

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

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

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

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

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

⁽⁹⁶⁾ Op. cit., p. 13.

⁽⁹⁷⁾ Op. cit., p. 13.

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

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

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

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

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

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

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

3.1.3. Confronto com a garantia bancária autónoma.

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

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

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

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

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

4.1. Preliminares: as garantias reais.

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

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

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

4.2. Noção.

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

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

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

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

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

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

4.3. *Confronto com a garantia bancária autónoma.*

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

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

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

5. A abertura de crédito documentário.

5.1. Caracterização geral.

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

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

5.2. Confronto com a garantia bancária autónoma.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Soluções em direito comparado.

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

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

⁽¹⁰⁶⁾ Op. cit., p. 683.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Posição da doutrina portuguesa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Posição da jurisprudência portuguesa.

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

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

⁽¹³¹⁾ FERRER CORREIA, op.cit., p.18.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Uma “obrigação de super-garantia”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽¹⁵³⁾ PAULO EVARISTO MENDES — Op. cit

⁽¹⁵⁴⁾ Op. cit., p. 13.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽¹⁵⁸⁾ Op. cit., p. 23.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. A excepção da fraude manifesta ou abuso evidente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽¹⁷⁶⁾ G. GRIPPO, op. cit., p. 89.

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

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

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

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

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

3. Medidas cautelares do devedor.

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

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

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

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

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

⁽¹⁸¹⁾ PORTALE, op. cit. p. 22.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽¹⁸⁶⁾ G. PORTALE, op. cit., p. 39.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VII — CONCLUSÕES.

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

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

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

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

⁽¹⁹⁵⁾ Op. cit. pp. 182 e s.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

da obrigação de partes não lhe seja imputável por resultar de um *caso fortuito ou de força maior*.

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

BIBLIOGRAFIA:

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

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