Universidades Lusíada

Neves, Sara Filipa Pinto

Garantia autónoma : análise dos meios de defesa do garante

http://hdl.handle.net/11067/6446

Metadados

Data de Publicação 2021

Resumo Este trabalho versa a temática da garantia bancária autónoma, e surge no âmbito das transações comerciais, caraterizado como um trabalho de investigação, do 2º ano de Mestrado em Direito, na área de Ciências Jurídico-Empresariais, na Universidade Lusíada do Porto. A concessão de crédito tornou-se numa ferramenta necessária na participação e na evolução do mercado, quer seja para as empresas, quer seja para as pessoas singulares, pelo que todas, de uma forma geral, têm interesse na abertura de c...

This work deals with the theme of bank guarantee, and appears in the context of commercial transactions, characterized as a research work, from the 2nd year of the Master in Law, in the area of Legal and Business Sciences, at Universidade Lusíada of Porto. The granting of credit has become a necessary tool in the participation and evolution of the market, whether for companies or individuals, so that everyone, in general, is interested in opening credit. In this regard, financial institutions,...

Palavras Chave Direito, Direito comercial, Garantia autónoma - Relações jurídicas

Tipo masterThesis

Revisão de Pares Não

Coleções [ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-20T05:29:30Z com informação proveniente do Repositório

http://repositorio.ulusiada.pt

UNIVERSIDADE LUSÍADA- NORTE PORTO

GARANTIA AUTÓNOMA: ANÁLISE DOS MEIOS DE DEFESA DO GARANTE

Sara Filipa Pinto Neves

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre em Direito, área de Ciências Jurídico-Empresariais, sob a orientação do Prof. Doutor Alberto Ribeiro de Almeida

Porto, 2021

Agradecimentos

E, porque a vida não é só feita nem de sítios por onde passamos, nem das circunstâncias que vivemos, antes, é feita de escolhas e dos seres que passam por nós e nos deixam um bocado de si. Aqueles que ficam e nos acrescentam. Mas que, acima de tudo, nos fazem acreditar e caminham connosco, lado a lado. Foram estas as pessoas que a vida me apresentou, e que eu escolhi para seguirem comigo. Deus, dono de todas as coisas e da minha esperança; o meu avô Mário, dotado de um amor incondicional, que viverá eternamente no meu coração; os meus pais, Rui e Glória, que munidos do mesmo amor me guiam e que, comigo sempre seguem de mãos dadas; ao meu querido e estimado amigo, João Nuno, por me fazer crer na bondade e que para ser família não é preciso ser de sangue, e às minhas primas Daniela e Inês, confidentes de todas as horas e que me fizeram acreditar que o sol brilhará de novo.

Tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo para todo o propósito debaixo do céu. Há tempo de nascer, e tempo de morrer; tempo de plantar, e tempo de arrancar o que se plantou; Tempo de matar, e tempo de curar; tempo de derrubar, e tempo de edificar; Tempo de chorar, e tempo de rir; tempo de prantear, e tempo de dançar; Tempo de espalhar pedras e tempo de ajuntar pedras; tempo de abraçar e tempo de afastar-se de abraçar; Tempo de buscar, e tempo de perder; tempo de guardar, e tempo de lançar fora; Tempo de rasgar, e tempo de coser; tempo de estar calado e tempo de falar; Tempo de amar, e tempo de odiar; tempo de guerra e tempo de paz (...) Eu sei tudo quanto Deus faz durará eternamente; nada se deve de acrescentar, e nada se lhe deve tirar (Eclesiastes 3:1);

Índice

Índice IV
Resumo VI
Abstract VII
Palavras-chave VIII
Lista de abreviaturas IX
1. Introdução 1
Capítulo I – Da génese à evolução da garantia autónoma 3
1. A génese der garantievertag 3
2. Interesse científico e a sua razão de ser 5
3. Consagração legal 8
3.1 Em Portugal 10
Capítulo II – A garantia autónoma 12
1.1 Conceito 12
1.2 Admissibilidade da Garantia autónoma bancária 15
1.2.1 Forma 18
1.3 Regime jurídico 18
1.3.1 Considerações gerais 18
1.4 Tipos de Garantia 19
1.4.1 A garantia autónoma simples 19
1.4.2 A garantia autónoma à primeira solicitação 20
1.5 Funções da garantia autónoma quanto ao fim: 22
1.5.1 *Bind Bonds* 22
1.5.2 Performance Bonds 23
1.5.3 *Repayment Bonds* 23
1.5.4 Payment guarantee 23
1.6 Características 24
1.6.1 Autonomia 24
1.6.1.1. O “levantamento” da autonomia 25

1.6.2 Automaticidade 28

Capítulo III: Análise das relações jurídicas implícitas na garantia autónoma 30

1. Regime jurídico 30

1.1. Considerações gerais 30

2. As relações jurídicas estabelecidas entre os contraentes 31

2.1. Relação entre o credor e o devedor 31

2.2. Relação entre o garantido e o garante 31

2.2.1. A assunção de dívida: 33

2.2.2. O *pactum de contrahendo cum tertio* 35

2.2.3.O contrato a favor de terceiro 35

2.2.3. Contrato de prestação de serviços 37

2.2.4. O mandato 38

2.2.4.1. O contrato de adesão 40

2.3. Relação entre beneficiário da garantia e o garante 41

Conclusão 44

Bibliografia 48

Resumo

Este trabalho versa a temática da *garantia bancária autónoma,* e surge no âmbito das transações comerciais, caraterizado como um trabalho de investigação, do 2º ano de Mestrado em Direito, na área de Ciências Jurídico-Empresariais, na Universidade Lusíada do Porto.

A concessão de crédito tornou-se numa ferramenta necessária na participação e na evolução do mercado, quer seja para as empresas, quer seja para as pessoas singulares, pelo que todas, de uma forma geral, têm interesse na abertura de crédito.

Ora, nesse seguimento, as instituições financeiras, cujo desígnio é otimizar a mobilidade de capitais financeiros que atendam equitativamente a satisfazer o desenvolvimento do mercado, têm vindo a criar múltiplas espécies de contratos bancários para concessão de crédito, dos quais o contrato de abertura de crédito que se afigura como o tipo contratual mais utilizado pelas instituições financeiras. Conquanto, tais instituições apenas concedem créditos mediante a prestação de *garantias*.

Eis a pedra angular da presente exposição, que pretende analisar as garantias bancárias mais usuais em sede de contrato de abertura de crédito, e, em concreto, a afetação da posição jurídica do garante bem como os seus meios de defesa ao seu alcance.

Abstract

This work deals with the theme of bank guarantee, and appears in the context of commercial transactions, characterized as a research work, from the 2nd year of the Master in Law, in the area of Legal and Business Sciences, at Universidade Lusíada of Porto.

The granting of credit has become a necessary tool in the participation and evolution of the market, whether for companies or individuals, so that everyone, in general, is interested in opening credit.

In this regard, financial institutions, whose purpose is to optimize the mobility of financial capital that equitably meet the market development, have been creating multiple types of banking contracts for granting credit, including the credit opening contract which appears to be the type of contract most used by financial institutions. However, these institutions only grant credits through the provision of guarantees.

This is the cornerstone of this presentation, which aims to analyze the most usual bank guarantees in terms of credit opening contracts, and, specifically, the affectation of the guarantor's legal position as well as the means of defense within its reach.

Palavras-chave

Garantia autónoma bancária – Instituições bancárias– Linhas de crédito

Lista de abreviaturas

Ac. – Acórdão

Art. – Artigo

CC.- Código Civil

CCI.- Câmara de Comércio Internacional

Cfr.- Conforme

CNUDCI.- Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

EUA.- Estados Unidos da América

LULL.- Lei uniforme relativa às letras e livranças

LUCH.- Lei uniforme relativa aos cheques

Nº.- Número

STJ.- Supremo Tribunal de Justiça

1. Introdução

A exposição que se segue tem lugar no âmbito da disciplina de Direito Comercial avançado do mestrado de ciências jurídico-empresariais, e está subordinada à temática geral das garantias bancárias autónomas, em concreto, à análise da posição jurídica do garante.

Com o presente estudo, e, como o próprio nome indica, diligenciámos qualificar as relações jurídicas que se estabelecem com o garante, no círculo da garantia autónoma bancária, mormente, analisar a posição jurídica daquele que presta a garantia. Para tanto, analisaremos a garantia autónoma no seu campo de atuação, ou seja, comércio nacional e comércio internacional.

Na introdução, exporemos o processo através do qual nasce a garantia autónoma contando o seu aparecimento a sua evolução e a sua chegada ao ornamento jurídico Português. Segue-se a conceção da garantia autónoma e uma breve referência à sua relevância prática. Trata-se, pois, de um momento de estudo basilar, porque não podemos versar sobre objeto de estudo sem perceber primeiro os seus antecedentes, ou seja, qual a sua origem e os motivos que estão no cerne da sua criação.

Num segundo momento, lograremos estudar a garantia autónoma enquanto obrigação e enquanto contrato, analisando sempre em consonância com as suas principais características. Ora, torna-se necessário analisar detalhadamente e de forma dissecada este tipo de garantia, porque só percebendo a sua dinâmica e características principais podemos avançar com segurança para o ponto que se segue e que, é a pedra angular do trabalho que se pretende aqui fazer.

No terceiro momento, subordinamo-nos à análise das relações jurídicas implícitas na garantia autónoma. À primeira vista, quando pensamos em garantias autónomas não nos ocorre em primeira linha os vários vínculos jurídicos que se estabelecem entre as partes para chegarmos à figura da garantia autónoma.

Por último, e como quarto momento, concluiremos discorrendo então sobre o tema principal da dissertação, que é a análise dos meios de defesa do garante.

No decorrer da investigação iremos aprofundar algumas questões inerentes ao tema, as quais poderão alterar a estrutura deste projeto, sempre com a finalidade de melhorar o conhecimento do tema *sub judice*.

Capítulo I – Da génese à evolução da garantia autónoma

1. A génese der garantievertag

Em 1886, RUDOLF STAMMLER, filósofo alemão, escreve a obra "Der Garantievertrag"[1], e, por isso, é apontado como o *pai da garantia bancária autónoma*[2] (Jardim, 2002, p. 16) por todos os autores que sobre esta matéria discorreram, por ser o pioneiro nesta teorização.

O autor germânico começa por diferenciar as garantias acessórias e dependentes do contrato principal, aquelas em que há uma obrigação que é moldada sobre a obrigação principal e está sempre depende sempre desta, das garantias autónomas e independentes da relação jurídica principal, aquelas em que o *garante assume face ao credor uma obrigação autónoma relativamente à obrigação garantida decorrentes de um outro contrato, o contrato-base* (Vasconcelos L. M., 2019, p. 136). E que, justificadas na base da liberdade contratual, gozavam uma eficiência superior em razão da autonomia.

Ora, a construção de STAMMLER que assentava nos contratos de garantia em geral, dando especial enfase aos contratos autónomos foi acolhida pela doutrina e pela jurisprudência alemã, e mais tarde espalhou-se pela Europa, primeiramente, na Áustria e holanda.

A necessidade de criação desta figura insurgiu para colmatar a rigidez das garantias clássicas e as suas insuficiências, pois os quadros modelares que até então eram utilizados, para além de não conseguirem acompanhar o crescimento económico que se assistiu, eram demasiadamente rígidos, e por isso, não conseguiam assegurar, por exemplo, a situação em que *o garante renunciava previamente a invocar as excepções respeitantes ao devedor principal* (Jardim, 2002, p. 17).

---

[1] *A investigação de Stammler levou à publicação de numerosos estudos sobre o tema, de que se destacam os trabalhos de Wienstein, Kroener, Bindewald, Oertmann e Zschaler.* (Leitão, Garantia das Obrigações, 2018, p. 140)

[2] *Garantia bancária autónoma* é a expressão mais comum, aquela que é mais vezes é utilizada para designar este mecanismo de garantia. Não obstante, percebe-se que são manifestas outras denominações como, *garantia bancária* e, *garantia autónoma*. No seguimento de FRANCISCO CORTEZ, é preferível a primeira designação, aquela que prevalece, na medida em que as restantes, são reducionistas ou demasiadamente abrangentes, respetivamente. No primeiro caso, porque estes tipos de garantias podem ser prestados por outras instituições que não o banco, como por exemplo, companhias de seguros, por outro lado, as instituições bancárias prestam outro tipo de garantias bancárias, como por exemplo, a fiança. Assim, na opinião do autor, deve privilegiar-se a tradição pelo que deve de ser preferível garantia autónoma bancária. Embora, Pestana de Vasconcelos considere esta denominação *algo imprópria* (Vasconcelos L. M., 2019, p. 138).

O segundo marco que contribui para a solidificação da garantia autónoma acontece depois a segunda guerra mundial.

Para além das consequências nefastas provenientes do acontecimento supracitado, não é menos verdade que também se observou uma expansão económica, conhecida como a "era de ouro do capitalismo", onde se verificou um período de prosperidade económica, e a novas práticas dos agentes económicos dos diversos países europeus.

As relações internacionais começaram a intensificar-se, e a envolver novas operações e como tal, também começaram a surgir entraves e inseguranças quanto à solvência ou não de um dado negócio. Assim, levando em consideração todos os riscos económicos, conheceu-se um intenso recurso à garantia autónoma, que levou ao seu *incrementum,* a fim de garantir uma prestação "auf jeden fall", ou seja, uma prestação definitiva e independente das causas que possam levar o devedor principal a incumprir a obrigação principal.

Desta forma, a garantia autónoma, tornou-se um género negocial frequentemente utilizado no comércio internacional, *passando a assumir uma posição de relevo confrontada com o recurso às garantias pessoais tradicionais*[3] (Jardim, 2002, p. 17).

Em 1973, o "boom petrolífero", altura relativamente à qual se assistiu à entrada de capital como resultado do preço do petróleo e da sua produção, potenciou o recurso ao uso da garantia autónoma.

Assistiu-se a um aumento de liquidez dos países detentores de petróleo, que os colocou numa posição fortemente privilegiada no mercado, fomentando exponencialmente o comércio entre esses países e os países mais desenvolvidos, mormente, nas áreas da construção civil, que eram cada vez mais procurados para fornecer bens e serviços.

No entanto, aquando o desenvolvimento e dilatação dos negócios, aumentava o risco surgia um clima de insegurança. Assim, os intervenientes contratuais, por forma a sentirem-se mais protegidos e confiantes nas suas transações e, pretendendo acautelar situações não previstas nas garantias clássicas, recorreram às garantias autónomas, por forma, a blindarem a sua posição comercial.

[3] Neste contexto, referimo-nos ao aval, à fiança e ao depósito de valores, que são confrontados inúmeras vezes com o instituto da garantia autónoma bancária, e que à frente iremos fazer referência.

Este mecanismo, pelas características que apresenta oferece vantagens às partes, veja-se resumidamente: o garante atesta a verificação do cumprimento pontual do contrato, ainda que não se obrigue a produzir o resultado. Visa, aquele, o pagamento de uma quantia pecuniária, e não o cumprimento da obrigação principal e, o beneficiário, tem a sua posição segura porque vai certamente ser ressarcido. O devedor, é o que detém a posição mais frágil na medida em que terá sempre de liquidar a sua dívida para com o credor, e, se for o caso, para com o garante acrescida da sua comissão que lhe é devida.

Assim, é no centro do comércio internacional que surge a garantia autónoma, a mais enérgica das garantias, e onde de facto assume maior relevo, pois a maior parte das relações jurídicas que se estabelecem, são, quase sempre entre empresas que não se conhecem.

2. Interesse científico e a sua razão de ser

Decorridos mais de cem anos sobre o estudo da garantia autónoma, é evidente a sua crescente utilização, e indiscutível o seu interesse para aquele que é o mundo jurídico, uma vez que do catálogo das garantias, esta é certamente das mais seguras.

Não obstante o decorrer do tempo, a garantia autónoma veio para ficar, e é uma prática usual nos dias de hoje, tanto no plano nacional, com especial relevo na área dos contratos de empreitada e contratos de obras públicas, mas principalmente no plano internacional, mormente na sua modalidade "on first demand".

As razões que motivam a prolixidade deste tipo de garantias são influenciadas por fatores externos, como o desenvolvimento do comércio internacional e os inconvenientes do processo judiciário internacional, e por fatores intrínsecos à própria natureza da garantia autónoma, mais rápida, mais simples e mais eficaz.

Ora, com a crescente evolução do comércio internacional, e consequentemente com a crescente celebração de contratos entre agentes de países diferentes que somavam grandes quantias de dinheiro tornou-se exigível garantias mais seguras e, mais enérgicas que colmatassem a falta de segurança que se fazia sentir. E, é neste contexto que as garantias tradicionais não se mostravam suficientes, a saber: a fiança, o aval, e o depósito de valores.

Veja-se:

Segundo o art. 627º do CC., a fiança é uma garantia através da qual, *o fiador garante a satisfação do direito de crédito, ficando pessoalmente obrigado perante o credor.* À semelhança da garantia autónoma, a fiança assume natureza pessoal, pois é um terceiro que *assegura a realização de uma obrigação principal do devedor, responsabilizando-se pessoalmente com o seu património por esse cumprimento perante o credor* (Leitão, 2008, p. 326)[4].

Este mecanismo de garantia tem, ao contrário da garantia autónoma, como características fundamentais a acessoriedade e a subsidiariedade. A primeira, surge no n.º 2 do supra art., e diz-nos o seguinte: *obrigação do fiador é acessória da que recai sobre o principal devedor.* Isto significa que, obrigação contraída pelo fiador, esta intimamente dependente e ligada à obrigação principal. Ou seja, a invalidade da obrigação principal, seja por nulidade ou anulabilidade, conduz à invalidade da fiança[5]. Outra manifestação desta característica, é a eventualidade da extinção da obrigação principal reconduzir também à extinção da fiança[6]. Acresce que, quanto aos meios de defesa, o fiador, *além dos meios de defesa que lhe são próprios, (...) tem o direito de opor ao credor aqueles que competem ao devedor, salvo se forem incompatíveis com a obrigação do fiador.*

A segunda característica, embora não essencial[7], conduz-se ao facto de o fiador poder usar o instituto do benefício da excussão[8], barrando o credor de executar o património do devedor enquanto não tiver primeiro tentado e, sem êxito a execução do bens do devedor.

Por sua vez, o aval, encontra o seu regime previsto na Lei uniforme relativa às letras e livranças, LULL, e na Lei uniforme relativa aos cheques, LUCH.

FRANCISCO CORTEZ, define o aval como uma *declaração escrita em determinados títulos de crédito, sobretudo em letras (...), em que uma pessoa, o avalista, garante, por um*

---

[4] Como diz Vaz Serra, *o fiador promete ao credor o resultado de que será cumprida a obrigação principal; ele, ao efetuar a prestação, não cumpre somente a obrigação principal, cumprindo ao mesmo tempo, a obrigação pessoal sua(...) Temos, assim, que o fiador não promete pagar, se o devedor o não fizer (ele pode assegurar ao credor o resultado do cumprimento da obrigação principal por meio diferente do pagamento pessoal), e não promete pagar pelo devedor principal (ele paga sua própria divida, embora, fazendo-o, pague também a do devedor* (Serra, 1957, p. 6).

[5] Cfr art. 632º n.º1 do CC.

[6] Cfr. art. 651.º do CC.

[7] Pois, pode o fiador exclui-la, cfr prevê o art.640.º a) do CC.

[8] Cfr. art. 638.º do CC.

dos subscriptores que expressa ou tacitamente se indica – o avalizado- o pagamento total ou parcial da obrigação pecuniária naquele incorporada (Cortez, 1992, p. 558).

Este mecanismo de garantia tem, como característica principal a autonomia, no entanto, trata-se de uma autonomia limitada ou de uma acessoriedade imperfeita. Neste contexto, importa distinguir essencialmente dois pontos: o primeiro é que o aval é uma garantia materialmente independente, o que significa que, o avalista não pode socorrer-se dos meios de defesa do avalizado com a justificação da invalidade substancial da obrigação objeto da garantia, e consequentemente, obrigação daquele se *"mantém, mesmo no caso de a obrigação que ele garantiu seja nula"*, cfr., art.º 32º II, 1ª parte da LULL.

O segundo ponto, é que o aval é uma garantia formalmente dependente, e, é aqui que surge a "imperfeição" da sua autonomia, o vício de forma da obrigação principal transmite-se para a obrigação de aval, sendo atingida a validade desta última, cfr., art.º 32º II, 2ª parte da LULL.

Em suma, a fiança mostra-se insuficiente pela acessoriedade da obrigação contraída pelo fiador, se encontrar estreitamente ligada à obrigação principal. E, na eventualidade da existência de algum vício do contrato-base, este comunica-se com a fiança. No aval, a autonomia do avalista é limitada, pela transmissibilidade da invalidade formal, como diz OLIVEIRA DE ASCENSÃO, *o avalista responde ainda que a obrigação que garantiu seja nula por razão que não seja um vício de forma* (Ascensão, 1992, p. 170).

São estas as principais fragilidades destas figuras, ao contrário da garantia autónoma, que embora *não sendo absoluta, é uma autonomia "pura"* (Jardim, 2002, p. 203) : *(...) é a maior autonomia possível e permitida pelo Direito, só limitada ao nível superior dos princípios fundamentais e imperativos do "ius cogens".*

Acresce que, e nas palavras de FRANCISCO CORTEZ, *perante um eventual incumprimento deste tipo de contratos internacionais, as partes, apesar de disporem das ações contratuais próprias para salvaguardar os seus direitos e interesses, tem sempre que se debater com a complexidade, a lentidão, os custos e a duvidosa operacionalidade do procedimento judiciário internacional* (Cortez, 1992, p. 518).

Neste contexto, nasce a garantia autónoma como o caminho mais favorável à boa execução dos contratos[9]. Isto porque, pode o beneficiário da garantia exigir ao banco a entrega de determinada soma pecuniária previamente designada, sem que este ou o devedor se possam contestar. De grosso modo, e nas palavras de FÁTIMA GALANTE, *paga-se primeiro e discute-se depois* (Galante, 2016, p. 423). Ainda no seguimento do raciocínio da juíza desembargadora, a invalidade do negócio base não afeta a validade da garantia prestada.

Nasceu assim um mecanismo *aparentemente mais simples que ultrapassa a acessoriedade essencial da fiança, as limitações do aval…assegurando de forma mais segura, eficaz os direitos do beneficiário* (Cortez, 1992, p. 519).

Face ao enunciado, foi o desenvolvimento comercial, sobretudo além-fronteiras, que fomentou o surgimento das garantias autónomas, uma vez que, grande parte dos negócios eram celebrados entre agentes que se desconheciam, e que por isso, não detinham a devida e necessária segurança para concretizarem negócios entre si. Mais, as garantias tradicionais não se mostravam suficientes para assegurar os interesses das partes, a fiança devido a sua acessoriedade e o aval devido a sua autonomia limitada.

Assim, a garantia autónoma atesta os direitos do beneficiário, sem prejuízo para o credor e com proveitos claros para o garante que goza uma comissão sem fazer parte da relação jurídica principal.

3. Consagração legal

No que reporta à sua consagração legal, e independentemente da sua alta importância nas práticas comerciais, a garantia autónoma só alcançou a sua tipicidade legal em alguns *países, como, na antiga Checoslováquia, na antiga república democrática alemã e na republica socialista da Jugoslávia* (Jardim, 2002, pp. 20-21). Diferentemente de Portugal.

Fruto da intensificação do comércio internacional gerou-se uma afluência acentuada na procura pela prestação da garantia bancária autónoma. Dessa forma, sentiu-se uma grande necessidade da homogeneização do seu regime, uma vez que a sua consagração ou admissão

[9] Simões Patrício acrescenta que *o beneficiário, além de ter nas suas mãos um poderoso meio de constante pressão psicológica sobre o devedor (...) pode exigir a prestação sem ter o ónus de provar o fundamento da sua pretensão* (Patrício, 1983, p. 679).

é diferente em cada país, e uma vez que as trocas comerciais efetuadas são tendencialmente celebradas entre empresas desconhecidas, que careciam de mais segurança.

Assim, para assegurar a proteção e confiança entre os intervenientes contratuais, tornou-se fundamental chamar à colação a garantia autónoma bancária e, particularmente, a sua uniformização legal.

Veja-se:

Em 1979, apoiada no relatório de Max Planck Institut de Hamburgo, a comissão da comunidade da comunidade europeia, redigiu um projeto de diretiva apontando para a harmonização do direito aplicável às garantias pessoais, e, previa-se no seu escopo a definição do contrato autónomo.

Em 1978, a Câmara do Comércio Internacional, doravante CCI, e a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, também CNUDC, aprovou as regras uniformes sobre garantias contratuais[10], e, em 1982 as fórmulas normalizadas para a emissão de garantias contratuais. Tratam-se de regras opcionais que podem ser apostas nos contratos desde que as partes assim convencionem.

Contudo, é de relevar que as regras não previam a garantias "on the first demand"[11], e geram algumas incertezas sobre se a garantia nelas prevista é ser uma garantia meramente acessória[12]. Por essa ordem de razões, em 1991, aquelas foram alvo de uma reelaboração por parte do comité Diretor da CCI a que deram vida à "uniform rules for demand guarantees[13]".

Tratam-se de disposições onde o seu campo de aplicabilidade abrange apenas as garantias autónomas e as garantias autónomas à primeira solicitação, deixando de parte as garantias acessórias.

---

[10] *Uniform rules for contract guarantees,* publicação n.º 325.

[11] Pois *subordinam a solicitação da garantia à prestação de um laudo arbitral, de uma sentença ou de um documento em que conste o consentimento do ordenante* (Jardim, 2002, p. 28).

[12] Na introdução das *Uniform rules for contract guarantees,* a CCI achou não ser possível *"…de traiter du sujet complexe de la nature juridique de la garantie, à savoir de déterminer si elle constitue une obligation independente ou acessoire, en raison des diverses aproches du problème selon diferentes législation"* (Jardim, 2002, p. 28).

[13] *Uniform rules for demand guarantees,* publicação n.º 458.

Estas novas normas são de caracter facultativo, não substituindo as anteriores de 1978, podendo as partes poderem ou não optar pela sua utilização ou *introduzir modificações, desde que o façam de forma expressa* (Jardim, 2002, p. 29).

Em 1995, CNUCDI, resolveu submeter à Assembleia Geral o projeto de convenção para as letras de crédito stand-by[14], não tendo sido assinada a por Portugal[15].

3.1 Em Portugal

Não é assente o momento do surgimento da prestação das garantias autónomas em Portugal. De acordo com REBELO MARTINS e OLIVEIRA FERREIRA[16], o uso da garantia autónoma em Portugal surge aquando a era petrolífera, em 1973, e *foi introduzida pela prática bancária* (Cordeiro, 1999, p. 604).

Apreciação diversa tem DUARTE PINHEIRO, quando nos apresenta um acórdão datado do ano de 1956, onde se retira o excerto que se segue: *A garantia bancária em empreitadas de obra publica, por sua natureza, finalidades e efeito da lei, não pode considerar-se mera fiança, antes representa descontos que à entidade empreiteira deviam ser feitos, à falta de tal garantia, para a sua proposta ser legalmente aprovada", "Tal garantia não é uma fiança: é o substituto dos depósitos reais e efectivos que o empreiteiro devia de suportar , para tomar conta de uma obra do estado, dos municípios ou de qualquer corporação ou e entidade pública* (Pinheiro, 1992, p. 429).

Face ao exposto, o autor, questiona se efetivamente não estaríamos nós aqui perante a prestação de garantias autónomas no âmbito das obras públicas.

---

[14] Aprovada pela resolução 50/48 de 11 de dezembro de 1995.

[15] Portugal não assinou a "Convenção das Nações Unidas sobre as Garantias Independentes e as *Stand-by letters of Credit*" apesar do parecer positivo do Conselho consultivo da Procuradoria Geral da República, de 19 de Dezembro de 1996, onde consta no seu escopo: *a) Afigura-se não existir qualquer óbice constitucional ou legal a que Portugal assine a "*Convenção das Nações Unidas sobre as Garantias Independentes e as *Stand-by letters of Credit"; b) O conteúdo da Convenção corresponde, fundamentalmente, às regras da jurisprudência de vários países e a prática internacional têm arquitetado para os contactos em questão; c) A maior parte das normas da Convenção têm, aliás, natureza supletiva, podendo ser afastadas pela vontade das partes; d) A figura da garantia independente ou autónoma, embora não prevista como instituto de âmbito geral, na lei portuguesa, tem sido considerada admitida na ordem jurídica do nosso país, pelas doutrina e jurisprudência praticamente unanimes, enquanto contrato inominado, fundado na autonomia da vontade das partes; e) As providencias cautelares previstas na Convenção são compatíveis com a lei processual portuguesa (...),* disponível na internet em: «http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/-/B4AA18AE1CFD5A468025829700366FC9».

[16] MÓNICA JARDIM, *Garantia bancária Autónoma, Almedina, Coimbra*, p.20.

Para colmatar as dúvidas induzidas pelo acórdão é, em 1969, proferido um parecer[17] que espelha a sua insegurança quando à figura da garantia autónoma, na medida em que se assiste a uma ausência legislativa, e era desconhecida a natureza jurídica. Nesse seguimento, o Prof. MARCELLO CAETANO, inclina a sua posição para o instituto da fiança. Não obstante, a opinião de DUARTE PINHEIRO, parece não ser assim tão clara, deixando transparecer que provavelmente estaríamos no domínio de uma garantia autónoma que era exigida ao empreiteiro, como caução da obra.

Hoje, a garantia autónoma não encontra a sua consagração legal em Portugal, embora, seja uma figura admissível que encontra o suporte da sua viabilidade no CC, na doutrina[18] e na jurisprudência. Trata-se, por isso, de uma figura atípica, como vamos estudar no capítulo que se segue.

[17] Parecer n.º 3/69 da Procuradoria da Républica, de 29 de maio de 1969.

[18] Neste campo encontramos autores que estudaram esta matéria, dos quais Ferrer Correia, Vaz Serra, Simões Patrício, Galvão Telles, Almeida Costa, Pinto Monteiro, Manuel Castelo Branco, Duarte Pinheiro, Francisco Cortez, entre tantos outros a designar ao longo estudo.

Capítulo II – A garantia autónoma

1.1 Conceito

Estabelece o CC. no seu art. 601.º o que se segue: *"Pelo cumprimento das obrigações respondem todos os bens do devedor suscetíveis de penhora…".* Ora, os bens penhoráveis que fazem parte integrante do património do devedor estabelecem aquilo que irá ser a garantia do credor ou credores e que, se designam-se a garantia geral das suas obrigações. Isto possibilita, na eventualidade de um incumprimento do contrato, que o credor, através de uma ação judicial, mais propriamente, mediante uma ação executiva[19], possa obter a satisfação do seu crédito.

Considerando o exposto e, face ao património do devedor, todos os seus credores, encontram-se, regra geral, em posição de igualdade, independentemente da data de constituição do seu direito, e do seu valor. Isto significa que, se o património do devedor for diminuto para satisfazer a globalidade das suas obrigações, terá de haver um rateio dos credores comuns. Essa especificidade, coloca os credores numa considerável posição de fragilidade, uma vez que *o património do devedor é uma realidade flutuante* (Vasconcelos L. M., 2019, p. 48).

Para tanto, o credor que procura alcançar uma proteção mais musculada para o seu crédito, sem ter que se circunscrever ao património do devedor, poderá socorrer-se de uma garantia especial das obrigações[20]. Estas preveem a possibilidade de *as partes estabelecer uma garantia específica, tendo por objeto a responsabilização de outro ou outros patrimónios pelo cumprimento da obrigação, atribuindo ao credor determinados atos sobre certos bens do próprio devedor ou de terceiros. Nisto consistem a garantias especiais das obrigações(…)* (Costa M. J., 2013, p. 881).

---

[19] Esta faculdade que a lei confere ao credor constitui uma das principais formas de defesa jurídica de que goza o direito, e patenteia uma forma de asseverar ao credor a realização do seu direito de crédito, constituindo, nesse sentido, uma garantia.

[20] Para Menezes Leitão, a *garantia especial representa um reforço suplementar de segurança atribuído a alguns ou a alguns dos credores, em relação à garantia comum, que é conferida pelo património do devedor. Esse reforço (…) varia consoante se trate de garantias pessoais ou de garantias reais(…) As garantias pessoais caracterizam-se assim por implicarem um reforço da garantia geral, tornando responsáveis à face do credor outra ou outras pessoas diferentes, o que implica consequentemente a vinculação dos patrimónios destas à satisfação de um direito de crédito* (Leitão, 2018, p. 95).

As garantias especiais conferem uma posição privilegiada a um crédito, face aos restantes sobre o mesmo devedor. Assim, o credor vê a sua solidez jurídica consideravelmente reforçada, e a sua expectativa de satisfação, em caso de incumprimento, é instantaneamente amplificada. Acresce que, estas garantias comportam ainda dois subtipos de garantias, os pessoais[21] e as reais. São as primeiras que importam no tema em apreço, e, é neste contexto que as garantias autónomas[22] ganham importância.

Desde logo, importa estabelecermos uma conceção de garantia autónoma[23], pois, como se trata de uma operação sem consagração legal, logo atípica, são várias as exposições apontadas pela doutrina.

Acolhemos a seguinte definição para a concretização do presente estudo: e*m termos gerais, estamos perante uma garantia autónoma em regra prestada pelo banco, quando o garante assume face ao credor uma obrigação autónoma relativamente à obrigação garantida decorrente de um outro contrato, o contrato base. Assim, verificados determinados pressupostos acordado entre as partes… para o funcionamento da garantia, o garante terá de realizar o pagamento de uma quantia pecuniária ao credor sem que lhe possa opor, como sucede na fiança, os meios de defesa decorrentes da relação entre este e o devedor da obrigação garantida, ou da relação entre o devedor e ele* (Vasconcelos L. M., 2019, pp. 136-138)[24].

[21]Almeida Costa classifica as garantias pessoais como *aquelas em que outra ou outras pessoas, além do devedor, ficam responsáveis com os seus patrimónios pelo cumprimento da obrigação. Há, portanto, um reforço quantitativo da garantia do credor* (Costa M. J., 2013, p. 881).

[22] Não é assim o termo adotado por Mahomed Hannani que considera garantia autónoma um termo bastante redutor cfr se segue: *la doctrine n'est pas encore arrivée à s'entendre sur une expression uniforme: une partie parle de «garantie bancaire», l'autre de «garantie contractuelle». Nous avons retenu cette dernière expression parce qu'elle nous semble plus juste car même si les banques sont, en pratique, celles qui délivrent le plus fréquemment ce type de garanties en commerce international, d'autres institutions, telles les compagnies d'assurance, peuvent en émettre aussi. Ce choix permet donc de ne pas limiter indûment la réalité que couvre l'opération envisagée* (Hannani, 1985, p. 642).

[23] Menezes Leitão acrescenta que *esta garantia ocorre quando determinada entidade (normalmente uma instituição bancária ou financeira) vem garantir pessoalmente a satisfação de uma obrigação assumida por terceiro, independentemente da validade ou eficácia desta obrigação e dos meios de defesa que a ela possam ser opostos, assegurando assim que o credor obterá sempre o resultado por recebimento dessa prestação* (Leitão, 2018, pp. 138-139-140).

[24] Para Carlos Ferreira de Almeida, o *contrato de garantia (autónoma) é aquele em que o garante se obriga perante a outra parte a responder pela verificação de um determinado facto ou resultado jurídico ou assumir o risco de um prejuízo futuro* (Almeida, 2012, p. 198).

SIMÕES PATRÍCIO aproxima as garantias bancárias autónomas com o *chamado contrato "port-fort", mediante o qual o garante promete ao credor que um terceiro cumprirá certo acto, em termos não acessórios de uma outra relação constituída* (Patrício, 1983, p. 678).

FRANCISCO CORTEZ, avança de forma mais cautelosa para uma definição concreta do que é a garantia bancária autónoma pois *está consciente da controvérsia, ainda por resolver, sobre a natureza jurídica da obrigação a que se vincula o garante* (Cortez, 1992, p. 530). Cortez, define a garantia autónoma como *o contrato autónomo de garantia como o contrato celebrado entre uma entidade, geralmente um banco, por conta (mandado sem representação) de um devedor de uma relação jurídica de base, o credor desta relação, pelo qual o primeiro (o garante), se obriga, com o objetivo de assegurar a pela 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 base ou do contrato de mandato, uma 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* (Cortez, 1992, p. 531).

Como um breve apontamento porque iremos estudar mais afincadamente esta matéria, no âmbito da estrutura negocial desta operação, pode afirmar-se a existência de conjunto de contratos que firmam a garantia autónoma. Assim, identificamos três tipos relações jurídicas distintas que se estabelecem entre os sujeitos intervenientes da operação de garantia.

Primeiro, o contrato principal, que é celebrado entre os sujeitos da obrigação principal, e, onde o garante é totalmente alheio. Segue-se o contrato estabelecido entre o devedor, o garantido, e o garante, que a partida será o banco. O terceiro contrato, emerge da relação constituída entre o beneficiário da garantia, o credor, e o garante. Este último é o contrato de garantia autónoma propriamente dito.

Ora, a garantia autónoma, por ser um negócio atípico, não tem que cumprir exigências de forma. Contudo, considerando os riscos inerente a este tipo de negócio, apresenta-se esta estrutura que nas palavras de PESTANA VASCONCELOS, *corresponde ao tipo social da própria operação, a forma como ela, de maneira reiterada e uniforme, vai sendo concluída pelos agentes económicos* (Vasconcelos L. M., 2019, p. 141) e, que se mostra- essencial para o resultado, e segurança que se pretende obter. Por essa ordem de razões, também nos parece pouco diligente não expandir a escrito a prestação de uma garantia, uma vez que não teríamos

a prova da sua existência. Assim, segundo Menezes Leitão, e bem, a *elaboração de um documento escrito parece essencial para assegurar a ponderação da decisão do garante* (Leitão, Garantia das Obrigações, 2018, p. 145).

1.2 Admissibilidade da Garantia autónoma bancária

A garantia autónoma, não tem *nomen iuris*, isto é, não acha consagração legal em Portugal. Todavia, é na doutrina e na jurisprudência que encontra a justificação para a sua admissibilidade, e onde a fundamentam mediante o recurso ao princípio da liberdade contratual e ao princípio da autonomia privada[25].

Não obstante, não é possível falar da admissibilidade da garantia autónoma bancária, sem antes mencionar a proibição dos contratos abstratos da lei portuguesa previstos no art.º 458.º do CC, isto porque, neste contexto estão estreitamente ligados. O negócio abstrato[26] é, quase sempre, definido em confronto com a causa[27] do negócio.

O facto de a garantia automática se abstrair das vicissitudes do contrato-base significa apenas que esta garantia, diferentemente da fiança, não é acessória, antes autónoma- o que não significa, porém, que seja um negócio abstrato, sem causa.[28]

Neste seguimento, entende-se que o contrato de garantia bancária visa assegurar uma obrigação decorrente de um outro contrato, o contrato principal, por isso, é que é considerada um negócio causal[29].

Nesse sentido, MENEZES LEITÃO afirma que *à semelhança da fiança, a garantia autónoma tem natureza contratual, sendo um negócio causal na medida em que comporta em si uma função económico-social própria: a função de garantia* (Leitão, 2018, p. 142). Pestana de Vasconcelos acrescenta que o *contrato em análise tem, em si, uma função*

---

[25] Para Menezes Leitão, a garantia bancária *não se encontrando prevista na lei, a sua admissibilidade resulta do principio da autonomia privada (...)* (Leitão, 2018, p. 141)

[26] Nas palavras de Carlos Ferreira de Almeida, *os negócios jurídicos abstratos admitem a omissão de causa, compreendida como função económico-social.* (Ferreira de Almeida, 2011, p.104).

[27] Ainda no seguimento de Carlos Ferreira de Almeida, *os negócios jurídicos causais dizem-se causais se, como requisito da sua validade, se exigir a presença de uma causa no respetivo conteúdo, indicada de modo explicito, implícito ou por remissão.* (Ferreira de Almeida, 2001, p.2014).

[28] Citação referida por Fátima Galante, pp. 435-436.

[29] Para Simões Patrício, ainda que discorde desta tese, *há sempre uma causa para todo negócio jurídico e, mesmo alguma dependência do regime jurídico quanto a essa causa.* (Simões Patrício, 1983, p.694).

própria: assegurar uma obrigação emergente de um outro contrato, o contrato-base (Vasconcelos L. M., 2019, p. 143).

GALVÃO TELLES acha no princípio da liberdade contratual o suporte para a garantia autónoma conferindo a esta natureza causal: *A garantia automática é uma obrigação causal, como a fiança, porque visa, como esta, a função de garantia e essa função, que constitui a sua causa, está objetivada no respetivo contrato* (Telles, Manuel do Contratos em Geral, 2010, p. 513).

Na mesma linha de pensamento seguem os autores ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO onde justificam a validade das garantias autónomas com base no preceituado no art.º 405.º CC e 398.º n.º 2 do mesmo diploma. *Efetivamente, a causa da garantia autónoma, a finalidade económico-social que serve, o seu escopo, é precisamente garantir determinado contrato-base, finalidade esta objetivada na própria carta de garantia e nos contratos (entre credor e o devedor e entre este e o banco) que a precedem.*[30]

Em sentido diverso aponta o autor SIMÕES PATRÍCIO[31] considerando que a garantia autónoma é um negócio abstrato, adiantando *com efeito, não só funcionalmente na intenção das partes elas são autênticos negócios abstrato- destacados independentemente das relações comerciais que asseguram- como ainda a abstração não consiste em suprimir a causado negócio, antes apenas a técnica ou expediente jurídico de desligar (até certo ponto) a sorte do mesmo negócio da relação fundamental que lhe serve de causa. Até porque, na realidade (não hipócrita), há sempre uma causa subjacente aos contrat*os (Patrício, 1983, p. 706).

Em suma, e ao contrário do que acontece no ornamento jurídico alemão, *no direito português vale o princípio da causalidade, a abstração negocial só é permitida num conjunto fechado e restrito de negócios* (Almeida, 2011, p. 105).

[30] Citação referida por Duarte Pinheiro, p. 438.

[31] Curiosamente, foi este o autor que mais se debruçou sobre o estudo do tema da admissibilidade da garantia bancária autónoma no artigo publicado em 1983 na Revista da Ordem dos Advogados designado como *Preliminares da garantia bancária "on first demand".*

Pese embora, a garantia bancária autónoma não se encontre regulada pela nossa lei encontramos em alguns diplomas nacionais[32] alusões a esta figura.

O Decreto Lei nº 18/2008 referente ao regime dos contratos públicos no seu art.90º nº2 prevê *"A caução é prestada por depósito em dinheiro ou em títulos emitidos ou garantidos pelo Estado, ou mediante garantia bancária ou seguro-caução e,* art.90º n.º6 *Se o adjudicatário prestar a caução mediante garantia bancária, deve apresentar um documento pelo qual um estabelecimento bancário legalmente autorizado assegure, até ao limite do valor da caução, o imediato pagamento de quaisquer importâncias exigidas pela entidade adjudicante em virtude do incumprimento de quaisquer obrigações a que a garantia respeita".*

Não obstante, à sua não tipificação legal, à não aceitação dos negócios abstratos no ornamente jurídico português, não foi de animo leve que os tribunais portugueses abraçaram a garantia autónoma.

O STJ considerou, no acórdão de 23 de março de 1995[33] a garantia autónoma como um negócio causal, que encontra a sua justificação legal no princípio da liberdade contratual, hoje previsto no art. 405º do CC. Este acórdão abraça a posição da maioria da doutrina portuguesa pois observa que "*o contrato de garantia autónomo entronca a sua legalidade no princípio da liberdade contratual*", anuindo a função de garantia autónoma *"porque é independente da validade e subsistência do contrato-base, ao passo que a fiança é acessória, porque é subordinada a essa validade e subsistência".*

Também, o acórdão do STJ, de 27 de maio de 2010[34], debruçou-se sobre a função da garantia autónoma afirmando que *"A função da garantia autónoma não é a de assegurar o cumprimento de um determinado contrato, mas antes de assegurar que o beneficiário receberá, nas condições previstas nos termos da garantia, uma determinada quantia em dinheiro. E, por isso, perante uma garantia autónoma à primeira solicitação de nada sevirá vir-se esgrimir com argumentos retirados do contrato principal, poi a garantia tem fins próprio, auto-suficientes(...)".*

[32] Já o Decreto lei 235/1986, de 18 de agosto no corpo do seu art.102º nº1 consagrava cfr.se segue *a caução será prestada por depósito em dinheiro ou em títulos emitidos ou garantidos pelo Estado, ou mediante garantia bancária ou seguro caução, conforme escolha do adjudicatário.*

[33] Processo nº 086426, 23 de março de 1995, Relator Miranda Gusmão. (Supremo Tribunal de Justiça, 1995).

[34] Processo nº 25878/07.3YYLSB-A.AL1.S1, 27 de maio de 2010, Relator Serra Baptista. (Supremo Tribunal de Justiça, 2010).

1.2.1 Forma

Como insistentemente foi dito ao longo do estudo, a garantia bancária autónoma é um contrato inominado que decorre da liberdade contratual, prevista no art 405.º do CC, por isso, não tem de cumprir as exigências de forma estabelecidas pela lei, embora exista uma divisão doutrinal[35] relativamente a este ponto.

Dessa forma, estamos perante um contrato consensual que resulta da junção da vontade de duas partes, e da sua aceitação[36] (tácita ou expressa). Não obstante, e tendo em conta os riscos inerentes a este tipo de operação e à sua complexidade levam à redução de um contrato a escrito[37], também por uma questão de prova.

1.3 Regime jurídico

1.3.1 Considerações gerais

Através do presente estudo, foi, até então, de fácil perceção de que o contrato de garantia autónoma prevê a existência de três intervenientes. Não é por acaso que, entre outros, GALVÃO TELLES afirma que, *a garantia autónoma é uma figura triangular* (Telles, 2010, p. 514).

Intervenientes esses, a saber: o devedor, designadamente o dador da ordem, o credor do contrato-base ou correntemente apontado como o beneficiário da garantia, e o garante, ou seja, aquele que presta a garantia e que, normalmente é um banco.

Tratam-se então, de três relações jurídicas diferenciadas que aqueles estabelecem entre si: a primeira, a relação de atribuição; segue-se a relação de cobertura e por fim, a relação de execução.

---

[35] Ao contrário da doutrina alemã opta pela exigência de forma, fazendo uma aplicação analógica da forma da fiança. Para Menezes Leitão, *deverá ser exigida a forma escrita relativamente à declaração do vinculado à garantia autónoma* (Leitão, 2018, p. 145).

[36] No que reporta à aceitação por parte do beneficiário, Menezes Leitão considera que não é necessário que a mesma declaração de aceitação seja reduzida a escrito (Leitão, 2018, p. 145).

[37] Quando à forma o art. 7.º nº. 2 da Convenção das Nações Unidas para as garantias independentes e letras de crédito stand-by estabelece: *"Un engagement peut être émis sous toute forme préservant un enregistremenr complet du texte dudit engagement et permettant une authenrification de sa source par des méthodes généralement acceptées ou selon une procédure convenue netre le garant/émetteur et le bénéficiaire."*, citação referida por Francisco Cortez, p. 103.

Observemos cada uma delas:

A relação de atribuição, refere-se ao contrato base, celebrado entre duas partes, o credor e o devedor, beneficiário da garantia o ordenante, respetivamente. E constitui, a relação jurídica principal. É esta a relação que está na base da garantia, já que é por sua causa que emerge a necessidade de se prestar uma garantia.

Assim, quando é celebrado um contrato, o devedor, aqui ordenante, terá de conseguir um garante que emita uma garantia. Nesse caso, podem as partes acordar um prazo para alcançar alguém que emita a garantia. Contudo, na circunstância de o devedor não conseguir um garante, o beneficiário da garantia poderá gozar do direito a uma indemnização por parte do devedor que servirá para consertar os danos da não execução do contrato.

A relação de cobertura, remete-se à relação que se estabelece entre o garante e o dador da ordem, em que o primeiro se compromete a pedido do segundo e mediante remuneração prestar uma garantia a terceiro.

Assim, nesta relação fica o garante obrigado a emitir a garantia, e a contraparte a pagar uma compensação e, a reembolsa-lo caso a garantia seja reclamada pelo beneficiário daquela.

Por último, a relação de execução é a prestação da garantia propriamente dita, e estabelece-se entre o garante e o benificiário daquela. Esta relação configura um verdadeiro contrato, e ainda que não seja sinalagmático, depende de uma aceitação seja ela tácita ou expressa.

1.4 Tipos de Garantia

1.4.1 A garantia autónoma simples

Entramos no domínio das garantias autónomas simples quando as partes da relação jurídica principal decidem afastar o carácter acessório do contrato de garantia que se propõe a celebrar. Ora, se assim não fosse cairíamos no campo do instituto da fiança[38], conhecida e caracterizada precisamente pela sua acessoriedade.

[38] Em termos genéricos, a fiança, prevista no art. 627.º do CC., é uma garantia pessoal através da qual um terceiro, designadamente o fiador, assume o cumprimento da obrigação do devedor, recorrendo ao seu património pessoal. O n.º 2 do *supra* artigo avança o seguinte: "a obrigação do fiador é acessória da que recaí sobre o principal devedor." Entre outras especificidades, significa isto que, a fiança está sempre de "mãos

Ora, como foi abordado ao longo do estudo, a garantia autónoma, como o prórpio nome indica, é dotada de autonomia, assim sendo, não pode o garante, invocar vicíos da relação jurídica subjacente ou invocar exceções, a fim de furtar-se da sua obrigação, admitindo-se apenas as exceções conjecturadas nos próprio contrato de garantia.

Nas palavras de MENEZES LEITÃO quando *a garantia é simplesmente estabelecida como autónoma, as partes limitam-se a prever a autonomia da obrigação do garante em relação à existencia, validade ou exceções oponíveis ao crédito garantido, admitindo apenas a oponibilidade de exceções próprias da relação de garantia* (Leitão, 2018, p. 143).

Porém, ao contrário do que acontece na garantia autónoma "on first demand", o beneficiário da garantia terá de apresentar uma justificação de que já se verificou o facto constitutivo do seu direito, ou seja, aquele terá de fazer a prova da sua pretensão.

Na garantia autónoma simples o garante obriga-se a pagar a soma pecuniária previamente estabelecida do contrato, a não recorrer aos meios de defesa próprios do garantido, independemente dos vícios que possam advir da relação juridica principal. No entanto, o beneficiário da garantia tem de apresentar provas que sustentem a sua pretensão.

Assim, a invalidade do contrato principal não obsta em nada o acionamento da garantia, nem o dador da ordem pode impedir o garante de prestar a garantia, ainda que os vícios se verifiquem na obrigação principal. Como diz Duarte Pinheiro, o *banco (...) não pode refugiar-se atrás da invalidade do contrato-base* (Pinheiro, 1992, p. 420).

1.4.2 A garantia autónoma à primeira solicitação

Na garantia autónoma à primeira solicitação ("on first demand", "nupon first demand", "nauf erstes anforden", "à primière demande", "alla prima richiesta"), *o garante obriga-se a pagar ao beneficiário uma determinada importância. Tal pagamento operará à primeira solicitação (...) isto é: (...) assim que este lha peça.* (Cordeiro, 1999, p. 609).[39]

---

dadas" com o contrato principal, assim, se a obrigação principal, é nula ou anulada, ou se houver erro, vício de vontade, extingue-se a fiança. Em suma, extinguindo-se um extingue-se o outro porque se encontram intimamente moldadas. Esta acessoriedade, é a principal característica que distingue a fiança da garantia autónoma bancária, que como o próprio nome indica a obrigação contraída pelo garante é autónoma à relação jurídica principal.

[39] Ainda neste contexto e, seguindo a linha de raciocínio de Francisco Cortez, o carácter automático desta garantia dá-se pela inclusão no contrato de garantia da cláusula "on first demand" *pela qual o garante fica obrigado a entregar imediatamente a quantia pecuniária fixada ao primeiro pedido do beneficiário* (Cortez, 1992, p. 536).

Este é o tipo de garantia que se reconhece pelo facto de: o beneficiário da gararantia não ter de justificar o seu pedido, nem de provar o incumprimento por parte do garantido[40], pelo facto do garante estar obrigado a pagar a quantia ao primeiro pedido, ou seja, à primeira solicitação, sem invocar quaisquer exceções a fim de obstar o cumprimento da sua obrigação, que é pagar[41]. Nas palavras de Calvão da Silva, *ao primeiro pedido do beneficiário da garantia, o garante é obrigado a pagar imeditamente sem contestação, sem poder exigir a prova da inadimplência e não obstante a eventual oposição do garantido* (Silva, 1996, p. 340).

Todavia, MENEZES LEITÃO faz a distinção *entre a garantia com ou sem a justificação documental, consoante o pedido de pagamento tenha que ser acompanhado de documentação comprovativa do evento que desencadeia a garantia ou possa ser realizado independentemente da junção de qualquer documentação* (Leitão, 2018, p. 144). É neste contexto que, DUARTE PINHEIRO se insurge alegando que *a cláusula à primeira solicitação ou "à première demande" não resolve tudo*, e, levanta a questão que se segue: *E quando são exigidos documentos? Garantia autónoma ou garantia acessória?* (Pinheiro, 1992, p. 426). FÁTIMA GALANTE também argumenta, *pode perguntar-se, neste caso, se as garantias bancárias à primeira solicitação com justificação documental não perderão a característica da automaticidade* (Galante, 2016, p. 459).

Ora, se for exigido ao beneficiário da garantia um mero relatório ou declaração a comunicar ao garante os motivos que validam a sua pretensão, julgam-se preenchidos os pressupostos da automaticidade. Todavia, se for exigido uma sentença judicial, *já terá de se concluir que a garantia perdeu a sua automaticidade (quiça a sua autonomia), ainda que, no seu rosto se afigure a expressão "à primeira solicitação"* (Galante, 2016, p. 459).

Porém, nas palavras de IVES POULLET, *La Banque s'oblige ainsi expressément e irrévocablemenr à libérer immédiatement et à première demande (et dès lors de manière inconditionnelle et sans qu'il y ait lieu de justifier cette demande) le montante sollicité (...)* (Poullet, p. 125).

[40] Menezes cordeiro, acrescenta que, o garante, porque a garantia assim o obrigada, procede à análise de determinados documentos: faturas, ordens de fornecimento, boletins de transporte ou embarque. *Tal exame não se confunde, porém, de modo algum, com o juízo de cumprimento ou incumprimento da relação principal. As novas normas uniformes da CCI determinam que o garante examine todos os documentos especificados no texto da garantia com cuidado razoável* (Cordeiro, 1999, p. 609).

[41] Salvo casos excecionais que *infra* veremos.

Face ao exposto, a garantia bancária "on first demand" é a priviligiada escolha das entidades, por ser a mais segura[42] e eficiente, uma vez que o garante está impedido de se opor ao cumprimento da sua parte contratual, invocando as exceções. Trata-se de uma garantia na mais pura das suas versões, tanto mais que, Castelo Branco escreve *só a garantia prestada com total independencia e «abstração» do negócio que lhe deu causa constitui garantia autónoma à primeira solicitação* (Branco, 1993, p. 73). Porém, há que ter em consideração que quanto maiores forem as vantagens maiores serão os riscos.

1.5 Funções da garantia autónoma quanto ao fim:

GALVÃO TELLES, nas notas que redigiu, aponta que a obrigação do garante é sempre pecuniária, ou seja, visa sempre o pagamento em dinheiro mesmo quando a obrigação que se pretenda garantir não o seja. De facto, pode a obrigação garantia ser a prestação de um facto, por exemplo, uma empreitada, ou a prestação de uma coisa que não seja o dinheiro[43]. Por conseguinte, *não versando a obrigação garantia sobre dinheiro, o garante resonsabiliza-se apenas pela indemnização resultante do incumprimento(...)* (Telles, 1991, p. 29).

1.5.1 *Bind Bonds*

A garantia Bind Bonds também conhecida como garantia de oferta ou garantia de subsistência de oferta, o garante obriga-se a pagar determinada quantia indemnizatória, se o garantido vir a furtar-se de celebrar o contrato a que se comprometeu ou a não vir a executá-lo.

Esta é a garantia caracteristica dos contratos de empreitada, onde, nestes casos, a prestação de garantia *bind bonds* contitui uma prévia formalidade. FÁTIMA GALANTE acrescenta que aquelas *correspondem normalmente a uma garantia do adjudicador contra o cessionário, em caso de retida antecipada da proposta, da sua modificação, ou havendo*

[42] Trata-se de uma garantia tão segura que, as generalidades dos autores aqui mencionados equiparam a garantia autónoma à primeira solicitação com o depósito de dinheiro ou valores. Na verdade, são duas realidades próximas. Todavia, a garantia automática não tem a inconveniência de congelar os valores depositados e a sua não rentabilização.

[43] De todo o modo, Calvão da Silva, acentua que a garantia do bom cumprimento do contrato nem sempre se reduz ao pagamento da quantia em dinheiro nelo estipulada, por vezes, poderá ser a promessa de completar ou fazer completar a obra ou o fornecimento do pactuado- é a designada *surety Bond* (Silva, 1996, p. 339).

adjudicação no caso do cessionário se recusar a assinar o contrato ou a prestar as garantias exigidas (Galante, 2016, pp. 456-457).

1.5.2 Performance Bonds

A garantia performance bonds, casualmente designadas como garantia de boa execução, o garante assume o correto e pontual cumprimento das obrigações do garantido. Para tanto, paga a título indemnizatório certa quantia pecuniária no caso de incumprimento do contraente.

Em suma, têm *por objeto a indemnização do dano resultante para uma das partes do incumprimento pela outra parte da prestação característica do contrato* (Galante, 2016, p. 456).

Estas garantias são frequentemente utilizadas nos contratos de empreitada, todavia, estendem-se aos contratos de prestação de serviços e aos contratos de compra e venda.

1.5.3 *Repayment Bonds*

As garantias *repayment bonds* ou garantias de reembolso são prestadas antecipadamente, por forma a assegurar a conformidade no cumprimento do contrato que lhe subjaz. Assim, as quantias pagas adiantadamente serão devolvidas caso o outro contraente não veja a realizar as suas obrigações. Através destas o banco garante o seu reembolso.

É o tipo de garantia que se prefere no ambito dos contratos-promessa de compra e venda *para assegurar ao promitente-comprador a restituição do sinal* (Branco, 1993, p. 72).

1.5.4 Payment guarantee

Payment guarantee, significa garantia de pagamento. Ora, estas garantias visam a satisfazer o valor que se encontra em divída, no caso do garantido não o pagar ou não o vir a fazer tempestivamente. *Destina-se a assegurar à parte credora de uma prestação pecuniária (vendedor, fornecedor, empreiteiro) o pagamento da divída(...) funciona como uma garantia dos direitos do vendedor para assegurar o pagamento pelo comprador do preço na data convencionada* (Cortez, 1992, p. 543).

1.6 Características

O contrato autónomo de garantia partilha de algumas características peculiares que a tornam um *instituto muito violento para o devedor* (Pinheiro, 1992, p. 443). Já expusemos em sede própria que o contrato de garantia autónoma, é um contrato consensual[44], uma vez que a lei não exige observância da forma escrita, porém, é a forma mais usual assumirem forma escrita por razões de segurança e de *ordem prática* (Jardim, 2002, p. 103).

A garantia autónoma, trata-se, de um contrato sem nomenclatura legal, por isso, é que é inominado e assenta no princípio da liberdade contratual. É, ainda, um negócio jurídico gratuito na medida em que *uma parte tem a intenção, devidamente manifestada, de efetuar uma atribuição patrimonial a favor de outra, sem contrapartida ou correspectivo* (Pinto, 2005, p. 401). Ora, como se sabe o destinatário da garantia está isento de quaisquer sacrifícios.

Pese embora, o contrato de garantia autónomo seja um negócio bilateral, não é sinalagmático, porque gera obrigações somente para uma das partes, nomeadamente, para o garante. Assim, na relação que se estabelece entre o beneficiário da garantia e o garante, apenas se assiste à obrigação deste último e, que se traduz na entrega da soma pecuniária previamente acordada credor-beneficiário.

1.6.1 Autonomia

Das características supramencionadas, acresce, como o próprio nome indica, o carácter autónomo da garantia bancária, essencial na sua definição. É esta a característica que a *individualizou da fiança* (Cortez, 1992, p. 532) e que, torna este instituto *violento para o devedor*, como referiu DUARTE PINHEIRO. No entanto, foi a autonomia do contrato que contruibuiu para a sua crescente utilização, uma vez que nos finais do século passado *pôs-se a hipótese prática e teórica de surgir uma garantia que não fosse afetada pelas vicissitudes da relação principal* (Cordeiro, 1999, p. 605).

A autonomia é, quase sempre, definida em contraposição com a acessoriedade específica da fiança, e ao contrário do que se prevê neste último instituto, a obrigação que emerge do

[44] Em traços gerais, o princípio da consensualidade, assenta na conformidade de vontades das partes para o contrato alcançar a sua perfeição.

contrato de garantia é independente da obrigação estabelecida no contrato que lhe está subjacente.

Diz-se que é autónoma a garantia quando o contrato autónomo bancário é totalmente independente do contrato que lhe está subjacente. Nessa medida, o garante não poderá, grosso modo, opôr-se[45] ao cumprimento das suas obrigações contratuais, nem pode socorrer-se dos meios de defesa inerentes à pessoa do devedor[46]. Essa autonomia aproveita *quanto à obrigação do contrato-base, cujo cumprimento se visa garantir, quer quanto ao contrato de mandado estabelecido entre o ordenante e garante* (Costa M. L., 2015, p. 13).

Assim, atentamos a nossa atenção sobre dois pontos: o primeiro, inoponibilidade do garante em relação à pessoa do beneficiário, impossibilitando-o de invocar os meios de defesa[47] do ordenante. *Assim, o garante não pode, está impedido, de opor ao credor/beneficiário qualquer meio de desfesa decorrente da relação base donde emerge a obrigação garantida: a sua nulidade, anulação resolução ou qualquer poutra exceção daí decorrente* (Vasconcelos L. M., 2019, p. 146). O segundo, reside na proibição do garantido impedir o garante prestar a sua quantia pecuniária acordada no contrato.

A doutrina considera discorre ainda sobre os graus de autonomia, *sendo menor modalidade da garantia bancária simples e maior na garantia bancária "on first demand", e ainda que a autonomia não é absoluta* (Cortez, 1992, p. 533). Porém, a autonomia está presente em ambas as modalidades, ou seja, na garantia bancária simples, e na garantia bancária à primeira interpelação, com a ressalva de que, nesta última o garante terá de efetuar o pagamento imediatamente depois o pedido.

1.6.1.1. O "levantamento" da autonomia

Em termos gerais, e abordado insistentemente no presente estudo, a garantia autónoma bancária *não pode ser detida pelas exceções derivadas da relação básica* (Cordeiro, 1999,

[45] Só em casos excecionais e previstos no contrato de garantia é que o garante poderá reagir com os meios de defesa emergentes desse mesmo contrato para se desonerar-se de pagar a soma pecuniária acordada.

[46] Galvão Telles acrescenta que a *garantia não poderá ser invocada senão nos seus próprios termos. O banco só tem de pagar o que consta do título de garantia e em harmonia com o teor respetivo. Mas, desde que o beneficiário respeite esse teor e o reclame o que face à do título de garantia que lhe é devido, o banco não tem outro remédio senão pagar: deve pagar ao primeiro pedido, imediatamente, sem discussão* (Telles, 1991, p. 31).

[47] Pestana de Vasconcelos, adianta que *os únicos meios de defesa que o garante pode recorrer são aqueles que decorrem do próprio contrato de garantia* (Vasconcelos L. M., 2019, p. 146).

p. 609), o que significa que, grosso modo, o garante vincula-se a efetuar o pagamento "sem reclamar". A questão que se impõe é: *será sempre assim?*

A resposta é negativa, porque a doutrina admite exceções à autonomia própria da garantia bancária, atribuindo, para tanto, ao garante a faculdade de recusar o pagamento da quantia pecuniária previamente acordada. Constitui, genericamente falando, causa de "levantamento" da autonomia o abuso de direito, fraude à lei[48], e o facto do contrato-base ser contrário à ordem pública ou aos bons costumes[49]. Conclui-se, portanto que, a *autonomia não possui carácter absoluto* (Costa M. L., 2015, p. 23).

Em qualquer destas hipóteses, o banco não pode, senão que deve recusar o pagamento. Se não o faz, não tem direito de regresso contra o mandante (Correia, 1982, p. 257).

Veja-se que o art. 405º, prevê uma regra geral respeitante ao conteúdo da negociação no âmbito da formação dos contratos e que diz que o mesmo deve de ser feito *dentro dos limites da lei*. O art. 280º reforça quando estatui no n.º 1 que é *nulo o negócio jurídico … contrário à lei ou indeterminável* e no nº 2º *é nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes.*[50] *É uma exceção que resulta do próprio ius cogens, que está naturalmente acima da regra na inoponibilidade presente nestas garantias e cuja aplicação não pode ser afastada por vontade das partes fruto do seu caracter imperativo* (Costa M. L., 2015, p. 24).

Ora, não é novo a razão pela qual existem estas exceções no âmbito da garantia autónoma bancária. Como se sabe, as partes estão sempre ligadas ao princípio da boa fé[51] no âmbito da formação e do cumprimento dos contratos como decorre do art. 762º do CC. Assim,

---

[48] Galvão Telles acha que a *fraude à lei deve ser reprimida, como é reprimida a violação direta da lei. Se a lei não quer o resultado, proíbe todos os meios a ele conducentes, tanto os que visou explicitamente por serem meios normais de o atingirem, como todos os outros, não contemplados de forma expressa* (Telles, 2010, p. 302); Mahomed Hannani acrescenta que *une partie de la doctrine affirme que la fraude, pour empêcher la réalisation de la garantie, doit se référer aux seuls documents requis. On estime alors qu'il y a fraude lorsque les documents sont forgés ou frauduleux* (Hannani, 1985, p. 701).

[49] Pais de Vasconcelos considera que a *submissão dos negócios jurídicos e do seu conteúdo à moral não é efeito da lei, do artigo 280º do Código civil, mas antes uma exigência da Ideia de Direito. Ainda que não estivesse formulada no articulado da lei, ela impor-se-ia pela natureza e finalidade próprias do Direito e da Natureza das Coisas* (Vasconcelos P. P., Teoria Geral do Direito Civil, 2012, p. 501).

[50] Acrescem ainda os arts 294º, 398º e 401º do CC. que subordinam a liberdade negocial à lei, à moral, à ordem pública e aos bons costumes.

[51] A doutrina entende que, a boa-fé e a eticidade devem de estar presentes em todas as fases contratuais, desde os momentos que se antecedem à celebração dos contratos, mormente, na fase de pré-negociação até ao período de execução do contrato. Almeida Costa declara que o comportamento dos contraentes devem pautar-se *pelos cânones da lealdade e da probidade* (Costa M. J., 2013, p. 302).

também o beneficiário do contrato autónomo de garantia está vinculado a este princípio na execução desse mesmo contrato, isto porque, *a boa fé constitui assim um importante princípio geral de Direito cuja aplicação no Direito das Obrigações se reconduz à imposição de comportamentos às partes (...)* (Leitão, 2002, p. 53). Ou seja, trata-se de uma imposição ao comportamento das próprias partes contratuais.

GALVÃO TELLES acrescenta ainda uma outra hipótese, que se encontra intimamente ligada com as supramencionadas, em que o garante se pode furtar a pagar, será o caso em que o beneficiário age de má-fé. *Manifesta má-fé*, é o quesito. Assim, *não basta que o banco alegue a má-fé. Torna-se necessário que ela seja patente, não oferecendo a menor dúvida, por decorrer com absoluta segurança de prova documental em poder do banco* (Telles, 1991, p. 32).[52]

Neste seguimento MÓNICA JARDIM vai mais longe e discorre: *De facto, tem sido unanimemente defendido que não basta ao garante a suspeita de fraude ou abuso de direito do beneficiário, a certeza é necessária, o carácter não fundado da solicitação deve ser claro e não contestável* (Jardim, 2002, p. 291).

Em suma, PESTANA DE VASCONCELOS reforça defendendo que *é necessário que os casos de abuso de direito ou fraude sejam verdadeiramente "inequívocos"* (Vasconcelos L. M., 2019, p. 150). Isto porque, se assim não fosse estaríamos a *atentar contra a essência da própria garantia* (Vasconcelos L. M., 2019, p. 151).

No que respeita à ilicitude do contrato-base por violação da ordem pública, há quem defenda a nulidade da própria garantia autónoma. E, é aqui, que mais uma vez Simões Patrício se realça defendendo a nulidade da garantia, por não existir uma relação subjacente ou por existir uma relação ilícita[53]. Atente-se *a doutrina admite a nulidade da garantia (...) quando exista uma relação causal mas que seja ilícita* (Patrício, 1983, p. 708).

[52] *Por exemplo, trata-se de uma garantia de entrega de mercadoria, o importador reclama a efetivação da garantia alegando não ter recebido a mercadoria, mas o banqueiro tem diante de si o respetivo certificado de desalfandegamento no país destino* (Telles, Garantia bancária autónoma, 1991, p. 32).

[53] Por exemplo, existindo um contrato de tráfico de droga ou tráfico de pessoas, o objeto da garantia é ilícito. Nesse seguimento, torna-se ilícito o contrato de garantia autónomo. Isto porque, se não é licito o objeto do contrato base por ofender a ordem pública, a ilicitude transmite-se para o contrato de garantia, que tem como finalidade garantir o primeiro contrato. Observa-se, então, a uma contaminação do contrato de garantia pela ilicitude prevista no contrato subjacente.

Estas ordens de razões que constituem o limite à autonomia da garantia bancária são aceites pacificamente pela doutrina devido aos *princípios cogentes de todo e qualquer ornamento jurídico, que devem ser respeitados, não podendo as garantias automáticas violar grosseiramente os referidos princípios*[54].

1.6.2 Automaticidade

Existem dois tipos de garantias: as garantias simples e as garantias *on first demand* ou autónomas automáticas. A automaticidade é uma caracteristica acessória que só se verifica quando está estatuida no contrato uma cláusula "on first demand" ou "à primeira solicitação". Assim, conforme se pode apurar *todas as garantias bancárias autónomas são autónomas, mas nem todas são automáticas* (Galante, 2016, p. 452).

Na primeira modalidade, o credor da garantia terá de apresentar provas que constituem o seu direito, a fim de o garante executar o pagamento. Na segunda modalidade o credor da garantia exige apenas o pagamento nos termos acordados no contrato e, encontra-se exonerado de provar os factos que constituem a sua causa de pedir.

Esta autonomaticidade só vale se estiver incluída do contrato, e obriga o garante a pagar imediatemente ao garantido apenas com a mera interpelação do beneficiário da garantia. Como Mónica Jardim diz: *pediu, pagou* (Jardim, 2002, p. 86).

Podemos, então, concordar que esta cláusula acarreta vantagens para o beneficiário, GALVÃO TELLES concretiza apresentando a garantia autónoma à primeira solicitação como uma opção para o interessado que *deseja uma garantia tão forte como o depósito de dinheiro ou de valores*[55] (Telles, 1998, p. 282). Isto, ao contrário do que acontece na garantia bancária simples, o credor escusa de apresentar provas que legitimam o seu pedido. Este beneficício também se estende à rapidez no pagamento da soma pecuniária acordada, uma

[54] Citação referida por Duarte Costa, p. 24.

[55] Relativamente a este tema, e no âmbito das garantias especiais, pode haver um reforço qualitativo da garantia do credor concedendo-lhe uma posição de vantagem relativamente aos bens do devedor ou de terceiro, através daquilo que se chama o depósito previsto no art. 623.º do CC.
Este instituto, prevê a possibilidade do devedor prestar caução, seja ela obrigatória por lei, imposta pelo tribunal ou autorizada pelo contrato, mediante o *depósito de dinheiro, de títulos de crédito, de pedras ou metais preciosos. (...) O depósito em dinheiro, de títulos de crédito, de pedras ou metais preciosos é considerado penhor pelo n. º2 do 666.º. Tem, portanto, efeitos desta garantia* (Lima & Varela, Código Civil Anotado, 2010, p. 640).
Este depósito em nada se confunde com o depósito bancário. No primeiro, o banco limita-se a ficar com *custódia* da quantia depositada cativa no cofre, no segundo *há uma transferência de propriedade para o banco da quantia depositada, ficando o titular da conta apenas com um direito de crédito sobre o banco* (Vasconcelos P. P., 2014, p. 222).

vez que o garante *não está vinculado a qualquer actuação que não seja ao mero pedido* (Pessanha, 2014, p. 33). E, basta um pedido apenas. Pedido ao qual o garante está impedido de chamar à colação eventuais exceções respeitantes ao contrato-base.

No que concerne à posição do garante, também este acolhe algumas facilidades, a primeira, na retribuiação que aufere por ser mais elevada, a segunda, é que este tipo de mecanismo o imuscui dos eventuais litígios que possam advir entre o dador da ordem, e o beneficiário da ordem, devedor e credor, respetivamente. Assim, *o banco paga ao credor sem discutir, depois o devedor tem de reembolsar o banco, também sem discutir. Será, por último, entre o credor e o devedor que se estabelecerá a controvérsia(...)* (Telles, 2010, p. 509). Acresce que, o garante se imiscui, *ab initio,* de opor exceções ao beneficiário (Cortez, 1992, p. 541). Pese embora, a autonomia não pode sobreponha aos valores superiores, como o Estado de Direito ou a valores plasmados em normas *ius cogens*.

Portanto, é concluso que *a garantia autónoma dotada de automacidade é uma garantia mais eficaz, expedita e segura para o beneficiário e bastante mais operacional para o próprio garante* (Jardim, 2002, p. 86).

Não obstante, a automaticidade ser favorável aumenta na mesma medida os riscos, por exemplo, não impede que a garantia possa vir a ser reclamada de forma abusiva ou injustificada[56]. Designadamente, nos casos em que o beneficiário solicita o pagamento após o garantido ter cumprido integralmente as suas obrigações.

[56] Nestas situações é importante ressalvar que o dador da ordem de uma garantia *on first demand* pode assegurar-se face à eventualidade de um pedido abusivo ou injustificado subscrevendo a um seguro. Relativamente a este tema, veja-se Mónica Jardim, pp. 213 e ss.

Capítulo III: Análise das relações jurídicas implícitas na garantia autónoma

1. Regime jurídico

1.1.Considerações gerais

Como precedentemente foi exposto, o contrato de garantia autónoma prevê a existência, de três intervenientes e de três relações jurídicas distintas. Não é por acaso que, o autor GALVÃO TELLES afirma que, *a garantia autónoma é uma figura triangular* (Telles, 2010, p. 514).

Recordemos cada uma delas:

A relação de atribuição, refere-se ao contrato base, celebrado entre duas partes, o credor e o devedor, beneficiário da garantia e ordenante, respetivamente. E constitui, a relação jurídica principal. É esta a relação que está na base da garantia, já que é por sua causa que emerge a necessidade de se prestar uma garantia.

Assim, quando é celebrado um contrato, o devedor, terá de conseguir um garante que emita uma garantia. Nesse caso, podem as partes um prazo para alcançar alguém que emita a garantia. Contudo, na circunstância de o devedor não conseguir um garante, o beneficiário da garantia goza do direito a uma indemnização por parte do devedor que servirá para consertar os danos da não execução do contrato.

A relação de cobertura, remete-se à relação que se estabelece entre o garante e o dador da ordem, em que o primeiro se compromete a pedido do segundo e mediante remuneração prestar uma garantia a terceiro.

Assim, nesta relação fica o garante obrigado a emitir a garantia, e o garantido a pagar uma compensação e, a reembolsá-lo caso a garantia seja reclamada pelo seu beneficiário.

A relação de execução é a prestação da garantia propriamente dita, e estabelece-se entre o garante e o credor. Esta relação configura um verdadeiro contrato, e ainda que não seja sinalagmático, pois pressupõe apenas obrigações para o garante.

2. As relações jurídicas estabelecidas entre os contraentes

2.1. Relação entre o credor e o devedor

A relação entre o credor, beneficiário da garantia, e o devedor, o ordenante, assenta num tipo contratual, ou seja, num contrato, que como vimos pode ser, um contrato de compra e venda, um contrato de prestação de serviços, um contrato de empreitada ou um contrato-promessa de compra e venda, entre outros.

Embora este contrato seja independente do contrato de garantia autónomo, 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 modalida e por um valor fixado, a favor do credor* (Galante, 2016, p. 425).

Por exemplo:

A, celebra um contrato de compra e venda internacional com B, cujo primeiro vende ao segundo uma determinada mercadoria. Ora, este contrato é a relação jurídica principal, a relação subjacente cujo cumprimento se pretende garantir.

O comprador, inseguro quanto à exequibilidade do negócio, requer a inclusão da cláusula da garantia autónoma[57] no então contrato, sem a qual aquele não se celebrará. Para tanto, tem o vendedor de conseguir um garante que asseverará que o beneficiário da garantia receba uma soma em dinheiro, naturalmente pré fixada, logo que o comprador a acione.

2.2. Relação entre o garantido e o garante

Esta relação jurídica que se estabelece entre o garantido ou devedor e o garante, também designada como relação de atribuição, resume-se num contrato através do qual o segundo se obrigada perante o primeiro a celebrar um contrato autónomo de garantia a favor de terceiro, o credor do contrato-base.

Para o efeito, o garantido dirige-se ao banco e solicita a emissão de uma garantia bancária que poderá ser acionada após a dedução do pedido por parte do credor. Aquando o pedido

[57] Note-se que, é esta a regra geral. Porém, como já foi abordado no presente estudo, o beneficiário da garantia pode requerer a garantia autónoma num momento prévio à celebração do contrato. Neste caso, a garantia é um requisito da celebração do negócio. A garantia pode ainda fazer parte integral do contrato principal ou seguir em documento anexo ao mesmo.

de prestação da garantia, o devedor deverá ter a consciência de que está a solicitar ao banco abertura de crédito.

Por sua vez, o banco tem o direito de aceitar ou não a pertensão do devedor. Partindo do pressuposto de que a resposta é positiva, o garante celebra com o ordenante um contrato através do qual, e mediante contrapartida, se obrigada a celebrar um contrato com o credor da relação jurídica principal um contrato de garantia e, a efetuar o pagamento da soma pecuniária pré-fixada, caso se suceda o acontecimento nela previsto.

Ora, estes contratos obdecem a determinados quesitos, onde se apõe *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 sqatisfação desse direito, como hipotecas, penhores, fianças e até a possibilidade de o garante exercer o seu direito e regresso por levantamentos em depósitos*[58] *que o dador da ordem tenha no próprio banco* (Galante, 2016, p. 426).

FRANCISCO CORTEZ, considera que estes contratos celebrados entre o garantido e o garante, *se tratam se verdadeiros contratos de adesão*[59] (Cortez, 1992, p. 527). Face ao exposto, importa qualificar qual o contrato que se estabelece entre estes dois contraentes.

A resposta é quase unânime, sendo que a doutrina portuguesa dominante avalia esta relação jurídica como um contrato de mandato. Todavia, há que atentar sobre as quatro figuras jurídicas sobre a relação jurídica estabelecida entre garante e garantido tem sido analisada através da comparação.

Relembrando que, o contrato estabelecido entre o garantido não é uma assunção de dívida, um *pactum de contrahendo cum tertio,* um contrato a favor de terceiros, nem uma prestação

[58] A título exemplificativo, alude-se ao *contrato celebrado entre o Banco garante (BESCL) e o dador da ordem (Tecnifiltro Sociedade Técnica de Filtração e Depuração de Águas, Lda) no qual se estabelece que "ficam desde já autorizados (o banco) a debitar qualquer conta que tenhamos (dador da ordem) nesse banco pela importância por vós paga ao beneficiário",* cfr, acórdão da Relação de Lisboa de 13 de dezembro de 1990 (Jardim, 2002, p. 50).

[59] Nesse sentido, Antunes Varela define o contrato de adesão como aquele em que *um dos contraentes – cliente, consumidor- como sucede, por exemplo na generalidade dos contratos de seguro e de transporte por via aérea férrea ou marítima ou dos contratos bancários, não tendo a menor participação na preparação e redação das respetivas cláusulas, se limita a aceitar o texto que o outro contraente oferece, em massa, ao público interessado* (Varela, Das obrigações em geral, 1996, p. 266). Ao contrário do que sucede na formação tradicional dos contratos, onde a formação daqueles é precedida por uma discussão entre os contraentes, onde o debate é um pressuposto, aqui as partes são livres de aderir ou não a um contrato modelo ou padrão que lhes é imposto.

de serviços, vamos proceder à analise de cada um deles para perceber o porque, uma vez que se tratam de figuras identicas.

2.2.1. A assunção de dívida:

JORGE RIBEIRO DE FARIA, define a assunção de dívida como o ato através do qual *alguém assume a obrigação de outrém* (Faria, 1990, p. 578)[60]. ANTUNES VARELA, concretiza um pouco mais além, ditanto que, *a assunção de dívida é operação pela qual qual um terceiro (assuntor) se obriga perante o credor a efectuar a prestação devida por outrém* (Varela, 1992, p. 359). Ora, nesta operação há uma mudança da pessoa do devedor, que se verifica atráves de um contrato entre o credor e o novo devedor, ou mediante um contrato entre os devedores, antigo e novo, mas com a ratificação do credor[61], mas sem alteração do conteúdo, nem da identidade da obrigação.

Com efeito, a asunção de dívida comporta na sua classificação duas modalidades distintas. A saber, a assunção liberatória[62], por sinal, a mais simples de compreender, que se caracteriza pela exoneração total do antigo devedor. Ou seja, a obrigação transfere-se, *sem perda da sua identidade, do primitivo devedor para o assuntor, ficando aquele exonerado a partir do momento em que este se vincula perante o credor* (Varela, 1992, p. 359). Em contraponto, temos a assunção cumulativa[63], onde o primitivo devedor não fica exonerado, ou seja, o assuntor é colocado ao lado do antigo devedor. Desta forma, o credor goza de uma dupla prestação, e do *direito de obter a prestação devida através de dois vínculos, à semelhança das obrigações com os devedores solidários.* Logo, à partida será mais esta a opção mais vantajosa para o credor.

Importa ressalvar que, esta figura para ser válida carece sempre do consentimento por parte do credor. A primeira modalidade exige sempre o consentimento expresso de credor, já na segunda modalidade, o consimento daquele não tem de ser expresso, uma vez que desta

---

[60] Sobre este tema, vejamos os seguintes exemplos referidos por Antunes Varela, *a mulher do arrendatário, por exemplo, pode prontificar-se a pagar as rendas devidas pelo marido, com o intuito de prevenir a acção de despejo que o senhorio estava disposto a requerer (...)* (Varela, 1992, p. 357), e por João Ribeiro de Faria *suponhamos que o comprador de um restaurante se compromete para com o dono deste (vendedor) a pagar o que ele deve a um dado produtor de vinho em contrapartida de uma redução que lhe foi feita no preço da compra* (Faria, 1990, p. 582).

[61] Chama-se a isto, o efeito reflexo e a teoria da ratificação (Faria, 1990, p. 578).

[62] Segundo Antunes Varela, esta modalidade também é conhecida pelas expressões que se seguem: *assunção liberatória, exclusiva ou primitiva de dívida* (Varela, 1992, p. 360).

[63] O mesmo autor também denomina esta modalidade como *co-assunção de dívida, acessão ou adjunção de dívida, assunção multiplicadora ou reforçativa de dívida* (Varela, 1992, p. 360).

assunção nascerá uma vantagem para o credor, por isso, é o suficiente para o negócio ser considerado válido.

Tendo em conta ao exposto, podemos considerar que a assunção de dívida não corresponde ao contrato celebrado entre o garantido e o prestador da garantia bancária.

Na garantia bancária autónoma, o garante não se responsabiliza por cumprir a obrigação a que o garantido se vinculou perante o benediciário da garantia, antes a prestação do garante é distinta da que foi aposta no contrato-base. Acresce que, o prestador da garantia é responsável por uma obrigação própria[64] (autónoma e independente) e não pelo cumprimento da obrigação da dívida do devedor que lhe é alheia[65].

Uma das diferenças entre o regime estabelecido entre o garante e garantido e o regime da sssunção de dívida, assenta na validade do contrato de transmissão e nos meios de defesa ds contraentes.

A lei impõe que para a assunção de dívida ser válida, o contrato de transmissão deve de existir e ser igualmente válido, ou seja, *a lei exige que esta decorra de um contrato transmissivo da obrigação que não seja nulo ou anulável* (Leitão, 2011, p. 59). Caso contrário, voltamos à situação inicial, e, com efeitos retroativos, o devedor primitivo, ainda que anteriormente xonerado pelo credor, assumirá a divida, anulando a obrigação do assuntor. Na garantia autónoma, isto não se verifica, sendo aquele contrato totalmente independente do contrado que lhe esta subjacente, não podendo o garante invocar exceções, salvo as previstas no próprio contrato.

No que diz respeito aos meios de defesa do novo devedor ou assuntor, o art. 598º impõe que, *na falta de convenção em contrário, o novo devedor não tem o direito de opor ao credor os meios de defesa baseados nas relações entre ele e o antigo devedor, mas pode opor-lhe os meios de defesa derivados das relações entre o antigo devedor e o credor, desde que o seu fundamento seja anterior à assunção da dívida e se não trate de meios de defesa pessoais do antigo devedor.* Do que resulta o seguinte: primeiro, o assuntor não pode opor ao credor

[64] Relativamente a este tema fazemos uma remissão para o capítulo II do presente estudo, onde estudamos com detalhe o caracter autónomo e essencial da garantia bancária.

[65] Isto porque, o que verdadeiramente importa, e nas palavras de Vaz Serra, o contrato de garantia bancária visa *impulsionar as empresas de ordem económica, artística ou espiritual* (Serra, 1957, p. 283).

os meios de defesa que resultem da relação estabelecida entre ele e o antigo devedor[66]; segundo, *o novo devedor poderá opor ao credor, quer a nulidade do contrato constitutivo da obrigação (...), quer a ineficácia (...), quer a verificação de causas objetivas de extinção de crédito (...)*

2.2.2. O *pactum de contrahendo cum tertio*

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA definem o *pactum de contrahendo cum tertio* como o *contrato pelo qual alguém se obriga a realizar com terceiro, por sua conta, um negócio jurídico* (Lima & Varela, 1997, p. 787). Ora, perante o exposto, pode precipitadamente entender-se que o contrato estabelecedido entre o garante e o prestador da garantia assume este tipo, porém, não o é.

Vejamos:

Pese embora, o garante se obrigue, a pedido do devedor, a celebrar um contrato de garantia autónoma com o credor, os encargos desta intervenção caírão sobre o primeiro. Desde logo, tem o ordenante a orbigação de pagar a devida comissão ao garante à qual se acresce, a obrigação de ressarcir o garante no caso dele entregar ao beneficiário a soma postulada no contrato de garantia.

2.2.3.O contrato a favor de terceiro

O CC. no seu art. 443º, n.º 1 estabelece a conceção do contrato a favor de terceiro e dispõe cfr. se segue:. Por *meio de contrato, pode uma das partes assumir perante outra, que tenha na promessa um interesse digno de protecção legal, a obrigação de efectuar uma prestação a favor de terceiro, estranho ao negócio; diz-se promitente a parte que assume a obrigação e promissário o contraente a quem a promessa é feita.* Nas palavras de Antunes Varela, *o contrato a favor de terceiro*[67] *é o contrato em que um dos contraentes (promitente) atribui,*

[66] Por exemplo, se o antigo devedor celebra com o assuntor um contrato através do qual, o primeiro, se compromete a dar ao segundo uma compensação como contrapartida da assunção de dívida assumida por este, o novo devedor não goza do direito de opor ao credor a exceção de não cumprimento no caso do evento da compensação não se vier a verificar.

[67] A título de exemplo elaborados por Antunes Varela in Direito das Obrigações em Geral, 9.ª ed. Almedina, estamos perante este tipo contratual quando alguém (A) adquire um ramo flores a outrem (B), para entregar a uma terceira pessoa (C), ou quando, (A) casado com B, quer assegurar o futuro deste para além da sua morte, como não tem fortuna, celebra com uma companhia de seguros, (C) um contrato de seguro de vida a favor de (B).

por conta e à ordem do outro (promissário), uma vantagem a terceiro (beneficiário), estranho à relação contratual (Varela, 1996, p. 421).

Assim, os contraentes que integram este tipo contratual são: o promitente, aquele que se obrigada a realizar a prestação, o promissário, aquele que a toma e atribui, e o terceiro, o destinatário, ou seja, aquele que a quem lhe é atribuída. Essa atribuição patrimonial, normalmente assume a forma de uma prestação, todavia, pode tratar-se de *remissão de dívidas, a cessão de créditos, a constituição, modificação transmissão ou extinção de direitos reais.*[68]

Característica fundamental ao contrato a favor de terceiro, resulta na intenção das partes contraentes atribuírem uma vantagem imediata a um terceiro que dela irá beneficiar. Essa vantagem patrimonial pode ser um direito de crédito ou uma atribuição patrimonial.

Outro ponto importante remete-se ao interesse do promissário que deve de ser digno de proteção legal. Pires de Lima e Antunes Varela, consideram que este interesse pode ser um simples interesse moral, e não necessariamente um interesse patrimonial, no entanto, *deve de haver uma justificação para a sua intervenção como destinatário da declaração do promitente, já que, em princípio, os contratos devem de ser celebrados entre os sujeitos titulares dos respectivos efeitos jurídicos* (Lima & Varela, 1987, p. 425).

As partes que integram este tipo contratual são, o promitente e o promissário, somente eles. Ora, o negócio considera-se "fechado" ou concluído com a manifestação da vontade daqueles dois, não sendo necessário a aceitação por parte do terceiro. Ou seja, existe aqui uma dispensa da aceitação do beneficiário. No entanto, ele adquire na sua esfera jurídica o direito potestativo de reclamar o cumprimento da vantagem que lhe é devida ou de não aceitar, cfr a disposição conjugada do art. 441.º e 447.º n.º1 do CC.

Note-se que a adesão prevista no art. 448.º do CC, em nada se confunde com a aceitação. Esta vai mais longe porque visa obstar a possibilidade do promissário revogar o cumprimento da promessa que até ao momento pode ser revogável, assim, a adesão *prevê a possibilidade de se estabelecer a irrevogabilidade da promessa antes da aceitação (...) não há obstáculo a que se estipule a revogabilidade para além do momento da aceitação* (Neto, 2013, p. 445).

[68] Art. 443.º n.º2 do CC.

Por fim, após a observação deste regime podemos concluir seguramente que a relação garante-garantido não é um contrato a favor de terceiro.

Na garantia bancária autónoma, o direito de crédito que o beneficiário adquire resulta do contrato que ele mesmo celebrou com o garantido, e não da relação que se estabeleceu entre o garante-garantido. Ao contrário do que se sucede com o contrato a favor de terceiro, através do qual o credor-beneficiário adquire imediatamente uma vantagem, ou, mais além, a vantagem nasce no momento da celebração do próprio contrato. *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 exceções relativas ao contrato celebrado entre o garante e o devedor*[69].

A garantia que o garante se obriga a conceder beneficia o próprio banco, caso seja ele o garante, o devedor-garantido e, naturalmente o beneficiário da garantia. Isto porque, no primeiro caso, a instituição bancária concede um crédito por via do qual irá receber a sua comissão pela sua prestação, no segundo caso, tem abertura de crédito e liquidez, no último caso, o beneficiário vê a sua posição jurídica sólida e reforçada com todas as vantagens decorrentes da própria garantia.

Por último, uma das grandes diferenças senão a principal, terá a ver com a inoponibilidade do garante ao beneficiário da garantia das exceções tendentes ao contrato principal, que nitidamente contrasta com os meios de defesa do inerentes à pessoa do promitente[70] e que lhe permite opor ao terceiro os meios de defesa celebrados com o promissário.

Como diz FRANCISCO CORTEZ, isto para não falar na consequência óbvia de tal tese: *como a garantia bancária nasceria diretamente deste contrato a favor de terceiro, o famoso contrato de garantia autónoma deixaria de existir…* (Cortez, 1992, p. 527).

2.2.3. Contrato de prestação de serviços

O contrato de prestação de serviços é, quase sempre, definido em contraposição com o contrato de mandato. Vejamos:

[69] Citação de Diogo Leite Campos referida por Francisco Cortez, p. 527.
[70] Ver art. 449.º do CC.

Estatui o art. 1157.º do CC. que, o m*andato é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais atos jurídicos por conta da outra,* por outro lado, a prestação de serviços *visa a realização de uma actividade de caracter material, em que os atos jurídicos, se os houver, não constituem o seu elemento principal*[71].

No seguimento de MÓNICA JARDIM e, em concordância com a autora, o contrato celebrado entre o garantido e o prestador da garantia não se trata de uma prestação de serviços porque *a prestação a que o banco de obriga tem por objecto fundamental um verdadeiro acto jurídico, um contrato (autónomo de garantia), e não uma simples actividade de carácter material* (Jardim, 2002, p. 53)[72].

2.2.4. O mandato

O grupo preponderante da doutrina[73] portuguesa parece concluir pacificamente, e sem margem para dúvidas que, o negócio jurídico estabelecido entre o prestador da garantia e o garantido é um contrato de mandato.

Vejamos:

O CC. português, como já sabemos, dá o significado a este tipo contratual no art. 1157.º e ss., e dita: *Mandato é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos por conta da outra.* Portanto, no contrato de mandato[74] uma das partes, que se designa de mandante, delega a outra, o mandatário, de praticar certo ato jurídico por conta do primeiro que não pode, ou não consegue, *per si*, concretizá-lo. Trata-se de um negócio que *é a expressão concreta do fenómeno de cooperação jurídica entre duas pessoas* (Justo, 2017, p. 379).

[71] Citação de Pessoa Jorge referida por Fátima Galante, p. 427.

[72] Sendo de rejeitar, *ab initio*, outras qualificações que se afigurem semelhantes a este negócio jurídico que se pretende definir que não o contrato de mandato. Figuras como a gestão de negócios ou até mesmo contrato de crédito, tese defendida por parte da doutrina francesa, cfr, Mahomed Hannani dita na sua obra: *une première opinion, principalement défendue par les auteurs français, analyse le rapport entre la banque garante et son client comme une convention de crédit ou un contrat de crédit s'il était convenu que le garant paierait, en tout ou partie, à découvert* (Hannani, 1985, p. 694).

[73] Pese embora, a doutrina francesa se encontre divida em duas opiniões e considere que o contrato estabelecido entre garantido-garante seja um contrato crédito, a verdade é que a maioria tende a considerar, igualmente a nós, que se trata antes de um contrato de mandato, citando Hannani, *la deuxième tendance, apparemment majoritaire, considère ledit rapport comme un mandat* (Hannani, 1985, p. 695).

[74]No mesmo sentido, Trabucchi,aponta*: Il mandato è un contratto, cioè un atto bilaterale(...) dal primo deriva l'obbligo per il mandatario di compiere uno o piú atti giuridici per curare l'affare che egli si è assunto(...)* (Trabucchi, 1993, p. 131).

O ato ou atos delegados à pessoa do mandatário e praticados por ele não se tratam de atos de qualquer natureza, ou seja, a lei é clara e dita que terá de tratar-se ser um ato jurídico[75]. Habitualmente, os atos praticados pelo mandatário são negócios jurídicos, no entanto, podem tratar-se de simples atos jurídicos[76].

Ora, o mandatário ao realizar a tarefa que lhe foi incumbida e que o mesmo aceitou, deve de agir sempre em conformidade com o interesse[77] do mandante, procurando sempre proceder em benefício daquele. Por outro lado, o mandatário atua sempre por conta da contraparte, o mandante, o que significa essencialmente duas coisas: a primeira, é que todas as despesas e encargos decorrentes da celebração deste negócio ficam por conto mandante, a última, é que todos os efeitos jurídicos repercutem se ou, são transferidos para a esfera jurídica do mandante que dele se imiscuiu, mas no interesse de quem a atividade foi realizada.

O mandatário pode atuar em nome do mandante[78] ou em nome próprio[79]. Na primeira hipótese, o mandatário executa a sua função em nome do mandante quando existe um mandato com representação, aqui, os efeitos produzem-se na esfera jurídica do mandante, no segundo caso, o mandatário atua em nome próprio quando não exista representação, o que significa que os efeitos jurídicos gerados pela sua atuação recaem na sua própria esfera jurídica, no entanto, e neste caso a lei impõe que *há para o mandatário a obrigação de transferir para o mandante todos os direitos e obrigações que lhe advém do ato* (Lima & Varela, 1986, p. 748).

Ao abrigo do que foi exposto, podemos concluir que esta relação contratual fundada entre o garante e o garantido, configura um contrato de mandato sem representação[80], cfr os art.º 1178.º, 1180.º e 1157.º do CC.

---

[75] Curiosamente, assim não o era exigido no Código Civil de 1827 que previa no ser art. 4318.º o seguinte*: dá-se o contracto de mandato ou procuradoria, quando alguma pessoa se encarrega de prestar, ou fazer alguma cousa por mandado de alguém em nome de outrem. O mandado pode ser verbal ou escripto*. Aqui não era exigido que de um ato jurídico se tratasse.

[76] Art. 295.º do CC.

[77] Neste contexto, Mónica Jardim pronuncia-se e esclarece que *o interesse do mandante, se é "história" para o surgimento da relação contratual, não desparece depois de ela estar constituída, permanece vinculando e dirigindo a intervenção do mandatário* (Jardim, 2002, p. 54).

[78] Art. 1178.º do CC.

[79] Art. 1180.º do CC.

[80] Sobre este assunto Antunes Varela pronuncia-se considerando o seguinte: *No mandato sem representação (...), o mandatário não deixa de ser contraente em face de terceiros com quem negociou, mesmo depois de transferir para o mandante os direitos adquiridos em execução do mandato* (Varela, 1993, p. 414).

Consideremos sobre o seguinte:

Na relação de cobertura, o dador da ordem, por imposição ou não do beneficiário da mesma, estabelece um vínculo contratual com o garante através do qual o incumbe de conferir uma garantia bancária ao credor. Ora, esta prestação a que o garante, se necessário, se prometeu a cumprir traduz-se num ato jurídico, mormente, num contrato de garantia autónoma bancária.

Na relação de atribuição, estabelecida entre o garante e o beneficiário da garantia, o primeiro está a agir a pedido e no interesse do garantido. Este interesse é lido de duas formas, a saber: pode consubstanciar uma condição necessária para a realização do negócio jurídico que se pretende garantias, e pode ainda, ser o motivo para o garantido não incorrer em responsabilidade contratual por incumprimento do contrato principal.

Acresce que, o garante compromete-se a realizar o contrato de garantia por conta do garantido, o que significa que, os efeitos deste contrato repercutem-se na esfera jurídica do garantido.

Em suma, parece nos que este vinculo contratual garante-garantido cumpre a imposição legal daquilo o que é o contrato de mandato sem representação.

2.2.4.1.O contrato de adesão

Ainda no que respeita à natureza jurídica do contrato em análise que para além de ser um contrato de mantado, como havíamos referido, ele é, também e, regra geral, um contrato de adesão que se designa "pedido de garantia bancária".

Nestes tipos contratuais, o cliente, não tem espaço para *discutir a substancia das soluções nele firmadas* (Varela, 1996, p. 266), nem não tem margem de participação na redação das cláusulas que compõe o contrato. O que significa que, ele apenas poderá aceitar ou rejeitar o formulário que lhe é apresentado. Como dita TRABBUCCHI, *c'est à prendre ou à laisser* (Trabucchi, 1993, p. 642). Pois, o garantido não tem liberdade na fixação do conteúdo do contrato, e querendo, a única solução que terá será aderir ao modelo que lhe é imposto, mas sem alterar ou discutir o conteúdo da proposta. Aqui, assiste-se a uma *limitação à liberdade contratual* (Varela, 1996, p. 267).

Neste domínio o garante, por norma, está sujeito ao Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de janeiro, relativo às cláusulas contratuais gerais.

2.3.Relação entre beneficiário da garantia e o garante

O terceiro vínculo que se impõe é o contrato de garantia autónoma própriamente dito. É nesta relação de atribuição que o garante se vai comprometer a entregar uma determinada quantia pecuniária predefinida ao beneficiário da garantia, logo que este, verificados os pressupostos, a acione com base no incumprimento do contrato-base, e junte, se necessário os meios de prova, se estivermos no âmbito da garantia autónoma simples, ou então, que apenas interpele o prestador da garantia para o efeito se estivermos perante a garantia autónoma "on first demand".

O contrato de garantia autónoma integra o livro das garantias especiais das obrigações e, caracteriza-se como sendo um contrato consensual, inominado e unilateral[81], através o garante, a pedido do garantido, assume a obrigação prestar uma garantia a um terceiro, o beneficiário. Portanto, este último goza de um direito de crédito. Nas palavras de MENEZES LEITÃO, *esta garantia ocorre quando uma entidade (normalmente uma instituição bancária ou financeira) vem garantir pessoalmente a satisfação de uma obrigação assumida por terceiro, independentemente da validade ou eficácia desta obrigação e dos meios de defesa que lhe possam ser opostos* (Leitão, 2011, p. 354).

A garantia bancária é, um contrato consensual, que não tem exigência de forma imposta pela lei, não obstante, por uma questão de segurança associada a todo o risco envolvido nestas operações, a elaboração de um documento escrito torna-se essencial, até por uma questão de prova. No entanto, no que tange à aceitação[82] da garantia a favor de quem dela irá beneficiar, ela pode ser simplesmente tácita, ao abrigo do art. 217.º e art. 234.º do CC.

Este mecanismo de garantia é, além do mais, um contrato inominado ou sem nomenclatura legal, celebrado entre o prestador da garantia e o beneficário daquela, através do qual o primeiro assegura a produção de determinado resultado mediante o pagamento de uma soma em dinheiro. Como assevera PESTANA DE VASCONCELOS, este contrato *consiste num*

[81] No entanto, há quem tenha uma opinião diversa e considere que a garantia autónoma é um ato jurídico unilateral.

[82] *A garantia prestada, para produzir efeitos, tem de ser aceite pelo beneficiário. E a entidade garantida não deve iniciar a execução do contrato-base antes de aceite a garantia* (Telles, Garantia bancária autónoma: Estudo e parecer, 1998, p. 287).

tipo social, embora não num tipo legal (Vasconcelos L. M., 2019, p. 142).A sua admissibilidade assenta no princípio da liberdade contratual, postulado no art. 405.º do CC, no príncipio da autonomia privada e, a tese causalista valida a sua existência, pois, como afirma FERRER CORREIA, a *garantia bancária autónoma é um negócio causal, que não abstrato. Corresponde-lhe um fim, que vem precisavamente no escopo da garatia. E é nele que reside a «causa» do negócio (...)* (Correia, 1982, p. 249).

GALVÃO TELLES[83], FERRER CORREIA[84] e FRANCISCO CORTEZ[85], defendem que a garantia autónoma bancária, é um verdadeiro contrato- um negócio jurídico bilateral- ainda que, seja um contrato unilateral, isto porque, nasce apenas uma obrigação, a obrigação do garante entregar a soma pecuniária ao beneficiário daquela.

Ainda neste contexto, é importante salientar que a garantia bancária autónoma, para produzir os seus efeitos jurídicos carece de aceitação por parte do beneficiário. No entanto, a aceitação não terá se ver obrigatoriamente escrita em documento, aquela pode ser valida só com a mera aceitação tácita. Ora, esta dispensa de aceitação escrita nesta operação, assenta, como diz FRANCISCO CORTEZ, *na circunstância do negócio* (Cortez, 1992, p. 529), na medida em que, o contrato de garantia nromalmente é celebrado a pedido do credor beneficiário no contrato-base.

Acresce que, esta operação comporta uma estrutura negocial que assenta num conjunto de contratos, sendo que só um deles é o contrato de garantia autónoma. Como já haviamos abordado, esta figura é uma figura trilateral que se sintetiza em três relaçoes contratuais, por conseguinte, em três contratos diferentes. A saber: o contrato-base, celebrado entre o devedor e o credor, ordenante e beneficiário, respetivamente. O contrato de mandato sem representação, concluido entre o dador da ordem e o garante, normalmente um banco (de sólida reputação internacional), mediante uma comissão. E por último, o contrato de garantia autónomo, celebrado entre o prestador da garantia e o credor garantido.

Em suma e, ainda nas palavras de FRANCISCO CORTEZ, este mecanismo é *uma criação pura dos participantes do comécio internacional,- aceite pela generalidade da doutrina e*

[83] P.287
[84] P.249
[85] P.529

jurisprudência (Cortez, 1992, p. 530) que assume uma importância de tal ordem que, é correntemente conhecida como *the lifeblood of international commerce.*

Conclusão

Findo o estudo e, atentando sobre o conjunto de matéria exposta a que precede este capítulo, abreviamos aquilo que consideramos os pontos essenciais e que nos permitiram chegar à conclusão que se segue.

A garantia autónoma bancária foi o foco de um estudo pioneiro por parte do autor alemão, RUDOLF STAMMLER, nos finais do século XIX e, foi quase como o ponto de partida para posteriores análises científicas de tantas outras personalidades aqui apontadas e citadas e que, contribuíram para o estudo sobre esta figura imponente que com o decorrer do tempo alcançou a importância que lhe é devida e que, a impôs em vários ornamentos jurídicos.

Na verdade, não obstante a passagem do tempo, este mecanismo de garantia veio para ficar. Primeiro, a crescente evolução do comércio internacional assim o exigiu, por ser uma figura mais segura, mais eficaz e mais célere. Segundo, por ser uma versão melhorada das garantias tradicionais, tais como, a fiança, o aval e o depósito de valores, que rapidamente foram ultrapassadas pela garantia autónoma.

Como se sabe, esta figura, que encontra a sua expressão num contrato de mandato, é uma garantia pessoal que alcança uma proteção mais musculada para as partes, pois, regra geral e quase sem exceções, aquela não admite que o garante se furte da sua obrigação, que é pagar uma quantia pecuniária previamente fixada ao beneficiário da mesma, o que o impede de reclamar ou de obstar-se aquilo a que se comprometeu. Recorrendo às palavras de MÓNICA JARDIM, *pediu, pagou* (Jardim, 2002, p. 86).

Face ao exposto, temos recorrentemente admitido que o garante não poderá opor-se ao cumprimento das suas obrigações contratuais, nem pode socorrer-se aos meios de defesa próprios da pessoa do devedor do contrato-base. A questão que se impõe é: será *sempre assim?* ou, concretizando um pouco melhor, *em que medida poderá o garante opor-se à entrega da quantia que contratualizou?*

É neste contexto, que falamos nas situações que permitem a oponibilidade das exceções à autonomia da garantia, a saber: o abuso de direito ou fraude à lei, o facto de o contrato principal ser contrário à ordem pública e aos bons costumes, e por últimos, causas específicas e estatuídas no próprio contrato.

Contudo, não é possível discorrer sobre este tema sem antes relembrar a autonomia da garantia. Ora, a autonomia desta figura, é aquilo que a torna única, e, por consequência que a distingue das demais. Aquela, é a que oferece mais segurança a quem dela beneficia dada a sua fácil exequibilidade, e ao mesmo tempo, é aquilo que a torna tão violenta para o devedor. Há quem lhe atribuía graus de autonomia, no caso FRANCISCO CORTEZ. Não colocando em causa essa questão, a verdade é que a autonomia nunca poderá deixar de existir, seja em que grau for.

Grosso modo, essa característica consiste no facto do contrato de garantia bancária ser independente do contrato que lhe subjaz. Nessa medida, o garante para além de não poder opor-se ao cumprimento da sua obrigação contratual, não pode socorrer-se dos meios de defesa próprios da pessoa do devedor. Deve, antes, pagar sem reclamar.

Conquanto, existem ocasiões em que a doutrina admite exceções à própria autonomia, atribuindo ao garante a obrigatoriedade de recusar o pagamento da quantia pré-fixada, e essas são as mesmas situações que também possibilitam a sua defesa.

Sabemos que o CC. prevê um conjunto de regras normativas e estabelece princípios basilares do direito pelos quais todas as partes contraentes devem reger-se. O princípio da liberdade contratual que deve de andar de mãos dadas com o princípio da boa-fé e que, devem de estar presentes que nas fases pré-contratual e contratual.

No entanto, essa liberdade está limitada pelo princípio da proibição do abuso de direito, e pela celebração de negócios que sejam contrários à ordem pública ou ofensivos dos bons costumes. Pelo que, todos aqueles que violarem os princípios supracitados são conduzidos à nulidade.

Em suma, a admissão das exceções está intimamente ligada à imposição legal de se respeitar os princípios cogentes do direito. Nessora, a doutrina e a jurisprudência consideram admissíveis como causas de levantamento da autonomia o abuso de direito ou fraude à lei e o facto de o contrato principal ser contrário à ordem pública e aos bons costumes

Falamos no primeiro caso, quando por exemplo, o beneficiário/ importador, solicita a garantia, depois de receber a mercadoria e de o garante ter na sua posse os documentos relativos ao desalfandegamento. Ora, nestes termos, age o beneficiário com má-fé pois reclama de forma abusiva e indevida a garantia, rompendo com o dever de ter um

comportamento leal, franco e assertivo. Nestes casos, o garante o direito de recusar e, deve fazê-lo. Sendo certo que, se aceder a pretensão do importador, não tem direito de regresso por parte do garantido.

Assim, deve o garante recusar a prestação da garantia com base nas exceções acima descritas, para tanto, torna-se necessário que a fraude e o abuso de direito sejam manifestamente evidentes. Recorrendo as palavras de Galvão Telles, *torna-se necessário que ela esteja patente, não oferecendo a menor dúvida* (Telles, Garantia bancária autónoma, 1991, p. 32). Assim, não podemos cair na alçada das suspeitas ou dubiedades, antes, a certeza é necessária, pelo que todos os casos acima descritos devem de ser realmente claros. Porque se assim não fosse, *estaríamos a atentar contra a essência da própria garantia* (Vasconcelos L. M., 2019, p. 151).

Esta questão sobre a prova ainda é controversa, porquanto, há quem considere que a prova para ser manifesta terá de ser documental, opinião maioritária, contudo, nos anos 90 o Tribunal da Relação de Lisboa defende o garante *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 é um facto públicos e notório* (Cortez, 1992, p. 600). Deparamo-nos ainda com uma terceira opção que dispensa a prova líquida e inequívoca por parte do garante quando a fraude ou o abuso for um facto público e notório.

Ora, parece-nos mais assertivo, rejeitar liminarmente as últimas hipóteses e, cingirmo-nos à prova documental, a fim de manter a segurança, fácil exequibilidade e rapidez que se pretende com escolhemos garantia autónoma. Caso contrário, estaríamos a vulgarizar aquilo que mais é característico nesta figura e que se remete à sua musculada proteção. Pelo que, não devem de ser as previsões do garante que devem de ser as suas motivações de recusa do cumprimento da sua obrigação.

No que concerne à ilicitude do contrato principal por violação da ordem pública, defende-se, aqui, a nulidade da própria garantia autónoma. Nestes casos, temos por hipótese, a situação em que o devedor do contrato principal, celebra, com o credor, um contrato de compra e venda cujo objeto é o tráfico de droga e/ou armar. Ora, nesses termos, o garante tem o dever de furtar-se ao pagamento da quantia pecuniária. Acresce que, todos os comportamentos que sejam contrários à ordem pública devam de acarretar a nulidade da garantia, pois, ainda que a mesma seja autónoma e quase intocável, não deixamos de estar

perante comportamentos que consubstanciam um crime, pelo que, estes devem consubstanciar um verdadeiro limite à garantia autónoma.

No que se refere as causas apostas no próprio contrato de garantia, podemos duas conjeturar duas situações em que o garante se pode recusar-se a pagar. A saber: quando é contratualizado um termo final, e quando estamos perante a modificação substancial do contrato principal. Ambas as situações desobrigam, o banco, no caso de ser o garante. Na primeira, o direito do credor/beneficiário, expira, no segundo caso, há que ter sempre presente que o contrato de garantia nasceu de uma relação jurídica contratual, com um objeto próprio, com o fim de assegurar esse mesmo objeto, ou seja, emergiu com numa causa determinada e não para um outro negócio jurídico que não seja o admitido pela garantia.

Nessa conformidade e pelo que foi exposto, o prestador da garantia, não deve ter um comportamento neutro, deve, antes, abster-se de pagar e, recusar a pretensão do beneficiário, que age de má-fé, sob pena de não obter do ordenante, o reembolso e ver extinto o seu direito de regresso.

Bibliografia

Almeida, C. F. (2011). *Contratos II* (2ª ed.). Coimbra: Almedina.

Almeida, C. F. (2012). *Contratos III.* Coimbra: Almedina.

Ascensão, J. O. (1992). *Direito Comercial* (Vol. Vol. III). Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa.

Branco, M. C. (1993). A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações. *Revista da Ordem dos Advogados*. Obtido em 6 de junho de 2021, de https://portal.oa.pt/upl/%7Bce87ab88-2c4e-4b30-9385-f20de9e2bbbb%7D.pdf

Cordeiro, A. M. (1999). *Manuel de Direito Bancário.* Coimbra: Almedina.

Correia, A. d. (julho/Dezembro de 1982). Notas para o estudo do contrato de garantia bancária. *Revista de Direito e Ecónomia*.

Cortez, F. (1992). A Garantia Bancária Autónoma- alguns problemas. *Revista da Ordem dos Advogados*. Obtido em 17 de novembro de 2020

Costa, M. J. (2013). *Direito das Obrigações* (12ª ed.). Coimbra: Almedina.

Costa, M. L. (2015). *A garantia autónoma- a exceção por fraude ou abuso de direito.*

Faria, J. L. (1990). *Direito das Obrigações* (Vol. Vol. II). Coimbra: Almedina.

Galante, F. (2016). Garantia bancária autónoma. *Revista Jurídica Digital*.

Hannani, M. (1985). *Las garanties contractuelles dans les transactions internationales comportant la forniture de biens ou services* (Vol. 26). Faculté de Droit de l'úniversité Laval.

Jardim, M. (2002). *A Garantia Autónoma.* Coimbra: Almedina.

Justo, A. S. (2017). *Manual de Contratos Civis: Vertentes Romana e Portuguesa.* Petrony.

Leitão, L. M. (2002). *Direito das Obrigações* (2ª ed., Vol. I). Coimbra: Almedina.

Leitão, L. M. (2008). *Direito das Obrigações: Transmissão e Extinção das Obrigações; Não cumprimento e Garantias de Crédito* (6ª ed., Vol. Vol. II). Coimbra: Almedina.

Leitão, L. M. (2011). *Direito das Obrigações* (8ª ed., Vol. Vol. II). Coimbra: Almedina.

Leitão, L. M. (2018). *Garantia das Obrigações* (6ª ed.). Coimbra: Almedina.

Lima, P. d., & Varela, A. (1986). *Código Civil Anotado* (2ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.

Lima, P. d., & Varela, A. (1987). *Código Civil Anotado* (4ª ed., Vol. Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora.

Lima, P. d., & Varela, A. (1997). *Código Civil Anotado* (4ª ed., Vol. Vol. II). Coimbra: Coimbra Editora.

Lima, P. d., & Varela, A. (2010). *Código Civil Anotado* (4ª ed., Vol. Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora.

Neto, A. (2013). *Código Civil Anotado* (14ª revista e atualizada ed.). Lisboa: Ediforum.

Patrício, J. S. (1983). Preliminares sobre a Garantia "on first demand". *Revista da Ordem dos Advogados, VIII.*

Pessanha, B. (2014). *Garantia bancária autónoma a qualificação da relação jurídica Garante- Garantido.* Lisboa.

Pinheiro, J. D. (1992). Garantia Bancária Autónoma. *Revista da Ordem dos Advogados*.

Pinto, C. A. (2005). *Teoria Geral do Direito Civil* (4ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.

Portuguez, C. C. (1868). Lisboa: Imprensa Nacional. Obtido em 25 de Junho de 2021, de https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf

Poullet, Y. (s.d.). *Les garanties autonomes: Les exceptions au devoir de paiement.* Obtido em 01 de Junho de 2021, de http://www.crid.be/pdf/public/6328.pdf

Serra, A. P. (1957). *Fiança e Figuras Análogas.* Lisboa.

Silva, J. C. (1996). *Estudos de Direito Comercial (Pareceres).* Coimbra: Livraria Almedina.

Telles, I. G. (1991). *Garantia bancária autónoma* (1ª ed.). Lisboa: Edições Cosmos.

Telles, I. G. (1998). *Garantia bancária autónoma: Estudo e parecer.* Separada de Revista « O DIREITO».

Telles, I. G. (2010). *Manuel do Contratos em Geral* (4ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.

Trabucchi, A. (1993). *Istituzioni di Diritto Civile* (34ª ed.). CEDAM.

Varela, J. d. (1992). *Das Obrigações em Geral* (Vol. Vol. II). Coimbra: Almedina.

Varela, J. d. (1993). *Das Obrigações em Geral* (7ª ed.). Coimbra: Almedina.

Varela, J. d. (1996). *Das obrigações em geral* (9ª ed., Vol. Vol. I). Coimbra: Almedina.

Vasconcelos, L. M. (2019). *Direito das Garantias.* Coimbra: Almedina.

Vasconcelos, P. P. (2012). *Teoria Geral do Direito Civil* (7ª ed.). Coimbra: Almedina.

Vasconcelos, P. P. (2014). *Direito Comercial: Parte Geral, Contratos Mercantis, Títulos de Crédito* (Vol. Vol. I). Coimbra: Almedina.