

A GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA

— ALGUNS PROBLEMAS — (*)

Pelo Dr. Francisco Cortez

SUMÁRIO

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

I — INTRODUÇÃO.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Interesse científico e actualidade prática do tema.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Origem e razão de ser.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Breve nota histórica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(26) “*Bankgarantie*” definido, segundo SCHINNERER/AVANCINI, citados por ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 18, como “o contrato unilateral destinado, em regra, a garantir a prestação de terceiro perante o credor beneficiário, em termos de assegurar a este último que receberá sempre a prestação ou a soma contratualmente estabelecida, isto não só em caso de incumprimento de terceiro, mas igualmente quando a obrigação do devedor principal não chegou a existir ou se tornou posteriormente impossível”.

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

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

3. Estrutura.

3.1. Considerações gerais.

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

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

⁽²⁸⁾ Op. cit., p. 289.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽³⁰⁾ GALVÃO TELLES, op. cit., p. 289.

⁽³¹⁾ FERRER CORREIA, op. cit., p. 9.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽³⁵⁾ FERRER CORREIA, op. cit. p. 10.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽⁴⁴⁾ Op. cit., pp. 10 e s.

⁽⁴⁵⁾ Op. cit, p. 287.

⁽⁴⁶⁾ Op. cit., p. 19.

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

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

4. Noção e características.

4.1. Noção preliminar.

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

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

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

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

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

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

4.2. Características.

4.2.1. A autonomia.

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

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

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

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

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

⁽⁴⁹⁾ GALVÃO TELLES, op. cit., p. 285.

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

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

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

⁽⁵³⁾ FERRER CORREIA, op. cit., p. 16.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2.2. A automaticidade.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽⁶¹⁾ GALVÃO TELLES, op. cit., p. 283.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Modalidades da garantia bancária autónoma.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.2. *Garantias directas e indirectas.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III — DELIMITAÇÃO PERANTE FIGURAS AFINS.

1. Preliminares.

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

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

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

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

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

2. A fiança.

2.1. *Noção.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2. Características.

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

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

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

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

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

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

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

⁽⁸⁰⁾ Op. cit., p. 21.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3. *Confronto com a garantia bancária autónoma.*

2.3.1. Preliminares.

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

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

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

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

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

2.3.2. A diferença de fundo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽⁹⁰⁾ GALVÃO TELLES, op. cit., p. 285.

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

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

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

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

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

2.3.3. A diferença prática.

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

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

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

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

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

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

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

3. O aval.

3.1. *Noção e características.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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