

**MARIA TOMÁSIA MOR AIS BRITO DA
CONCEIÇÃO**

**GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA EM
PORTUGAL**

Orientador: Filipe Cassiano Santos

Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias

Faculdade de Direito

Lisboa

2018

**MARIA TOMÁSIA MORAIS BRITO DA
CONCEIÇÃO**

**GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA EM
PORTUGAL**

Dissertação defendida em provas públicas para a obtenção de grau de mestre em Direito no curso de Mestrado de Direito, conferido pela Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, no dia 13 de novembro de 2018, perante o júri nomeado pelo Despacho de Nomeação de Júri nº368/2018, com a seguinte composição de júri:

Presidente: Professor Doutor José Casalta Nabais

Arguente: Professor Doutor Manuel Nogueira Serens

Orientador: Professor Doutor Filipe Cassiano

Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias

Faculdade de Direito

Lisboa

2018

AGRADECIMENTOS

Antes de mais, agradeço a Deus por me ter dado a oportunidade de ter saúde e capacidade mental de continuar os meus estudos, com o objetivo de atingir mais um grau de escolaridade que é o mestrado.

Agradeço a todos os professores que lecionaram este mestrado com sapiência e muita inteligência, contribuindo com o seu saber para que este sonho se tornasse realidade, sem descurar o meu Pais e a minha empresa que envidaram esforços para que eu chegasse á Portugal.

Dedico este diploma á minha Mãe e aos meus filhos, Carlos Alberto M.Brito da Conceição e Fátima José Manuel, bem como a todos os meus familiares e amigos que contribuíram de forma direta ou indireta para a realização deste propósito.

RESUMO

O emergente comércio internacional tornou necessária a criação de uma garantia das obrigações dotada de maior segurança, eficácia e de execução célere. Assim nasceu a garantia autónoma em meados do século XIX. A garantia autónoma é uma garantia pessoal das obrigações, todavia, não encontra previsão legal, é uma figura de pura criação social. Sendo uma garantia pessoal, esta distingue-se da fiança por não ser uma garantia acessória, mas sim autónoma relativamente à relação garantida. Assim, no presente trabalho debruçar-nos-emos sobre os critérios e características da garantia autónoma em Portugal, e por último sobre a sua admissibilidade e relações jurídicas.

Palavras-chave: garantias; garantia autónoma; admissibilidade.

ABSTRACT

The growing international trade made it necessary to create a guarantee of obligations with greater security, efficiency and of rapid execution. This way, autonomous guarantee was born in the middle of the nineteenth century. Autonomous guarantee is a personal guarantee of obligations. However, it does not have legal provision, being a figure of pure social creation. Being a personal guarantee, it distinguishes itself from the bail, as it is not an accessory guarantee but autonomous relatively to the guaranteed relation. This way, in this piece of work, we will focus on the criteria and characteristics of the autonomous guarantee in Portugal, and finally on its admissibility and legal relations.

Keywords: guarantees; autonomous guarantee; admissibility.

ABREVIATURAS

BGB - Bürgerliches Gesetzbuch

CC - Código Civil

Cfr - Confrontar

cit. - Citada

GA - Garantia Autónoma

GBA - Garantia Bancária Autónoma

ob. - Obra

p./pp. - Página/Páginas

ROA - Revista da Ordem dos Advogados

ss. - Seguintes

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

T. - Tomo

v.g. - Verbi Gratia (por exemplo)

Vol. - Volume

ÍNDICE

CAPÍTULO I - ESTADO DA ARTE	8
Introdução	9
1 - Perspetiva Histórica da Garantia Autónoma.....	12
2-Tentativas de Enquadramento Legal.....	19
3 -Tipos de Garantia Autónoma.....	21
3.1 - Critérios de Automaticidade da Garantia Autónoma.....	22
A) -Garantia Autónoma à Primeira Solicitação	22
B) - Garantia Autónoma Simples.....	24
3.2 - Critérios da função da Garantia	25
A) - Garantia da oferta	25
B) - Garantia da boa execução do contrato	26
C) - Garantia do reembolso de pagamentos antecipados.....	26
D) - Garantia de pagamentos.....	27
E) - Garantia por falta de documento	27
CAPITULO II - ANÁLISE DA GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA	28
Características da Garantia Autónoma.....	29
1 - Configuração da Garantia Bancária Autónoma	29
2 - Características da Garantia Autónoma.....	30
2.1 -A Autonomia.....	31
2.2 - A Automaticidade.....	34
2.3 - A Transmissibilidade	38
CAPTÍTULO III - REGIME DA GARANTIA AUTÓNOMA	53
1 - Admissibilidade da Garantia Autónoma.....	54
2 - Relações Jurídicas subjacentes à Garantia Autónoma	56
3 - Relação Jurídica estabelecida entre o garante e o garantido	59
3.1 - A Assunção da Dívida	59
3.2 - Contrato a Favor de Terceiro	63
4 - O Mandato	69
CONCLUSÃO	74
BIBLIOGRAFIA.....	82

CAPÍTULO I - ESTADO DA ARTE

Introdução

A garantia bancária autónoma¹ pertence ao grupo das garantias especiais, ou seja, faz parte das garantias que se baseiam num reforço objetivo da garantia geral ou comum constituída pelo património do devedor².

Na realidade, é possível reforçar ainda mais a posição do credor que pode ser feita de três formas segundo uma determinação legal, decisão judicial ou então uma convenção entre as partes. É uma garantia especial que sendo pessoal, ficam vinculados ao cumprimento da obrigação de terceiros com os seus patrimónios, ou então, sendo real, ficam afetados com preferência sobre outros credores determinados bens do património do devedor ou do terceiro ao cumprimento dessa obrigação³.

No grupo das garantias especiais, a garantia bancária autónoma integra as garantias pessoais, ou seja, garantias que uma ou mais pessoas além do devedor principal que podem ser chamadas a cumprir a obrigação através dos seus respetivos patrimónios, e desta forma aumentar o número de devedores pelo que apresentam um reforço quantitativo da garantia.

A garantia autónoma também conhecida por garantia bancária⁴ é uma garantia prestada por uma entidade que se obriga a entregar uma quantia pecuniária previamente acordada a um terceiro, assim que este prove o incumprimento de um determinado contrato base ou de imediato com a interpelação para realizar a prestação. Essa entidade

¹ Doravante as expressões garantia bancária autónoma e garantia autónoma serão usadas como sinónimos.

² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - As Garantias das Obrigações, Coimbra: Almedina, 4ª edição, 2012, p. 13- 16.

³ Idem, ibidem, p. 13-16.

⁴ Muitas vezes denominada, de forma algo imprópria, por garantia bancária, uma vez que esta garantia é normalmente prestada por um banco. Contudo, estas garantias também são prestadas, não raras vezes, por companhias de seguros, por exemplo. Deste modo, se por um lado a denominação de garantia bancária é algo redutora em relação à realidade, por outro lado também é demasiado abrangente, uma vez que nem todas as garantias prestadas por entidades bancárias são garantias autónomas.

abdica desde logo, de opor ao beneficiário quaisquer exceções derivadas tanto da obrigação garantida, como das obrigações que provierem da sua relação com o devedor ordenante⁵.

Apesar das suas especificidades, em particular a autonomia, a garantia bancária autónoma apresenta-se com o objetivo de ultrapassar as contingências da mera garantia geral onde além do devedor, uma pessoa pode ser chamada a cumprir a sua obrigação. Mas é uma obrigação de garantia, em que o garante é no fundo o devedor, ainda que, no final seja o devedor principal, o responsável pelo cumprimento da obrigação.

Assim pode afirmar-se que se trata de uma garantia pessoal em que a marca específica é o seu grau de autonomia sem paralelo nas tradicionais garantias pessoais.

Reconhecendo bastantes limitações na sua definição, Galvão Telles, afirma que a garantia bancária é o garante pelo qual a instituição bancária que a presta se compromete a pagar ao beneficiário determinada quantia em dinheiro, no caso de impossibilitada a sua execução ou má execução de um contrato-base sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa diretamente relacionados com o contrato em causa⁶.

Galvão Telles⁷ sugere que a garantia autónoma apresenta uma base triangular, uma vez que assenta num triângulo onde as faces são três relações jurídicas distintas: “A primeira, o contrato-base de compra e venda, de empreitada, de cooperação industrial, de transferência, de tecnologia, etc.. celebrado entre duas partes (A e B) que constitui a relação jurídica principal ou subjacente que se pretende garantir; A segunda, um

⁵Cfr. JARDIM, Mónica, A Garantia Autónoma, Almedina, 2002, p. 13.

⁶ TELLES, Inocência Galvão - Garantia bancária autónoma, in O Direito, ano 120º, III-IV, 1988 (Jul.-Dez.), p. 283.

⁷ Idem ibidem, p. 289

contrato classificado pela doutrina maioritária como sendo de mandato, celebrado entre o devedor da relação principal (A) e um garante, normalmente um banco, (C), pelo qual este se obriga mediante uma determinada retribuição a prestar uma garantia ao credor - beneficiário (B), salvaguardando o seu direito de regresso imediato contra o devedor, dador da ordem (A); E finalmente uma terceira, o contrato autónomo de garantia, celebrado entre o garante (C) e o credor - beneficiário (B), através do qual o primeiro se obriga a entregar uma soma pecuniária determinada ao segundomal este comprove o incumprimento da relação jurídica subjacente “contrato autónomo de garantia simples” ou de imediato, quando este simplesmente o interpele a realizar essa prestação “contrato autónomo de garantia automática ou à primeira solicitação”, mas renunciando desde logo o garante (C) em qualquer caso a opor ao beneficiário (B) as exceções relativas quer à relação jurídica principal, quer ao contrato celebrado com o dador da ordem (A) ”⁸.

A obrigação do garante é sempre de prestação pecuniária, mesmo que a prestação que decorre do contrato-base possa ter uma natureza diferente. Como decorrente do acima exposto, a instituição bancária, em princípio, deve pagar sem levantar qualquer problema, isto é, sem ter a faculdade de invocar as relações estabelecidas com o devedor garantido ou entre este e o credor-beneficiário⁹.

⁸ CORTEZ, Francisco – A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas, Revista da ordem dos Advogados, ano 52, vol. II, Julho de 1992, p. 523

⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - As Garantias das Obrigações, p. 120-130.

1 - Perspetiva Histórica da Garantia Autónoma

Numa perspetiva histórica as garantias reais dando como exemplo o penhor, estiveram na origem durante vários anos como o instrumento privilegiado de proteção dos credores. Por outro lado, as garantias pessoais, como por exemplo a fiança, carregavam consigo uma grande fragilidade devido às variações no património geral do garante, bem como da sua acessoriedade em relação ao crédito garantido¹⁰. Porém não obstante a primazia dada às garantias reais, estas obrigavam o credor a um processo envolto em complexidades, e por vezes até bastante moroso, no ponto de vista da obtenção do seu crédito, o que se afigurava incompatível com a celeridade exigida pelo crescente comércio internacional. Para os agentes de comércio, em particular os do comércio internacional, uma garantia ideal seria pois, uma garantia de natureza pessoal e que fosse preferencialmente prestada por uma entidade financeira sólida e que fosse autónoma em relação à obrigação principal. Desta forma, assim apareceu a garantia autónoma.

Mencionado por vários autores, deve-se ao Alemão Rudolf Stammler¹¹ o facto de ter sido o primeiro a definir os pilares base da garantia bancária autónoma. Como tal, é normal apelidar este autor como o pai da Garantia Bancária Autónoma¹². Nos trabalhos de Stammler, o autor começa por fazer uma distinção das garantias acessórias a uma obrigação principal: garantias autónomas, autónomas da relação garantida,

¹⁰CORTEZ, Francisco, "A garantia bancária autónoma – Alguns problemas", ROA, Ano 52, 1992, p. 518, acerca da fragilidade das garantias tradicionais: "(...) a fiança, que fraqueja devido à sua essencial acessoriedade, o aval que não responde devido à sua dependência natural em relação a certos títulos de crédito e limitada autonomia e o depósito de valores que se revela, pelo congelamento de riqueza que implica, um instrumento claramente anti-económico".

¹¹Rudolf Stammler escreveu em 1886 um trabalho intitulado "Der Garantievertrag", disponível para leitura e download na internet: http://www.digizeitschriften.de/dms/toc/?PPN=PPN345574613_1886_0019&DMDID=dmdlog7.

¹²Tome-se como exemplo, Mónica Jardim, Garantia Bancária Autónoma, Almedina, Coimbra, p. 12; Francisco Cortez, A Garantia Bancária Autónoma – alguns problemas – publicado na Revista da Ordem dos Advogados (ROA), n.º 52. 1992, p. 519.

garantias que são fonte de uma obrigação autónoma criada com fundamento na autonomia privada, contrato de garantia “*Garantievertrag*”. Esta denominação foi acolhida pela jurisprudência e pela doutrina, bem como incluída nos “*Motive*” do BGB¹³.

Segundo o autor supracitado, este elabora uma teoria que consiste numa categoria geral dos contratos de garantia, evoluindo para uma categoria especial: a categoria dos contratos autónomos e/ou independentes que foram percebidos como “*acordos tendentes a assegurar determinado resultado ou a assumir a responsabilidade pelo risco inerente a determinado empreendimento, sem ligação específica com certa obrigação cujo cumprimento se visasse assegurar*”. É então que do *Garantievertrag* se chega ao *Bankgarantie*, ou seja, um contrato unilateral com o objetivo de garantir a prestação de um terceiro perante o credor beneficiário, garantindo que este receberá o valor pecuniário ou a prestação previamente acordada, seja por incumprimento do terceiro ou quando a obrigação do devedor principal não chegou a existir, ou se tornou impossível após o prévio acordo. Desta forma, do *Bankgarantie* passa-se para um contrato de garantia autónoma que para além de tornar independente a obrigação do garante em relação à obrigação garantida, ou seja, o contrato base possibilita ao beneficiário o direito de exigir imediatamente o pagamento da garantia, mediante uma simples interpelação¹⁴.

Devido ao facto de esta nova garantia ter aparecido em consequência da autonomia privada, permitiu à doutrina e jurisprudência Alemãs, fundamentar uma quantidade de situações que não se adaptavam aos esquemas clássicos, nomeadamente da fiança, por se basearem em hipóteses onde a parte “garantiria um determinado

¹³ Mónica Jardim, ob. cit., p. 17, nota 10.

¹⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte, “Garantia Bancária Autónoma”, ROA, Ano 52, 1992, nº II, p. 435.

resultado ou em que o garante renunciava previamente a invocar as exceções, no que respeita ao devedor principal”¹⁵. Surgiu então a necessidade de criar este tipo de garantia devido à rigidez das garantias tradicionais, “as garantias tradicionais eram pouco flexíveis, demasiadamente rígidas para se poderem moldar à velocidade do crescimento económico”¹⁶.

Somente no período após o término da II Guerra Mundial as garantias reais ou pessoais viram-se confrontadas com o aparecimento de novas modalidades e espécies devido às crescentes necessidades práticas dos agentes económicos. E é destas recentes modalidades que se dá o surgimento da então denominada garantia bancária autónoma, que passou a ser solicitada e utilizada de forma frequente pelas instituições bancárias e pelas companhias de seguros, de maneira a conseguirem garantir uma prestação que pudesse ser totalmente independente do facto da obrigação do devedor continuar ou ser impossível de cumprir^{17/18}.

Apesar das garantias bancárias serem anteriormente conhecidas, sobretudo através da denominada fiança bancária, e existam pessoas que procuram encontrar-lhe antecedentes remotos no Direito Romano, o recurso ao seu uso conheceu um forte aumento a partir do desenvolvimento do comércio internacional na segunda metade do século XX. Na realidade assistiu-se a um enorme esforço internacional logo após a

¹⁵ Almeida Costa e Pinto Monteiro, *Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação* (parecer), in *Coletânea de Jurisprudência*, Ano XI, T. IV, p. 15 e ss.

¹⁶ António Sequeira Ribeiro, *A garantia bancária autónoma à primeira solicitação: algumas questões*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. II, *Direito Bancário*, Almedina, p. 290.

¹⁷ Mónica Jardim, *ob. cit.*, p. 16 e ss.; António Sequeira Ribeiro, *ob. cit.*, p. 290.

¹⁸ Manuel Castelo Branco, *A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 53, 1993, p. 70, “Para os agentes do comércio internacional, a garantia ideal seria aquela que tivesse natureza pessoal, fosse restada por entidade financeira sólida e gozasse de autonomia em relação à obrigação principal, não dependendo das vicissitudes a que esta estivesse sujeita”.

Conferência de Bretton Woods, de forma a incrementar o desenvolvimento dos países afetados pela guerra.

Contudo a garantia tal e qual como existia ainda não evitava totalmente o risco de que a outra parte exigisse a prova dos pressupostos que condicionavam o direito do beneficiário. Então na sequência desta necessidade que aparece a cláusula “*auf erstes Anfordern*”, a que hoje comumente se reconhece esta expressão como “à primeira solicitação”. Como iremos ver mais à frente é uma cláusula que permite não só uma maior facilidade de execução da garantia, como torna a garantia autónoma mais rápida, fiável e totalmente automática¹⁹.

A partir desta cláusula garantia-se que ficavam excluídas quaisquer hipóteses de litigância sobre a ocorrência, ou não, dos pressupostos na base do pedido de execução da garantia, com a aposição desta cláusula o garante fica vinculado a efetuar o pagamento assim que essa prestação lhe seja solicitada. Pelas palavras de Almeida Costa e Pinto Monteiro com a cláusula “à primeira solicitação” “*consegue-se (...) uma segurança total: não só a garantia se desliga (porque autónoma) da relação principal (entre o beneficiário e o devedor), como igualmente se elimina o risco de litigância sobre a ocorrência ou não dos pressupostos que legitimam o pedido de pagamento feito pelo beneficiário*”²⁰.

É devido ao “*boom*” petrolífero que em 1973 se intensifica o recurso à garantia autónoma. Com o fortalecimento dos países produtores de petróleo, intensifica-se de forma exponencial a procura de bens e serviços, e a sua transformação num mercado privilegiado, tanto para empresas de construção, como de fornecimento de bens manufacturados e de serviços. As autoridades de cada país preocupadas com a proteção

¹⁹ Mónica Jardim, ob. cit., p. 18.

²⁰ Definição de Almeida Costa e Pinto Monteiro, ob. cit. p. 18.

jurídica dos intervenientes começaram a exigir aos agentes económicos estrangeiros a prestação de garantias bancárias autónomas²¹.

Dado o crescimento e o desenvolvimento do comércio internacional em que as partes intervenientes num contrato praticamente não se conhecem e não apresentam nenhuma relação mútua de confiança, surge então a necessidade de garantias mais eficazes, que sejam seguras e de confiança e mais céleres. É preciso criar ferramentas que permitam acautelar situações que as clássicas garantias não acautelam²². A garantia passa a ser uma excelente ferramenta para cobrir contratos-base vultuosos e com um tempo de execução demorada, v.g.: contratos nas áreas das engenharias, da construção civil, dos fornecimentos, da cooperação industrial, etc.^{23/24}.

A garantia autónoma com o passar dos anos conheceu uma importante evolução que permitiu acrescentar uma força adicional à autonomia, a automaticidade, através da cláusula à primeira solicitação ou “*on first demand*”, “*auf ertes Anfordern*”²⁵, nas cartas de garantia. Assim, com uma simples interpelação do garante, o credor-beneficiário recebe uma determinada quantia convencionada com o garante, assegurando este a

²¹ Mónica Jardim, ob. cit., p. 19.

²² Francisco Cortez, ob. cit., p. 518. Em relação à inutilidade das garantias tradicionais menciona o autor o seguinte: “a fiança, que fraqueja devido à sua essencial acessoriedade, o aval que não responde devido à sua dependência natural em relação a certos títulos de crédito e limitada autonomia e o depósito de valores que se revela, pelo congelamento de riqueza que implica, um instrumento claramente antieconómico”.

²³ Jorge Duarte Pinheiro, Garantia Bancária Autónoma, in Revista da Ordem dos Advogados, n.º 52, 1992, p. 427.

²⁴ É difícil determinar em que período é que a garantia bancária autónoma apareceu em Portugal, no entanto, pode-se afirmar que pelo menos em 1956 a figura da garantia autónoma já era conhecida em Portugal, note-se, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21 de Dezembro de 1956 em que se decide que “A garantia bancária em empreitadas de obra pública, por sua natureza, finalidades e efeito da lei, não pode considerar-se mera fiança, antes representa descontos que à entidade empreiteira deviam ter sido feitos, à falta de tal garantia, para a sua proposta ser legalmente aprovada”. “Tal garantia não é uma fiança: é o substituto dos depósitos reais e efetivos que o empreiteiro devia suportar, para poder tomar conta de uma obra do Estado, dos municípios ou de qualquer corporação ou entidade pública”.

²⁵ Cfr., Almeida Costa/Pinto Monteiro, p. 19.

transferência da quantia acordada para a esfera jurídica do beneficiário sem a invocação de meios de defesa.

Almeida Costa e Pinto Monteiro afirmam que se encontram várias vantagens na utilização de garantias bancárias, por contratantes de países diversos, sobretudo, em países que frequentemente não se conhecem ou não estão convictos da “capacidade técnica, da situação patrimonial ou da honorabilidade do seu parceiro contratual”. É grande o risco de estabelecer relações comerciais, e para contornar esse risco, elabora-se um acordo em que determinado banco prestará uma garantia autónoma, salvaguardando-se assim “o elevado risco de falta de solvabilidade do devedor, ao mesmo tempo que se supera o grave inconveniente que a natureza acessória da fiança comporta”²⁶.

Trata-se por norma de operações volumosas, quem as contrai receia que eventualmente surjam controvérsias ou conflitos sobre a sua “validade, a subsistência ou o cumprimento das obrigações possam prolongar-se por demasiado tempo nos tribunais”, não indo ao encontro do interesse do comércio com demoras e falta de certezas na execução da garantia. Aparece então em decorrência, a garantia autónoma, ou seja, exigível independentemente das “vicissitudes da relação principal entre o credor/beneficiário da garantia e o devedor à primeira solicitação, por outras palavras, a pagar logo que o beneficiário o solicite ao banco/garante, sem que este ou o devedor possam opor-lhe quaisquer objeções”.

²⁶ COSTA, Almeida/MONTEIRO/Pinto - Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação, in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XI, 1986, T.V., pág. 19.

A garantia bancária autónoma constitui hoje um instrumento indispensável ao desenvolvimento económico²⁷.

²⁷ Na expressão do juiz Kerr, citado por Duarte Pinheiro, a garantia bancária autónoma é o “sangue da vida do comércio internacional”, *Garantia Bancária Autónoma*, ROA, ano 52º, pág. 418.

2-Tentativas de Enquadramento Legal

Apesar de terem sido feitas várias tentativas, a garantia bancária só foi estipulada e regulamentada legalmente em muito poucos países europeus²⁸, nos países Árabes a garantia bancária encontra-se regulada em legislação ad hoc. Em países como a Turquia, o Egito, a Líbia, o Irão, a Birmânia e a Síria, têm sido elaboradas normas precisas relativamente à garantia autónoma, em que, esta, deve ser emitida em prol de uma entidade pública que opere com uma organização estrangeira^{29/30}.

No que diz respeito à Europa Ocidental pode-se concluir com alguma certeza que a garantia autónoma, apesar de ser legalmente atípica, configura um negócio jurídico social, doutrinal e jurisprudencialmente aceite.

Se observarmos os países fora da Europa a situação apresenta-se bem diferente, o Canadá e os Estados Unidos da América foram os que estipularam uma “*no-guaranty rule*”, em que, as instituições bancárias e outras empresas com funções similares estão totalmente proibidas de prestar uma garantia de cumprimento de uma obrigação de terceiros^{31/32}.

²⁸ A sua regulação apenas ocorreu na antiga Checoslováquia, no Código do Comércio Internacional Checoslovaco de 1963, em particular no artigo 672.º; na antiga República Democrática Alemã regulou-se esta garantia na lei sobre contratos económicos internacionais de 1976 e, finalmente, na antiga República Socialista da Jugoslávia na lei sobre obrigações e contratos de 1978, artigos 1083.º a 1087, cfr. Mónica Jardim, ob. cit., p. 20 e ss, José Simões Patrício, Preliminares sobre a garantia “on first demand”, in Revista da Ordem dos Advogados, n.º 43, 1983, p. 684.

²⁹ Mónica Jardim, ob. cit., p. 21, diz que, apesar de estas normas determinarem o tipo de garantia a prestar, não a definem nem estipulam qual o seu regime, na verdade limitam-se a impor aos sujeitos nacionais a exigência de uma garantia “à primeira solicitação”.

³⁰ Na Arábia Saudita a garantia autónoma é regulada através de circulares governamentais, denominadas de “Tender Regulations”, vide Mónica Jardim, ob. cit., p. 21 e nota 22, referência retirada de “Lez garanties bancaires autonomes” por Claude Martin.

³¹ Esta proibição foi usada pela primeira vez no caso “*Talman vs. Rochester City Bank*” que se manifestou afirmando o seguinte: “*the defendant is a banking, not an insurance company, and has no power to insure the collection of bad debts, for any premium, great or small*”. Contudo, a proibição foi numa fase posterior consagrada em sentenças sucessivas, a este propósito, vide Mónica Jardim, ob. cit., p. 22 e ss;

Devido ao aumento da procura pela prestação destas garantias autónomas no comércio internacional, surgiu uma premente necessidade de uniformização de regime. Foram então realizados uma quantidade de trabalhos nesse sentido. Olhe-se alguns exemplos das tentativas efetuadas:

A Comissão da Comunidade Económica Europeia (CEE), elaborou em 1979, tendo como suporte base o relatório realizado em Hamburgo no Max Planck Institut, no âmbito de um estudo pedido pela Comissão sobre a fiança no direito dos Estados membros, um Projecto de Directiva que se baseava na harmonização do direito aplicável às garantias pessoais, da qual se incluiria a garantia bancária autónoma, porém, este projecto foi fortemente criticado por parte de Simões Patrício e Francisco Cortez, por exemplo. Nesse projecto, a garantia autónoma apresentava a seguinte definição “o contrato pelo qual o garante se responsabiliza perante o beneficiário, ou seja, o credor de um terceiro, a responder total ou parcialmente pela perdas financeiras sofridas pelo beneficiário em resultado do incumprimento, por esse terceiro, dum obrigação presente ou futura, sendo a obrigação do garante independente da extensão, da validade ou do carácter exequível da obrigação do terceiro”. Apesar de todos os esforços efetuados este projecto de directiva nunca chegou a ser aprovado.

Também o CCI (Câmara do Comercio Internacional), juntamente com a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI), trabalharam em parceria de forma a tentarem efetuar uma regulação desta garantia em 1978, com a criação e aprovação das “*Uniform Rules for Contract Guarantees*”

relativamente à proibição de emissão destas garantias veja-se também José Simões Patrício, ob. cit., p. 684.

³²Apesar de expressamente proibido, os bancos norte americanos tiveram dificuldade em resistir à constante procura do mercado e, contornando a proibição, continuaram a prestar este tipo de garantias através da emissão de “stand-by letters of credit” cujo pagamento é devido “upon first demand”, cfr. Mónica Jardim, ob. cit., p. 23, José Simões Patrício, ob. cit., p. 685.

(publicação n.º 325) e em 1982 com as “fórmulas normalizadas para a emissão de garantias contratuais” (brochura n.º 406). Não sendo específicas da garantia autónoma, estas normas, esqueciam-se da possibilidade da aposição de uma cláusula “à primeira solicitação”, como tal, a CCI trabalhou no sentido de as reformular. Tais regras foram objeto de uma adaptação por parte do Comité Director da Câmara do Comercio Internacional, que deu vida à publicação n.º 458 de Abril de 1992, “*Uniform Rules for Demand Guarantees*”, porém, esta alteração, que agora se aplica às garantias on first demand, não substitui as regras anteriores, regras estas, que se aplicam somente à garantia autónoma à primeira solicitação³³. Destaque-se que nenhuma destas normas é de adoção obrigatória.

Por ultimo, fazemos uma referência à Convenção da CNUCDI de Dezembro de 1995, com o título “Convenção sobre Garantias Independentes e Letras de Crédito Stand-by”, onde a principal diferença face às regras aprovadas pela CCI é que estas apresentavam um carácter mais convencional.

3 -Tipos de Garantia Autónoma

Baseado em dois critérios diferentes é possível enumerar uma quantidade de modalidades de garantias autónomas. Obviamente, em primeiro lugar destaca-se o critério da automaticidade, que vai distinguir a garantia autónoma simples da garantia autónoma à primeira solicitação³⁴. Por outro lado, olhando para o fim ou para a função da garantia conseguimos autonomizar 4 tipos de garantias³⁵.

³³Mónica Jardim, ob. cit., p. 27/28.

³⁴A este propósito do critério da automaticidade é de suma importância fazer uma referência à distinção entre autonomia e automaticidade. A autonomia é uma característica necessária desta garantia, que

É com base nos critérios acima referidos que podemos configurar os seguintes tipos de garantia autónoma:

3.1 - Critérios de Automaticidade da Garantia Autónoma

A) -Garantia Autónoma à Primeira Solicitação

Este tipo de garantia é caracterizado por, o garante, para além de não lhe ser possível opor-se a qualquer exceção à exigência de cumprimento, está ainda vinculado a entregar a quantia previamente acordada assim que o beneficiário o exija, na condição de estarem a ser respeitados os termos estipulados para a exigência da garantia^{36/37}.

Como se verá mais à frente, explicaremos, num parágrafo dedicado exclusivamente à automaticidade desta garantia, ondeo garante paga ao beneficiário “de olhos fechados”.

O beneficiário não está vinculado a fazer provado incumprimento por parte do garantido, “a simples afirmaçãodo beneficiário de que o facto se produziu, ou seja, de

está diretamente relacionada com a independência face às outras relações que compõem esta garantia. Por outro lado, a automaticidade está conectada com a forma de execução da garantia. É verdade que, na maioria das vezes, quando estamos perante uma garantia bancária autónoma a mesma também será automática, por lhe ter sido aposta uma cláusula à primeira solicitação. Contudo, não se pode deixar de conhecer a figura da garantia autónoma simples. “Não é assim de presumir que uma garantia autónoma bancária seja automática, já que a automaticidade constituium upgrade relativamente à autonomia, cuja verificação deverá resultar do texto da garantia “, Manuel Januário da Costa Gomes, ob. cit. p. 70.

³⁵Mónica Jardim, ob. cit.; Francisco Cortez, ob. cit.; Manuel Castelo Branco, A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações, in Revista da AO, n.º 53 (1993); Jorge Duarte Pinheiro, Garantia Bancária Autónoma, in Revista da AO, n.º 52 (1992); Almeida Costa e Pinto Monteiro, Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação (parecer), in Colectânea de Jurisprudência, ano XI, T 5, 1986.

³⁶Menezes Leitão, ob. cit., p. 331; Para A. Carrasco, E. Cordero Lobato e M. J. Marín López, ob. cit. p. 338, a autonomia, ou a não acessoriedade, “radica en la inoponibilidad de excepciones”; para estes autores para demonstrar esta autonomia basta dizer que esta garantia não paga uma dívida, serve antes para indemnizar o beneficiário na eventualidade de um incumprimento ou incumprimento defeituoso por parte do devedor da relação de valuta, ou seja do garantido.

³⁷Dentro da garantia à primeira solicitação podemos, ainda, distinguir entre a garantia com ou sem justificação documental, consoante o pedido tenha que ser acompanhado dos documentos comprovativos do facto que desencadeia a garantia ou não. Quando a garantia seja estipulada com obrigação de justificação documental, para que esta se torne efectivamente exigível não basta que o beneficiário interpeleo garante para pagar, é preciso que este comprove documentalmente a exigência da garantia; neste sentido *vide* Menezes Leitão, ob. cit., p. 329 e 331, Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, ob. cit., p. 132.

que a outra parte não cumpriu o contrato (...) é o suficiente para colocar o banco na posição de ter de efetuar o pagamento pedido, sem mais indagações”³⁸. Em algumas situações o beneficiário apenas pode exigir a prestação ao garante se fizer prova daquele incumprimento ou de qualquer outra situação que legitime o pedido.

Desta forma a garantia autónoma à primeira solicitação apresenta-se como a garantia privilegiada entre os contratantes, é das garantias mais seguras porque quem a presta está totalmente alheio a todas as exceções invocáveis. Por esta mesma razão, por ser uma parte totalmente alheia das relações entre os outros intervenientes, esta é muitas vezes preferida pelas entidades que a prestam, apesar de daí também advirem riscos muito mais gravosos do que na garantia autónoma simples em que esta cláusula é aposta, e é frequente à utilização de conceitos como “garantia autónoma automática”, “garantia automática” ou “garantia on first demand”^{39/40}.

Como tal, a grande diferença apresentada face à garantia autónoma simples consiste exatamente na prova do incumprimento por parte do garantido, porque na garantia autónoma simples o beneficiário apenas pode exigir a prestação ao garante

³⁸ Ferrer Correia, Notas para o estudo da garantia bancária, in Revista de Direito e Economia, ano VIII, n.º 2 (1982), p. 253.

³⁹ Segundo a doutrina italiana a garantia autónoma à primeira solicitação caracteriza-se como um negócio unilateral mediante o qual o garante se obriga a pagar uma determinada quantia com a finalidade de assegurar a prestação devida pelo garantido; Assim afirma Fulvio Mastropaolo, ob. cit. p. 545 “... il contratto autonomo di garanzia, caratterizzato dalla clausola di «pagamento a prima richiesta e senza eccezioni», è un contratto obbligatorio unilaterale (inquadrabile tra quelli con obbligazioni del solo proponente: art. 1333), con cui il garante si impegna a pagare un determinato importo allo scopo di garantire la prestazione, dovuta da un terzo al beneficiario, e ciò a sua semplice richiesta, «com rinuncia correlativa a far valere qualsivoglia eccezione inerente all’esistenza validità e coercibilità del rapporto garantito, al quale il garante resta estraneo...»”.

⁴⁰ Devido ao facto de esta garantia ser mais rápida leva, algumas vezes, os contraentes a pensar que os seus créditos são privilegiados, o que não corresponde totalmente à verdade. Os créditos advinentes da garantia autónoma são créditos comuns, o que sucede é que o devedor da garantia, opta por pagar em primeiro lugar aqueles credores por se encontrar numa situação de maior pressão e para evitar consequências mais penosas. Manuel Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador, Almedina, Coimbra, 2000, p. 56 nota de rodapé 219.

mediante apresentação de prova daquele incumprimento ou de qualquer outra situação que legitime o pedido.

Assim sendo a garantia autónoma à primeira solicitação apresenta-se como uma garantia privilegiada entre os contratantes. É uma das garantias mais seguras porque quem a presta fica completamente alheio a todas as exceções invocáveis. Precisamente por esta mesma razão, por ser uma parte totalmente alheia das relações entre os outros intervenientes, esta é muitas vezes preferida pelas entidades que a prestam, apesar de daí também advirem riscos muito mais graves do que na garantia autónoma simples.

B) - Garantia Autónoma Simples

A Garantia Autónoma Simples é caracterizada por todos aqueles fatores presentes na garantia autónoma à primeira solicitação, com a exceção da cláusula que dá nome à modalidade. Esta modalidade de garantia não está dependente da obrigação principal e pode ser exercida imediatamente, desde que se verifiquem os seus pressupostos, mesmo em caso de invalidade ou da existência de exceções⁴¹. Estamos perante uma garantia autónoma simples quando as partes se limitaram a prever a derrogação da regra da acessoriedade existente na fiança⁴², estamos a falar daquelas situações onde as partes prevêm a autonomia da obrigação do garante em relação “à existência, validade ou exceções oponíveis ao crédito garantido admitindo apenas a oponibilidade de exceções próprias da relação de garantia”⁴³. Em suma, ao garante não

⁴¹Menezes Leitão, Direito das Obrigações Vol. II, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, p. 328 e 329.

⁴²Fulvio Mastropaolo, ob. cit., p. 527 defende também que se trata de um contrato que, ao contrário da fiança, não tem presente a característica da acessoriedade, “i contratti autonomi di garanzia sono stati sistematicamente ricompresi all’interno della categoria dei negozi autonomi di garanzia, dunque ache unilaterale, ma tutti, diversamente dalla fideiussione, non accessori”.

⁴³Menezes Leitão, ob. cit., pp. 328.

é permitido a possibilidade de opor ao beneficiário os meios de defesa próprios do garantido, dador de ordem, ou exceções baseadas na relação de cobertura⁴⁴.

3.2 - Critérios da função da Garantia⁴⁵

A) - Garantia da oferta

Este tipo de garantia, também definido como “promessa mediante anúncio”, “garantia de honorabilidade da proposta”, “garantia de subsistência da oferta” ou então “garantia de licitação”⁴⁶, tem como finalidade assegurar que o garantido irá honrar a proposta apresentada⁴⁷, ou seja, o garante obriga-se a pagar uma determinada quantia ao beneficiário na eventualidade de o garantido não cumprir com as formalidades asseguradas à celebração de um determinado contrato.

⁴⁴Menezes Leitão, ob cit., p. 331

⁴⁵A par das quatro modalidades de garantias que foram expostas, existem alguns autores que acrescentam duas outras modalidades. Que são, a “maintenance bond” onde a função é assegurar o pagamento de uma parte do preço ainda antes do resultado final e a “completion guarantee” que serve para aumentar a durabilidade da garantia de boa execução. Segundo Francisco Cortez, ob.cit., este tipo de garantias estão previstas em leis administrativas internas, tanto italianas como francesas, p. 541, nota 73. Em Espanha a distinção não é feita mediante uma classificação de tipos de garantias bancárias, mas sim por tipos de cláusulas à primeira solicitação. Neste ordenamento jurídico podemos, então, encontrar as seguintes cláusulas, as quais nem sempre têm correspondência nos tipos de garantia que ora expomos: “(i) las cláusulas que declaran producido el siniestro por la sola reclamación del beneficiario, en alguna ocasión de tipo notaria; (ii) las cláusulas en las que el pago se subordina a la entrega de informes o documentos de terceros que acrediten el incumplimiento; (iii) las cláusulas que permiten que el deudor principal obste el pago en un plazo determinado, acompañando necesariamente cierta documentación acreditativa del cumplimiento; (iv) las cláusulas en las que, a pesar de contener una regla de inoponibilidad de excepciones, se hace mención en ella a la obligación subyacente; (v) las cláusulas de pago a pr. renovables por períodos determinados, salvo denuncia perentoria del garante; (vi) cláusulas que contiene un cuasi beneficio de excusión, en las que el garante se compromete a pagar a pr. el saldo impagado después de haber ejecutado el beneficiário otras garantias, circunstancia que há de probar; (vii) cláusulas a pr. en las que el beneficiário tenga que probar, no obstante, que la deuda reclamada se há contraído en una determinada época; (viii) cláusulas que exigen, además del requerimento, un a determinada acreditación de este extremo por parte de un representante de la dirección técnica de la obra; (ix) cláusulas que, además del requerimento, exigen «previa justificación del impago del deudor principal»”, A. Carrasco, E. Cordero Lobato e M. J. Marín López, ob. cit, p. 345.

⁴⁶Na literatura estrangeira chamam-lhe “Bid Bond”, “Tender Garanteen”; “Bietungsgarantie”; “Garantie de soumission”; “Garanzia di oferta” ou, ainda, “Garanzia di mantenimento dell’offerta”, Mónica Jardim, ob. cit., p. 68; António Sequeira Ribeiro, ob. cit. p. 319 e ss; Fulvio Mastropaolo, ob. cit. p. 553.

⁴⁷Estamos, normalmente, perante a celebração de contratos de empreitada. Mónica Jardim, ob. cit. p.68; neste sentido veja-se também Manuel Castelo Branco, ob. cit., p. 72.

B) - Garantia da boa execução do contrato⁴⁸

Esta garantia tem como função proporcionar ao beneficiário o perfeito e pontual cumprimento da obrigação do garantido, como tal, o garante fica obrigado a pagar a quantia estipulada quando aquela situação não se verifique⁴⁹. Segundo as palavras de Ferrer Correia, esta garantia “tem por objecto a indemnização do dano resultante para uma das partes do incumprimento pela outra parte da prestação característica do contrato”⁵⁰. Existe aqui uma obrigação prévia, onde o interesse económico leva o beneficiário a pedir este tipo de garantia. Olhando para a sua função podemos distinguir duas formas: por um lado temos as garantias de entrega, e por outro temos aquelas que decorrem de contratos⁵¹.

C) - Garantia do reembolso de pagamentos antecipados

É comum referirmo-nos a este tipo de garantia como garantia de restituição ou simplesmente garantia de reembolso⁵². Esta garante que o beneficiário receberá o valor que já pagou, se a outra parte não cumprir o acordado. Ou seja, se o beneficiário da

⁴⁸Também é conhecida por “Performance Bond”, “Performance Guarantee”; “Leistungs, Lieferungs oder Erfüllungsgarantie”; “Garantie de bonne execution du contrat” ou “de bonne fin”; “Garanzia di buona esecuzione”, Mónica Jardim, ob. cit. e Manuel Castelo Branco, ob. cit.

⁴⁹ Para os italianos corresponde à “garanzia di prestazione o forniture, per la quale il garante, su richiesta di un contraente di beni o di servizi, di un appaltatore, ecc., si impegna a pagare un determinato importo al creditore (compratore, comitente, ecc.), se il debitore non adempia esattamente gli obblighi assunti, oppure, a sua scelta e se così previsto, a procurare l’esecuzione del contratto”, Fulvio Mastropaolo, ob. cit., p. 553.

⁵⁰Mónica Jardim, ob. cit., p. 70.

⁵¹António Sequeira Ribeiro, ob. cit., p. 321; O autor refere, ainda, que “este tipo de garantias, que é o geralmente utilizado em projectos de especial relevância económica ou em que os beneficiários são entidades administrativas, é igualmente o mais conflituoso no que se refere à sua reclamação. Em causa pode estar o incumprimento ou não execução de uma obrigação que se pode traduzir em uma ou mais prestações. Pode até acontecer que a garantia só se refira a uma concreta prestação do devedor principal e o beneficiário ameace com a reclamação, para conseguir obter uma prestação que não estava vinculada de forma alguma à garantia prestada”.

⁵²Mónica Jardim, Manuel Castelo Branco e Fulvio Mastropaolo ob. cit. referem, ainda, outros nomes estrangeiros como “Repayment Bonds”, “Advance Payment Bonds”; “Repayment-Guarantee”; “AdvanceGuaranteen”; “Anzahlungs-Garantie”; “Garantie de reversement d’acomptes”; “Garanzia di rimborso” e, ainda, “Garanzia per la restituzione di pagamenti parziali anticipati”.

garantia não recebeu do garantido aquilo a que este se obrigou e que já havia pago, o garante está obrigado a entregar o preço acordado⁵³.

D) - Garantia de pagamentos

A garantia de pagamento é a garantia de mais fácil compreensão, reconduzindo-se à obrigação de o garante pagar quando o garantido não cumpra, ou não cumpra pontualmente a obrigação monetária a que se obrigou, pelo que não carece de mais explicações⁵⁴.

E) - Garantia por falta de documento

A autonomização desta modalidade de garantia autónoma, ao contrário das modalidades supra citadas, não é acolhida de forma unanime, no entanto, António Sequeira Ribeiro faz referência a este modelo de garantia no texto “Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação: Algumas Questões”, publicado nos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles. O autor configura-a como uma garantia que tem por finalidade assegurar os riscos inerentes à falta de quaisquer documentos em qualquer relação negocial. Segundo o autor “no fundo, pretende-se resguardar o beneficiário de um possível dano económico resultante da falta de um documento necessário”⁵⁵.

⁵³Segundo Manuel Castelo Branco, ob. cit. esta garantia é prestada na grande maioria das vezes em contratos de promessa de compra e venda de forma a assegurar que o promitente comprador receberá o sinal caso o negócio não se venha a celebrar.

⁵⁴Na doutrina Italiana é chamada de “garanzia di pagamento”, Fulvio Mastropaolo, ob. cit., p. 554.

⁵⁵António Sequeira Ribeiro, ob. cit., p. 324.

CAPITULO II - ANÁLISE DA GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA

Características da Garantia Autónoma

1 - Configuração da Garantia Bancária Autónoma

A Garantia autónoma pode ser analisada de duas formas, seja como uma obrigação ou como fonte de uma obrigação.

Optamos no presente estudo por perspetivar a garantia autónoma como uma fonte de obrigação, ou seja, como um contrato⁵⁶. Assim, deixamos aqui uma mera referência à qualificação desta figura como uma obrigação.

A grande maioria dos autores que se dedicaram a este tema enquanto obrigação, descreveram-na como sendo uma obrigação “simples, relativa, secundária, pura e de garantia”⁵⁷. É uma obrigação simples porque se trata apenas de uma obrigação que não se pode decompor. É relativa pois o dever do banco corresponde a um direito do credor do contrato base. É uma obrigação secundária porque a sua função principal função é assegurar e reforçar a obrigação que o devedor do contrato base assumiu. Pura, por ter natureza creditícia, e finalmente, de garantia uma vez que assegura ao credor do contrato base a satisfação da sua prestação.

Se observármos por outro lado e analisármos esta figura enquanto fonte de uma obrigação, a garantia autónoma é antes de mais um contrato, basicamente porque produz efeitos devido à vontade do banco e do beneficiário⁵⁸. Mónica Jardim e Jorge Duarte

⁵⁶De acordo com Galvão Telles, Garantia bancária autónoma, in o Direito, ano 120.º, 1988, III-IV (Jul - Dez) p. 287, a configuração da garantia autónoma como contrato enquanto fonte de obrigação é a posição maioritária na doutrina.

⁵⁷Mónica Jardim, ob. cit., p. 99

⁵⁸Jorge Duarte Pinheiro, ob. cit., p. 430.

Pinheiro⁵⁹ afirmaram tratar-se de um contrato consensual, inominado e atípico, não real, não sinalagmático e gratuito. Consensual por ser um contrato sujeito ao princípio da liberdade de forma, e inominado e atípico por não ter um nomen iuris e pela falta de regulamentação legal. É um contrato não real pois não está dependente da tradição de uma coisa. O facto de este contrato só acarretar obrigações para o garante torna-o não sinalagmático e, por último, é um contrato gratuito por o beneficiário estar totalmente livre se quaisquer sacrifícios⁶⁰.

2 - Características da Garantia Autónoma

Analisando agora para a garantia enquanto fonte de obrigação, ou seja, como um contrato, vamos observar as suas características essenciais: a autonomia e a automaticidade, que a distinguem de muitas outras figuras semelhantes. Sendo certo que a segunda característica só se verifica quando estivermos perante uma garantia à primeira solicitação⁶¹.

Estas duas características resultam de duas ordens de razão. Em primeiro lugar devido à sua finalidade de desvincular a obrigação do garante das outras relações estabelecidas e em segundo lugar pela vontade que os próprios contraentes têm em que as obrigações do garante e do garantido sejam independentes uma da outra⁶².

⁵⁹ Mónica Jardim, ob. cit., p. 103 e Jorge Duarte Pinheiro, ob. cit., p. 431.

⁶⁰ A autora supra mencionada vai ainda mais longe, e enumera, ainda, os seguintes elementos, que considera típicos do contrato de garantia: preâmbulo, cláusula de garantia, montante da garantia, lugar do pagamento, data de entrada em vigor do contrato e momento da expiração da garantia e ainda uma cláusula relativa à eleição do foro, ob. cit. pp. 103 a 105.

⁶¹ Estes elementos são referidos no artigo 3.º das Regras Uniformes da Camara do Comercio Internacional.

⁶² António Sequeira Ribeiro, ob. cit., p. 353.

Para determinarmos o alcance da autonomia temos que determinar quais os efeitos da acessoriedade que não estão presentes na garantia autónoma. Como já temos vindo a ver ao longo do presente estudo, a relação de garantia, estabelecida entre o garante e o beneficiário é totalmente independente e autónoma das outras relações e temos portanto a garantia bancária autónoma, aliás, como sua principal característica, a total exclusão da acessoriedade (característica típica do regime da fiança). Ao celebrar um contrato de garantia bancária autónoma, o banco pretende assumir uma posição que depende exclusivamente das condições desse contrato⁶³.

2.1 -A Autonomia

Característica essencial deste tipo de garantia, a autonomia é definida como a impossibilidade de o garante usar os meios de defesa próprios do devedor garantido, ou ainda, a não invocabilidade pelo garante de quaisquer objecções sobre a subsistência ou validade do crédito do beneficiário perante o devedor garantido⁶⁴, ou seja, no facto de o garante não poder recusar o cumprimento com base em circunstâncias relacionadas com o contrato base. Assim sendo este contrato é autónomo uma vez que o garante assume uma obrigação própria e independente do contrato base⁶⁵. A par desta inoponibilidade costuma-se também acrescentar a não alegação de excepções baseadas na sua relação com o garantido. Para além das referidas limitações impostas ao garante, a autonomia está também relacionada com o facto de o devedor principal, o garantido,

⁶³ António Sequeira Ribeiro, ob. cit., p. 35.

⁶⁴ Francisco Cortez, ob. cit., p. 532, citando Almeida Costa e Pinto Monteiro em co-autoria, nota 47 e Pinto Monteiro, notas 50 e 51.

⁶⁵ Francisco Cortez, ob. cit., p. 532.

não poder impedir o garante de pagar ao beneficiário a quantia acordada no contrato de garantia⁶⁶.

O garante, uma vez demandado pelo credor beneficiário, nos termos previstos no contrato de garantia autónoma terá que cumprir o acordado. Fazendo-o, fica com o direito a ser reembolsado da quantia entregue pelo devedor ordenante, nos termos definidos no contrato celebrado. Não há aqui qualquer sub-rogação pois o garante não está a cumprir uma obrigação alheia, mas pelo contrário, uma obrigação própria, oriunda do contrato de garantia autónoma celebrado⁶⁷. Mesmo que assim não fosse estipulado, a obrigação de reembolso decorre do art. 1182º nos termos do qual o mandante deve reembolsar o mandatário do que este houver despendido no cumprimento das obrigações contraídas em execução do mandato. De qualquer modo, os beneficiários nem sempre exigirão o pagamento da garantia. Por vezes, estes exigem a prorrogação da garantia sob pena de solicitarem de imediato o pagamento (“extend or pay demand”). Neste caso ainda que o devedor ordenante esteja de acordo quanto à prorrogação da garantia, é necessário o acordo expresso do garante, uma vez que sem este, não há acordo de vontade das partes do contrato de garantia⁶⁸.

A doutrina faz ainda referência a diferentes graus de autonomia consoante o tipo de garantia autónoma. Assim, por um lado, a autonomia será menor quando estivermos perante uma garantia bancária simples⁶⁹, e, por outro lado como bem se compreenderá, mais forte quando estivermos perante uma garantia à primeira solicitação⁷⁰. O grau de

⁶⁶Almeida e Costa e Pinto Monteiro, ob. cit., p. 20.

⁶⁷Neste sentido *vide* CORDEIRO, Menezes, Tratado..., cit., p. 567.

⁶⁸Cfr. JARDIM, Mónica, ob. cit., pp. 116-117; VASCONCELOS, Pestana de, ob. cit., p. 130.

⁶⁹Francisco Cortez, ob. cit., p. 533.

⁷⁰Mas será que o simples facto de ser aposta uma cláusula “à primeira solicitação” faz da garantia uma garantia autónoma? A propósito desta questão, Jorge Duarte Pinheiro, ob. cit., p. 426 faz referência às posições de diversos autores estrangeiros como Pleyer e Auhagen, para quem a utilização desta cláusula

autonomia da obrigação é também variável consoante o que as partes estipularam⁷¹, não nos podemos esquecer que estamos a tratar de um contrato celebrado à luz do princípio da autonomia privada e que a ratio do contrato de garantia autónoma é uma tutela mais célere, eficiente e segura da posição do credor⁷². Para Miguel Brito Bastos existe alguma margem de acessoriedade, constitutiva do tipo de garantia autónoma com o fundamento na situação em que o beneficiário vê o seu crédito satisfeito por parte do garantido, situação em que consequentemente, a obrigação do garante deixa de existir. Por outras palavras, a obrigação de garantia está vinculada ao cumprimento da obrigação por parte do garantido, se este pagar voluntariamente aquela obrigação deixa de existir⁷³. Na minha opinião tal sombra de acessoriedade não permite afastar a autonomia desta garantia, até porque o objectivo principal de todo e qualquer tipo de garantia é assegurar o cumprimento da obrigação principal, pelo que a garantia está sempre relacionada com esta relação, causa da sua existência.

constitui uma presunção iuris et de iure de garantia pessoal não acessória; e de Schinnerer, von Caemmerer e, sobretudo, Kleiner que, por outro lado, trata a cláusula “à primeira solicitação” como uma presunção iuris tantum – nada obsta a que esta cláusula seja utilizada juntamente com outras que torna a garantia uma garantia acessória. Veja-se por exemplo o caso da fiança à primeira solicitação e a decisão do BGH de 2.5.79: “se bem que a cláusula “à primeira solicitação” deva ser considerada um indício da presença de contrato autónomo de garantia (...), essa cláusula não deve todavia permitir excluir a existência de uma fiança (...), sobretudo quando o texto do contrato se deduz claramente que o promitente queria prestar uma fiança e não uma garantia autónoma”, citado por G. Portale, Nuovi Sviluppi del Contratto Autonomo di Garanzia, in Banca e Borsa e Titoli di Crédito, Milano, 1985, Ano XLVIII, Fasc. II, p. 172, nota 5.

⁷¹Miguel Brito Bastos, A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma “on first demand”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. III, Coimbra Editora, 2010, p. 527, para quem “a conformação de obrigações contratuais como autónomas 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”, ideia retirada de Claus-Wilhelm Canaris, Bankvertragsrecht, Berlin, 1988, p.749; António Menezes Cordeiro, Manual de Direito Bancário, p.642, e António Sequeira Ribeiro, Garantia bancária autónoma à primeira solicitação: algumas questões”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, vol II, Coimbra, 2002, p.308.

⁷²Francisco Cortez, ob. cit., p. 534.

⁷³Miguel Brito Bastos, ob. cit., p. 527 e s.

2.2 - A Automaticidade⁷⁴

Como referido anteriormente, a principal característica da figura aqui em análise é a autonomia. Todavia, não devemos confundir autonomia⁷⁵ com automaticidade⁷⁶, esta última constituindo-se como um traço eventual da garantia autónoma.

A automaticidade é uma característica da garantia autónoma on first demand, pela qual o garante fica obrigado a entregar imediatamente a quantia pecuniária acordada no contrato de garantia, não tendo o beneficiário de provar o incumprimento da obrigação do devedor ou a ocorrência de outro evento que seja pressuposto da constituição do seu crédito⁷⁷.

Na garantia on first demand a obrigação do garante de entregar a quantia acordada é imediatamente exigível com a interpelação do beneficiário, feita nos termos acordados no contrato de garantia. Deste modo, eleva-se a autonomia ao seu expoente máximo porque, ao isentar o beneficiário de provar o pressuposto do seu direito, corta-se o último elo de ligação que ainda unia a garantia autónoma à relação jurídica base⁷⁸.

A automaticidade é uma característica pontual, só está presente quando se inclui uma cláusula “à primeira solicitação”. Esta cláusula faz com que o garante fique obrigado a pagar ao beneficiário o montante previamente acordado ao primeiro pedido. O garantepagará sem que o beneficiário tenha que fazer prova do incumprimento por parte do garantido ou de qualquer outra situação que legitime o accionamento da garantia. É através desta cláusula que se ultrapassa o risco de se ter de provar a

⁷⁴Relativamente a este tema veja-se, Francisco Cortez, ob. cit. Pp. 535 e ss.

⁷⁵Impede o garante de invocar exceções relativas ao contrato base.

⁷⁶Isenta o beneficiário de provar o pressuposto do seu crédito contra o garante.

⁷⁷Cfr. CORTEZ, Francisco, ob. cit., pp. 535-536.

⁷⁸Cfr. JARDIM, Mónica, ob. cit., pp. 147-148.

ocorrência dos pressupostos que condicionam o direito do beneficiário⁷⁹. Diferentemente, se a garantia não incluir a cláusula à primeira solicitação, o beneficiário só poderá exigir o pagamento se fizer prova dos factos que fazem nascer a obrigação do garante⁸⁰.

Podemos então concluir que esta cláusula acarreta vantagens para o beneficiário ao nível da exigibilidade da obrigação do garante, pois, ao passo que na garantia autónoma simples o garante tem que fazer prova do facto que legitima o pedido de pagamento por parte do garante⁸¹, na garantia autónoma à primeira solicitação o pedido do beneficiário é suficiente para obrigar o garante ao pagamento da quantia acordada.

Este tipo de garantia é mais seguro, expedito e eficaz para o beneficiário. Podemos afirmar que com esta cláusula a garantia é tão segura como se tivesse sido feito um depósito prévio a favor do beneficiário⁸². Quanto ao facto de esta ser mais expedita, estamos claramente a pensar na celeridade da entrega da quantia acordada, pois, como já referimos, o garante não está vinculado a qualquer actuação que não seja o mero pedido. Por último, esta garantia é mais eficaz porque atinge o auge da autonomia, porque elimina qualquer possibilidade de litigância entre o garante e o beneficiário.

É com a cumulação destas duas características que se obtém a segurança total; temos, por um lado, a independência face à relação base e a consequente inoponibilidade das excepções derivadas desta relação e, por outro lado, temos uma

⁷⁹Almeida Costa e Pinto Monteiro, ob. cit., p. 19.

⁸⁰António Sequeira Ribeiro, ob. cit., p. 363 e ss.

⁸¹Por exemplo: o incumprimento por parte do devedor principal, a mora no cumprimento ou o cumprimento defeituoso etc.

⁸²Almeida Costa e Pinto Monteiro, ob. cit., p. 19 “tudo se passa (...) como se o banco, no momento que se obrigou perante o beneficiário, tivesse depositado à ordem deste o montante estipulado para a garantia”.

entrega imediata do valor em causa, sem a litigância entre beneficiário e garante relativamente à verificação do facto que legitima o direito daquele. Concluindo, temos uma garantia autónoma e automática, que se traduz na expressão “paga-se primeiro, discute-se depois”⁸³.

Convém ainda deixar aqui uma breve referência à vantagem que este tipo de garantia autónoma tem para o banco garante, é que este, quando presta este tipo de garantia, recebe uma retribuição mais elevada e também porque se mantém numa posição de total neutralidade face à relação que se desenvolve entre o garante e o beneficiário. É certo que o garante paga ao beneficiário, mas quando vai exigir esta obrigação ao garantido também vai ser reembolsado “de olhos fechados”⁸⁴.

⁸³A propósito desta maior segurança e facilidade de exigibilidade, muitos autores questionam se a garantia autónoma não deveria incluir obrigatoriamente uma cláusula à primeira solicitação. Não nos vamos alongar sobre esta questão doutrinal, deixamos apenas alguns exemplos jurisprudenciais: O Supremo Tribunal de Justiça, no seu acórdão de 27 de Janeiro de 1993 afirmou que a cláusula à primeira solicitação é um elemento típico do contrato de garantia autónoma, in Boletim do Ministério da Justiça, 1993, n.º 423, pp. 489/490; por outro lado, o mesmo Tribunal, por acórdão de 7 de Novembro de 1990 deu a entender que a autonomia da garantia implica necessariamente a cláusula de pagamento à primeira solicitação, in Actualidade Jurídica, ano 2, n.º 13/14, p. 10; também o Tribunal da Relação de Lisboa, por decisão datada de 11 de Dezembro de 1990 associou a cláusula à primeira solicitação ao carácter autónoma da garantia, ou seja, para estarmos perante uma garantia autónoma teríamos que lhe apor a fórmula “à primeira solicitação”, in Colectânea de Jurisprudência, 1990, Tomo V, pp. 136.

⁸⁴Galvão Telles, Garantia Bancária Autónoma, in O Direito, ano 120.º, 1988, iii-iv (Jul-Dez.), p. 283.

O Levantamento da Autonomia

Posto isto, há que esclarecer que não obstante a autonomia que caracteriza a garantia autónoma, a generalidade da doutrina e jurisprudência admite certos limites a esta autonomia, sendo certo que o garante pode recusar o pagamento da quantia pré-estabelecida em determinados casos muito excecionais. De uma forma muito genérica, são os casos de abuso do direito ou fraude e de ilicitude da causa por contrariedade à ordem pública ou aos bons costumes⁸⁵. Também existe a possibilidade de instauração de providências cautelares por parte do devedor da obrigação principal⁸⁶.

Naturalmente que além destes casos, o garante ainda pode invocar exceções literais que decorram do texto da própria garantia, e não do contrato base, como são os seguintes casos: falta de indicação, pelo beneficiário, dos fundamentos que determinam a execução da garantia, quando a indicação desses fundamentos era exigida pelo textogarantia; falta de apresentação, por parte do beneficiário, de documentos que eram exigidos pelo texto da garantia e que constitua condição sine qua non da respetiva execução; entre outros⁸⁷.

⁸⁵Cfr. CORREIA, Ferrer, ob. cit., p. 253; VASCONCELOS, Pestana de, ob. cit., p. 131; COSTA, Almeida/Pinto MONTEIRO, ob. cit., p. 20; MARTINEZ, Romano/Fuzeta da PONTE, ob. cit., pp. 140-143; CORTEZ, Francisco, ob. cit., pp. 597-606; CORDEIRO, Menezes, Tratado..., cit., pp. 567-571.

⁸⁶Cfr. CORTEZ, Francisco, ob. cit., p. 600-604.

⁸⁷Cfr. MARTINEZ, Romano/Fuzeta da PONTE, ob. cit., p. 140; BARILLÀ, Giovanni, "Il formalismo nelle garanzie astratte: operazione económica e prospecttiva della banca garante", Banca, Borsa e Titoli di Credito – Rivista di Dottrina e Giurisprudenza, Ano LVIII, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 408 e ss..

2.3 - A Transmissibilidade

Quanto à questão de saber se o *Garantievertrag* pode ser cedido desacompanhado do crédito garantido, as posições, mais uma vez, segmentam-se e os argumentos invocados multiplicam-se.

Antes de mais, cumpre esclarecer que no âmbito da garantia autónoma há que distinguir entre o crédito de natureza pecuniária, decorrente do acionamento da garantia, e o direito de crédito prévio ao acionamento da garantia, no qual se insere o poder de interpelar o garante, isto é, o direito de acionar a garantia⁸⁸.

A soma pecuniária decorrente do acionamento da garantia não deve ser considerada *intuitu personae*, inexistindo qualquer fundamento para a inadmissibilidade da sua transmissão⁸⁹. Não existe aqui um risco especial para o garante ou para o ordenante uma vez que o sujeito com poder para executar a garantia continua a ser o beneficiário originário. Porém, o crédito pode ser cedido enquanto crédito futuro e eventual. Neste caso será sempre o cedente o detentor do poder de interpelar o garante para o pagamento, devendo para isso manter-se em contacto com o cessionário a fim de o informar relativamente à situação da relação subjacente e de a executar quando ocorrer o *Garantiefall*⁹⁰. A questão não é tão líquida quando se trate da cessão do crédito de garantia e do poder de interpelação para o pagamento. Parte da doutrina admite essa possibilidade porque tal não acarreta uma alteração do conteúdo da prestação nem

⁸⁸Há quem considere que o direito de acionar a garantia à primeira solicitação é um direito potestativo, a que corresponde uma sujeição a cargo do garante, o dever de pagar. Neste sentido, COSTA GOMES e a prevalecente doutrina alemã que considera este direito intransmissível. Cfr. GOMES, *Januário da Costa*, ob. cit., pp. 76-77; JARDIM, *Mónica*, ob. cit., p. 139.

⁸⁹Neste sentido pronuncia-se a esmagadora maioria da doutrina estrangeira, CANARIS, KOZIOL, KLEINER, DOHM, SIMLER, como se explanará ao longo deste ponto 3. Na doutrina portuguesa, ainda neste sentido temos, como veremos mais detalhadamente infra, MÓNICA JARDIM e COSTA GOMES.

⁹⁰Neste sentido, *vide* JARDIM, *Mónica*, ob. cit., pp. 146-147; GOMES, *Januário da Costa*, ob. cit., pp. 74-82.

aumenta o risco do garante⁹¹. Todavia a esmagadora maioria da doutrina não admite a cessão do poder de interpelação para pagamento⁹².

Posições Favoráveis

Na doutrina alemã, Hadding, Häuser e Welter são paladinos da admissibilidade da cessão do crédito de garantia de forma isolada, mesmo antes da interpelação pelo beneficiário para o pagamento, em virtude de esta ser apenas um pressuposto do vencimento do dever de pagamento do garante. Zeller, acrescenta que dessa cessão não decorre um aumento do risco para o garante, uma vez que a sua confiança se baseia na capacidade patrimonial do ordenante, não revestindo a relação garante-beneficiário um carácter eminentemente pessoal. Na mesma senda, Bullock, refere que não há nada que impeça a cessão autónoma do crédito de garantia, bem como do direito de a acionar⁹³.

Canaris, por outro lado, sustenta que, no caso de garantia com cláusula de pagamento *on first demand*, a faculdade de excutir a garantia permanece na esfera do cedente apesar da cessão, salvaguardando a hipótese da sua transmissão com o consentimento do garante. Para o A., apenas o cedente tem conhecimento suficiente da relação base para apreciar a verificação dos pressupostos para o acionamento da garantia⁹⁴.

⁹¹HADDING/HÄUSER/WELTER; ZELLER, todos os precedentes Autores citados apud GOMES, Januário da Costa, ob. cit., p. 64. Em Portugal, FÁTIMA GOMES segue o mesmo entendimento, negando que o poder de solicitar a garantia é um direito intuitu personae (*vide* GOMES, Fátima, ob. cit., p. 184).

⁹²No sentido da não transmissibilidade do direito de excutir a garantia, veja-se infra o que discorreremos a propósito de CANARIS, SIMLER, PORTALE, ALIBRANDI, CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/ MARÍN LOPEZ, na doutrina estrangeira, e MÓNICA JARDIM e COSTA GOMES, na doutrina nacional.

⁹³Cfr. HADDING/HÄUSER/WELTER/ZELLER/BULLOCK apud GOMES, Januário da Costa, ob. cit., p. 64.

⁹⁴CANARIS enuncia ainda que a faculdade de solicitar o pagamento à primeira solicitação pode ser utilizada abusivamente com extrema facilidade, sendo que o garante apenas a concede porque confia na seriedade do declarante, neste caso, o beneficiário originário. *Vide* CANARIS apud GOMES, Januário da Costa, ob. cit., p. 65.

No ordenamento jurídico suíço, Dohm, começa por admitir a possibilidade de cessão da garantia, a menos que do contrato de garantia resulte o contrário. Todavia, de modo pouco claro, o A. altera a sua posição quando se trata de garantia com cláusula de pagamento à primeira solicitação, em que o beneficiário deve declarar ao garante o incumprimento na relação base, uma vez que, *in casu*, o crédito contra o garante está expressamente subordinado à condição de o beneficiário mencionado declarar o incumprimento por parte do dador da ordem. Nesta hipótese, tendo lugar a cessão, o garante pode recusar-se a pagar, alegando “insuficiência”⁹⁵.

No direito italiano, Bonelli, revela-se favorável à livre cessão da garantia autónoma, uma vez que a autonomia da garantia justifica que o seu beneficiário disponha do seu direito, independentemente de a mesma já ter sido acionada ou não. Considera que só não será assim se existirem normas imperativas que impeçam essa livre transmissão. Além disso, o A. não concebe a ideia de que o cessionário não pode solicitar o pagamento da quantia pecuniária objeto da garantia, pelo menos quando se trate de garantia autónoma à primeira solicitação sem justificação documental. Neste caso o cessionário deve sempre assegurar a colaboração do cedente, ou seja, do beneficiário originário para estar em condições de respeitar as formalidades exigidas para a excussão da garantia. Não se descarta o contrato de garantia, sendo mister analisar o texto da mesma, pois perante uma cláusula de incedibilidade do direito de a solicitar, naturalmente que esse direito permanece na esfera jurídica do beneficiário originário⁹⁶.

No âmbito do direito nacional, Fátima Gomes e Romano Martinez defendem a livre cessão da garantia autónoma. Fátima Gomes não estabelece qualquer distinção entre o direito de executar a garantia e o respetivo crédito, afirmando que “*não existe, em*

⁹⁵ Cfr. DOHM, Jorgen, ob. cit., pp. 98-99.

⁹⁶ BONELLI, Franco, ob. cit., pp. 66-70.

*princípio, nenhuma relação intuitu personae identificável no contrato de garantia em favor de um determinado beneficiário e já não a favor de qualquer outro*⁹⁷. Romano Martinez alega que, neste âmbito, valem as regras da cessão de créditos “*nos termos das quais, salvo cláusula em contrário, o beneficiário pode livremente transmitir a sua posição creditícia a terceiro sem necessidade de consentimento do garante nem do devedor garantido*”⁹⁸.

Ainda na admissibilidade da cessão da garantia isoladamente, mas com algumas nuances relativamente aos AA. supra mencionados, Menezes Leitão, afirma que “*pelo facto de não constituir uma garantia acessória, tem-se admitido igualmente a possibilidade de transmissão da garantia autónoma isoladamente em relação ao crédito*”⁹⁹. Muito embora admita a livre transmissão do direito de crédito da garantia, no que toca à garantia autónoma com cláusula de pagamento *on first demand*, considera que a mesma tem um carácter intuitu personae, pelo que essa faculdade apenas pode ser transmitida com o consentimento do garante.

No direito internacional, as *Uniform Rules for Demand Guarantees* da CCI admitem, no primeiro parágrafo do seu art. 4º, a cessão do direito de executar a garantia se tal possibilidade se encontrar expressamente prevista no texto da mesma, em sua adenda ou alteração, determinando, no segundo parágrafo, a livre cessão da garantia quando esta já tiver sido acionada.

⁹⁷ Cfr. GOMES, Fátima, ob. cit., p. 184.

⁹⁸ Cfr. MARTINEZ, Romano, ob. cit., p. 278.

⁹⁹ Cfr. LEITÃO, Menezes, Cessão..., cit., p. 329.

Posições Desvaforáveis

Em Itália, Portale, não aceita a cessão da garantia autónoma, pois que o crédito garantido e o crédito de garantia apenas interessam a uma esfera patrimonial e por isso, não podem desprender-se para ficarem em esferas jurídicas diferentes¹⁰⁰. Nesse sentido Alibrandi rejeita a possibilidade de cessão isolada do *Garantievertrag*, em virtude do crédito garantido ser a causa-função da garantia¹⁰¹. Com efeito, a obrigação assumida pelo garante é autónoma mas subsidiária porque subordinada à verificação dos eventos previstos no contrato de garantia¹⁰². Acresce ainda um aumento exponencial do risco de excussão indevida da garantia, uma vez que o cessionário se encontra à margem do que se passa na relação base¹⁰³.

Na doutrina francesa, Simler, apesar de considerar, *prima facie*, que a autonomia da garantia possibilitaria a sua cessão isolada, acaba por concluir pela sua inadmissibilidade, atento o seu escopo de garantia. Todavia, o A. francês, tal como outros AA., admite a cessão da soma pecuniária exigível após interpelação do garante^{104/105}.

Em Espanha, para Carrasco Perera, Cordero Lobato e Marín López, não é possível ceder a garantia isoladamente, atenta a sua vinculação ao contrato base, “*siendo*

¹⁰⁰PORTALE, Giuseppe, “Nuovi sviluppi del contrato di garanzia”, cit., pp. 184-185. O Autor acresce que, admitindo tal cessão, não se poderia transmitir o poder de executar a garantia, devendo o mesmo permanecer na esfera do beneficiário cedente, devido ao seu carácter estritamente pessoal.

¹⁰¹“Lo scopo di garanzia, che costituisce la causa-funzione del *Garantievertrag* (...), comporta una necessaria inerenza al rapporto-base garantito (...)”. Vide ALIBRANDI, Antonella, ob. cit., p. 597.

¹⁰²Cfr. ALIBRANDI, Antonella, ob. cit., p. 599.

¹⁰³Cfr. ALIBRANDI, Antonella, ob. cit., pp. 601-602.

¹⁰⁴SIMLER apud GOMES, Januário da Costa, ob. cit., p. 67.

¹⁰⁵O Tribunal Comercial de Paris, em 22-02-1989, defendeu a livre transmissibilidade do direito do crédito de garantia, afirmando não ser obstáculo o facto de, no momento da cessão, o crédito do beneficiário ainda ser eventual porque condicionado à solicitação da garantia. Todavia, tal como CANARIS, entende que o direito de solicitar o pagamento permanece na esfera do cessionário. Vide JARDIM, Mónica, ob. cit., p. 138.

su causa la de garantizar al acreedor frente al incumplimiento de la misma”¹⁰⁶. Não obstante, permitem a cessão isolado do crédito pecuniário emergente do acionamento da garantia¹⁰⁷, já não admitindo a cessão do poder de interpelar o garante para o pagamento, ou seja, o direito de executar a garantia.

No ordenamento jurídico português, erguem-se as vozes de Mónica Jardim¹⁰⁸ e de Costa Gomes¹⁰⁹, no sentido da inadmissibilidade de cessão isolada do *Garantievertrag*. Para a primeira, esta é a única posição suscetível de acautelar os interesses do garante e do ordenante, bem como a compatibilidade com a causa da garantia. Na verdade, o direito de garantia surge para reforçar o crédito do contrato base, não devendo ser dissociado do mesmo. Contudo, a A., tal como outros supra mencionados¹¹⁰, admite a cessão do direito de obter a soma pecuniária objeto da garantia, mesmo quando este é ainda meramente eventual, porque subordinado à verificação do evento previsto no texto da garantia, assim como à condição suspensiva de eventual solicitação pelo beneficiário originário. É este último quem adquire “o direito à entrega da soma objeto da garantia, o direito de ser indemnizado e, só depois, o transfere para a titularidade do cessionário”¹¹¹. Mónica Jardim acrescenta ainda que, em virtude da autonomia do contrato de mandato, celebrado entre o ordenante e o garante, face ao contrato de garantia, é totalmente desnecessário o acordo do devedor ordenante para que ocorra uma modificação no contrato de garantia. Considera ainda irrelevantes as instruções do ordenante no sentido da extinção da garantia ou da sua não

¹⁰⁶Cfr. PERERA, Carrasco/ Encarna LOBATO/Manuel Marín LÓPEZ, Tratado de los derechos de garantía, Editorial Aranzadi, SA, 2002, p 366.

¹⁰⁷Isto é, subsequente ao acionamento da garantia.

¹⁰⁸Cfr JARDIM, Mónica, ob. cit., pp. 145-147.

¹⁰⁹GOMES, Januário da Costa, ob. cit., pp. 78-82.

¹¹⁰Vide supra CANARIS, ALIBRANDI e MENEZES LEITÃO.

¹¹¹Cfr. JARDIM, Mónica, ob. cit., pp. 146-147.

execução¹¹². Por seu lado, Costa Gomes, contra a cessão isolada do *Garantievertrag*, invoca o aumento exponencial do risco de solicitação indevida e do desconhecimento, por parte do cessionário, do *Garantiefall*. Admite que o poder de acionar a garantia pode, excecionalmente, acompanhar a cessão do crédito de garantiase o respetivo acionamento não pressupuser a invocação de uma ocorrência da relação subjacente; nos outros casos, exige o consentimento do garante para que o poder em análise se transmita.

2.4 - Cessão Automática da Garantia

Posições Favoráveis

Menezes Leitão e Romano Martinez defendem a transmissibilidade automática da garantia autónoma aquando da cessão de crédito garantido, muito embora reconheçam que a doutrina maioritária aponta em sentido diverso. Na doutrina alemã, também numa dimensão minoritária, temos Canaris a perfilhar esta posição. Estas posições têm em comum o facto de ignorarem a característica primordial e diferenciadora desta figura, a sua autonomia.

De acordo com Menezes Leitão, “a garantia autónoma é uma garantia do crédito como outra qualquer, pelo que o constituiria um formalismo exigir um segundo acto para se obter a sua transmissão”¹¹³. O A. em análise, apesar de considerar que a garantia autónoma se transmite *ex lege* com a cessão de crédito garantido, exige o consentimento do garante para a transmissão da faculdade de exigência automática,

¹¹²JARDIM, Mónica, ob. cit., p. 147.

¹¹³Cfr. LEITÃO, Menezes, Cessão..., cit., p. 328.

dado o seu carácter *intuitu personae*^{114/115}. Concluindo de igual forma, veja-se o sumário do Ac. do TRL, de 11-12-2002, “*A garantia bancária autónoma deve considerar-se incluída nas garantias a que se refere o art. 582º, nº1 do C. Civil, pelo que segue, por força da Lei – salvo convenção em contrário – o crédito principal sem necessidade da transmissão de créditos ser notificada ao garante*”.

Por sua vez, Romano Martinez entende que, por via de regra, e nos termos do art. 582º, nº1, a garantia acompanha o crédito, afirmando que “*O credor beneficiário da garantia pode livremente ceder o crédito garantido a terceiro e, conjuntamente, transmitir ao cessionário a garantia*”¹¹⁶. Todavia, deixa em aberto a possibilidade da garantia, por acordo, permanecer na esfera do seu beneficiário não obstante a cessão de crédito que lhe subjaz.

Canaris, equipara a garantia autónoma à fiança, aplicando analogicamente o § 401 do BGB¹¹⁷. O A. alemão refere que a vontade das partes do contrato de cessão de crédito não é menor no que toca à fiança ou a outra garantia que esteja ligada a esse

¹¹⁴Cfr. LEITÃO, Menezes, *Garantias...*, cit., p. 131.

¹¹⁵O A. segue esta posição alvitando que, subjacente à concessão de uma faculdade desta natureza, existe uma relação de confiança não só quanto ao devedor (a sua capacidade de cumprimento) mas também quanto ao beneficiário (atentos os elevados riscos de abuso que a concessão dessa faculdade comporta). Vide LEITÃO, Menezes, *Cessão...*, cit., p. 329: “*(...) é exato que a relação de confiança do garante se refere à capacidade do cumprimento do devedor, como ocorre em qualquer garantia, mas na garantia automática há um plus em relação à situação normal das garantias, que consiste na faculdade de ser exigida à primeira solicitação, sendo extremamente limitadas as exceções oponíveis pelo devedor. Ora, a concessão dessa faculdade deve considerar-se intuitu personae, não podendo assim essa faculdade ser transmitida sem o consentimento do garante, pelo que permanecerá sem esse consentimento na esfera do cedente*”. A CCI, nas suas Regras Uniformes Relativas às Garantias à Primeira Solicitação, no seu art. 4º refere que o direito de fazer o pedido de pagamento ao abrigo de uma Garantia não é cedível, salvo se tal for declarado expressamente no texto da Garantia ou numa alteração a esta (“*The Beneficiary’s right to make a demand under a Guarantee is not assignable unless expressly stated in the Guarantee or in an amendment thereto*”). Por sua vez, os AA. que contestam esta posição, entendem que a confiança do garante respeita exclusivamente à capacidade de cumprimento do devedor, em nada interferindo a pessoa do beneficiário (*Ibidem*).

¹¹⁶Cfr. MARTINEZ, Romano, “*Garantias Bancárias*”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Almedina, 2002, p. 278.

¹¹⁷ Cfr. § 401 BGB: “*Mit der abgetretenen Forderung gehen die Hypotheken, Schiffshypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über*”, traduzindo, admite a transmissão automática das garantias acessórias com a cessão de créditos, salvo convenção em contrário

mesmo crédito, isto é, as partes pretendem transmitir não só o crédito, mas também todas as garantias que estejam diretamente ligadas a ele.

Após o exposto, verificamos que a doutrina que preconiza esta posição desconsidera a característica principal e diferenciadora da garantia autónoma, isto é, a sua autonomia. No plano nacional, os AA. tendem a fundar a sua posição no art. 582º, nº1, descurando que a garantia autónoma não é um acessório do crédito.

Posições Desfavoráveis

Na Alemanha, na década de 60 do século passado, Boetius veio sustentar que a garantia autónoma não pode ser considerada um direito relacionado com o crédito (*Nebenrecht*) para efeitos do disposto no § 401 do BGB, pelo que não se deve considerar transmitida automaticamente com a cessão do crédito garantido. Para o A., é determinante facto de a garantia estar predominantemente ligada ao interesse do credor, enquanto a fiança está intimamente relacionada com a esfera do devedor. Em sua opinião, a transmissão da *Garantievertrag* não deixa de ter consequências para o garante, pelo que implicaria sempre um negócio de transmissão autónoma, nos termos do § 398 BGB^{118/119} como seguidor desta posição, na doutrina alemã, identificamos Bülow, para quem o § 401 do BGB não é aplicável a esta figura, sendo necessário um outro contrato de cessão¹²⁰. Na mesma linha de pensamento Koziol, no direito austríaco,

¹¹⁸ Cfr. § 398 BGB: “Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung). Mit dem Abschluss des Vertrags tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers”.

¹¹⁹ BOETIUS apud GOMES, Januário da Costa, “Sobre a circulabilidade do crédito emergente da garantia bancária autónoma ao primeiro pedido”, RB, Nº 64, Julho/Dezembro 2007, p. 56.

¹²⁰ BÜLOW apud GOMES, Januário da Costa, ob. cit., p. 56.

afasta a possibilidade de transmissão automática da garantia pelo simples facto de esta não ser acessória do crédito¹²¹.

No direito suíço, é de destacar a posição de Dohm que invoca, e bem, no nosso entendimento, que o contrato de garantia erige uma relação contratual distinta e independente da relação contratual base, não fundando um direito acessório do crédito garantido¹²². Outra perspetiva, Kleiner sustenta a intransmissibilidade automática da garantia uma vez que esta não garante um crédito principal, logo não se transmite com ele, mas sim uma prestação, constituindo-se esta como objeto de um crédito principal¹²³.

Em Itália, Portale e Bonelli defendem a não *cessio legis* da garantia juntamente com a cessão de crédito garantido, pese embora com fundamentos distintos. Segundo Portale, a mudança de credor pode gerar um agravamento dos riscos assumidos pelo garante, circunstância esta possível de ser potenciada pelo facto de o garante não poder opor ao novo credor os meios de defesa relativos à relação principal¹²⁴. Por sua vez, para Bonelli, é a autonomia da relação de garantia face à relação jurídica base que não permite a transmissão da garantia com o crédito garantido cedido¹²⁵.

Acresce que nos termos do art. 670 do Código do Comércio Internacional Checoslovaco e do art. 1086 do CC Jugoslavo, o beneficiário da garantia não pode

¹²¹KOZIOL apud GOMES, Januário da Costa, ob. cit., p. 57.

¹²²A respeito, DOHM narra que *“lorsque la créance résultant du rapport commercial de base est cédée, il n’y a point de cessio legis de la créance résultant de la garantie bancaire de paiement; car le contrat de garantie constitue un rapport contractuel distinct et indépendant du rapport contractuel de base (conclu entre le donneur d’ordre et le bénéficiaire), et non pas un droit de préférence ou un droit accessoire selon l’art. 170 al. 1 CO. En conséquence, la cession à un tiers de la créance découlant de la garantie bancaire, doit le cas échéant faire l’objet d’une cession de créance expresse et séparée”*. DOHM, Jürgen, *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Editions Staempfli & Cie SA, Berne, 1986, p. 98.

¹²³Acerca da posição de KLEINER, vide GOMES, Januário da Costa, ob. cit., p. 58.

¹²⁴Cfr. PORTALE, Guisepe, *“Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia”*, *Le garanzie bancarie internazionali*, Giuffrè Editore, 1989, pp. 55-56.

¹²⁵Cfr. BONELLI, Franco, ob. cit., p. 70.

transferir a um terceiro os direitos decorrentes do contrato de garantia autónoma sem que ocorra a cessão de crédito garantido¹²⁶.

Sendo certo que no direito comparado a tendência da doutrina é no sentido da não transmissibilidade *ex lege* da garantia autónoma, Mónica Jardim enuncia os argumentos que têm sido avançados para suportar essa posição¹²⁷:

- a) O contrato de garantia é autónomo em relação ao contrato base, tratando-se de uma relação jurídica estabelecida entre o garante e o credor beneficiário;
- b) Uma vez que o ordenante pode ter que intentar uma ação de repetição do indevido contra o credor beneficiário, a modificação deste último é suscetível de aumentar o risco assumido, dado que o dador da ordem concorda com a emissão da garantia, porque confia na capacidade patrimonial do beneficiário originário;
- c) A posição do ordenante perante o beneficiário originário é em tudo semelhante à de alguém que se encontra sujeito ao exercício de um direito potestativo (v.g. direito de opção) – sobretudo no caso de uma garantia autónoma *on first demand* - e, por isso, não se lhe deve poder impor um outro parceiro contratual;
- d) A alteração da pessoa do credor também pode comportar um agravamento dos riscos assumidos pelo garante no caso de este pagar ao beneficiário indevidamente e de não ter o direito de exigir do ordenante o reembolso¹²⁸, situação em que a legitimidade para intentar a ação de repetição do indevido pertence ao garante.

¹²⁶Cfr. ALIBRANDI, Antonella, ob. cit., p. 569.

¹²⁷Cfr. JARDIM, Mónica, ob. cit., pp. 129-130.

¹²⁸V.g. no caso de pagar estando na posse de prova líquida e inequívoca da fraude do beneficiário.

Para Mónica Jardim é “*indispensável para a cessão do direito de garantia o acordo do garante, caso seja cedido o crédito garantido, não dando o garante consentimento para a transferência do direito de garantia, este extingue-se*”¹²⁹.

Costa Gomes, apoiando-se no argumento da autonomia da garantia, afirma perentoriamente que não se pode seguir o entendimento de Menezes Leitão e de Romano Martinez¹³⁰, dizendo que,

a própria letra do artigo 582º/1 do CC aponta no sentido da solução exposta, quando alude a «garantias e outros acessórios do crédito» tudo apontado no sentido de que as situações jurídicas que acompanham o crédito cedido são as que lhe são acessórias ou, indo um pouco mais longe – mas não a ponto de abranger as garantias autónomas – as que estão ligadas ao crédito em termos de regime” e que “as posições favoráveis a uma cessão automática do crédito de garantia autónoma desconsideram de forma desconcertante a diferença ou especificidade desses garantias, que assenta no pilar da autonomia relativamente à relação subjacente”¹³¹.

Que a doutrina maioritária considera que o direito de garantia não se transfere automaticamente com a cessão de crédito garantido é já um ponto assente. Todavia, surge agora a questão de concluir se compete ao garante ou ao ordenante prestar o respetivo consentimento.

Embora alguns autores tenham defendido que é necessário o consentimento de ambos os sujeitos¹³², Mónica Jardim considera que apenas é exigido o consentimento do garante, que se constitui como um dos sujeitos do contrato de garantia. Deste modo, e bem a nosso ver, segue o mesmo raciocínio efetuado aquando da determinação da não

¹²⁹ Cfr. JARDIM, Mónica, ob. cit., p. 134.

¹³⁰ Paladinos da posição favorável à transmissão automática da garantia autónoma.

¹³¹ Cfr. GOMES, Januário da Costa, ob. cit., p. 59-60.

¹³² Narravam que, apesar de o ordenante não fazer parte do contrato de garantia, as consequências prejudiciais resultantes da cessão eram suportadas, em grande parte, por ele. Vide JARDIM, Mónica, ob. cit., p. 131.

transmissibilidade automática da garantia. O contrato de garantia é um contrato autónomo e, como tal, apenas o garante tem o poder de consentir na cessão da garantia. Não queremos com isto afirmar que se descarta a vontade do ordenante. Contudo, considera-se que esta deve ser acautelada no âmbito das relações garante–ordenante, isto é, no contrato de mandato. O ordenante poderá precaver-se no mandato, estipulando que a garantia deverá ser prestada em benefício de um sujeito rigorosamente determinado, pelo que, se o garante consentir na cessão da garantia, no momento de recuperar o montante despendido, poderá confrontar-se com a oposição do ordenante, baseado no inexato cumprimento do mandato. Em nossa opinião, este entendimento é o mais equilibrado e coerente. Consegue-se, assim, conformar a autonomia do contrato de garantia face ao contrato base e face ao contrato de mandato, sem ignorar os interesses do devedor ordenante, que são tutelados na relação jurídica que este constituiu com o garante.

Pelas razões apresentadas, a maioria da doutrina tem entendido que é necessário o acordo do garante para que ocorra a cessão do direito de garantia conjuntamente com a cessão do crédito garantido. Em sentido algo peculiar, Costa Gomes perfilha a posição da não transmissibilidade automática da garantia autónoma, permitindo, contudo, às partes da cessão de crédito, o cedente/credor beneficiário e o cessionário/terceiro, incluir a garantia autónoma no negócio de cessão, não sendo necessário o acordo do garante nem o do devedor ordenante para que a garantia autónoma seja igualmente cedida¹³³.

Resta agora saber o que sucede se não houver consentimento, isto é, qual o fado da garantia que não acompanha o crédito subjacente. Também aqui existe divergência doutrinal, pois enquanto parte da doutrina entende que a garantia subsiste na esfera do

¹³³Cfr. GOMES, Januário da Costa, ob. cit., pp. 59-61.

beneficiário, como que um crédito de garantia suspenso “no ar”¹³⁴, outra parte entende que o direito de garantia se extingue.

Bonelli sufraga a posição de que, existindo cessão de crédito garantido sem o consentimento do garante para a cessão do crédito de garantia, este mantém-se na esfera do beneficiário¹³⁵.

No entendimento de Costa Gomes, se a garantia autónoma não acompanhar a cessão de crédito garantido, porque as partes do contrato de cessão assim não pretenderam, esta mantém-se na esfera do beneficiário. Afirma ainda que esta é a posição que se harmoniza com a autonomia da figura e que justifica a admissibilidade de outras situações de dissociação entre o crédito garantido e o crédito de garantia, como veremos infra. Todavia, o A. pátrio reconhece que o *Garantievertrag*, neste caso, fica despojado de efeito prático, uma vez que o beneficiário não o poderá fazer atuar invocando o incumprimento de um crédito do qual já não é titular (o crédito cedido); por sua vez, o cessionário, atual titular do crédito garantido, também não poderá fazer atuar o crédito de garantia, uma vez que este não lhe pertence.

Em sentido diverso, isto é, defendendo a extinção do crédito de garantia no momento da cessão do crédito garantido, temos Portale e Alibrandi¹³⁶, no panorama comparado, e, entre nós, Mónica Jardim e Fátima Gomes. Em Itália, Portale afirma que *“il credito contro il debitore e quello contro il garante non possono che interessare una*

¹³⁴ Expressão utilizada por COSTA GOMES in ob. cit., pp. 61 e 62.

¹³⁵ Neste sentido, BONELLI narra o seguinte: *“La conseguenza della cessione del credito nascente dal contratto di base non è pertanto la «estinzione dell’impegno del garante» (...), ma la permanenza in capo al beneficiário originário del credito nei confronti della banca garante”*. Vide BONELLI, Franco, ob. cit., p. 71.

¹³⁶ ALIBRANDI enuncia que a cessão do direito garantido significa *“che il cedente rinuncia a che la prestazione oggetto della garanzia sia eseguita nei suoi confronti non potendosi più dare nella sua sfera il verificarsi della fattispecie”*. Vide ALIBRAND, Antonella, ob. cit., p. 587.

*sola sfera patrimonial*¹³⁷, isto é, o crédito contra o devedor e contra o garante não podem interessar senão a uma única esfera jurídica, não podendo dissociar-se por forma a ficar cada um deles numa esfera jurídica diferente. Mónica Jardim, na mesma linha de argumentação aquando da sua tomada de posição desfavorável à cessão *ex lege* da garantia autónoma com a cessão do crédito garantido, afirma que, não existindo consentimento para a referida transmissão, o *Garantievertrag* extingue-se, uma vez que a causa-função da garantia implica uma vinculação necessária do direito de garantia ao direito de crédito decorrente do contrato base¹³⁸.

¹³⁷ Cfr. PORTALE, Giuseppe, “Nuovi sviluppi del contratto di garanzia”, *Banca Borsa e Titoli di Credito*, Giuffrè Editore, 1985, p. 186.

¹³⁸ JARDIM, Mónica, ob. cit., p. 133.

CAPTÍTULO III - REGIME DA GARANTIA AUTÓNOMA

1 - Admissibilidade da Garantia Autónoma

A admissibilidade da garantia autónoma está intimamente ligada com a proibição dos negócios abstractos prevista no artigo 458.º do Código Civil^{139/140}. O negócio abstracto é, na maioria das vezes, definido por contraposição com a causa do negócio. Podemos assim afirmar estar perante um negócio abstracto quando este seja abstraído da sua causa¹⁴¹.

No presente estudo, atento ao limite imposto, vamos partir da admissibilidade da garantia autónoma como um contrato causal não violador das normas jurídicas previstas no Código Civil¹⁴². A propósito desta questão, e para finalizar o problema da abstracção que aqui não pretendemos tratar, citamos Vaz Serra, que considera que todo o negócio tem uma causa: “Os negócios abstractos, como os outros, têm uma causa; mas o direito, para facilitar a mobilidade da vida económica, aceita que sejam feitos valer sem alegação ou demonstração da sua causa e sem se sujeitar o autor a que lhes sejam opostas todas as excepções baseadas na causa”¹⁴³.

¹³⁹ O autor que mais se dedicou ao tema da admissibilidade da garantia autónoma foi Simões Patrício; no seu artigo intitulado Preliminares sobre a garantia “on first demand” o autor parte da proibição da celebração de negócios abstractos que não expressamente consentidos pela lei para explicar a causalidade presente na garantia autónoma e, conseqüentemente, a sua admissibilidade em Portugal, *vide* p. 692 e seguintes do referido artigo publicado na Revista da Ordem dos Advogados, n.º 43, 1983.

¹⁴⁰ Relativamente à admissibilidade da garantia autónoma escreveu Manuel Januário da Costa Gomes, *ob. cit.* p. 71, que “a garantia bancária autónoma é admissível no ordenamento jurídico português com base no princípio da liberdade contratual, não constituindo obstáculo a não acessoriedade da garantia, uma vez que a autonomia se não identifica com a “receada” abstracção”. Ora, pelo atrás citado e pelo restante parágrafo daquela obra sobre este assunto, podemos concluir que também este autor se inclina para a tese de a garantia bancária autónoma ser um negócio jurídico causal por ter uma função de garantia.

¹⁴¹ Simões Patrício, p. 693 do artigo mencionado na nota anterior.

¹⁴² Para um estudo pormenorizado da questão da abstracção e causalidade recomenda-se a leitura do mencionado artigo de José Simões Patrício.

¹⁴³ Citação referida por Simões Patrício, *ob. cit.*, p. 694.

Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte defendem que o contrato de garantia não pode ser configurado como um negócio abstracto, é um negócio dotado de causa, que é a função de garantia¹⁴⁴.

A garantia autónoma apesar de não regulada na nossa lei, é aceite doutrinal e jurisprudencialmente, decorrendo a sua admissibilidade do princípio da liberdade contratual. É esta a posição defendida pelo Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles¹⁴⁵ que a configura como “uma obrigação causal, como a fiança, porque visa como esta, uma função de garantia e essa função, que constitui a sua causa, está objectivada no respectivo contrato”.

A sua admissibilidade também advém do princípio da autonomia privada consagrado no artigo 405.º do Código Civil. Apoiando-se no estipulado neste artigo e ainda no disposto no artigo 398.º número 2 do mesmo diploma, os autores Almeida Costa e Pinto Monteiro¹⁴⁶ configuram a garantia autónoma como um negócio causal, afirmando que “a causa da garantia autónoma, a finalidade económico-social que serve, o seu escopo, é precisamente garantir determinado contrato-base, finalidade esta objectivada na própria carta de garantia e nos contratos (entre o credor e o devedor e entre este e o banco) que a precedem”¹⁴⁷.

¹⁴⁴“ O contrato de garantia, celebrado entre o banco e o credor beneficiário tem natureza causal: a função de garantia. Não é, pois, um negócio jurídico abstracto, cuja causa não faz parte do seu conteúdo, e que vale independentemente dessa causa, mas um negócio jurídico causal. Todavia, sendo causal, é um negócio jurídico autónomo com respeito à obrigação garantida e ao vínculo constituído entre o devedor e o garante”. Citação retirada da obra *Garantias de Cumprimento*, Almedina, 4.ª Ed., Coimbra, 2003, de Pedro Romano Martinez em co-autoria com Pedro Fuzeta da Ponte, p. 129 e 130.

¹⁴⁵In *Garantia bancária autónoma*, ob. cit., p. 290.

¹⁴⁶In *Garantias bancárias – o contrato de garantia à primeira solicitação (parecer)*, in *Separata da Colectânea de Jurisprudência*, ano XI, T. V, 1986, p. 21.

¹⁴⁷Também Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, vol. II, transmissão e extinção das obrigações não cumprimento e garantias do crédito, Almedina, 2.ª Ed., p. 327 e ss., defende a admissibilidade da garantia autónoma por recurso ao princípio previsto no artigo 405.º CC e à não ingerência contra a ordem pública, defende antes tratar-se de interesses legítimos do credor em assegurar a manutenção da obrigação do devedor. O autor afirma que “Não se encontrando prevista na lei, a sua admissibilidade

A causalidade da figura é também defendida por Francisco Cortez que, apesar de não a considerar conforme com os nossos princípios gerais, afirma que lhe “corresponde[-lhe] um fim, que vem a ser precisamente o escopo de garantia. É nele que reside a causa do negócio. Por outro lado, o contrato de garantia bancária, de que nos vimos ocupando, tem como fundamento aquele outro negócio jurídico de que procede a obrigação garantida, ou seja, o contrato principal. De harmonia com os princípios gerais que regem na presente matéria, este último contrato constitui pressuposto do primeiro – a sua causa, “hocsensu”¹⁴⁸. No entanto, o autor afirma que para estarmos perante um negócio jurídico que corresponda aos nossos princípios gerais é necessária a existência de um mínimo de acessoriedade, pois sem isso não poderemos estar perante uma garantia pessoal.

2 - Relações Jurídicas subjacentes à Garantia Autónoma

A garantia autónoma é constituída por três intervenientes no processo, o garantido, o garante e o beneficiário. Consoante estejamos a analisar cada uma das relações jurídicas que obrigatoriamente existe entre estes sujeitos, podemos referir-nos a eles através de outras expressões. O número de intervenientes neste negócio corresponde ao número de relações que se vão estabelecer para formar uma perfeita garantia autónoma. Assim, vamos de seguida analisar as seguintes relações: a relação de cobertura, a relação de atribuição e a relação de execução. Como nos diz Galvão Telles,

resulta do princípio da autonomia privada (art. 405.º), uma vez que se verificou que uma simples fiança era insuficiente para as necessidades do tráfego comercial, em face da elevada protecção que o princípio da acessoriedade confere ao fiador, na medida em que permite a invocação contra o credor de toda e qualquer meio de defesa oriunda da obrigação principal. Tornou-se, por isso, frequente, especialmente no âmbito dos contratos internacionais, a estipulação de uma garantia que, em lugar de acessória fosse autónoma, ou seja, que não tivesse a sua prestação dependente da obrigação principal”

¹⁴⁸Francisco Cortez, A garantia bancária autónoma – alguns problemas, in Revista da Ordem dos Advogados, n.º 52, 1992.

tanto a relação de atribuição como a de execução “são de natureza externa, no sentido de que nelas participa o beneficiário” ao passo que a relação de cobertura é “de índole interna, no sentido de que nela não intervém o beneficiário, travando-se entre os outros sujeitos”¹⁴⁹.

A relação de cobertura tem como intervenientes o garantido e o garante, relação à qual vamos dedicar mais tempo e estudo num capítulo dedicado somente a esse tema. No entanto deixamos aqui uma breve definição; trata-se de uma relação em que o garante se compromete a prestar a garantia, mediante retribuição, a pedido do garantido. O garante assume o compromisso de emitir uma garantia a favor de um terceiro que venha a ser designado pelo garantido. Como contrapartida desta obrigação o garante exige, do garantido, o pagamento de uma comissão. Nasce assim duas obrigações, por um lado o garante fica obrigado a emitir aquela garantia e por outro lado o garantido fica obrigado a pagar uma compensação ao garante e ainda, a reembolsá-lo na eventualidade de tal garantia ser reclamada pelo seu beneficiário¹⁵⁰.

Em segundo lugar temos a relação de atribuição, também conhecida por contrato base, relação que se estabelece entre o garantido e o beneficiário da garantia. É devido a esta relação que nasce a necessidade de se prestar uma garantia deste tipo, trata-se aqui de um negócio específico como, por exemplo, um contrato de empreitada¹⁵¹. É quando da celebração deste contrato que se estipula que o garantido, aqui devedor, terá que conseguir um garante (normalmente um banco “de sólida reputação internacional”) que emita aquela garantia¹⁵². O garantido e o beneficiário podem estipular um prazo para

¹⁴⁹Galvão Telles, *Garantia bancária autónoma*, ob. cit., p. 289.

¹⁵⁰Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 330; Jorge Duarte Pinheiro, ob. cit., p. 420.

¹⁵¹Menezes Leitão, ob. cit., p. 327 e ss.

¹⁵²Esta será, em princípio, a situação regra. No entanto também é permitido que o beneficiário solicite a prestação da garantia ainda antes de celebrar o contrato com o garantido. Nestes casos a garantia será

aquele conseguir que alguém preste a garantia necessária, nestes casos, na eventualidade de não se conseguir a concessão da garantia o beneficiário fica investido no direito a uma indemnização pelo garantido. Tal indemnização servirá para reparar quaisquer danos resultantes da inexecução do contrato¹⁵³.

Finalmente temos a relação de execução, na qual se estipula entre o garante e o beneficiário da garantia e que consiste, precisamente, na prestação da garantia. É só neste momento que o garantido cumpre aquilo a que se comprometeu na relação de atribuição. O garante vincula-se a cumprir a garantia nos exactos mesmos termos em que o garantido se obrigou a cumprir a obrigação, sem se conectar com a obrigação que advém para o garantido pela celebração do contrato base. Nestes termos podemos dizer que a obrigação do garante se determina exclusivamente em função das condições do contrato de garantia. Com a celebração deste contrato o garante fica impossibilitado de recorrer às excepções relativas tanto à relação jurídica de atribuição como à relação de cobertura¹⁵⁴. A relação de execução configura um verdadeiro contrato, para a sua celebração é necessária a aceitação, ainda que tácita, por parte do beneficiário. Este contrato não é, todavia, um contrato sinalagmático uma vez que dele nascem somente obrigações na esfera jurídica do garante¹⁵⁵.

um pressuposto para a celebração do contrato base. A garantia pode, também, fazer parte do próprio contrato base ou ainda de um documento anexo a este. Em qualquer dos casos, será a lei aplicável à relação de execução que determinará quais os direitos que o beneficiário tem face ao garantido caso este não consiga a prestação de tal garantia. *Vide*, Mónica Jardim, ob. cit., p. 48.

¹⁵³ Mónica Jardim, ob. cit., p. 48.

¹⁵⁴ Mónica Jardim, ob. cit. p. 60, 61 e 65; A. Carrasco Perere, E. Cordero Perera e M. J. Marím López, ob. cit., p. 346.

¹⁵⁵ Menezes Leitão, ob. cit., p. 330; Francisco Cortez, ob. cit., p. 529.

3 - Relação Jurídica estabelecida entre o garante e o garantido

A qualificação da relação jurídica que se estabelece entre o garantido e o garante, aos quais também podemos chamar de dador da ordem e prestador da garantia respectivamente, tem sido analisada através da comparação com o regime jurídico estabelecido para uma série de contratos típicos conhecidos do nosso ordenamento jurídico.

3.1 - A Assunção da Dívida

Segundo a definição de Antunes Varela¹⁵⁶, a assunção de dívida, em termos gerais, apresenta-se como a operação pela qual um terceiro “assuntor” se vê obrigado perante o credor a efectuar a prestação devida por outrem. Há portanto, uma alteração da pessoa do devedor, a qual se pode operar por duas formas, por um lado, através de um contrato entre o antigo e o novo devedor com ratificação pelo credor ou, por outro lado, através da celebração de um contrato directo entre o novo devedor e o credor, independente do consentimento do primitivo obrigado. São situações em que o novo devedor tem interesse em assumir a obrigação que o primitivo devedor tinha anteriormente assumido com um terceiro¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 10.ª ed, Almedina.

¹⁵⁷ A este propósito vejamos os seguintes exemplos elaborados por Antunes Varela, in *Das Obrigações em Geral*, 10.ª ed. Almedina, “O vendedor do prédio pode estar interessado em transferir para o comprador o encargo das despesas com as benfeitorias que nele introduziu. O comprador do bar-restaurant pode querer chamar a si a promessa feita pelo vendedor de celebrar certo contrato de fornecimento com uma fábrica de refrigerantes”; “A mulher do arrendatário, por exemplo, pode prontificar-se a pagar as rendas devidas pelo marido, com o intuito de prevenir a acção de despejo que o senhorio estava disposto a requerer, atingindo-a a ela e aos filhos. O credor hipotecário pode comprometer-se a pagar ao empreiteiro o preço das obras previstas para o prédio hipotecado, a fim de melhor se precaver contra a desvalorização da garantia do seu crédito, resultante da falta das obras”.

No entanto a figura da assunção de dívida não é assim tão transparente como a definição oferecida nos transmite, é que podemos estar aqui perante duas modalidades distintas, numa das quais, apesar de se alterar a pessoa do devedor, o primitivo não fica exonerado.

A primeira modalidade, e a mais fácil de compreender, é a chamada assunção liberatória ou assunção de dívida propriamente dita e caracteriza-se por se operar uma transmissão da posição do devedor inicial e conseqüentemente a exoneração total do devedor primitivo¹⁵⁸.

A assunção cumulativa¹⁵⁹ é bem diferente, é uma assunção que não exonera o devedor, pois o novo interveniente passa a ocupar a posição de devedor juntamente com o antigo^{160/161}. Para o credor esta hipótese é altamente vantajosa, pois este fica com a possibilidade de obter a prestação por duas vias. Perante esta modalidade é preciso ter em atenção que o facto de um novo devedor vir integrar a relação jurídica juntamente com o antigo não significa que o credor tenha agora adquirido o direito a uma dupla prestação¹⁶².

¹⁵⁸Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 10.ª ed, Almedina, refere as seguintes expressões quando se refere a esta modalidade da assunção de dívida: assunção liberatória, exclusiva ou privativa dívida; o mesmo autor enuncia os seguintes expressões internacionais: “acollo privativo” ou “befreiende Schuldübernahme”.

¹⁵⁹Já para esta modalidade, o mesmo autor da nota anterior menciona os seguintes nomes: “co assunção de dívida, acessão ou adjunção à dívida, assunção multiplicadora ou reforçativa da dívida, e para a literatura internacional: “acollo cumulativo” ou “Schulbeitritt”.

¹⁶⁰Mónica Jardim, *ob. cit.*, p. 50.

¹⁶¹Bastava esta explicação para podermos afirmar com toda a 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 quantia em dinheiro, ao passo que a obrigação do garantido pode reconduzir-se a uma diversidade de prestações como seja, a título de exemplo, a construção de uma obra.

¹⁶²Manuel Januário da Costa Gomes, *ob. cit.*, p. 104 e s., afirma que “ 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 (chamemoslhe, 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”.

É necessário e essencial que para toda esta operação ser válida, exista consentimento por parte do credor. Na primeira modalidade, como o devedor vai ficar totalmente exonerado da obrigação de cumprimento é necessário que o consentimento do credor seja prestado de forma expressa. Como tal, para que o negócio se torne válido é essencial que o credor ratifique o negócio celebrado entre o antigo e o novo devedor, pois só assim se poderá considerar efectuada a assunção^{163/164}. A situação é diferente quando estamos perante uma assunção cumulativa. Na segunda modalidade o consentimento do credor já não tem que ser expresso, uma vez que deste tipo de assunção nasce sempre uma vantagem para o credor. Assim sendo, para se considerar o negócio válido é suficiente a celebração do contrato entre o credor e o novo devedor, o seu consentimento é condição necessária.

Perante o que foi acima referido podemos já constatar que o contrato celebrado entre o garante e o garantido não se reconduz ao regime da assunção de dívida. Na garantia autónoma o garante não se compromete a efectuar a prestação a que o garantido se vinculou perante o credor/beneficiário. A prestação do garante não é a mesma que foi estipulada no contrato base, logo não há aqui o elemento necessário de manutenção da prestação que existe na assunção de dívida.

É com base nesta diferença de prestações que podemos afastar também a possibilidade de se tratar de uma assunção cumulativa. E mais, na garantia autónoma o garante não é co devedor, a sua prestação só se torna exigível na eventualidade de o garantido não cumprir aquela a que está obrigado. Já na assunção de dívida cumulativa

¹⁶³Abílio Neto, Código Civil Anotado, pág. 1 a 860, 8.ª ed, 1994, Ediforum, em comentário ao artigo 595.º CC, refere que para se operar a exoneração do devedor primitivo o consentimento do credor tem que ser emitido numa declaração expressa. Neste sentido veja-se, ainda, Menezes Cordeiro, Obrigações 1980.

¹⁶⁴Também o Ac. Do Tribunal da Relação de Lisboa de 18/11/1986 afirma que a assunção de dívida só é liberatória caso haja uma declaração expressa do credor nesse sentido.

o credor pode exigir a prestação de qualquer um dos devedores, portanto, a exigibilidade da prestação ao novo devedor é independente de uma prévia interpelação do primitivo devedor para pagar. O garante é responsável pelo cumprimento de uma obrigação própria e não pelo cumprimento da obrigação da dívida do garantido, dívida essa que lhe é alheia, “não se trata tanto de garantir o cumprimento da obrigação do devedor, mas antes de assegurar o interesse económico do credor beneficiário da garantia; dito de outro modo, a garantia não pressupõe a existência de uma assunção de dívida, em que o banco, ou seja, o assuntor, assume a obrigação de pagar a dívida de outrem, do antigo devedor, nos termos previstos nos artigos 595.º e seguintes do Código Civil, pois o garante constitui-se devedor de uma obrigação própria, ainda que relacionada com a dívida do garantido”¹⁶⁵.

Contudo, as diferenças entre a relação garante e garantido e a relação base da assunção de dívida não se ficam por aqui. Vejamos então agora o regime da transmissão e as possibilidades de defesa que as partes têm¹⁶⁶.

Para ser válida a assunção da dívida é necessário que o contrato inicial, que foi celebrado entre o devedor primitivo e o credor, seja válido, pois se a dívida não for válida a assunção caduca automaticamente. É também essencial que o contrato de assunção esteja perfeitamente celebrado e produza os seus efeitos, pois na eventualidade de o mesmo não ser válido renascerá a obrigação do devedor exonerado, anulando-se, necessariamente, a obrigação do devedor assuntor.

¹⁶⁵Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de Cumprimento*, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 119.

¹⁶⁶Relativamente aos meios de defesa invocáveis pelos intervenientes da garantia autónoma fazemos aqui uma breve referência e uma remissão para o último capítulo do presente estudo em que abordamos detalhadamente as possibilidades de defesa dos diversos intervenientes.

Pese embora a possibilidade de existência de invalidades nos contratos, certo é que, nos termos do disposto no artigo 598.º do Código Civil, ao devedor assuntor é vedada a possibilidade de invocar ao credor meios de defesa baseados em relações anteriores entre ele e o anterior devedor, baseadas na nulidade ou anulação do contrato que serviu de fundamento à assunção.

O novo devedor, ainda assim, não está totalmente desprotegido. Por um lado, o devedor assuntor pode invocar, em sua defesa, a nulidade do contrato de assunção, seja por impossibilidade física ou legal, seja por ilicitude ou por imoralidade da prestação prometida, ou, requerer a sua anulação, com base em erro, dolo ou coacção, desde que os pressupostos de relevância destes vícios se verifiquem em relação ao devedor originário. Por outro lado, a este novo devedor aproveitam os meios de defesa que cabiam ao antigo devedor, ou seja, o assuntor pode invocar meios de defesa baseados na relação estipulada entre o antigo devedor e o credor, com a ressalva de se tratar de excepções cujo fundamento seja anterior à assunção e que não se trate de meios de defesa pessoais^{167/168}.

3.2 - Contrato a Favor de Terceiro

“O contrato a favor de terceiro é o contrato em que um dos contraentes (promitente) atribui, por conta e à ordem do outro (promissário), uma vantagem a um terceiro (beneficiário), estranho à relação contratual”, ou, nas palavras de Galvão

¹⁶⁷ Quando se trate de meios de defesa pessoais invocados pelo primitivo devedor estes aproveitam ao devedor assuntor.

¹⁶⁸ Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, 10.ª ed, Almedina.

Telles¹⁶⁹, “(...) quando duas pessoas celebram entre si um contrato em nome próprio, tendente a proporcionar directamente uma vantagem a terceiro estranho ao negócio”.

As partes que integram este contrato são, claramente, o promitente, aquele que se obriga a realizar a prestação, e o promissário, aquele que recebe a promessa e a atribui através do promitente ao terceiro. O terceiro ou beneficiário, apesar de adquirir um direito através da celebração deste contrato, é alheio ao mesmo. Utilizando a mesma terminologia que usamos para explicar as relações existentes na garantia autónoma, a relação entre o promitente e o promissário corresponde à relação de cobertura.

Característica essencial deste contrato é a motivação dos contraentes se reconduzir à intenção de atribuir um direito a um terceiro ou que do contrato resulte um benefício patrimonial para o beneficiário. Esse benefício nascerá, à partida, automaticamente na esfera jurídica do terceiro, fruto da mera celebração do contrato, livre da prática de quaisquer actos posteriores. Mediante a celebração deste contrato “é atribuído um benefício a um terceiro, a ele (contrato) estranho, que adquire um direito a essa vantagem, o direito do beneficiário resulta imediatamente do contrato, pois o promitente fica vinculado, perante ele à prestação”¹⁷⁰. A regra é, então, a da automaticidade do direito à prestação, todavia, as partes podem determinar que a sua entrega seja deferida para um momento futuro¹⁷¹.

É pelo facto de o beneficiário adquirir o direito à prestação automaticamente que este contrato se distingue daquelas hipóteses em que um terceiro vai adquirir uma prestação mas que não tem direito a ela com a mera celebração do contrato. O direito que o beneficiário adquire com base na celebração do contrato a seu favor é um direito

¹⁶⁹Galvão Telles, *Direito da Obrigações*, Coimbra Editora, 6.ª Ed., p. 154.

¹⁷⁰Mónica Jardim, ob. cit. p. 52, a citar Antunes Varela e Pires Lima, *Código Civil Anotado*.

¹⁷¹*Vide*. Abílio Neto, *Código Civil Anotado*, 8.ª ed, 1994, p. 335.

de crédito autónomo. A esta característica acresce, ainda, o facto de o promissário agir em nome próprio.

A relação que serve de base ao direito conferido a terceiro é aquela que se estabelece entre o promitente e o promissário, pois é daí que aquele retira a cobertura para a atribuição a que se vinculou. A esta relação, à semelhança do que acontece na garantiabancária, dá-se o nome de relação de cobertura ou de provisão. É através desta relação que se vão definir os direitos e os deveres dos seus intervenientes e, bem assim, os meios de defesa que o promitente e o promissário podem invocar um contra o outro. Trata-se, portanto, de uma relação que assume uma importância fundamental para a execução do contrato. Mas as suas repercussões não se restringem à regulação da relação entre aqueles dois intervenientes, também influenciam a relação entre o promitente e o beneficiário do contrato. Isto porque, nos termos e ao abrigo do disposto no artigo 449.º do Código Civil, aquele pode opor a este todos os meios de defesa que resultem do contrato de cobertura. O que não pode acontecer é o promitente opor ao beneficiário meios de defesa que advenham de uma outra relação entre ele e o promissário ou na relação estabelecida entre o promissário e o terceiro (relação de valuta – vide artigo 449.º do Código Civil)¹⁷².

Nas palavras de Diogo Leite Campos, “*o direito do terceiro só está sujeito às exceções derivadas do contrato entre promitente e promissário*”, significa isto que o promitente só pode invocar factos resultantes da relação de cobertura. Ficam então excluídos, com esta previsão do artigo 449.º CC, os meios de defesa baseados, em primeiro lugar, nas relações entre promissário e promitente que sejam estranhas ao contrato a favor de terceiro, pois “*ao obrigar-se à prestação a um terceiro, estranho a*

¹⁷²Antunes Varela, ob. cit.

*essas relações, o promitente renunciou implicitamente a elas*¹⁷³. Em segundo lugar, estão também vedadas as excepções baseadas na relação de valuta¹⁷⁴.

Para o regime do contrato a favor de terceiro é, ainda, importante a já referida relação entre o promissário e o terceiro ou beneficiário. Trata-se de uma relação que apesar de ser alheia ao contrato em si mesmo está directamente com ele relacionada, pois basta a sua mera celebração para o beneficiário adquirir o direito à prestação, é um efeito imediato do contrato, independente da aceitação por parte do beneficiário e do seu conhecimento. Como bem ensina Galvão Telles, *“Este direito constitui-se independentemente de aceitação (art. 444.º, n.º 1). O beneficiário fica investido no direito por força do contrato (em que não intervém), sem necessidade de manifestar a sua vontade no sentido de o aceitar. Trata-se de uma aquisição automática ou ipso iure*¹⁷⁵. Contudo, não é pelo facto de o beneficiário aceitar a prestação que este se torna parte no contrato, com a aceitação da prestação a seu favor o terceiro passa simplesmente a ser titular definitivo do direito que lhe foi conferido¹⁷⁶.

Apesar de desnecessária, a aceitação da prestação por parte do beneficiário, não é livre de vantagens, veja-se, a título de exemplo, o caso em que o promissário revoga a promessa, se o beneficiário já tiver aceite aquela prestação a seu favor a hipótese de revogação da promessa por parte do promissário fica precludida. Para se considerar validamente prestada, a aceitação tem que ser declarada tanto ao promitente como ao promissário.

Ao beneficiário cabe, a par da faculdade de aceitar a prestação, a possibilidade de recusar o direito que lhe é conferido pelo contrato. “Embora a atribuição do direito

¹⁷³Diogo Campos Leites, Contrato a favor de terceiro, p. 154 ss.

¹⁷⁴“a possibilidade de se invocarem os meios de defesa provenientes da relação de valuta acaba por ser danosa para o próprio promitente. Este, se cumprisse, mesmo sem culpa sua, uma prestação desprovida de causa (relação de valuta), não ficaria exonerado perante o promissário”

¹⁷⁵Galvão Telles, ob. cit., p. 155

¹⁷⁶Antunes Varela, ob. cit.

represente para o beneficiário uma vantagem, entende-se que esta não deve ser imposta contra a sua vontade (*invito non datur beneficium*)¹⁷⁷”. Na eventualidade de o beneficiário pretender rejeitar a prestação esta deve ser operada por meio de declaração dirigida ao promitente, tendo como efeito a destruição retroactiva dos efeitos da aquisição imediata do direito¹⁷⁸. Com a rejeição opera-se a reconstituição da situação jurídica anterior à celebração do contrato.

Quanto aos meios de defesa invocáveis ao abrigo desta relação temos somente a referir que ao promissário é concedida a hipótese de invocar contra a aquisição definitiva do direito por parte do terceiro os vícios relacionados com a relação de valuta, inexistência, nulidade ou anulabilidade, revogação da liberalidade, etc.

Após esta análise do regime do contrato a favor de terceiro podemos constatar, mais uma vez, que a relação garante-garantido também não se enquadra nesta figura típica. Na garantia autónoma, o direito que o beneficiário adquire não se baseia na relação estabelecida entre o garante e o garantido, mas sim no contrato que ele mesmo celebrou com o prestador da garantia. Os autores que defendem que a relação garante-garantido se reconduz a um contrato a favor de terceiro esquecem que a finalidade do contrato celebrado entre aqueles serve para garantir uma outra obrigação. Não está aqui em causa uma liberalidade a favor de um terceiro alheio ao negócio^{179/180}.

Para além disso a garantia prestada pelo banco beneficia tanto o beneficiário terceiro perante a relação garantido-garante, como as próprias partes no contrato. Isto

¹⁷⁷ Antunes Varela, ob. cit.

¹⁷⁸ Neste sentido ver, também, Galão Telles, Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 6.ª Ed, p. 156.

¹⁷⁹ Mónica Jardim, ob. cit., e António Sequeira Ribeiro, Garantia Bancária Autónoma à primeira solicitação: algumas questões, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, p. 374.

¹⁸⁰ António Sequeira Ribeiro afirma que teoricamente se pode configurar a garantia bancária autónoma à primeira solicitação como um contrato a favor de terceiro, até porque não há nenhuma razão que o proíba. No entanto, o mesmo autor acrescenta que, tal configuração não corresponde à prática negocial típica e não reflecte o seu tipo social.

porque como diz António Sequeira Ribeiro, a “*prestação da garantia implica a concessão de um crédito realizado por via indirecta*” e também porque o banco garante recebe uma comissão pela sua prestação¹⁸¹. Outro ponto de divergência entre uma e outra situação diz respeito à produção dos efeitos: ao contrário do que acontece na celebração do contrato a favor de terceiro, da realização do contrato entre o garante e o garantido não nasce, nem directa nem indirectamente, um direito a uma prestação para o beneficiário da garantia, nem o garante fica obrigado a qualquer prestação perante o beneficiário. Na garantia autónoma tais deveres e direitos só nascerão, posteriormente, com a celebração do contrato de garantia. Como se disse, no contrato a favor de terceiro, o beneficiário adquire o direito à prestação independentemente da sua aceitação, o que também não acontece nas relações da garantia. O beneficiário não adquire o direito à garantia com a mera celebração do contrato entre o garantido e o garante.

Ao configurarmos a relação garante-garantido como um contrato a favor de terceiro surgem problemas ao nível das excepções invocáveis, aos meios de defesa à disposição das partes no verdadeiro contrato a favor de terceiro e na garantia autónoma que, como bem se sabe, são totalmente distintos devido à característica fundamental da garantia bancária autónoma que é a renúncia pelo garante, a todos os meios de defesa provenientes das outras relações.

Esta impossibilidade de relacionar a obrigação do garante face ao beneficiário e o correspondente direito com o contrato a favor de terceiro tornar-se-á ainda mais claro quando chegarmos ao capítulo das excepções que o garante pode invocar para reagir contra o pedido da prestação. É que o garante, como veremos adiante, não pode invocar, como causa legítima de não cumprimento, quaisquer excepções relativas ao

¹⁸¹ António Sequeira Ribeiro, ob. cit.

contrato que celebrou com o garantido, e esta é uma característica indispensável da garantia autónoma.

Pelo contrário, no contrato a favor de terceiro, e como já vimos supra, o promitente pode opor ao terceiro todos os meios de defesa derivados do contrato celebrado com o promissário, vide artigo 449.º do Código Civil.

A todas estas razões acresce a questão fundamental: “*como a garantia bancária nasceria directamente deste contrato a favor de terceiro, o famoso contrato de garantia deixaria de existir...*”¹⁸², pois a garantia estaria vinculada ao contrato base durante toda a sua execução.

4 - O Mandato

A maioria da doutrina inclina-se para a tese que configura a relação jurídica garante-garantido como um contrato de mandato, posição esta que nós também defendemos. Também a jurisprudência portuguesa vai neste sentido, veja-se, a título de exemplo, os seguintes acórdãos: Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Julho de 1994, in Colectânea de Jurisprudência, 1994, T. IV, pp. 78 e ss., ou o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de Novembro de 1996, publicado na Colectânea de Jurisprudência, 1996, T. V, p. 29 ou, ainda, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Setembro de 2000, publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 499, Outubro de 2000, pp. 344 a 349. Tal como temos vindo a fazer vamos, em primeiro lugar caracterizar o contrato de mandato passando, num momento posterior, a explicar o porquê da nossa posição.

¹⁸²Francisco Cortez, ob. cit., p. 527, nota 3.

O contrato de mandato vem definido no artigo 1157.º do Código Civil como “o contrato pelo qual alguém se obriga a praticar um ou mais atos jurídicos por conta da outra”. Ou seja, temos uma pessoa, a quem se dá o nome de mandante, que encarrega um outra pessoa, a quem se chama de mandatário, de praticar determinado acto por sua conta e no seu interesse, seja porque não pode ou não o quer realizar por si só.

O contrato de mandato caracteriza-se, no geral, por ser um contrato nominado e típico, cuja categoria a lei reconhece e cujo regime se encontra regulado nos artigos 1157.º ss CC; por ser um contrato primordialmente não formal, pois a lei não exige uma forma especial para a sua celebração, é um contrato consensual; também por se tratar de um contrato que pode ser tanto gratuito como oneroso¹⁸³ e, por último, por tanto poder ser um contrato sinalagmático como um contrato sinalagmático imperfeito. O contrato de mandato será sinalagmático quando se tratar de um contrato oneroso e será um contrato sinalagmático imperfeito naquelas situações em que o contrato de mandato é gratuito¹⁸⁴.

No contrato de mandato temos dois elementos essenciais e diferenciadores de outros tipos contratuais estipulados no nosso ordenamento jurídico, são eles, em primeiro lugar, a obrigação de alguém praticar um ou mais actos jurídicos – regularmente o acto em causa é a celebração de um negócio jurídico – e, em segundo

¹⁸³ Por exemplo, no direito alemão o contrato de mandato é um contrato gratuito, no direito francês a gratuitidade constitui somente uma presunção ilidível. Já no ordenamento jurídico português temos uma dupla presunção: em primeiro lugar, quando se trate de actos que o mandatário não pratique por profissão temos uma presunção de gratuitidade, por outro lado, quando se trate de actos que este pratique no exercício normal da sua profissão opera uma presunção de onerosidade, cfr. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, vol. III, 6.ª Ed., Almedina.

¹⁸⁴ Dizemos tratar-se de um contrato sinalagmático imperfeito porque, apesar de esse gerar obrigações para ambas as partes, a verdade é que essas obrigações não se encontram num nexo de correspectividade, desde logo porque a obrigações do mandante têm por fundamento factos acidentais que não advém da obrigação de executar o contrato, cfr. Menezes Leitão, *ob. cit.*

lugar, o facto de o mandatário actuar por conta e em nome do mandante¹⁸⁵. Constitui elemento fulcral deste contrato que os actos a praticar pelo mandatário tenham que ser praticados por conta do seu mandante. Ora, isto significa que, apesar de ser o mandatário a praticar os actos em causa, os efeitos jurídicos advenientes dessa relação vão repercutir-se na esfera jurídica do mandante^{186/187}. Para além do facto de os efeitos se produzirem na esfera jurídica do mandante, também as despesas e os encargos resultante ou necessários à prática do acto ou com a sua execução têm que ser suportados pelo mandante.

Para a nossa dissertação é, ainda, importante referir o facto de no mandato o mandatário ficar encarregue de realizar um acto jurídico e não qualquer outro tipo de

¹⁸⁵O mandatário, ao praticar o acto jurídico de que o mandante o incumbiu, está a actuar no interesse daquele, ou seja, num interesse alheio. Para tal este deve agir em defesa e com base naquilo que considera ou sabe ser o interesse em nome de quem está a praticar o acto. A este propósito diz Mónica Jardim, ob. cit. p. 54, nota 96, que “o interesse do mandante, se é a explicação “histórica” para o surgimento da relação contratual, não desaparece depois de ela estar constituída, permanece vinculando e dirigindo a intervenção do mandatário. O mandatário, ao aceitar o mandato vincula-se a agir diligentemente com vista ao cumprimento da gestão em toda a sua dimensão, dando assim satisfação aos interesses do mandante”.

¹⁸⁶A expressão “por conta” significa a “*intenção de atribuir a outrem os efeitos do acto celebrado pelo mandatário, que assim se projectarão na esfera do mandante e não do mandatário*”, cfr. António Sequeira Ribeiro, ob. cit. p. 373 e ss.

¹⁸⁷Não nos podemos esquecer que o mandato reveste duas modalidades: o mandato sem representação, no qual os efeitos da relação jurídica se produzem, em primeiro lugar, na esfera jurídica de quem praticou o acto jurídico, ou seja, na esfera jurídica do mandatário, carecendo da prática de um acto de transmissão desses efeitos para a esfera jurídica do mandante em momento posterior. Neste tipo de mandato, o mandatário actua em nome próprio, é ele que assume a posição de parte e que recebe os efeitos do acto praticados. É por faltar o vínculo representativo que os efeitos do contrato celebrado se produzem na sua esfera jurídica em vez de se produzirem directamente na esfera jurídica do mandante. Relativamente ao mandato sem representação diz Inocêncio Galvão Telles, mandato sem representação (parecer), Colectânea de Jurisprudência, ano VIII, 1983, T.III, p. 10 que, “o mandatário [que], embora agindo em seu nome, procede 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”. Já no mandato com representação os actos jurídicos praticados pelo mandatário produzem os seus efeitos de forma automática na esfera jurídica do mandante. Aqui o mandatário limita-se a substituir o mandante na prática do acto, como diz Pessoa Jorge, ob. cit. p. 22-23, no mandato representativo, o mandatário “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”.

acto¹⁸⁸. Isto porque o acto a que o garante fica obrigado mediante a celebração do contrato com o garantido é precisamente a prática de um acto jurídico, mais precisamente, a celebração de um negócio jurídico – o contrato de garantia. Outro elemento típico do contrato de mandato e que está presente na relação entre garantido e garante é a confiança, “confiança esta essencialmente sentida no aspecto económico e profissional”^{189/190}.

A razão principal que leva a maioria da doutrina a apoiar esta configuração está intimamente relacionada com a presença na relação garantido-garante de várias características típicas de várias situações em que uma entidade ou um particular dão uma ordem a um banco para agir por sua conta e em que o banco actua em nome próprio. Ora, tais negócios são reconduzidos ao modelo do contrato de mandato estipulado no artigo 1157.º do Código Civil¹⁹¹. Neste caso estaremos sempre perante um mandato oneroso, uma vez que o banco requer uma remuneração pela prestação de garantia e também pelo facto de o banco ter como profissão a prática destes actos.

Ora, na relação garante garantido o primeiro incumbe o segundo de celebrar um contrato de garantia autónoma com o beneficiário (seu credor), pelo que não há dúvidas que a prestação a que o garante fica obrigado é a prática de um acto jurídico, tal como acontece na relação mandante mandatário supra descrita. Para além de em ambos os casos nascer a obrigação de praticar este acto também é comum a ambos os contratos o

¹⁸⁸ A este propósito veja-se a posição de Pessoa Jorge, que considera que “a prestação do mandatário, mesmo que envolva a prática de actos materiais, tem por objecto fundamental um acto jurídico, uma declaração de vontade destinada a produzir efeitos de direito”, cfr. Mandato sem representação, ob. cit., p. 229.

¹⁸⁹ Cfr. António Sequeira Ribeiro, ob. cit. p. 373 e ss.

¹⁹⁰ O tipo de confiança existente e necessário na relação entre o mandante e o mandatário também está presente na relação jurídica garante-garantido.

¹⁹¹ Cfr. António Sequeira Ribeiro, ob. cit. p. 373 e seguintes.

facto de o negócio jurídico que o mandatário e o garante vão celebrar com um terceiro ser independente da relação jurídica que a tal os obriga.

Outro aspecto comum diz respeito à actuação em nome de outrem, também o garante, ao celebrar o contrato de garantia autónoma com o beneficiário, está a agir no interesse de uma pessoa alheia a esse negócio jurídico. O interesse em que o contrato de garantia seja prestado é essencialmente do garantido, seja porque o beneficiário da garantia, seu devedor, estipulou como condição necessária para a celebração do contrato a prestação daquela garantia ou, porque é imprescindível para que o garantido não incorra em responsabilidade contratual por incumprimento do contrato base, na eventualidade de este já ter sido celebrado e, por força desse contrato, o garantido esteja obrigado a arranjar uma entidade que preste este tipo de garantia a seu favor.

O garante, ao celebrar o contrato de garantia autónoma com o beneficiário está a agir em nome e por conta do garantido, os efeitos da celebração deste contrato produzem-se na esfera jurídica do garantido. O garante após efectuar o pagamento da garantia fica, automaticamente, constituído no direito de reembolso por parte do garantido. Este último tem que pagar ao garante tudo aquilo que aquele haja despendido com o pagamento e com a prestação da garantia.

Pelo exposto, não nos restam dúvidas de que a relação jurídica garante-garantido configura um contrato de mandato.

CONCLUSÃO

Presentemente com este estudo podemos em primeiro lugar concluir que a garantia Bancária autónoma integra as garantias especiais, fazendo parte das garantias que consistem no reforço objectivo da garantia geral ou comum constituída pelo patrimonio do devedor.

A garantia bancária desenvolve-se numa relação triangular, e é fundamental e essencial a sobrevivência desta figura. As razões que fundamentam o seu surgimento e que explicam a sua rápida difusão e aceitação, tem haver com factores externos bem, como o desenvolvimento do comércio internacional quer de factores internos que se prendem com as qualidades intrínsecas da garantia bancária autónoma, em especial e automática e a sua segurança sólida, celeridade e eficiência. Galvão Teles, tem em conta a suas limitações dizendo que a garantia Bancária é a garantia pela qual o banco que presta se obriga a pagar o beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de alegada inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato base).

Se porventura a esta figura ser afastada ou reduzir minimamente este elemento ela deixa de ter importância e interesse que hoje em dia representa, ela é uma garantia pessoal e muito utilizada no Comércio Internacional, porque é uma garantia que se adapta as necessidades dos contratantes, pela sua magnitude e maioritariamente ser executada por um Banco. E tem como função a garantia de um interesse legítimo do beneficiário de satisfação, regra geral, de um direito de crédito e a satisfação pela sua característica autónoma que o garante fica impedido de recorrer a meios para se defender e poder justificar o seu incumprimento, e os inconvenientes a esta são muito importantes para o beneficiário da garantia, bancária, por dar a entender que o

prestador desta garantia só podera cumprir licítamente em situações sacrifício da garantia, e pelo que o prestador desta só nao poderá cumprir de acordo com a lei em situações específicas. Porque a autonomia segundo afirma a doutrina impede o banco de se furtar a entregar ao beneficiário a quantia pecuniaria fixada ou acordada entre as partes, porque sao acrescentadas sempre dois complementos , as excepções nao invocaveis pelo garante e a posterior as excepções relativas ao contrato de mandato celebrado entre o garante e o devedor principal que desta forma através da autonomia entre estes dois contratos a obrigação do garante é verdadeiramente própria e autónoma e de maior tutela para o credor e como segundo complemento esta subjacente na proibição do devedor de impedir o garante de prestar a soma acordada. O Acordao do TRC de 6 -11-1996 faz claramente a distinção destas tais modalidades .Desta forma podemos afirmar que autonomia da garantia bancaria é menor na garantia bancária simples e maior quando lhe é incluída a cláusula “On first demande” ou a chamada 1º solicitação.

Com o inicio desta característica da autonomia que chegamos à conclusão que o contrato inominado, cuja validade, na ordem jurídica portuguesa assenta fundamentalmente no principio da liberdade contratual (artigo 405 do código civil) por se tratar de um verdadeiro negócio jurídico causal, sendo a sua causa como objectivo no mesmo contrato, estabelecido entre o garante e o garantido nao podia configurar uma outra relação jurídica senão o contrato de mandato, a não ser que a relação entre o garante e o garantido se reconduzisse a qualquer um dos outros tipos contratuais e não a um contrato de mandato, invocando algumas excepções para se ôpor ao pagamento de uma quantia garantida, Sendo assim, tal situação torna-se no todo incompatível com o regime da garantia autónoma, unicamente no contrato de Mandato, consegue-se ter um

negócio jurídico que deriva uma obrigação para um Terceiro. e essa obrigação é livre da relação estabelecida primeiramente, e na aplicabilidade da proibição dos negócios jurídicos abstratos fora dos casos previstos na lei (no artigo 458º do código civil) tratando-se no caso de um verdadeiro negócio causal, sendo a sua causa objectivada no mesmo contrato, uma função de garantia de um interesse legítimo do beneficiário de satisfação, regra geral, de um direito de crédito.

Podemos ainda afirmar que as razões que fundamentam o surgimento deste tipo de garantias e que se pode explicar a sua rápida difusão, e a sua aceitação, que de alguma forma podem resultar de factores externos, como o desenvolvimento do comércio internacional e as desvantagens do procedimento judiciário internacional, comparado a ineficácia de tipos de garantia, sendo por factores internos que se prendem com as qualidades intrínsecas da garantia bancária autónoma: a celeridade, a sua sólida eficácia um processo mais envolvente e complexo e por vezes bastante oneroso no ponto de vista para a realização do próprio crédito, o que se demonstrava incapaz com a celeridade exigida pelo crescente comércio internacional, pois para o mesmo o melhor seria uma garantia de natureza pessoal e que fosse prestada por banco ou entidade financeira sólida e autónoma em relação a obrigação principal, dando assim lugar ao surgimento da garantia autónoma bancária.

Rudolf Stammler foi um dos vários autores que mencionou e definiu os pilares base a garantia bancária autónoma, sendo este autor chamado como o pai da garantia autónoma. De facto, ao exigirem que os garantidos dos negócios que pretendiam realizar fossem instituições bancárias, os agentes económicos procuravam obter uma garantia mais sólida, e prestadas por entidades que a sua credibilidade fosse rapidamente determinável como por exemplo o comerciante adquirente nas transações comerciais

que realiza (contratos de fornecimento de bens, empreitada etc.) a fragilidade devido as variações no património geral do garante bem como a sua acessoridade em relação ao crédito garantido, atendendo a primazia dada ás garantias reais, estas obrigavam o credor a um processo complexo e por vezes muito lento, do ponto de vista da obtenção do crédito.

O Autor elaborou ainda uma teoria que consiste numa categoria geral dos contratos de garantia, evoluindo para uma categoria especial, a categoria dos contratos autónomos ou independentes, que foram percebidos como “acordos tendentes a assegurar determinado resultado ou a assumir a responsabilidade pelo risco inerente a determinado empreendimento sem ligação específica com certa obrigação cujo cumprimento se visasse assegurar” é assim que se chega do Garantievertrag para o Bankgarantie, passando a ser chamado contrato unilateral com o objectivo de garantir a prestação de um terceiro perante ao credor beneficiário, garantido que este receberá o valor pecuniário ou prestação previamente acordada ou incumprimento do terceiro ou quando a obrigação do devedor principal não chegou a existir ou foi impossível fazendo com que o beneficiário exija de imediato o pagamento da garantia, mediante uma simples interpelação.

Desta forma permitiu que a Doutrina e jurisprudência Alemãs fundamentar uma quantidade de situações que não se adaptavam aos esquemas clássicos nomeadamente a fiança por se basearem em hipoteses onde a parte “garantia um determinado resultado, ou que o garante renunciava previamente a invocar as excepções, no que respeita ao devedor principal” surgindo então, a necessidade de criar este tipo de garantia devido á rigidez das garantias tradicionais, “ as garantias tradicionais eram pouco flexíveis -, e muito rígidas para se moldarem face a velocidade do crescimento económico”

O seu regime jurídico, nasceu da garantia bancária autónoma exigindo no mínimo, três intervenientes a saber um dador da ordem, ou ordenante que também será devedor (na relação subacente) e o garantido, um banco que será o garante e um beneficiário que também será o credor, a relação jurídica entre devedor e credor do contrato - base face a independência do devedor, em relação ao contrato autónomo e garantia, o devedor obriga-se neste contrato desde o início a conseguir um banco” e sólida reputação internacional” que pode ser logo identificado, se vincule a prestar a garantia, numa determinada modalidade e por um valor fixado a favor do credor, A (devedor) e B (credor) celebram, entre si um contrato de compra e venda internacional e este contrato constitui a relação jurídica principal ou subjacente que se pretende garantir e como tal vai ser a base do nosso triângulo, isto é, o contrato. O comprador B, teme o risco de incumprimento da obrigação, ou cumprimento defeituoso por parte do vendedor A, pretendendo garantir este risco, tendo em conta esta exigência do clausulado do contrato-base que sem ele não poderá ser celebrado. A obriga-se, assim a conseguir um garante, o banco vai assegurar que B, beneficiário, receberá uma quantia pecuniária anteriormente fixada, quando o banco é interpelado para tal pelo B.

A característica da garantia bancária autónoma distingue-se da fiança, pela suas manifestações práticas de acessoriedade, característica essencial da fiança, e da autonomia, como característica própria da garantia bancária. A característica essencial deste tipo de garantia, a autonomia define-se como a “impossibilidade de o garante usar “os meios de defesa “ próprios do devedor garantido, ou ainda, a não invocabilidade pelo garante de “quaisquer objecções sobre subsistência ou validade do crédito do beneficiário perante devedor garantido ou quando o garante não puder

recusar o cumprimento com em circunstâncias relacionadas com contrato-base e quando o garante assume podemos considerar como um contrato autónomo.

A garantia bancária pressupõe criterios diferentes onde podemos enumerar uma quantidade de modalidades de garantias autonomas, onde se destaca o critério da automaticidade, que distingue a garantia autonoma da simples da garantia autónoma a primeira solicitação e olhando para fim ou para sua função encontramos quatro tipos de garantias: A garantia de oferta, garantia de boa execução do contrato, A garantia de reembolso de pagamentos antecipados, garantia de pagamentos, garantia por falta de documento.

Outra questão que nos leva a aceitar a qualificação da relação jurídica como um mandato e não como um contrato Garante-garantido se tratasse. O Garante mediante a celebração do contrato com o garantido fica vinculado unicamente a celebração de um negócio jurídico com uma determinada pessoa, em nossa opiniao pode ser comparado com o regime do contrato de mandato.

No mandato sem representação os efeitos do negócio jurídico celebrado pelo Mandatário produzem sempre como início na esfera jurídica e posteriormente na esfera jurídica do mandante. Desta forma influencia a nossa posição, de acordo com o exposto em capítulo próprio. Os efeitos do accionamento da garantia e o pagamento da garantia também se produzem primeiramente na esfera jurídica do garante e a seguir transferido na esfera jurídica do Garantido tendo em conta o direito de regresso em que o garante depois da efectuação do pagamento da garantia fica automaticamente constituído.

Podemos também aferir a questão da restituição. O Mandato é um contrato oneroso, tal como é o contrato que é celebrado entre o Garante e o Garantido, como um contrato de mandato, posição defendida pela jurisprudência portuguesa tendo como exemplos os acordãos do tribunal de Lisboa de 7 de Julho de 1994, in coletânea de jurisprudência 1994 T IV , pp 78 e ss. Ou o acordão do tribunal da relação de Coimbra de 26 de Novembro de 1996, publicado na coletânea de jurisprudência. O contrato de mandato caracteriza-se , no geral por ser um contrato nominado e típico, cuja categoria a lei reconhece e cujo regime se encontra regulado nos artigos 1157º e sgts do código civil.

No nosso entender a questão da remuneração é muito importante para a análise da comparação. Como dissemos anteriormente que no Direito alemão o contrato Garante Garantido só não é comparado a um contrato de mandato pelo facto de naquele Ordenamento Jurídico este negócio estar configurado como gratuito, situação que não se compadece nem é compatível com a relação Jurídica Garante Garantido, mas ordenamento jurídico português temos uma dupla presunção de gratuitidade, por outro lado , quando se trata de actos que este pratique no exercício normal da sua profissão opera uma presunção de onerosidade, conforme Menezes Leirvão , Direito das obrigações, vol III, 6º Edição Almedina.

Tendo em conta Análise acima referida não é possível comparar a relação jurídica Garante Garantido com outro tipo contratual senão o contrato de Mandato. Posição que continuaremos a defender, o contrato de mandato caracteriza-se, no aspecto geral por ser um contrato inominado e típico cuja categoria a lei reconhece e cujo regime se encontra regulado por lei, por ser um contrato primordialmente não formal , pois a lei não exige uma forma especial para sua celebração. É um contrato consensual,

também por se tratar de um contrato que pode ser gratuito ou oneroso, e pode também ser um contrato sinalagmático, e se for oneroso seria um contrato sinalagmático imperfeito na situação em que o contrato de mandato é gratuito. Nesta conformidade, não vemos como se pode comparar a relação jurídica garante-garantido com outro tipo contratual que não seja o contrato de mandato, posição que continuaremos a defender, frisando como exemplo na doutrina portuguesa os Acórdãos do Tribunal da Relação e Lisboa de 7 de julho de 1994, in colectanea de jurisprudencia, 1994, T.IV, pp. 78 e sse ainda o Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Setembro de 2000, publicado no Boletim do Ministério da Justiça nº 499, Outubro. 344 a 349.

BIBLIOGRAFIA

ABÍLIO NETO, *Código Civil Anotado*, pág. 1 a 860, 8.^a ed, 1994, Ediforum.

ALIBRANDI, Antonella Sciarrone, “La circolazione delle garanzie bancarie autonome e i termini della sua ammissibilità nell’ordinamento italiano”, *Banca Borsa e Titoli di Credito* – Rivista di Dottrina e Giurisprudenza, Anno LIV, Parte Prima, Giuffrè Editore, Milano, 1991.

ALMEIDA COSTA E PINTO MONTEIRO, *Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação* (parecer), in Colectânea de Jurisprudência, Ano XI, T. IV.

ÁNGEL CARRASCO PERERA, ENCARNA CORDERO LOBATO E MANUEL JESÚS MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Arazandi Editorial.

ANTÓNIO SEQUEIRA RIBEIRO, *A garantia bancária autónoma à primeira solicitação: algumas questões*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. II, Direito Bancário, Almedina.

ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 10.^a ed, Almedina.

BONELLI, FRANCO, *Le Garanzie Bancarie a Prima Domanda – nel commercio internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1991.

DIOGO CAMPOS LEITE, *Contrato a favor de terceiro*.

DOHM, JÜRGEN, *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Editions Staempfli & Cie SA, Berne, 1986.

FERRER CORREIA, *Notas para o estudo da garantia bancária*, in Revista de Direito e Economia, ano VIII, n.º 2 (1982).

- FATIMA GOMES, “Garantia bancária autónoma à primeira solicitação”, *Direito e Justiça*, Vol. VIII, T. 2, 1994.
- FRANCISCO CORTEZ, *A Garantia Bancária Autónoma – alguns problemas* in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 52. 1992.
- FLUVIO MASTROPAOLO, *Trattato dei Contratti, I Contrati di Garanzia*, Tomo Primo, Utet Giuridica.
- GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, 6.ª Ed.
- GALVÃO TELLES, *Garantia Bancária Autónoma*, in *O Direito*, ano 120.º, 1988, iii-iv (Jul-Dez.).
- GOMES, Manuel Januário da Costa, “Sobre a mora do garante na garantia bancária autónoma”, *Estudos de Direitos das Garantias*, Vol. I, Almedina, 2004.
- JORGE DUARTE PINHEIRO, *Garantia Bancária Autónoma*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 52, 1992.
- JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *Preliminares sobre a garantia “on first demand”*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 43, 1983.
- MANUEL CASTELO BRANCO, *A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 53, 1993.
- MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida, Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000.
- MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Garantias bancárias autónomas – breves reflexões*, in *Jure et de jure nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP – Porto*, 1998.
- MARTINEZ, Pedro Romano, “Garantias Bancárias”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Almedina, 2002.

MARTINEZ, Pedro Romano/Pedro Fuzeta da PONTE, *Garantias de Cumprimento*, 4.^a Edição, Almedina, 2006.

MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. I, 6.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2007.

MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. II, 2.^a Ed., Almedina, Coimbra.

MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. III, 4.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2006.

MENEZES LEITÃO, *Garantias da obrigações*, 2.^a Ed, Almedina, Coimbra, 2008.

MIGUEL BRITO BASTOS, *A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma “on first demand”*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. III, Coimbra Editora, 2010.

MÓNICA JARDIM, *Garantia Bancária Autónoma*, Almedina, Coimbra, 2002.

PATRÍCIO, José Simões, “Preliminares sobre a garantia “on first demand””, ROA, ano 43, 1983.

PEDRO ROMANO MARTINEZ em co-autoria com PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, Almedina, 4.^a Ed., Coimbra, 2003.

PERERA, Ángel Carrasco/Encarna Cordero LOBATO/Manuel Jesús Marín LÓPEZ,
- *Tratado de los Derechos de Garantía*, Editorial Aranzadi, SA, 2002.

PESSOA JORGE, *Mandato sem representação*, Edições Ática, Lisboa, 1961.

PIRES LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 3.^a Ed. rev. e act., Coimbra Editora.

PORTALE, Guisepe, “Nuovi sviluppi del contratto di garanzia”, *Banca Borsa e Titoli di Credito*, Giuffrè Editore, Milano, 1985.

PIRES LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 3.^a Ed. rev. e act., Coimbra Editora.

RUDOLF STAMMLER escreveu em 1886 um trabalho intitulado “*Der Garantievertrag*”, disponível para leitura e download na internet: http://www.digizeitschriften.de/dms/toc/?PPN=PPN345574613_1886_0019&DMID=dmdlog7.

MONOGRAFIAS:

- Colectânea de Jurisprudência
- Boletim do Ministério da Justiça
- Revista da Ordem dos Advogados
- Revista O Direito
- Actualidade Jurídica

JURISPRUDÊNCIA:

Supremo Tribunal de Justiça, acórdão de 26 de Setembro de 2000, publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 499, Outubro de 2000, pp. 344 a 349.

Supremo Tribunal de Justiça, acórdão de 7 de Novembro de 1990, in Actualidade Jurídica, ano 2, n.º 13/14, p. 10.

Supremo Tribunal de Justiça, acórdão de 27 de Janeiro de 1993 - in Boletim do Ministério da Justiça, 1993, n.º 423, pp. 489/490.

Tribunal da Relação de Coimbra, decisão de 26 de Novembro de 1996, publicado na Colectânea de Jurisprudência, 1996, T. V, p. 29.

Tribunal da Relação de Lisboa, decisão de 18 de Novembro de 1986.

Tribunal da Relação de Lisboa, decisão de 21 de Dezembro de 1956.

Tribunal da Relação de Lisboa, decisão de 7 de Julho de 1994, in Colectânea de Jurisprudência, 1994, T. IV, pp. 78 e ss.

Tribunal da Relação de Lisboa, decisão de 11 de Dezembro de 1990, in Colectânea de Jurisprudência, 1990, Tomo V, pp. 136.