

# GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA

*Pelo Dr. Jorge Duarte Pinheiro*

## SUMÁRIO

- I) Preliminares
  - II) Noção
  - III) Figuras afins
  - IV) Origem e difusão
  - V) Natureza
  - VI) Admissibilidade
  - VII) Recusa legítima de pagamento
  - VIII) Quadro subsequente à solicitação
  - IX) Providências cautelares
- Bibliografia

## I) PRELIMINARES

A) O presente trabalho tem por base a exposição oral apresentada pelo autor, sob o título *Garantia Bancária Autónoma*, em 23 de Abril de 1991, na Faculdade de Direito de Lisboa.

A referida exposição teve lugar no âmbito da disciplina de *Direito Comercial do Mestrado em Ciências Jurídicas*, disciplina orientada pelo Prof. Doutor António Menezes Cordeiro, durante o ano lectivo de 1990/91, e subordinada à área temática geral dos contratos bancários.

O actual trabalho mantém-se fiel ao esquema da exposição oral afastando-se, contudo, desta na medida em que benefi-

cia das críticas e sugestões dirigidas àquela, em especial pelo Prof. Doutor Menezes Cordeiro.

As páginas que ora se submetem a apreciação muito devem às aulas de Direito Comercial, pelo que não podemos deixar de agradecer a quem nelas participou — ao Prof. Doutor Menezes Cordeiro, ao Prof. Doutor Miguel Teixeira de Sousa e aos nossos Colegas.

**B)** A garantia bancária autónoma, igualmente conhecida por garantia (bancária) automática, pura, incondicional, abstracta, independente, à primeira solicitação, à primeira interpelação ou de pagamento imediato, assume inegável importância prática, representando até, na expressão do juiz inglês Kerr, “o sangue da vida do comércio internacional” (“the lifeblood of international commerce”) <sup>(1)</sup>.

A essa importância tem correspondido o interesse da doutrina, justificado também pelos difíceis e numerosos problemas suscitados pela figura em apreço. Deste modo, a garantia bancária autónoma tem sido o centro de atenção em numerosas obras, artigos e reuniões de juristas.

Por nossa parte, tendo em consideração a orientação tradicional da parte escolar do Mestrado, na Faculdade de Direito de Lisboa optámos por apresentar um breve estudo da garantia bancária autónoma, no qual se evidenciam os seus traços gerais e se ponderam as principais questões que acerca dela se levantam.

## II) NOÇÃO

**A)** A generalidade dos autores prefere descrever a definir. Contudo, encontrámos uma definição de garantia bancária autónoma que passamos a transcrever:

*“A garantia autónoma é a garantia pela qual o banco que a presta se obriga a pagar ao beneficiário certa*

---

<sup>(1)</sup> Expressão proferida no caso “Harbottle Ltd.V. National Westminster Bank”, 1978, citada por E.P.Ellinger, “Documentary Credits and Finance by Mercantile Houses”, in *Benjamin’s Sale of Goods*, 2.ª ed., Londres, 1981, p. 1225 (n.º 2277).

*quantia em dinheiro, no caso de alegada inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato-base), sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com esse mesmo contrato”* (Prof. Inocêncio Galvão Telles) <sup>(2)</sup>.

Tendo em conta que “*omnis definitio in jure periculosa est*”, não se criará aqui uma segunda definição. Aliás, o Prof. Galvão Telles é o primeiro a reconhecer, ainda que de modo indirecto, as limitações da sua definição:

“Estamos a pensar na hipótese, de longe a mais frequente, de a garantia autónoma se reportar a obrigações contratuais, nas nada obsta a que verse sobre obrigação de diversa índole” <sup>(3)</sup>.

O Professor tem em vista a garantia bancária autónoma num dos seus sentidos possíveis — enquanto obrigação. Trataremos, por enquanto, da garantia bancária autónoma neste sentido, se bem que ela possa ser vista como fonte da obrigação.

Enquanto obrigação, a garantia bancária autónoma é antes de mais uma garantia obrigacional, em que o garante é um banco e a obrigação garantida tem por credor o beneficiário e por devedor um terceiro. Através da garantia bancária autónoma, o banco fica adstrito para com o beneficiário à realização duma prestação pecuniária, logo que por este último seja invocado o incumprimento da obrigação garantida ou a impossibilidade da prestação a que respeita a obrigação garantida.

---

<sup>(2)</sup> “Garantia bancária autónoma”, in *O Direito*, ano 120, III-IV, 1988 (Julho-Dezembro), p. 283.

Adopta definição muito semelhante Damião Vellozo Ferreira, in *Aceite bancário e garantia bancária autónoma*, Lisboa, 1990, p. 43.

André Villerey formula também uma definição. Cfr. “Les garanties bancaires en droit français”, in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux* (Colloque de Tours de 19 et 20 Juin 1980), Paris, 1981, p.261.

<sup>(3)</sup> “Garantia bancária autónoma” cit., p. 283.

O nosso trabalho será justamente desenvolvido a pensar na hipótese “de longe a mais frequente”.

Em torno da garantia bancária autónoma surgem, pelo menos, três relações jurídicas:

- a) uma relação a que o banco é estranho e que se trava entre os sujeitos da obrigação garantida, de ora em diante designados por credor principal e devedor principal, geralmente tendo por fonte um contrato (o chamado contrato-base);
- b) relação entre o devedor principal (dador da ordem, ordenador, garantido) e o banco;
- c) relação entre o banco garante e o beneficiário (credor principal).

Interessam-nos, em especial, as relações dador da ordem — banco e banco garante — beneficiário .

O banco, tendo em conta a ordem do devedor principal, compromete-se a emitir uma garantia autónoma a favor da pessoa indicada pelo último, exigindo, em contrapartida, o pagamento de uma comissão. O dador da ordem obriga-se perante o banco a pagar tudo o que venha a ser liquidado por conta da garantia bancária autónoma concedida, oferecendo ainda uma contragarantia em benefício do banco, destinada a assegurar o pagamento.

Sobre a relação banco garante — beneficiário: é neste nível que se encontra a garantia bancária autónoma propriamente dita. O banco cumpre aquilo a que se obrigou perante o dador, prestando a garantia pretendida. Vincula-se perante o credor do dador da ordem a pagar certa quantia em dinheiro, assim que o credor alegue a não produção da prestação pelo devedor principal e independentemente de qualquer prova.

A obrigação do garante é sempre e só de prestação pecuniária, mesmo quando a prestação decorrente do contrato-base tenha outra natureza.

O banco, em princípio, deve pagar sem discutir, não lhe assistindo a faculdade de invocar as relações entre si e o devedor principal garantido ou entre o devedor principal e o credor beneficiário. Não pode, nomeadamente, refugiar-se atrás da invalidade do contrato-base ou argumentar que a prestação a cargo do devedor principal se tornou impossível. E o beneficiário não tem de

provar que o que afirma, ao solicitar a garantia, corresponde à realidade.

**B)** Vejamos a garantia bancária autónoma, à luz das *classificações de obrigações e de prestações* (4).

A obrigação em causa na figura objecto de estudo é uma obrigação simples, relativa, secundária e pura.

*Simples*, porque não se pode decompor em várias obrigações. *Relativa*, por ao direito do credor principal corresponder um dever do banco. *Secundária*, na medida em que visa reforçar o funcionamento da obrigação que o dador da ordem assumiu perante o credor beneficiário. *Pura*, uma vez que apresenta uma componente estritamente creditícia.

A conduta a que o beneficiário tem direito é uma prestação de coisa, indivisível, fungível, determinada e instântanea.

*De coisa*, dado que o banco deve entregar ao credor certo montante em dinheiro. *Indivisível*, em virtude de o pagamento fraccionado prejudicar o interesse do credor (que escolheu a solução da garantia bancária autónoma por a considerar simultaneamente mais próxima da satisfação completa e menos morosa). *Fungível*, porque o que importa é a entrega duma quantia em dinheiro independentemente de quem a faça. *Determinada*, já que, no momento da constituição da obrigação, o quantitativo que o banco se obriga a liquidar é conhecido (pelo menos, o limite máximo). *Instântanea*, porque o cumprimento se concretiza num só momento (o da verificação do pagamento).

**C)** A garantia bancária autónoma descrita, implicando três ordens de relações, corresponde a uma hipótese mais simples. Conhecem-se ainda mecanismos mais complexos, como sejam os da *contragarantia, garantia subordinada e garantia agrupada* (5). Contudo, a nossa abordagem incidirá exclusivamente

---

(4) De acordo com os critérios propostos por Menezes Cordeiro, in *Direito das Obrigações*, vol. I, reimpressão da 1.ª edição de 1980, Lisboa, 1986, p. 301 e s., p. 335 e s.

(5) Sobre as formas mais elaboradas de garantia bancária, ver, designadamente, Giardina e Villani, *Garanzie bancarie, commercio internazionale e diritto internazionale Privato*, Padova, 1984, pp. 32 a 34, e Yves Poulet, "Présentation et définition des garanties pratiquées en Europe", in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux* cit., pp. 23 a 29.

sobre a garantia bancária autónoma situada num esquema triangular. São suficientes as dificuldades do tema e é o que se coaduna com a natureza deste trabalho.

D) Os Profs. Almeida Costa e Pinto Monteiro afirmam que consoante a função específica que desempenham, é costume referir-se as seguintes modalidades principais de garantias autónomas: *Garantia de oferta ou de honorabilidade da proposta; Garantia de boa execução do contrato; Garantia de reembolso de pagamentos antecipados* <sup>(6)</sup>.

Passamos pois a definir essas três modalidades de garantia. A *garantia de oferta* destina-se a assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes de uma proposta apresentada ao beneficiário pelo dador da ordem (assinatura do contrato, prestação de caução de boa execução).

A *garantia de boa execução* destina-se a assegurar o pontual cumprimento do contrato-base. A relevância desta modalidade justifica que ao longo desta exposição escrita se tome, constantemente, a parte pelo todo, reduzindo a garantia bancária autónoma à garantia de boa execução. Trata-se, aliás, de uma orientação comum na doutrina.

A *garantia de reembolso* destina-se a assegurar a restituição ao credor principal das quantias por ele liquidadas antecipadamente, na hipótese de o devedor principal não cumprir o acordado.

### III) FIGURAS AFINS

A) A questão da demarcação da garantia bancária autónoma face a outras figuras tem sido principalmente colocada em relação à fiança, ao aval e ao crédito documentário.

---

<sup>(6)</sup> "Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação" (parecer), in *Colecção de Jurisprudência*, ano XI, t. 5, 1986, p. 20 (n.º 5).

Tal tripartição foi antes elaborada pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), através das "Regras e Práticas relativas às garantias contratuais", doc. n.º 460/228-470/329, broch. n.º 325, de 20 de Junho de 1987.

## B) Fiança

A garantia bancária autónoma tem de comum com a fiança o facto de lhe caber a qualificação de garantia especial das obrigações. A fiança e a garantia autónoma visam reforçar a garantia geral das obrigações, entendida como o “conjunto de bens penhoráveis do devedor que respondem efectivamente, por determinadas dívidas” (7). Mais, a garantia autónoma e a fiança são garantias pessoais, pois ambas se traduzem em direitos de crédito ao serviço de outros direitos de crédito.

Qual será então o ponto de afastamento?

A fiança é regulada no art. 627.º e s. do CC. Segundo o art. 627.º, n.º 1, o “fiador garante a satisfação do direito de crédito, ficando pessoalmente obrigado perante o credor”. Não é por aqui que se estabelece uma diferença entre fiança e garantia autónoma. Este preceito pouco mais faz do que atribuir à fiança o carácter de garantia pessoal das obrigações.

Já o n.º 2 estabelece uma base para a demarcação das figuras que, de momento, nos ocupam. “A obrigação do fiador é acessória da que recai sobre o principal devedor”.

Em que se traduz a acessoriedade da fiança?

A resposta é dada, entre outros, pelos arts. 628.º, n.º 1, 632.º, n.º 1, 637.º, n.º 1, e 651.º do CC.

A fiança deve seguir a forma exigida para a obrigação principal (art. 628.º, n.º 1), não pode exceder a dívida principal nem ser contraída em condições mais onerosas (art. 631.º, n.º 1), não é válida se o não for a obrigação principal (art. 632.º, n.º 1) (8), permite, em princípio, ao fiador opor ao credor os meios de defesa que competem ao devedor (art. 637.º, n.º 1) e extingue-se com a extinção da obrigação principal (art. 651.º).

---

(7) Noção apresentada por Menezes Cordeiro, in *Direito das Obrigações*, vol. II, cit., p. 471.

(8) A interpretação *a contrario* do n.º 2 do art. 632.º parece destruir a ideia da acessoriedade como elemento essencial da fiança. A anulação da obrigação principal, por incapacidade ou por falta ou vício da vontade do devedor, tornaria a fiança inválida, se o fiador desconhecesse a causa da anulabilidade ao tempo em que a fiança foi prestada.

Contudo, como explica Galvão Telles, in *Garantia bancária autónoma* cit., p. 279, o que no n.º 2 do art. 637.º se consagra é “a conversão da fiança numa fiança de conteúdo diverso: o fiador deixa de garantir a obrigação decorrente do *acto anulado* para garantir a obrigação decorrente da *anulação* nos termos e por força do disposto no art. 289.º do Código Civil”.

A garantia à primeira solicitação não é acessória mas autónoma. As condições são mais onerosas para o garante que para o devedor principal; a invalidade da obrigação garantida não determina a da garantia; o garante não pode invocar os meios de defesa que assistam ao devedor principal na relação com o credor principal.

Por outro lado, ao fiador é lícito recusar o cumprimento enquanto o credor não provar o incumprimento da obrigação principal. O beneficiário da garantia autónoma está dispensado de tal prova.

C) O aval é também uma garantia pessoal. O seu regime encontra-se delineado nos arts. 30.º a 32.º da Lei uniforme relativa às letras e livranças (LUII) e nos arts. 25.º, 26.º e 27.º da Lei uniforme relativa ao cheque (LUCh).

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

Noutra perspectiva, o avalista pode socorrer-se de todos os meios de defesa que cabem ao “afiançado”, com excepção dos decorrentes da invalidade substancial da relação subjacente.

O aval não se confunde com a garantia à primeira solicitação, dado aquele se manifestar exclusivamente no domínio dos títulos de crédito. E se o grau de autonomia do aval é mais acentuado que o da fiança, pois ao avalista é admitido opor ao beneficiário vícios formais da relação beneficiário-avalizado, fica, contudo, aquém daquele que atinge a garantia à primeira solicitação. Nesta última, o garante tem de pagar qualquer que seja o vício do contrato-base.

#### D) Crédito documentário

“Entende-se por crédito documentário a operação pela qual um banco, por conta de um cliente-importador,

abre um crédito a favor de um vendedor-exportador, assumindo o compromisso de pagar ao vendedor-exportador o valor das suas mercadorias contra a entrega dos documentos estipulados pelo crédito”<sup>(9)</sup>.

O banco tem de pagar ao vendedor contra a apresentação dos documentos. Ao banco cabe somente conferi-los, a fim de apurar se estão em “aparente boa ordem”, e apenas pode recusar o pagamento se os documentos não observarem as condições constantes da carta de crédito. Está-lhe, pois, vedado, invocar quaisquer aspectos da relação comprador-vendedor.

Pelo seu grau de autonomia, o crédito documentário assemelha-se à garantia bancária à primeira solicitação. Todavia, a abertura de crédito documentário pressupõe uma venda, enquanto os contratos cobertos pela garantia bancária autónoma são os mais diversos.

Acresce que o crédito documentário, embora de alguma forma associado à preocupação de acautelar a insolvência ou a má fé do comprador, tem por função principal o pagamento e não a garantia. Se na garantia bancária autónoma o beneficiário reclama o pagamento, alegando o não cumprimento da obrigação principal, no crédito documentário quem reclama o pagamento entrega documentos que sugerem o cumprimento da obrigação pelo reclamante.

E) Se, a nível conceptual, não se registam obstáculos de monta à identificação da garantia autónoma no confronto com outras figuras, o mesmo não se pode dizer no plano concreto. Na prática, é especialmente difícil concluir se se está na presença de garantia autónoma ou acessória.

As expressões usadas nas cartas de garantia não são determinantes. A palavra fiança designa, às vezes, uma garantia não acessória.

Traduzirá sequer a cláusula “à primeira solicitação” a existência de uma garantia bancária autónoma?

---

<sup>(9)</sup> José Augusto Gaspar e Mário Martins Adegas, *Operações bancárias*, Lisboa, s/data, p. 244.

Para Pleyer e Auhagen, a referida cláusula constitui uma presunção *iuris et de iure* da presença de garantia pessoal não acessória. É semelhante a opinião de Canaris, von Marschall, Schonle <sup>(10)</sup>.

Schinnerer, von Caemmerer e, sobretudo, Kleiner atribuem àquela cláusula o sentido de uma presunção *iuris tantum*. Para eles, nada obsta a uma combinação da cláusula” à primeira solicitação “ com outras de sentido contrário, de tal modo que se chegue à conclusão de a garantia em causa ser acessória <sup>(11)</sup>.

A cláusula “à primeira solicitação” ou “à première demande” não resolve tudo.

E quando são exigido documentos? Garantia autónoma ou acessória?

Depende dos documentos que condicionam o pagamento da garantia. Declaração escrita do beneficiário de que não houve cumprimento da obrigação garantida ou em que são enumerados os factos que consubstanciam o não cumprimento — garantia autónoma. Decisão arbitral, sentença judicial ou prova de não cumprimento da obrigação principal — garantia acessória.

Que solução escolher em caso de dúvida?

Segundo Poulet, a maioria dos autores (“Kleiner, Institut Max Planck, Käser, etc.”) pronuncia-se pela garantia acessória, em nome do *favor debitoris* <sup>(12)</sup>.

Schinnerer, a partir da regra “a dúvida aproveita ao devedor”, formula opinião inversa. O devedor é o banco e o que lhe interessa é evitar a incerteza e o envolvimento nos litígios que surjam entre os sujeitos da obrigação garantida. Isto é, na dúvida a garantia autónoma <sup>(13)</sup>.

<sup>(10)</sup> De acordo com Yves Poulet, no seu artigo “Le contrat de garantie, examen de quelques problèmes juridiques particuliers”, in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux* cit., pp. 129-130.

<sup>(11)</sup> De acordo com Yves Poulet, in “Le contrat de garantie, examen de quelques problèmes juridiques particuliers” cit., p. 130.

<sup>(12)</sup> In “Le contrat de garantie, examen de quelques problèmes juridiques particuliers” cit., p. 134.

<sup>(13)</sup> Poulet, in “Le contrat de garantie, examen de quelques problèmes juridiques particuliers” cit., p. 135.

Qual a interpretação mais favorável ao devedor? — é questão que também se coloca entre nós, tendo em conta o art. 237.º do CC.

Não parece aceitável a posição de Schinnerer. O banco é o devedor e é verdade que pretende estar certo de que paga bem (sob pena de não poder exigir ao devedor principal o reembolso da quantia liquidada). Mas isso não é tudo. Os meios de defesa do banco são menores na garantia autónoma e a solvência do devedor principal não é um dado adquirido. Imagine-se que o contrato-base é inválido e o património do devedor principal insuficiente. Se há garantia autónoma e há solicitação, o banco paga sem discutir. Mas de que lhe valerá ter direito de exigir ao devedor principal o reembolso da quantia liquidada?

#### IV) ORIGEM E DIFUSÃO

A) A garantia bancária autónoma surge a partir da II Guerra Mundial e intensifica-se após 1973, constituindo hoje uma prática constante .

O seu campo de eleição é o comércio externo, se bem que o comércio interno não esteja nem tenha estado imune à figura.

É na área da construção civil, dos fornecimentos, do *engineering*, da cooperação industrial, que a garantia bancária autónoma se manifesta com mais frequência. A garantia surge para cobrir contratos-base vultuosos e de execução relativamente demorada.

B) A expansão da garantia bancária autónoma acentuou-se a partir de 1973, altura em que houve um acentuado aumento nos preços do petróleo.

Graças ao “boom” petrolífero, aumentou a liquidez em moeda forte dos países produtores de petróleo, o que os levou a uma enorme procura de bens e serviços.

Abria-se um grande mercado às empresas de construção e de fornecimento de bens manufacturados e serviços, ao qual as empresas dos países mais desenvolvidos logo acorreram.

Perante o incremento comercial, as autoridades dos países produtores de petróleo, preocupadas com a protecção dos com-

pradores/donos de obra, exigiram a prestação de garantias por parte dos agentes económicos estrangeiros. Afinal, o vendedor/construtor/fornecedor era *o especialista*. Neste contexto, a garantia bancária autónoma divulgou-se, porque entendida como particularmente apta à defesa do credor principal.

C) É no comércio externo que a garantia bancária autónoma nasce e onde reveste maior importância. As relações comerciais estabelecem-se entre empresas que quase sempre se desconhecem. Ora, a garantia bancária à primeira solicitação introduz a segurança necessária à celebração de um contrato internacional.

A referida garantia é emitida por um banco, entidade de reconhecida capacidade económica e honorabilidade. O pagamento da garantia depende de mera declaração do beneficiário.

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

Os bancos norte-americanos não estão autorizados a emitir garantias autónomas. Esta proibição não tem constituído obstáculo às relações comerciais das empresas norte-americanas com a generalidade dos países. Os bancos norte-americanos fazem uso de um instrumento equivalente à garantia bancária autónoma: a "stand by letter of credit payable upon simple demand" (14).

D) Entre nós, é difícil determinar o momento em que se inicia a prestação de garantias bancárias autónomas.

---

(14) Sobre o assunto, W.C. Graham e Q.C. Matejcek, "The law and practice relating to the use of letters of credit and performance bonds in securing contractual performances in Canada and the United States", *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux* cit., p. 49 e s. Em especial, pp. 51, 54, 63 e 65.

Em 21/12/56 é proferido um Acórdão da Relação de Lisboa, cujo teor parcialmente aqui se reproduz:

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

“Tal garantia não é uma fiança: é o substituto dos depósitos reais e efectivos que o empreiteiro devia suportar, para poder tomar conta de uma obra do Estado, dos municípios ou de qualquer corporação ou entidade pública” (15).

Em 29 de Maio de 1969, é proferido o Parecer n.º 3/69 da Procuradoria da República (16), onde se lê:

“A admissão da garantia bancária em substituição do depósito de garantia tem dado lugar a algumas dúvidas resultantes de esta nova figura ter sido inserida no domínio dos contratos de empreitadas de obras públicas sem que algo se especificasse quanto ao seu regime.

“E, precisamente, uma das dúvidas surge logo quanto à determinação da sua natureza jurídica:

Segundo o que se depreende no que aparece transcrito no parecer do Sr. Auditor Jurídico do Departamento da Defesa Nacional, o Prof. Marcello Caetano, (...) acaba por se inclinar no sentido da sua integração no instituto de fiança” (17).

E mais adiante: “Este corpo consultivo sempre se pronunciou pela fiança e não se vêem motivos para alterar a orientação estabelecida” (18), porque a garantia bancária é acessória da obrigação assumida pelo empreiteiro (19).

---

(15) In *Jurisprudência das Relações* 2-1029.

(16) Publicado no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 191, 1969, p. 148 e s.

(17) In *BMJ* cit., p. 161.

(18) In *BMJ* cit., p. 162.

(19) In *BMJ* cit., p. 161.

Não estariam a ser emitidas garantias bancárias autónomas no domínio das empreitadas de obras públicas?

**E)** Como se explica a criação e o êxito da garantia bancária autónoma?

A resposta reside nas vantagens relativas da garantia bancária autónoma em confronto com a fiança e o depósito em dinheiro ou valores.

O depósito coloca o credor numa posição particularmente segura. Se entender que o devedor não cumpriu, faz seus os bens depositados. Se o devedor tiver outro entendimento, será este que terá de pedir judicialmente a restituição dos bens depositados.

Para o devedor, o depósito afigura-se inconveniente, na medida em que implica uma imobilização antieconómica de riqueza.

Já a fiança não gera tal inconveniente, mas coloca o credor numa posição mais precária. O fiador tem o direito de opor ao credor os meios de defesa que competem ao devedor. Se, por exemplo, o credor entender que o devedor não cumpriu e o fiador achar o contrário, o credor terá de demandar judicialmente o fiador se quiser o pagamento.

Na garantia bancária autónoma, o devedor não faz qualquer depósito e ao garante está vedado opor ao credor quaisquer excepções. O banco paga sem discutir à primeira interpelação do credor.

O banco extraí igualmente alguns benefícios: cobra uma comissão superior à da fiança e pode ignorar legitimamente as relações entre o credor e o devedor, poupando investigações.

## V) NATUREZA

**A)** Enquanto fonte da obrigação, a garantia bancária autónoma é um contrato <sup>(20)</sup>. Para além de resultar da junção das

---

<sup>(20)</sup> De acordo com Galvão Telles, é esse o parecer geral dos autores. In "Garantia bancária autónoma" cit., p. 287.

liberdades de celebração e de estipulação, produz efeitos devido a duas vontades — a do banco e a do beneficiário <sup>(21)</sup>.

À proposta do banco, materializada na carta de garantia, segue-se a aceitação do beneficiário, mediante declaração expressa ou, o que é mais comum, revelada pela celebração do contrato-base.

Na verdade, se o beneficiário condiciona a celebração do contrato-base à emissão de uma garantia bancária automática a seu favor, recebe a carta de garantia e celebra o contrato-base, a sua atitude deve ser interpretada, de acordo com o art. 234.º do CC, como uma aceitação da proposta formulada pelo banco, concluindo-se, por esta via, o contrato de garantia bancária autónoma.

**B)** O contrato de garantia bancária à primeira solicitação é consensual, inominado, atípico, não-real, não sinalagmático, monovinculante e gratuito.

Trata-se de um contrato *consensual*, por a respectiva validade não depender da observância de uma determinada forma. É um contrato *inominado e atípico*: não tem *nomen iuris* nem goza de regulamentação legal. *Não-real*: verifica-se independentemente da tradição de uma coisa. *Não sinalagmático*: não dá lugar a obrigações recíprocas. *Monovinculante*: do contrato resultam obrigações apenas para o banco. É um contrato *gratuito*, porque com ele o beneficiário nunca sofre sacrifícios <sup>(22)</sup>.

**C)** Precede o contrato de garantia bancária autónoma o estabelecimento duma relação contratual entre o banco e o devedor principal. No âmbito desta relação observa-se a existência de, pelo menos, três obrigações:

— obrigação assumida pelo banco de emitir determinada carta de garantia;

---

<sup>(21)</sup> Seguimos quanto à noção de contrato, Menezes Cordeiro, in *Direito das obrigações*, vol. I, cit., pp. 64 e 404.

<sup>(22)</sup> O banco obtém contrapartida pela emissão da garantia ao nível das relações com o dador da ordem.

Seguimos quanto às modalidades de contrato, Menezes Cordeiro, in *Direito das obrigações*, vol I, cit., p. 415 e s.

- obrigação assumida pelo dador da ordem de pagar ao banco uma certa comissão;
- obrigação assumida pelo dador da ordem de reembolsar o banco de todo o pagamento que este venha a efectuar a solicitação do beneficiário da garantia autónoma.

Pela terceira obrigação, o dador da ordem compromete-se ainda a não invocar, perante o banco, os meios de defesa que lhe cabem nas relações com o beneficiário. O dador da ordem pagará ao banco tal como este pagar ao beneficiário — sem discutir as relações beneficiário-dador da ordem.

Para assegurar a obrigação de reembolso, o banco normalmente exige a entrega de letras aceites ou livranças subscritas, em branco, pelo dador da ordem.

**D) Haverá no conjunto contrato de garantia bancária autónoma/contrato banco-devedor principal: uma assunção de dívida?; um contrato de seguro?; um contrato a favor de terceiro?; um contrato-promessa?**

A assunção de dívida, regulada no art. 595.º e s. do CC, pode ser liberatória ou cumulativa. A assunção liberatória, assunção de dívida perfeita ou propriamente dita, é a transmissão da posição jurídica do devedor. A assunção cumulativa é a figura pela qual alguém faz sua a obrigação do devedor, mas este continua vinculado ao lado dele. Só a assunção liberatória envolve exoneração do antigo devedor.

No conjunto contrato de garantia bancária autónoma/contrato banco-devedor principal, não há assunção de dívida, seja liberatória seja cumulativa. O banco não se obriga a efectuar a mesma prestação que o dador da ordem se vinculou a efectuar através do contrato-base.

Moitinho de Almeida define o contrato de seguro como:

“aquele em que uma das partes, o segurador, compensando segundo as leis da estatística um conjunto de riscos por ele assumidos, se obriga, mediante o pagamento de uma soma determinada a, no caso de realização de um risco, indemnizar o segurado pelos prejuízos sofridos, ou,

tratando-se de evento relativo à pessoa humana, entregar um capital ou renda, ao segurado ou a terceiro, dentro dos limites convencionalmente estabelecidos, ou a dispensar o pagamento dos prémios tratando-se de prestação a realizar em data determinada” (23).

Mais escreve:

“Temos, pois como elementos essenciais do contrato de seguro: o risco, ou seja a possibilidade de um evento futuro e incerto (pelo menos *incertus quando*) susceptível de determinar a atribuição patrimonial do segurador (excluída a teoria indemnizatória, não se qualifica o evento de danoso); a empresa e a prestação do segurado (prémio, ou quotização nos seguros mútuos)” (24).

“O contrato do seguro é um contrato aleatório e sinalagmático, como vimos. É também um contrato oneroso, uma vez, que o pagamento do prémio dele constitui requisito essencial” (25).

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

O contrato a favor de terceiro é aquele em que uma das partes (promitente) assume perante outra (promissário) a obrigação de efectuar uma prestação a favor de terceiro, estranho ao negócio (art. 443.º n.º 1, do CC). O terceiro adquire direito à prestação, independentemente de aceitação (art. 444, n.º 1, do CC). Se o art. 447.º do CC atribui ao terceiro a possibilidade de aderir à “promessa”, essa adesão não tem o efeito de criar o direito do ter-

---

(23) In *O contrato de seguro no direito português e comparado*, Lisboa, 1971, pp. 23-24.

(24) In *O contrato de seguro no direito português e comparado*, cit., p 24.

(25) *Idem*, p. 30.

ceiro à prestação, mas tão só o de tornar irrevogável esse seu direito (art. 448.º, n.º I, do CC).

O contrato-promessa é o contrato pelo qual uma ou ambas as partes se obrigam a celebrar novo contrato.

Através do contrato banco-devedor principal, uma das partes (o banco) assume perante a outra (o dador da ordem) a obrigação de efectuar uma prestação a favor de terceiro (o beneficiário), estranho ao contrato. Uma vez que a prestação que o banco se obriga a efectuar perante o devedor principal é a celebração de um contrato de garantia bancária autónoma com o beneficiário, o contrato banco-dador da ordem aparenta ser um contrato-promessa a favor de terceiro (*pacta de contrahendo cum tertio*).

*Aparenta.* Não é. O *pactum de contrahendo cum tertio* é o “contrato pelo qual alguém se obriga a realizar com terceiro, *por sua conta*, um negócio jurídico “ (26).

O banco obriga-se a celebrar o contrato de garantia por conta do dador da ordem. Ou seja, na intenção de transferir para o dador os encargos da sua intervenção (27). À partida, o dador da ordem obriga-se a reembolsar o banco do pagamento que este venha a efectuar a solicitação do beneficiário da garantia autónoma.

O contrato do banco com o devedor principal é um mandato (28) sem representação (cfr. arts. 1157.º, 1180.º e 1182.º do CC).

**E)** O contrato de garantia bancária autónoma é o fruto de uma determinada evolução teórica.

Nos finais do século passado, Stammmler distinguiu os contratos de garantia em duas categorias: os acessórios da obrigação principal (fiança, mandato de crédito) e os independentes da rela-

---

(26) Pires de Lima e Antunes Varela, in *Código Civil anotado*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra, 1986, p.707.

(27) Sobre a noção de *agir por conta de*, cfr. Antunes Varela in *Das Obrigações em geral*, vol.I, 5.ª ed., Coimbra, 1986, p. 406.

(28) Em idêntico sentido Francesco Benatti e Beat Kleiner, respectivamente in “Garanzia (Contratto autonomo di)”, in *Novissimo Digesto Italiano, Appendice*, vol. III, 1982, p. 919, e in “La garantie en droit suisse”, *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux* cit., p. 206.

ção garantida (“*Garantievertrag*” ou contrato de garantia propriamente dito).

Para Stammler, há “*Garantievertrag*” quando:

“una parte, per sorreggere o promuovere un ‘impresa già iniziata o da iniziarsi dalla controparte, assume contrattualmente e ordinariamente senza corrispettivo il rischio collegato all’ impresa stessa, alla cui realizzazione il promittente è in qualche modo interessato” (29).

Do “*Garantievertrag*” chega-se ao “*Bankgarantie*”, “contrato unilateral destinado, em regra, a garantir a prestação de terceiro perante o credor beneficiário, em termos de assegurar a este último que receberá sempre a prestação ou a soma contratualmente estabelecida, e isto não só em caso de incumprimento do terceiro mas igualmente quando a obrigação do devedor principal não chegou a existir ou se tornou posteriormente impossível” (30).

Do “*Bankgarantie*” passa-se ao contrato de garantia bancária autónoma, que, para além de tornar independente a obrigação do garante face à obrigação garantida, atribui ao beneficiário o direito de, com a simples afirmação de que o devedor principal não cumpriu, exigir o imediato pagamento da garantia.

## VI) ADMISSIBILIDADE

A) Até 1989, três eram os países em que a garantia autónoma gozava de uma disciplina positiva: Checoslováquia (Código do Comércio Internacional Checoslovaco de 1964: arts. 665-675), República Democrática Alemã (Lei sobre os Contratos Económicos Internacionais de 1975: §§ 252-255) e

---

(29) Giuseppe B. Portale, “*Fideiussione e garantievertrag nella prassi bancaria*”, in *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale* (profili comparatistici), Milão, 1978, p.12.

(30) Definição que Almeida Costa e Pinto Monteiro atribuem a Schinnerer/Avancini, in “*Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação*” cit., pp. 18, 19 e 33.

Jugoslávia (Lei sobre Obrigações e Contratos de 1978: arts. 1083-1087) <sup>(31)</sup>.

Nas demais ordens jurídicas, incluindo a portuguesa, a ausência de uma resposta legislativa expressa, associada às particulares características da figura em estudo, tem suscitado alguma incerteza acerca da validade da garantia bancária autónoma.

**B)** Na Alemanha poucas dúvidas subsistem. A garantia bancária autónoma, frequentemente apontada como um produto da evolução da prática do comércio internacional alemão subsequente à última grande guerra <sup>(32)</sup>, é geralmente admitida pela doutrina e pela jurisprudência com base exclusivamente no princípio da autonomia privada, consagrado no § 305.º do BGB <sup>(33)</sup>.

A maioria dos autores alemães pronuncia-se pelo carácter abstracto da garantia bancária à primeira solicitação <sup>(34)</sup>, o que, contudo, não representa qualquer contradição: no direito alemão não vigora o princípio da proibição do negócio abstracto <sup>(35)</sup>.

### C) Direito italiano

Portale considera difícil aceitar a licitude do contrato de garantia autónoma se se entender que este, porque obriga o garante a pagar mesmo nos casos de nulidade do contrato base ou de impossibilidade superveniente da prestação principal, é um negócio abstracto.

O Código Civil italiano, assente no princípio da justa causa de atribuição (art. 1325, n.º 2) e no princípio da nulidade das

---

<sup>(31)</sup> Giuseppe B. Portale, "Le garanzie bancarie internazionali (questioni)", in *Banca, Borsa e Titoli di Credito* (BBTC), 1988, I, p.1.

<sup>(32)</sup> Cfr., entre outros, Giuseppe B. Portale, "Fideiussione e *garantievertrag* nella prassi bancaria" cit., pp. 13-15, e Almeida Costa — Pinto Monteiro, "Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação" cit., pp. 18-19.

<sup>(33)</sup> Klemens Pleyer, "République Fédérale d'Allemagne" (Relatório), in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, p. 188.

<sup>(34)</sup> Ferrer Correia, "Notas para o estudo do contrato de garantia bancária" cit., p. 251, e Galvão Telles, "Garantia bancária autónoma" cit., p. 287.

Klemens Pleyer atribui carácter abstracto à garantia à primeira solicitação. In "République Fédérale d'Allemagne", cit., pp.188-189.

<sup>(35)</sup> Francesco Benatti, "Garanzia (Contrato autonomo di)" cit., p. 920.

cláusulas que excluem a oponibilidade de certas excepções, não admite a celebração de negócios abstractos.

Mas Portale defende um determinado entendimento de negócio abstracto. É negócio causal e, portanto, válido, o negócio em que venha declarado o “escopo” pretendido pelas partes. Não interessa que o negócio não encerre em si a causa da atribuição patrimonial que determina, não importa que a justificação da prestação que uma das partes se vincula a realizar se encontre fora do próprio negócio.

Ora, no “*Garantievertrag*” vem declarada a função de garantia e referido o contrato-base.

Portale inspira-se afinal no facto do Código Civil acolher a figura do crédito documentário irrevogável, na qual se declara o escopo de pagamento mas não se confere ao banco o direito de invocar vícios derivados das relações entre si e o comprador ou entre o comprador e o vendedor.

A construção de Portale <sup>(36)</sup> obteve grande sucesso na doutrina italiana.

Na jurisprudência domina igualmente a tendência favorável à validade da garantia bancária autónoma <sup>(37)</sup>.

D) Entre os autores franceses prevalece a ideia de que a garantia autónoma é uma obrigação causal por ter a sua justificação no contrato-base <sup>(38)</sup>. É uma ideia que tem servido para sustentar a validade da garantia à primeira solicitação numa ordem jurídica tradicionalmente descrita como contrária à aceitação de negócios abstractos.

Por outro lado, Marc Bellis, Yves Pouillet e Vasseur afirmam que a acessoriedade das garantias pessoais não é de ordem pública <sup>(39)</sup>.

Quanto à jurisprudência, avulta a posição no sentido da admissibilidade da garantia bancária autónoma <sup>(40)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> In “*Fideiussione e garantievertrag nella passi bancária*” cit., pp. 23-25.

<sup>(37)</sup> Francesco Benatti, “*Garanzia (Contrato autonomo di)*” cit., p. 921.

<sup>(38)</sup> Galvão Telles, “*Garantia bancária autónoma*” cit., pp. 287-288.

<sup>(39)</sup> Marc Bellis e Yves Pouillet, “*Emergence de la sureté personnelle non accessoire*”, in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux* cit., pp.156-157.

<sup>(40)</sup> Almeida Costa e Pinto Monteiro, “*Garantias bancárias...*” cit., p. 21.

E) Entre nós, o Prof. Galvão Telles considera o princípio da liberdade contratual base suficiente para a garantia autónoma <sup>(41)</sup>, atribuindo a esta natureza causal:

“A garantia automática é uma obrigação causal, como a fiança, porque visa, como esta, uma *função de garantia* e essa função, que constitui a sua causa, está objectivada no respectivo contrato” <sup>(42)</sup>.

Os Profs. Almeida Costa e Pinto Monteiro defendem a validade das garantias automáticas na ordem jurídica portuguesa, “por força do art. 405.º do Código Civil, e por corresponderem a interesses dignos de protecção legal, nos termos do art. 398.º, n.º 2, do mesmo diploma” <sup>(43)</sup>. De acordo com estes Professores, a garantia autónoma é um negócio causal.

“Efectivamente, 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” <sup>(44)</sup>.

Segundo o Prof. Ferrer Correia, a garantia bancária autónoma é um negócio causal.

“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 (contrato principal). De harmonia com os princípios gerais que regem na presente matéria, este último contrato

---

<sup>(41)</sup> In “Garantia bancária autónoma” cit., p. 290.

<sup>(42)</sup> *Idem*, p. 288.

<sup>(43)</sup> In “Garantias bancárias...” cit., p. 22.

<sup>(44)</sup> *Idem*, p. 21.

constitui pressuposto do primeiro — a sua causa, *hoc sensu* (45).

Todavia, o referido Professor não parece achar a garantia bancária à primeira solicitação conforme com os princípios gerais do nosso sistema jurídico (46):

“a nosso juízo, um tribunal português teria provavelmente relutância em opor ‘une fin de non-recevoir’ às excepções eventualmente invocadas pelo garante contra o beneficiário com base na relação principal” (47).

Aparentemente, o Prof. Ferrer Correia considera existir um princípio de mínima acessoriedade em matéria de garantias pessoais (48).

O Dr. Simões Patrício é o autor português que mais se debruça sobre a legalidade da garantia bancária autónoma (a garantia “on first demand”) (49).

Para o Dr. Simões Patrício,

“a verdadeira questão jurídica suscitada pelas garantias ‘first demand’ (...) é se as partes contratantes podem estipular uma qualquer obrigação, p.ex. a de garantia, em termos ‘destacados’, autónomos — p.ex., ainda, porque destinados a operar *para além* (não-acessoriedade) da dívida subjacente — e independentes da *causa* por que se obrigam”.

“Cai-se pois, necessariamente, no problema da abstracção da garantia ‘sub specie’ e da sua admissibilidade legal” (50).

---

(45) In “Notas para o estudo do contrato de garantia bancária”, *Revista de Direito e Economia*, ano VIII, n.º 2, 1982, pp. 249-250.

(46) *Idem*, p. 254.

(47) *Idem*, p. 255.

(48) In “Notas para o estudo do contrato de garantia bancária” *cit.*, pp. 254-255.

(49) In “Preliminares sobre a garantia ‘on first demand’”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 43, III, 1983, pp. 682-705.

(50) p. 688.

“É certamente pacífico, entre nós, fluir rectilaneamente do art. 458.º do Código Civil a *proibição de negócios abstractos* que a lei expressamente não consinta”<sup>(51)</sup> e “a abstracção negocial redonda mais propriamente em *destacar* o regime do acto em causa das eventuais imperfeições (mas não, por certo, da inexistência); da relação material subjacente”<sup>(52)</sup>.

Mas o Dr. Simões Patrício não conclui pela invalidade da garantia bancária autónoma. Esta pertence ao domínio comercial, enquanto a proibição dos negócios abstractos é uma regra de direito civil. Na área comercial o direito civil aplica-se se as questões não puderem ser resolvidas através dos casos análogos da lei mercantil (art. 3.º do C.Com.).

Justifica-se a analogia entre o crédito documentário, instituto muito divulgado no comércio internacional, com carácter abstracto e validade jurídica interna incontestada, e a garantia à primeira solicitação<sup>(53)</sup>.

“Daria aliás prova da mais crassa indiferença à(s) exigências das hodiernas relações económicas internacionais quem se obstinasse em defender que a proibição *civil* do negócio abstracto se aplica à sobredita garantia.

“Pois, assim como seria puramente absurdo negar aos agentes económicos portugueses o recurso às cartas de crédito internacionais, cingindo-os a processos anacrónicos, inoperantes ou inelutavelmente suicidas de comércio internacional, assim também no presente caso se furtaria, mormente, às empresas nacionais exportadoras de bens e serviços um instrumento hoje em dia corrente e útil para elas actuarem em pé de igualdade, com as respectivas concorrentes — nos mercados estrangeiros, desde logo p.ex. habilitando-as a apresentarem-se, simplesmente, a determinados concursos de empreitadas ou fornecimentos...”<sup>(54)</sup>

---

<sup>(51)</sup> p. 692.

<sup>(52)</sup> p. 695.

<sup>(53)</sup> p. 696 e ss.

<sup>(54)</sup> p. 700.

F) É quase nenhuma a jurisprudência portuguesa sobre o assunto em apreço. Registe-se um Acórdão da Secção Cível da Relação de Lisboa, de 18 de Outubro de 1988 <sup>(55)</sup>.

Os autos diziam respeito a uma garantia bancária que o tribunal acabou por identificar com a garantia *on first demand*, “tipo do comércio internacional que, não constando ainda de letra de lei na nossa ordem jurídica, formará um negócio jurídico unilateral causal, inominado mas lícito, atento o preceituado nos arts. 405.º e 457.º CC” <sup>(56)</sup>.

G) De um modo ou de outro, a questão da admissibilidade legal da garantia bancária autónoma, surge, frequentemente, ligada ao problema dos negócios abstractos.

Apesar disso, o caminho dos negócios causais-abstractos não se nos afigura o melhor para tomar uma decisão acerca da admissibilidade da garantia bancária.

Primeiro, porque o tema do negócio abstracto é reconhecida-mente complexo <sup>(57)</sup>, facto a que não é estranha a necessidade de estudar o conceito de causa, domínio onde reinam a confusão, as disparidades abissais, as dificuldades, contradições e enganosa <sup>(58)</sup>.

Afirmar, sem dúvidas, que a garantia bancária autónoma é um negócio abstracto ou causal pressuporia uma abordagem absorvente, por si só capaz de suscitar uma dissertação. Y. Poulet

---

<sup>(55)</sup> In *Colectânea de Jurisprudência*, ano XIII, t. 4, 1988, pp. 129-130. Foi Relator Pinto Furtado.

Sobre garantia bancária autónoma, encontrámos ainda um sumário do Ac. do STJ de 7 de Novembro de 1990, proferido no proc. n.º 77497, publicado na Revista Actualidade Jurídica n.ºs 13-14, de Dezembro 90-Janeiro 91, p. 10. Mas nada mais.

No sumário do Ac. de 7 de Novembro de 1990 não se faz qualquer referência expressa à posição do STJ acerca da compatibilidade da garantia com o direito português.

<sup>(56)</sup> p. 130.

<sup>(57)</sup> Scalisi, “Negozio astratto”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, 1978, p. 53.

Sobre o tema do negócio abstracto, ver, nomeadamente, Vaz Serra, “Negócios abstractos”, in *BMJ*, n.º 83, 1959, e Castro Mendes, *Teoria geral do direito civil*, II, Lisboa, 1979.

<sup>(58)</sup> Cfr. António Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, I, cit., p. 507.

Sobre o conceito de causa, ver Tabora Ferreira, *Do conceito de causa dos actos jurídicos*, Lisboa, 1946.

apresentou, aliás, em 1982, em Lovaina, uma tese sobre “A abstracção da garantia bancária automática” (59).

Segundo, optar pela natureza causal ou abstracta da garantia bancária autónoma não significa resolver o problema da sua legalidade. A primeira questão assume “pura índole conceitual” (60). À doutrina da causa falta real interesse jurídico ou social (61).

Bastam dois exemplos. O Professor Ferrer Correia integra a garantia bancária automática entre os negócios jurídicos causais e duvida da validade daquela à face do nosso ordenamento. Para o Dr. Simões Patrício, a garantia bancária autónoma é um negócio abstracto lícito.

H) Importa, sim, atender às diferenças existentes entre a garantia bancária autónoma e as garantias pessoais reguladas na lei e perguntar se tais diferenças obstam à validade daquela.

A marca específica da garantia bancária à primeira solicitação é o grau de autonomia, sem par nas garantias pessoais típicas. O banco garante não tem o direito de opor ao beneficiário meios de defesa, substanciais ou formais, derivados das relações beneficiário-dador da ordem.

Não vigorará um princípio de acessoriedade para as garantias pessoais? Precisando: não decorrerá do art. 631.º do CC um princípio fundamental inderrogável para as garantias não cambiárias?

A fiança não pode ser contraída em condições mais onerosas que a dívida principal. Se o for, é redutível aos precisos termos da dívida afiançada. Implicitamente, será nula a cláusula do contrato de fiança em que o fiador se obrigue a não opor ao credor os meios de defesa que, competindo ao devedor, sejam compatíveis com a obrigação de fiança.

A nosso ver, o art. 631.º compreende-se no quadro da fiança.

“O fiador que cumpre a obrigação fica sub-rogado nos direitos do credor, na medida em que estes foram por ele satisfeitos” (art. 644.º do CC).

---

(59) José Simões Patrício, “Preliminares sobre a garantia ‘on first demand’” cit., p. 692.

(60) Almeida Costa e Pinto Monteiro, “Garantias Bancárias...”, cit., p. 21.

(61) Neste sentido, Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, I, cit., p. 507.

Salvo o disposto no art. 647.º do CC, o devedor pode opor ao fiador os meios de defesa que poderia opor ao credor.

Na falta do art. 631.º, teria lugar, por vezes, um enriquecimento injustificado do credor à custa do fiador. Suponha-se que o fiador se comprometeu a não invocar quaisquer vícios da relação principal. O fiador paga, quando a obrigação principal é nula. Não tendo o devedor consentido no cumprimento pelo fiador, o fiador nada pode reclamar do devedor.

O art. 631.º procura evitar que a sub-rogação do fiador nos direitos do credor redunde num empobrecimento do fiador.

Na garantia autónoma, o banco garante que paga à primeira solicitação tem o direito de exigir do dador da ordem a quantia liquidada, não sendo lícito ao dador opor ao garante meios de defesa respeitantes à relação-base. Não há sub-rogação do garante nos direitos do credor, não há o risco de um locupletamento injusto à custa do garante.

A acessoriedade das garantias pessoais não é de ordem pública.

I) Na garantia autónoma, o banco paga sem discutir. Em compensação, o devedor paga ao banco também sem discutir. Em seguida, o devedor, se quiser reaver uma parte ou o todo do que despendeu, entende-se com o credor.

Dir-se-á: o instituto é muito violento para o devedor, que paga primeiro (a um) e reclama depois (junto de outro).

Mas não será tão onerosa, ou até mais, a posição do devedor que presta caução por meio de depósito de dinheiro, garantia especial tida como perfeitamente legal (art. 623.º/1 do CC)?

Por último, a garantia bancária pura conhece, como veremos, hipóteses de recusa legítima de pagamento, suficientes para impedir que o beneficiário faça da sua posição um aproveitamento chocante.

## VII) RECUSA LEGÍTIMA DE PAGAMENTO

A) Logo no início, foi dito que o banco que assume a obrigação de garantia autónoma deve pagar assim que o beneficiário

invoque a ausência do cumprimento da obrigação principal e deve pagar sem atender às relações credor — devedor ou garante — dador da ordem. Será sempre assim? Em que situações será permitido ao banco deixar de realizar a prestação a que se vinculou? Vejamos o que se tem escrito.

**B)** Segundo Klemens Pleyer, ao banco assiste unicamente a faculdade de formular objecções relativas à validade da declaração de garantia (a declaração é, p.e., contrária à lei), ao próprio documento de garantia (expirou o prazo de garantia, não se verificou uma condição suspensiva) ou às relações garante-beneficiário (compensação) <sup>(62)</sup>.

O banco tem ainda o direito de recusar o pagamento caso esteja em condições de demonstrar a manifesta falta de fundamento da solicitação do beneficiário (o banco dispõe, p.e., de provas que indicam ter o beneficiário recebido já suficiente compensação) <sup>(63)</sup>.

Pleyer não inclui entre os casos de justificada recusa de pagamento:

- a solicitação posterior à execução do contrato-base, desde que a carta de garantia incluía uma cláusula subordinando a duração à restituição do documento e a restituição ainda não tenha ocorrido <sup>(64)</sup>;
- a solicitação por outrem que não o beneficiário originário, na medida em que os direitos do titular da garantia podem ser transmitidos ao mesmo tempo que o direito assegurado, se a tal não se opuser qualquer convenção <sup>(65)</sup>.

### C) Portale

É legítima a recusa pelo banco de cumprir a obrigação de garantia se ele dispuser de “prova líquida” de que a solicitação do credor é dolosa, traduzindo uma tentativa de “burlar” o devedor principal <sup>(66)</sup>.

<sup>(62)</sup> “République Fédérale d’Allemagne”. cit., p. 189.

<sup>(63)</sup> Idem, pp. 191-192.

<sup>(64)</sup> p. 191.

<sup>(65)</sup> p. 194.

<sup>(66)</sup> In “Fideiussione e *garantievertrag* nella prassi bancaria” cit., p. 32 e s.

Há limites à obrigação de pagamento a cargo do garante: a ilicitude da causa do contrato principal e a declaração judicial de caducidade do contrato-base. No entanto, a nulidade dos negócios-base internacionais com fundamento na violação de leis “económicas” ou “de política económica” do país de devedor, ainda que estabelecida por sentença transitada em julgado, não paralisa a pretensão do beneficiário (67).

O garante só está vinculado a efectuar a prestação, a favor de outro sujeito que não o beneficiário originário, se esse outro sujeito tiver adquirido o crédito principal e for aceite pelo banco como novo titular da garantia (mediante proposta do cedente, o beneficiário originário) (68).

A modificação do negócio-base não influi sobre a obrigação do garante (69).

A excepção de compensação é oponível pelo garante ao beneficiário (70).

#### D) Michel Vasseur

A cessão do contrato-base, seja do lado do beneficiário ou do lado do dador da ordem, desobriga o garante. A garantia vale somente para o negócio-base nela mencionado, não podendo ser afectado o negócio com diferente conteúdo ou com outros sujeitos (71).

A solicitação deve ter lugar antes da data limite fixada no contrato de garantia. Contudo, por vezes, o beneficiário consegue prolongar a duração da garantia, ameaçando reclamar o pagamento. Talvez seja manifestamente abusiva a solicitação destinada a fazer o banco aceitar a prorrogação do prazo de garantia (72).

---

(67) In “Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia”, BBTC, 1985, I, pp. 181-182.

(68) Idem, p. 184 e s.

(69) “Le garanzie bancarie internazionali (questioni)” cit., pp. 13-15.

(70) Idem, pp. 15-16.

(71) “Garantie Indépendante”, 1984, n.º 50, in *Encyclopédie Dalloz*, Répertoire de droit commercial, III.

(72) In “Garantie indépendante” cit., n.º 76 e s.

As modificações do contrato-base não são oponíveis ao garante. O consentimento do banco é imprescindível <sup>(73)</sup>.

Não legitima a recusa de pagamento a possibilidade de resolução do contrato-base, a não execução do contrato por motivo de força maior, nem a impossibilidade originária da prestação principal desconhecida dos sujeitos na altura da celebração do contrato-base <sup>(74)</sup>.

O banco deve pagar mesmo estando o dador da ordem impedido de fazer valer os seus direitos contra o beneficiário, nomeadamente por razões políticas <sup>(75)</sup>.

O banco tem pagar independentemente de ser certo ou provável que o dador da ordem não venha a cumprir a obrigação de reembolso (designadamente, devido a falência) <sup>(76)</sup>.

O banco não pode recusar o pagamento invocando excepções atinentes a relação que não seja a da garantia. São ignoradas relações distintas entre o garante e o beneficiário. Nunca se opera, portanto, a compensação <sup>(77)</sup>.

As disposições da carta de garantia devem ser respeitadas <sup>(78)</sup>.

O garante não deve pagar quando a solicitação do beneficiário constitua fraude ou abuso manifestos — fraude, abuso “*qui crève les yeux*”. Exemplos:

- O beneficiário-importador reclama o pagamento, afirmando não ter recebido as mercadorias; o banco tem em mãos certificado de desalfandegamento no país de destino ou há já decisão judicial definitiva dando como provido o cumprimento do exportador <sup>(79)</sup>.
- Há solicitação do beneficiário-empregado tendo o banco antes recebido cópia de um atestado, elaborado por engenheiro, consultor do beneficiário, certificando a integral execução do contrato pelo dador da ordem <sup>(80)</sup>.

<sup>(73)</sup> Idem, n.º 84.

<sup>(74)</sup> n.º 98.

<sup>(75)</sup> n.º 99.

<sup>(76)</sup> n.º 100.

<sup>(77)</sup> n.º 101.

<sup>(78)</sup> n.º 112.

<sup>(79)</sup> n.ºs 119 -120.

<sup>(80)</sup> n.º 121.

- Solicitação posterior a declaração judicial definitiva da nulidade do contrato-base. Mas o garante continua obrigado se a nulidade decorrer de violação da legislação económica do país do exportador <sup>(81)</sup>.
- Solicitação subsequente a sentença que anule o negócio-base ou reconheça a resolução deste, se a invalidade for exclusivamente imputável ao beneficiário ou se o beneficiário tiver procedido à resolução do negócio sem justo motivo <sup>(82)</sup>.
- Solicitação quando o contrato garantido viola gravemente a ordem pública ou os bons costumes. V.g., o devedor principal compromete-se a cultivar papoila e transformá-la em ópio <sup>(83)</sup>.
- Em geral, sempre que a prova da fraude ou do abuso seja plenamente possível na altura da solicitação, sem necessidade de mais diligências <sup>(84)</sup>.

E) Na opinião do Prof. Galvão Telles, o banco pode recusar o pagamento no caso do beneficiário, ao reclamar o pagamento, agir em desconformidade com os termos do título de garantia ou proceder com manifesta má fé.

Segundo o ilustre Professor, manifesta má fé é a má fé patente, aquela que não oferece “a menor dúvida, por decorrer com absoluta segurança de *prova documental* em poder do banco. Por exemplo, trata-se de uma garantia de entrega de mercadoria, o importador reclama a efectivação da garantia alegando não ter recebido a mercadoria, mas o banqueiro tem diante de si o respectivo certificado de desalfandamento no país de destino” <sup>(85)</sup>.

De acordo com os Profs. Almeida Costa e Pinto Monteiro, o banco pode recusar-se a pagar a garantia “em

---

<sup>(81)</sup> n.ºs 123-124.

<sup>(82)</sup> n.º 125.

<sup>(83)</sup> n.ºs. 116 e 126.

<sup>(84)</sup> n.º 120.

<sup>(85)</sup> “Garantia bancária autónoma” cit., pp. 289-290.

caso de *fraude manifesta, de abuso evidente* por parte do beneficiário” (86). Isto é, quando o abuso ou a fraude do beneficiário forem, desde logo, inequívocos” (87).

“Finalmente, se o contrato garantido (o contrato-base) ofender a ordem pública ou os bons costumes, a ilicitude da causa acarreta a nulidade da garantia (88)

Para o Prof. Ferrer Correia, “valerão sempre ao garante os princípios gerais da *boa fé* e do *abuso do direito*”. No entanto, “o apelo ao segundo daqueles princípios só permitirá ao banco recusar o pagamento ‘on first demand’ nos dois casos seguintes:

“1.º — o banco está em condições de provar cabalmente que o beneficiário exige o pagamento apesar de saber, positivamente, que o facto em questão (o incumprimento contratual) se não verificou (a hipótese mais frizante é a do beneficiário ter sido já satisfeito pelo principal obrigado, ainda que através de uma dação em cumprimento; 2.º — é difícil ao banco provar de modo cabal o referido conhecimento por parte do beneficiário (isto é, o conhecimento de que o pagamento não é devido): no entanto, a não verificação do evento é um facto evidente por si, ou notório” (89).

O Dr. Simões Patrício indica três limites à ideia de completa autonomia da garantia “on first demand”, relativamente ao contrato garantido. São eles:

- a inexistência do contrato-base;
- a ilicitude do negócio de base por violação de ordem pública (interna e internacional) ;
- o recurso abusivo, ou de má fé, à garantia por parte do beneficiário (90).

---

(86) “Garantias bancárias...” cit., p. 20.

(87) *Idem*, p. 21.

(88) *Idem*, p. 22.

(89) “Notas para o estudo do contrato de garantia bancária” cit., p. 257.

(90) “Preliminares sobre a garantia ‘on first demand’”, cit., p. 707 e s.

**F) Posição adoptada**

A problemática da recusa legítima de pagamento passa pela consideração de três níveis de relações: relações dador da ordem — garante; relações garante — beneficiário; relações beneficiário — dador da ordem.

Quanto às relações dador da ordem-garante, o princípio é o da respectiva inoponibilidade face ao beneficiário, princípio que cobre, designadamente, a hipótese de agravamento do risco de não cumprimento da obrigação de reembolso, assumida pelo dador através do contrato de mandato celebrado com o banco.

Quanto às relações garante-beneficiário, o princípio vigente é exactamente o inverso: são oponíveis ao beneficiário.

— Assim ao banco é lícito recusar o pagamento em caso de invalidade do contrato de garantia ou se o beneficiário, ao reclamar a garantia, não observa os termos do contrato, pedindo, nomeadamente, uma quantia superior à estipulada.

Contudo, não se devem “sacralizar” as fórmulas, inviabilizando o pagamento apenas porque o beneficiário, ao solicitar, não usou esta ou aquela palavra. Deste modo, uma referência, implícita no texto de solicitação, à falta de cumprimento, pelo devedor principal, das suas obrigações, tem o valor de uma referência expressa. Neste sentido, os Profs. Almeida Costa — Pinto Monteiro <sup>(91)</sup>.

— Se à carta de garantia é aposto um termo final certo, a verificação do termo desobriga o banco <sup>(92)</sup>. Ao beneficiário não cabe um poder de prorrogação unilateral da duração da garantia. E é indiferente haver ou não restituição do documento de garantia.

*Quid juris* se nada se convencionou acerca da duração da garantia?

O art. 777.º, n.º 1, do CC, parece conferir ao beneficiário o direito de exigir o cumprimento da garantia a todo o tempo. Ao

---

<sup>(91)</sup> “Garantias bancárias...” cit., p. 29 (n.º 20).

<sup>(92)</sup> Assim como a verificação de condição resolutiva. Por outro lado, se há condição suspensiva, o banco não tem de pagar antes da sua verificação.

entregar ao banco a carta de garantia, o beneficiário renunciaria aos seus direitos sobre o garante.

Noutra óptica, o silêncio sobre o prazo faria do contrato de garantia um contrato de duração indeterminada. Consequentemente, ao banco caberia um direito de denúncia, implícito na generalidade dos contratos de duração indeterminada, em virtude de ao Direito desagradar a perpetuidade das obrigações <sup>(93)</sup>. A denúncia, pelo banco, do contrato de garantia marcaria o momento a partir do qual a solicitação do beneficiário poderia ser desatendida.

Por nosso lado, ao banco aproveitam, para efeitos de desvinculação, duas situações <sup>(94)</sup>: o cumprimento da obrigação principal, invocável logo que o banco possua “prova líquida” ou equivalente <sup>(95)</sup>; a prescrição da garantia.

O garante não tem um direito de denúncia, tal como não o tem o fiador no caso de obrigação principal sem termo <sup>(96)</sup>.

— A doutrina alemã dominante entende o crédito do beneficiário passível de cessão <sup>(97)</sup>. À banca seria de todo indiferente a pessoa do beneficiário. Na maior parte das vezes, o contrato de garantia é celebrado entre partes que antes não tiveram quaisquer

<sup>(93)</sup> Solução que Mazzoni menciona, mas não perfilha. In “Les garanties bancaires en droit italien” cit., pp. 295-296.

<sup>(94)</sup> Mesmo contra cláusula que ligue a duração da garantia à restituição de documento.

<sup>(95)</sup> Nesta situação a desvinculação opera a despeito da duração convencional ou imposta pelo beneficiário, ao abrigo de uma cláusula contratual que atribua àquele o poder de prorrogação unilateral.

<sup>(96)</sup> Não tendo a obrigação principal um termo, é permitido ao fiador, se houverem decorrido cinco anos, exigir a sua liberação ou a prestação de caução para garantia do seu direito eventual contra o devedor (art. 648.º, alínea e), do CC). A posição do fiador é acutelada no plano das relações com o devedor principal. Solução análoga valerá para a garantia autónoma. Nada se estabelecendo sobre a duração do contrato de garantia, o banco tem o direito de exigir ao dador da ordem prestação (substituição ou reforço) de caução destinada a assegurar a obrigação de reembolso ou que, p.e., diligencie no sentido do beneficiário acordar na extinção da garantia (acordo que, previsivelmente, o beneficiário fará depender da oferta, pelo dador da ordem, de adequadas contrapartidas. V. g., depósito de valores no montante da garantia).

<sup>(97)</sup> Portale, “Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia” cit., p. 185.

relações e que só se conheceram por intermédio do dador da ordem.

Entre nós, a cessão de créditos vem regulada no art. 577.º e s. do CC. Segundo o n.º 1 do art. 577.º, a cessão é admissível contando “não seja interdita por determinação da lei ou convenção das partes e o crédito não esteja, pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor”.

A nosso ver, impõe-se a coincidência no mesmo sujeito da posição de beneficiário e de credor principal. A garantia autónoma destina-se a assegurar o cumprimento de uma obrigação. O garante cumpre a sua obrigação de garantia quando o beneficiário solicita o pagamento, afirmando o não cumprimento do contrato-base. O automatismo da garantia assenta, bem vistas as coisas, na presunção de que o beneficiário, ao solicitar o pagamento, fala verdade. *Fala do que sabe*. A intransmissibilidade da garantia deriva da natureza da prestação.

— Para terminar a abordagem dos meios de defesa do banco, baseados nas relações garante-beneficiário, diremos não vislumbrar razões que impeçam o banco de recusar, total ou parcialmente, o pagamento da garantia, mediante declaração de compensação. Basta que seja titular de um crédito sobre o beneficiário, compensável nos termos do art. 847.º e s. do CC, e não tenha renunciado à compensação.

G) Em princípio, o garante não pode opor ao beneficiário os meios de defesa que competem ao devedor principal.

No entanto, fundamenta a recusa legítima de pagamento a ausência manifesta de direito do beneficiário. De facto, impor ao banco o cumprimento da garantia a solicitação de beneficiário que, claramente, nada tem a haver do devedor principal, por via do contrato-base, significa criar uma situação certa de enriquecimento sem causa, forçando o banco a reclamar do dador da ordem o montante da garantia e, por sua vez, o dador da ordem a demandar o beneficiário para eliminar o locupletamento injusto. Não faz sentido receber o beneficiário aquilo que, à partida, se sabe não lhe caber. Deste modo, a invalidade ou o cumprimento da obrigação principal, p.e., constituem hipóteses que na altura da solicitação, suportadas por facto evidente, sentença ou prova

documental segura em poder do garante, tornam lícito o não pagamento da garantia <sup>(98)</sup>.

É também inatendível a solicitação manifestamente formulada apenas para conseguir a prorrogação do prazo da garantia. Não é essa a função da solicitação.

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

Sobre a cessão da posição contratual: “As garantias prestadas por terceiro (...) não se mantêm, a não ser que o autor as queira renovar” <sup>(99)</sup>.

O n.º 1 do art. 582.º do CC estabelece: “Na falta de convenção em contrário, a cessão do crédito importa a transmissão, para o cessionário, das garantias e outros acessórios do direito transmitido, que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente”. A mera palavra do beneficiário da garantia autónoma despoleta o pagamento, pelo que a pessoa do beneficiário, em concreto, está longe de ser indiferente.

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

## VIII) QUADRO SUBSEQUENTE À SOLICITAÇÃO

A) Pedido o pagamento da garantia, pelo beneficiário, ao banco resta tomar uma de duas atitudes: pagar ou não pagar.

---

<sup>(98)</sup> Vários têm sido os motivos aduzidos para justificar excepções à ideia da independência da obrigação de garantia face à obrigação garantida: a boa fé, os usos honestos do comércio, o abuso do direito, a “exceptio doli”, a regra “fraus omnia corrumpit”, a teoria dos deveres de protecção a favor de terceiros, etc.. Benatti, in “Garanzia (Contrato autonomo di)” cit., pp. 922-923.

<sup>(99)</sup> Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, II, 4.ª edição, Coimbra, 1990, p. 393.

Suponhamos que o banco paga. Então há que apurar se existia ou não razão para recusa legítima de pagamento.

Começemos por estudar a hipótese de pagamento quando não há razão para recusa legítima de pagamento. O banco, que cumpre a obrigação de garantia, tem o direito a obter, do dador da ordem, o reembolso da quantia paga. E o dador deverá reembolsar o garante, sem poder invocar meios de defesa respeitantes às relações dador-beneficiário. Assim, a obrigação de reembolso subsiste ainda que, p.e., o dador prove que, no momento da solicitação, o beneficiário não tinha qualquer direito, em virtude de já estar cumprida a obrigação principal <sup>(100)</sup>.

Mesmo que na verdade a solicitação do beneficiário não encontre apoio no contrato-base, é sobre o dador da ordem, e não sobre o beneficiário, que recai o encargo de restituir a soma liquidada pelo banco. A garantia pura não é uma *fiança com cláusula "solve et repete"* <sup>(101)</sup>.

Como explicar esta obrigação do dador perante o banco?

Através da sub-subrogação? Não. Como diz Schinnerer, a garantia é independente e o garante paga o que deve e não o que é devido pelo dador da ordem <sup>(102)</sup>.

A obrigação de reembolso decorre do art. 1182.º do CC, nos termos do qual o mandante deve reembolsar o mandatário do que este houver despendido no cumprimento das obrigações contraídas em execução do mandato .

Seja como for, invariavelmente, o texto dos contratos celebrados entre o garantido e o banco acautela o "direito de regresso" deste contra àquele <sup>(103)</sup>.

Que acontece quando o contrato de mandato é inválido? Ainda assim o garante poderá exigir algo ao dador, com base

---

<sup>(100)</sup> Isto, claro está, desde que a situação não se integre num caso de recusa legítima de pagamento.

<sup>(101)</sup> Portale, "Nuovi sviluppi..." cit., pp. 178-179.

<sup>(102)</sup> Vasseur, "Rapport de synthèse: le droit des garanties bancaires dans les contrats internationaux en France et dans les pays de l'Europe de l'Ouest", in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux* cit., p. 355.

<sup>(103)</sup> André Villerey, "Les garanties bancaires en droit français" cit., p. 275.

no instituto da gestão de negócios ou do enriquecimento sem causa <sup>(104)</sup>.

*Quid juris* se, devido a falência, é impossível conseguir do garantido o integral cumprimento da obrigação de reembolso?

Alguns autores (Zahn — Eberding — Ehrlich) conferem ao banco a faculdade de mover uma acção de enriquecimento sem causa contra o beneficiário que, afinal, nada tinha a haver no âmbito da relação principal <sup>(105)</sup>.

Contudo, deste modo o banco exerceria um direito do dador da ordem. Não se percebe a que título. As situações jurídicas, activas e passivas, do dador integram a massa falida. O banco, como qualquer credor, paga-se através do produto de venda do activo da massa <sup>(106)</sup>.

É frequente os bancos procurarem defender a integridade do seu direito de reembolso, incluindo, p.e., no contrato de mandato, uma cláusula, segundo a qual o dador cede, ao garante, os seus eventuais direitos contra o beneficiário.

**B)** Prossequindo a abordagem da hipótese de pagamento quando não há motivo para recusa legítima, o dador da ordem pode reaver toda ou parte da quantia liquidada, em cumprimento da obrigação de reembolso, respectivamente no caso de solicitação irregular ou no caso do valor dos danos sofridos pelo beneficiário, com o incumprimento do contrato-base, se revelar inferior ao valor da garantia. Para o efeito, o dador deverá propor, geral-

---

<sup>(104)</sup> Mazzoni, "Les garanties bancaires en droit italien" cit., p. 305, e Portale, "Fidejussione e *garantievertrag* ..." cit., p. 32.

<sup>(105)</sup> Portale, *Le garanzie bancarie internazionali (questioni)*" cit., pp. 17-18.

<sup>(106)</sup> Em idêntico sentido, Pleyer, in "République Fédérale d'Allemagne" cit., p. 191, e Portale, "Le garanzie..." cit., p. 18.

Por ocasião da exposição oral, o problema da falência do garantido sugeriu um outro: Quais os efeitos da declaração de falência do banco garante? A garantia será afectada, por força do art. 1200.º, n.º 1, alínea *b*) do CPC?

O art. 1200.º, n.º 1, alínea *b*), coloca a "fiança de dívidas" entre os actos resolúveis em benefício da massa falida.

Segundo Pedro de Sousa Macedo, o preceito não se aplica ao aval, mesmo para quem o qualifique de "fórmula particular de fiança", nem à fiança, em que o fiador tenha recebido uma comissão. In *Manual de direito das falências*, vol. II, Coimbra, 1968, pp. 232-233.

Logicamente, a garantia bancária autónoma não é automaticamente resolúvel.

mente, uma acção de enriquecimento sem causa contra o beneficiário <sup>(107)</sup>.

Por seu turno, sendo o valor dos danos, produzidos pela inexecução contratual do dador/devedor, superior ao valor da garantia, o beneficiário pode exigir, em acção de incumprimento, indemnização correspondente à parte dos danos não coberta pelo pagamento da garantia.

### C) Pagamento quando é lícita a recusa

O dador da ordem não tem que reembolsar o banco. O art. 1182.º do CC impõe ao mandante o dever de reembolsar o mandatário apenas do que este houver despendido no *cumprimento* das obrigações contraídas em execução do mandato. Cumprimento da obrigação é a realização da prestação *devida* (cfr. art. 762.º, n.º 1, do CC). Ora, o banco não está adstrito à realização da prestação, prevista no contrato de garantia, caso haja fundamento para recusa legítima de pagamento.

Ao banco resta reagir contra o beneficiário, o que pode fazer com base, nomeadamente, no art. 289.º do CC, sendo o contrato de garantia inválido, e na repetição do indevido (art. 476.º do CC), sendo manifesta a falta de direito do beneficiário, à luz do contrato-base.

O facto do banco pagar para defender a sua reputação não altera as soluções apontadas (relativas quer à posição do banco face ao beneficiário, quer à posição do banco face ao dador).

### D) Sobre a recusa de pagamento

Quando há motivo legítimo, nenhuns problemas particulares se levantam.

Em caso de recusa ilícita, o banco incorre em responsabilidade civil contratual perante o beneficiário.

---

<sup>(107)</sup> A nível de ónus da prova, a doutrina tende a evidenciar quão difícil é a posição do devedor/dador na referida acção. Nela, à semelhança do que ocorre na sequência de caução prestada, pelo devedor, por meio de depósito de valores, junto do credor, o devedor tem de demonstrar que cumpriu ou que o incumprimento não lhe é imputável. Na acção de incumprimento, o autor, o credor, deve provar a inexecução, enquanto ao devedor cabe demonstrar que a inexecução não lhe é imputável. Vasseur, "Rapport de synthèse..." cit., p. 344.

## IX) PROVIDÊNCIAS CAUTELARES

A) Sobre o assunto que dá o título a esta parte são especialmente importantes as pp. 30 a 49 do artigo de Giuseppe B. Portale, “Le garanzie bancarie internazionali (questioni)”, várias vezes citado nas nossas notas.

É possível ao dador da ordem o recurso a medidas cautelares tendentes a “bloccare” o pagamento da garantia?

A praxe internacional sugere a limitação da pesquisa a duas medidas — “sequestro conservativo” (art. 671.º do CPC italiano) e “tutela inibitoria d’urgenza” (art. 700 do CPC italiano).

Cfr. p. 30.

Quanto à primeira medida cautelar, é pacífica a susceptibilidade do crédito de garantia ser alvo de sequestro, pelo dador da ordem, com vista à tutela de um direito não associado à relação principal.

Extremamente controversa é já “la sequestrabilità di quel credito a tutela del diritto al risarcimento del danno che l’ordinante teme di subire in virtù di una escussione manifestamente abusiva o risultante da ‘prova liquida’”.

Cfr. p.31.

Na hipótese de solicitação manifestamente abusiva da garantia, o beneficiário não é, em rigor, titular de qualquer direito sobre o garante. Consequentemente, o sequestro é inviável, por falta de objecto.

Cfr. p. 32.

Quanto à tutela “cautelare d’urgenza”, o autor chega à conclusão contrária. Mas começa por afastar a posição negativista, contrária à concessão da “tutela d’urgenza” ao dador da ordem para “bloccare” a solicitação e/ou o pagamento da garantia.

Entre os argumentos que, segundo Portale, estão ligados à posição negativista, destacamos dois. Primeiro, existiria um “pactum de non petendo”, implícito ou tácito, pelo qual o devedor na relação-base teria renunciado a qualquer meio cautelar de defesa. Segundo, a “tutela inibitoria d’urgenza” poria em causa o princípio da autonomia da garantia, na medida em por tal via se tornariam oponíveis as excepções da relação principal.

Cfr. p. 34.

O *pactum de non petendo* é uma evidente ficção e ainda que tivesse lugar sempre cederia perante a fraude ou o abuso manifesto. Por outro lado, a “tutela inibitoria d’urgenza” não atinge o princípio da autonomia. A “tutela d’urgenza” é aplicada apenas em casos excepcionais, correspondentes àqueles que a excepção de fraude impõe.

Cfr. pp. 34-35.

Ou seja, quando há “prova líquida” de (ou perigo de) solicitação fraudulenta ou abusiva da garantia.

O autor que temos vindo a seguir informa que, a nível do direito aplicado, impera, actualmente, a ideia de decretar medidas cautelares apenas com base em “prova líquida”, invocando-se por vezes uma norma de direito jurisprudencial que, em nome da função da garantia autónoma e do crédito documentário irrevogável ou confirmado, instrumentos socialmente típicos do comércio internacional, abre uma excepção à regra da suficiência da prova sumária para os efeitos de concessão de providências cautelares.

Cfr. pp. 40-41.

Pelo caminho, Portale rejeita a orientação restritiva, segundo a qual a “tutela d’urgenza” deve ser decretada unicamente após a solicitação da garantia e antes do pagamento pela banca. É uma posição sem apoio na letra do art. 700.º do CPC italiano, em que se fala de direito “minacciato de um pregiudizio imminente e irreparabile”, constantemente desmentida pela jurisprudência e que a ser adoptada levaria à quase total impraticabilidade da tutela cautelar no contexto em causa, dado a prática demonstrar a utilidade de tal tipo de tutela sobretudo antes da solicitação.

Cfr. pp. 37 a 39.

Tendo ficado assente que nada impede o dador de “bloccare” o pagamento da garantia através da “tutela d’urgenza”, pergunta-se contra quem poderá ser obtida tal medida.

Contra o beneficiário, requerendo-se uma providência que o proíba de solicitar a garantia ou de receber o pagamento uma vez solicitada a garantia?

São muito raras as medidas pedidas para inibir o beneficiário não residente. Primeiro, porque são escassas as convenções internacionais que asseguram o reconhecimento e execução de provi-

dências cautelares. Segundo, a providência movida contra o beneficiário não vincula o garante e o beneficiário, dado o princípio da territorialidade da norma penal, não tem de temer a sanção pelo não acatamento da decisão judicial.

Cfr. pp. 41 a 43.

As medidas cautelares intentadas contra o banco são, de longe, as mais generalizadas. Podem ter por conteúdo, alternativa ou cumulativamente, a inibição de pagamento e/ou da efectivação do reembolso. Cfr. p. 49.

Contudo, não se ignora a posição que nega a licitude de uma “tutela cautelare d’urgenza” para inibir o banco de pagar a garantia. Razões desta tese:

- a) O dador da ordem não seria titular de um direito sobre o banco, o que impediria a aplicação do art. 700.º do CPC ;
- b) A obtenção da referida “tutela cautelare d’urgenza” representaria um prejuízo para o beneficiário, um terceiro;
- c) Faltaria o pressuposto perigo de dano grave e irreparável para a esfera jurídica do dador da ordem. O pagamento da garantia, de per si, não prejudicaria o dador. O dano adviria em momento subsequente, ao pretender o banco, que possuía “prova líquida” do carácter fraudulento da solicitação, fazer valer o seu alegado direito de reembolso. Somente se revelaria, então, adequada uma medida cautelar que proibisse ao banco a prática de actos destinados a tornar efectivo o reembolso.

Réplica:

- a) O princípio da boa fé impõe à banca um dever de protecção da esfera jurídica do dador da ordem, que é violado se o garante paga a solicitação abusiva.
- b.1) A “tutela d’urgenza” é concedida nas situações em que é oponível a *exceptio doli*. Isto é, quando o beneficiário não é titular de uma posição jurídica digna de tutela.
- b.2) Há muito que se conhecem e admitem medidas cautelares com incidência sobre terceiros (v.g., “l’inibitoria di vendita”, que acaba por atingir a posição do terceiro adquirente).

- b.3) O beneficiário pode assegurar a tutela da sua posição no próprio processo relativo à providência, designadamente através do “*intervento volontario*” (art. 105.º CPC italiano).
- b.4) O beneficiário pode requerer um “*provvedimento urgente*” destinado a modificar ou a revogar um outro.
- c.1) À praxe bancária repugna a ideia de pagar, com meios próprios, a título de garantia, uma quantia que não será restituída pelo dador.
- c.2) Por outro lado, a razão/variante c) deixa sem tutela o dador nos casos de efectivação automática do reembolso (p.e., por aquele ter antecipado à banca as somas necessárias ao pagamento ou por subsistir a hipótese de debitar uma conta corrente) e de pagamento desculpável da garantia a solicitação fraudulenta (p.e., o beneficiário apresenta documentos falsos, atestando o seu direito), caso em que se entende não dever o banco suportar o risco.

Cfr. pp. 44 a 49.

**B)** À luz do direito português, a nossa opinião é a seguinte:

1.º Nenhum dos procedimentos cautelares nominados, regulados no art. 388.º e s. do CPC (alimentos provisórios, restituição provisória de posse, suspensão de deliberações sociais) e no art. 402.º e s. do CPC (arresto, embargo da obra nova e arrolamento) se ajusta à defesa dos interesses do dador da ordem.

Nomeadamente, o arrolamento fundamenta-se no justo receio de extravio ou de dissipação de bens ou de documentos (art. 421.º do CPC), enquanto o arresto se funda no receio da perda da garantia patrimonial (art. 403.º do CPC). Ora, o que o dador teme é que o seu património venha a ser afectado, ainda que temporariamente, na sequência de uma solicitação inatendível da garantia.

2.º Perguntar se o dador pode pedir medidas cautelares equivale a perguntar se ele se pode socorrer de providências cautelares não especificadas, regulamentadas nos arts. 399.º, 400.º e 401.º do CPC.

Conforme se dispõe no art. 399.º do CPC, o interessado pode requerer todas as providências adequadas à situação, designadamente:

- a) A autorização para a prática de determinados actos;
- b) A intimação para que o réu se abstenha de certa conduta;
- c) A entrega dos bens móveis ou imóveis, que constituem o objecto da acção, a um terceiro, seu fiel depositário.

De certa forma, a medida da alínea c) corresponde ao sequestro.

Cândido de Oliveira Filho “define o *sequestro* como sendo a apreensão e o depósito da coisa, a fim de se conservarem ileso os direitos de todos que tenham interesse nela, até o feito ser findo, para ser entregue a quem pertencer”.

Para Pácido e Silva, “o *sequestro* baseia-se sobre o litígio da coisa”<sup>(108)</sup>;

As providências cautelares não especificadas, em especial se dentro delas se excluir o sequestro, providência expressamente regulada no CPC italiano, assemelham-se aos “*provvedimenti di urgenza*”.

3.º A concessão de uma providência cautelar a pedido do dador depende da observância quer das regras da garantia, quer das regras das providências.

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

Todavia, o n.º 1 do art. 401.º do CPC dispõe que a providência será decretada “desde que as provas produzidas revelem, uma probabilidade séria da existência do direito e mostrem ser fundado o receio da sua lesão”.

Significa isto a total incompatibilidade das providências com a garantia autónoma?

---

<sup>(108)</sup> L. P. Moitinho de Almeida, *Providências cautelares não especificadas*, reimpressão, Coimbra, 1981, p. 31.

Choca-nos uma resposta afirmativa. Estranho seria privar da tutela cautelar quem faz melhor prova, condenando-o à morosidade de uma acção normal.

4.º O dador pode pedir o sequestro de somas eventualmente antecipadas ao banco para garantia da obrigação de reembolso, mas não uma providência semelhante ao “sequestro conservativo” italiano. É contraditório solicitar a “apreensão” dum crédito de garantia e, ao mesmo tempo, negar que, de momento ele exista (que o beneficiário tenha razão para solicitar a garantia).

Pode igualmente pedir a intimação do beneficiário, para que se abstenha de receber o pagamento do banco <sup>(109)</sup> <sup>(110)</sup>, ou do banco, para que se abstenha de efectivar o reembolso (v.g., debitando em conta corrente ou apropriando-se das somas antecipadas pelo dador).

As três providências admitidas devem, por norma, ser requeridas após a solicitação. Só então se pode dizer se o banco está ou não obrigado a pagar e, conseqüentemente, se o dador está ou não obrigado a reembolsar o banco do que ele venha a pagar ao beneficiário.

No entanto, a providência pedida antes da solicitação será deferida caso, p. e., o dador prove, simultaneamente, que cumpriu a obrigação principal e que o beneficiário tenciona solicitar a garantia.

Não impede o deferimento das providências o facto do requerimento ter entrado em data posterior ao pagamento da garantia.

5.º Pode ordenar-se, como providência cautelar, a intimação para que o beneficiário se abstenha de solicitar, apenas a partir da altura em que qualquer solicitação se revele descabida (v.g., por ter havido cumprimento da obrigação principal) e desde que o beneficiário tencione solicitar.

6.º Ao dador da ordem interessa fundamentalmente defender o seu património das prováveis atitudes de um banco que

---

<sup>(109)</sup> O beneficiário tem o dever de não lesar, deliberadamente, direitos alheios.

<sup>(110)</sup> Porém, a nacionalidade do beneficiário condiciona a eficácia da providência.

pagou a garantia sem a tal estar obrigado. Isto é, o cerne da tutela cautelar do dador situa-se no plano do reembolso.

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

7.º Não é de ordenar procedimento que iniba o banco de pagar a garantia.

a) Está bastante difundido, na doutrina e jurisprudência europeias, o entendimento de que a boa fé cria na esfera do banco um dever de protecção do dador, dever que se concretiza na obrigação de o banco recusar o pagamento sempre que haja motivo legítimo para tal <sup>(111)</sup>.

Essa posição leva a ignorar a verdadeira origem dos danos provocados pelo banco ao dador da ordem — a efectivação do reembolso e não o pagamento — e a contestar a licitude de algumas situações, na prática registadas, em que o garante paga e abdica de qualquer pretensão ao reembolso, investindo exclusivamente no próprio *standing*.

Por isso, compreende-se que, p.e., Portale pugnando pela já descrita concretização de um dever de protecção a favor do dador, termine por precisar, na linha de Heinsius, que afinal ao garante não está vedado todo e qualquer pagamento, unicamente “il pagamento della garanzia a carico del mandante” <sup>(112)</sup>. No fundo, diz-se que o banco tem sempre o direito de pagar ao beneficiário, não tem é o direito de fazer repercutir o sacrifício económico do pagamento na esfera do dador.

b) Em jeito de “tréplica” ao ponto c.2 da “réplica” de Portale — o banco que efectua um “pagamento desculpável de uma garantia a solicitação fraudulenta “não está em condições de, legitimamente, recusar o pagamento.

---

<sup>(111)</sup> Portale, “Le garanzie...” cit., p. 23.

<sup>(112)</sup> Portale, “Le garanzie...” cit., p. 25.

## BIBLIOGRAFIA

- ADEGAS, Mário e GASPAR, José — *Operações bancárias*, Lisboa.
- ALMEIDA, J.C. Moitinho de — *O contrato de seguro no direito português e comparado*, Lisboa, 1971.
- ALMEIDA, L.P. Moitinho — *Providências cautelares não especificadas*, reimpressão, Coimbra, 1981.
- ANDRADE, Paula Gouveia — *O contrato "on first demand"* (trabalho apresentado, em Dezembro de 1988, como prova de concurso para assistente estagiário — secção de Ciências Jurídicas — da Faculdade de Direito de Lisboa).
- BELLIS, Marc e POULLET, Yves — "Emergence de la sureté personnelle non accessoire", in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux* cit., p. 153 e s.
- BENATTI, Francesco — "Garanzia (Contrato autonomo di)", in *Novissimo Digesto Italiano, Appendice*, vol. III, 1982, p. 918 e s.
- BRIGANTI, Ernesto — "Garanzie personali atipiche", in *Banca, Borsa e Titoli di Credito* (BBTC), 1988, I, p. 573 e s.
- CORDEIRO, António Menezes  
— *Banca, Bolsa e Crédito* (Estudos de direito comercial e de direito da economia), vol. I, Lisboa, 1990.  
— *Direito das Obrigações*, 2 vols., reimpressão da 1.º edição de 1980, Lisboa, 1986.
- CORREIA, A. Ferrer — "Notas para o estudo do contrato de garantia bancária", ano VIII, n.º 2, 1982, p. 247 e s.
- COSTA, Mário Júlio Almeida e MONTEIRO, António Pinto — "Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação" (parecer), in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XI, t. 5, 1986, p. 16 e s.
- DESMET, Paul — "Le contrat de garantie, examen de quelques problèmes techniques particuliers", in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux* cit., p. 121 e s.
- ELLINGER, E.P. — "Documentary Credits and Finance by Mercantile Houses", in *Benjamin's Sale of Goods*, 2.ª ed., Londres, 1981, p. 1145 e s.
- FERREIRA, Damião Vellozo — *Aceite bancário e garantia bancária autónoma*, Lisboa, 1990.
- FERREIRA, Ernesto de Oliveira e MARTINS, José A. Rebelo — *Garantias bancárias*, ed. BESCL, Lisboa, 1983.
- FERREIRA, Vasco Taborda — *Do conceito de causa dos actos jurídicos*, Lisboa, 1946.

- GASPAR, José — Vide ADEGAS.
- GIARDINA, Andrea e VILLANI, Ugo — *Garanzie bancarie, commercio internazionale e diritto internazionale privato*, Pádua, 1984.
- GRAHAM, W.C. e MATEJCEK, Q.C. Jan — "The law and practice relating to the use of letters of credit and performance bonds in securing contractual performance in Canada and the United States", in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux* cit., p. 49 e s.
- JESUS, Henrique de — *Créditos documentários*, ed. BESCL, Lisboa, 1980.
- KLEINER, Beat — "La garantie en droit suisse", in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux* cit., p. 197 e s.
- LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes — *Código Civil anotado*, vol. I, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1982, e vol. II, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1986.
- LOIACONO, Dario — "La tutela cautelare dell'ordinante nelle garanzie bancarie autonome: recenti tendenze", in BBTC, 1986, II, p. 431 e s.
- MACEDO, Pedro de Sousa — *Manual de direito das falências*, Coimbra, 1968.
- MARCO, Massimo de e SPARANO, Ernesto — *La fidejussione bancaria*, Milão, 1981.
- MARTINS, José A. Rebelo — Vide FERREIRA, Ernesto de Oliveira.
- MATEJCEK, Q.C. Jan — Vide GRAHAM, W.C.
- MAZZONI, Alberto — "Les garanties bancaires en droit italien", in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux* cit., p. 279 e s.
- MENDES, João de Castro  
— *Direito Processual civil*, I, Lisboa, 1986.  
— *Teoria geral do direito civil*, II, Lisboa, 1979.
- MOLLE, Giacomo  
— *I contratti bancari*, Milão, 1966.  
— *Manuale di diritto bancario*, Milão, 1977.
- MONTEIRO, António Pinto — Vide COSTA, Mário Júlio Almeida.
- PATRÍCIO, José Simões — "Preliminares sobre a garantia 'on first demand'" in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 43, III, 1983, p. 677 e s.
- PLEYER, Klemens — "République Fédérale d'Allemagne" (Relatório), in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux* cit., p. 185 e s.
- PORTALE, Giuseppe B.  
— "Fideiussione et garantievertrag nella prassi bancaria" in *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale* (profili comparatistici), Milão, 1978, p.3 e s.  
— "Le garanzie bancarie internazionali (questioni)", in BBTC, 1988, I, p. 1 e s.  
— "Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia", in BBTC, 1985, I, p. 169 e s.
- POULLET, Yves  
— Le contrat de garantie, examen de quelques problèmes juridiques particuliers", in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux* cit., p. 127 e s.  
— "Présentation et définition des garanties pratiquées en Europe", in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux* cit., p. 13 e s.  
— Vide BELLIS, Marc.
- SCALISI, Vincenzo — "Negozio astratto", in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, 1978, p. 52 e s.
- SPARANO, Ernesto — Vide MARCO, Massimo de.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz

— “Fiança e figuras análogas”, in *BMJ*, n.º 71, 1957, p. 19 e s.

— “Negócios abstractos”, in *BMJ*, n.º 83, 1953, p. 5 e s.

TELLES, Inocêncio Galvão — “Garantia bancária autónoma”, in *O Direito*, ano 120, III-IV, 1988 (Julho-Dezembro), p. 275 e s., p. 581 e s. (parecer).

VARELA, João de Matos Antunes

— *Das obrigações em geral*, vol I, 5.ª ed., Coimbra, 1986 e vol. II, 4.ª ed., Coimbra, 1990.

— Vide LIMA, Fernando Andrade Pires de.

VASSEUR, Michel

— “Garantie indépendante”, 1984, in *Encyclopédie Dalloz*, Répertoire de droit commercial, III.

— “Rapport de synthèse: le droit des garanties bancaires dans les contrats internationaux en France et dans les pays de l'Europe de l'Ouest”, in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux* cit., p. 319 e s.

VELU, Sylviane — “Les garanties à première demande en droit belge”, in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux* cit., p. 211 e s.

VILLANI, Ugo — Vide GIARDINA, Andrea

VILLEREY, André — “Les garanties bancaires en droit français”, in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux* cit., p. 259 e s.