

A GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA

— ALGUNS PROBLEMAS — (*)

Pelo Dr. Francisco Cortez

SUMÁRIO

- I — Introdução.
- II — Noção preliminar e caracterização geral da garantia bancária autónoma.
- III — Delimitação perante figuras afins.
- IV — O problema da admissibilidade do contrato autónomo da garantia, em especial com a cláusula "on first demand", na ordem jurídica portuguesa.
- V — O problema da natureza da obrigação do garante no contrato autónomo de garantia.
- VI — O novo problema da garantia bancária autónoma: a relativização da autonomia.
- VII — Conclusões.

I — INTRODUÇÃO.

1. Delimitação do objecto do estudo: enunciado das questões.

É nosso, talvez ambicioso, propósito escrever umas breves notas sobre uma figura, a garantia bancária autónoma ⁽¹⁾, de ori-

(*) Trabalho apresentado no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Comerciais, em 31 de Outubro de 1991, na Universidade Católica Portuguesa.

(1) É esta a expressão que julgamos preferível. Regra geral, estas garantias são prestadas por bancos, pelo que se costumam designar por "garantias bancárias", mas também podem e são por vezes prestadas por entidades diferentes como companhias de

gem relativamente recente e ainda em processo de definição, mas de estatuto e méritos unanimemente reconhecidos quer pela prática do comércio jurídico, quer pelas jurisprudência e doutrina de todos os sistemas jurídicos. Um reconhecimento que, no entanto, sem deixar de ser claro e pacífico, e também crítico, levantando questões e procurando respostas, apontando riscos e impondo limites.

Iniciaremos o nosso estudo por uma aproximação cautelosa, que se pretende tanto quanto possível rigorosa da noção de garantia bancária autónoma e do respectivo contrato, apurando a sua origem e razão de ser, a sua estrutura, as suas características fundamentais, as modalidades que pode assumir, e delimitando-a negativamente pelo confronto com figuras que lhe estão próximas como a fiança, o aval, o depósito e abertura de crédito documentário.

Lançados os alicerces do nosso estudo, partiremos então para o debate de três problemas, que julgamos serem os decisivos, da garantia bancária autónoma.

O primeiro respeita à sua admissibilidade na ordem jurídica portuguesa. Pergunta-se, em síntese, se o contrato autónomo de garantia é um negócio jurídico causal, e sendo-o, qual a sua causa, ou abstracto, e neste caso se não seria, apesar disso, admis-

seguros. A expressão "garantia bancária" parece, apesar de generalizada, ser reducionista em relação à realidade a que se refere. Por outro lado, é demasiado abrangente na medida em que os bancos podem prestar outro tipo de garantias, que nessa medida também são bancárias (i.e. fiança bancária). Em alternativa, são usadas, quase indiferentemente, as expressões "garantia autónoma" e "garantia automática". Em bom rigor, deverá ser preferida a primeira à segunda, na medida em que, como se verá, a "garantia automática" ou "on first demand" é apenas uma modalidade, apesar de claramente a mais importante, da "garantia autónoma". O facto de a "garantia automática", aquela em que se prevê a cláusula de pagamento "à primeira solicitação", ser hoje a preferida pelos agentes económicos não é razão suficiente para o seu nome passar a designar toda a família em que se insere. Não se trata apenas de um respeito pelo passado, nem mesmo de uma cautela para o futuro face aos riscos de retrocesso, mas sobretudo de uma fidelidade aos conceitos, na medida em que o que distingue a figura dos institutos tradicionais, como a fiança, não é a sua automaticidade, mas a sua autonomia. Em conclusão, o rigor determina que a realidade em estudo seja designada por "garantia autónoma". Como cedência à tradição já instituída e prevenindo a criação de novas garantias autónomas, deverá ser preferida, a expressão "garantia bancária autónoma".

sível na nossa ordem jurídica. Optando pela causalidade, levantam-se algumas interrogações sobre a via tradicionalmente seguida para a justificar.

O segundo refere-se à natureza jurídica da obrigação de garantia bancária autónoma. Pergunta-se também, em resumo, se se trata de uma obrigação de garantia e qual o resultado que se garante. Coloca-se depois a questão, mais teórica do que prática, de saber se garantia é uma garantia pessoal de cumprimento das obrigações ou uma obrigação de garantia não obrigacional de resultado.

Finalmente, destaca-se entre os novos problemas da garantia bancária autónoma, o da relativização da autonomia. Procura-se nesta sede identificar os recentes limites impostos à autonomia e à automaticidade da garantia bancária pelos princípios da boa fé e do abuso de direito e pela sua própria natureza causal, estudando-se as excepções de fraude ou abuso de direito e de ilicitude da causa, que são hoje admitidas como oponíveis pelo garante ao beneficiário.

2. Interesse científico e actualidade prática do tema.

Pouco mais do que um século passado sobre o estudo pioneiro de RUDOLF STAMMLER sobre o contrato de garantia, é inegável o interesse que tem despertado na ciência jurídica aquela que é considerada como a mais enérgica das garantias. E se na Alemanha o tratamento científico do tema, cujo início se confunde com o princípio deste século, se tem mantido constante, nos países latinos como a França e a Itália, foi nas últimas duas décadas que se assistiu a uma verdadeira explosão de interesse sobre a garantia bancária autónoma.

Em Portugal, apesar das referências feitas à figura, primeiro por VAZ SERRA ⁽²⁾ em 1957 e por MOTA PINTO ⁽³⁾ em 1970, o verdadeiro despertar da doutrina verificou-se no início dos

⁽²⁾ VAZ SERRA — “Fiança e figuras análogas”, in *BMJ* — 71, 296.

⁽³⁾ MOTA PINTO — “Cessão da posição contratual”, Atlântida Editora, Coimbra, 1970, p. XVII.

anos oitenta, sucedendo-se desde então as mais doudas contribuições dos autores portugueses, como FERRER CORREIA ⁽⁴⁾, GALVÃO TELLES ⁽⁵⁾, ALMEIDA COSTA ⁽⁶⁾, PINTO MONTEIRO ⁽⁷⁾ e SIMÕES PATRÍCIO ⁽⁸⁾, entre outros ⁽⁹⁾, sobre a garantia bancária autónoma e ainda referências, com a de PAULO SENDIM e EVARISTO MENDES ⁽¹⁰⁾, a esta figura para enquadramento de outras.

A este crescente e inegável interesse científico soma-se ainda a mais viva actualidade do tema, não só porque a garantia em estudo vem sendo eleita pelos agentes dos negócios, mesmo em Portugal, como a mais segura, expedita e eficaz das garantias, mas sobretudo porque, apesar da raridade da litigância judicial que provoca, os tribunais portugueses pronunciaram-se finalmente, depois de alguns ensaios, sobre a admissibilidade da garantia bancária autónoma “*on first demand*” na nossa ordem jurídica, através do importante Acórdão da Relação de Lisboa de 13 de Dezembro de 1990, que curiosamente foi antecedido de um outro, proferido um mês antes, da Relação do Porto de 13 de Novembro de 1990 ⁽¹¹⁾ que estabelece a distinção clara, na linha

(4) FERRER CORREIA — «Notas para o estudo da garantia bancária», in Revista do Direito e Economia, Ano VIII, n.º 2, Jul/Dez., 1982, p. 217 e ss. e também in “Temas de direito comercial e direito internacional privado”, Coimbra, 1989, pp.9 e ss.

(5) GALVÃO TELLES — “Direito Privado II. Garantia bancária autónoma. Sumários”, ed. policop., Lisboa, 1982/83, e “Garantia Bancária Autónoma”, in “O Direito”, ano 120.º, 1988, III-IV (Jul.-Dez.), pp.275 e ss.

(6) ALMEIDA COSTA em co-autoria com PINTO MONTEIRO — “Garantias bancárias. O contrato de garantia a primeira solicitação (parecer)”, in Colectânea de Jurisprudência, Ano XI, 1986, T. 5, pp. 15 e ss.

(7) Além da obra citada na nota anterior, Cfr. PINTO MONTEIRO, — “Cláusula Penal e Indemnização”. Coleção Teses, Livraria Almedina, Coimbra, 1990, pp. 271 e ss..

(8) SIMÕES PATRÍCIO — “Preliminares sobre a Garantia «on first demand»”, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 13, Vol. III, Dezembro de 1983.

(9) Como DAMIÃO VELLOZO FERREIRA — “Aceite Bancário — Garantia Bancária Autónoma”, Lisboa, Rei dos Livros, Lisboa, 1990, e JOSÉ REBELO MARTINS e ERNESTO OLIVEIRA FERREIRA, “Garantias bancárias”, citados pelo primeiro autor.

(10) PAULO SENDIM e EVARISTO MENDES — “A Natureza do Aval e a Questão da Necessidade ou não de Protesto para Accionar o Avalista do Aceitante”, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 13 e ss. e p. 42.

(11) Os dois acórdãos “revolucionários” foram publicados na Colectânea de Jurisprudência, Ano XV 1990, Tomo V, respectivamente pp. 135 e ss, e 187 e ss.

da mais moderna doutrina portuguesa, entre contrato de garantia e fiança. Foi, pois um mês decisivo para a garantia bancária autónoma em Portugal: os tribunais distinguiram-na da fiança e admitiram a mais controversa das suas modalidades, a automática ou “à primeira solicitação”. É só depois destas certezas essenciais que nascem, como bem demonstra a jurisprudência doutros países, as dúvidas de regime.

II — NOÇÃO PRELIMINAR E CARACTERIZAÇÃO GERAL DA GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA.

1. Origem e razão de ser.

É nos nossos dias uma prática corrente, num plano interno, em especial na área dos concursos de obras públicas e dos contratos de empreitada, mas sobretudo no comércio internacional, a prestação de *garantias bancárias autónomas*, sobretudo na sua modalidade de garantia “*on first demand*” ou “à primeira solicitação”.

Trata-se de um tipo de garantia que, na fórmula mais comum ⁽¹²⁾, é prestada por uma entidade, normalmente um banco, que se obriga a entregar, a pedido de um terceiro, uma soma pecuniária previamente acordada ao beneficiário da garantia, quando este provar o incumprimento de uma determinada obrigação pelo terceiro, neste caso devedor, ou, noutra modalidade, quando o beneficiário simplesmente o interpelar para tal.

As razões que fundamentam a criação deste novo tipo de garantias, que explicam a sua rápida difusão e aceitação prática e mesmo, em grande medida, a sua admissibilidade científica, resultam tanto de importantes factores externos — o desenvolvimento do comércio internacional, as desvantagens do procedi-

⁽¹²⁾ Ressalve-se, desde já, que nem sempre a garantia bancária autónoma se reduz a este simples esquema. Em algumas das suas modalidades, como a da garantia bancária autónoma indirecta, o esquema é bastante mais complexo por força da intervenção de uma a quarta entidade (o banco intermediário do país do beneficiário).

mento judiciário internacional e as ineficiências de outros tipos de garantia — como e sobretudo das próprias qualidades internas da garantia bancária autónoma: a sua sólida segurança, a sua enorme eficácia e a sua surpreendente celeridade ⁽¹³⁾, sem esquecer a sua, talvez aparente, simplicidade.

Com efeito, o desenvolvimento do comércio, sobretudo num plano internacional, entre agentes sem grande conhecimento recíproco e total confiança mútua ⁽¹⁴⁾, através da celebração de contratos que envolvem vultuosas somas de capital e de execução demorada (como contratos de empreitada, de *engineering*, de transferência de tecnologia, de cooperação industrial, etc...), exige garantias mais enérgicas, ou seja, mais seguras, céleres e eficazes que as garantias tradicionais: a fiança, que fraqueja devido à sua essencial acessoriedade, o aval que não responde devido à sua dependência natural em relação a certos títulos de crédito e limitada autonomia e o depósito de valores que se revela, pelo congelamento de riqueza que implica, um instrumento claramente anti-económico.

Tanto mais, que, perante um eventual incumprimento deste tipo de contratos internacionais, as partes, apesar de disporem das acções contratuais próprias para salvaguardar os seus direitos e interesses, têm sempre que se debater com a complexidade, a lentidão, os custos e a duvidosa operacionalidade do procedimento judiciário internacional.

A solução encontrada pela prática do comércio jurídico foi a de conseguir que um banco de sólida reputação assegurasse, a pedido de um dos contraentes e a favor do outro, a boa execução do contrato (sem esquecer outras modalidades, como o reembolso dos pagamentos antecipados), através da entrega ao beneficiário de uma quantia previamente fixada, perante a prova de incumprimento da outra parte ou ainda, de preferência, imediatamente,

⁽¹³⁾ A propósito da garantia autónoma “on first demand”, ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO afirmam que as razões que explicam o seu sucesso «fundam-se na sua eficácia, na segurança que estabelecem e na confiança que geram», op. cit. 19.

⁽¹⁴⁾ Que «torna difícil a cada uma delas (às partes) uma apreciação justa da capacidade técnica, da situação patrimonial e da honorabilidade da outra», nas palavras de FERRER CORREIA, op. cit. p. 9.

sem levantar qualquer objecção, logo que interpelado pelo beneficiário dessa garantia.

Criou-se assim um instrumento aparentemente simples que ultrapassa a acessoriedade essencial da fiança, as limitações do aval e a inviabilidade económica do depósito, assegurando de forma mais segura e eficaz os direitos do beneficiário, sem prejuízo para o credor e com vantagens evidentes para o garante. Com efeito, é notório o interesse dos estabelecimentos bancários em prestar este tipo de garantia (normalmente fornecem à parte estrangeira a garantia quanto ao bom cumprimento do contrato pela parte nacional), recebendo em contrapartida uma comissão, sem se envolverem na controvérsia própria da relação principal subjacente.

Importa sublinhar, no entanto e desde já, que apesar de regra geral o resultado assegurado pela garantia bancária autónoma corresponder ao cumprimento de uma obrigação, normalmente de natureza contratual, ou a obrigação de indemnização por incumprimento em que ela se transforma, é também admitido que esse resultado garantido seja outro: v.g. poderá garantir-se que certo bem tem uma determinada qualidade ou rendimento.

2. Breve nota histórica.

O autor germânico RUDOLF STAMMLER, que pode ser considerado o pai da garantia autónoma (*Garantievertrag*), distinguiu pela primeira vez ⁽¹⁵⁾ nos finais do século passado, num trabalho publicado em 1886, “*a propósito de alguns casos qualificados pela doutrina do direito comum no âmbito da <<indemnitätis promissio>>*” ⁽¹⁶⁾ os contratos de garantia acessórios de uma obrigação principal (como a fiança e o mandato de crédito) dos contratos de garantia independentes ou autónomos

⁽¹⁵⁾ Apesar de MASTROPAOLO referir que são antepassados do contrato de garantia bancária autónomo a o “*receptum argentarii*” e o “*constitutum debiti*” do Direito Romano (F. MASTROPAOLO, in “Pagamento a Prima Richiesta, Limiti alla inopponibilità delle eccezioni e problemi probatori”, in “Banca, Borsa e Titoli di Crédito”, Milano, 1990, Ano LIII, Fasc. V, p. 555).

⁽¹⁶⁾ Citado por SIMÕES PATRÍCIO — op. cit., p. 677.

que, fundados na liberdade contratual, tinham uma eficácia superior por força dessa sua autonomia.

A construção deste autor germânico, baseava-se assim numa categoria geral de “*contratos de garantia*”, na qual distinguia a categoria especial dos contratos independentes ou autónomos, entendidos como “*acordos tendentes a assegurar determinado resultado ou a assumir a responsabilidade pelo risco inerente a determinado empreendimento, sem ligação específica com certa obrigação cujo cumprimento se visasse assegurar*” (17), respondendo essa parte-garante “*pelos danos causados pela não verificação do resultado ou pela actuação do risco, sendo autónoma, pois, essa obrigação de garante*” (18).

É, aliás, interessante notar que nas primeiras referências feitas à figura pela doutrina portuguesa, por VAZ SERRA (19) e por MOTA PINTO (20), o instituto é concebido na mesma linha de STAMMLER e posterior doutrina germânica, nomeadamente ENNECCERIUS-LEHMANN (21).

Esta distinção operada por STAMMLER foi muito bem acolhida pela doutrina e pela jurisprudência germânicas — depois pelas austríacas e holandesas — que nela descobriram a forma de enquadrar juridicamente situações que escapavam aos esquemas clássicos, sobretudo da fiança. Era o caso de negócios jurídicos em que uma das partes “*garantia um certo resultado ou em que o garante renunciava previamente a invocar as excepções respeitantes ao devedor principal*” (22). O sucesso foi tal que a distinção feita foi incluída na relação de motivos do BGB.

Foi, contudo, o espectacular desenvolvimento do comércio internacional alemão depois da II Grande Guerra que permitiu a expansão da figura, acompanhada do declínio da fiança, e a sua adopção definitiva pelos bancos e companhias de seguros para

(17) GALVÃO TELLES — “Garantia Bancária Autónoma”, in O Direito, ano 120.º, 1988, III-IV (Jul.-Dez.), pp. 281 e s., nota 1.

(18) ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 18.

(19) VAZ SERRA — Op. cit., pp. 296 e ss.

(20) MOTA PINTO — op. cit., p. 469, nota 1.

(21) ENNECCERIUS-LEHMANN — “Derecho de Obligaciones”, 2.ª ed., 2.º vol., pp. 508 e 509.

(22) ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 18.

garantir uma prestação “*auf jedem Fall*” ou seja, “*independente da circunstância de a obrigação do devedor principal subsistir ou de se ter tornado impossível de cumprir*” (23).

Esta expansão da *Garantievertrag* provocou um verdadeiro “fenómeno jurisprudencial”, na expressão de POULLET (24), e despertou um enorme interesse da doutrina, que, atenta aos novos desenvolvimentos práticos, a fez evoluir, retirando-a do “*âmbito mais difuso de uma categoria geral de «contratos de garantia»*” (25) de STAMMLER, para a fórmula mais apurada da *Bankgarantie* em que é assegurado ao beneficiário que receberá a soma pecuniária fixada não só em caso de incumprimento do devedor, mas também quando “*a obrigação do devedor não chegou a existir ou se tornou impossível*” (26).

O último grande passo da garantia bancária autónoma foi finalmente dado com a inclusão da cláusula “*auf erstes Anfordern*” ou “*on (upon) first demand*”, que, dispensando o beneficiário de provar o incumprimento da obrigação da outra parte para obter do garante a prestação da garantia, criou uma nova modalidade de garantia bancária autónoma, mais célere e segura, porque verdadeiramente automática.

A garantia bancária autónoma, apesar de relativamente recente, é uma figura aceite pela maioria das mais importantes ordens jurídicas, em especial na Alemanha, onde a figura nasceu e deu os primeiros passos, nos Estados Unidos da América onde assume uma estrutura distinta, Grã-Bretanha e Áustria, e mesmo nos países latinos, como a França e a Itália. Foi mesmo objecto de tratamento legislativo em três países do Leste europeu,

(23) ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 18.

(24) YVES POLLET, “La Jurisprudence Recente en Matière de Garantie Bancaire dans les Contrats Internationaux”, in “Banca, Borsa e Titoli di Crédito”, Milano, 1982, Ano XLV, Fasc. III, p. 399.

(25) GALVÃO TELLES, op. cit., pp.281 e s., nota 1.

(26) “Bankgarantie” definido, segundo SCHINNERER/AVANCINI, citados por ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 18, como “o 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, isto não só em caso de incumprimento de terceiro, mas igualmente quando a obrigação do devedor principal não chegou a existir ou se tornou posteriormente impossível”.

onde a liberdade contratual tem (ou tinha?) menor poder criador: a Checoslováquia (Código de Comercio Internacional Checoslovaco, de 4 de Dezembro de 1963, art. 672.º); a antiga República Democrática Alemã (Lei sobre os Contratos Económicos Internacionais, de 5 de Fevereiro de 1976); e a antiga República da Jugoslávia, (arts. 1083.º a 1087.º da lei sobre obrigações e contratos de 1978).

Para além da sua aceitação generalizada, assistiu-se mesmo a um esforço de uniformização das cláusulas, com pouco sucesso, protagonizado pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), em colaboração com a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI), que, em 1978, aprovou as “*Regras Uniformes sobre garantias contratuais*” (brochura n.º 325) e, em 1982, as “*Fórmulas normalizadas para a emissão de garantias contratuais*” (Brochura n.º 406). Um esforço controverso por se referir apenas, no que respeita à garantia bancária autónoma, à sua modalidade simples, por força da assumida condenação pela CCI da modalidade automática desta garantia. Em 1979, também a Comissão Europeia elaborou um projecto nunca aprovado de Directiva, com o objectivo de harmonizar as principais garantias bancárias, onde se refere expressamente o contrato autónomo de garantia ⁽²⁷⁾.

3. Estrutura.

3.1. Considerações gerais.

Na feliz expressão de GALVÃO TELLES ⁽²⁸⁾, “*a garantia autónoma é uma figura triangular*”. A imagem é sugestiva por-

⁽²⁷⁾ Apesar de termos preferido a expressão “garantia bancária autónoma” a “garantia bancária” ou a “garantia autónoma”, quanto ao respectivo contrato julgamos preferível, (em especial, à expressão “contrato de garantia” usada por alguma jurisprudência), esta expressão, “contrato autónomo de garantia”, próxima da italiana e adoptada já pela doutrina portuguesa nomeadamente por PINTO MONTEIRO, — in *Cláusula Penal e Indemnização*, Colecção Teses, Livraria Almedina, Coimbra, 1990, p. 271.

⁽²⁸⁾ Op. cit., p. 289.

que, na verdade, a garantia bancária autónoma assenta, em regra, num triângulo cujas faces são três relações jurídicas, normalmente contratuais, distintas:

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

2 — Uma segunda, um contrato, classificado com dúvidas pela doutrina como sendo de mandato ⁽²⁹⁾, celebrado entre o devedor da relação principal (A) e um garante, normalmente um banco, (C), pelo qual este se obriga, mediante uma determinada retribuição, a prestar uma garantia ao credor — beneficiário (B), salvaguardando o seu direito de regresso imediato contra o devedor-dador da ordem (A);

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

Após ter satisfeito o pagamento ao beneficiário, o banco garante (C) tem direito a ser reembolsado pelo dador da ordem (A) da quantia entregue ao beneficiário da garantia (B), beneficiando normalmente por sua vez o banco (C) de garantias (hipoteca, fiança, depósito, etc. ...) prestadas pelo dador da ordem (A), destinadas a assegurar o seu direito ao reembolso.

Façamos então uma breve reflexão sobre cada uma destas três relações jurídicas. A primeira e a terceira, em que participa o

⁽²⁹⁾ Pelo que, por uma questão de método, preferíamos a expressão consagrada “dador da ordem” à de “mandante” para designar o sujeito que solicita ao banco a garantia.

beneficiário, classificadas como externas, e a segunda, entre o devedor-dador da ordem e o garante, como interna ⁽³⁰⁾.

3.2. *A relação entre o credor e o devedor.*

Quanto à primeira, o contrato-base, é de referir que, apesar da sua independência em relação ao contrato autónomo de garantia, o devedor obriga-se normalmente desde logo neste contrato a conseguir que um banco “*de sólida reputação internacional*”, que pode ser logo identificado, se vincule a prestar a garantia, numa determinada modalidade e por um valor fixado, a favor do credor.

Assim, é hoje prática corrente a inclusão nos contratos internacionais de maior importância da “*cláusula de garantia bancária*” ⁽³¹⁾ — pela qual uma das partes promete à outra (ou as duas se comprometem reciprocamente) que um determinado banco (ou simplesmente um banco de reputação internacional) se constituirá garante do bom, correcto e pontual cumprimento das suas obrigações.

Retenha-se também que apesar desta relação jurídica geralmente se tratar de um contrato — e até internacional — não é de excluir que a obrigação garantida possa ser de natureza não contratual.

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

A segunda relação jurídica, a estabelecida entre o devedor da relação principal e o banco garante, consiste num contrato, “*que vem sendo classificado de mandato*” ⁽³²⁾, pelo qual o banco garante se obriga perante o devedor da relação jurídica principal, também designado por “*dador da ordem*”, em contrapartida de

⁽³⁰⁾ GALVÃO TELLES, op. cit., p. 289.

⁽³¹⁾ FERRER CORREIA, op. cit., p. 9.

⁽³²⁾ ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 19.

certa retribuição, a celebrar com o correlativo credor um contrato autónomo de garantia.

Neste contrato são também, regra geral, definidas as retribuições a pagar ao garante, os deveres de prestar e pedir informação do garante ao devedor e vice-versa, o direito de regresso do banco-garante contra o dador da ordem e as garantias destinadas a assegurar a satisfação desse direito, como hipotecas, penhores, fianças, e até a possibilidade de o garante exercer o seu direito de regresso por levantamentos em depósitos que o dador da ordem tenha no próprio banco. ⁽³³⁾

Estes contratos são, em regra, celebrados entre o dador da ordem e o garante como verdadeiros contratos de adesão, uma vez que as *“respectivas cláusulas são de antemão e unilateralmente predispostas”* pelo banco garante que *“oferece ao público um modelo uniforme”*, geralmente designado *“pedido de garantia bancária”*, *“de sorte que as pessoas que com ele queiram contratar ficam confinadas a uma aceitação ou rejeição pura e simples e em bloco, sem qualquer alternativa de debate”* ⁽³⁴⁾. É, com efeito, usual que os bancos disponham de formulários, que os *“dadores da ordem”* se limitam a preencher, no estilo de carta pela qual solicitam *“que, em nosso nome e sob a nossa inteira e exclusiva responsabilidade, emitam uma Garantia Bancária no valor de Esc...”*, seguindo-se a identificação do beneficiário, o fim a que se destina a garantia, e as cláusulas contratuais gerais pelas quais se define o carácter automático da garantia e a renúncia antecipada do dador da ordem à contestação da validade dos

⁽³³⁾ Relativamente a esta última “garantia” refira-se que no contrato celebrado entre o Banco garante (BESCL) e o dador da ordem (Tecnifiltro — Sociedade Técnica de Filtração e Depuração de Águas, Ld.), no caso sobre que se pronunciou o já citado Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, estabelece-se que “ficam desde já autorizados (o banco) a debitar qualquer conta que tenhamos (o dador da ordem) nesse banco pela importância por vós paga ao beneficiário”. O tribunal considerou esta, como as outras cláusulas, conformes com os bons costumes e o sentimento jurídico geral.

Parece ser também esta a posição de jurisprudência estrangeira, nomeadamente a italiana, sobre o assunto, apesar de procurar defender, por via cautelar, a posição do dador da ordem contra este “regresso automático” do garante, nomeadamente em caso de execução abusiva da garantia.

⁽³⁴⁾ ALMEIDA COSTA — Direito das Obrigações, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 1991, p. 202.

pagamentos efectuados, no cumprimento da garantia pelo banco. Sendo assim, é aplicável a este tipo de contratos, com todas as legais consequências, o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, sobre cláusulas contratuais gerais.

Finalmente, impõem-se algumas observações sobre a natureza jurídica deste contrato celebrado entre o devedor da relação jurídica principal e o banco garante, na medida em que a doutrina portuguesa, nomeadamente FERRER CORREIA ⁽³⁵⁾, ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, parece aceitar pacífica, mas também passivamente, a qualificação como contrato de mandato. Maiores dúvidas poderá levantar a posição de GALVÃO TELLES ⁽³⁶⁾ ao afirmar que *“o banco que presta a garantia autónoma não faz qualquer pagamento como mandatário de outrem [ao contrário do que acontece na abertura de crédito documentário em que o banco paga “por conta do comprador embora em nome próprio (mandato sem representação)”], mas a título de garante de determinado contrato”*. Parece este autor inclinar-se para a qualificação do contrato na categoria geral do contrato de prestação de serviços, sem o precisar na modalidade de contrato de mandato, quando descreve este negócio jurídico como sendo *“o contrato pelo qual o banco se obriga perante o dador da ordem, mediante certa retribuição a prestar-lhe o serviço de fornecer a garantia pretendida”*.

Tendo como pressupostos, aceites pacificamente, que por força deste contrato o banco se obriga perante o dador da ordem, mediante uma retribuição, a celebrar com um terceiro um contrato autónomo de garantia, perfeitamente independente desse primeiro contrato como também da relação jurídica de base que visa garantir, parece mais rigoroso qualificar o contrato em análise como sendo, pelo menos no Direito português ⁽³⁷⁾, um contrato de mandato ⁽³⁸⁾. Isto porque é doutrina assente que é, como

⁽³⁵⁾ FERRER CORREIA, op. cit. p. 10.

⁽³⁶⁾ GALVÃO TELLES, op. cit. pp. 289 e ss.

⁽³⁷⁾ Parece poder ser diferente a solução no direito germânico, uma vez que o BGB (§ 662.º) considera a gratuidade como essencial ao mandato, característica que o distingue do contrato de prestação de serviços.

⁽³⁸⁾ Sendo de rejeitar liminarmente a sua qualificação em figuras próximas, mesmo que tentadoras, como o contrato a favor de terceiro pois neste “é atribuído um

escreve PESSOA JORGE, “a natureza jurídica do acto objecto do mandato que o distingue (...) dos contratos de prestação de serviços, de que hoje constitui uma espécie” (39), e precisando, em obra anterior, que “a prestação do mandatário, mesmo quando envolve a prática de actos materiais, tem por objecto fundamental um acto jurídico, uma declaração de vontade destinada a produzir efeitos de direito; pelo contrário, o contrato de prestação de serviços visa a realização de uma actividade de carácter material, em que os actos jurídicos, se os houver, não constituem o seu elemento principal” (40).

Dos pressupostos considerados resulta, sem margem para dúvidas, que a prestação a que o banco se obriga tem por objecto fundamental um verdadeiro acto jurídico, um contrato (41) (autónomo de garantia) e não uma simples actividade de carácter material, já que nem a simples fórmula “de que se obriga a garantir o contrato-base” se reconduz a um actividade material de que acto jurídico não constitui elemento principal. Pelo contrário, garantir a relação jurídica de base é, como veremos, a causa do próprio contrato.

Questão igualmente complexa será a de saber se se trata de um mandato com ou sem representação. Considerando porém que o garante, ao celebrar por conta do dador da ordem-mandante o contrato autónomo de garantia, se vincula a uma obrigação pró-

benefício a um terceiro, a ele (contrato) estranho, que adquire um direito próprio a essa vantagem”, na definição de DIOGO LEITE CAMPOS — “Contrato a Favor de Terceiro”, Livraria Almedina, Coimbra, 1980, p. 13. Se o direito de crédito do beneficiário contra o garante tivesse por fonte o contrato (nesta hipótese, contrato a favor de terceiro) celebrado entre o garante e o devedor, seria impossível explicar uma das faces indiscutíveis da autonomia da garantia bancária: a inoponibilidade pelo garante ao beneficiário das excepções relativas ao contrato celebrado entre o garante e o devedor. Isto já para não falar na consequência óbvia desta tese: como a garantia bancária nasceria directamente deste contrato a favor de terceiro, o famoso contrato autónomo de garantia deixaria de existir...

(39) PESSOA JORGE — “Direito das Obrigações”, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1972, p. 60, nota I.

(40) PESSOA JORGE — “O mandato Sem Representação” — Edições Áctica, Lisboa, 1961, p. 229.

(41) E não como nas outras modalidades de contrato de prestação de serviços, a guarda de uma coisa — no depósito — ou o resultado do trabalho — como na empreitada.

pria e independente cujo cumprimento só a ele pode ser exigido pelo beneficiário ⁽⁴²⁾, estamos em crer que o garante age em nome próprio e não em nome do mandante, assumindo assim as obrigações decorrentes do acto que celebra, cujos efeitos não se produzem deste modo, directamente na esfera jurídica do mandante, pelo que o contrato celebrado entre o garante e o dador da ordem não pode, face aos artigos 1178.º e 1180.º do Código Civil (CC), deixar de ser considerado como um contrato de mandato sem representação. Só assim se poderá entender a obrigação do garante como uma obrigação independente.

Esta conclusão não é prejudicada pela retribuição fixada a favor do garante, uma vez que o mandato pode ser, qualquer que seja a sua modalidade, oneroso, nem pelo direito de regresso do garante contra o dador da ordem por força do art. 1182.º *in fine*, nos termos do qual o mandante “*deve reembolsá-lo do que este houver dispendido nesse cumprimento* (das obrigações contraídas pelo mandatário em execução do mandato)”.

Para concluir, resta-nos sublinhar que a actuação do garante por conta do dador-da-ordem mas em nome próprio, como é próprio do mandato sem representação, se tem como causa, ou fim imediato, a realização de um acto jurídico por interposta pessoa, tem também como fim mediato não tanto o de “*esconder o verdadeiro interessado*”, mas o de proteger o beneficiário que prefere certamente, como escreve PESSOA JORGE ⁽⁴³⁾, “*ficar ligado a interposta pessoa, cuja honestidade e solvabilidade lhe inspiram maior confiança do que o interessado real*”.

3.4. *A relação entre o garante e o credor beneficiário.*

A terceira relação jurídica consiste no contrato autónomo de garantia. É sobre este negócio jurídico que vamos aprofundar

⁽⁴²⁾ MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES — “O Contrato de Mandato”, in *Direito das Obrigações* (sobre a coordenação de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO), 3.º Volume, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1991, p. 399.

⁽⁴³⁾ PESSOA JORGE, *op. cit.*, nota 44, 163.

estas nossas reflexões, pelo que nos limitaremos aqui a sublinhar a sua natureza contratual.

É doutrina assente, que nos parece incontestável, a qualificação da relação jurídica estabelecida entre o garante e o beneficiário, de que nasce uma obrigação de garantia autónoma para o primeiro e correlativo direito de crédito para o segundo, como sendo um negócio jurídico de natureza contratual com um carácter unilateral ou não sinalagmático.

Com efeito, FERRER CORREIA ⁽⁴⁴⁾, GALVÃO TELLES ⁽⁴⁵⁾, ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO ⁽⁴⁶⁾ concluem que estamos perante um verdadeiro contrato — um negócio jurídico bilateral — embora seja um contrato unilateral ou não sinalagmático, por criar apenas obrigações para o garante.

É evidente que na maioria dos casos, a aceitação do beneficiário da garantia assume a natureza de uma declaração tácita, uma vez que depois de assinar o contrato principal, em que a outra parte se compromete a prestar através de um banco uma garantia, o beneficiário desta recebe deste banco uma carta de garantia — que não pode deixar de ser vista como uma proposta contratual, aceite depois tácitamente pelo beneficiário. O facto de a garantia constar normalmente apenas de um documento assinado pelo banco e enviado ao beneficiário, não lhe retira o seu carácter contratual. A aceitação da proposta contratual é necessária mas não tem que ser escrita, uma vez que o contrato não está sujeito a forma especial (art. 219.º do CC), podendo ser tácita nomeadamente “*quando (...) a própria natureza ou circunstâncias do negócio, ou os usos tornem dispensável a declaração de aceitação*” (art. 234.º do CC). Parece ser este o caso, porque se a dispensa de declaração de aceitação não resultar desde logo dos usos, resulta de uma circunstancia do negócio: celebrado a favor do beneficiário que estipulou no contrato-base a obrigação do devedor de conseguir que um banco prestasse tal garantia bancária autónoma a seu favor.

⁽⁴⁴⁾ Op. cit., pp. 10 e s.

⁽⁴⁵⁾ Op. cit, p. 287.

⁽⁴⁶⁾ Op. cit., p. 19.

A questão não é meramente académica, já que se defendessemos a tese de que se trata de um negócio unilateral — posição isolada na doutrina — teríamos que rejeitar liminarmente a admissibilidade da figura no direito português face ao princípio da tipicidade dos negócios jurídicos unilaterais (art. 457.º do CC) e à ausência de norma no ordenamento jurídico nacional que regule a matéria.

O negócio jurídico em estudo é pois um contrato, apesar de ser um contrato atípico ou inominado, por não ser em Portugal, como noutros países, regulado directamente pela lei. É uma criação pura dos participantes do comércio internacional, — aceite pela generalidade da doutrina e jurisprudência — cuja admissibilidade, ainda controversa como se verá, se baseia para os que a defendem no princípio da autonomia privada, em especial na sua face da liberdade contratual (art. 405.º do C.C.).

4. Noção e características.

4.1. *Noção preliminar.*

Com a cautela própria de quem está consciente da controvérsia, ainda por resolver, sobre a natureza jurídica da obrigação a que se vincula o garante, importa fazer um esforço de formulação de uma noção, ainda que preliminar, de contrato autónomo de garantia. Uma noção que terá que ser necessariamente abrangente, dada a diversidade, por força da sua atipicidade, das concretizações que o contrato autónomo de garantia assume na prática.

Numa primeira aproximação, poderemos afirmar que o *contrato autónomo de garantia é um contrato pelo qual uma das partes, o garante, assegura à outra parte, o beneficiário, a produção de um certo resultado através da promessa que lhe entregará, sem levantar qualquer objecção, uma determinada soma pecuniária logo que o beneficiário prove a não produção desse resultado ou, noutra modalidade, o interpele para efectuar tal entrega.*

É notória nesta noção preliminar a dificuldade em conciliar os traços da figura mais abrangente do contrato de garantia (*Garantievertrag*) com as características da figura, para que em certa medida evoluíu, do contrato autónomo de garantia (*Bankgarantie*), sobretudo na sua modalidade mais pura com a cláusula “*on first demand*”.

Como também é evidente a dificuldade em tornear a questão de saber se pode ou não o contrato autónomo de garantia ter como função garantir algo diferente do cumprimento de uma obrigação, seja esta a obrigação de prestar numa relação jurídica de base ou a obrigação de indemnização (obrigação nova e distinta ou obrigação em que a primeira se transforma no caso de incumprimento).

Ora, se é certo que se tem repetidamente afirmado que o contrato autónomo de garantia pode assegurar um resultado diferente do cumprimento de uma obrigação, nomeadamente que um determinado bem tem uma certa qualidade ou rendimento, ou a cobertura do risco de certos empreendimentos, também é verdade que a sua função actual mais comum é a de assegurar a correcta satisfação do direito de crédito de que é titular o beneficiário na relação jurídica de base, estabelecida entre ele e o mandante, por conta do qual o garante celebra o contrato autónomo de garantia.

Por tudo isto, será certamente útil, talvez com menor rigor, mas com mais fidelidade à estrutura anteriormente exposta, definir *o contrato autónomo de garantia como o contrato celebrado entre uma entidade, geralmente um banco, por conta (mandato sem representação) de um devedor de uma relação jurídica de base, e o credor desta relação, pelo qual o primeiro, (o garante), se obriga, com o objectivo de assegurar a plena satisfação do direito de crédito do segundo (o beneficiário), a entregar-lhe, sem lhe poder opor qualquer excepção relativa a uma vicissitude controvertida dessa relação jurídica de base ou do contrato de mandato, uma determinada quantia pecuniária, logo que este (o beneficiário) prove o incumprimento da correlativa obrigação pelo devedor ou, noutra modalidade, a automática, o interpele simplesmente, nos termos e na forma acordados, para tal.*

4.2. Características.

4.2.1. A autonomia.

A característica essencial do contrato autónomo de garantia, que o individualizou em relação à fiança, é a sua autonomia. Com efeito, ao contrário da obrigação de fiança, a obrigação de garantia bancária autónoma “*não tem natureza acessória em relação à obrigação garantida (...) visto que o garante assume uma obrigação própria, independente (desligada) do contrato base*”⁽⁴⁷⁾.”

Por autonomia tem-se entendido, em termos práticos, a inoponibilidade pelo garante ao beneficiário “*das exceções fundadas na relação principal*”⁽⁴⁸⁾ “*de que se pode prevalecer o garantido*”⁽⁴⁹⁾. Noutras formulações da mesma ideia, afirma-se que a autonomia corresponde à impossibilidade de o garante usar “*os meios de defesa*”⁽⁵⁰⁾ próprios do devedor garantido, ou ainda, a não invocabilidade pelo garante de “*quaisquer objecções sobre a subsistência ou validade do crédito*”⁽⁵¹⁾ do beneficiário perante o devedor garantido.

Concretizando, afirma a doutrina que a autonomia impede o banco de se furtar a entregar ao beneficiário a quantia pecuniária fixada, alegando, “*v.g., nulidade do contrato resultante, por exemplo da violação de regras imperativas do ordenamento a que pertence o devedor; sobrevinda impossibilidade de cumprimento do contrato;*”⁽⁵²⁾ como também, não o pode fazer alegando “*que a obrigação é nula por vício de fundo ou de forma, ou que devedor invocou perante o credor compensação, que àquele assiste um direito de retenção contra o último*”⁽⁵³⁾ ou ainda que a “*obrigação do devedor principal não chegou a existir*”⁽⁵⁴⁾.

⁽⁴⁷⁾ ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 20.

⁽⁴⁸⁾ ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 21.

⁽⁴⁹⁾ GALVÃO TELLES, op. cit., p. 285.

⁽⁵⁰⁾ PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 273, nota 558.

⁽⁵¹⁾ PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 273, nota 558.

⁽⁵²⁾ ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 18.

⁽⁵³⁾ FERRER CORREIA, op. cit., p. 16.

⁽⁵⁴⁾ SCHINNERER/AVANCINI citados por ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 19, nota 11.

A esta noção nuclear de autonomia são geralmente acrescentados dois complementos: o primeiro adiciona às excepções não invocáveis pelo garante as excepções relativas ao contrato de mandato celebrado entre o garante e o devedor principal. O que se compreende, pois só através da autonomia, também entre estes dois contratos, a obrigação do garante é verdadeiramente própria e autónoma para maior tutela da posição do credor; o segundo complemento consiste na proibição do devedor de “*impedir o garante de prestar a soma acordada*” (55)

Finalmente, afirma a doutrina que a autonomia comporta graus, sendo menor na modalidade da garantia bancária simples e maior na modalidade em que é incluída a cláusula “*on first demand*”, e ainda que a autonomia não é absoluta, suportando limites de vária ordem. A primeira questão será abordada no ponto seguinte (4.2.2.), a propósito da automaticidade, e o problema da limitação da autonomia (e da automaticidade) será abordado aprofundadamente como o mais novo problema da figura (VI).

Não poderíamos, todavia, concluir esta fase do estudo, sem fazer algumas reflexões sobre o conceito de autonomia, sem prejuízo de futuras considerações a propósito dos problemas da admissibilidade do contrato autónomo de garantia e das limitações à autonomia.

Pelo exposto, é notório o cuidado e a preocupação da doutrina portuguesa, em sintonia aliás com a estrangeira, em definir a autonomia por via da sua concretização prática — a inoponibilidade das excepções da relação garantida pelo garante ao beneficiário — abstando-se de formular, de uma forma rigorosa, o conceito técnico-científico de autonomia, neste tipo de contrato.

Este cuidado é compreensível uma vez que é actualmente bastante duvidoso que a autonomia corresponda ao inverso conceitual, à face negativa, da acessoriedade, característica essencial da fiança. Na verdade, parece ser difícil defender sem contestação — em sistemas jurídicos diferentes do alemão, como o português, o francês e o italiano, onde é regra a inadmissibilidade da abstrac-

(55) ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 20.

ção fora dos casos permitidos por lei — que a autonomia significa que a existência e a validade da obrigação do garante não dependem da existência e da validade da obrigação principal. E isto por uma razão muito simples: se a causa da obrigação do garante, ou do contrato de que ela resulta, reside — como defende a doutrina portuguesa maioritária — exactamente na sua função de garantir a relação jurídica principal, como poderá manter-se o garante vinculado à sua obrigação de entregar uma quantia pecuniária ao beneficiário se a obrigação que se pretende garantir é de forma definitiva e indiscutível (v. g. por sentença transitada em julgado) inexistente ou nula?

A exigência de causa introduz dificuldades acrescidas na importação do conceito germânico de autonomia-abstracção. Dificuldades que poderão ser ultrapassadas se tivermos presentes dois dados: a força criadora da autonomia privada e a *ratio* do próprio contrato autónomo de garantia.

A primeira deverá permitir que as partes livremente acordem a não invocabilidade pelo garante das excepções, relativas a outras relações que não o próprio contrato de garantia, até aos limites impostos pelas regras imperativas de *ius cogens* próprio de todo o ordenamento jurídico.

Por outro lado, a *ratio* do contrato de garantia exige que nunca se perca de vista aquilo que se pretende ao celebrar este contrato: uma tutela mais célere, eficiente e segura da posição do credor que se traduz na certeza de que receberá primeiro do garante uma determinada quantia pecuniária (logo que prove o incumprimento da obrigação do devedor ou, na modalidade automática, solicite tal ao garante) e só depois, e por iniciativa do devedor, é que irá discutir com este a ausência de “causa” por qualquer vicissitude da relação principal desse seu “enriquecimento”.

Face a estes dados, poderemos então tentar formular algumas conclusões sobre o conceito de autonomia.

Em primeiro lugar, importa traçar uma fronteira fundamental no conceito de autonomia: a que separa a dúvida da certeza, aquilo que é alegado mas discutível daquilo que é certo e definitivamente assente. Se a inexistência ou a invalidade da obrigação garantida são um dado adquirido, indiscutível, a obrigação de

garantia não se pode manter porque perde a sua própria causa, pelo que não pode o garante deixar de invocar as respectivas exceções. Se, pelo contrario, a inexistência ou invalidade não são certas, o garante também não as pode alegar para deixar de cumprir a sua obrigação ⁽⁵⁶⁾.

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

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

4.2.2. A automaticidade.

A segunda característica, já não essencial mas apenas eventual, da garantia bancária autónoma é a sua automaticidade. Todas as “garantias bancárias autónomas” são autónomas, mas apenas aquelas que incluem a cláusula “*de pagamento à primeira solicitação do beneficiário*” são automáticas. As que não incluem esta cláusula são garantias bancárias autónomas simples.

A automaticidade é pois a característica da garantia bancária autónoma que lhe é atribuída pela inclusão no contrato de garan-

⁽⁵⁶⁾ A obrigação do garante é “devida mesmo que a relação principal *se mostre inválida*” (sublinhado nosso), escrevem ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit. p. 20, o que parece ser diferente de *ser inválida*.

tia da cláusula “à primeira solicitação” (“*on first demand*” “*nupon first demand*” “*nauf erstes Anfordern*”; “*à première demande*”; “*prima richiesta*”) pela qual o garante fica obrigado a entregar imediatamente a quantia pecuniária fixada ao primeiro pedido do beneficiário, dispensando-se este de provar, como tem que fazer se esta cláusula não constar do contrato, o incumprimento da obrigação do devedor ou qualquer outro evento que seja o pressuposto da constituição do seu crédito contra o banco.

Em rigor, a automaticidade só introduz alterações na estrutura tradicional da garantia bancária autónoma ao nível da exigibilidade do cumprimento da obrigação do garante de entregar a quantia pecuniária acordada ao beneficiário. No contrato autónomo de garantia simples, o beneficiário só o pode exigir desde que prove o facto que é pressuposto da constituição dessa obrigação (o incumprimento do devedor, o não cumprimento pontual, o cumprimento defeituoso, etc..⁽⁵⁷⁾). Pelo contrário, no contrato de garantia “à primeira solicitação”, a obrigação do garante em entregar a quantia acordada é imediatamente exigível com a simples interpelação pelo beneficiário nesse sentido, feita nos termos acordados e sem que banco possa pedir qualquer justificação ao beneficiário.

Com a introdução desta cláusula “à primeira solicitação” ultrapassa-se assim o último dos grandes problemas com que se debatia a prestação da garantia bancária autónoma: “o *risco de se ter de provar a ocorrência dos pressupostos que condicionam o direito do beneficiário*” ⁽⁵⁸⁾. Atinge-se a segurança total: a garantia é não só autónoma — (usando a formula tradicional) porque não são oponíveis as excepções relativas a relação principal — como também é automática — porque a entrega da soma pecuniária pelo garante é imediata, eliminando-se a litigância entre garante e beneficiário sobre a verificação do facto constitutivo do direito do beneficiário. É no fundo a concretização

⁽⁵⁷⁾ Alguns exemplos fornecidos por FERRER CORREIA, op. cit., p. 14: “o não cumprimento das obrigações contratuais do fornecedor, do empreiteiro, do vendedor; o não pagamento do preço pelo comprador; a não restituição das somas adiantadas pelo armador ao construtor do navio”.

⁽⁵⁸⁾ ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 19.

plena da ideia chave que preside a garantia bancária autónoma: “*paga-se primeiro, discute-se depois*” (59).

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

Em primeiro lugar, pode afirmar-se que é uma garantia tão segura para o beneficiário como o depósito de dinheiro ou valores, mas sem o inconveniente da imobilização da riqueza, o que é tanto mais significativo quanto estão envolvidas somas pecuniárias avultadas. ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO chegam mesmo a afirmar que “*tudo se passa (...) como se o banco, no momento que se obrigou perante o beneficiário, tivesse depositado à ordem deste o montante estipulado na garantia*” (60).

Em segundo lugar, trata-se de uma garantia mais expedita, no sentido em que é claramente mais célere a entrega da quantia acordada pelo garante. O beneficiário exige o cumprimento da obrigação do garante sem ter o ónus de provar o fundamento da sua pretensão, nem de recorrer em caso de litígio com o garante a um processo judicial ou arbitral moroso, dispendioso e até incerto.

Por último, quanto às vantagens para o beneficiário, esta modalidade é mais eficaz porque eleva a autonomia ao seu limite máximo: ao isentar-se o beneficiário da prova do pressuposto do seu direito (regra geral, o incumprimento da obrigação principal garantida), corta-se a última cadeia que ainda prendia a sua garantia à litigância sobre a relação jurídica de base. É a autonomia no seu estado mais puro.

Finalmente, a garantia automática é do maior interesse dos bancos não só porque normalmente recebem uma retribuição superior, mas sobretudo porque atingem uma posição de total neutralidade: retiram-se em absoluto dos litígios entre o credor-beneficiário e o devedor-garantido, pagando de “*olhos fechados*”

(59) ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 19.

(60) ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 20. No mesmo sentido, GALVÃO TELLES, op. cit., p. 283, que afirma que esta garantia é uma “*sucedâneo prático de um depósito que tem a vantagem de não se efectuar*”.

ao primeiro para depois serem reembolsados de “*olhos fechados*” pelo segundo ⁽⁶¹⁾. Mais do que passar para uma ainda incômoda posição de árbitro, o garante passa para a confortável e mais adequada posição de prestador de um serviço.

Em suma, com a cláusula “*à primeira solicitação*” a garantia bancária autónoma atinge a sua formula mais apurada, que a transforma num instrumento de vanguarda do comércio interno e internacional, ou na famosa, mas talvez exagerada, expressão do Juiz inglês Kerr, no “*sangue da vida do comércio internacional*” (“*the lifeblood of international commerce*”) ⁽⁶²⁾.

Mas se potencia as virtudes, também é inegável que, exagera os riscos práticos, porque tem tanto de mais segura para o beneficiário como de mais arriscada. E cara para o devedor, e, desperta as dúvidas e até as perplexidades científicas da jurisprudência e da doutrina. São estes os problemas da figura que, a seu tempo, serão tratados neste estudo.

De momento, interessa apenas reflectir sobre a intervenção da automaticidade na autonomia do contrato autónomo de garantia.

É de rejeitar, em primeiro lugar, de forma clara e inequívoca a ideia de que a autonomia se confunde com a automaticidade ou que, de alguma forma, a primeira não existe sem a segunda. Uma ideia que parece estar presente em afirmações algo contraditórias da doutrina, como as de FERRER CORREIA quando se refere à garantia bancária autónoma simples defendendo que “*a obrigação do garante perde, senão tudo, algo da sua natureza autónoma, passando a depender em certa medida da relação entre o devedor principal e o beneficiário*” ⁽⁶³⁾ e também da pró-

⁽⁶¹⁾ GALVÃO TELLES, op. cit., p. 283.

⁽⁶²⁾ R. D. Harbottle v. Westminster Ltd, Queen's bench Div, 26 de Janeiro de 1977, 33 W.L.R. (1977), 752, Kerr J., citado por YVES POULLET, “La Jurisprudence Recente em Matière de Garantie Bancaire dans les Contrats Internationaux”, in “Banca, Borsa e Titoli di Crédito”, Milano, 1982, Ano XLV, Fasc. III, p. 439.

⁽⁶³⁾ Op. cit., p. 15. O mesmo autor depois de defender que “a garantia bancária simples não dista muito da fiança” parece depois acabar por admitir que “não é líquido que a não invocabilidade das excepções não prevaleça, nalguma medida, no campo das próprias garantias bancárias simples, que por tal nodo continuariam a distinguir-se com nitidez suficiente da fiança”.

pria jurisprudência, como é o caso do acórdão do Tribunal de Apelação de Nápoles, de 22.1.82, onde se pode ler que “a cláusula de pagamento à primeira solicitação, tem a função de desvincular o contrato de garantia, tornando-o autónomo...” (64). Pelo que ficou exposto, pensamos que autonomia e automaticidade são coisas distintas: a primeira, presente em toda a garantia bancária autónoma, impede o garante de invocar exceções relativas ao contrato-base, enquanto que a segunda, própria da modalidade automática, isenta o beneficiário de provar o pressuposto do seu direito contra o banco (65).

Com esta conclusão não se pretende, no entanto, negar que a automaticidade aumenta o grau de autonomia da garantia, e que a cláusula “*on first demand*” não possa funcionar, para efeitos de interpretação do contrato, como um indicador que o permite distinguir de uma fiança.

Com efeito, parece evidente que a isenção da prova pelo beneficiário do incumprimento do devedor, aumenta o grau de independência do contrato de garantia em relação ao contrato-base, uma vez que se elimina o *único* ponto sobre o qual poderia haver litigância entre beneficiário e garante, o *único* meio de defesa próprio do contrato base que o segundo poderia usar contra o primeiro.

Parecia também aceitável, à primeira vista, a “utilidade interpretativa” da cláusula “*on first demand*”. Afirma FERRER CORREIA, numa posição que parece ser aceite por ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO (66), que a “*dúvida* (se se esta perante uma fiança ou uma garantia bancária autónoma) *deixa, porém de existir se o banco se compromete a pagar “à primeira interpelação”*” (67). Uma posição similar à adoptada pela jurisprudência.

(64) Citado por ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 23.

(65) É bastante clara a fórmula usada por PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 273: “a garantia, além de autónoma, passa a ser automática, uma vez que por força daquela cláusula, a garantia deve ser paga logo que o beneficiário o solicite, nos termos acordados, sem que o garante possa certificar-se primeiro se estão preenchidos os pressupostos que legitimam o pedido do beneficiário (incumprimento do contrato garantido)”. (sublinhado nosso).

(66) Op. cit., p. 23.

(67) Op. cit. pp. 15 e s.

dência francesa — Cour de Cassation, 20.12.82: “*nous vous pareons a première demande, assignent, sans ambiguïté, a l’engagement de la banque, le caractère d’une garantie autonome e regard du contrat de base*” (68).

Esta “utilidade interpretativa” é, porém, actualmente muito duvidosa depois de uma forte corrente jurisprudencial alemã, contrária à orientação dominante nos outros países, ter vindo a admitir que numa fiança se incluía a cláusula “*auf erstes Anfordern*” (“à primeira solicitação”). Foi essa, pelo menos a decisão do BGH, de 2.5.79 : “*se bem que a cláusula “à primeira solicitação” deva ser considerada um indício da presença de um contrato autónomo de garantia(...), essa cláusula não deve todavia permitir excluir a existência de uma fiança(...), sobretudo quando o texto do contrato de deduz claramente que o promitente queria prestar uma fiança e não uma garantia autónoma*” (69). A partir desta decisão jurisprudencial, a doutrina alemã (70) construiu a distinção entre a cláusula “à primeira solicitação” inserida numa fiança e a cláusula “à primeira solicitação” numa garantia bancária autónoma, atribuindo à segunda valor substancial e à segunda mero valor processual, no sentido que suspende apenas, mas não afasta, a acessoriedade da fiança.

Desta nova posição dos tribunais germânicos poderá fundamentalmente retirar-se a confirmação de que automaticidade e autonomia são coisas perfeitamente distintas, apesar de a presença da primeira poder aumentar o grau da segunda. E também, seguindo as considerações de PORTALE (71), a conclusão de que a cláusula “à primeira solicitação” terá perdido o seu efeito quase «mágico» que permitia, só por si, identificar a autonomia

(68) Citado por ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 23.

(69) Citada por G. PORTALE, “Nuovi Sviluppi del Contratto Autonomo di Garanzia”, in “Banca, Borsa e Titoli di Crédito”, Milano, 1985, Ano XLVIII, Fasc. II, p. 172, nota 5.

(70) HADDING-HAUSER-WELTER, citados por G. PORTALE, “Nuovi Svilupp...” nota 5 já reafirmada, entre outras, pela decisão do OLG de Hanburg, de 10.10.85, citada por G. Portale, “La Garanzie Bancarie Internazionali (Questioni)”, in “Banca, Borsa e Titoli di Crédito”, Milano, 1988, Ano LI, Fasc. I, pp. 1 e ss.

(71) G. PORTALE, “La Garanzie Bancarie Internazionali (Questioni)”, in “Banca, Borsa e Titoli di Crédito”, Milano, 1988, Ano LI, Fasc. I, pp. 1 e ss.

da garantia bancária e distingui-la da fiança. Por tudo isto, importa incluir nos contratos de garantia bancária autónoma cláusulas de sentido mais claro para exprimir a sua autonomia, como a de “*o garante se obrigar a pagar incondicionalmente e sem opor ao beneficiário outras excepções que não sejam as do próprio contrato de garantia*”, além se lhe pretender atribuir também automaticidade, da cláusula de pagamento “*à primeira solicitação*”.

5. Modalidades da garantia bancária autónoma.

Três classificações são possíveis da garantia bancária autónoma. Uma primeira utiliza como critério o fim da garantia, uma segunda o seu carácter directo ou indirecto e finalmente uma terceira a sua automaticidade.

5.1. *Garantia de restituição ou reembolso dos pagamentos antecipados; Garantia de boa execução do contrato; Garantia de pagamento; e Garantia de oferta ou de honorabilidade da proposta.*

Tem a doutrina ⁽⁷²⁾ distinguido quanto ao seu fim quatro modalidades típicas, entre outras possíveis ⁽⁷³⁾, de garantia bancária autónoma:

1 — A garantia de restituição ou reembolso dos pagamentos antecipados (“*Advance Payment Bond*”; “*Repayment-Garantee*”; “*Advance-Garanteen*”; “*Anzahlungs-Garantie*”; “*Garantie de reversement d’acomptes*”; “*Garanzia di rimborso*”).

⁽⁷²⁾ Na doutrina portuguesa: ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO op. cit. p. 20; FERRER CORREIA, op. cit. pp. 10 e s.; SIMÕES PATRÍCIO, op. cit., pp. 680 e s.

⁽⁷³⁾ Alguns autores referem ainda mais duas modalidades: a “*maintenance bond*” — assegura o pagamento de uma parte, em geral 5% do preço, entre a recepção provisória e a recepção definitiva de uma obra, geralmente de engenharia civil — e a “*completion guarantee*” — que tem por objecto prolongar a garantia de boa execução para além do termo final quando os trabalhos cuja execução se garante não tenham ainda terminado. São espécies de garantias previstas em leis administrativas internas como a italiana de 1974 e francesa de 1971.

Destina-se a assegurar ao contraente que pagou, antecipadamente uma parte do preço do contrato — da empreitada, do fornecimento, da compra — que as quantias pagas em adiantado lhe serão devolvidas se a outra parte não cumprir o acordado deixando de realizar as suas prestações.

Regra geral, funciona como uma garantia dos eventuais direitos do comprador assegurando o reembolso de um pagamento feito antes da entrega da mercadoria pelo comprador ao vendedor, no caso de este não cumprir total ou parcialmente as suas obrigações.

O valor da quantia pecuniária fixada corresponde normalmente ao montante do pagamento antecipado, que pode, se for estipulada cláusula nesse sentido, ser reduzido gradualmente à medida que devedor cumpre as suas obrigações.

2 — Garantia de boa execução do contrato (*“Performance bond”*, *“Performance Guarantee”*; *“Leistungs, Lieferungs oder Erfüllungsgarantie”*; *“Garantie de bonne execution”*, *“Garantie de bonne fin”*; *“Garanzia di buona esecuzione”*).

Tem por fim garantir, perante o beneficiário, o correcto e pontual cumprimento das obrigações assumidas pelo outro contraente. Ou, tal como a define FERRER CORREIA *“tem por objecto a indemnização do dano resultante para uma das partes do incumprimento pela outra parte da prestação característica do contrato”*.

Normalmente funciona como uma garantia dos direitos do comprador em caso de não incumprimento total ou parcial ou cumprimento defeituoso do vendedor.

O seu valor atinge em media 5 a 10% do valor da prestação. Um dos sub-tipos desta modalidade, no entanto, que se aproxima de um pagamento em espécie (prestadas sobretudo pelas *“bonding companies”* inglesas e americanas) o valor atinge os 100% do valor da prestação.

3 — Garantia de pagamento (*“Payment guarantee”*; *“Zahlungsgarantee”*).

Destina-se a assegurar à parte credora de uma prestação pecuniária (vendedor, fornecedor, empreiteiro) o pagamento da dívida, para o caso de o obrigado principal o não fazer ou o não fazer pontualmente.

Regra geral, funciona como uma garantia dos direitos do vendedor para assegurar o pagamento pelo comprador do preço na data convencionada.

4 — Garantia da oferta, também entre nós definida como “*Promessa mediante anúncio público*”, “*Garantia da honorabilidade da proposta*”, ou “*Garantia de subsistência da oferta* (“*Bid Bond*”, “*Tender Guarantee*”; “*BietungsGrantie*”; “*Garantie de soumission*”; “*Garanzia di offerta*”).

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

Destina-se a garantir que a pessoa a quem foi adjudicada a realização da empreitada (ou outro contrato) honrará a proposta apresentada (assinando contrato...) ou mesmo a garantir que um concorrente a certa empreitada celebra o contrato ou presta uma outra garantia de boa execução. Corresponde normalmente a uma garantia do adjudicador contra o cessionário, em caso de retirada antecipada da proposta, da sua modificação, ou havendo adjudicação, no caso de cessionário se recusar a assinar o contrato ou a prestar as garantias exigidas.

O seu valor atinge em media entre 2% a 5% do valor do negócio.

5.2. *Garantias directas e indirectas.*

A segunda classificação possível distingue as garantias bancárias autónomas em directas e indirectas. Nas primeiras, que obedecem a uma estrutura triangular já definida, o devedor dá ordem ao banco garante para prestar a garantia directamente ao beneficiário, sem qualquer intermediário. Nas indirectas, um segundo banco com sede no país de beneficiário actua como intermediário, recebendo a ordem de prestar a garantia de um outro banco-garante do país do devedor-dador da ordem, banco este que presta, por sua vez, uma contra-garantia a favor do banco garante (intermediário).

Esta modalidade de garantia bancária autónoma estrutura-se sobre quatro ordens de relações: a primeira, a relação jurídica de

base entre o credor e o devedor que se pretende garantir; a segunda, entre o devedor-mandante e o primeiro banco (designado por contragarante) que celebram um contrato de mandato; a terceira, entre o primeiro banco (contragarante) e o segundo banco (garante) que celebram entre si dois contratos, um de mandato (em que o contragarante é mandante e o garante mandatário) e um contrato de contragarantia (em que o primeiro banco é garante e o segundo beneficiário); e uma quarta entre o segundo banco (como garante) e o credor (como beneficiário), que celebram um contrato de garantia dito de primeiro grau. Regra geral, devedor e contragarante têm a mesma nacionalidade, diferente da nacionalidade comum dos garante e credor.

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

A estrutura quadrangular da garantia bancária autónoma tem suscitado algumas perplexidades na jurisprudência sobretudo na área do direito internacional privado, que, apesar do seu inegável interesse, se situam fora do âmbito deste estudo (74).

Importa, porém, reter que a doutrina e a jurisprudência europeias parecem ter assente algumas particularidades das garantias indirectas no que respeita aos limites à autonomia que trataremos no capítulo V: quanto às excepções de fraude ou abuso evidente oponíveis pelo garante, afirma-se que “*a fraude do beneficiário é*

(74) Em resumo, segundo YVES POULLET, op. cit, pp. 403 e s., a questão principal coloca-se nos seguintes termos: sendo praticamente dado como assente que, numa garantia directa, a lei aplicável ao contrato de garantia é a lei do Estado do garante, divide-se a jurisprudência, tratando-se de uma garantia indirecta, sobre a questão de saber qual a lei aplicável ao contrato de contragarantia: a lei do Estado do contragarante ou a lei do Estado do garante. Menos controversas parecem ser quer a questão da lei aplicável ao contrato de garantia em garantia indirecta, a lei do Estado do segundo banco, o garante, quer a questão da jurisdição competente, a jurisdição do Estado do banco do dador da ordem, garante se se tratar de uma garantia directa, e contragarante, se a garantia for indirecta.

inoponível pelo banco contragarante ao banco garante que não actuou com dolo" (75); quanto à matéria das medidas cautelares à disposição do beneficiário "*a única tutela de urgência a que pode aspirar o mandante deve ter por objecto procedimentos cautelares (...) dirigidos contra o primeiro banco (...), sendo a este permitido dirigir junto do juiz nacional medidas cautelares de urgência a seu favor contra o segundo banco*" (76).

5.3. *As garantias bancárias simples e as garantias bancárias automáticas. Remissão.*

Esta classificação, que distingue as garantias bancárias autónomas simples das automáticas, foi já abordada exhaustivamente quando foram tratadas a autonomia e a automaticidade como características da garantia em estudo, pelo que se remete para as considerações então formuladas.

Em síntese, enquanto que na garantia bancária autónoma simples o beneficiário, para exigir o cumprimento da obrigação do garante, tem que provar o facto constitutivo do seu direito, na garantia bancária autónoma automática, em que é incluída a cláusula de pagamento "*à primeira solicitação*" ("*on (upon) first demand*", "*auf erstes Anfordern*") o beneficiário está isento de tal prova devendo o garante entregar-lhe imediatamente a quantia pecuniária fixada logo que o beneficiário o interpele para tal.

III — DELIMITAÇÃO PERANTE FIGURAS AFINS.

1. Preliminares.

Definida numa primeira aproximação e caracterizada genericamente a garantia bancária autónoma, importa agora traçar as

(75) G. GRIPPO — "La Garanzia automatica tra "tecnica" e "politica": tendenza della giurisprudenza", in "Banca, Borsa e Titoli di Credito", Milano, 1985, Ano XLVIII, Fasc. I, p. 83.

(76) G. PORTALE, op. cit. (nota 75) pp. 53 e ss.

fronteiras que a separam de figuras que lhe estão, pela função ou pela estrutura, próximas.

É o caso de algumas das mais importantes garantias especiais das obrigações. Uma de natureza pessoal, como a fiança e o aval, este com um carácter mercantil, e outras com natureza real, como o depósito. Não se trata, nesta sede de questionar a natureza da garantia bancária autónoma como garantia especial das obrigações, mas tão só de marcar as diferenças e assinalar os pontos de contacto entre as várias figuras.

2. A fiança.

2.1. Noção.

Em caso de incumprimento de uma obrigação, a lei confere ao credor o direito de obter, pela via judicial, a satisfação do seu crédito à custa do património do devedor. Este é a garantia geral das obrigações. Para maior reforço da posição do credor pode norma legal determinar, decisão judicial ordenar, ou convenção das partes acordar que a esta garantia geral acresça uma garantia especial pela qual, sendo pessoal, ficam vinculados ao cumprimento da obrigação terceiros com os seus patrimónios, ou, sendo real, ficam afectados com preferência sobre outros credores determinados bens do património do devedor ou de terceiro ao cumprimento dessa obrigação.

As garantias pessoais são pois aquelas em que uma outra ou outras pessoas, além do devedor principal, podem ser compelidas a cumprir a obrigação respondendo com os respectivos patrimónios e aumentando, deste modo, o número de devedores, pelo que representam um reforço quantitativo da garantia.

A fiança é a garantia pessoal tipo pela qual um terceiro — o fiador — assegura com o seu património ⁽⁷⁷⁾ o cumprimento da obrigação do devedor, ficando, nos termos do art. 627.º do CC, “*pessoalmente obrigado perante o respectivo credor*”. Significa

(77) Através da aplicação do art. 602.º a responsabilização pode limitar-se a alguns dos bens do património do fiador.

isto que o fiador não afecta apenas o seu património ao cumprimento da obrigação principal: ele contrai como um verdadeiro devedor uma nova obrigação que nasce ao lado daquela. E esta obrigação, assumida pelo fiador, é nas palavras de VAZ SERRA a “*de responder por que a obrigação principal seja cumprida*”.

A obrigação do fiador é distinta, apesar de acessória, da obrigação do devedor principal. A obrigação deste é a de realizar uma certa prestação. A obrigação do fiador é a obrigação de cumprir a obrigação do afiançado no caso de este não a cumprir. É, na fórmula de GALVÃO TELLES, uma “*garantia pela qual alguém se obriga a cumprir uma obrigação alheia*”. Em maior rigor, na opinião de VAZ SERRA, não se tratará mesmo de pagar se o devedor não pagar ou de cumprir pelo devedor, porque não é isto que o fiador promete ao credor: “*o fiador promete ao credor o resultado de que será cumprida a obrigação principal; ele, ao efectuar a prestação, não cumpre somente a obrigação principal, cumprindo, ao mesmo tempo, a obrigação pessoal sua (esta tem por objectivo dar lugar o resultado de ser cumprida aquela outra obrigação)*” (78).

Na fiança não se está perante uma simples assunção de dívida, pela qual um terceiro faz sua a obrigação do devedor, exonerando-o, nem de uma responsabilidade solidária em que todos são devedores principais de uma mesma obrigação. Com a fiança passam a existir duas obrigações distintas: a obrigação principal, de realizar uma prestação, a que está vinculado o devedor principal e a obrigação do fiador que assegura ao credor o resultado do cumprimento da obrigação principal. Sendo este o seu fim, compreende-se que esta obrigação de fiança seja acessória, por essência, da obrigação principal, no sentido de que a existência, validade e conteúdo desta condicionam os daquela.

Desde logo, quanto ao conteúdo, a obrigação do fiador molda-se, salvo estipulação em contrário, sobre a do devedor principal, abrangendo tudo aquilo a que este está obrigado: a prestação devida, a reparação dos danos resultantes do incumprimento culposo (798.º do CC), a pena convencional eventual-

(78) VAZ SERRA, op. cit. p. 20.

mente estipulada (810 ° do CC), os eventuais juros de mora devidos e tudo mais o que o devedor principal se tenha obrigado. É o que resulta do art. 634.º do CC: “a fiança tem o conteúdo da obrigação principal e cobre as consequências legais e contratuais da mora ou da culpa do devedor”.

A fiança pode ser convencional (ou voluntária), quando livremente acordada pelas partes, ou legal quando existe por força da lei e independentemente de qualquer convenção das partes (art. 629.º, n.º 1 do CC). Sendo convencional, a fiança é um contrato unilateral, uma vez que só o fiador se obriga perante o credor, não se obrigando este perante o fiador. Como também é normalmente um contrato gratuito, apesar de nada impedir que se convençione uma retribuição do fiador a pagar pelo devedor ou pelo credor. Regra geral a fiança é contraída por contrato celebrado entre fiador e credor, atendendo à chamada irrelevância da vontade do devedor: a validade da fiança não depende do consentimento nem do conhecimento do devedor, podendo mesmo ser prestada contra a vontade deste (628.º do CC). Mas também pode a fiança ser celebrada por contrato, a favor de terceiro, realizado entre fiador e devedor.

É uma figura com enorme importância prática, muito difundida no comércio jurídico, em especial ao nível da concessão de crédito. Apresenta, no entanto, alguns riscos para o fiador. “O direito da fiança é um compromisso entre a segurança do credor e a defesa do fiador”, afirma HECK ⁽⁷⁹⁾, que define a fiança como uma “doença de carácter” de três tipos de homens: os dementes, os crédulos e as mulheres.

2.2. Características.

São, em regra, apontadas como características da fiança a acessoriedade e subsidiariedade, entendendo-se que a primeira, ao contrário da segunda, tem um carácter essencial. Por outras pala-

⁽⁷⁹⁾ «Grundriss des Schuldrechts», § 126.º, 5 — citado por VAZ SERRA, op. cit., p. 15, nota n.º 1.

vras, toda a obrigação de fiança é por natureza acessória, mas nem toda é subsidiária.

“A obrigação do fiador é acessória da que recai sobre o principal devedor”, afirma o art. 627.º, n.º 2, do CC. Compreende-se a natureza essencial desta acessoriedade se tivermos presente que a finalidade da fiança é precisamente a garantia do resultado do cumprimento da obrigação principal. Esta acessoriedade significa, numa síntese feliz de VAZ SERRA ⁽⁸⁰⁾, que *“a existência e conteúdo da obrigação principal condicionam a obrigação do fiador, que tem por fim assegurá-la”*.

Duas conclusões são assim legítimas: a primeira, que a acessoriedade é um corolário necessário da função de garantia de cumprimento da obrigação principal, ou seja, se a fiança assegura o resultado do cumprimento da obrigação afiançada, então tem que ser acessória desta; a segunda, que a acessoriedade significa rigorosamente que a existência, a validade e o conteúdo da obrigação principal condicionam a existência, a validade e o conteúdo da obrigação de fiança, no sentido de que, se a primeira se extingue, a segunda também se extingue, se a primeira é inválida a segunda também o é, e que o conteúdo desta não pode ser mais amplo que o da primeira. Esta acessoriedade, em especial no que respeita à existência e validade, é necessária, decorrendo da própria natureza do instituto, de tal forma que não pode ser afastada pela vontade das partes — se o for, não se tratará de uma fiança, mas de outra figura diferente.

Concretizando, a acessoriedade, característica essencial da fiança, manifesta-se no seguinte:

a) A invalidade da obrigação principal implica a nulidade da obrigação do fiador (633.º, n.º 1, do CC). Com uma excepção: a não ser que a causa da anulabilidade seja a incapacidade ou falta ou vício da vontade do devedor, desde que o fiador conhecesse, no momento em que prestou a fiança, essa causa de anulabilidade (n.º 2 do mesmo art.), uma vez que neste caso como que garantiu que a obrigação não seria anulada ⁽⁸¹⁾;

⁽⁸⁰⁾ Op. cit., p. 21.

⁽⁸¹⁾ Este é o único caso previsto na lei em que de certa forma se afasta a acessoriedade da fiança, uma vez que a invalidade da obrigação principal não provoca a invali-

b) A extinção da obrigação principal determina extinção da do fiador (651.º do CC). “*Extinta a obrigação principal, v. g., pelo pagamento, por compensação, por impossibilidade superveniente não culposa da prestação, por remissão, extinta fica a obrigação do fiador*” (82);

c) O fiador pode opor ao credor, além dos seus meios próprios, — as excepções derivadas do contrato de fiança, o benefício de excussão, a recusa de cumprimento prevista no art. 642.º do CC — todos os meios de defesa que competem ao credor, ou seja, todas as excepções que demonstrem que a obrigação principal não se constituiu ou se extinguiu, excepto se forem incompatíveis com a obrigação do fiador (637.º do CC) (83);

Sobre este aspecto, corolário dos dois primeiros e de extrema importância para este estudo, importa desde já referir que, nos termos do art. 647.º do CC, o devedor que não der injustificadamente conhecimento ao fiador, e desde que avisado por este, dos seus meios de defesa, não os poderá opor depois ao fia-

dade da obrigação do fiador. Segundo GALVÃO TELLES, “o que se da na realidade 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 artigo 289.º do CC. Esta conversão tem a particularidade de “não se tornar necessário provar o condicionalismo estabelecido na parte final do artigo 293.º do Código Civil, visto se tratar de uma conversão decretada pela própria lei (conversão legal)”. O que se passa em concreto, para o mesmo autor, é o seguinte: A e B celebram um contrato de compra e venda de um imóvel X. A entrega o imóvel X a B, que pagará posteriormente o preço. C afiança o pagamento do preço por B. Mas B obtém a anulação do contrato com fundamento em erro seu que era conhecido de C. “C, fiador, é responsável, não pela dívida de preço, que desaparece, mas — ainda como fiador — pelo não cumprimento da obrigação de restituição do imóvel a A.” VAZ SERRA, face ao Código anterior que só afastava a acessoridade no caso de incapacidade do devedor, defendia mesmo, numa posição que mantém actualidade, que sempre que o fiador se obrigasse a mais do que o devedor principal ou renunciasse previamente a alguma excepção, para além do previsto por lei, não se estaria perante uma verdadeira fiança, mas sim, consoante os casos, perante uma doação, uma adesão à dívida ou uma promessa de garantia (op. cit., pp. 66 a 69).

(82) VAZ SERRA, op. cit., p. 63.

(83) Diferente era a redacção do Código de Seabra, aproximando-se a disposição vigente do art. 506.º do Código Suíço antes da revisão de 1941. O afastamento das excepções incompatíveis com a obrigação do fiador refere-se, segundo VAZ SERRA (op. citada, p. 89, nota n.º 143), por exemplo a uma concessão ao devedor principal de uma facilidade de pagamento.

dor quando este, sub-rogado nos direitos do credor, lhe exigir a satisfação do direito de crédito. Por outro lado, se o devedor cumprir a obrigação e não avisar o fiador, responderá pelos prejuízos que causar (646.º do CC).

Acrescente-se ainda que, ao contrário do Código anterior que previa, além da sub-rogação legal, um direito pessoal de regresso do fiador contra o devedor, a nossa lei actual não consagra este último direito, o que não impede, no entanto, o fiador de ser titular de um direito próprio contra o devedor resultante de uma eventual relação jurídica existente entre ambos, como um mandato ou gestão de negócios, em que se baseou a fiança ou mesmo de um enriquecimento sem causa ⁽⁸⁴⁾

d) A obrigação do fiador não pode ser mais ampla, nem mais gravosa do que a do afiançado (631.º do CC), e se o for não será nula, mas redutível aos termos da dívida afiançada;

e) A fiança esta submetida à forma exigida por lei para a obrigação principal (628.º, n.º 2 do CC). A lei exige que a declaração do fiador seja expressa e que revista a forma que a lei exige para a dívida afiançada. Parece ser irrelevante a forma que as partes convencionaram para a obrigação principal: o que decide é a forma que a lei exige para a obrigação principal ⁽⁸⁵⁾.

f) A natureza civil ou comercial da fiança depende da natureza da obrigação principal;

A obrigação do fiador pode ser também, além de acessória, subsidiária em relação à obrigação principal.

A subsidiariedade, característica não essencial da fiança, traduz-se no benefício da excussão prévia ⁽⁸⁶⁾ previsto no n.º 1 do art. 638.º do CC e regulado no art. 828.º do Código de Processo Civil: só pode ser exigido o cumprimento da obrigação do fiador quando o devedor principal não cumpra nem possa cumprir a obrigação principal. O fiador é assim titular de um direito de recusar o cumprimento da sua obrigação enquanto o credor não tiver executado todos os bens do devedor principal para satisfazer o

⁽⁸⁴⁾ VAZ SERRA, op. cit., p. 146 e ALMEIDA COSTA, op. citada, p. 756.

⁽⁸⁵⁾ Ac. Rel. Lx. 31-1-78 (BMJ 275, 262 e RLJ, ano 106, 203).

⁽⁸⁶⁾ "Benefício de ordem", no direito brasileiro.

seu crédito. E pode até o fiador exigir a prévia excussão dos bens sobre que recaia uma eventual garantia real constituída por terceiro, desde que seja anterior ou contemporânea da fiança (639.º, n.º 1).

Esta subsidiariedade não é, no entanto, característica da fiança em três casos ⁽⁸⁷⁾:

a) Quando o fiador tiver renunciado previamente ao benefício da excussão, o que acontece desde logo, se assumiu a obrigação de principal pagador (640.º, n.º 1 do CC);

b) Quando por facto posterior à constituição da fiança, o devedor não possa ser executado ou demandado no continente ou nas regiões autónomas da Madeira e dos Açores (640.º, n.º 2 do CC);

c) Quando a obrigação principal tiver natureza comercial, o que se compreende tendo em conta as características da actividade económica em causa. É o art. 101.º do Código Comercial que afasta, nestes casos, o benefício da excussão prévia: *“todo o fiador de obrigação mercantil, ainda que não seja comerciante, será solidário com o respectivo afiançado”*.

A subsidiariedade é no caso de a obrigação principal ser comercial substituída por uma solidariedade *“sui generis”*: não se trata de uma solidariedade técnica, porque o fiador não é devedor, mas de uma solidariedade nas relações com o credor. O credor pode exigir directamente o cumprimento da obrigação ao fiador (só ou em conjunto com o devedor principal) e se este cumpre, a obrigação principal extingue-se, não podendo o credor exigir novo cumprimento ao devedor afiançado.

É esta figura da fiança comercial (em especial a fiança bancária a que se referem o art. 623.º do CC *in fine*,) que interessará especialmente quando se procura distinguir a figura da fiança da garantia bancária autónoma, que, aliás tem também, regra geral, uma natureza comercial, quer em termos objectivos — nos ter-

⁽⁸⁷⁾ No entanto, se o credor só interpelar o fiador, apesar de este não ter o benefício de excussão, pode o fiador, através do incidente processual do chamamento à demanda (641.º do CC e 330.º do Código de Processo Civ., fazer citar o devedor para com ele se defender ou ser conjuntamente condenado.

mos do 632.º do Código Comercial são comerciais todas as operações de banco — quer subjectivos — uma vez que os bancos tem por objecto uma actividade económica de carácter comercial.

2.3. *Confronto com a garantia bancária autónoma.*

2.3.1. Preliminares.

Quando *garantia bancária autónoma* dava os seus primeiros passos assistiu-se a uma atitude natural de resistência da doutrina e da jurisprudência, que a procuraram integrar na figura da fiança. A tese da resistência apoiava-se fundamentalmente na ideia que a acessoriedade não seria característica essencial, mas apenas normal, da fiança, pelo que existiriam fianças acessórias e fianças não acessórias, correspondendo estas últimas às chamadas garantias bancárias autónomas.

Foi pois através de um processo gradual e complexo de “autonomização” científica em relação à fiança, que a garantia bancária autónoma conseguiu obter o reconhecimento, hoje praticamente unânime, do seu estatuto de novo instituto distinto de todos os demais. Este é um dado pacífico, desde muito cedo, na Alemanha (*Burgschaftvertrag* para a fiança e *Garantievertrag* para garantia autónoma) e na Grã-Bretanha (*contract of guarantee* para a fiança e *contract of indemnity* para a garantia autónoma). Em Itália, o processo foi mais moroso, chegando-se a chamar “*fidejussione automática*” (ou “*fidejussione omnibus*”) à garantia autónoma, mas a partir de uma sólida produção doutrinária e de uma forte corrente jurisprudencial que distinguiram claramente as duas figuras, a garantia autónoma atingiu a sua independência. Em França, esta “*declaração de independência*” foi ainda mais tardia, mas é também já aceite pela própria Cour da Cassation.

Isto não significa, no entanto, que esteja encerrado o debate sobre a fronteira entre as duas figuras. A questão conheceu mesmo, um tanto inesperadamente, novo interesse e dimensão face à nova orientação jurisprudencial alemã que tende a reconhecer, como se referiu, a validade da fiança “à primeira solicita-

ção”. O contributo fundamental destas novas decisões dos tribunais alemães, ou seja, que autonomia e automaticidade são definitivamente coisas distintas, veio permitir recolocar com clareza o critério de diferenciação entre a fiança e a garantia bancária autónoma nos seus devidos termos: a acessoriedade como característica essencial da primeira e a autonomia como característica essencial da segunda.

O problema da distinção entre a fiança e a garantia bancária autónoma não se põe assim em termos de saber se a distinção existe. A resposta está dada e é afirmativa. Mais delicada é a questão de saber qual o verdadeiro critério de diferenciação. Onde passa a fronteira. Para a encontrarmos vamos tentar identificar aquilo que separa, de forma substancial, as duas figuras, para depois encontrar as manifestações concretas de regime dessa diferença.

2.3.2. A diferença de fundo.

Partindo do pressuposto segundo o qual o fiador não promete apenas pagar se o devedor o não fizer, ou não promete apenas cumprir pelo devedor, mas antes contrai uma verdadeira obrigação de responder pelo cumprimento da obrigação principal (promete ao credor o resultado de que esta obrigação será cumprida), VAZ SERRA⁽⁸⁸⁾, seguindo de perto ENNECERUS-LEHMANN, parte para a distinção entre fiança e contrato de garantia, afirmando que na primeira se assume “*a responsabilidade acessória pelo pagamento da dívida alheia*” enquanto no contrato de garantia, o resultado que se assegura pode ser diferente da cobrança de uma dívida, mas mesmo quando for este, o que se promete é “*a indemnização da falta de cobrança (de uma dívida alheia) e acaso assume-se também o risco da cobrança apesar da invalidade da obrigação*”.

Acrescenta VAZ SERRA que existe uma grande diferença entre “*responder por uma obrigação que se considera alheia e*

⁽⁸⁸⁾ VAZ SERRA, op.cit., pp.20 e ss. e 296 e ss.

cujo cumprimento pelo devedor se espera”, contraindo-se uma obrigação adjunta e dependente da principal, “*e o caso de querer assegurar-se o credor contra todos os danos que lhe seriam causados se não cobrasse o crédito, ou seja, o caso de tomar para com ele uma obrigação com existência própria e totalmente independente da obrigação principal*”. Por regra, conclui, a fiança é um acto de altruísmo, enquanto o contrato de garantia, em que o garante toma a próprio cargo em todos os danos do credor, é um acto de quem tem “*um interesse próprio real*”.

Será necessário identificar dois planos na distinção formulada por VAZ SERRA. O primeiro respeita à relação entre as duas obrigações, a garantida e a de garantia. Na fiança, estas duas obrigações são necessariamente dependentes, acessórias. No contrato de garantia, as duas obrigações são independentes, autónomas.

A doutrina posterior, atendendo à própria evolução sofrida na concepção do contrato de garantia, sobretudo por intervenção da cláusula de pagamento “*à primeira solicitação*” (que veio dispensar o beneficiário da prova do incumprimento), veio sublinhar este primeiro plano de distinção: “*a diferença reside no facto da garantia, diferentemente da fiança, não ter natureza acessória em relação à obrigação garantida: uma certa autonomia relativamente a esta obrigação constitui o seu traço específico*” (89).

Aprofundando este plano de distinção, retirou a doutrina a consequência final, que trataremos no ponto seguinte (2.3.3.) de natureza mais prática: “*o garante autónomo, ao contrário do fiador, não é admitido a opor ao beneficiário as excepções de que se pode prevalecer o garantido*” (90) ou, noutra formulação, “*sem que o garante possa opor ao beneficiário os meios de defesa do devedor*” (91).

Interessa, no entanto, “recuperar” um segundo plano de distinção de VAZ SERRA. Se é certo que a fiança como a garantia bancária têm uma função de garantia, assegurando tanto o fiador como o garante a produção de um resultado — o cumprimento da

(89) FERRER CORREIA, op. cit., pp 13 e s.

(90) GALVÃO TELLES, op. cit., p. 285.

(91) ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 20.

obrigação do devedor afiançado ou garantido — e responsabilizando-se pela não produção desse resultado, também é verdade que a *responsabilidade* assumida pelo garante é necessariamente diferente da assumida pelo fiador. Isto porque a autonomia tem que ter consequências também a este nível.

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

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

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

2.3.3. A diferença prática.

Como já referimos, tende a doutrina a distinguir de uma forma mais pragmática a fiança da garantia bancária autónoma, através do recurso as manifestações práticas da acessoriedade,

característica essencial da primeira, e da autonomia, como característica própria da segunda.

Assim, na fiança, o fiador pode, para não cumprir a sua obrigação acessória, valer-se de todos os meios de defesa que o afiançado podia opor ao credor: se o fiador demonstra que afinal o afiançado nada deve, demonstra também que nada lhe pode ser exigido. Desaparecendo a obrigação principal desaparece com ela a acessória. Pelo contrario, sendo a obrigação do garante independente da do devedor não lhe é legítimo valer-se dos meios de defesa de que este dispõe.

Concretizando um pouco mais, enquanto que na fiança o fiador pode opor ao credor, para não cumprir a sua obrigação de fiança, além das próprias excepções derivadas do contrato de fiança (o benefício de excussão, a recusa de cumprimento prevista no art. 642.º do CC), todas as excepções relativas à relação jurídica afiançada pelas quais alegue que a obrigação principal não se constituiu, é invalida ou se extinguiu, (excepto se forem incompatíveis com a obrigação do fiador, art. 637.º do CC), na garantia bancária autónoma a regra é rigorosamente a oposta: o garante só pode opor ao beneficiário as excepções próprias do contrato de garantia. Quando interpelado pelo beneficiário, o garante não pode furtar-se ao cumprimento da sua obrigação, invocando excepções relativas à relação jurídica de base ou ao contrato de mandato.

Foi precisamente a este critério prático de distinção a que a Relação do Porto atendeu prioritariamente no recente Acórdão de 13 de Novembro de 1990: *“a diferença entre o contrato de garantia e a fiança reside no facto de a garantia, diferentemente da fiança, não ter natureza acessória em relação à obrigação garantida, sendo o seu traço característico uma certa autonomia em relação a esta obrigação”*, acrescentando ainda que o *“garante autónomo ou independente, ao contrário do fiador, não é admitido a opor ao beneficiário as excepções de que se pode prevalecer o garantido”* (92).

(92) Colectânea de Jurisprudência, Ano XV — 1990, Tomo V, p. 187.

Resta acrescentar que na prática, por vezes, é tarefa complicada saber se estamos perante uma fiança ou uma garantia bancária autónoma. Tudo dependerá de uma interpretação cuidada dos termos do contrato celebrado entre o credor e o garante (ou fiador), tendendo a jurisprudência europeia a dar especial importância à formal inclusão ou não neste contrato da cláusula de não invocabilidade das excepções relativas a relação jurídica de base e desvalorizar, para este efeito, a cláusula “*on first demand*”.

3. O aval.

3.1. *Noção e características.*

3.1.1. Posição tradicional: o aval como garantia pessoal da obrigação avalizada.

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

Para a concepção hoje largamente maioritária na doutrina e jurisprudência portuguesa ⁽⁹³⁾, o aval é uma garantia especial pessoal da obrigação avalizada. Esta posição resulta de uma concepção da letra de câmbio baseada na ideia de que se trata de um título sobre o qual incide um direito real, título esse que incorpora determinadas obrigações dos subscriptores (e correlativos direitos de crédito) que lhe dão um valor económico reconhecido pela vida do comércio jurídico.

⁽⁹⁴⁾ PAULO CUNHA, FERRER CORREIA, SÁ CARNEIRO; Ac. do STJ, in BMJ, 230.º-101, BMJ, 279.º-216, BMJ, 333.º-184.

Abandonando a tese do aval-fiança⁽⁹⁴⁾, defende esta corrente maioritária que o aval é uma garantia especial pessoal, distinta da fiança, materialmente autónoma (art. 32.º II/1.ª parte da LU: “A sua (do avalista) obrigação mantém-se, mesmo no caso de a obrigação que ele garantiu ser nula...””) e formalmente dependente (art. 32.º II/2.ª parte da LU: “...por qualquer razão que não seja vício de forma”) da obrigação avalizada. Apesar do seu fim ser o mesmo que o da fiança, garantir o cumprimento da obrigação principal, o aval não é uma fiança por força da autonomia introduzida pelo art. 32.º II/1.ª parte da LU. Mas, por outro lado, esta autonomia não é perfeita: é limitada pela transmissibilidade da invalidade formal da obrigação principal à obrigação de aval.

Será, assim, característica essencial do aval uma acessoriedade imperfeita ou uma autonomia limitada. Importa pois, a bem do rigor, definir o que é que esta corrente tradicional, claramente dominante na doutrina e na jurisprudência portuguesas, entende por esta característica e quais as consequências que dela resultam, no que seguiremos de perto as posições defendidas por FERRER CORREIA e GALVÃO TELLES.

Ao contrário da fiança que é de forma essencial acessória, o aval é dentro de certos limites uma obrigação com autonomia, uma vez que a nulidade substancial da obrigação avalizada não se comunica a obrigação do avalista (Lei Uniforme sobre Letras e Livranças, arts. 32.º e 77.º, e Lei Uniforme sobre Cheques, art. 27.º). Assim, se a obrigação principal for nula ou anulada, o avalista continua obrigado a pagar a letra. Neste sentido, a sua obrigação é autónoma, porque não acessória.

Mas a sua autonomia é limitada uma vez que em caso de nulidade por vício de forma, é também atingida a validade do aval (32.º II 2.ª parte).

⁽⁹⁴⁾ O distanciamento do aval em relação a fiança impunha-se, aliás, por força da autonomia característica fundamental dos títulos de crédito: a autonomia do direito do portador é a do título que “produzindo a referida inoponibilidade de exceções, tornam o título apto para a circulação pela garantia que asseguram aos terceiros portadores de boa fé”, nas palavras de FERNANDO OLAVO, in *Direito Comercial*, Vol. II, 2.ª Parte, Coimbra Editora Limitada, 1983.

A obrigação do avalista apresenta assim um carácter autónomo, porque o avalista pode utilizar, além dos meios de defesa próprios, os meios de defesa do avalizado, que é, no entanto, limitado porque o avalista não pode usar os meios de defesa do avalizado relativos à invalidade substancial da obrigação principal.

Em conclusão, para esta posição dominante, o fim do aval seria, como na fiança, garantir o cumprimento de uma obrigação principal do avalizado. Se se tratar de um avalista do aceitante, esse avalista estaria obrigado, salvo lei ou cláusula em contrário, *se, quando e como* for obrigado aquele que ele garante (32.º I da LU). A obrigação do avalista seria, pois, acessória da obrigação principal do aceitante. Uma acessoriedade imperfeita, no entanto, por força da norma excepcional do art. 32.º II/1.ª parte da LU, imposta pela necessidade prática de tutelar a segurança da circulação cambiária, que por isso não poderá ser determinante para a natureza do aval.

3.1.2. Uma nova tese: o aval como garantia do pagamento pontual da letra.

Partindo de uma outra concepção totalmente distinta da letra — a sua essência reside na ordem de pagamento constante do título cujo pagamento pontual é garantido pelo destinatário — e da autonomia introduzida pelo art. 32.º/II, 1.ª parte da LU — o avalista é obrigado mesmo que a obrigação do avalizado seja substancialmente nula — foi recentemente defendida entre nós, com originalidade, uma outra tese sobre a natureza do aval, com um especial interesse para este estudo, em obra da autoria de PAULO SENDIM e EVARISTO MENDES intitulada “*A natureza do aval e a questão da necessidade ou não de protesto para accionar o avalista aceitante*” (95).

Para o que nos interessa, estes autores concebem o aval não como uma garantia pessoal da obrigação avalizada, mas como

(95) PAULO SENDIM e EVARISTO MENDES, *op. cit.*

uma garantia de pagamento pontual da letra. Nesta perspectiva, o aval não seria uma garantia do cumprimento de uma obrigação principal, mas uma garantia autónoma verdadeira e própria, “não obrigacional de resultado”, que estaria fora da sede da garantia das obrigações.

Este diferente tipo de garantias seria caracterizado pelo facto de assegurar, não o cumprimento de outras obrigações, mas “*que determinado resultado se produzirá, de que certo bem tem determinada qualidade ou proporciona certo rendimento, etc., tornando-se o garante responsável pela eventual não produção desse resultado ou pela falta de qualidade ou rendimento assegurados*” (96).

Teríamos, assim, para esta outra tese, dois tipos de garantias: o primeiro tipo, garantia pessoal de cumprimento de uma obrigação alheia, acessória por essência dessa obrigação principal que visa assegurar, e a garantia autónoma, pela qual o garante assegura ao seu beneficiário “*que determinado objecto tem certa ou certas qualidades ou de que um determinado resultado, em si mesmo considerado, se produzirá*”. Neste tipo de garantias, que os citados autores designam por “*não obrigacionais*”, “*o garante, mesmo quando assegura determinado resultado, e este consiste no cumprimento pontual de um contrato ou de uma obrigação, não se obriga, com a sua declaração negocial, a fazer com que ele se produza. Apenas declara que o mesmo ocorrerá, tornando-se responsável pela sua não verificação. Uma possível obrigação depende, portanto, deste pressuposto e a prova de tal pressuposto — se a garantia não é automática — compete, em princípio, àquele que pretenda exigir-lhe responsabilidade*” (97).

Importa, para o que nos interessa, sobretudo reter duas conclusões deste estudo.

A primeira, não completamente original (98), afirma que toda a obrigação de garantia do cumprimento de um obrigação alheia é

(96) Op. cit., p. 13.

(97) Op. cit., p. 13.

(98) VAZ SERRA, op. cit., p. 21; também PAULO CUNHA, Da garantia nas obrigações, Apontamentos das aulas de Direito Civil do 5.º ano da FDUL, Lisboa,

necessariamente acessória desta, ou seja, que a acessoriedade é uma característica essencial e necessária de toda a obrigação de garantia de cumprimento de uma obrigação principal, imposta pela suas próprias natureza e fim: visando assegurar o cumprimento da obrigação, terá necessariamente que deixar de existir se esta também o deixar, ser inválida se esta o for e ter conteúdo idêntico ao desta.

Como simples corolário desta conclusão, numa inversão lógica do raciocínio, retiram os citados autores a consequência que sendo a obrigação de aval autónoma e não acessória, então não poderá ser uma garantia de cumprimento de uma obrigação alheia.

A segunda conclusão, inovadora, defende que *“a nossa ordem jurídica reconhece outro tipo de garantias legais e convencionais (cf., nomeadamente, os arts. 426.º, 587.º, 913.º ss. e 931.º C.C.). E, a par do instituto da fiança, está hoje consagrada pela prática e reconhecida pela ordem jurídica como manifestação da autonomia privada a garantia autónoma, isto é, uma garantia que não se traduz, diferentemente do que acontece na fiança, numa obrigação de satisfazer uma dívida alheia e por isso necessariamente acessória desta, mas assegura ao seu beneficiário que um determinado resultado em si mesmo considerado se produzira”* (99). Um outro tipo de garantias em que se integra o aval.

Feita esta referência, que se impunha pelo contributo da mais recente doutrina portuguesa, independentemente da validade dos seus pressupostos e conclusões — em especial, a necessidade de protesto da letra para se accionar o avalista do aceitante — poderá trazer para o tema em estudo, remete-se a sua análise, e apenas no que nos respeita, para o tratamento da questão da natureza jurídica da obrigação de garantia bancária autónoma.

1938/39, II, p. 36 ss., 90 s., citado por PAULO SENDIM e EVARISTO MENDES; op. cit., p. 38.

(99) Op. cit., p. 42.

3.1.3. Confronto com a garantia bancária autónoma.

Independentemente da posição que se assuma sobre a natureza do aval, a obrigação do avalista é diferente da obrigação a que se vincula o garante na garantia bancária autónoma.

É claro que serão mais significativas as diferenças para os defensores da tese tradicional do que para os que entendem o aval como uma garantia de tipo diferente da de cumprimento de uma obrigação alheia. E mesmo isto só é certo se se admitir a existência desta “nova” figura da “*garantia não obrigacional de resultado*”, de que a garantia bancária autónoma seria uma espécie.

De qualquer forma, são duas as diferenças fundamentais. Em primeiro lugar, a autonomia do aval é mais limitada do que a da garantia bancária autónoma, que não sendo absoluta, é uma autonomia “pura”: é a maior autonomia possível e permitida pelo Direito, só limitada ao nível superior dos princípios fundamentais e imperativos do “*ius cogens*”. Pelo contrário, a autonomia do aval é imperfeita, limitada desde logo pela própria natureza da obrigação garantida que, incorporada num título de crédito, impõe a transmissibilidade da sua invalidade formal à obrigação do avalista (32.º II/2.ª parte da LU). Concretizando, enquanto o avalista pode usar as exceções decorrentes de um vício de forma da obrigação avalizada, o garante, na garantia bancária autónoma, não o pode fazer, mantendo-se a sua obrigação válida apesar da alegada invalidade formal da obrigação do devedor principal.

E se a este nível o aval, apesar de tudo, se encontra mais próximo da garantia bancária autónoma do que da fiança — distanciada devido à sua acessoriedade essencial — não restam dúvidas que as posições se invertem no que respeita à estrutura dos institutos, o que na prática os torna inconfundíveis: o aval consiste numa declaração escrita num título de crédito (letras, livranças, cheques e extractos de facturas), em que o avalista, garante por um dos subscriptores o pagamento de obrigação naquele incorporada, enquanto a garantia bancária autónoma resulta de um verdadeiro contrato celebrado entre o garante, normalmente um banco, e um beneficiário.

4. O depósito de dinheiro ou outros valores como penhor.

4.1. Preliminares: as garantias reais.

Nas garantias reais há um reforço qualitativo da garantia na medida em que conferem ao credor uma posição de vantagem relativamente a certos e determinados bens do devedor ou de terceiro. As garantias reais consistem, assim, na afectação de determinados bens, normalmente do devedor mas também podem ser de um terceiro, ao pagamento preferencial do crédito.

A lei admite vários tipos de garantias reais: a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, os privilégios creditórios, o direito de retenção, a penhora e o arresto.

Por força do n.º 2 do art. 666.º do CC “*é havido como penhor o depósito a que se refere o n.º 1 do artigo 623.º*”, ou seja, o “*depósito de dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos*”.

4.2. Noção.

Com especial interesse para a matéria objecto deste estudo é exactamente esta figura do “*depósito de dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos*”. Pode mesmo dizer-se que, apesar da “autonomização científica” ter sido feita à custa da fiança, foi a partir da figura do depósito de valores que a prática comercial criou e desenvolveu a figura da garantia bancária autónoma.

Na verdade, este depósito de dinheiro ou outros valores pelo devedor nas mãos do credor é uma modalidade de garantia especial das obrigações que, apesar de garantia real, se aproxima da garantia bancária autónoma. Nesta, especialmente se tratar de uma “*garantia à primeira solicitação*”, tudo se passa do ponto de vista do credor-beneficiário como se tivesse, sem ter realmente, “*dinheiro depositado à sua ordem*”.

O depósito de dinheiro ou valores, pela segurança com que tutela a posição do credor que permite ultrapassar algumas fragilidades da fiança e inconvenientes do aval, tem uma importante aceitação. O que se justifica porque em caso de diferendo entre

devedor e credor, sustentando o primeiro, depositante, que nada deve e o segundo, depositário, o contrário, é ao depositante que cabe demandar o segundo e provar o que alega reclamando a restituição do depósito. Esta inversão de posições é claramente vantajosa para o credor.

No entanto, o depósito de dinheiro ou valores tem também desvantagens consideráveis, quer para o devedor quer para o credor, por implicar um congelamento dos valores depositados. O devedor que deposita os valores deixa de os poder rentabilizar, o mesmo acontecendo ao credor que só lhes tem verdadeiramente acesso se e quando o devedor não cumprir a sua obrigação.

Foi esta desvantagem de paralização económica dos valores depositados que impediu a figura de se desenvolver como a garantia preferida do comércio internacional e que abriu caminho à criação pela autonomia privada das garantias bancárias autónomas, com vantagens para todos os intervenientes: o devedor deixa de ter que realizar um depósito, pagando apenas uma retribuição pelo serviço prestado pelo banco garante; o credor (beneficiário da garantia) que não vê a sua posição alterada desde que a garantia autónoma seja automática; e o banco garante que além da retribuição que cobra, não se vê envolvido em controvérsias entre devedor e credor.

4.3. *Confronto com a garantia bancária autónoma.*

A distinção entre a garantia bancária autónoma e o depósito salta aos olhos: na primeira, ao contrário do que se passa no segundo, o devedor não entrega à guarda do garante qualquer valor patrimonial para assegurar o direito do credor. Limita-se antes a celebrar com o garante um contrato de mandato (sem representação) pelo qual este se obriga a celebrar com o credor um contrato autónomo de garantia.

É certo que há transferências patrimoniais do devedor para o garante (o pagamento dos serviços prestados pelo garante já que este mandato é oneroso e o eventual exercício do direito de regresso pelo garante contra o dador da ordem), mas nem é isso que se passa no depósito, em que o depositário se limita a guardar

os valores depositados para garantir o cumprimento da obrigação, devolvendo-os ao devedor em caso de cumprimento ou entregando-os ao credor no caso contrário.

5. A abertura de crédito documentário.

5.1. *Caracterização geral.*

Na abertura de crédito documentário, o banco garante obriga-se, por mandato do comprador, “a pagar o preço (ao vendedor) logo que receba os documentos previstos ⁽¹⁰⁰⁾”.

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

5.2. *Confronto com a garantia bancária autónoma.*

Apesar das proximidades entre as duas figuras, são claras as fronteiras que as separam.

Em primeiro lugar, a abertura de crédito documentário tem um âmbito mais restrito que a garantia bancária autónoma: só funciona como garantia de um contrato de compra e venda — “supõe uma venda, o que não é o caso da garantia autónoma, que pode respeitar a um contrato de outra natureza (ou até a uma obrigação não contratual) ⁽¹⁰¹⁾”.

Em segundo lugar, a garantia bancária autónoma pode não depender da recepção pelo banco garante de qualquer documento, ao contrário do que acontece na abertura de crédito

⁽¹⁰⁰⁾ GALVÃO TELLES, op. cit., p. 284.

⁽¹⁰¹⁾ GALVÃO TELLES, op. cit., p. 284.

documentário, mas simplesmente da interpelação do beneficiário — se for automática — ou da prova por este do incumprimento da obrigação do devedor. E assim, enquanto na garantia bancária autónoma o banco está numa posição passiva, esperando a interpelação do beneficiário, na abertura de crédito documentário o banco tem que tomar a iniciativa de pagar o preço logo que tiver em seu poder os documentos previstos.

Por último, apesar de nas duas figuras ser celebrado um contrato de mandato sem representação entre o devedor, como mandante, e o banco, como mandatário, é diferente o acto jurídico que o mandatário, por força deste contrato de mandato, se obriga a praticar. No caso da abertura de crédito documentário obriga-se a pagar o preço devido pelo devedor-mandante no contrato de compra e venda de base. Diferentemente, na garantia bancária autónoma, o mandatário-garante obriga-se a celebrar com o credor-beneficiário um contrato autónomo de garantia. E é este novo contrato que é a fonte, e não o contrato de mandato, da obrigação autónoma do garante de, não de pagar um preço, mas de entregar, nos termos acordados, uma quantia pecuniária ao beneficiário.

Pelo exposto, a diferença entre as duas figuras parece não passar por o garante *“não actua(r) no cumprimento de um mandato, mas como verdadeiro garante de determinado contrato, e só no momento em que tal pagamento lhe for exigido”* ⁽¹⁰²⁾. Isto porque, por um lado, a função última da abertura de crédito documentário é também, como na garantia bancária autónoma, a de garantir o cumprimento duma obrigação (do comprador de pagar o preço). E por outro, porque, em rigor, o garante não se obriga na garantia bancária autónoma a realizar um pagamento, a pagar um preço, mas simplesmente a entregar ao beneficiário uma quantia pecuniária determinada a título de garantia e não a título de pagamento ⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰²⁾ Como parece defender GALVÃO TELLES op. cit., p. 284.

⁽¹⁰³⁾ Por vezes, fala-se em “pagamento” pelo garante. Aceita-se a expressão, apesar da sua falta de rigor, por uma questão de comodidade de linguagem.

IV — O PROBLEMA DA ADMISSIBILIDADE DO CONTRATO AUTÓNOMO DA GARANTIA, EM ESPECIAL COM A CLÁUSULA “ON FIRST DEMAND”, NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA.

1. Enunciado da problema: um negócio jurídico causal ou abstracto?

O contrato autónomo de garantia, mesmo com a cláusula “*on first demand*” foi mais do que admitido verdadeiramente adoptado pelos tribunais, num interessante “*fenómeno jurisprudencial*”, e reconhecido com indisfarçável entusiasmo pela doutrina, numa atitude só explicável por um genuíno receio, face ao sucesso da sua difusão na prática do comércio jurídico, de uma “*revolta dos factos contra o Código*” (104).

Tudo isto se fez, no entanto, com a controvérsia própria de quem receia também o “*esmagamento do Direito pelos factos*” (105). Uma controvérsia, aliás, nunca clara e definitivamente resolvida de tal forma que se repercute hoje nalguns dos novos problemas da figura, como adiante se verá, e que se centra na definição e compreensão dos conceitos de autonomia e abstracção, tendo por base a discussão que dramaticamente vem ocupando a cultura jurídica europeia em torno da noção de causa.

Pertencendo, assim, ao passado a questão da admissibilidade do contrato autónomo de garantia, resolvida quase apriorística e unanimemente num sentido afirmativo, permanece porém actual a diversidade das vias percorridas para chegar a tal conclusão, como se mantém também necessariamente viva a controvérsia sobre a causalidade ou abstracção do contrato autónomo de garantia. Uma actualidade que não resulta apenas de uma exigência dogmática, mas sobretudo de um imperativo imposto pelas novas dúvidas que a prática levanta à figura.

Não seria próprio deste estudo uma teoria sobre a causa do negócio jurídico em geral ou do que aqui tratamos em particular,

(104) ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 21.

(105) SIMÕES PATRÍCIO, op. cit., p. 271.

pelo que nos propomos apenas, conscientes das limitações próprias, resumir, sem deixar de levantar algumas interrogações, as posições assumidas pela doutrina e jurisprudência estrangeiras primeiro e nacionais depois, sobre a questão que tem sido maioritariamente entendida como decisiva para a admissibilidade da figura da garantia bancária autónoma: a de saber se o contrato autónomo de garantia é um negócio causal ou um negócio abstracto.

Resta sublinhar que não sendo, em rigor, esta questão exclusiva da modalidade automática da garantia bancária autónoma, a que inclui a cláusula “*on first demand*”, é no entanto sobre esta, pelo reforço da autonomia que ela representa, que em grande parte a controvérsia da questão se tem centrado.

2. Soluções em direito comparado.

Na Alemanha, a garantia bancária autónoma (*Garantievertrag*) foi pacificamente aceite, o que se compreende face à admissibilidade jurisprudencial e doutrinária do negócio abstracto com base no princípio da liberdade contratual, consagrado no § 305.º do BGB. Deste modo, como afirma BENATTI, citado por SIMÕES PATRÍCIO ⁽¹⁰⁶⁾, a controvérsia sobre o carácter causal ou não do contrato autónomo de garantia “*incide apenas sobre a respectiva disciplina, mas é irrelevante a propósito da sua validade*”.

E quando esta questão de regime surge, os tribunais, segundo YVES POLLET ⁽¹⁰⁷⁾, optam pela abstracção, considerada no sentido de que o carácter obrigatório do compromisso do garante é desligado do carácter obrigatório da prestação do dador da ordem resultante da relação de base e que se justifica pela função, “*o sentido e o fim*” da garantia bancária autónoma. Uma função da garantia bancária autónoma que, segundo o mesmo autor,

⁽¹⁰⁶⁾ Op. cit., p. 683.

⁽¹⁰⁷⁾ YVES POULLET, “La Jurisprudence Recente em Matière de Garantie Bancaire dans les Contrats Internationaux”, in “Banca, Borsa e Titoli di Crédito”, Milano, 1982, Ano XLV, Fasc. III, pp. 404 e s.

é definida pelos tribunais germânicos como de “*permettre une realisation rapide de la demande fondée sur la garantie*” e “*de maintenir la banque em dehors de tout litige entre le client et le beneficiaire de la garantie*”.

Em França, a questão dividiu tanto a doutrina como a jurisprudência, que durante décadas sentiram dificuldade, pela inadmissibilidade dos negócios abstractos (princípio de que toda a obrigação tem que ter uma causa — 1108.º e 1131.º do Code Civil) e pela associação da autonomia à abstracção, em aceitar a figura do contrato de garantia como diferente da fiança. A “*Cour d’Appel*” de Paris começou por, em 1967, admitir o tipo negocial abstracto, no que foi seguida por outros tribunais. No entanto, em 1973, deu razão a um banco francês permitindo-lhe recorrer à regra da acessoriedade prevista do art. 2036.º do Code Civil. Em 1980, o “*Tribunal de Grande Instance*” de Paris retomou a primeira orientação.

Mas em 20 de Dezembro de 1982 a “*Cour de Cassation*” (108) veio finalmente tomar posição, que parece decisiva e apoiada pela doutrina (109), considerando que a garantia bancária à primeira solicitação não constitui uma fiança, mas uma garantia autónoma, e que tem uma natureza causal. Causa que é entendida tanto num sentido objectivo, o contrato base, como num subjectivo, a vontade do exportador de realizar a operação. Foi esta decisão, e outra da mesma data no mesmo sentido, que “*ont fait entrer la garantie a première demande dans le droit français*”, na expressão de VASSEUR (110), em comentário a estas decisões.

Interessante é, ainda, notar que esta natureza causal da garantia bancária autónoma tem permitido à jurisprudência francesa justificar certos limites que hoje reconhece à autonomia: a garantia não pode ser solicitada apenas com base em dificuldades relativas à relação garantida e o desaparecimento desta relação garantida justifica a extinção do contrato de garantia.

(108) In “*Revue Trimestrelle de Droit Commercial*», n.º 3, ano de 1983.

(109) Nomeadamente por VILLEREY, VASSEUR; BERLOZ; GAVALDA e STOUFFLET, citados por POULLET, op. cit., p.407, nota n.º 61.

(110) Citado por ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 21.

Em Itália, onde as dúvidas francesas têm também sentido, face ao art. 1325.º n.º 2 do CC italiano — exige tal como o 1108.º do Code Civil que o negócio tenha uma causa — é adoptada, não sem algumas reservas e variantes, a tese da causalidade. A jurisprudência acabou por admitir a autonomia do contrato de garantia, defender a natureza causal da garantia automática e sublinhar curiosamente que a autonomia do contrato de garantia se justifica pela sua causa ⁽¹¹¹⁾. Isto não significa, no entanto, que a questão seja completamente pacífica — dividindo-se os tribunais, mesmo muito recentemente, entre a tese da abstracção e consequente nulidade do contrato de garantia e a tese da causalidade e consequente validade do mesmo ⁽¹¹²⁾.

A doutrina, por sua vez, adoptou também o carácter causal do contrato de garantia sublinhando como faz PORTALE ⁽¹¹³⁾ que a aversão residual ao reconhecimento da licitude do contrato com cláusula “*de pagamento a prima riciesta*” se reconduz a um equívoco: “*quello di pensare che la promessa «astratta» di garanzia possa provocare spostamenti patrimoniali privi di «giusta causa»*”. Um equívoco desfeito hoje, segundo o mesmo autor, se se considerar: a) o fundamento económico da atribuição

⁽¹¹¹⁾ Nomeadamente por VILLEREY, VASSEUR; BERLOZ; GAVALDA e STOUFFLET, citados por POULLET, op. cit., p.407, nota n.º 61.

⁽¹¹²⁾ Tribunal de Milão, 27 de Maio de 1985: “o contrato de autónomo de garantia é um negócio abstracto que deve ser sempre considerado nulo”; Tribunal de Milão, 22 de Janeiro de 1987 que reconduz o contrato em questão a uma fiança. Duas sentenças citadas por Giuseppe B. Portale (“La Garanzie Bancarie Internazionali (Questioni)”, in “Banca, Borsa e Titoli di Crédito, Milano”, 1988, Ano LI, Fasc. I, pp. 1 e ss) para demonstrar a controvérsia que ainda atinge a figura. Mais recentemente foram publicadas, no entanto, uma série de sentenças em sentido contrário de que são exemplos as sentenças do Tribunal de Milão de 22 de Setembro de 1986, 9 de Outubro de 1986 e de 13 de Dezembro de 1987, do Tribunal de Recurso de Milão de 4 de Março de 1988 em que se afirma expressamente que “il contrato autonomo di garanzie e considerarsi lecito e valido”, recusando-se a respectiva ilicitude por força do princípio da tipicidade da promessa unilateral do art. 1987.º do C.C. por se considerar este inaplicável a um contrato como em questão em que as partes indicam o objectivo prosseguido e em que a respectiva prestação encontra o seu fundamento num outro contrato “allo stesso storicamente collegato” (in “Banca, Borsa e Titoli di Crédito”, Milano, 1988, Ano LI, Fasc. IV, p. 608.

⁽¹¹³⁾ G. PORTALE, “Nuovi Sviluppi del Contratto Autonomo di Garanzia”, in “Banca, Borsa e Titoli di Crédito”, Milano, 1985, Ano XLVIII, Fasc. II, p. 175.

patrimonial do garante ao beneficiário reside no contrato de mandato celebrado com um terceiro e no próprio contrato garante-beneficiário, e, ainda por outro lado, a razão pela qual o beneficiário deve receber a atribuição patrimonial reside no contrato de base celebrado entre ele e um terceiro; b) o beneficiário que tenha recebido a garantia fica exposto a uma *conditio indebiti* a favor do garante ou o terceiro pela qual é recuperado o que indevidamente foi transferido indevidamente através da garantia.

Na Bélgica, a jurisprudência, seguindo a doutrina, começou por afirmar o carácter abstracto da garantia bancária automática. No entanto, em 1981, o tribunal de recurso de Bruxelas, optou pela natureza causal e pela validade do contrato de garantia, definindo a sua causa como “*a vontade do garante de cumprir a sua obrigação para com o mandante, designadamente tendo em vista perceber as comissões que por este lhe são devidas*” (114).

Na Grã-Bretanha, os tribunais tem optado pela natureza abstracta da figura, aceitando no entanto a sua validade. Quanto aos riscos, resolvem a questão com habitual pragmatismo anglo-saxónico: “*it’s a risk a businessman as to take*”. Pertence, aliás, a um juiz inglês KERR a célebre expressão já citada que serve hoje de bandeira à garantia bancária “*on first demand*” e que a classifica como o “*sangue da vida do comércio internacional*” (“*the life-blood of international commerce*”).

Finalmente, nos Estados Unidos da América e Canadá, a legislação bancária proíbe expressamente os bancos de subscrerem “*performance bonds*”, o que normalmente é repetido nos estatutos destas instituições. O que não as impede de chegarem ao mesmo resultado — sobretudo no caso de contratos internacionais de construção civil no Medio Oriente — através da emissão de “*standby letters of credit*”, pagáveis “*on first demand*”. Tem entendido a doutrina (115) que “*são equivalentes as finalidades de cada um destes tipos negociais práticos e que o seu regime é substancialmente coincidente*”. É aliás interessante notar que

(114) Tradução de SIMÕES PATRÍCIO, op. cit., p. 691, a partir do citado estudo de POULLET, p. 406.

(115) EISEMANN, BONTOUX, KUNZ, KOZOLCHYK, citados por SIMÕES PATRÍCIO, op. cit., p. 685.

uma das novas questões da garantia bancária autónoma, a da admissibilidade da providência cautelar de bloqueio do pagamento accionada pelo mandante, teve como uma das principais sedes os tribunais norte-americanos durante a crise da guerra entre o Irão e o Iraque.

Em suma, nos sistemas jurídicos, como o germânico, em que a abstracção do negócio jurídico é admitida, o contrato autónomo de garantia é tido como abstracto e válido, e naqueles, como o francês e o italiano, em que a abstracção é proibida fora dos casos previstos na lei, esse contrato é entendido como um negócio jurídico causal e assim também válido.

3. Posição da doutrina portuguesa.

Uma vez que o ordenamento jurídico português, tal como o francês e o italiano, consagra no que respeita à fiança o princípio da acessoriedade (627.º n.º 2 do CC) e proíbe os negócios abstractos que a lei expressamente não consinta (proibição que resulta pacificamente do art. 458.º do CC), seria de esperar que a polémica se instalasse também entre nós.

Acontece, porém que a doutrina portuguesa defende maioritariamente a tese da causalidade do contrato autónomo de garantia que encontra o seu “*fundamento jurídico-positivo, indubitavelmente, no art. 405.º do Cod. Civil*” (116), ou seja, no princípio da liberdade contratual. Por muito diferentes que sejam os caminhos escolhidos, os autores portugueses acabam por chegar, em definitivo, à mesma conclusão: “*não temos dúvidas em afirmar a validade das garantias automáticas no sistema jurídico português*” (117).

O ponto de partida para a defesa do carácter causal do negócio é comum: a questão, em rigor, não é real, porque assenta num equívoco de termos e de conceitos: a garantia bancária autónoma

(116) ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 27.

(117) ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 22.

“*on first demand*” é autónoma porque é independente da relação principal, e não porque é abstracta, sem causa ⁽¹¹⁸⁾.

O equívoco resulta, como defendem ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, da confusão, conceitual e até terminológica, entre autonomia e abstracção. “O *facto de a garantia automática se «abstrair» das vicissitudes do contrato-base significa apenas que esta garantia, diferentemente da fiança, não é acessória, antes autónoma — o que não significa, porém, que seja um negócio abstracto, sem causa.*” ⁽¹¹⁹⁾ A autonomia significa que o contrato de garantia é independente do contrato-base, de tal modo que as vicissitudes deste não se transmitem àquele, não podendo o garante usar os meios de defesa (opor ao beneficiário as excepções) do devedor na relação principal. Mas isto não significa, de forma alguma, que o contrato de garantia não tenha uma causa. É clara a distinção feita, a este respeito, por FERRER CORREIA: “*saber se a garantia vale ou não e se subsiste ou não, apesar da invalidade ou extinção do contrato-base, é problema que nada tem a ver com a causalidade ou abstracção da primeira, e sim com a autonomia ou acessoriedade em relação ao segundo*”.

E qual é então, para esta doutrina maioritária, a causa do contrato autónomo de garantia? A resposta surge quase em uníssono: a causa do contrato autónomo de garantia é a *função de garantia* que está *objectivada* no respectivo contrato de garantia.

Foi FERRER CORREIA ⁽¹²⁰⁾ que defendeu pela primeira vez o carácter causal da garantia bancária, afirmando que lhe corresponde “*um fim, que vem a ser o escopo de garantia. «É nele que reside a «causa» do negócio.(...) O contrato de garantia exerce uma função de garantia — e não pelo menos de forma principal, uma função de pagamento*”. Função de garantia, causa do contrato, concretizada na obrigação assumida pelo banco garante perante o beneficiário “*de o isentar dos danos inerentes à*

⁽¹¹⁸⁾ No mesmo sentido H. VASSEUR e alguma doutrina austríaca, citado por SIMÕES PATRÍCIO, op. cit., p. 688, distinguem também cautelosamente entre a autonomia e a abstracção. Divide-se esta doutrina sobre o que seja a causa da garantia: o contrato-base que é garantido ou a vontade contratual.

⁽¹¹⁹⁾ ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 27.

⁽¹²⁰⁾ FERRER CORREIA, op. cit., p. 12.

verificação de um acontecimento possível — o não cumprimento do contrato pelo outro contraente, o não cumprimento pontual, o não cumprimento nos precisos termos acordados". Uma tese que não fica, no entanto, completamente clara uma vez que o mesmo autor acaba por acrescentar que "o contrato de garantia tem como fundamento aqueloutro negócio jurídico de que procede a obrigação garantia (...) este último negócio constitui pressuposto do primeiro — a sua causa, hoc sensu". Não fazendo aparentemente sentido distinguir entre causa da garantia e causa do contrato, qual o alcance de apontar simultaneamente como causa a função de garantia e o contrato-base?

Os passos posteriores dados pela doutrina vieram responder a esta questão. GALVÃO TELLES ⁽¹²¹⁾ veio rejeitar frontalmente a tese francesa da causalidade, expressa em parte da solução de FERRER CORREIA, que entende a garantia autónoma como um negócio causal porque tem a sua justificação no contrato-base: "*Na lógica de tal raciocínio, todos os negócios jurídicos seriam causais porque todos têm, uma justificação, salvo casos anómalos*".

Para este autor, o contrato de garantia é um negócio jurídico causal, porque (tal como a fiança que também é causal) "*visa uma função de garantia e essa função, que constitui a sua causa, está objectivada no respectivo contrato*". Assim, a garantia autónoma e a fiança são negócios causais porque estão objectivamente vinculadas a uma função de garantia.

Confirmando a linha de GALVÃO TELLES, ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO ⁽¹²²⁾, concluíram que contrato de garantia é um verdadeiro negócio causal porque a sua causa, a sua finalidade económico-social, reside precisamente em "*garantir determinado contrato-base*". Uma finalidade *objectivada* na carta de garantia e nos contratos — entre o devedor e credor e entre o primeiro e o banco — que a precedem.

Em suma, para esta doutrina maioritária, o contrato autónomo de garantia é simultaneamente autónomo e causal. É autó-

⁽¹²¹⁾ GALVÃO TELLES — op. cit., pp.287 e s.

⁽¹²²⁾ ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit..

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

Contra estas conclusões se levantou apenas a voz isolada de um autor, SIMÕES PATRÍCIO, que defendendo a natureza abstracta do contrato autónomo de garantia, acaba, no entanto, por concluir pela validade deste na ordem jurídica portuguesa devido, segundo preconiza, à inaplicabilidade subsidiária à garantia autónoma internacional, por se tratar de uma uma figura do direito comercial internacional, da proibição legal do negócio abstracto estabelecida pelo art. 458.º do CC português.

De reter, sobretudo, os argumentos apresentados por SIMÕES PATRÍCIO para defender a tese da abstracção. Partindo do princípio que o negócio abstracto é “*o negócio abstraído da sua causa*”, e sendo esta (causa final) entendida como “*o interesse juridicamente atendível prosseguido pelas partes*”, conclue que “*negócio abstracto será, praticamente, aquele em que à parte credora não pode ser oposta qualquer excepção baseada na carência ou na irregularidade do seu interesse na prestação prometida*”.

Uma tese que terá tanto mais interesse quanto se parece basear num estudo fundamental de VAZ SERRA ⁽¹²³⁾ sobre os negócios abstractos e que deu, em grande medida, origem a solução legal sobre a matéria prevista no citado art. 458.º do CC.

Pela sua importância para este estudo, seja-nos permitido destacar três ideias fundamentais defendidas por VAZ SERRA sobre esta matéria.

Em primeiro lugar, “*negócio abstracto, afirma o citado autor, não quer dizer, em absoluto, negócio independente de causa. Os negócios abstractos, como os outros, tem uma causa;*

(123) VAZ SERRA — “Negócios Abstractos”, in BMJ, n.º 83, Fev. 1959.

mas o direito, para facilitar a mobilidade da vida económica, [«de uma forma artificiosa» (124)] aceita que sejam feitos valer sem alegação ou demonstração da sua causa e sem se sujeitar o autor a que lhe sejam opostas todas as excepções baseadas na causa. No entanto, a fim de reagir contra o enriquecimento injustificado do credor, algumas medidas podem ser postas à disposição do devedor, como o enriquecimento sem causa. (...) O negócio é separado, abstraído do convénio causal: é um negócio abstracto» (125).

Parece evidente a contradição entre esta ideia e o argumento utilizado pela doutrina maioritária para distinguir entre abstracção e autonomia para, assim, justificar o carácter simultaneamente autónomo e causal do contrato autónomo de garantia.

Em segundo lugar, tentando precisar o conceito de causa, VAZ SERRA distingue entre dois resultados que se pretendem conseguir mediante a declaração de vontade: *“um imediato, que é o enriquecimento de outra pessoa, e outro, mediato ou indirecto, o qual, segundo a ordem jurídica, pode ser obtido através daquele. Este resultado jurídico, indirecto ou mediato, é a causa que interessa para o efeito aqui em vista, e pode ser definido como sendo o fim especial típico expresso no conteúdo do negócio ou como a função económico-social típica do negócio”*. Entre as várias causas possíveis (*causa solvendi, causa credenci, causa donandi, causa novandi*), VAZ SERRA admite também a de *“garantir uma dívida”*, acrescentando ainda que o efeito mediato ou indirecto do negócio só deve produzir-se *“quando as partes convencionaram que tal efeito se verificasse”* (126).

Finalmente, e em terceiro lugar, respondendo à questão fundamental da admissibilidade do negócio abstracto — será o princípio da autonomia da vontade bastante para essa admissibilidade, ou será necessária norma legal a permitir, dada a perigosidade do negócio abstracto por facilitar o enriquecimento sem causa — VAZ SERRA adopta uma posição restritiva: não só não deve ser

(124) VAZ SERRA, op. cit., p. 8.

(125) VAZ SERRA, op. cit., pp. 5 e ss.

(126) VAZ SERRA, op. cit., pp. 10 e s.

admitido o negócio abstracto fora dos casos previstos na lei (ao contrário do que acontece no direito alemão) como não se deve estabelecer a regra de que a causa se presume até prova em contrário (regra do art. 1132 do Code Civil e do art. 1121 do CC italiano de 1865, mas omitida no de 1941): cabe, assim, “*ao contraente, que invoca o contrato, o ónus de provar a sua causa*”, evitando-se assim “*que se faça valer um contrato destituído de causa ou com causa ilícita ou imoral*”. Foi esta a solução que veio a ser admitida no art. 458º do CC que estabelece apenas a presunção para o caso da promessa de cumprimento e reconhecimento de uma dívida.

Face as estas considerações, parece legítimo e oportuno levantar, para ponderação, algumas interrogações.

Partindo do princípio que o contrato autónomo de garantia é um negócio jurídico causal — sendo a sua causa a função de garantia da relação jurídica de base expressamente objectivada no próprio contrato de garantia — pois só o sendo é que será válido na nossa ordem jurídica, com que fundamento é que é admitida como característica deste contrato, usando um diferente termo (autonomia) aquilo parece ser próprio, na prática, da abstracção: a inoponibilidade pelo garante ao beneficiário das excepções relativas à causa ⁽¹²⁷⁾?

Não parece que esse fundamento possa simplesmente residir na autonomia da vontade ⁽¹²⁸⁾, uma vez que não foi esta considerada suficiente para afastar a proibição legal, fora dos casos previstos na lei, de negócios jurídicos abstractos. A autonomia da vontade permite às partes celebrar negócios jurídicos diferentes dos previstos na lei, mas não negócios abstractos. Logo, também, não poderá fundamentar a admissibilidade de se conseguir por

⁽¹²⁷⁾ Isto porque, em rigor, como resulta do citado estudo fundamental de VAZ SERRA a abstracção consiste em destacar o regime do acto das eventuais imperfeições da relação material subjacente, impedindo-se assim ao devedor a invocação de vícios ou quaisquer meios de defesa baseados nessa relação.

⁽¹²⁸⁾ Como parecem defender ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, citando BENATTI: “a garantia à primeira solicitação não se configura como um acto mudo acerca da causa, sucedendo apenas que, por vontade das partes, o seu relevo é reduzido nos limites previstos por elas próprias”.

outra via, a da autonomia, aquilo que a lei proíbe ao impedir a abstracção.

Poder-se-ia afirmar que a questão levantada parte de um erro de raciocínio: a causa do contrato autónomo de garantia não é a relação jurídica de base, mas garantia desta relação. Mesmo considerando a relevância de tal distinção, será difícil justificar a autonomia do contrato de garantia face à acessoriedade necessária não em termos de imperativo legal mas de exigência natural e lógica — da fiança. Tendo, tanto a fiança como o contrato de garantia, como causa a função de garantia da relação jurídica de base, porque razão é a fiança, por força dessa sua causa, necessária e essencialmente acessória, e o contrato de garantia, tendo a mesma causa, pelo contrário, é autónomo? Parece que, à partida, a causalidade, da fiança e do contrato de garantia, imporia a sua acessoriedade e afastaria a sua autonomia.

Poder-se-ia, por outro lado, afirmar que a dúvida resulta de uma diferente concepção da de VAZ SERRA sobre a causalidade e abstracção dos negócios jurídicos. Mas também isto não parece ser certo se atendermos à distinção feita por GALVÃO TELLES ⁽¹²⁹⁾ entre negócio causal e abstracto e a consequência que dela retira este autor: *“a validade do negócio causal depende da existência de uma causa (lícita). Enquanto a validade do negócio abstracto é independente da existência de uma causa (ou da sua ilicitude). Ora quem se prevalece de um negócio causal tem, em caso de dúvida, de provar a sua causa. Pelo contrário, quem invoca um negócio abstracto não tem que provar a causa, sendo aquele contra quem o negócio abstracto é invocado que tem o ónus de provar que não existe causa, ou que esta é ilícita,*

⁽¹²⁹⁾ GALVÃO TELLES — op. cit., pp. 287 e ss: “O negócio jurídico diz-se causal quando a sua causa esta nele objectivada, de tal modo que o negócio só pode ser utilizado para essa causa e não para qualquer outra (um contrato de compra e venda tem como causa nele objectivada essa compra e venda e não pode ser utilizado para outra como uma locação”. O negócio jurídico e abstracto sempre que não está vinculado a uma causa única, encontrando-se estruturado de forma a poder servir várias causas (o aceite de uma letra e em si um negócio jurídico que pode ter uma variedade de causas: a dívida pecuniária da relação subjacente pode resultar duma compra e venda, como de um mútuo ou de outra causa)”.

para deixar de cumprir a sua obrigação — o pagamento que constituiria um enriquecimento sem causa para a outra parte”.

Com estas interrogações não se pretende duvidar da inequívoca admissibilidade do contrato de garantia bancária autónoma na ordem jurídica portuguesa, mas simplesmente sublinhar algumas fragilidades, resultantes certamente da complexidade da noção de causa, que atingem a fórmula encontrada pela doutrina maioritária para a defender.

Enquanto estas fragilidades não forem ultrapassadas, o contrato autónomo de garantia continuará a debater-se, na prática, com dificuldades sérias de regime e com dúvidas legítimas sobre a sua validade. Dificuldades e dúvidas que não podem ser ultrapassadas apenas pela constatação realista de que se trata de um contrato “*largamente utilizado na prática dos negócios*”, pelo que se constituiu num “*tipo contratual de origem social ou jurisprudencial*”, na expressão célebre de BENATTI, uma vez que, como afirmava VAZ SERRA sobre o negócio abstracto, “*se bem que favoreça o tráfico jurídico, pela segurança que dá aos direitos, tem os seus perigos, por facilitar o enriquecimento sem causa*” (130). São estes perigos, ampliados pela indefinição dogmática da figura, concretizados nos riscos de abuso do beneficiário que poderão pôr em causa, num futuro próximo, a sua própria operacionalidade. E tanto é assim que se assiste hoje, como veremos, a um autêntico movimento de relativização da autonomia.

4. Posição da jurisprudência portuguesa.

Previa FERRER CORREIA (131), em 1982, face à inadmissibilidade dos negócios abstractos e ao princípio da acessoriedade que preside a outras garantias pessoais como a fiança, que não fosse isenta de dúvidas aceitação pelos tribunais portugueses da garantia bancária autónoma.

(130) VAZ SERRA, op. cit., pp. 23 e s.

(131) FERRER CORREIA, op.cit., p.18.

Não seria também de estranhar o silêncio da jurisprudência portuguesa sobre a matéria, uma vez que, por um lado, segundo indicações da doutrina estrangeira ⁽¹³²⁾, apenas cerca de 0,1% das garantias bancárias autónomas prestadas no comércio internacional desencadeiam litígios resolvidos por via judicial.

No entanto, a primeira referência, de que temos conhecimento, feita pela nossa jurisprudência ao contrato de garantia remonta a 1963. Com efeito, a Relação de Luanda ⁽¹³³⁾, por acórdão de 15-XI-1963, depois de discutir se o contrato celebrado pelas partes se tratava de uma fiança ou de uma retrofiança, acabou por qualificar como contrato de garantia o negócio jurídico pelo qual uma pessoa se obrigara verbalmente perante o sacador e endossante de uma letra “*a indemnizá-lo do que ele tivesse de desembolsar por efeito daquele endosso*”. “*Tendo o endossante pago ao Banco o montante da letra, pediu e obteve do suposto garante [que o Tribunal da Relação de Luanda considerou responsável] o que desembolsara*”. O tribunal optou pela referida qualificação citando ENNECCERUS-LEHMANN.

O mesmo Tribunal da Relação de Luanda pronunciou-se, pelo menos, por mais duas ocasiões sobre esta matéria. Uma através do Acórdão de 21.4.1966, citado por MOTA PINTO ⁽¹³⁴⁾ e em que, segundo este autor, a figura não é “*enquadrada e denominada com propriedade*”. E numa segunda, de que não temos a referência exacta, o Tribunal distingue com alguma ambiguidade o contrato de garantia da fiança, mas concluiu ser esta a figura existente no caso *sub judice*. Posição sobre a qual o Supremo Tribunal de Justiça não se chegou a pronunciar no seu acórdão de 23-XI-1971 ⁽¹³⁵⁾. Importa, no entanto, reter a passagem do

⁽¹³²⁾ WESTPALEN, “Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr”, Heidelberg, 1982, p. 125, citado por PORTALE, op. cit., p. 2, nota 3.

⁽¹³³⁾ Acs. R. Luanda, 167 (citado na Revista dos Tribunais, ano 90.º, n.º 1867, Janeiro de 1972, p. 35).

⁽¹³⁴⁾ MOTA PINTO, op. cit., p. 469, nota 1, in fine. Segundo o saudoso professor, este acórdão da Relação de Luanda de 21.4.1966 (Ac. Rel. Luanda, 1966, p. 266) refere-se aos seguintes factos: “numa cessão de quotas sociais, o cedente declara não existir responsabilidade social, além das escrituradas, garantindo a exactidão, na ordem dos factos, desta obrigação”.

⁽¹³⁵⁾ Revista dos Tribunais, ano 90.º, n.º 1867, Janeiro de 1972, p. 23.

Acórdão da Relação, citado pela decisão do Supremo, em que se nega a qualificação dos factos como contrato de garantia: *“Também não é contrato de garantia, visto os RR. não terem prometido responder, em qualquer caso, pelo risco emergente, para o apelante, de determinada empresa. Nem se vê que os RR. tivessem querido assumir perante ele uma obrigação com existência própria, totalmente independente da obrigação do devedor principal, ou tomar a seu cargo, em todos os casos, os danos que o apelante pudesse vir a sofrer”*. Acrescentando-se que *“em qualquer caso (...) o resultado por que as garantias responderiam seria o da cobrança, pelo que a garantia assumida mais se aproximaria da fiança, com a qual tem efectivamente afinidades, devendo, pois, aplicar-se o regime desta, ao menos onde houvesse analogia”*.

Estamos perante importantes referências jurisprudênciais que, como outras que certamente haverá, admitem, apesar das ambiguidades na distinção com a fiança (aplicando-lhe por analogia o regime desta), o *contrato de garantia* tal como este foi definido por VAZ SERRA a partir das posições assumidas pela doutrina germânica e em especial ENNECCERUS-LEHMANN: *“aquele (contrato) pelo qual alguém promete responder, no todo ou em parte, pelo risco que surge para a outra parte contratante em virtude de uma empresa — de qualquer espécie”*, assumindo ao contrário do que acontece na fiança em que se assume a responsabilidade pela dívida alheia, *“a obrigação de reparar um dano que a outra parte sofra em virtude da sua empresa, ou se garante um certo rendimento ou resultado”*.

Mais recentemente, como se referiu, a Relação do Porto, por Acórdão de 13 de Novembro de 1990 ⁽¹³⁶⁾, veio distinguir a fiança do contrato autónomo de garantia, definindo-o na linha das mais recentes posições da doutrina portuguesa.

Tratam-se, no entanto, de referências ou a uma forma ainda embrionária do contrato de garantia ou já ao contrato autónomo de garantia, tal como este é hoje concebido, mas ainda na sua modalidade simples ou sem cláusula *“on first demand”*.

⁽¹³⁶⁾ Ac. da Relação do Porto, de 13 de Novembro de 1990, in Colectânea de Jurisprudência, Ano XV — 1990, Tomo V, p. 187.

É, porém, a admissibilidade da sua modalidade mais apurada, a automática, que tem suscitado, como se referiu, maiores dúvidas e controvérsias.

E foi exactamente sobre esta que, finalmente (ao que sabemos pela primeira vez), a jurisprudência portuguesa se pronunciou através do Acórdão de 11 de Dezembro de 1990 do Tribunal da Relação de Lisboa⁽¹³⁷⁾ que concluiu pela admissibilidade na ordem jurídica portuguesa do contrato autónomo de garantia “*on first demand*”⁽¹³⁸⁾.

São duas as conclusões fundamentais deste Acórdão que importa destacar, no que respeita ao problema que aqui tratamos. A primeira que o “*contrato de garantia bancária (...), contrato inominado, fruto da autonomia privada que preside à formação dos contratos (art. 405.º do CC) e que entre nós ainda não teve consagração legislativa (...), é um negócio jurídico causal em certo sentido, por ter o escopo da garantia do contrato principal. Porém, ao contrário da fiança, não tem natureza acessória em relação ao contrato principal, mantendo antes, uma certa autonomia*”.

Afirma-se assim com toda a clareza e frontalidade a posição da doutrina (em especial, de FERRER CORREIA, cuja obra sobre a matéria é citada) portuguesa maioritária: o contrato autónomo de garantia é simultaneamente autónomo e causal. Ficamos apenas dúvidas sobre o alcance da expressão “*negócio jurídico causal, em certo sentido*”.

A segunda, que “*essas cláusulas (“de pagamento à primeira interpelação” ou “on first demand”)* não *ofendem os bons costu-*

(137) Colectânea de Jurisprudência, Ano XV — 1990, Tomo V, pp. 135 e ss.

(138) Em síntese, quanto aos factos provados, foi celebrado um contrato de empreitada entre a Sociedade Turística Trindade, SARL, como dona da obra, e a Sociedade Tecnifiltro, Lda, como empreiteira, tendo sido prestada pelo Banco Espírito Santo e Comercial de Lisboa (BESCL) uma garantia bancária a executar “ao primeiro pedido do beneficiário”, a pedido da Tecnifiltro e a favor de Soc. Turística Trindade, destinada a garantir o reembolso do pagamento antecipado, no valor de 30% da obra, feito por Soc. Turística Trindade à Tecnifiltro. Posteriormente, a Soc. Turística Trindade pôs fim ao contrato, facto que a Tecnifiltro deu conhecimento ao BESCL comunicando-lhe a extinção da garantia. O BESCL respondeu que não podia anular a garantia enquanto a Soc. Turística Trindade não o oficiasse nesse sentido. De seguida, esta sociedade solicitou ao BESCL o pagamento da garantia o que o banco fez de imediato.

mes, nem traduzem abuso do direito, porque até são usuais no comércio jurídico e em alguns casos de garantia de empreitadas de vulto.(...) As mesmas cláusulas também não ofendem o sentimento jurídico geral, porque, em última análise, as partes do contrato principal poderão sempre discutir em sede própria as causas e os efeitos do incumprimento contratual por parte do empreiteiro, se o houver, decorrendo daí o ressarcimento de qualquer prejuízo resultante da natureza autónoma da garantia bancária”.

É igualmente importante o alcance desta segunda conclusão uma vez que (já que o próprio Acórdão fizera a distinção entre a garantia bancária simples e a garantia bancária “*on first demand*”) vem reconhecer expressamente a admissibilidade da modalidade automática da garantia bancária autónoma. Apesar de parecer duvidosa a natureza dos argumentos com que se defende essa aceitação, ela poderá ser compreendida se se ponderarem duas considerações.

Por um lado, o Acórdão citado é, de certo modo, condicionado pelos argumentos em contrário utilizados nas alegações dos recorrentes, que insistiam no abuso de direito pelo beneficiário. Mas, sobretudo, e por outro lado, atente-se que a única tese frontalmente contrária à admissibilidade do contrato de garantia autónoma, maxime a automática, baseia-se em considerações de ordem pública. Partindo da ideia, aliás pouco pacífica, que o garante responde em termos mais onerosos que o devedor principal, consideram, os defensores desta tese, chocante este tipo de garantia por eliminar a acessoriedade co-natural a toda a garantia, elevada a princípio de ordem pública, na medida em que é a lei (1941.º do CC francês e 631.º do CC português) que determina a redução da fiança que exceda a dívida principal ou for contraída em condições mais onerosas que as dessa dívida. Melhor refutação desta tese foi, no entanto, já feita pela doutrina: que não parece a acessoriedade tratar-se de um princípio de ordem pública é desde logo demonstrado pelo facto de ser a própria lei que prevê excepções à regra (632.º, n.º 2 do CC) ⁽¹³⁹⁾.

(139) SIMÕES PATRÍCIO, op. cit., pp. 687 e s.

V — O PROBLEMA DA NATUREZA DA OBRIGAÇÃO DO GARANTE NO CONTRATO AUTÓNOMO DE GARANTIA.

1. Uma “obrigação de super-garantia”.

Atendendo às imprecisões e dúvidas a que se presta, por força da sua autonomia, a obrigação do garante no contrato autónomo de garantia, importa precisar, com o máximo de rigor possível, a natureza desta obrigação.

A relação jurídica obrigacional que se estabelece com a celebração do contrato autónomo de garantia, o facto jurídico que lhe serve de fonte, tem por sujeitos o beneficiário, como sujeito activo ou credor, e o garante, como sujeito passivo ou devedor. O objecto imediato ou directo desta relação jurídica, ou seja a actividade a que o devedor-garante se acha adstrito com vista à satisfação do interesse do credor-beneficiário, consiste na entrega em certas condições de uma determinada quantia pecuniária, enquanto o objecto imediato ou indirecto consiste no próprio dinheiro a entregar.

Diferente do objecto imediato desta relação obrigacional é a sua causa — a justificação da transferência patrimonial do garante para o beneficiário — que, como vimos, é identificada pela doutrina portuguesa na chamada *função de garantia*. A primeira questão que se coloca é a de saber o que é que se garante?

Afastada a hipótese de ser a entrega de uma quantia pecuniária ⁽¹⁴⁰⁾ — porque esta é a conduta a que o garante se obriga, o objecto imediato da obrigação — tem a doutrina defendido, de uma forma vaga, que se garante “*um certo resultado, responsabilizando-se o garante pelo risco da não produção desse resultado*”.

⁽¹⁴⁰⁾ Discordamos assim da posição defendida no já citado Ac. Relação do Porto de 13 de Novembro de 1990: “ao contrário da fiança, o garante (num contrato de garantia) assegura ao beneficiário determinado resultado, o recebimento de uma certa quantia em dinheiro e terá de proporcionar-lhe esse resultado”. A entrega da soma pecuniária não é o resultado que se assegura, mas o objecto imediato da obrigação.

devedor assegura ao credor determinado resultado, assumindo o risco da não verificação do mesmo, qualquer que seja, em princípio, a sua causa.”

Embora atentas as diferenças entre contrato autónomo de garantia e cláusula de garantia — a autonomia do primeiro vs acessoriedade da segunda; garantia autónoma prestada por terceiro vs cláusula de garantia subscrita pelo devedor — será necessário considerar exactamente aquilo que, segundo PINTO MONTEIRO, as aproxima: a possibilidade de o credor poder exigir a indemnização dos danos sofridos, ainda que não haja culpa do devedor, mesmo que o cumprimento se tenha tornado impossível por força de circunstâncias exteriores, impossíveis de prevenir e/ou de superar. Ou seja, aquilo que é próprio de uma verdadeira obrigação de garantia, ao contrário de uma obrigação de resultado⁽¹⁴⁵⁾ e muito menos de uma obrigação de meios: o facto de nem a impossibilidade objectiva exonerar o devedor (da sua responsabilidade civil contratual), uma vez que assumiu o risco da não verificação do resultado ou efeito pretendido.

Parece ser correcto e esclarecedor este entendimento. O garante, através do contrato autónomo de garantia, assume, por conta do devedor mas em nome próprio, uma verdadeira obrigação de garantia, na medida em que assegura ao credor um determinado resultado (o cumprimento da obrigação de prestar do devedor), responsabilizando-se, independentemente da culpa do devedor, pela não verificação desse resultado. A obrigação a que se vincula é, assim, verdadeiramente indemnizatória, sendo assu-

⁽¹⁴⁵⁾ Sobre esta classificação das obrigações em obrigações de meios, de resultado e garantia, PINTO MONTEIRO segue de perto a fórmula de distinção de ALMEIDA COSTA, op. cit., pp, 886 e ss: obrigação de meios: “o devedor apenas se compromete a desenvolver prudente e diligentemente certa actividade para a obtenção de um determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza” — as impossibilidades objectiva e subjectiva não imputáveis liberam o devedor; obrigações de resultado: “o devedor está vinculado a conseguir um certo efeito útil” — só impossibilidade objectiva não imputável libera o devedor; obrigações de garantia: “o devedor promete ainda mais do que nas obrigações de resultado, pois assume o risco da não verificação do efeito pretendido. Assim, responde haja o que houver, não lhe sendo lícito invocar a causa estranha que tenha tornado a prestação impossível” — nem mesmo a impossibilidade objectiva não imputável libera o devedor.

mida mesmo que o incumprimento não seja imputável ao devedor por resultar de uma circunstância fortuita ou de força maior ⁽¹⁴⁶⁾.

Só que este desvio convencional às regras da obrigação de indemnização vai, no caso do contrato autónomo de garantia, ainda mais longe em dois aspectos. Em primeiro lugar, para além de se afastar, como se referiu, a necessidade de culpa do devedor — assume-se o risco de o incumprimento resultar de um caso de força maior —, ao fixar-se previamente a quantia a entregar pelo garante, opera-se uma liquidação prévia do dano dispensando-se o credor da sua prova, tal como acontece na cláusula penal. E em segundo lugar, «autonomiza-se» a obrigação de indemnização das vicissitudes da obrigação principal de prestar, ao fazer-se nascer a primeira obrigação na esfera jurídica de um terceiro, o garante, e em nome deste, que não a pode deixar de cumprir por força da não invocabilidade das excepções relativas à segunda obrigação.

Em suma, o contrato autónomo de garantia, reunindo em si virtudes conquistadas por outras figuras através da força quase mágica da *autonomia*, consegue uma tripla vantagem: fazer o devedor responder — indirectamente através do garante que tem depois direito de regresso — ainda que o incumprimento não lhe seja imputável mas devido a circunstâncias fortuitas ou de força maior, recolhendo assim as vantagens da cláusula de garantia; operar uma liquidação prévia do dano dispensando o credor da sua prova, fazendo assim sua uma vantagem própria da cláusula penal; e finalmente, tornar, na prática, independentes a obrigação principal de prestar e a obrigação de indemnização — uma vantagem que a doutrina portuguesa ⁽¹⁴⁷⁾ tem perseguido com muita controvérsia teórica e poucas consequências práticas.

⁽¹⁴⁶⁾ Esta responsabilidade objectiva pelo risco de incumprimento leva autores como MASTROPAOLO, op. cit., p. 562, a identificar a causa do contrato autónomo de garantia com a «assunção de um risco», o que cria dificuldades de distinção entre contrato e o contrato de seguro de crédito.

⁽¹⁴⁷⁾ GOMES DA SILVA — “O dever de prestar e o dever de indemnizar”, Vol. I, Lisboa, 1944. Nas suas conclusões escreve, a dado passo, GOMES DA SILVA: “O dever de indemnizar é distinto do dever de prestar: tem objecto, fim e fundamento diversos dos dêle. (...) Sendo independente do dever de prestar, o dever de indemnizar não se pode deduzir da existência dêle; para que seja imposto ao devedor é necessário que legal ou convencionalmente lhe sejam imputáveis os prejuízos de que êsse dever emerge”. Uma

2. Outro problema: uma garantia pessoal de cumprimento das obrigações ou uma “garantia não obrigacional de resultado”?

Outra questão distinta, apesar de interligada, e com um interesse mais teórico do que prático ⁽¹⁴⁸⁾, que se coloca é a de saber se o contrato autónomo de garantia é uma garantia especial e pessoal do cumprimento de uma obrigação ou uma garantia “não obrigacional” de resultado.

A posição absolutamente maioritária na doutrina portuguesa é a de que a garantia bancária autónoma, mesmo a automática, é uma verdadeira e própria garantia pessoal das obrigações. É esta a posição de ALMEIDA COSTA, que a identifica como uma “*garantia pessoal das obrigações no âmbito do direito mercantil*” ⁽¹⁴⁹⁾, e PINTO MONTEIRO, ao defini-la como uma “*garantia assumida por alguém (...) a fim de garantir o cumprimento das obrigações contratuais de terceiro*” ⁽¹⁵⁰⁾. “*Não terá a garantia, nos dois casos (fiança e garantia bancária autónoma), a mesma natureza, i. é, a natureza de garantia pessoal?*” pergunta por sua vez FERRER CORREIA, para responder: “*Sem dúvida*” ⁽¹⁵¹⁾. Finalmente, a mesma solução defende GALVÃO TELLES ao escrever que “*existem novas modalidades de garantia pessoal, pelo menos a garantia bancária autónoma, distinta daquelas outras (a fiança e o aval)*” ⁽¹⁵²⁾.

A consequência necessária desta posição, atendendo à forma como esta doutrina tem encarado as garantias pessoais das obri-

conclusão refutada pela doutrina portuguesa dominante, que defende, como GALVÃO TELLES (“Direito das Obrigações” — 5.ª Edição, Coimbra Editora, Lda, Coimbra, 1986, pp. 175 e s.), que “a obrigação de indemnização neste caso não é uma obrigação nova, nascida da infracção do vínculo preexistente. É a obrigação antiga, modificada quanto ao seu objecto. A relação obrigacional mantém-se a mesma.(...). A obrigação violada não se extingue para dar origem a outra: transforma-se.”

⁽¹⁴⁸⁾ Uma das implicações práticas desta questão poderia ser a da aplicabilidade ou não, por analogia, das regras sobre as garantias pessoais, em especial a fiança, à garantia bancária autónoma. Em princípio, esta aplicabilidade geral deve, no entanto, ser negada por força da autonomia do contrato autónomo de garantia.

⁽¹⁴⁹⁾ ALMEIDA COSTA, op. cit., pp. 744 e s, nota 3.

⁽¹⁵⁰⁾ PINTO MONTEIRO, op. cit. p. 272.

⁽¹⁵¹⁾ FERRER CORREIA, op. cit., p. 13.

⁽¹⁵²⁾ GALVÃO TELLES, op. cit., p. 277.

gações, terá que ser a seguinte: a garantia bancária autónoma, apesar das suas particularidades e em especial a autonomia, é uma garantia especial, destinada a ultrapassar as contingências da mera garantia comum (o património do devedor), *em que uma outra pessoa, além do devedor, pode ser compelida a cumprir a obrigação, (neste caso a obrigação de indemnizar, em que a de prestar se transforma), respondendo com o respectivo património*. Mais ainda: é uma garantia em que o garante é, em rigor, devedor, Só que a sua obrigação é uma obrigação de garantia, de tal forma que a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação é em primeira linha e no final do devedor principal, e tendo, por isso, o garante direito de regresso integral sobre o garante.

Contra esta posição maioritária, parecem pronunciar-se PAULO SENDIM e EVARISTO MENDES ⁽¹⁵³⁾ que, como se referiu a propósito do aval, dão como reconhecida a existência na nossa ordem jurídica “*para além das garantias obrigacionais do cumprimento de outras obrigações, de outro tipo de garantias, designadas por “não obrigacionais”: as garantias “de que determinado resultado se produzirá, de que certo bem tem determinada qualidade ou proporciona certo rendimento, etc., tornando-se o garante responsável pela eventual não produção desse resultado ou pela falta de qualidade ou rendimento assegurados”* ⁽¹⁵⁴⁾.

E o mais interessante é que para estes autores o reconhecimento pela nossa ordem jurídica destas “*garantias não obrigacionais*”, resultaria não só da lei, citando para tal os arts. 426.º, 587.º, 913.º ss. e 931.º do C.C., mas sobretudo porque está consagrada pela prática e reconhecida pela ordem jurídica portuguesa a própria garantia bancária autónoma, que seria assim — aliás como o aval — uma espécie deste diferente tipo de garantia.

Três argumentos poderão ser avançados em favor da admissibilidade deste carácter *não obrigacional* da garantia bancária autónoma.

⁽¹⁵³⁾ PAULO EVARISTO MENDES — Op. cit

⁽¹⁵⁴⁾ Op. cit., p. 13.

Em primeiro lugar, o reconhecimento legal deste tipo de garantia não obrigacional, operado, nomeadamente pelo art. 426.º do CC — o cedente que garante ao cessionário a existência da posição contratual transmitida; pelo art. 587.º do CC — o cedente que garante ao cessionário a existência e a exigibilidade do crédito; e pelo art. 921.º do CC — o vendedor que garante ao comprador o bom funcionamento da coisa vendida. Não estamos perante uma garantia de cumprimento de uma obrigação de outrem, mas de que certo bem existe ou tem certas qualidades.

Em segundo lugar, a sua autonomia. É um típico argumento *a contrario sensu*: se toda (a obrigação) de garantia do cumprimento de uma obrigação alheia é necessariamente acessória desta (como visa assegurar o cumprimento duma obrigação terá que deixar de existir se esta também o deixar, ser inválida se esta o for, e ter conteúdo idêntico ao desta), não sendo a garantia bancária acessória, mas autónoma, então não pode ser uma (obrigação) de garantia de cumprimento de outra obrigação.

E finalmente porque é possível conceber a figura da garantia bancária autónoma sem que exista uma obrigação subjacente. Será o caso de garantias bancárias prestadas para suportar os riscos de certos empreendimentos. Acontece por vezes que o resultado que se assegura consiste no pagamento pontual de uma obrigação. Mas em rigor, não se garante o cumprimento no caso de o devedor respectivo não cumprir. Apenas se declara que esse resultado — o cumprimento da obrigação — se produzirá, assumindo-se desde logo a responsabilidade pela sua eventual não produção.

Quanto ao primeiro argumento — o reconhecimento legal das “*garantias não obrigacionais*” — ele só provaria que estas garantias existem e não que a garantia bancária autónoma se integra nessa categoria. E mesmo esse reconhecimento legal, com a amplitude que lhe é atribuída pelos citados autores, não é inteiramente pacífico. Será interessante, aliás, notar que a referência feita por MOTA PINTO ⁽¹⁵⁵⁾ ao contrato de garantia, respeita não

⁽¹⁵⁵⁾ Op. cit., pp. 468 e s. Também VAZ SERRA refere com o contrato de garantia pode ser celebrado para garantia do “cumprimento do contrato assumida pelo cedente do crédito ou da posição contratual” (op. cit., p. 297).

à garantia pelo transmitente da posição contratual da existência da relação assumida pelo cessionário, mas precisamente à garantia, assumida pelo cedente perante o cessionário, do cumprimento das obrigações contratuais do cedido. Para garantir o *nomen bonum* pode, afirma este autor, “*ter-se celebrado um verdadeiro contrato de garantia da consecução de qualquer resultado conexo com o cumprimento do contrato*”. Ou seja, a garantia bancária autónoma, pelo menos, pode ser celebrada para garantir o cumprimento das obrigações.

Quanto ao segundo argumento, ele não procede não só porque a acessoriedade, como se referiu, não pode ser entendida como um imperativo de ordem pública — é a própria lei que lhe introduz excepções — das garantias das obrigações, mas sobretudo porque a autonomia não é, segundo a concepção adoptada, a face negativa da acessoriedade. Na ordem jurídica portuguesa, como nas restantes “causalistas”, a autonomia não pode significar a intrasmissibilidade da inexistência ou invalidade da obrigação garantida à obrigação de garantia. Se a causa do contrato autónomo de garantia é a sua função de garantir o contrato-base, a autonomia entre os dois significa apenas a inoponibilidade das vicissitudes controvertidas do segundo pelo garante. Por outras palavras, a autonomia significa a inoponibilidade da maioria das excepções referentes à relação jurídica de base. Mas não de todas as excepções: são oponíveis, como veremos de seguida, em geral as excepções sobre matérias não controvertidas e definitivas (v. g. a nulidade declarada por sentença transitada em julgado). Ora, se é a função de garantia, causa do contrato autónomo de garantia, que vem limitar e definir a autonomia, não é por a garantia ser autónoma que tem que deixar de ser entendida como garantia de cumprimento das obrigações.

Finalmente, afirma-se que a garantia bancária autónoma pode assegurar um resultado diferente do cumprimento de uma obrigação: “*quando alguém promete responder pelo risco de um certo empreendimento*”, ou “*a garantia de determinada quota-parte de lucros a distribuir pelos administradores*”, “*a garantia de determinado montante de comissões*”, “*a garantia de câmbios*”. Se assim for, a garantia bancária autónoma nestes

casos ⁽¹⁵⁶⁾ não será uma garantia pessoal de cumprimento das obrigações.

Pelo exposto, a utilidade final, que aliás admitimos não ser de grande relevância, para o tema em estudo, da distinção formulada — garantia de cumprimento das obrigações e garantias não obrigacionais de resultado — parece residir nas conclusões seguintes:

- Sempre, e será certamente a situação mais vulgar, que o resultado assegurado pela garantia bancária autónoma corresponder ao cumprimento de uma obrigação (de prestar ou de indemnizar), ela será uma garantia pessoal do cumprimento das obrigações. É, com efeito, duvidosa a utilidade da sua integração numa categoria diferente de “*garantias não obrigacionais*”. No máximo, poderemos admitir que com a garantia bancária autónoma se assiste a um desvio convencional da estrutura tradicional das garantias pessoais, estendendo ao garante certos riscos que passa uma vez a assegurar não apenas o cumprimento propriamente dito da obrigação de prestar, mas o direito do beneficiário à indemnização por incumprimento, por qualquer causa, dessa obrigação.
- Admitindo a possibilidade de o resultado assegurado ser diferente, também será de admitir que não pode a garantia bancária autónoma ser reduzida, nestes casos, a uma garantia especial pessoal do cumprimento das obrigações.

⁽¹⁵⁶⁾ E nestes casos, poderão colocar-se algumas dúvidas sobre a abstracção da obrigação assumida pelo garante. Dúvidas que não poderão ser liminarmente resolvidas pelo reconhecimento legal de algumas garantias “não obrigacionais”. A abstracção só é proibida quando não permitida por lei.

VI — O NOVO PROBLEMA DA GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA: A RELATIVIZAÇÃO DA AUTONOMIA.

1. Preliminares. Os perigos e os limites da autonomia e da automaticidade.

Um dos problemas mais delicados, e actualmente mais controvertidos da garantia bancária autónoma é o dos limites à sua autonomia. Um problema que se coloca com tal gravidade no caso da modalidade automática desta garantia — por elevar a autonomia a um estado de pureza máxima — que atenta contra o carácter quase “mágico” da cláusula “*on first demand*”.

Com efeito, é notória a preocupação da jurisprudência e da doutrina com o excessivo rigor do regime desta “*instituição sem alma*” (157), a garantia bancária autónoma “*on first demand*”. Um “*rigor draconiano*” na alarmante expressão de FERRER CORREIA (158), que coloca o garante e, sobretudo o devedor principal numa situação extremamente gravosa: vulnerável e indefeso perante o abuso do beneficiário (159). A fórmula de “*pagar primeiro e reclamar depois*” (160), abre as portas a exigências injustificadas de pagamento da garantia feitas pelo beneficiário de má fé ao banco emitente da garantia (161). Pode mesmo afirmar-se que são estes abusos e fraudes cometidos pelo benefi-

(157) Expressão de BOULOY, citado por PORTALE, op.cit. na nota anterior, p. 19, nota 39.

(158) Op. cit., p. 23.

(159) As “vantagens” do abuso para o beneficiário são superiores no caso de se tratar de um contrato internacional, devido, por um lado, à fraca probabilidade de sucesso de uma posterior acção de enriquecimento sem causa proposta num tribunal do seu país pelo mandante estrangeiro, ou, por outro, da difícil execução no seu país de uma sentença similar proferida por um tribunal do país do mandante estrangeiro, como sublinha Dario Loiacono, “La tutela Cautelare dell’Ordinante nelle Garanzie Bancarie Antonome: Recenti Tendenze”, in “Banca, Borsa e Titoli di Crédito”, Milano, 1986, Ano XLIX, Fasc. IV-V, p. 433.

(160) Que traz à memória a velha máxima do “matar primeiro e perguntar depois”, própria de um verdadeiro filme sobre o antigo Western norte-americano.

(161) Um perigo, no entanto, como adverte FERRER CORREIA, op. cit. p. 23, “ainda mais grave nos sistemas de «common law» do que na Alemanha e países latinos, já que o princípio da fraude (...) é de aplicação extremamente restrita.”

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

Mas para além destes riscos, uma outra razão impõe nos sistemas jurídicos *causalistas*, como o português, a relativização da autonomia: a causa do contrato autónomo de garantia (que é para a concepção dominante a função de garantir o contrato-base) amarra, para a vida ou para a morte, o primeiro contrato ao segundo.

É, por tudo isto, pacificamente aceite que a autonomia da garantia não é absoluta, mas limitada. A questão mais controversa é a de saber quais são rigorosamente esses limites que atingem a autonomia, sem ferir de morte a característica fundamental do instituto. “*Eliminar os riscos é impossível, mas atenuá-los é viável, sem atentar contra a essência do instituto*” escreve FERRER CORREIA ⁽¹⁶²⁾. O desafio reside, no fundo, em limitar a autonomia, para atenuar os seus perigos, mas sem a reduzir a uma espécie de «*accessorietà mascherata*», na expressão de RESCIGNO e PORTALE ⁽¹⁶³⁾, que eliminaria as reconhecidas vantagens desta garantia.

Que limites, pois, deverão ser admitidos à autonomia como forma de atenuar os riscos de abuso do beneficiário e defender o devedor-dador da ordem contra os perigos da automaticidade? O que é o mesmo que perguntar: que excepções poderá o garante opor ao beneficiário para se recusar a cumprir a sua obrigação

⁽¹⁶²⁾ Op. cit. 21 onde FERRER CORREIA preconiza, com originalidade, algumas soluções, que não sendo pacíficas, por retirarem de alguma forma o efeito útil imediato à cláusula “on first demand”, parecem perfeitamente legítimas por se basearem exactamente na liberdade contratual: a) Fazer depender a obrigação de pagar do banco da apresentação de certos documentos ou certificados sobre o facto constitutivo ou fazê-la, no extremo, depender de decisão arbitral (uma vez que a apresentação destes documentos não poderá significar que o beneficiário tenha que provar com eles o facto constitutivo do seu direito, parece-nos que se trata simplesmente de obrigar o beneficiário a produzir uma prova sumária, indiciatória, da existência desse facto, pelo que esta solução será apenas dissuasora de comportamentos abusivos); b) Acrescentar à cláusula “on first demand” expressões do género “se e quando o dano se verificar” ou “se o vendedor não efectuar a sua prestação”. Poderão, no entanto, surgir dúvidas sobre o verdadeiro sentido e alcance destas cláusulas.

⁽¹⁶³⁾ “Postilla — La nuova sentenza della Cassazione sul Garantievertrag” in “Banca, Borsa e Titoli di Crédito”, Milano, 1990, Ano XLIII, Fasc. I, p. 40.

sem que corra o risco de perder a chave-mestra da garantia bancária — a inoponibilidade das excepções?

Como veremos de seguida, estas excepções oponíveis são, além das do próprio contrato autónomo de garantia, de dois tipos, cujos contornos são ainda, e apesar dos esforços da jurisprudência, demasiado vagos: a excepção de fraude manifesta ou abuso evidente e a excepção de ilicitude da causa do contrato base. Um terceiro limite, baseado na mesma noção de fraude manifesta ou abuso evidente, traduz-se em medidas cautelares que permitem ao devedor-garantido “paralizar” ou “bloquear” o garante, prevenindo a inércia do garante no que respeita à primeira excepção.

2. A excepção da fraude manifesta ou abuso evidente.

Em primeiro lugar, é doutrina assente que o garante deve ⁽¹⁶⁴⁾, sob pena de perder o direito de regresso sobre o mandante, recusar o pagamento em caso de “*fraude manifesta ou de abuso evidente*” por parte do beneficiário. A razão é clara para ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO: “*há princípios cogentes de todo e qualquer ordenamento jurídico, que devem ser respeitados, não podendo as garantias automáticas violarem grosseiramente os referidos princípios*”. Princípios gerais que não podem deixar de ser os “*da boa fé e do abuso de direito*” ⁽¹⁶⁵⁾.

No direito comparado o fundamento positivo desta excepção do garante resulta “*já da boa fé, já dos usos honestos do comércio, já do abuso de direito, a «exceptio doli» ou a regra «fraus omnia corrumpit», já da teoria dos deveres de protecção a favor de terceiros*” ⁽¹⁶⁶⁾.

⁽¹⁶⁴⁾ É discutível se o banco garante está vinculado a um verdadeiro dever jurídico de recusar o pagamento da garantia (um dever de omissão, “*dovere di omissioni*”, “*Unterlassungspflicht*”) resultante do dever de protecção (“*Scultpflicht*”) dos interesses do mandante, ou se, simplesmente, como defende alguma doutrina com base na neutralidade do garante e na autonomia entre contrato de mandato e contrato de garantia, tem a faculdade de não o fazer, sendo certo que se o fizer perderá o direito de regresso contra o mandante. Sobre esta questão, com importantes implicações práticas, cfr. LOICANO, op. cit. p. 435, e PORTALE, op. cit., pp. 23 e ss.

⁽¹⁶⁵⁾ FERRER CORREIA, op. cit., p. 22.

⁽¹⁶⁶⁾ SIMÕES PATRÍCIO, op. cit. pp. 709 e s, citando BENATTI.

No nosso direito, resulta directamente do princípio da boa fé no cumprimento das obrigações e no exercício dos direitos (art. 762.º) e da proibição do abuso do direito (art. 334.º) que o beneficiário, parte do contrato autónomo de garantia, está vinculado a um verdadeiro dever de boa fé no cumprimento desse contrato, de comportamento leal e correcto, que o impede de reclamar abusivamente a garantia, pelo que o garante tem o direito de, neste caso, recusar tal pretensão.

Mas este limite intrínseco à autonomia da obrigação do garante também não é, ele próprio, absoluto, sob pena de se frustrar o objectivo da garantia. Assim, tem sido unanimemente defendido pela jurisprudência mais recente, procurando formular uma “tipização” destas excepções, que não basta ao garante a suspeita de *fraude manifesta ou abuso evidente* ⁽¹⁶⁷⁾ do beneficiário: exige-se que estes sejam inequívocos. A fórmula encontrada pelos tribunais foi a de fazer depender a legitimidade da recusa do garante do facto de este ter em seu poder *prova líquida e inequívoca* ⁽¹⁶⁸⁾ da fraude manifesta, do abuso evidente, da má fé patente do beneficiário.

Como exemplos destes casos-limite em que o garante é obrigado a recusar a entrega da quantia pecuniária fixada aponta a doutrina: “*se o beneficiário/importador solicitasse a garantia de execução do contrato, tendo o banco em seu poder, no entanto, certificado de desalfandegamento da mercadoria no país de destino*” ⁽¹⁶⁹⁾; “*em caso de declaração de inexistência do crédito garantido por sentença transitada em julgado*” ⁽¹⁷⁰⁾; “*na garan-*

⁽¹⁶⁷⁾ GALVÃO TELLES, op. cit., pp. 289 e s., parece preferir a expressão “má fé patente ou manifesta”.

⁽¹⁶⁸⁾ Prova líquida (“liquide Beweismittel”) como exigiram as sentenças dos tribunais de Apelação de Hamburgo, de 7.7.77, de Apelação de Francfurt, de 29.11.79, de Apelação de Saarbruck, de 23.1.81; ou prova líquida e inequívoca (“liquide und eindeutige”) como exigiu a sentença do Tribunal da Cassação austríaco, de 4.5.77; ou ainda na já célebre expressão do Tribunal de Paris, em várias decisões, quando o abuso do beneficiário “fere a vista” (“crève les yeux”). Todas citadas por ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 33, notas 38 a 44. E ainda “prova pronta e líquida” como exige, entre muitas outras, a decisão de 6.2.84 do Pretor de Milão, citado por, G. GRIPPO, op. cit., p. 87, ou ainda “prova chiare e liquide” na expressão do Pretor de Asti, in “Banca, Borsa e Titoli di Credito”, Milano, 1988, Ano XLII, Fasc. VI, p. 610.

⁽¹⁶⁹⁾ GALVÃO TELLES, op. cit., p. 290.

⁽¹⁷⁰⁾ FERRER CORREIA, op. cit., p. 16.

tia de reembolso, o facto de o garante poder demonstrar a restituição pelo mandante da quantia adiantada" (171); "*o facto de a reclamação do beneficiário apenas se verificar quanto a bancos de certa nacionalidade (americana), por directa ordem (política) das autoridades iranianas*" (172); "*no caso de o beneficiário solicitar a garantir apesar de o incumprimento do contrato de base lhe ser imputável por prova em poder do banco*" (173).

Têm-se levantado alguns problemas sobre este primeiro limite à autonomia. Em primeiro lugar, pergunta-se qual é rigorosamente o conceito de *fraude manifesta, ou abuso evidente, ou má fé patente*?

Como ficou demonstrado pelo estudo de YVES POULET (174) sobre a evolução da jurisprudência internacional em matéria de garantia bancária autónoma, encontra-se hoje ultrapassada a «*noção restritiva de fraude*» (175), adoptando-se uma «*concepção extensiva de fraude manifesta*» que permitiu à jurisprudência, em especial à alemã, enunciar o princípio segundo o qual "*existe fraude manifesta quando o recurso à garantia viola de forma evidente o equilíbrio de interesses efectivado pela operação comercial entre o mandante e o beneficiário*". Parece, pois, certa a conclusão de que existirá fraude, abuso ou má fé do beneficiário quando a sua interpelação for contrária ao equilíbrio da relação jurídica principal que a obrigação do garante visa garantir. É, de qualquer forma, uma noção vaga sendo visível na jurisprudência europeia a preocupação em encontrar uma «*tipologia de circunstâncias*» (176) que indiquem a existência de abuso evidente ou fraude manifesta.

Por último, refira-se que jurisprudência europeia tem insistido numa equiparação da fraude ao abuso, "*com o claro fim de fazer de excluir a subordinação da oponibilidade da excepção à*

(171) SIMÕES PATRÍCIO, op. cit., p. 710.

(172) SIMÕES PATRÍCIO, op. cit., p. 710.

(173) G. GRIPPO, op. cit., p. 88, referindo, a este propósito, duas decisões do Tribunal de Milão de 3.5.84 e de 20.10.83.

(174) YVES POULET, op. cit. pp. 409 e ss.

(175) Esta "noção restritiva de fraude", mais exigente, apoia-se, segundo POULET no precedente do crédito documentário.

(176) G. GRIPPO, op. cit., p. 89.

existência de intenção do beneficiário de provocar um dano ao mandante" (177).

Em segundo lugar, pergunta-se qual o sentido da expressão *prova líquida e inequívoca*? Que prova é esta?

Entre nós GALVÃO TELLES exige que esta prova seja *"prova documental em poder do banco"* (178). Há, no entanto, quem defenda como FERRER CORREIA citando CANARIS (179), que esta exigência de prova líquida e inequívoca em poder do garante deverá ser dispensada quando a fraude manifesta ou o abuso evidente for um facto público e notório. Neste caso, o garante é desde logo, mesmo sem ter em seu poder prova líquida e inequívoca, obrigado a recusar o pagamento da garantia.

Sobre este ponto controvertido pronunciou-se já a Jurisprudência portuguesa, no citado Acórdão de 13.12.90 do Tribunal da Relação de Lisboa, que seguindo a orientação de FERRER CORREIA defende que *"o Banco pode recusar o pagamento "on first demand", quando está em condições de prever cabalmente que o beneficiário sabe que a contraparte não deixou de cumprir, enquanto isto é um facto notório"* (180).

De rejeitar parece ser a posição mais restritiva que exige que, como prova líquida e inequívoca, o abuso ou a fraude sejam provados por *"sentença transitada em julgado ou de providência cautelar «definitiva»"* (181).

3. Medidas cautelares do devedor.

Acontece que a prática demonstra que os bancos, para defesa da sua própria reputação internacional (*credit standing*), preferem pagar logo que interpelados pelo beneficiário, não se preo-

(177) G. PORTALE — "La Garanzie Bancarie Internazionali (Questioni)", in "Banca, Borsa e Titoli di Crédito", Milano, 1988, Ano LI, Fasc. I, p. 21.

(178) GALVÃO TELLES, op. cit., p. 290.

(179) FERRER CORREIA, op. cit. p. 22; CANARIS, "Bankvertragsrecht" (1975), pp. 820 ss.

(180) Colectânea de Jurisprudência, Ano XV — 1990, Tomo V, p. 136.

(181) PORTALE, op. cit. p. 22.

cupando, na sua tentativa de se afastarem da controvérsia da relação subjacente, em procurar prova, ou mesmo considerar prova que possuem, de eventuais fraudes ou abusos do beneficiário. Com efeito, do ponto de vista do banco-garante é em alguns casos preferível pagar a garantia abusivamente exigida porque são menores os prejuízos da perda do direito de regresso — o seu único risco é a insolvência posterior do credor-beneficiário face a uma posterior acção para fazer valer o seu direito de repetição do indevido ⁽¹⁸²⁾ — do que os que resultam da recusa de pagamento para a sua reputação internacional.

Da constatação desta realidade tende a nascer, rodeado contudo de alguma controvérsia, o segundo limite à autonomia (que não é uma excepção a opor pelo garante mas que a ela pode conduzir): o devedor-garantido, no caso de ter em seu poder *prova líquida e inequívoca de fraude manifesta ou abuso evidente* do beneficiário, poderá instaurar, em sede judiciária ou arbitral,

⁽¹⁸²⁾ Um dos problemas mais recentes e interessantes relacionados com a garantia bancária autónoma, e que infelizmente sob pena de excessiva dispersão deste estudo não podemos tratar em profundidade, respeita à questão de saber quem tem legitimidade para propor uma acção (e que acção?) judicial contra o devedor-beneficiário que, apesar dos limites que tendem a ser impostos à autonomia, executou mal a garantia. Segundo PORTALE (op. cit., pp. 17 e ss.), a doutrina internacional defende maioritariamente que a legitimidade desta “azione di ripetizione” é, salvo casos marginais (v.g. pagamentos da garantia pelo banco em termos que retirem a este o direito de regresso contra do dador da ordem porque nomeadamente não opôs, como podia e devia, uma excepção de fraude) do devedor-dador da ordem e não do banco garante por força da autonomia do contrato de garantia. Para alguma doutrina minoritária germânica, porém, esta posição é demasiado rígida e injusta para o garante, sobretudo no caso de tendo ele direito de regresso não o consegue exercer por falência ou insolvência do devedor. Contra esta tese, PORTALE argumenta que se a falência ou insolvência for posterior ao pagamento da garantia, mas anterior ao exercício da “azione di ripetizione” e sendo assim o respectivo direito adquirido pelo dador da ordem, não se compreende como é que este direito se possa transferir da «massa falida» para o garante. Depois de PORTALE ter escrito estas palavras, uma decisão em sentido contrário sobre o assunto foi proferida pelo Tribunal de Milão, em 16.6.1988: considerou o tribunal que o banco garante que pretenda repetir o que haja pago indevidamente, deve primeiro exercer o direito de preferência contra o dador da ordem e depois “in caso di insolubilità di questo ma di fondamento delle sue ragioni, ossia di giustificato o inesistente inadempimento, alla parte che ha ricevuta la prestazione del garante, perché in tal caso quest’ultimo si sarebbe ingiustamente arricchito di quanto ricevuto in base al contratto autonomo di garanzia” in Banca, Borsa e Titoli di Crédito, Milano, 1990, Ano XLIII, Fasc. I, p. 2.

medidas inibitórias, de natureza cautelar ⁽¹⁸³⁾, destinadas a impedir o garante de pagar, e assim obrigá-lo a opor a respectiva excepção, ou o beneficiário de executar, ou de receber, a garantia. São medidas urgentes e provisórias com que o mandante procura defender a sua posição contra o abuso do beneficiário e a inércia do garante e que por isso podem ser dirigidas, cumulativa ou alternativamente, contra o beneficiário e contra o garante.

Atente-se que este poder do devedor-garantido de em caso de *fraude manifesta ou abuso evidente* do beneficiário “bloquear” o pagamento da garantia respeita uma exigência formal: não basta ao devedor, por força da independência entre os contratos de mandato e de garantia, dar ao garante uma ordem nesse sentido ⁽¹⁸⁴⁾, mas tem antes que instaurar em tribunal judicial ou arbitral a respectiva providência cautelar.

Também sobre estas medidas cautelares se têm levantado algumas dúvidas que traduzem a evolução da jurisprudência europeia dos últimos anos que, partindo de uma atitude de grande receptividade — quando não era ainda clara a distinção entre a garantia autónoma e fiança — a este tipo de medidas cautelares, evoluiu para uma posição mais restritiva.

A primeira respeita à própria admissibilidade destes procedimentos cautelares. São várias as objecções levantadas, tanto de natureza substancial como processual. Nestas últimas destaca-se a dúvida sobre qual *o direito* (como exige o art. 700.º do CPC italiano, à semelhança, aliás do art. 399.º do CPC português) do mandante que se pretende proteger através deste tipo de tutela de urgência. Para além de procurar interpretar extensivamente a exigência legal para protecção de interesses legítimos, defende a doutrina que no caso, de longe mais frequente, da medida cautelar

⁽¹⁸³⁾ São exemplos, em direito comparado: em França e na Bélgica, o “*référé*” e, se o devedor principal for simultaneamente credor do beneficiário, a “*saïse-arrêt*” (sobre a diferença entre os dois e as respectivas aplicações na área da garantia bancária autónoma, Vide Yves Pouillet, “*La Saisie Arrêt par le Donneur d’Ordre de la Créance Née d’un Crédit Documentaire ou d’une Garantie à Première Demande*”, in “*Banca, Borsa e Titoli di Credito*”, Milano, 1984, Ano XLVII, Fasc. I, pp. 47 e ss.); na Grã-Bretanha, a “*injunction*”; na Alemanha, a “*einstweilige vergung*”; em Itália, o “*provvedimento d’urgenza*”; na Holanda o “*korte geding*”.

⁽¹⁸⁴⁾ Citado por ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 21.

ser dirigida contra o garante, se pretenderia tutelar o direito correlativo ao dever de protecção pelo garante da esfera jurídica do devedor, a que se vincula o primeiro por força do contrato de mandato (185).

A segunda refere-se à prova a produzir pelo mandante. À partida, dado o carácter urgente e provisório destas providências não seria aqui necessário produzir uma *prova líquida e inequívoca* da fraude ou abuso do beneficiário, mas apenas uma prova *sumária e indiciatória*, com base na qual seria feito um juízo de probabilidade. Defende, porém, a jurisprudência alemã e austríaca, e também já a italiana, que nestas medidas cautelares, sob pena de relativização excessiva da autonomia, deve ser feita a mesma prova *líquida e inequívoca* exigida na excepção de fraude manifesta a opor pelo garante. Para fundamentarem esta exigência, em alguns casos contrária à própria lei processual, têm os tribunais recorrido àquilo a que chamam uma “*regra restritiva de direito jurisprudencial*” (“*regola restritiva di diritto giurisprudenziale*”; “*im Wegerichterlicher Rechtsfortbildung*”) imposta pela função da garantia bancária autónoma “à primeira solicitação” (186).

Por outro lado, exige ainda a jurisprudência, nomeadamente a italiana (Pretura di Roma, 15.10.88) (187), que deve ser provado o “*periculum in mora*” para o devedor-mandante. Isto apesar de ter sido abandonada a tese, defendida na Alemanha, segundo a qual o mandante nunca poderia ser prejudicado pela execução da garantia, uma vez que, sendo esta abusiva como prova líquida o demonstrava, seria o garante que perderia o seu direito de regresso.

Finalmente, discute-se a validade do «*pactum de non petendo*», como lhe chama a doutrina alemã, ou seja, a cláusula, expressa ou implícita no contrato de mandato, pela qual o dador da ordem renuncia previamente a estas medidas cautelares. Apesar de algumas decisões em contrário, a tendência jurispriu-

(185) G. PORTALE, op. cit., pp. 44 e ss.

(186) G. PORTALE, op. cit., p. 39.

(187) “Banca, Borsa e Titoli di Crédito”, Milano, 1990, Ano XLIII, Fasc. I, pp. 2 e ss.

dêncial parece ser a de considerar nula esta renúncia “*por contrária à ordem pública*” (Tribunal de Apelação de Paris).

4. A exceção da ilicitude da causa por violação da ordem pública.

Finalmente o último grande limite da autonomia resulta, de uma forma ainda mais controversa, do próprio *ius cogens*. Com efeito, para aqueles que defendem que a causa do contrato de garantia é o contrato base, ou a função de o garantir, se o contrato-base for ilícito por ofender a ordem pública ou os bons costumes, a ilicitude da causa do contrato-base transmite-se necessariamente ao contrato de garantia, que tem, por sua vez, por causa garantir esse primeiro contrato, pelo que a sua própria causa é também ilícita (188). É assim que para FERRER CORREIA, são casos-limite que obrigam o garante a recusar o pagamento ao beneficiário, não só as supra abordadas situações em que o garante tem *prova líquida e inequívoca da manifesta fraude ou abuso evidente* do beneficiário, mas também no caso de “*invalidade do negócio causal por ofensa dos bons costumes ou de lei imperativa*” (189).

A invocabilidade desta *exceção da ilicitude da causa por violação da ordem pública* não é, todavia, aceite pacificamente. Há quem defenda, como BENATTI (190), que esta exceção só é invocável em caso de violação da ordem pública internacional, e já não quando essa violação respeite à ordem pública interna do Estado do garante. Isto porque, a admitir tal exceção, estar-se-ia a frustrar a vontade das partes ao celebrar a garantia assegurando o crédito contra os riscos de certas medidas, próprias de convulsões políticas, como as restrições cambiais ou o confisco de créditos estrangeiros.

(188) Deste «contagio» da ilicitude da causa, leva MASTROPAOLO, op. cit., pp. 570 e s., a concluir que esta exceção é uma exceção oponível mas relativa, não ao contrato base, mas ao próprio contrato de garantia: é ilícita a sua causa de garantir um contrato com causa ilícita.

(189) FERRER CORREIA, op. cit., p. 16.

(190) Citado por SIMÕES PATRÍCIO, op. cit., p. 708.

SIMÕES PATRÍCIO recusa a distinção feita por BENATTI não só por duvidar do seu alcance científico e prático, mas sobretudo por força da ideia fundamental que *“as normas imperativas não podem ser afastadas seja aberta seja veladamente (fraude à lei) pela vontade das partes”* (191).

Parece correcta a posição do autor português. Exige, no entanto, o rigor que seja definido o alcance desta excepção por ilicitude da causa.

Apesar do debate que se trava actualmente nos sistemas jurídicos *“causalistas”*, como o francês e o belga e por isso com especial interesse para Portugal, sobre a incidência da nulidade e da caducidade do contrato-base no contrato autónomo de garantia, parece afirmar-se, com cada vez maior segurança, o princípio (192) segundo qual *“as excepções relativas à validade ou à caducidade do contrato de garantia não podem ser opostas ao beneficiário”*. Um princípio que sofre duas excepções.

A primeira, no caso de existir sentença transitada em julgado declarando essa invalidade ou caducidade. A exigência do beneficiário seria uma fraude manifesta, integrando-se nos casos supra definidos. Compreende-se que assim seja: se nada há já para discutir, porque a questão está definitivamente decidida, não faria sentido *“pagar primeiro e discutir depois”*.

A segunda, é exactamente o caso de ilicitude da causa do contrato principal (v. g., segundo MASTROPAOLO, um assassinio pago ou um fornecimento de droga) que se comunica ao contrato de garantia. Como afirmam ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO *“se o contrato garantido (o contrato-base) ofender a ordem pública ou os bons costumes, a ilicitude da causa acarreta a nulidade da garantia”* (193). Mas com um cuidado fundamental enunciado pela doutrina: a licitude da causa do contrato

(191) Op. cit. pp. 708 e s. Uma solução baseada nas regras da própria ordem jurídica nacional, nomeadamente no que respeita a uma operação de garantia que é nula quando “não tiverem sido respeitadas as normas cambiais”.

(192) Enunciado por G. PORTALE, (“Nuovi Sviluppi del Contratto Autonomo di Garanzia”, in “Banca, Borsa e Titoli di Crédito”, Milano, 1985, Ano XLVIII, Fasc. II, pp. 180 e ss.) cujas posições sobre a matéria, se seguem, no essencial sobre esta questão.

(193) ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 22.

base tem ser apreciada segundo a lei aplicável ao contrato de garantia (194).

Finalmente, impõe-se referir uma última precisão formulada por PORTALE (195): *“a nulidade do contrato base por violação de lei «económica» do país do devedor, mesmo que declarada por sentença transitada em julgado, não pode paralisar a pretensão do beneficiário (porque sujeita a outra lei): isto porque o contrato de garantia serve para defender o beneficiário-credor «contre tous les risques d’inexécution du contrat de base et spécialement combatte le choc en retour des dispositions de la législation du pays [du débiteur] qu’il ne connaît pas»*”. Não se vê como se possa contestar tão acertada doutrina.

VII — CONCLUSÕES.

Tudo visto e ponderado, poderemos formular sinteticamente as seguintes conclusões deste estudo:

a) A garantia bancária autónoma, em especial a automática, é a mais segura, eficaz e expedita das garantias prestadas no comércio internacional, e mesmo em algumas áreas do comércio interno, por ultrapassar as fragilidades próprias da fiança, com a sua essencial acessoriedade, do aval, com a sua limitada autonomia e dependência funcional em relação aos títulos de crédito, e do depósito, com o seu manifesto inconveniente anti-económico de paralização de riqueza, distinguindo-se ainda conceitualmente de todas estas figuras que lhe são afins.

b) A garantia bancária autónoma é prestada através da celebração de um contrato autónomo de garantia entre uma entidade (o garante), normalmente um banco — em cumprimento de um contrato de mandato sem representação em que é mandante o devedor de uma obrigação — e um beneficiário — titular do correlativo direito de crédito — pelo qual o primeiro, o garante, se

(194) BENATTI, VASSEUR, KOZIOL, todos citados por G. PORTALE, op. cit., p. 181, nota 28.

(195) Op. cit. pp. 182 e s.

obriga a entregar uma quantia pecuniária determinada ao segundo, o beneficiário, logo que, tratando-se duma garantia bancária autónoma simples, este prove o pressuposto da constituição do seu direito de crédito contra o garante — regra geral, o incumprimento da obrigação do devedor — ou, tratando-se de uma garantia bancária autónoma automática (que include a cláusula “*on first demand*”), o interpele simplesmente, pela forma acordada, para tal.

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

d) A automaticidade, atribuída pela inclusão no contrato autónomo de garantia da cláusula “*à primeira interpelação*” (“*on first demand*”), é uma característica eventual deste tipo de contrato, que não se confunde com a autonomia, apesar de a reforçar, e que se traduz na dispensa da prova pelo beneficiário do pressuposto da constituição do seu direito de crédito contra o garante, pelo que imprime ao cumprimento da obrigação deste um carácter imediato.

e) O contrato autónomo de garantia é um contrato inominado, cuja validade na ordem jurídica portuguesa se baseia no princípio da liberdade contratual (art. 405.º do CC) e na inaplicabilidade da proibição dos negócios jurídicos abstratos fora dos casos previstos na lei (art. 458.º do CC), por se tratar de um verdadeiro negócio jurídico causal, sendo a sua causa objectivada no mesmo contrato, como defende a doutrina maioritária e jurisprudência recente em Portugal, uma função de garantia de um interesse legítimo do beneficiário — regra geral, a satisfação de um direito de crédito — através do bom cumprimento da correlativa obrigação do devedor.

f) A autonomia, em especial a reforçada pela automaticidade, do contrato autónomo de garantia, não é absoluta, assis-

tindo-se actualmente a um movimento no sentido da sua relativização por três vias:

- a admissibilidade do dever (sob pena de perder o direito de regresso contra o mandante) de oposição pelo garante ao beneficiário da *excepção de fraude manifesta ou abuso evidente* deste na execução da garantia, desde que o garante tenha em seu poder *prova líquida e inequívoca* dessa fraude ou abuso, ou sejam estes um facto notório;
- a admissibilidade da instauração pelo mandante de *providencias cautelares*, urgentes e provisórias, em sede judicial, destinadas a impedir o garante de entregar a quantia pecuniária ao beneficiário ou este de a receber, desde que o mandante apresente *prova líquida e inequívoca* de fraude manifesta ou do abuso evidente do beneficiário.
- a admissibilidade do dever de oposição (sob pena de perder o seu direito de regresso contra o mandante) pelo garante ao beneficiário da *excepção da ilicitude da causa* por violação da ordem pública: sendo ilícito o objecto da garantia (v.g. um contrato de tráfico de droga) é ilícita a causa caução de garantia — do contrato autónomo de garantia.

g) A obrigação de garantia bancária autónoma a que se vincula o garante é uma verdadeira “*obrigação de garantia*”, pelo qual este assegura ao beneficiário um certo resultado — regra geral, o cumprimento correcto e pontual da obrigação de devedor — responsabilizando-se *pelo risco* da não produção desse resultado através da promessa de entrega de uma quantia pecuniária determinada, nos termos e condições acordadas, ao beneficiário.

h) A obrigação de garantia bancária autónoma é, assim, também uma obrigação com carácter indemnizatório, a que se vincula o garante, em seu nome mas por conta do mandante, com três desvios convencionais, introduzidos pela autonomia dessa obrigação, aos pressupostos da responsabilidade civil:

- tal como acontece na “*cláusula de garantia*” dispensa-se o requisito da culpa do devedor, pelo que a obrigação de indemnização se mantém mesmo que o incumprimento

- da obrigação de partes não lhe seja imputável por resultar de um *caso fortuito ou de força maior*.
- tal como acontece na “*cláusula penal*”, ao fixar-se previamente o montante da quantia pecuniária a entregar pelo garante, opera-se uma liquidação prévia do dano, pelo que se dispensa o credor da sua prova.
 - através da autonomia, com as limitações impostas pela causa e pelo princípio da boa fé e do abuso de direito, *separa-se a obrigação de prestar da obrigação de indemnizar*, que nasce como independente e própria na esfera jurídica do garante, e não, como nova ou como simples transformação da obrigação originária de prestar, na esfera jurídica do devedor-mandante.

BIBLIOGRAFIA:

- M. J. de ALMEIDA COSTA — *Direito das Obrigações*, Edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1991.
- M. J. de ALMEIDA COSTA e A. PINTO MONTEIRO — “*Garantias bancárias, contrato de garantia à primeira solicitação (parecer)*”, in Colectânea de Jurisprudência, Ano XI, 1986, t. 5, pp. 15 e ss.
- J. ANTUNES VARELA — *Das obrigações em geral*, Vol. I, 5.ª Edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1986.
- E. BRIGANTINI — “*Garanzie Personali Atipiche*”, in Banca, Borsa e Titoli di Crédito, Milano, 1988, Ano LI, Fasc. IV — V, pp. 573 e ss.
- M. BUSSOLETTI — “*Garanzie Bancaire*”, in Banca, Borsa e Titoli di Crédito, Milano, 1990, Ano LIII, Fasc. V, pp. 597 e ss.
- M. J. da COSTA GOMES — *O Contrato de Mandato*, in Direito das Obrigações (sobre a coordenação de António Menezes Cordeiro), 3.º Volume, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1991.
- A. FERRER CORREIA — “*Notas para o estudo da garantia bancária*”, in *Temas de direito comercial e direito internacional privado*, Coimbra 1989.
- I. GALVÃO TELLES — *Direito das Obrigações* — 5.ª Edição, Coimbra Editora L.ª, Coimbra, 1986.
- I. GALVÃO TELLES — “*Garantia Bancária Autónoma*”, in O Direito, ano 120.º, 1988, III-IV (Jul.-Dez.), pp. 275 e ss.
- M. GOMES DA SILVA — *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Vol. I, Livraria Petrony, Lisboa, 1944.
- G. GRIPPO — “*La Garanzia automática tra «tecnica» e «politica», tendenza della giurisprudenza*”, in Banca, Borsa e Titoli di Crédito, Milano, 1985, Ano XLVIII, Fasc. I, pp. 83 e ss.
- E. LEHMANN — *Derecho de Obligaciones*, 2.ª ed., Tomo II, 2.º vol., Barcelona 1966.

- D. LEITE CAMPOS — *Contrato a Favor de Terceiro*, Livraria Almedina, Coimbra, 1980.
- D. LOIACONO — «*La tutela Cautelare dell'Ordinante nelle Garanzie Bancarie Antonome: Recenti Tendenze*», in Banca, Borsa e Titoli di Crédito, Milano, 1986, Ano XLIX, Fasc. IV-V, pp. 431 e ss.
- F. MASTROPOLO — «*Pagamento a Prima Richiesta. Limiti alla inopponibilità delle eccezioni e problemi probatori*», in Banca, Borsa e Titoli di Crédito, Milano, 1990, Ano LIII, Fasc. V, pp. 553 e ss.
- C. A. da MOTA PINTO — *Cessão da posição contratual*, Atlântida Editora, Coimbra, 1970.
- F. PESSOA JORGE — *Direito das Obrigações*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1972 .
- F. PESSOA JORGE — *O Mandato sem Representação* — Edições Áctica, Lisboa, 1961.
- A. PINTO MONTEIRO — *Cláusula Penal e Indemnização*, Coleção Teses, Livraria Almedina, Coimbra, 1990.
- G. B. PORTALE — «*Il Contratto Autonomo di Garanzie nel Diritto Svizzero*», in Banca, Borsa e Titoli di Crédito, Milano, 1990, Ano LIII, Fasc. I, pp. 37 e ss.
- G.B. PORTALE — «*La Garanzie Bancarie Internazionali (Questioni)*», in Banca, Borsa e Titoli di Crédito, Milano, 1988, Ano LI, Fasc. I, pp. 1 e ss.
- G. B. PORTALE — «*Nuovi Sviluppi del Contratto Autonomo di Garanzian*, in Banca, Borsa e Titoli di Crédito, Milano, 1985, Ano XLVIII, Fasc. II, pp. 169 e ss.
- G.B. PORTALE — «*Postilla — La nuova sentenza della Cassazione sul Garantievertrag*» in Banca, Borsa e Titoli di Crédito, Milano, 1990, Ano XLIII, Fasc. I, p. 40.
- Y. POULLET — «*La Jurisprudence recente em Matière de Garantie Bancaire dans les Contrats Internationaux*», in Banca, Borsa e Titoli di Crédito, Milano, 1982, Ano XLV, Fasc. III, pp. 397 e ss.
- Y. POULLET — «*La Saise Arrêt par le Donneur d'Ordre de la Créance Née d'un Crédit Documentaire ou d'une Garantie à Première Demande*», in Banca, Borsa e Titoli di Crédito, Milano, 1984, Ano XLVII, Fasc. I, pp. 47 e ss.
- L. RADICATI DI BROZOLO — «*Adempimento del Debito Garantito di Pagamento a Vista e Senza Eccezioni*, in Banca, Borsa e Titoli di Crédito, Milano, 1988, Ano LI, Fasc. IV-V, pp. 383 e ss.
- L. RADICATI DI BROZOLO — «*Ancora sui Profili Internazionalistici delle Garanzie Bancarié*», in Banca, Borsa e Titoli di Crédito, Milano, 1986, Ano XLIX, Fasc. III, pp. 339 e ss.
- P. SENDIM E EVARISTO MENDES — *A Natureza do Aval e a Questão da Necessidade ou não de Protesto para Accionar o Avalista do Aceitante*, Almedina, Coimbra, 1991.
- J. SIMÕES PATRICIO — «*Preliminares sobre a Garantia «on first demand»*», in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 43, Vol. III, Dezembro de 1983.
- A. VAZ SERRA — «*Negócios Abstractos*», in BMJ, n.º 83, Fev. 1959.
- A. VAZ SERRA — «*Fiança e figuras análogas*», in BMJ, n.º 71, 1957, pp. 247 e ss.).
- D. VELLOZO FERREIRA — *Aceite Bancário — Garantia Bancária Autónoma*, Lisboa, Rei dos Livros, Lisboa, 1990.
- Colectânea de Jurisprudência, Ano XV — 1990, Tomo V, pp. 135 e ss, e 187 e ss.