) como se o banco, no momento em que se obrigou perante o beneficiário, tivesse depositado à ordem deste o montante estipulado na garantia.”

⁹⁷ Citando ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, página 19: “paga-se primeiro, discute-se depois.”

⁹⁸ CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, página 537.

⁹⁹ GALVÃO TELLES, Inocêncio, *ob. cit.*, página 283: o garante paga ao beneficiário de “olhos fechados”, mas quando vai exigir esta obrigação ao garantido vai também ser reembolsado de “olhos fechados”.

CAPÍTULO III – DELIMITAÇÃO PERANTE FIGURAS

AFINS

1. Delimitação perante figuras afins

A garantia bancária autónoma não se confunde com a fiança, o aval, o crédito documentário ou o depósito, embora se possa afirmar que se trata de figuras jurídicas que lhe são próximas. Importa, assim, fazer uma distinção e delimitação perante estas figuras afins.

1.1. A fiança

A garantia bancária autónoma e a fiança têm em comum o facto de lhes caberem a qualificação de garantias especiais das obrigações, visando reforçar as garantias gerais das obrigações, sendo ambas garantias pessoais¹⁰⁰ – pois ambas se traduzem em direitos de crédito ao serviço de outros direitos de crédito¹⁰¹.

A fiança é a garantia pessoal pelo qual um terceiro – o fiador – assegura com o seu património o cumprimento da obrigação do devedor, ficando pessoalmente obrigado perante o respetivo credor. O fiador cumpre, assim, a obrigação principal, caso o devedor não a cumpra, bem como a sua obrigação pessoal¹⁰².

A fiança é caracterizada pela acessoriedade¹⁰³: deve seguir a forma exigida para a obrigação principal¹⁰⁴, não pode exceder a dívida principal nem ser contraída em condições mais onerosas¹⁰⁵, não é válida se não o for a obrigação principal¹⁰⁶, permitindo ao fiador, por regra, opor ao credor os meios de defesa que competem ao devedor¹⁰⁷ e extingue-se com a extinção da obrigação principal¹⁰⁸.

¹⁰⁰ Estabelece o artigo 627.º, n.º 1 do Código Civil: “O fiador garante a satisfação do direito de crédito, ficando pessoalmente obrigado perante o credor.”

Afirmamos, deste modo, que o preceito atribui à fiança o carácter de garantia pessoal das obrigações.

¹⁰¹ PINHEIRO, Jorge Duarte, *ob. cit.*, página 423.

¹⁰² Refere VAZ SERRA, *ob. cit.*, página 20: “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 objetivo dar lugar o resultado de ser cumprida aquela outra obrigação)”.

¹⁰³ Lê-se no artigo 627.º, n.º 2 do Código Civil: “A obrigação do fiador é acessória da que recai sobre o principal devedor.”

¹⁰⁴ Artigo 628.º, n.º 1 do Código Civil.

¹⁰⁵ Artigo 631.º, n.º 1 do Código Civil.

¹⁰⁶ Artigo 632.º, n.º 1 do Código Civil.

¹⁰⁷ Artigo 637.º, n.º 1 do Código Civil.

¹⁰⁸ Artigo 651.º do Código Civil.

Outra característica, embora não essencial, da fiança é a subsidiariedade, que se traduz no benefício da excussão prévia¹⁰⁹, só podendo ser exigido o cumprimento da obrigação ao fiador quando o devedor principal não cumpra nem possa cumprir a obrigação principal, podendo o fiador 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 mesmo o fiador exigir a prévia execução dos bens sobre os quais recaiam uma eventual garantia real constituída por terceiro, desde que seja anterior ou contemporânea à fiança¹¹⁰.

Todavia, esta subsidiariedade não é essencial pois pode ser afastada quando o fiador tiver renunciado previamente ao benefício da excussão prévia – se, desde logo, assumiu a obrigação de principal pagador¹¹¹; 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 Açores¹¹² ou; quando a obrigação principal tiver natureza comercial¹¹³.

A fiança, ao longo da história, acumulou uma série de defesas, relativamente ao fiador, dando azo à acessoriedade forte e subsidiariedade – a existir – igualmente forte.

Diferentemente, as garantias bancárias autónomas são caracterizadas, exatamente, pela sua autonomia – não são acessórias -, por oposição à acessoriedade que caracteriza a fiança. O garante não pode invocar os meios de defesa que assistam ao devedor-dador da ordem principal, ao ponto de alguma doutrina defender mesmo a inaplicabilidade, ainda que analógica, das regras da fiança às garantias bancárias autónomas¹¹⁴.

Apontamos também que na fiança estamos perante uma responsabilidade acessória em tudo igual ao devedor, ao passo que no contrato autónomo de garantia estamos perante uma responsabilidade própria e autónoma, em tudo distinta da do devedor¹¹⁵.

¹⁰⁹ Artigo 638.º do Código Civil e artigos 745.º e 751.º, n.º 5, alínea f) do Código de Processo Civil.

¹¹⁰ Artigo 639.º, n.º 1 do Código Civil.

¹¹¹ Artigo 640.º, n.º 1 do Código Civil.

¹¹² Artigo 640.º, n.º 2 do Código Civil.

¹¹³ O artigo 101.º do Código Comercial arreda a possibilidade ao fiador do benefício da excussão prévia, o que se compreende, tendo em conta as características da atividade económica em causa.

¹¹⁴ Quem o confirma é MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, ob. cit.*, página 527.

¹¹⁵ A este propósito, escreve FRANCISCO CORTEZ, *ob. cit.*, páginas 556 e 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 objecto, 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 própria (ainda que por conta do devedor) pelo garante.

Por fim, a fiança pode ser emitida por qualquer interessado, contrariamente às garantias bancárias autónomas que estão reservadas às instituições de crédito e às sociedades financeiras¹¹⁶.

1.2. O aval

O aval encontra-se mais próximo da garantia bancária autónoma do que a fiança, mas na prática os institutos não se confundem.

O aval consiste numa declaração escrita em determinados títulos de crédito – letras, livranças ou mesmo em cheques e extratos de faturas –, em que uma pessoa – o avalista – garante, por um dos subscritores que expressamente ou tacitamente se indica – o avalizado – o pagamento total ou parcial da obrigação pecuniária naquele incorporada, sendo também uma garantia especial pessoal.

O aval garante o pagamento de uma letra¹¹⁷, de uma livrança¹¹⁸, ou de um cheque¹¹⁹, ficando o avalista responsável da mesma maneira que a pessoa – ou empresa – por ele afiançada e está obrigado ainda que a obrigação garantida seja nula por qualquer razão que não seja um vício de forma¹²⁰.

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. O avalista pode socorrer-se de todos os meios de defesa que cabem ao “afiançado”, com exceção dos decorrentes da invalidade substancial da relação subjacente. É, assim, característica do aval uma acessoriedade imperfeita ou uma autonomia limitada¹²¹.

Fundamentalmente, são duas as diferenças entre a obrigação do avalista e a obrigação a que se vincula o garante na garantia bancária autónoma: em primeiro, a autonomia do aval é mais limitada do que a da garantia bancária autónoma, que não sendo

Sendo própria e distinta, esta obrigação não se molda sobre qualquer obrigação do devedor (de prestar ou de indemnizar), quer quanto ao objeto – 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.”

¹¹⁶ *Supra*, página 19.

¹¹⁷ Artigo 30.º da Lei Uniforme relativa às Letras e Livranças.

¹¹⁸ Artigo 30.º da Lei Uniforme relativa às Letras e Livranças, *ex vi* do artigo 77.º do mesmo diploma.

¹¹⁹ Artigo 25.º da Lei Uniforme relativa aos Cheques.

¹²⁰ Artigos 32.º da Lei Uniforme relativa às Letras e Livranças e 27.º da Lei Uniforme relativa aos cheques.

¹²¹ CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, páginas 558-560

absoluta, é uma autonomia “pura”, só limitada ao nível superior dos princípios fundamentais e imperiosos; em segundo, a autonomia do aval é imperfeita, pois é 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.

O aval consiste numa declaração escrita num título de crédito, no qual 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 e o credor-beneficiário.

Destarte, estas figuras distinguem-se: desde logo, quanto à forma, que no aval surge como manifestação expressa num título de crédito; quanto ao sujeito, o aval pode ser emitido por qualquer pessoa e não exclusivamente por uma instituição de crédito ou sociedade financeira; por último, o aval mantém uma acessoriedade mais forte do que a garantia bancária autónoma.

1.3. O crédito documentário

No crédito documentário¹²², o banco tem de pagar ao vendedor contra a apresentação dos documentos, cabendo somente ao banco conferi-los, com o desiderato de aferir se estão em “aparente boa ordem”. O banco apenas pode recusar o pagamento se os documentos não observarem as condições constantes da carta de crédito, estando-lhe vedado a invocação de quaisquer aspetos da relação comprador-vendedor.

Trata-se de uma figura que tem como desiderato específico a realização do pagamento de um preço através de um estabelecimento bancário, apesar de indiretamente representar uma garantia para o vendedor a quem é assegurado que receberá pontualmente o preço, aproximando-se de algumas modalidades da garantia bancária autónoma, mormente da garantia de pagamento.

Apesar das suas semelhanças – em especial pelo grau de autonomia do crédito bancário –, esta figura tem um âmbito mais restrito, uma vez que só funciona como garantia de um contrato de compra e venda. Pelo contrário, as garantias bancárias

¹²² Afirmam JOSÉ AUGUSTO GASPAR e MÁRIO MARTINS, *Operações bancárias*, Lisboa, sem data, página 244: “Entende-se por crédito documentário 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-exportar o valor das suas mercadorias contra a entrega dos documentos estipulados pelo crédito.”

autónomas podem respeitar a um contrato de outra natureza ou até mesmo a uma obrigação não contratual¹²³.

Contrariamente ao que sucede no crédito documentário, em que o banco tem de lograr o pagamento mediante a apresentação dos documentos, as garantias bancárias autónomas não dependem da receção pelo garante de qualquer documento, bastando a mera interpelação – se estivermos perante uma garantia bancária autónoma automática – ou da prova do credor-beneficiário do incumprimento da obrigação do devedor – se se tratar de uma garantia bancária autónoma simples.

No crédito documentário, quem reclama o pagamento entrega documentos que sugerem o cumprimento da obrigação pelo reclamante, ao passo que nas garantias bancárias autónomas o credor-beneficiário reclama o pagamento, alegando o não cumprimento da obrigação principal¹²⁴.

1.4. O depósito

No campo 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 diversos tipos de garantias reais, como a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, os privilégios creditórios, o direito de retenção, a penhora e o arresto.

É havido como penhor o depósito de dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos¹²⁵.

Este depósito em 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 das garantias bancárias autónomas, em especial se for uma garantia automática – à (mera) primeira solicitação – pois tudo se passa do ponto de vista do credor-beneficiário como se tivesse, sem ter realmente, “dinheiro depositado à sua ordem”¹²⁶.

Do ponto de vista do credor, pela segurança que lhe é oferecida, o depósito de dinheiro ou valores permite ultrapassar algumas fragilidades da fiança e inconvenientes do aval. A grande vantagem para o credor reside no facto de, em caso de desacordo entre este e o devedor, sustentando este último – depositante – que nada deve ao primeiro –

¹²³ A confirmar, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, página 284.

¹²⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte, *ob. cit.*, página 425.

¹²⁵ Artigo 666.º, n.º 2 do Código Civil, *ex vi* do artigo 623.º, n.º 1 do Código Civil.

¹²⁶ CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, página 564.

depositário – é ao depositante que cabe demandar o depositário e lograr prova do que alega reclamando a restituição do depósito.

Porém, o depósito de dinheiro ou valores acarreta também desvantagens significativas, por implicar um congelamento dos valores depositados, quer para o credor – que só tem verdadeiramente acesso aos valores se e quando o devedor não cumprir a sua obrigação – quer para o devedor – que deixa de poder rentabilizar os valores.

Pelo exposto, a destrição entre estas figuras afigura-se tarefa relativamente fácil e intuitiva. Nas garantias bancárias autónomas, contrariamente ao que sucede no depósito em dinheiro ou valores, o devedor-dador da ordem não entrega à guarda do garante qualquer valor patrimonial para assegurar o direito do credor, antes se limita a celebrar com o garante um contrato de mandato – sem representação¹²⁷ - pelo qual este último se obriga a celebrar com o credor-beneficiário um contrato autónomo de garantia.

Naturalmente que nas garantias bancárias autónomas o devedor-dador da ordem terá também de 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 devedor-dador da ordem -, o que é distinto do que ocorre 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 em caso de incumprimento da obrigação¹²⁸.

¹²⁷ *Supra*, páginas 26-27.

¹²⁸ CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, páginas 565-565.

CAPÍTULO IV – DAS GARANTIAS BANCÁRIAS AUTÓNOMAS:

NATUREZA, FORMAÇÃO, FORMA E INTERPRETAÇÃO, MODALIDADES E EXCEÇÕES

1. A natureza das garantias bancárias autónomas

O contrato de garantia bancária autónoma surgiu como forma de conceder uma garantia eficaz e célere, com maior segurança para os sujeitos envolvidos – por ser prestada por um banco, cuja solvabilidade não costuma, por regra, ser posta em causa e por ser autónoma em relação à obrigação garantida -, fundada no princípio do consensualismo que vigora quanto a este contrato.

Nasce, assim, como uma criação prática comercial sem um apoio concreto na lei. É um negócio jurídico atípico, baseado na autonomia privada¹²⁹.

Na sua base, a atipicidade do contrato tem os negócios jurídicos típicos¹³⁰, admitindo-se hoje a garantia bancária autónoma como contrato individualizado, fruto da evolução do contrato de fiança – a garantia bancária autónoma foi buscar a função de garantia e aspetos com ela relacionados, excluindo, em particular, a acessoriedade -, de mandato – sendo um contrato autónomo, assenta na ordem que o garantido dá ao garante de, verificados certos pressupostos, pagar ao beneficiário, integrando esta ordem tendencialmente na estrutura negocial de um mandato – e da promessa de cumprimento – sem assentar no pressuposto unilateral¹³¹, porque a relação é contratual, o garante promete sob condição pagar uma quantia pecuniária ao credor-beneficiário.

É discutido na doutrina se a garantia bancária autónoma se estabelece por um negócio jurídico unilateral ou, contrariamente, se surge por via de um contrato¹³². É nosso entendimento que a garantia bancária autónoma se estabelece por contrato, valendo o

¹²⁹ FERRER CORREIA, *ob. cit.*, página 248; CANARIS, *ob. cit.*, páginas 749 e seguintes.

¹³⁰ ROMANO MARTINEZ, Pedro, *ob. cit.*, página 286.

¹³¹ Previsto no artigo 458.º do Código Civil.

¹³² Quanto à natureza contratual da garantia bancária autónoma, *vide* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de setembro de 1993, *Coleção de Jurisprudência* (Supremo Tribunal de Justiça), I (1993), Tomo III, páginas 25 e 26, assim como FERRER CORREIA, *ob. cit.*, página 249 e ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Garantias Bancárias Autónomas. Breves Reflexões, Juris et de Jure. Nos 20 Anos da Faculdade de Direito da UCP*. Porto, Porto, 1998, páginas 327 e seguintes. Em sentido diverso, SEQUEIRA RIBEIRO, *ob. cit.*, páginas 124 e seguintes e MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, ob. cit.*, página 563.

designado princípio do contrato, estando a eficácia dos negócios jurídicos unilaterais limitada^{133_134}.

Não basta uma declaração do garante no sentido de prestar garantia, porquanto esta conjuga-se com a aceitação por parte do credor, tendo a garantia bancária autónoma por base uma obrigação que se pretende garantir e pressupõe a existência de dois negócios jurídicos coligados: por um lado, entre o devedor-dador da ordem e o garante e, por outro, entre o garante e o credor-beneficiário. Em ambos os acordos são imperiosas duas declarações negociais – ainda que, no caso do credor-beneficiário esta declaração se encontrar implícita no seu comportamento, que pode ter feito uma proposta ou aceitação tácita por via da assunção de um comportamento concludente¹³⁵.

¹³³ Por força do artigo 457.º do Código Civil.

¹³⁴ A perfilhar o entendimento, ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, página 286.

¹³⁵ A respeito da aceitação tácita *vide* PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Coimbra, 1995, páginas 746 e seguintes. Se o beneficiário da garantia praticou factos dos quais se possa concluir, com base nas regras gerais de interpretação das declarações negociais, que pretende beneficiar da garantia, dir-se-á que estamos perante um comportamento concludente que constitui o elemento objetivo da declaração tácita de aceitação (ou de proposta) de contrato de garantia.

Todavia, somos da opinião que a declaração tácita tem de ser do credor-beneficiário e não do garante, não se aplicando, desta forma, o artigo 628.º do Código Civil.

Seguindo o entendimento jurisprudencial¹³⁶ e a doutrina majoritária¹³⁷⁻¹³⁸, defendemos que o contrato de garantia, celebrado entre o garante e o credor-beneficiário tem natureza causal: a função de garantia.

A questão não é despicienda, tendo em conta que o nosso ordenamento jurídico proíbe os negócios abstratos que a lei não consinta¹³⁹, tal como o francês e o italiano. Vale, deste modo, ao contrário do que sucede na Alemanha, o princípio da causalidade, e a abstração negocial, isto é, “omissão textual de causa final do ato”¹⁴⁰ só é permitida num conjunto fechado de tipos negociais.

A natureza da garantia bancária autónoma é, destarte, de garantia: o título ou carta onde esteja exarada a garantia não vale por si, antes dependendo do contrato subjacente, pretendendo assegurar o cumprimento de uma obrigação. Esta funcionalidade exprime-

¹³⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07 de novembro de 1990, *Boletim do Ministério da Justiça*, 401, páginas 478 e seguintes; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de março de 1995, *Coleção de Jurisprudência* (Supremo Tribunal de Justiça), III (1995), Tomo I, páginas 137 e seguintes.

Já no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09 de janeiro de 1997, *Coleção de Jurisprudência* (Supremo Tribunal de Justiça), V (1997), Tomo I, página 35, taxativamente, afirma-se que o contrato de garantia bancária autónoma é causal, mas apenas no sentido de que visa uma função de garantia independente do contrato base, não acessório deste e inteiramente desligado da relação entre o beneficiário e o dador da ordem. Porém, no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 04 de junho de 1998, *Coleção de Jurisprudência XXIII* (1998), Tomo III, página 265, afirma-se que “tal contrato não tendo natureza causal, também não pode classificar-se de abstrato.”

¹³⁷ ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, página 27 defendem a 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 abstrato, sem causa”. Concluem os autores que o contrato de garantia bancária autónoma é um verdadeiro negócio causal porque a sua causa – a sua finalidade económico-social – reside precisamente em “garantir determinado contrato-base”. Uma finalidade objetivada na carta de garantia e nos contratos – entre o devedor e credor e entre o devedor e o garante – que a precedem.

FERRER CORREIA, *ob. cit.*, página 12, defende o carácter causal da garantia bancária autónoma 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”. Acresce o autor que o contrato de garantia tem como fundamento o negócio jurídico de que procede a obrigação garantida (contrato principal), constituindo este último negócio jurídico o pressuposto do primeiro, ou seja, a sua causa.

Por sua vez, GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, página 290, afasta-se, em parte, da solução de FERRER CORREIA, entendendo que a garantia bancária autónoma tem natureza causal porque tem a sua justificação no contrato base: “A garantia automática é uma obrigação causal, como a fiança, porque visa, como esta, uma função de garantia e essa função, que constitui a sua causa, está objetivada no respetivo contrato.

ROMANO MARTINEZ, Pedro, *ob. cit.*, página 387.

MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil, ob. cit.*, páginas 572-573.

Ainda FRANCISCO CORTEZ, *ob. cit.*, páginas 579-580, manifesta-se no sentido da “inequívoca admissibilidade do contrato de garantia bancária autónoma na ordem jurídica portuguesa”, sublinhando algumas fragilidades – resultantes, certamente, da complexidade da noção de causa -, que atingem a fórmula encontrada pela doutrina majoritária. Dificuldades e dúvidas que, segundo o 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.””.

¹³⁸ Em sentido diverso, SIMÕES PATRÍCIO, *ob. cit.*, páginas 254-255, que pugna pela natureza abstrata do contrato autónomo de garantia, acabando, no entanto, por concluir pela validade deste na ordem jurídica nacional 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 abstrato estabelecida pelo artigo 458.º do Código Civil.

¹³⁹ Vide o artigo 458.º do Código Civil.

¹⁴⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos II, Conteúdo. Contratos de Troca*, Almedina, 2007, página 121: “negócios abstratos 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 respetivo conteúdo”.

se num mínimo de acessoriedade e de subsidiariedade, ainda que fracas, estando esta garantia condicionada pela autonomia que caracteriza este negócio jurídico¹⁴¹⁻¹⁴².

Não é, pois, um negócio jurídico abstrato, cuja causa não faz parte do conteúdo, e que vale independentemente dessa causa, antes um negócio jurídico causal. Sendo causal, todavia, é um negócio jurídico autónomo com respeito à obrigação garantida e ao vínculo constituído entre o devedor e o garante.

¹⁴¹ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil, ob. cit.*, página 572.

¹⁴² ROMANO MARTINEZ, Pedro, *ob. cit.*, página 287.

2. Formação, forma e interpretação

2.1. Formação

A garantia bancária autónoma surge por via de contrato e não por ato unilateral^{143,144}, sendo admissível por força do princípio da autonomia privada¹⁴⁵.

Porém, não podem deixar de ser verificados alguns quesitos na formação do contrato que dá azo a uma garantia bancária autónoma¹⁴⁶.

Recai, desde logo, sobre o banqueiro o ónus de informar o seu cliente dos aspetos em causa, mormente o seu regime aplicável. Este dever, conforme a experiência do interessado, terá maior ou menor grau de intensidade¹⁴⁷. Acrescidas às regras da *culpa in contrahendo*¹⁴⁸, o banqueiro terá de cumprir os deveres específicos que lhe cabem nessa qualidade.

As garantias bancárias autónomas são, por regra e como sucede na maioria dos contratos entre banco e cliente, concluídas e emitidas com base em cláusulas contratuais gerais¹⁴⁹ pré-elaboradas pelos banqueiros – que incluem também a(s) comissão(ões) em prol do banco emitente.

2.2. Forma

Por se tratar de um negócio atípico e inominado, o contrato de garantia bancária autónoma não está sujeito a nenhuma forma solene legalmente estabelecida.

Ao contrário do que sucede na Alemanha, onde é controvertida a aplicação à garantia bancária autónoma da forma da fiança – sujeitando-a à exigência de documento

¹⁴³ O artigo 457.º do Código Civil dispõe: “A promessa unilateral de uma prestação só obriga nos casos previstos na lei”.

Discordamos da posição adotada por MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, ob. cit.*, página 563, quando afirma que este preceito não representa um obstáculo, porquanto a lei, em diversos normativos, postula a constituição unilateral da fiança, aplicando-se a lógica subjacente às garantias bancárias autónomas, acrescentando, ademais, proliferam, no Direito bancário, situações unilaterais, numa lógica que não ofende o Direito civil.

¹⁴⁴ *Supra*, páginas 43-44.

¹⁴⁵ Prevista no artigo 405.º do Código Civil.

¹⁴⁶ *Supra*, páginas 28 e seguintes.

¹⁴⁷ Sobre o dever de informação, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito bancário, ob. cit.*, páginas 367 e seguintes.

¹⁴⁸ *Ibidem*, páginas 447 e seguintes.

¹⁴⁹ Aplicando-se, destarte, o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

Recai sobre o banqueiro o ónus da comunicação e o dever de informação previstos nos artigos 5.º e 6.º do diploma, respetivamente, sob pena de certas cláusulas se terem por não escritas – artigo 8.º -, operando um controlo judicial sobre o próprio conteúdo das cláusulas. A este respeito, vide ALMENO DE SÁ, *ob. cit.* e ANA PRATA, *ob. cit.*

escrito -, no ordenamento jurídico português não parece – à primeira vista – ser de equacionar a aplicação analógica da forma da fiança¹⁵⁰.

Porém, somos a concordar com a posição de MENEZES LEITÃO¹⁵¹: pelo risco inerente que envolve esta garantia, não podemos aplicar, sem mais, a liberdade de forma¹⁵², sendo de exigir – até mesmo para assegurar a ponderação da decisão do garante – a forma escrita para a declaração do vinculado à garantia bancária autónoma.

Já no que concerne à aceitação por parte do credor-beneficiário, não será de exigir uma forma especial¹⁵³, podendo a aceitação ser meramente tácita¹⁵⁴.

2.3. Interpretação

As garantias bancárias autónomas regem-se, por se tratar de Direito bancário, pela interpretação negocial ligada ao primeiro entendimento – diversamente ao que acontece na fiança em que opera a regra do *favor fideiussoris*¹⁵⁵. Não podemos olvidar que estamos no campo negocial, não podendo haver lugar para subjetivismos. Têm, destarte, de ser interpretadas de acordo com o seu teor verbal, ligada ao primeiro entendimento, valendo o que conste do título.

O próprio texto da garantia traz consigo os termos de interpretação, aplicando as regras de interpretação das cláusulas da carta de garantia^{156_157}.

¹⁵⁰ Não se exige, deste modo, um documento escrito, contrariamente à fiança – a qual se aplica o artigo 628.º do Código Civil.

¹⁵¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob. cit.*, página 145.

¹⁵² Prevista no artigo 219.º do Código Civil.

¹⁵³ Prevalecendo a regra do artigo 219.º do Código Civil.

¹⁵⁴ Por força e ao abrigo dos artigos 217.º e 234.º do Código Civil.

¹⁵⁵ *Rectius*, a via que menos prejudica o fiador.

¹⁵⁶ *Supra*, página 48.

¹⁵⁷ No que respeita à interpelação, por força das “*Uniform Rules for Demand Guarantees*” da Câmara do Comércio Internacional, deve ser feita por escrito e deve ser acompanhada dos elementos requeridos – artigo 15.º -, devendo o banqueiro, se interpelado, estudar a interpelação, os documentos que a acompanham e os termos da carta, tendo o prazo de cinco dias úteis – artigo 20.º -, podendo a carta fixar outro prazo. Contudo, é nosso entendimento que o prazo fixado não pode ser mais curto, porquanto cinco dias úteis é o prazo razoável.

3. Modalidades das garantias bancárias autónomas

É usual a doutrina classificar as garantias bancárias autónomas recorrendo a três critérios: quanto ao fim da garantia; quanto ao seu carácter direto ou indireto e; a sua automaticidade¹⁵⁸. Preferimos, todavia, adotar os critérios de MENEZES CORDEIRO¹⁵⁹: quanto ao âmbito geográfico; quanto à função; quanto à indicação e quanto ao funcionamento.

3.1. Âmbito geográfico

No que concerne a este primeiro critério, as garantias bancárias autónomas dizem-se nacionais ou internacionais, consoante tenham contacto com um ou mais Estados – pode derivar da relação jurídica garantia ou do facto de os seus sujeitos não pertencerem, todos, a um mesmo Estado.

Estando perante uma garantia bancária autónoma internacional, as partes dispõem quanto à lei aplicável – seja remetendo para o Direito de um dos Estados, com os quais haja conexão, seja adotando as “*Uniform Rules of Demand Guarantees*”¹⁶⁰ da Câmara do Comércio Internacional -, bem como dispõem sobre a divisa a usar e sobre o foro competente.

Quanto às garantias de elevado valor ligadas a contratos com convenções de arbitragem, é também comum a inclusão de cláusulas compromissórias.

3.2. Função

Quanto à função é habitual distinguir três tipos de garantias:

I. Garantias de oferta/Promessa mediante anúncio público/garantia de honorabilidade da proposta/Garantia de subsistência da oferta (*bid bonds/tender garateen/bietungsgrantee/garantie de soumission/garanzia di offerta*): têm como objetivo garantir que, feita uma oferta, a mesma será honrada. O proponente, feita a oferta – um contrato -, oferece uma garantia de manutenção do mesmo. Assim, se retirar a oferta ou se não a mantiver, o destinatário tem o direito à compensação, equivalente ao valor

¹⁵⁸ ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, página 20; FERRER CORREIA, *ob. cit.*, página 10; JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *ob. cit.*, páginas 680 e seguintes; FRANCISCO CORTEZ, páginas 541 e seguintes; MÓNICA JARDIM, *ob. cit.*, páginas 67 e seguintes, com indicações e transcrevendo modelos em uso; LUÍS MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, páginas 125 e seguintes; LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, páginas 125 e seguintes.

¹⁵⁹ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, *ob. cit.*, páginas 554 e seguintes.

¹⁶⁰ *Supra*, páginas 20-21.

garantido. Estas garantias justificam-se, especialmente, nas ordens jurídicas que admitem a revogabilidade das propostas de contratos até à eventual aceitação (que não é o caso da ordem jurídica portuguesa);

II. Garantias de boa execução *performance bonds/performance garante/leistungs, Lieferungs oder Erfüllungsgarantie/garantie de bonne execution du contract ou de bonne fin/garanzia di buona esecuzione*): destinam-se a garantir, perante o beneficiário, o cumprimento da obrigação. Podem visar o pagamento (do preço) ou uma cláusula penal, mas têm, obrigatoriamente, de prever o valor garantido, sendo necessário que este esteja precisamente quantificado;

III. Garantias de reembolso (*repayment bonds/advance-garanteen/anzahlungs-garantie/garantie de reversement d'acomptes/garanzia di rimborso*): destinam-se a proteger o contraente que pagou adiantadamente o preço, garantindo que lhe será restituída a importância caso a outra parte não cumpra o acordado. Correspondem, muitas vezes, à efetivação de resoluções, levadas a cabo pelo beneficiário.

3.3. Indicação

O terceiro critério utilizado distingue as garantias bancárias autónomas diretas e indiretas.

Nas primeiras – que obedecem à relação clássica triangular – o devedor dá ordem ao garante para prestar a garantia diretamente ao credor-beneficiário, sem qualquer intermediário.

Contrariamente, nas segundas – que são internacionais – interpõe-se um segundo banco, com sede no país do credor-beneficiário, 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 contragarantia a favor do banco garante (intermediário)¹⁶¹. É utilizada, por regra, quando o banco emissor não tem uma agência no local da execução da garantia.

Nas garantias bancárias autónomas indiretas não estamos perante uma figura triangular, mas antes face a uma modalidade de garantia bancárias autónoma de estrutura quadrangular, *rectius*, sobre quatro ordens de relações¹⁶²:

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

¹⁶¹ CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, páginas 543-544.

¹⁶² *Ibidem*, páginas 543-544.

- a segunda, entre o devedor-mandante e o primeiro banco (designado por contragarante) que celebram um contrato de mandato¹⁶³;

- 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 o 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.

Em regra geral, o devedor e o contragarante têm a mesma nacionalidade, diferente da nacionalidade comum do garante e credor.

3.4. Funcionamento

Esta classificação destriça as garantias bancária autónoma simples das automáticas, decorrendo das características referidas¹⁶⁴: a autonomia e a automaticidade.

São simples as garantias bancárias autónomas em que o credor-beneficiário, para exigir o cumprimento da obrigação, tem de lograr prova e demonstrar o não cumprimento da obrigação principal, não havendo subsidiariedade (forte) nem acessoriedade (forte). Verifica-se, todavia, um *minimum funcional*, porquanto a garantia pode ser detida pelo garante se não for asseverado o incumprimento da obrigação principal.

Diversamente, nas garantias bancárias autónomas automáticas – as que incluem a cláusula à (mera) primeira solicitação – basta que o credor-beneficiário interpele o garante para o pagamento, não cabendo prova do não cumprimento da obrigação principal, devendo o garante entregar-lhe imediatamente a quantia pecuniária fixada.

As garantias bancárias autónomas podem ser com ou sem análise documentária. Deste modo, nas garantias bancárias autónomas à mera solicitação com justificação documental, o credor-beneficiário terá de prover o garante com a documentação ilustrativa dos deveres em presença e da ocorrência do facto justificativo do pagamento¹⁶⁵.

Podemos, deste modo, questionar: nos casos em que estamos perante uma garantia bancária autónoma com justificação documental, a garantia não perde a característica da automaticidade?

¹⁶³ *Supra*, páginas 25-26.

¹⁶⁴ *Supra*, páginas 34 e seguintes.

¹⁶⁵ *Garantiefall*.

Se a documentação exigida for uma mera declaração – um relatório – do credor-beneficiário a comunicar ao garante a razão pela qual considera estarem preenchidos os pressupostos da execução da garantia, é nosso entendimento que esta não perdeu a sua automaticidade. Todavia, se o documento mandatário for, *v.g.*, uma sentença judicial, teremos, inevitavelmente, de concluir que esta garantia perdeu a sua automaticidade (e até mesmo a sua autonomia), ainda que estejamos perante uma cláusula “*on first demand*”.

Pese embora nas garantias bancárias autónomas à mera solicitação o garante se obrigue a pagar ao credor-beneficiário a quantia pecuniária acordada, assim que lhe seja solicitada, a garantia exige, normalmente, que o garante, antes de efetuar o pagamento, proceda à breve análise de determinados documentos: faturas, ordens de fornecimento, boletins de transporte ou embarque¹⁶⁶, exigindo as regras uniformes das garantias autónomas da Câmara do Comércio Internacional que o garante examine todos os documentos especificados no texto da garantia com um cuidado razoável¹⁶⁷. Porém, damos nota que este exame não se confunde com um juízo de cumprimento ou de incumprimento da obrigação principal.

Podemos ainda perguntar como é que determinamos se estamos perante uma garantia bancária autónoma simples ou à mera solicitação, nos casos em não está consagrada especificamente uma cláusula com a epígrafe “garantia bancária autónoma à primeira solicitação”.

A prática jurisprudencial nacional tem vindo a trilhar e a afinar a problemática, recorrendo, perante os casos concretos, às regras de interpretação¹⁶⁸ das cláusulas da carta de garantia¹⁶⁹.

¹⁶⁶ CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário*, *ob. cit.*, página 763.

¹⁶⁷ Artigos 19.º e 20.º das “*Uniform Rules for Demand Guarantees*”.

¹⁶⁸ Artigos 236.º, n.º 1 e 238.º, n.º 1 do Código Civil

¹⁶⁹ Entre outros, no sentido das garantias bancárias automáticas, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 241/07.0TBMCD-A.S1, de 19-05-2010.

No sentido das garantias bancárias autónomas simples, entre outros, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 7966/2007, de 13-12-2007.

4. A recusa legítima de pagamento

Em termos gerais, nas garantias bancárias autónomas, sob pena de inversão da configuração da garantia e com prejuízo para a utilidade que se pretende da mesma – celeridade e eficácia –, deve ser encarada como um instrumento que, quando acionada pelo credor-beneficiário, permite que este obtenha do garante uma resposta imediata, que não poderá lançar mão de exceções fundadas respeitantes ao contrato subjacente ou ao relacionamento entre o credor-beneficiário e o devedor-dador da ordem ou entre o credor-beneficiário e a entidade que assumiu o compromisso traduzido na garantia autónoma. O garante apenas pode opor as exceções literais previstas no próprio texto da garantia¹⁷⁰ e não, em princípio, as das derivadas da relação principal¹⁷¹.

Será esta garantia absoluta? A resposta não pode deixar de ser negativa, o que significa que o garante nem sempre está obrigado a realizar a prestação a que se vinculou.

Todavia, controverso é fixar os limites dessa autonomia: em que casos é de considerar a recusa legítima do pagamento? A questão revela-se ainda mais complexa nas garantias bancárias autónomas à mera solicitação, que levam a autonomia e automaticidade a um estado de pureza absoluto.

A jurisprudência e a doutrina têm-se debatido com a questão, tentando, de algum modo, estabelecer balizas contra o rigor das garantias bancárias autónomas automáticas, porquanto colocam o garante numa situação extremamente gravosa e indefesa face a um eventual abuso do credor-beneficiário¹⁷².

A fórmula “pagar primeiro e reclamar depois” abre portas a uma verdadeira “caixa de pandora”, *rectius*, a exigências injustificadas do pagamento da garantia por parte do credor-beneficiário de má-fé ao garante. Sob o manto da automaticidade, são estes abusos e fraudes cometidas pelo credor-beneficiário que constituem um atentado sério contra a operacionalidade e credibilidade desta garantia¹⁷³.

Que limites deverão ser admitidos à autonomia como forma de mitigar os riscos de abuso do credor-beneficiário e defender o dador-dador da ordem contra os perigos da automaticidade? Que exceções poderá o garante invocar para se recusar a cumprir a sua

¹⁷⁰ BONELLI, Franco, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, 1991, páginas 78 e seguintes.

¹⁷¹ GALVÃO TELLES, Inocêncio, *ob. cit.*, página 24.

¹⁷² FERRER CORREIA, António, *ob. cit.*, página 23.

¹⁷³ CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, páginas 595-597 refere que o desafio “reside, no fundo, em limitar a autonomia, para atenuar os seus perigos, mas sem reduzir a uma espécie de “*acessorietà mascherata*”, na expressão de Ressigno e Portale, que eliminaria as reconhecidas vantagens desta garantia”.

obrigação sem que corra no risco de perder a chave-mestra da garantia bancária autónoma – a inoponibilidade das exceções?

Em traços gerais, para além das inerentes ao próprio contrato autónomo de garantia (v.g. caducidade, resolução), as exceções oponíveis são de dois tipos: em primeiro, a exceção de abuso ou fraude manifestos e; em segundo, a exceção da ilicitude da causa do contrato base.

4.1. Do abuso ou fraude manifestos

É unânime na doutrina e na jurisprudência que o garante, sob pena de perder o direito de regresso sobre o devedor-dador da ordem, pode recusar o pagamento da obrigação em caso de abuso ou fraude manifestos por parte do credor-beneficiário – não só pode, como deve¹⁷⁴⁻¹⁷⁵.

O fundamento positivo desta recusa no Direito interno decorre diretamente do princípio da boa fé no cumprimento das obrigações e no exercício dos direitos¹⁷⁶ e da proibição do abuso do direito¹⁷⁷, que visa travar as situações em que a exigência do pagamento que, na normalidade das situações seria justo, se revela injusto e fere o sentido de justiça dominante, na situação concreta¹⁷⁸.

O credor-beneficiário está, naturalmente, vinculado a um verdadeiro dever de boa fé – comum a todos os contratos -, de comportamento leal e correto, que o impede de reclamar abusivamente a garantia, tendo o garante o direito de recusar o pagamento nestes casos¹⁷⁹.

Importa ter presente que a obrigação de garantia bancária autónoma tem também um carácter indemnizatório a que se vincula o garante – em seu nome, mas por conta do mandante -, comporta desvios introduzidos pela autonomia dessa obrigação, aos

¹⁷⁴ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil*, ob. cit., página 568.

¹⁷⁵ A razão é evidente já que, nas palavras de FRANCISCO CORTEZ, ob. cit., páginas 597-598, “há princípios cogentes de todo e qualquer ordenamento jurídico, que devem ser respeitados, não podendo as garantias automáticas violarem grosseiramente os referidos princípios. Princípio gerais que não podem deixar de ser os “da boa fé e do abuso de direito”.

¹⁷⁶ Artigo 762.º do Código Civil.

¹⁷⁷ Artigo 334.º do Código Civil.

¹⁷⁸ CORTEZ, Francisco, ob. cit., páginas 597-598, refere que no Direito comparado o fundamento resulta “já da boa fé, já dos usos honestos do comércio, já do abuso do direito, a “*exceptio doli*” ou a regra “*fraus omnia corrumpit*”, já da teoria dos deveres de proteção a favor de terceiros”.

¹⁷⁹ Segundo GALVÃO TELLES, ob. cit., páginas 289-290, o banco pode recusar o pagamento nos casos em que o credor-beneficiário reclama o pagamento em desconformidade com os termos do título da garantia ou proceder com má-fé – a designada 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”.

pressupostos da responsabilidade civil. Está, deste modo, dispensado o requisito da culpa do devedor, o que significa que a obrigação de indemnização se mantém mesmo nos casos em que o incumprimento da obrigação não lhe seja imputável por resultar de um *caso fortuito ou de força maior*¹⁸⁰.

Na literatura atinente a esta matéria, bem como na jurisprudência que a aplica, o abuso e a fraude vêm, muitas vezes, referidos em conjunto. Todavia, somos a discordar, havendo a que lograr uma distinção¹⁸¹.

Estamos perante um abuso sempre que a garantia seja acionada contra uma relação de confiança tutelada que se tenha instalado entre as partes - v.g., o credor-beneficiário assegura que não vai acionar a garantia e, *contra bonam fidem*, fá-lo, incorrendo em *venire contra factum proprium*¹⁸²) - ou contrariando o seu escopo e a materialidade subjacente – por exemplo, a garantia é acionada por uma falha mínima.

Por sua vez, a fraude ocorre nos casos em que o credor-beneficiário pretende receber duas vezes aquilo a que tenha direito ou na hipótese de este simular ou afirmar um incumprimento que não tenha de existir¹⁸³.

Nos casos de se tratar de uma garantia bancária autónoma à mera solicitação, a hipótese de o garante deter a garantia pela invocação de uma exceção de abuso ou fraude manifestos, tornam-se mais complexas e delicadas¹⁸⁴.

No campo puramente teórico, é questionável o alcance da vontade das partes. Quer isto dizer que, quando estamos perante uma garantia automática, as partes pretendem ficar totalmente livres de quaisquer discussões anteriores ao pagamento: a velha máxima “pagar primeiro discutir depois”. O credor-beneficiário, quando interpela o garante, espera receber o pagamento sem mais. Todavia, naturalmente que o Direito não pode tolerar comportamentos abusivos e fraude manifestos, por mais soberana que seja a vontade das partes¹⁸⁵.

¹⁸⁰ BRANCO, Manuel Castelo, *ob. cit.*, páginas 80-81, 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.

¹⁸¹ Acompanhamos a posição adotada por MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, ob. cit.*, páginas 568-569.

¹⁸² Vide MENEZES CORDEIRO, António, *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, 2017.

¹⁸³ Vários são os casos mais patentes de abuso ou de fraude manifestos:

- quando são acionadas as garantias e os contratos a que respeitam já foram cumpridos;
- em face de garantias movimentadas por incumprimentos mínimos ou em face de puras divergências de opinião, que não se tenham repercutido na execução do combinado;
- na eventualidade de se invocar um inadimplemento que, em si, seja justificado por via de uma cessação, de uma compensação ou, até, de uma exceção do contrato não cumprido.

¹⁸⁴ *Supra*, páginas 53-56.

¹⁸⁵ A perfilar este entendimento, entre outros, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. n.º 74/14.7T8LSB.L1-7, de 08-09-2015.

Em termos práticos, a temática complica, porquanto a mais sólida e justa posição pode sempre ser acusada de abuso e, se com isto se detiver o funcionamento da garantia bancária autónoma, ter-se-á destruído os valores as partes construíram: se o garante detiver o pagamento invocando pura e simplesmente abuso ou fraude manifestos, as características basilares destas garantias são arruinadas.

Destarte, o garante, para invocar uma exceção de abuso ou fraude manifestos, deve reunir dois requisitos:

I. Um abuso grave, de tal modo que estejam em causa valores fundamentais do sistema, nos quais não se deva ceder;

II. Uma prova “líquida” irrefutável de que assim é¹⁸⁶.

O garante deve, para invocar estas exceções, ponderar as provas que lhe sejam apresentadas pelo mandante: se concluir pelo abuso, deve bloquear o pagamento. Não obstante, o garante pode não se sentir suficientemente confortável para sustar o pagamento, podendo, nestes casos, fazer uso de uma ordem judicial que suspenda o seu pagamento ou, em alternativa, requerer o arresto, contra o credor-beneficiário, da importância que este último tenha recebido¹⁸⁷.

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

É ainda defensável considerar, para além da nulidade da garantia por inexistir uma relação subjacente e do recurso abusivo ou de má-fé, fundamento de recusa à garantia por parte do credor-beneficiário a ilicitude do negócio base por violação de ordem pública e internacional¹⁸⁸.

Se defendemos que a natureza jurídica 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, naturalmente, ao

¹⁸⁶ FERRER CORREIA, *ob. cit.*, página 22, em concordância com CANARIS, *ob. cit.*, páginas 820 e seguintes, afirma que esta exigência de prova líquida e inequívoca em poder do garante deverá ser dispensada quando a fraude manifesta ou abuso evidente for um facto público ou notório. Neste caso, o garante é, desde logo, mesmo sem ter em seu poder uma prova líquida e inequívoca, obrigado a recusar o pagamento da garantia.

Sobre a questão pronunciou-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de dezembro de 1990, *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XV, Tomo V, 1990, páginas 135 e seguintes.

¹⁸⁷ JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, páginas 327 e seguintes.

¹⁸⁸ PATRÍCIO, Simões, *ob. cit.*, páginas 707 e seguintes.

contrato de garantia – que tem por sua causa garantir o contrato-base -, pelo que a sua causa é também ilícita.

Nestes casos limite, o garante pode recusar o pagamento em caso de invalidade do negócio causal por ofensa dos bons costumes ou de lei imperativa¹⁸⁹.

Esta posição facilmente se compreende, porquanto sendo ilícito o objeto da garantia – por exemplo, um contrato de tráfico de droga ou de armas -, não pode deixar de ser ilícito o contrato autónomo de garantia.

Há, todavia, quem apoie que esta exceção 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 da ordem pública interna do Estado do garante. A ideia é sustentada porque, a admitir tal exceção, estar-se-ia a frustrar a vontade das partes ao celebrar a garantia, assegurando o crédito contra os riscos de certas medidas, próprias das convulsões políticas – a que exatamente a garantia quis poupar o credor-beneficiário.

Somos a discordar¹⁹⁰. Não há posições inabusáveis: não podem ser afastadas normas imperativas, por muito imperante que seja a vontade das partes.

Se o contrato-base ofender a ordem pública ou os bons costumes, a ilicitude acarreta a nulidade da garantia.

Não obstante, a nulidade do contrato-base por violação de lei “económica” do país do devedor-dador da ordem – ainda que declarada por sentença transitada em julgada – não pode bloquear a pretensão do credor-beneficiário, sujeita a um outro regime normativo, na medida em que o contrato de garantia serve, justamente, para defender o credor-beneficiário contra todos os riscos de inexecução do contrato-base, mormente a legislação do país do devedor, que aquele, por norma, não é obrigado a reconhecer.

O pagamento de uma garantia à mera solicitação pode também ser recusado em determinadas situações típicas, como, por exemplo, a extinção da garantia por cumprimento, resolução ou caducidade, além das hipóteses de abuso ou fraude manifestos por parte do credor-beneficiário¹⁹¹

¹⁸⁹ FERRER CORREIA, António, *ob. cit.*, página 30.

¹⁹⁰ A sustentar o nosso entendimento, JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *ob. cit.*, página 708.

¹⁹¹ MENEZES LEITÃO, Luís, *ob. cit.*, páginas 130-131.

CAPÍTULO V – DOS DIREITOS DO GARANTE APÓS O PAGAMENTO DA GARANTIA

1. Dos direitos do garante após o pagamento da garantia

Após a execução da garantia, o garante, caso tenha logrado o pagamento, fica subrogado nos direitos que o credor-beneficiário tinha contra o garantido¹⁹². Quer isto dizer que o garante, que cumpre a obrigação de garantia, tem o direito a obter, do devedor-dador da ordem, o reembolso da quantia paga¹⁹³. Por sua vez, o devedor-dador da ordem deverá reembolsar o garante, sem poder opor os meios de defesa respeitantes à relação principal – na verdade, mesmo que a solicitação do credor-beneficiário não encontre apoio no contrato-base, é sobre o devedor-dador da ordem (e não sobre o credor-beneficiário) que recai o encargo de restituir a soma liquidada pelo garante.

No caso de se tratar de uma garantia bancária autónoma automática, por regra, um dos termos do negócio é que o reembolso do garante seja também à mera solicitação, o que exclui que o devedor possa opor ao garante as exceções relativas ao crédito que sobre ele tinha o beneficiário, devendo efetuar também automaticamente o pagamento e reclamar posteriormente do credor-beneficiário o que ele obteve do garante, caso tenha acionada indevidamente a garantia¹⁹⁴.

A questão é, normalmente, tratada no próprio texto dos contratos celebrados entre devedor-dador da ordem e o garante, nos quais se acautela o “direito de regresso” deste contra aquele¹⁹⁵.

Ainda que o contrato de mandato seja, por qualquer razão, inválido, o garante poderá exigir ao devedor-dador da ordem o reembolso, lançando mão do instituto da gestão de negócios ou do enriquecimento sem causa¹⁹⁶.

¹⁹² Artigo 592.º do Código Civil.

¹⁹³ Esta obrigação de reembolso decorre diretamente do artigo 1182.º do Código Civil, nos termos do qual o mandante deve reembolsar o mandatário do que este houver despendido no cumprimento das obrigações contraídas em execução do mandato.

¹⁹⁴ MENEZES LEITÃO, Luís, *ob. cit.*, página 130.

¹⁹⁵ VILLEREY, André, *Les garanties bancaires em droit français*, em *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, página 275.

¹⁹⁶ Quem o confirma é JOSÉ DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, página 452.

1.1. Pagamento sendo a recusa ilegítima

Na hipótese de o garante pagar e, posteriormente, se verificar que o credor-beneficiário solicitou irregularmente o pagamento, 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 devedor-dador da ordem pode reaver a parte da quantia liquidada, em cumprimento da obrigação de reembolso, intentando contra o credor-beneficiário, por exemplo, uma ação de enriquecimento sem causa.

Sendo superior os danos produzidos pela inexecução contratual do devedor-dador da ordem, ao valor da garantia, não vislumbramos qualquer obstáculo a que o credor-beneficiário possa exigir, em ação de incumprimento, indemnização correspondente à parte dos danos não coberta pelo pagamento da garantia.

1.2. Pagamento sendo a recusa legítima

No caso de o garante ter pagado quando era lícita a recusa, o devedor-dador da ordem não terá, por regra, de reembolsar este¹⁹⁷.

Ao garante resta reagir contra o credor-beneficiário, podendo fazê-lo com base no artigo 289.º do Código Civil – sendo o contrato inválido -, e na repetição do indevido, por força do artigo 476.º do Código Civil, sendo manifesta a falta de direito do beneficiário, à luz do contrato-base¹⁹⁸.

As soluções apontadas não sofrem alterações nem no caso de o garante pagar para defender a sua reputação. Havendo motivo legítimo para a recusa do pagamento, não se suscitam dúvidas. Diversamente, se a recusa for ilícita, o garante incorre em responsabilidade civil perante o beneficiário¹⁹⁹.

¹⁹⁷ 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 cumprimento da obrigação é a realização da prestação devida – conforme o artigo 762.º do Código Civil. Verdadeiramente, o garante não está obrigado à realização da prestação, prevista no contrato de garantia, caso haja fundamento para recusa legítima de pagamento.

¹⁹⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte, *ob. cit.*, página 455.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

CAPÍTULO VI – DO RECURSO ÀS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES

1. O recurso às providências cautelares

1.1. Regras gerais

As providências cautelares obedecem a regras, sendo necessário, para que uma providência cautelar não especificada seja decretada²⁰⁰, para além do preenchimento da condição relativa à subsidiariedade – porquanto apenas pode ser utilizada se ao caso não couber uma providência cautelar nominada -, são necessários determinados pressupostos:

I. O fundado receio de que outrem, antes de a ação ser proposta ou na pendência dela, causa lesão grave e dificilmente reparável ao direito do requerente;

II. A adequação da providência concretamente requerida à efetividade do direito ameaçado;

III. O excesso considerável do dano que se pretende evitar com a providência sobre o prejuízo resultante do seu decretamento.

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

O *fumus boni iuris* tem uma formulação positiva e uma formulação negativa. Na primeira, é preciso acreditar na probabilidade de êxito na ação principal, tendo de se verificar uma aparência de que o requerente ostenta, de facto, o direito que considera lesado pela atuação do requerido; na segunda, basta que a ação principal não apareça, à primeira vista, desprovida de fundamento.

Deste modo, bastará a aparência da existência do direito, requerendo-se somente prova sumária, não exigindo uma prova *stricto sensu*, *rectius*, a probabilidade séria da existência do direito alegado²⁰¹. O procedimento cautelar requer apenas, no que tange ao grau de prova, uma mera justificação, a simples demonstração de que a existência do

²⁰⁰ Artigo 362, n.º 2 do Código de Processo Civil.

²⁰¹ Artigos 365.º, n.º 1 e 368.º, n.º 1 do Código de Processo Civil.

direito invocado é provável ou verosímil, sendo, por isso, suficiente a aparência desse direito.

O *periculum in mora* – o fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou de produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente visa assegurar no processo civil –, pelo contrário, necessita de ser objeto de prova que leve à formação de um juízo de certeza.

O desiderato específico da providência cautelar é o de 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 cautelar não se encontrar na iminência de sofrer uma lesão grave e dificilmente reparável, a providência não poderá ser decretada.

A gravidade da previsível lesão deve ser aferida à luz da sua repercussão na esfera jurídica do requerente, não olvidando que, no que tange 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 inconciliável – quanto ao grau de prova, com a suficiência de mera justificação, considerando 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 conjecturas do credor, sem qualquer correspondência ou tradução na realidade²⁰².

1.2. O procedimento cautelar comum e as garantias bancárias autónomas

O mundo prático tem vindo a demonstrar que, muitas das vezes, os garantes, para defesa da sua própria reputação internacional, preferem pagar logo que interpelados pelo credor-beneficiário, não tendo em consideração os eventuais abusos ou fraudes manifestas deste último²⁰³.

Do ponto de vista do garante, este prefere pagar a garantia abusivamente exigida porquanto são menores os prejuízos da perda do direito do regresso daqueles que resultam da recusa de pagamento a sua reputação internacional²⁰⁴. O único risco que o garante

²⁰² SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1997, página 233.

²⁰³ CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, página 600.

²⁰⁴ CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, página 602.

incorrerá é a eventual insolvência do credor-beneficiário face a uma posterior ação para valer o seu direito de repetição do indevido²⁰⁵.

Deste modo, a doutrina e a jurisprudência vêm permitindo ao devedor-dador da ordem o recurso a medidas cautelares tendentes a bloquear o pagamento da garantia por parte do garante nas hipóteses de solicitação manifestamente abusiva ou fraudulenta da garantia – em que o credor-beneficiário, em bom rigor, não é titular de qualquer direito sobre o garante -, obrigando o garante a opor a respetiva exceção.

Esta solução procura defender a posição do mandante contra o abuso ou fraude manifestas do credor-beneficiário e a inércia do garante e que, por isso, surgem dirigidas, cumulativa ou alternativamente contra o credor-beneficiário e contra o garante²⁰⁶.

Todavia, não é unânime a licitude de uma providência cautelar que iniba o garante de pagar a garantia, sustentando que o devedor-dador da ordem não é titular de um direito sobre o garante, faltando, também, o pressuposto perigo de dano grave e irrespirável para a esfera jurídica do devedor-dador da ordem – o pagamento da garantia, *de per si*, não é suficiente para prejudicar o devedor-dador da ordem²⁰⁷.

Não somos a concordar com esta última posição. O princípio da boa-fé impõe à banca, também, um dever de proteção da esfera jurídica do devedor-dador da ordem – que é violado se o garante paga a solicitação abusiva ou fraudulenta.

Certo é que, em regra, os efeitos da garantia bancária autónoma não podem ser perturbados por medidas cautelares que inibam o garante de entregar a quantia pecuniária acordada, ou na inibição do credor-beneficiário de executar a garantia, se e enquanto não houver uma decisão definitiva, não podemos deixar de tutelar, em certas circunstâncias, a posição do mandante contra o abuso e fraude manifestos, facultando a este o recurso a 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 a um mínimo. Assim, entenda-se que tais limitações devem situar-se numa estreita faixa delimitada pelas regras da boa fé ou do abuso do direito ou pela necessidade de evitar benefícios decorrentes de factos ilícitos, designadamente envolvendo fraudes ou falsificação de documentos.

²⁰⁵ *Supra*, página 58.

²⁰⁶ Sobre o assunto *vide* FÁTIMA GALANTE, *Garantia bancária autónoma*, em *Data Venia – Revista Jurídica Digital*, Ano 4, n.º 6, 2016, páginas 481 e seguintes.

²⁰⁷ Neste sentido *vide*, entre outros, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial, Parte Geral, Contratos Mercantis, Títulos de Crédito*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2011, páginas 226-227.

Não só, por outro lado, importa ressaltar a verificação dos factos pertinentes devem resultar de uma prova sólida e irrefutável, não chegando a formulação de meros juízos de verosimilhança sobre a ocorrência dos respetivos requisitos substanciais²⁰⁸.

No nosso ordenamento jurídico o entendimento fortemente restritivo acerca da delimitação dos casos de legítima recusa de cumprimento de garantia reflete-se no plano da concessão pelos tribunais de medidas cautelares²⁰⁹.

É interesse do devedor-dador da ordem, fundamentalmente, defender o seu património das prováveis atitudes de um garante que pagou a garantia sem a tal estar obrigado: assim, o concerne da tutela cautelar do devedor-dador da ordem situa-se no plano do reembolso. A solicitação descabida – ou a sua iminência – por parte do credor-beneficiário justifica a concessão de uma providência cautelar.

Destarte, o devedor pode socorrer-se das providências cautelares para evitar o pagamento do garante ao credor-beneficiário, como forma de obstar a um aproveitamento abusivo ou fraudulento da posição deste último. Porém, não podemos olvidar que deve ser exigida prova pronta e líquida, porquanto, defender o contrário seria negar a característica dominante que levou à criação comercial da figura: a autonomia²¹⁰.

²⁰⁸ JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, páginas 327 e seguintes; PINHEIRO, Jorge Duarte, *ob. cit.*, páginas 456-462.

²⁰⁹ Entre muitos, por exemplo, o: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 1688/08.0TVLSB-A.L1, de 07-05-2009; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 2722/08.9TVLSB-8, de 16-04-2009; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 14881/09.9T2SNT-A.L1-6, de 15-04-2010; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 0835046, de 02-10-2008; Acórdão da Relação do Porto, processo n.º 2072/11.3TJPRT.P1, de 23-10-2014; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 219/06.06TVPRT.P1.S1, de 05-07-2012; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 526/12.3TBPVZ-A.P1.S1, de 25-11-2014; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 3088/20.4T8MAI-A.P1.S2, de 30-03-2023; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 24524/22.0T8LSB.L1-6, de 11-05-2023.

²¹⁰ JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, páginas 336 e 337 defendendo a posição 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 que está em causa o cumprimento de um contrato de garantia cuja característica dominante é a autonomia. Autonomia essa que não se coaduna com o deferimento de providência, senão em situações excepcionais e que, seria excessivamente relativizada, caso nos bastássemos com uma prova meramente sumária ou indicatória, com base na qual o juiz pudesse fazer um simples juízo de probabilidade.”

A perfilar o mesmo entendimento, JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, página 460: “A concessão de uma providência cautelar a pedido do dador depende da observância quer das regras da garantia, quer das regras das providências.

Assim, o princípio da autonomia da garantia não se coaduna com o deferimento de providências senão em situações excepcionais, decalcadas dos casos de recusa legítima de pagamento. Deste modo, o depoimento do dador e a prova testemunhal são insuficientes. A chamada “prova líquida” é indispensável.”

Também, LUIS MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, páginas 130-131.

Conclusões

Impõe-se, após um longo percurso e agora com mais segurança, evidenciar as conclusões das problemáticas colocadas ao longo do nosso escrito, seguindo a ordem a que elas chegámos.

Destarte, retiramos, do presente estudo, as conclusões que se seguem.

1 - As garantias bancárias autónomas surgiram pela sua necessidade no comércio internacional, porquanto as garantias tradicionais – como, por exemplo, a fiança e o aval -, apresentavam inúmeras exceções e problemas de ordem prática.

As razões que fundamentam a figura e que explicam a sua rápida difusão e aceitação, resultam quer de fatores externos – o desenvolvimento do comércio internacional e as desvantagens do procedimento judiciário internacional -, quer de fatores internos – as qualidades intrínsecas das garantias bancárias autónomas, em especial a modalidade automática, pela sólida segurança, eficácia e celeridade.

Não obstante, na grande maioria dos países, a sua consagração foi apenas social, dogmática e jurisprudencial.

2 - Estas garantias trouxeram consigo inquietações: o texto das mesmas, por exemplo, podia suscitar dúvidas sobre a lei aplicável. Assim, urgiu a criação de instrumentos internacionais que respondessem às múltiplas questões.

A Câmara do Comércio Internacional, em 1978, criou as “*Uniform Rules for Contract Guarantees*”, tendo mais tarde, em 1991 e 2010, surgido as “*Uniform Rules for Demand Guarantees*”, as quais abrangem 35 artigos.

4 - Trata-se de um tipo de garantia que, na fórmula mais genérica, é prestada por um garante – um banco -, que se obriga a entregar, a pedido de um terceiro – ordenante – uma soma pecuniária previamente acordada ao beneficiário da garantia.

5 - A garantia bancária autónoma é uma figura triangular: a) o contrato-base, celebrado entre duas partes (ordenante – A – e o beneficiário – B) que constitui a relação principal subjacente que se pretende garantir; b) o contrato de mandato, sem representação, celebrado entre o devedor da relação principal – A – e um garante – C, pelo qual o garante se obriga, mediante uma comissão, a prestar uma garantia ao beneficiário (B), salvaguardando o seu direito de regresso imediato contra o devedor da ordem (A).

Todavia, para além das garantias diretas, que obedecem ao referido figurino triangular, nas garantias indiretas – de estrutura quadrangular -, utilizadas no comércio

internacional, interpõe-se um segundo banco, com sede no país do beneficiário da garantia que atua 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 contragarantia a favor do banco garante (intermediário).

6 – É característica essencial do contrato autónomo de garantia, que o distingue das demais garantias, a sua autonomia. Deste modo, não pode o garante invocar as exceções fundadas na relação principal de que se pode prevalecer o garantido, mormente o garante não pode socorrer-se dos meios próprios de defesa do devedor-dador da ordem, não podendo invocar quaisquer objeções sobre a subsistência ou validade do crédito do beneficiário perante o devedor-dador da ordem. Ademais, o garante não pode invocar as exceções relativas ao contrato de mandato, sem representação, celebrado entre si e o devedor-dador da ordem.

7 - A automaticidade não se confunde com autonomia, não sendo característica essencial da garantia bancária autónoma, antes eventual, pois somente são automáticas aquelas que incluem a cláusula “*on first demand*”, ficando o garante obrigado a pagar a quantia pecuniária acordada ao mero pedido de credor-beneficiário, sem que este último tenha de provar o incumprimento da obrigação principal.

8 – O contrato autónomo de garantia é atípico e inominado, cuja validade na ordem jurídica portuguesa encontra o seu fundamento no princípio da autonomia privada, tratando-se de um verdadeiro negócio causal – tem a função de garantia.

9 – Apesar da sua autonomia, o garante pode – e deve - recusar o pagamento da quantia pecuniária acordada nos casos de abuso ou fraude manifestos.

O garante, após a execução da garantia, caso tenha logrado o pagamento, fica subrogado nos direitos que o credor-beneficiário tinha contra o garantido.

10 - O devedor-dador da ordem pode recorrer a medidas cautelares tendentes a bloquear o pagamento da garantia por parte do garante nas hipóteses de solicitação manifestamente abusiva ou fraudulenta da garantia – em que o credor-beneficiário, em bom rigor, não é titular de qualquer direito sobre o garante -, obrigando o garante a opor a respetiva exceção.

Com vista à procedência de tais medidas, o mandante está obrigado a apresentar “prova líquida e inequívoca” do abuso ou fraude manifestos, bem como da exceção da ilicitude da causa por violação da ordem pública – sendo ilícito o objeto da garantia, é ilícita a causa do contrato de garantia.

Bibliografia

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos II, Conteúdo. Contratos de Troca*, Almedina, 2007

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio/PINTO MONTEIRO, António, *Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação* (Parecer), CJ XI, Tomo IV, 1986

ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas*, 2.^a Edição Revista e Aumentada, Almedina, 2005

ANTUNES VARELA, João Matos, *Das obrigações em geral*, Volume II, Almedina, 1992

ARCHER, Miguel, *Garantia bancária autónoma: autonomia, tipo(logia) e qualificação*, RB, n.º 74, 2012

BASTOS, Miguel Brito, *A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma “on first demand”*, em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, volume III, 2011

BONELLI, Franco, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, 1991

BRANCO, Manuel Castelo, *A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 53, 1993

CAMACHO DE LOS RÍOS, Manuel, REHJ, XXXV, 2013

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Banknkvertragsrecht*, Walter de Gruyter, Berlim, Nova York, 1988

CORTEZ, Francisco, *A garantia bancária autónoma/Alguns problemas*, Revista da Ordem dos Advogados, 1992

DOHM, Jurgen, *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Editions Staempfli e Cie SA Berne, 1986

EPIFÂNIO, Rosário, *Garantias Bancárias Autónomas. Breves Reflexões, Juris et de Jure. Nos 20 Anos da Faculdade de Direito da UCP. Porto*, Porto, 1998

FERRER CORREIA, António, *Notas para o estudo do contrato de garantia bancária*, Revista do Direito e Economia, ano VIII, n.º 2, Julho-Dezembro, 1982

GALANTE, Fátima, *Garantia bancária autónoma*, em *Data Venia – Revista Jurídica Digital*, Ano 4, n.º 6, 2016

GALARD, Thierry de, *Les nouvelles règles uniformes de la Chambre de Commerce Internationale relatifs aux garanties sur demand* (1992), em *Revue de Droit des Affaires Internationales/International Business Law Jornal*, 1993, n.º 6

GALVÃO TELLES, Inocêncio, *Garantia bancária autónoma*, em *O Direito*, ano 120.º, iii-iv, Julho-Dezembro, 1988

- *Garantia bancária autónoma/Parecer*, 1991.

- *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, 6.ª Edição, 1989

- *Mandato sem representação* (parecer), *Colectânea de Jurisprudência*, ano VIII, Tomo III, 1983

GASPAR, José Augusto/MARTINS, Mário, *Operações bancárias*, Lisboa, sem data

GOMES, Fátima, *Garantia bancária autónoma à primeira solicitação*, DJ VIII, 1994

JANURÁRIO GOMES, Manuel, *Assunção fidejussória de dívida/Sobre o sentido*

e o âmbito da vinculação como fiador, Almedina, 2000

- *Garantias bancárias no Código dos Contratos públicos. Breves notas*, em *Estudos de Direito das Garantias II*, Almedina, 2010

- *Em tema de revogação do mandato civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989

- *O Contrato de Mandato*, em *Direito das Obrigações* (sobre a coordenação de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO), 3.º Volume, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1991

JARDIM, Mónica, *A garantia autónoma*, Almedina, 2002

LEITE CAMPOS, Diogo de, *Direito das Empresas*, Instituto Nacional de Administração, 1990

- *Contrato a favor de terceiro*, Livraria Almedina, Coimbra, 1980

LUDWIG ENNECCERUS, Karl Martin/LEHMANN, Heinrich, *Derecho de obligaciones II*, 1944, §194, II (§417)

MENDES, Evaristo, *Garantias bancárias. Natureza*, RDES, 1995

MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil*, Volume X, 2015

- *Manual de Direito Bancário*, 4.ª Edição, Almedina, 2012

- *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, 2017

MENEZES LEITÃO, Luís, *Garantia das obrigações*, Almedina, 2008;

MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Cessão da Posição Contratual*, Atlântida

Editora, Coimbra, 1990

MOTA PINTO, Paulo, *Declaração tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Coimbra, 1995

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Direito Comercial, Parte Geral, Contratos Mercantis, Títulos de Crédito*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2011

PATRÍCIO, José Simões, *Preliminares sobre a garantia “on first demand”*, Revista de Ordem dos Advogados, n.º 43, 1983

PESSOA JORGE, Fernando, *O mandato sem representação*, Edições Ática, Lisboa, 1961

PESTANA DE VASCONCELOS, Luís Miguel, *Direito das garantias*, 2.ª edição, Almedina, 2016

PINHEIRO, Jorge Duarte, *Garantia bancária autónoma*, Revista da Ordem dos Advogados, 1992

PIRES DE LIMA, António/ANTUNES VARELA, João Matos, *Código Civil Anotado*, Volume II, 3.ª Edição Revista e Atualizada

PIRES, José Maria, *Direito Bancário*, 2.º volume (*As operações bancárias*), Rei dos Livros, 1994

PRATA, Ana, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2.ª edição, Almedina, 2021

REBELO MARTINS, José/OLIVEIRA FERREIRA, Ernesto, *Garantias bancárias*, Edição do Banco Espírito Santo e Comercial de Lisboa, 1983

RIBEIRO, António Sequeira, *Garantia Bancária Autónoma à primeira solicitação: alguns problemas*, em Estudos em Honra do Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Almedina, 2002

ROMANO MARTINEZ, Pedro/FUZETA DA PONTE, Pedro, *Garantias de cumprimento*, 5.ª Edição, Almedina, 2006

ROMANO MARTINEZ, Pedro, *Garantias bancárias*, em Estudos em Honra do Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Almedina, 2002

SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1997

STAMMLER, Rudolf, *Der Garantievertrag/Eine civilistische Abhandlung*, AcP 69, 1886

VAZ SERRA, Adriano, *Fiança e figuras análogas*, BMJ, n.º 71, 1957

VASSEUR, Michel, *Garantie indépendante*, *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit commercial*, III, Paris, 1974 (mise à jour 1984), n.º 57

VILLEREY, André, *Les garanties bancaires en droit français*, en *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*,