

# A GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA NO ÂMBITO DAS GARANTIAS ESPECIAIS DAS OBRIGAÇÕES

*Pelo* Dr. Manuel Castelo Branco

## SUMÁRIO

- I — Advertência
- II — Garantia das obrigações
- III — Garantias reais
  - 1. Consignação de rendimentos
  - 2. Penhor
  - 3. Hipoteca
  - 4. Outras garantias
- IV — Garantias Pessoais
  - 1. Fiança
  - 2. Aval
- V — Garantia Bancária Autónoma
  - 1. Origens
  - 2. Tipos
  - 3. Garantia acessória e garantia autónoma
  - 4. Elementos essenciais
  - 5. Interpretação
  - 6. Duração e lei aplicável
  - 7. Execução da garantia
  - 8. Excepções oponíveis pelos bancos
  - 9. Jurisprudência Portuguesa

## I — Advertência

O presente trabalho destina-se a servir de suporte a uma pequena exposição proferida pelo autor, no âmbito de um Seminário dedicado às Garantias Bancárias e Financeiras, promovido pelo «Institute for International Research».

Por isso, na execução do trabalho teve-se em consideração o propósito deste tipo de conferências — proporcionar, a quem a elas assiste, uma síntese dos temas tratados tão simples e prática quanto possível. Daí que se tenham propositadamente evitado as discussões teóricas com menor interesse prático (veja-se, por exemplo, a discussão sobre a abstracção ou causalidade da garantia autónoma) e se tenha concentrado o esforço na síntese das diversas modalidades de garantias especiais das obrigações, designadamente da garantia autónoma.

Afinal é esta que constitui a matriz da esmagadora maioria das garantias prestadas pelas instituições financeiras.

Embora ainda não muito abundante, a doutrina sobre garantias bancárias em Portugal tem proliferado nos últimos tempos; igualmente, começam a ser publicadas decisões jurisprudenciais sobre questões submetidas aos tribunais portugueses. A final se dará nota resumida da jurisprudência e uma indicação da Bibliografia disponível.

## II — Garantia das obrigações

Nos termos do art. 817.º do Código Civil, «não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, tem o credor o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor.»

Nesta medida, diz-se que o património do devedor constitui a garantia geral, ou comum, dos credores.

Nos termos do art. 601.º do C.C., integram-se neste património, que serve de garantia geral aos credores, «todos os bens do devedor susceptíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios.»

Em princípio, portanto, respondem pela dívida todos os bens penhoráveis existentes no património do devedor, adquiridos antes ou depois da constituição da dívida.

Simultaneamente com esta garantia geral, podem-se constituir garantias especiais que tenham como objecto bens específicos do património do devedor ou bens de terceiro e que se destinam a assegurar, de modo particular, a satisfação dos direitos do credor.

Estas garantias podem ser pessoais ou reais.

*São garantias pessoais aquelas* em que outra ou outras pessoas, para além do devedor, respondem com os seus patrimónios pelo cumprimento da obrigação. É o caso da Fiança, do Aval e da Garantia Autónoma.

*São reais aquelas garantias* que constituem o credor no direito de se fazer pagar, com preferência sobre os demais credores, pelo valor ou pelos rendimentos de certos bens móveis ou imóveis do devedor ou de terceiro — é o caso do Penhor, da Hipoteca, dos Privilégios Creditórios, do Direito de Retenção, da Consignação de Rendimentos e, em certa medida, da Penhora e do Arresto.

### III — Garantias reais

Dado que o presente trabalho tem como objecto a descrição das garantias pessoais, com particular ênfase na garantia bancária, limitar-nos-emos a descrever sucintamente as modalidades de garantias reais tipificadas na lei.

#### 1) *Consignação de rendimentos*

Esta garantia, que vem regulada nos arts. 656.º e segs. do C.C., consiste na consignação dos rendimentos de certos bens imóveis, ou móveis sujeitos a registo, ao cumprimento de determinadas obrigações e/ou dos respectivos juros.

Constituída a garantia, o credor tem preferência sobre os outros credores, apenas no que respeita aos rendimentos consignados e não relativamente aos bens que os produzem. O devedor pode, assim, dispôr desses bens só que o direito de garantia, se registado, segue as transmissões operadas na coisa móvel ou

imóvel sendo, por isso, oponível a terceiros. A consignação extingue-se pelo decurso do prazo, pela extinção da obrigação garantida, pelo perecimento da coisa e pela renúncia do credor.

Quanto à forma da consignação de rendimentos, o acto constitutivo da consignação voluntária deve constar de escritura pública ou testamento, se respeitar a coisas imóveis, e de escrito particular, quando recaia sobre móveis.

## 2) *Penhor*

O penhor é o direito de garantia que, nos termos do art. 666.º do C.C., «confere ao credor o direito à satisfação do seu crédito, bem como dos juros se os houver, com preferência sobre os demais credores, pelo valor de certa coisa móvel, ou pelo valor de créditos ou outros direitos não susceptíveis de hipoteca pertencentes ao devedor ou a terceiro.» O depósito de dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos é havido como Penhor.

Pelo penhor o devedor garante o cumprimento de determinada obrigação afectando a ela bens, sua propriedade ou de terceiro, não susceptíveis de hipoteca.

Uma vez que a lei (C.C., art. 688.º) enumera taxativamente os bens que podem ser objecto de hipoteca concluir-se-á, a contrario sensu, que poderão ser objecto de penhor todos aqueles que não constem da enumeração contida nesse artigo. Os bens móveis sujeitos a registo (automóveis, navios e aviões) podem ser objecto de hipoteca, mas não de penhor, nos termos da alínea f) do art. 688.º do C.C.

Em certa medida, a garantia bancária autónoma constituiu um sucedâneo à figura do penhor na sua modalidade de depósito de dinheiro. Na verdade, como adiante se verá, o credor beneficiário da garantia goza, face ao banco garante, dos direitos de execução da garantia que fazem com que tudo se passasse como se o dinheiro da garantia «estivesse depositado à sua ordem».

O penhor, nesta modalidade de depósito em dinheiro, constitui a garantia por excelência, na medida em que o credor não terá dificuldades em realizar a sua prestação em caso de incumprimento do devedor. A grande desvantagem da figura do penhor está no facto de implicar o congelamento dos valores depositados.

Foi esta desvantagem que impediu esta figura de se desenvolver como garantia preferida do comércio internacional e que abriu caminho à criação, pela aplicação do princípio da liberdade contratual, das garantias bancárias autónomas, com vantagem aparente para todos os intervenientes.

### 3) *Hipoteca*

Nos termos do art. 686.º do C.C. «a hipoteca confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo.»

A hipoteca é, assim, um direito real de garantia que só pode ter como objecto bens imóveis, ou bens móveis por lei equiparados aos imóveis (automóveis, navios e aviões) e que está sujeito «a publicidade registral constitutiva».

As hipotecas podem, nos termos do art. 703.º do C.C., constituir-se por determinação da lei, por decisão judicial ou por acto jurídico, contratual ou unilateral.

O credor hipotecário pode executar o objecto da hipoteca, em caso de incumprimento da obrigação garantida beneficiando, nessa execução, de preferência sobre os credores comuns ou outros credores hipotecários cujo registo seja posterior.

A lei proíbe cláusulas de inalienabilidade dos bens hipotecados, estipulando que é nula a convenção que proíba o respectivo dono de alienar ou onerar os bens hipotecados. Permite, contudo, que convencie que o crédito hipotecário se vencerá logo que esses bens sejam alienados ou onerados.

De acordo com o art. 693.º do C.C., a hipoteca assegura, não só o pagamento do crédito como também dos «acessórios do crédito» que constem do registo. São eles os juros, limitados ao prazo de três anos, e as despesas judiciais de cobrança do crédito.

A hipoteca extingue-se (art. 730.º do C.C.) pela extinção da obrigação garantida, por prescrição, pelo perecimento da coisa hipotecada ou pela renúncia do credor.

Os bens hipotecados são transmissíveis, bem como em certos casos (art. 727.º do C.C.) a própria hipoteca, mas a garantia segue as transmissões operadas na coisa.

#### 4) *Outras garantias*

Os privilégios creditórios (art. 733.º e segs. do C.C.) o direito de retenção (art. 754.º do C.C.) o arresto (art. 402.º e segs. do C.P.C.), o arrolamento (art. 421.º e segs. do C.P.C.) e a penhora (art. 821.º e segs. do C.P.C.), os três últimos com fins cautelares ou instrumentais, constituem as restantes garantias reais (ou direitos reais de garantia como referem alguns autores) previstas na Lei Portuguesa.

### IV — **Garantias pessoais**

#### 1) *Fiança*

As garantias pessoais são aquelas em que, além do devedor principal, uma ou mais de uma pessoa, podem ser vinculadas a cumprir a obrigação, respondendo com os respectivos patrimónios.

Verifica-se deste modo um reforço quantitativo da garantia do credor, em resultado do aumento do número de potenciais devedores.

Mediante o recurso à figura da fiança, considerada como a garantia pessoal tipo, o fiador garante a satisfação do direito de crédito, ficando pessoalmente obrigado perante o credor. E responde com o seu património ou, no caso de as partes o convencionarem, com certos e determinados bens. Tal resulta do art. 627.º, n.º 1 do C.C..

Como diz A. VARELA, «o fiador não é apenas responsável; é também devedor, embora acessoriamente». A nova obrigação que nasce com a Fiança é, segundo VAZ SERRA, «a de responder porque a obrigação principal seja cumprida».

Sendo este o fim da fiança, entende-se que a principal característica desta, seja a sua acessoriedade em relação à obrigação principal.

Neste sentido a vontade de prestar fiança deve se expressamente declarada pela forma exigida para a obrigação principal. Assim o impõe o art. 628.º, n.º 1 do C.C.. Portanto, se para a obrigação principal, não for exigida forma especial, a vontade de pres-

tar fiança pode ser declarada verbalmente. A estipulação pelas partes, de uma forma especial para a obrigação principal, que a lei não exiga, só a elas vincula, tendo o mero fim de preservação dos seus interesses, e nada tem que ver com a prestação da fiança por terceiro.

Assim, por exemplo, a fiança de um empréstimo bancário, não está sujeita a forma especial por o não estar também a obrigação principal.

A acessoriedade deriva também do âmbito da fiança, na medida em que, a Fiança não pode exceder a dívida principal, nem ser contraída em condições mais onerosas. E se o for, não será nula, mas redutível aos termos da dívida afiançada (art. 631.º do C.C.).

A fiança, não é válida se o não for a obrigação principal (art. 632.º do C.C.). Aliás, a fiança tem o conteúdo da obrigação principal e cobre as consequências legais e contratuais da mora ou culpa do devedor.

Esta acessoriedade, no que concerne à sua existência e validade, é imperativa e necessária, estando intrinsecamente ligada ao instituto, de tal forma que as partes a não podem afastar.

Deparamos ainda com outras manifestações legais da acessoriedade da fiança em relação à obrigação principal, nos termos seguintes:

- a extinção da obrigação principal determina a extinção da Fiança (art. 651.º do C.C.);
- a natureza civil ou comercial da fiança depende da natureza da obrigação principal;
- o fiador pode opôr ao credor, além dos meios de defesa que lhe são próprios, aqueles que competem ao devedor, salvo se forem incompatíveis com a obrigação do fiador (art. 637.º do C.C.). Assim, o fiador poderá recusar o cumprimento enquanto o credor puder ser satisfeito por compensação com um crédito do devedor, ou ainda, quando o devedor tiver o direito de impugnar o negócio donde provém a sua obrigação.

Outra característica da fiança, mas já não considerada com essencial, é a da subsidiariedade. Traduz-se no designado benefício

da excussão, que consiste em o cumprimento da obrigação do fiador só se tornar exigível em relação ao credor, posteriormente a terem sido executados todos os bens do devedor e quando ainda não tenha sido satisfeito o respectivo crédito afiançado.

Poderá, aliás, ser o próprio fiador a exigir a excussão prévia de bens sobre os quais recaia garantia real, em caso de para a mesma dívida haver sido constituída garantia real por terceiro, contemporânea da fiança ou anterior a ela.

A subsidiariedade da fiança, corporizada no benefício da excussão, vem prevista nos arts. 638.º, n.º 1 e 639.º, n.º 1 do C.C..

No entanto, ao contrário do que sucede com a acessoriedade, a subsidiariedade pode ser afastada pelas partes, nos casos em que o fiador tiver renunciado previamente ao benefício da excussão, o que sucede imediatamente se assumiu a obrigação de principal pagador.

A subsidiariedade também não é característica da Fiança, quando a obrigação principal tiver natureza comercial. Estipula o art. 101.º do Código Comercial que, «todo o fiador de obrigação mercantil, ainda que não seja comerciante, será solidário com o respectivo afiançado».

Regra geral, a Fiança consubstancia um negócio gratuito. Tal não impede que as partes convençionem um negócio oneroso, sendo essa a sua intenção. Assim, a remuneração poderá ser acordada a cargo do devedor ou do credor, pela intervenção do fiador.

A Jurisprudência diverge, quanto à questão de considerar a Fiança com tendo de revestir necessariamente a natureza de contrato. Para certa Jurisprudência, a Fiança pode ter como fonte um negócio jurídico unilateral, não tendo que revestir a forma de contrato bilateral (RC, 30-6-1987: BMJ, 368.º-621; RC, 26-4-1988: BMJ, 376.º-673). Entendimento diferente, tem outra corrente jurisprudencial, que considera que, pelo contrário, a Fiança não pode ter como fonte um negócio jurídico unilateral, só podendo ser constituída por via de contrato (RC, 28-2-1989: BMJ, 384.º-670); RC, 5-7-1989: CJ, 4.º-50).

Normalmente, a Fiança resulta de um contrato celebrado entre fiador e credor, tendo em conta o facto de poder ser prestada sem conhecimento do devedor ou contra a vontade dele.



## 2) *Aval*

O aval consiste numa declaração escrita em certos títulos de crédito, tais como, letras, livranças ou cheques, em que uma pessoa (o avalista), garante ao valizado o pagamento total ou parcial da respectiva obrigação pecuniária.

O aval é pois a garantia específica para os títulos de crédito. É a garantia na circulação normal do título de crédito, a garantia de que ele será pago pontualmente. Esta garantia é dada por um terceiro ou mesmo por um signatário do título.

O aval, sendo uma garantia pessoal, distinta da fiança, caracteriza-se pelos aspectos seguintes:

a) é autónoma — a obrigação do avalista mantém-se, mesmo no caso de a obrigação que ele garantiu se nula (art. 32.º, II, 1.ª parte da Lei Uniforme).

b) mas de uma autonomia limitada — pela transmissibilidade da invalidade formal, de um vício de forma, da obrigação principal para a obrigação de aval, sendo atingida a validade desta (art. 32.º, II, 2.ª parte da Lei Uniforme).

Assim, ao contrário da fiança, que é essencialmente acessória, o aval é dentro de certos limites, uma obrigação dotada de autonomia. Tal autonomia decorre do facto de a nulidade substancial da obrigação principal não se repercutir na obrigação do avalista.

Mas esta autonomia, não deixa contudo de ter limites, uma vez que em caso de nulidade por vício de forma, a invalidade transmite-se para a obrigação do avalista, sendo afectada a própria validade do aval.

Pagando o dador do aval, fica sub-rogado nos direitos emergentes do título de crédito, contra a pessoa a favor de quem foi dado o aval e contra os obrigados para com esta em virtude do título de crédito.

Em conclusão, a finalidade do aval será, como na fiança, garantir o cumprimento da obrigação principal do avalizado. Fá-lo, no entanto, em termos consideravelmente mais enérgicos, em resultado de uma autonomia, ainda que limitada.

## V — Garantia bancária autónoma

### 1) *Origens*

As garantias reais, como o penhor e a hipoteca, constituíram durante muitos anos o instrumento privilegiado de protecção dos credores.

As garantias pessoais, como a fiança ou o aval, transportavam consigo a debilidade de dependerem das variações ocorridas no património geral do garante.

Mas as garantias reais sujeitavam o credor a um mecanismo complexo e moroso de realização do seu crédito que normalmente passava pela intervenção obrigatória do Tribunal; para além de estarem sujeitos a formalismos não compatíveis com a celeridade crescente do comércio internacional.

Para os agentes do comércio internacional, a garantia ideal seria aquela que tivesse natureza pessoal, fosse prestada por entidade financeiramente sólida e gozasse de autonomia em relação à obrigação principal, não dependendo das vicissitudes a que esta estivesse sujeita. O ideal seria que os bancos e instituições financeiras interviessem no mercado como garantes dos seus clientes e se predispusessem a prestar garantias de pagamento à primeira solicitação, sem invocar excepções de pagamento ligadas ao incumprimento, ou cumprimento defeituoso, dos contratos garantidos.

Em suma, para que o comércio internacional crescesse a ritmo enérgico, tornava-se necessário que os bancos de uma determinada praça assegurassem a terceiros, normalmente residentes em outras praças, o cumprimento das obrigações contratuais dos seus clientes, de forma autónoma e à primeira solicitação.

A utilização das garantias bancárias desenvolveu-se aceleradamente a partir de 1945 e, particularmente, depois da crise petrolífera de 1973.

Sem ter por base qualquer elaboração legislativa, doutrinal ou jurisprudencial prévia, as garantias bancárias apareceram como uma consequência das necessidades do comércio internacional.

Só recentemente os Tribunais se começaram a pronunciar, quer em Portugal, quer no estrangeiro, sobre a natureza e validade dessas garantias.

Por outro lado, as legislações dos diversos países não regulamentaram especificamente este tipo de garantias deixando às partes, e aos Tribunais, o papel de as interpretar no âmbito das disposições sobre garantias das obrigações em geral. Em alguns países, como os Estados Unidos da América, os bancos não são autorizados a emitir garantias bancárias, tendo-se caminhado para a criação de figuras sucedâneas como a «standby letter of credit» a que adiante se fará alusão.

Ao nível das instituições internacionais tem-se, contudo, desenvolvido esforços para criar regras uniformes que as partes adoptariam voluntariamente.

Assim, a Câmara de Comércio Internacional, com sede em Paris, aprovou em 1978 as Regras Uniformes sobre Garantias Contratuais. Estas regras prevêm a existência de uma «garantia acessória».

Porque foi muito limitado o uso, pelas partes, quer do instituto da «garantia acessória», quer do formulário sugerido por estas Regras Uniformes, a CCI promoveu a sua revisão.

O texto final desta revisão, datado de Abril de 1991, não se aplica às garantias acessórias mas apenas às garantias autónomas ou seja, aquelas que «pela sua natureza constituam negócios separados dos contratos em que possam estar baseadas».

Mau grado a oposição que este texto recebeu de algumas delegações, (como a Japonesa, que pretendia que as regras regulassem apenas a garantia acessória) parece claro que a instituição de regulamentação, ainda que meramente supletiva, para as garantias autónomas demonstra uma opção definitiva do «mundo dos negócios» por este tipo de garantia à primeira solicitação e pelo abandono do princípio da «accessoriedade» da garantia.

## 2) *Tipos de garantias bancárias*

Tendo em consideração a prática comercial, os textos publicados pela CCI (RU de 1978 e Revisão de 1991) e a escassa juris-

prudência existente, podemos estabelecer a seguinte tipologia para as garantias bancárias:

— *Bid Bonds* (Garantias de Subsistência da Oferta)

A instituição garante compromete-se a pagar uma quantia determinada se o mandante não assinar, e não cumprir com as formalidades prévias de assinatura, determinado contrato a que se obrigou.

É a garantia típica dos contratos de empreitada. A formalidade prévia, nestes casos, é normalmente a prestação, no momento da assinatura do contrato de empreitada, de uma outra garantia — a garantia da boa execução.

— *Performance Bonds* (Garantia de Boa Execução)

A instituição garante o pagamento de quantia determinada caso o mandante «não cumpra pontualmente as suas obrigações ou prestações contratuais».

É um tipo de garantia também tipicamente utilizada em contratos de empreitada, mas extensível a todos os contratos de prestação de serviços e de compra e venda.

— *Repayment Bonds* (Garantia de Reembolso)

A instituição garante ao beneficiário a restituição das quantias que o mandante tenha recebido.

Este tipo de garantia é muito utilizado em contratos-promessa de compra e venda para assegurar ao promitente-comprador a restituição do sinal.

— *Standby Letter of Credit*

Este tipo de garantias desenvolveu-se nos E.U.A. e no Canadá onde, devido a restrições legais à prestação de garantias pelos bancos, têm desempenhado a função de «first demand guarantee».

Formalmente as «standby letter of credit» são cartas de crédito e encontram-se já regulamentados na última versão (Revisão de 1983) das respectivas Regras e Usos Uniformes.

Este tipo de Cartas de Crédito são usualmente emitidas por um banco a favor de um beneficiário (comprador de bens ou serviços) por instruções de um cliente e mandante (vendedor ou fornecedor de bens ou serviços) garantindo ao beneficiário o

pagamento de determinada quantia, em dinheiro, no caso de incumprimento, ou cumprimento defeituoso, do contrato.

O Banco assume da obrigação de pagar, à primeira solicitação escrita sem dependência de qualquer prova de incumprimento e contra a entrega dos documentos especificados no texto da carta de crédito.

Alguns autores adicionaram a esta classificação outro tipo de garantias como as garantias de retenção (retention bonds) e as garantias e cumprimento (completion bonds). Contudo, umas e outras, parecem constituir sub-espécies dos quatro tipos assinalados.

Qualquer uma das garantias descritas pode ser prestada de forma autónoma, ou não. Isto é, a instituição garante pode condicionar a sua obrigação à verificação prévia de certos pressupostos (maxime a prova do incumprimento do mandante), ou constituir-se na obrigação de pagar independentemente das vicissitudes que possam ocorrer nas relações contratuais entre o mandante e o beneficiário.

Só a garantia prestada com total independência e «abstracção» do negócio que lhe deu causa constitui garantia autónoma à primeira solicitação (first demand). Só esta, como se disse, é objecto das Regras Uniformes propostas em 1991 pela CCI.

Finalmente, relembra-se algo que constitui a génese essencial das garantias bancárias — a obrigação por parte da instituição garante, de efectuar pagamentos em dinheiro ao beneficiário, a solicitação deste, mediante a apresentação, de pedido escrito e, eventualmente, dos documentos especificados no texto da garantia.

De entre os tipos de garantia descritos, a mais usada no comércio internacional é a garantia da boa execução.

### 3) *Garantia acessória e garantia autónoma*

No domínio da garantias pessoais prevalece o princípio da acessoriedade.

É esse, como se viu, o regime da fiança mesmo quando o fiador seja uma instituição bancária.

Como se disse atrás, a acessoriedade liga, funcionalmente, a garantia ao crédito garantido pelo que o regime do contrato celebrado entre o banco e o beneficiário está, em muitos dos seus aspectos, ligado e dependente do regime do contrato celebrado entre o beneficiário e o mandante do banco.

Sem querer insistir no que foi já dito, recorda-se apenas que:

- a garantia acessória (ou fiança bancária em sentido restrito) não é válida se a obrigação principal for inválida — C.C. art. 632.º, n.º 1.
- a sua forma é a da obrigação principal — C.C. art. 628.º, n.º 1.

Como afirma Menezes Cordeiro «nos finais do século passado, pôs-se a hipótese prática e teórica de surgir uma garantia bancária que não fosse afectada pelas vicissitudes da relação principal. Seria, pois, uma garantia autónoma, por oposição à garantia acessória exemplificada com a fiança. A questão foi despoletada na Alemanha, quer pelo dinamismo da sua vida económica, quer pela tradição de lidar, aí, com «obrigações abstractas» e, portanto, com obrigações independentes da sua causa ou fonte... A transposição das garantias autónomas para os países latinos ofereceu alguma controvérsia. Em França foi discutido se a acessoriedade das garantias não seria de ordem pública.»

Atenta a natureza do presente trabalho, não se efectuará qualquer digressão pelas discussões teóricas sobre o negócio abstracto e o negócio causal e as suas consequências no instituto da garantia bancária. Remetem-se os eventuais interessados para os trabalhos de Galvão Teles e Simões Patrício indicados no índice bibliográfico.

A este propósito cita-se, apenas, a conclusão de Galvão Teles:

«Tanto a garantia automática como a fiança são causais, porque ambas estão efectivamente vinculadas a uma função de garantia; mas a garantia automática é autónoma, porque independente da validade e subsistência do contrato base, ao passo que a fiança é acessória, porque subordinada a essa validade e subsistência.»

A lei portuguesa não prevê a figura da garantia autónoma.

Atento o princípio da liberdade contratual, e uma vez que a celebração de um contrato de garantia autónoma não é proibido

por lei, esta garantia surgiria, na opinião da doutrina, como um negócio atípico.

Hoje em dia esta figura da garantia autónoma é reconhecida nos países europeus e na América Latina. Só nos E.U.A. e no Canadá, por razões que se ligam com a regulamentação do exercício do comércio bancário, ela não é formalmente reconhecida — mas foi substituída por um sucedâneo, as «standby letters of credit» que se desenvolveram como um instrumento de financiamento com formas múltiplas e campo de aplicação muito mais vasto do que o das garantias autónomas». (Introdução às R.U. de 1991).

#### 4) *Elementos essenciais da garantia autónoma*

Nas palavras de Inocêncio Galvão Teles «a garantia autónoma é a garantia pela qual o banco que empresta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de alegada inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato base), sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com esse mesmo contrato».

Temos, assim, no âmbito da relação complexa abarcada pela garantia autónoma:

- um contrato base celebrado entre o mandante e o beneficiário, e pelo qual o mandante se obriga a fornecer certos bens ou serviços ou a executar determinada obra;
- um mandato pelo qual uma das partes (mandante) encarrega um banco de estipular uma garantia ao seu credor (beneficiário);
- um contrato de garantia pelo qual o banco (garante) se compromete a pagar, a favor do beneficiário, determinadas quantias à primeira solicitação deste.

De acordo com a definição contida nas Novas Regras Uniformes da C.C.I. (Abril de 1991) as partes desta relação complexa são:

- o beneficiário, que se deseja garantir contra os riscos de incumprimento do mandante;

- o mandante, que se constituiu, nos termos do contrato base, na obrigação de prestação de coisa ou de facto;
- o garante, que é a instituição financeira da confiança do mandante e que presta a sua garantia pessoal e autónoma em relação às vicissitudes do contrato base.

Nesta relação complexa surge, por vezes, ainda, uma quarta entidade a prestar contra-garantias. O regime jurídico das contra-garantias é, nos seus traços essenciais, o descrito para as garantias.

### 5) *Interpretação da garantia*

A interpretação da garantia bancária é feita, fundamentalmente, com base no respectivo texto, o qual é, em regra, fornecido pelo próprio beneficiário.

Sucede que a redacção do texto, e os elementos a que as partes sujeitam a execução de garantia provoca, por vezes, dúvidas quanto à natureza acessória ou autónoma da garantia.

Seguindo a sistematização de Franco Bonelli poderíamos abordar esta questão vital de interpretação utilizando os seguintes exemplos:

#### — *Garantia incondicional*

Algumas garantias bancárias referem que os bancos se obrigam a pagar à primeira solicitação «incondicionalmente, sem contestação e sem poderem alegar excepções». Parece que em casos destes estaremos face a uma verdadeira e própria garantia autónoma na medida em que dos textos expressamente consta a desvinculação da obrigação dos bancos relativamente ao contrato base.

#### — *Garantia justificada*

Noutros casos, o texto da garantia refere que o banco se obriga a pagar à primeira solicitação justificada por parte do beneficiário. Esta fórmula é, aliás, recomendada pela C.C.I. pois assim se evita que os beneficiários executem garantias bancárias que foram emitidas para situações de incumprimento diferentes daquelas que deram azo à execução da garantia.



É o caso, por exemplo, de uma garantia bancária concedida para obras suplementares e que o beneficiário execute depois de ter concluído apenas a obra principal.

O facto de o beneficiário estar obrigado a justificar a execução da garantia não dá, contudo, ao banco o direito de recusar o pagamento por alegada discordância com a justificação. Digamos que a justificação serve mais para as relações internas entre o mandante e o beneficiário no domínio do contrato base. Por essa razão, estamos, também neste caso perante uma verdadeira garantia autónoma.

— *Garantia solidária*

No texto de algumas garantias refere-se a obrigação do banco de pagar conjuntamente com o mandante, mas sem poder opor excepções.

Embora a existência de uma obrigação solidária não exclua automaticamente a autonomia da obrigação do banco, reconhece-se que nestes casos, e mau grado a aceitação pelo banco da inoponibilidade de excepções, as dúvidas de interpretação quanto à natureza autónoma ou acessória da garantia são pertinentes.

— *Garantia documental*

Por vezes, a obrigação de pagamento do banco fica dependente da apresentação, por parte do beneficiário, de um documento especificado no texto da garantia. Sempre que este documento não consista numa sentença ou laudo que condene o mandante por incumprimento do contrato base, podemos afirmar que estamos perante uma garantia autónoma.

— *Garantia com referências ao contrato base*

Finalmente, textos há que fazem referências específicas ao contrato base. A regra tem sido considerar garantias acessórias, e não autónomas, todas aquelas em que, por força dessas referências, a obrigação do banco fique dependente do cumprimento, pelo beneficiário, das suas obrigações contratuais.

6) *Duração e lei aplicável*

A garantia só pode ser executada pelo beneficiário dentro do prazo da sua validade. Esse prazo situa-se entre o termo inicial e o

termo final (que pode ser uma data, um evento ou um evento a ocorrer até uma determinada data) fixados na garantia.

Têm surgido casos de dificuldade de interpretação do termo final aposto na garantia. Seguindo, ainda, as anotações de Franco Bonelli, estas dificuldades surgem sempre que a lei do país do beneficiário negue valor a uma limitação temporal ao prazo de validade da garantia (casos da Índia, Brasil e Tailândia), consinta ao beneficiário uma prorrogação unilateral do prazo (casos do Irão e da Líbia) ou imponha prazos de prescrição legal inferiores ao prazo da garantia (casos da Turquia e da Grécia).

Nos termos do art. 22.º das Regras Uniformes de 1991, o termo da garantia deve ser especificado com relação a uma data ou a um documento referido na garantia, sendo que, em caso de se prever uma data e um evento, a garantia caducará com a verificação do primeiro.

Quanto à lei aplicável a regra é de que se aplicará a lei convencionalizada pelas partes aplicando-se, na falta de convenção, os princípios gerais de Direito Privado. As Regras Uniformes dispõem, supletivamente, que se aplicará a lei do país de domicílio do banco na falta de estipulação das partes.

### 7) *Execução da garantia*

Nas garantias autónomas a execução da garantia ocorre sempre que o beneficiário, com cumprimento dos requisitos especificados na garantia, solicite o pagamento ao banco.

Regra geral, o pedido de pagamento deve ser apresentado por escrito acompanhado de uma declaração do beneficiário atestando que o mandante está em falta no cumprimento das suas obrigações contratuais.

Nos termos dos arts. 17.º e 21.º das Regras Uniformes, o banco está obrigado a informar imediatamente o mandante do pedido de pagamento apresentado pelo beneficiário.

Nas garantias autónomas, a indicação pelo beneficiário do motivo por que executa a garantia não constitui um ónus de prova

do incumprimento do mandante, nem dá o direito ao banco de discordância relativamente aos motivos apresentados.

### 8) *Excepções oponíveis pelos Bancos*

Como é natural, os casos em que os bancos se podem opôr à execução de uma garantia autónoma, são muito reduzidos e tendem a uma certa tipificação doutrinal.

Sem pretensões de os cobrir todos apontam-se os seguintes:

#### 1) *Excepções literais*

Estas excepções não derivam do contrato base mas do texto da própria garantia e poderão decorrer:

- da falta de apresentação, pelo beneficiário, de uma declaração expressa constante do texto da garantia;
- da falta de indicação, pelo beneficiário, dos fundamentos que determinam a execução da garantia, quando a indicação desses fundamentos era exigida pelo texto da garantia;
- da falta de apresentação, por parte do beneficiário, de documento exigido pelo texto da garantia e que constitua condição «sine qua non» da respectiva execução.

#### b) *Fraude*

Conforme escreve Menezes Cordeiro, «a doutrina admite que, mesmo na hipótese de garantias bancárias à primeira solicitação, o banco possa recusar a sua efectivação sempre que tenha conhecimento de fraude, de má-fé evidente ou da violação de normas injuntivas que possam ser consideradas de ordem pública...

Não é de esperar que o Estado conceda as suas leis e os seus tribunais para a prossecução de fraudes ou de má-fé manifesta. Quando esse seja o caso, a execução da garantia é detida num efeito que, entre nós, terá de buscar a base legal no art. 334.º do Código Civil — boa-fé e abuso do Direito».

O Banco não pode, contudo, alegar a fraude sem que a sua existência decorra com absoluta segurança de prova documental, seja patente e não ofereça a menor dúvida como escreve Galvão

Teles. Ou, como já decidiu a jurisprudência italiana sem que haja «prova pronta e líquida de fraude», «líquida e de total verosimilhança», «objectiva e documental», «evidente e manifesta», «clara e não contestável».

Em suma, a recusa, por parte de um banco, em pagar aquilo a que está obrigado no âmbito de uma garantia bancária por si emitida com fundamento na fraude, ou má-fé, do beneficiário só é admitida na doutrina e na jurisprudência em casos muito restritos.

Esses casos foram tipificados por Franco Bonelli, numa recolha de decisões jurisprudenciais, da seguinte forma:

— *Excepção do cumprimento da relação principal*

O Banco pode recusar-se a pagar sempre que tenha prova irrefutável de que o contrato base foi cumprido. Essa prova existirá quando o Banco esteja na posse de declaração emitida pelo próprio beneficiário atestando o cumprimento da obrigação, sempre que tal cumprimento seja certificado por terceiro imparcial ou por peritos judiciais, ou quando os elementos ao dispôr do banco possam presumir com toda a segurança esse cumprimento.

Esta excepção não tem sido admitida quando os elementos ao dispôr do banco não comprovem o cumprimento de todas as fases do contrato, quando o beneficiário não esteja ao correr desse cumprimento, ou quando o cumprimento, ainda que evidenciado, seja objecto de litígio entre as partes.

— *Excepção da resolução por facto não imputável ao Devedor*

Os casos em que a jurisprudência estrangeira admitiu esta excepção consistiram nos seguintes:

- alteração legislativa no país do beneficiário proibindo a actividade privada objecto do contrato base;
- eventos bélicos que impeçam a actividade económica garantida.

Tal excepção não foi admitida em casos nos quais os acontecimentos políticos impediram o cumprimento dos contratos, por se entender que num contrato internacional estes riscos devem ser

previstos pelas partes e são inerentes ao contrato, e num caso de catástrofe agrícola.

Como escreve Menezes Cordeiro, «neste grupo de causas a jurisprudência é mais restritiva do que perante a hipótese de cumprimento da obrigação principal. Para além das dificuldades derivadas da existência de uma prova irrefutável, põem-se, ainda, os problemas substantivos inerentes à delicadeza do caso fortuito, da força maior ou da alteração das circunstâncias. Acresce a tudo isso, a necessidade de lidar com a distribuição do risco».

— *Excepção de incumprimento do Beneficiário*

Finalmente, têm os Tribunais admitido esta excepção quando haja claro incumprimento do beneficiário, quando o beneficiário declare que não está em condições de cumprir, quando o beneficiário modifique unilateralmente os termos do contrato ou não acate regras fiscais locais.

Esta excepção não procede, contudo, se a questão do incumprimento estiver a ser discutida. Conforme relata Menezes Cordeiro «ficou clássica, neste domínio, a decisão do *Court of Appeal* Britânico de 20-Jul-1977, proferida no caso *Edward Owen Eng. Ltd. v. Barclays Banc Int. Ltd.* e que vem referida em todos escritos da especialidade; está publicada, p. ex., em FP 1980, 1, 238 e, em original, nos *Lloyd's Law Reports* 1978, II, 166. Sucederá o seguinte: um exportador inglês tinha contratado com um adquirente líbio um determinado fornecimento; de acordo com o estipulado, o exportador inglês obteve uma garantia bancária do cumprimento, incondicional à primeira solicitação, a favor do importador líbio; tal garantia foi prestada pelo Umma Bank líbio, mediante contragarantia do Barclays Bank de Londres. A parte inglesa realizou tudo o que lhe competia; porém, a parte líbia não providenciou a obtenção da carta de crédito confirmada para o pagamento do preço, como lhe cabia, não obstante, foi accionada a garantia, tendo o Umma Bank pago e solicitado a quantia em jogo ao Barclays. Os fornecedores ingleses obtiveram uma medida judicial destinada a impedir o Barclays de pagar. Este, porém, que pretendia provavelmente manter uma boa imagem internacional, obteve a revogação dessa medida, de modo a poder honrar a contragarantia prestada. Entenderam os juízes que, neste caso, poderia haver ainda margem para disputa entre as partes,

pelo que a exigência duma garantia bancária à primeira solicitação não podia ser fraudulenta.

Há casos semelhantes decididos por tribunais franceses.»

### 9) *Jurisprudência portuguesa*

Não abundam na jurisprudência portuguesa as decisões sobre questões directa ou indirectamente relacionadas com a execução de garantias autónomas, ao contrário do que acontece com as outras modalidades de garantias especiais das obrigações.

Citam-se dois Acórdãos, um proferido pela Relação de Lisboa e outro pela Relação do Porto que consagraram jurisprudência no sentido de admitir a plena validade da garantia bancária autónoma.

Em Acórdão de 13/11/90 (Colectânea de Jurisprudência 1990, vol. V, pág. 187 e segs.) a Relação do Porto proferiu decisão consagrando o seguinte:

I — 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 relativamente a essa obrigação.

II — Ao contrário da fiança, o garante assegura ao beneficiário determinado resultado, o recebimento de certa quantia em dinheiro e terá de proporcionar-lhe esse resultado.

III — O garante autónomo ou independente, ao contrário do fiador, não é admitido a opôr ao beneficiário as excepções de que pode prevalecer o garantido.

Menos de um mês depois, a Relação de Lisboa, em Acórdão de 11/12/90 (Colectânea de Jurisprudência, 1990, vol. V, pág. 134) proferiu decisão no mesmo sentido cujo sumário é o seguinte:

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

II — O Banco pode, em princípio, recusar o pagamento, «à primeira interpelação» quando está em condições de prever

que o beneficiário sabe que a contraparte não deixe de cumprir, enquanto isso é um facto notório.

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

IV — Se o Banco efectuar o pagamento, em cumprimento de tal cláusula, terá direito de regresso.

## Índice bibliográfico

- Vaz Serra — «Fiança e figuras análogas», in B.M.J., n.º 71, 1957, pág. 296;
- Galvão Telles — «Garantia Bancária Autónoma» — O Direito n.º 120, 1988;
- Mota Pinto — «Cessão da Posição Contratual» — in B.M.J., 1970, pág. 496;
- Simões Patrício — «Preliminares sobre a Garantia on First Demand», in Revista da Ordem dos Advogados, ano 43/Dez. de 1983, pág. 67;
- Ferrer Correia — «Notas sobre o estudo do contrato de garantia bancária», in Revista de Direito e Economia, ano VIII, n.º 2;
- Almeida Costa e Pinto Monteiro — «Garantias Bancárias, Contrato de Garantia à Primeira Solicitação», Parecer, in Colectânea de Jurisprudência, ano XI, 1986, Tomo V, pág. 25;
- Francisco Cortez — «A Garantia Bancária Autónoma, Alguns Problemas», 1991 polic.;
- Duarte Pinheiro — «Garantia Bancária Autónoma», 1991 polic.;
- Franco Bonelli — «Le Garanzie Bancarie a Prima Domanda», 1991;
- Menezes Cordeiro — «Da Garantia Bancária à Primeira Solicitação» (parecer não publicado) — 1992.