

Mário Daniel da Silva Viana



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

**A Garantia Bancária Autónoma
à primeira solicitação – em
especial os meios de defesa do
garante**

PORTO
2011



Sumário

	Pág.
1.Introdução	6
2.A Garantia das Obrigações	8
3. Definição e características da garantia autónoma	8
4.A garantia bancária autónoma simples e a garantia autónoma à primeira solicitação	11
5.O núcleo da cláusula “ <i>on first demand</i> ”	12
6. Distinção de figuras semelhantes	13
6.1. A fiança e a garantia autónoma	13
6.2. O aval e a garantia autónoma	15
6.3. O crédito documentário e a garantia autónoma	16
6.4. O depósito de valores e a garantia autónoma	16
6.5. O seguro – caução e a garantia autónoma	17
7. Modalidades da garantia autónoma	18
8. Garante – quem o pode ser	19
9. A recusa de pagamento no contrato de garantia autónoma à primeira solicitação	19
9.1. As excepções oponíveis pelo garante ao beneficiário de acordo com a doutrina	20
9.2. Posição adoptada	22
9.3. Os vícios da relação base impeditivos do funcionamento do contrato de garantia autónoma	26
9.4. A prova e os meios de defesa do garante	28
9.5. A recusa do garante na garantia indirecta	30
9.6. A recusa do garante com base na cessão de créditos	31
9.7. Deveres de conduta do garante após a solicitação	32
9.8. O reembolso ao garante	34
10. Conclusão	37
Fontes e Bibliografia	39

Abreviaturas

Ac. – Acórdão

Al. – Alínea

Art. – Artigo

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil

CCom – Código Comercial

CPC – Código de Processo Civil

DL – Decreto-lei

LULL – Lei Uniforme Relativa a Letras e Livranças

LUC – Lei Uniforme Relativa ao Cheque

P. – Página

Pp. – Páginas

Proc. – Processo

Sgs. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

UCP – Universidade Católica Portuguesa

Vol. – Volume

1. Introdução

A garantia bancária autónoma, ou simplesmente garantia autónoma¹, assume, mormente desde meados do século XX, um papel importante na fluidez e boa cadência dos circuitos comerciais, mais ainda quando os operadores não se conhecem bem.

Com antecedentes históricos prováveis no Império Romano², a sua primeira delimitação profunda surgiu no final do século XIX na Alemanha, pelo autor alemão RUDOLPH STAMMLER, que desbravou caminho nesta temática com o primeiro estudo conhecido acerca da distinção entre as garantias acessórias, como é o caso da fiança, e as autónomas como é o caso da figura em análise³, que a apelidou por *garantieverträge*.

Tal figura tornou-se imprescindível para os sujeitos jurídicos que pretendiam uma forma de garantia rápida, célere e, acima de tudo, segura, de modo a evitarem litígios que pudessem bloquear as trocas comerciais e também provocar desconfianças entre os agentes económicos.

Aliás, como referiu o juiz inglês KERR⁴, esta seria a solução preferencial para a prossecução do comércio, principalmente externo, com interlocutores de países distintos.

Mas não só no comércio internacional o instrumento jurídico tem relevo. No domínio das relações internas veio a ganhar o seu espaço afirmando-se, por exemplo, no caso das obras públicas⁵, em que o Estado exige dos concorrentes uma garantia autónoma, ou noutros casos, como na reprivatização dos bancos *Fonsecas & Burnay e Pinto e Sotto Mayor SA*⁶, e ainda no domínio dos contratos de arrendamento comercial de espaços valorizados.

No período seguinte à 2.^a Guerra Mundial a garantia autónoma conheceu o seu grande fomento e dinamização, mormente ao nível do comércio internacional, tendo

¹ Tradicionalmente assim designado em virtude de se mostrar habitualmente prestada por entidades bancárias, de modo profissional, como referem, neste sentido, PEDRO ROMANO MARTINEZ / PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, Almedina 2003, p. 118. No entanto, como adiante se demonstrará, no ponto n.º 8, a garantia autónoma não é um exclusivo da prática bancária, podendo a mesma ser prestada por outras entidades financeiras.

² ANTÓNIO SEQUEIRA RIBEIRO, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles - Volume II - Direito Bancário, A Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação – Algumas Questões*, Almedina, 2002, p. 310.

³ ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, *Garantias Bancárias, O contrato de garantia à primeira solicitação* (parecer), in *Colectânea de Jurisprudência*, XI, 1986, p. 18.

⁴ Apud, MÓNICA JARDIM, *A Garantia Autónoma*, Almedina, 2002, “...the lifeblood of international commerce.”, p. 14.

⁵ MÓNICA JARDIM, ob. cit., p. 15.

⁶ ANTÓNIO SEQUEIRA, ob. cit., p. 293.

conhecido a sua maturação plena nos anos posteriores ao choque petrolífero de 1973. Nesta época, eram conhecidas as exigências dos países emergentes, principalmente os exportadores de hidrocarbonetos, possuidores de grandes reservas monetárias, ansiando pelo desenvolvimento das suas infra-estruturas, pelo incremento tecnológico e pela dinamização das suas sociedades procuraram parceiros externos, experientes, com capacidade para satisfazer as suas necessidades ao mesmo tempo que houvesse certeza e segurança jurídica para a realização dos seus projectos⁷.

Na tentativa de contornar a rigidez das tradicionais garantias como a fiança ou o depósito de valores⁸, propícias a oposições entre os contraentes, os agentes económicos começaram a refugiar-se na garantia autónoma, flexível e segura, escolhida e incrementada em força pelo comércio internacional. Os importadores de bens ou serviços poderiam assim confiar nos exportadores pois estariam garantidos por um contrato assegurado por um banco com a força e probidade suficientes no mercado financeiro para credibilizar a sua posição.

Com o passar dos tempos a garantia autónoma conheceu uma importante evolução que permitiu acrescentar à autonomia uma força adicional, a automaticidade, através do surgimento da cláusula à *primeira solicitação*, ou “*on first demand*” ou “*auf ertes Anfordern*”⁹, nas cartas de garantia. Assim, com uma simples interpelação do garante, o credor-beneficiário poderá receber uma quantia convencionada com o garante, competindo a este a transferência da quantia acordada para a esfera jurídica do beneficiário, sem a invocação de meios de defesa.

Assim, a garantia autónoma constitui um corolário da autonomia da vontade e da liberdade contratual¹⁰ plasmadas no nosso Direito nos artigos 405.º e 398.º do Código Civil, que do ponto de vista legal continua a ser atípica, mas que todavia se mostra conforme a prática e usos correntes, e por isso mostra-se socialmente típica. Para que um tipo social seja concretizável é necessário que a prática social seja reconhecida e reiterada ao mesmo tempo que seja consciência generalizada que a sua prática é vinculativa¹¹. Creio não restarem dúvidas quanto a esta formulação que, pese embora a garantia autónoma não esteja tipificada, a sua utilização é aceite e empregue por muitos

⁷ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Garantia Bancária Autónoma*, in ROA, ano 52, 1992, p. 431.

⁸ Neste sentido, MÓNICA JARDIM, p. 205, “... que se traduz numa imobilização antieconómica de dinheiro”.

⁹ Cfr., ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, p. 19.

¹⁰ Vide, Ac. do STJ de 27 de Janeiro de 1993, BMJ, 1993, n.º423, p. 428.

¹¹ Cfr., ANTÓNIO RIBEIRO, ob. cit., p. 316.

operadores económicas pelo mundo fora, tendo-se tornado num instrumento pragmático e fiável pela sua utilização contínua.

2. A garantia das obrigações em geral

A garantia da relação jurídica consiste num conjunto de medidas sancionatórias que o Estado predispõe, através do poder judicial, no intuito de compelir o cumprimento dos deveres e obrigações dos sujeitos passivos das relações materiais, bem assim como para os sancionar.

Por isso, a garantia é um elemento da relação jurídica que se traduz na susceptibilidade de o credor utilizar a força coerciva pública para assegurar a realização do seu direito.

O direito das obrigações prevê, no seu art. 817.º do Código Civil, que «não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, tem o credor o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor.»

Nota-se desde logo que o património do devedor constitui uma garantia geral ou comum dos credores conforme dispõe o art. 601.º do CC: «*pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora [...]*»

Da mesma forma que existem garantias gerais também poderemos encontrar garantias especiais, que de um modo particular asseguram a satisfação do credor. Estas últimas subdividem-se em garantias pessoais e reais.

As garantias pessoais¹² são aquelas em que outra pessoa responde com o seu património, além do devedor, pelo cumprimento da dívida contraída. É dentro desta subcategoria das garantias especiais que encontramos o exemplo da garantia autónoma.

Já as garantias reais¹³ consubstanciam-se naqueles instrumentos jurídicos em que o credor se pode fazer pagar com preferência sobre os demais credores, pelo valor ou frutos de um determinado bem, móvel ou imóvel.

3. Definição e características da garantia autónoma

¹² Alguns exemplos de garantias especiais pessoais: aval, fiança, garantia bancária autónoma.

¹³ Vejam-se algumas garantias especiais reais: penhor, direito de retenção, arresto, penhora.

A garantia autónoma consiste numa garantia pessoal prestada pelo garante a favor do credor-beneficiário, que assume a responsabilidade pelo pagamento de uma obrigação própria sem possibilidade de invocar excepções decorrentes da relação jurídica garantida¹⁴.

Assim, a garantia autónoma insere-se numa estrutura negocial complexa, composta por um conjunto de contratos distintos e independentes, mas com conexão entre si¹⁵, que tradicionalmente é composta por um esquema tradicional de três relações jurídicas¹⁶.

Em primeiro lugar, existe uma relação contratual fundamental, conhecida também por contrato base ou por relação garantida¹⁷, na qual existe um vínculo entre um devedor e um credor, com interesses contratuais recíprocos.

O credor, pretendendo o cumprimento do contrato base exige, que o devedor encontre uma instituição financeira estável e credível, para que esta emita uma garantia autónoma a seu favor, de modo a que possa ser compensado no caso de não cumprimento ou cumprimento defeituoso da relação base por parte do devedor.

O momento posterior será um encontro de vontades entre o devedor¹⁸ do contrato base, também apelidado por ordenante, e um garante, na qual se vai estabelecer um contrato de mandato¹⁹ sem representação²⁰, no qual a instituição financeira, enquanto mandatária, firma com o primeiro, o mandante, a prestação de uma garantia a favor do credor originário, mediante uma remuneração.

Não se pode esquecer que o garante poderá exigir por parte do mandante a prestação de garantias como letras, livranças, ou penhores a fim de assegurar um eventual direito de regresso que, eventualmente, seja forçado a invocar²¹. É nesse sentido que a instituição financeira pretende amenizar, o mais possível, possíveis prejuízos por parte

¹⁴ Cfr., PEDRO ROMANO MARTINEZ, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles - Volume II - Direito Bancário, Garantias Bancárias*, Almedina, 2002, p. 266.

¹⁵ LUÍS MIGUEL PESTANA VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 121.

¹⁶ MARIA ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Garantias Bancárias Autónomas – Breves Reflexões, Juris et de Jure. Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP*, 1998, p.326.

¹⁷ Neste sentido, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Notas para o estudo da garantia bancária*, in *Revista de Direito e Economia*, ano VIII, n.º2, p. 252, apelida tal contrato, também, por relação de valuta ou causal.

¹⁸ De salientar que este devedor é também apelidado por *ordenante* em virtude de ser ele quem dá a *ordem* para o banco emitir a garantia a favor do credor, que se designará por beneficiário, pois será ele que poderá gozar das vantagens do instrumento jurídico

¹⁹ Vide, MÓNICA JARDIM, ob. cit., p. 55, a autora refere que o mandatário actua no interesse e por conta do mandante, sublinhando ainda que o contrato, em regra, não é mais do que um contrato de adesão, padronizado, em que o banco impõe um clausulado rígido de modo a melhor defender os seus interesses.

²⁰ Cfr., FRANCISCO CORTEZ, *Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, in *ROA*, ano 52, 1992, p. 526.

²¹ DUARTE PINHEIRO, ob. cit., p. 431.

do devedor, o ordenante da garantia, com a exigência de contra – garantias de modo a minorar o risco da emissão do instrumento jurídico em causa²².

Por fim, existirão relações jurídicas entre o garante e o credor-beneficiário, o chamado contrato de garantia autónoma propriamente dito, no qual o primeiro se compromete desde logo a emitir a carta de garantia e, depois, mediante determinadas condições, a pagar ao segundo uma certa quantia monetária em caso de incumprimento ou cumprimento defeituoso do devedor-ordenante.

O compromisso assumido no contrato de garantia autónoma implica, por regra, que o garante não possa invocar meios de defesa resultantes do contrato base ou do contrato de mandato, em virtude do seu traço característico mais importante ser, precisamente, a sua autonomia e independência em relação aos demais vínculos contratuais²³.

De salientar que a garantia autónoma será da maior importância, mormente para o credor, que faz da emissão daquela uma *conditio sine qua non* para a conclusão do contrato base. Por isso, se o beneficiário receber a carta de garantia, sem que a ela tenha respondido, e no momento seguinte celebra o contrato base, de forma tácita, aceita a garantia prestada pelo garante^{24 25}.

Todavia, esta estrutura negocial composta por três contratos, pode dar lugar a mais relações jurídicas quando em causa estejam garantias indirectas. Por outras palavras, o credor-beneficiário exige que a garantia autónoma seja prestada por um banco do seu país. O ordenante requererá a um garante da sua nacionalidade que emita uma garantia a favor do garante nacional do devedor²⁶.

De qualquer forma, seja através de uma garantira directa ou de uma garantia indirecta, o beneficiário goza de uma posição favorável e reforçada, sabendo que, no caso de um eventual não cumprimento do contrato base, poder-se-á satisfazer pelo valor acordado na carta de garantia.

Por outro lado, não se pode esquecer que a garantia autónoma assume uma dupla função económica e jurídica. Se por um lado ela se assume como uma forma de financiamento do ordenante, não é menos verdade que tem uma função indemnizatória para o credor – beneficiário que, perante o incumprimento do devedor, solicita o pagamento da soma pecuniária estipulada na carta de garantia.

²² Cfr., ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2010, p.765.

²³ Neste sentido, PESTANA VASCONCELOS, ob. cit., pp. 128 e 129.

²⁴ Cfr., DUARTE PINHEIRO, ob. cit., p. 433.

²⁵ No mesmo sentido, FÁTIMA GOMES, *A Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação*, in *Direito e Justiça*, vol. VIII, Tomo 2, 1994, p.157.

²⁶ ROMANO MARTINEZ, ob. cit., p. 275.

4. A garantia autónoma simples e a garantia autónoma à primeira solicitação

Após a exposição que atrás se fez, dever-se-á destacar uma distinção importante na matéria em análise.

Quando os sujeitos contratuais optam pela garantia autónoma podem ou não colocar uma cláusula de pagamento à primeira solicitação.

Quando a cláusula não figura dos contratos de garantia, o garante poderá obrigar o beneficiário a fazer prova documental do seu direito, ou seja, demonstrar que o contrato base não terá sido cumprido e que por isso terá direito a ser ressarcido pelo montante convencionado na carta de garantia²⁷. A isto se chama o contrato de garantia autónoma simples.

Porém, tendo em vista uma autonomia mais intensa, pode ser aposta no contrato de garantia a cláusula à primeira solicitação²⁸, que se tornará muito vantajosa para o beneficiário, bastando a simples interpelação do garante para que este lhe pague o montante contratualizado.

Nestes termos, o garante exclui, *ab initio*, a possibilidade de opor excepções ao beneficiário, decorrentes do contrato base, do contrato de mandato e mesmo até do próprio contrato de garantia. Mas, diga-se de passagem que a autonomia não pode suplantar valores superiores, como o Estado de Direito ou a ordem pública plasmados em normas *ius cogens*^{29 30}, como teremos oportunidade de desenvolver mais adiante.

A aposição desta espécie de clausulado especial implica vantagens para os intervenientes contratuais. Assim, o devedor do contrato base fica pressionado a cumprir aquilo a que se obrigou, ao passo que o garante arca com os riscos do incumprimento daquele, respondendo pelo pagamento convencionado na carta de garantia. Por seu turno, o beneficiário antecipadamente sabe qual será o montante que

²⁷ Cfr., ROSÁRIO EPIFÂNIO, ob. cit., p. 334.

²⁸ Neste sentido, ROMANO MARTINEZ/FUZETA DA PONTE, ob. cit., p. 131, referem a gíria bancária para este caso: «*pediu, pagou*».

²⁹ FRANCISCO CORTEZ, ob. cit., p. 604.

³⁰ As normas *ius cogens* ou normas imperativas vêm referidas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 23 de Maio de 1969, ratificada pelo Estado Português através da Resolução da Assembleia da República 67/2003, de 7 de Agosto, e que o seu art. 53.º define: [...] *uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza.*

receberá, estando isento de fazer qualquer prova³¹, beneficiando da firmeza económica do garante, regra um banco ou uma seguradora.

5. O núcleo da cláusula “*on first demand*”

Quando as partes de um contrato decidem colocar a cláusula de pagamento à *primeira demanda*, fazem-no com objectivos claros: segurança, rapidez, e remoção de obstáculos.

Mas podem surgir questões formais importantes quanto à admissibilidade de o garante, sem mais, pagar ao beneficiário, como se tratasse do exercício de um direito potestativo.

Os elementos distintivos mais importantes da garantia autónoma à *primeira solicitação* serão a autonomia e a automaticidade. Isto permite distinguir desde já o conceito em análise de outro semelhante, a fiança. Se por um lado esta se evidencia pela acessoriedade, aquela é autónoma em virtude de não se deixar contagiar nocivamente, as mais das vezes, pelas vicissitudes da relação de base.

A independência e a autonomia permitem à garantia autónoma à *primeira solicitação* uma imunidade suficientemente ampla para se poder afirmar que esta é um instrumento jurídico seguro, fluído e que permite contornar barreiras, em comparação com o caso da fiança³², na qual o fiador poderia paralisar os efeitos do negócio opondo excepções decorrentes do contrato principal.

Este traço característico permite uma desmultiplicação negocial aos interlocutores comerciais, podendo eles firmar contratos e parcerias com garantias sólidas e vantajosas com um risco controlado e ressarcível.

Por outro quadrante, a garantia autónoma não deixa de mostrar uma função económica, permitindo crédito e liquidez para a conclusão das operações comerciais³³.

Como atrás foi referido, a função de crédito torna-se evidente, principalmente quando a concessão da garantia se torna indispensável para a conclusão do contrato principal. Se por um lado o beneficiário se vê resguardado pela garantia, por outro, o

³¹ ROMANO MARTINEZ/FUZETA DA PONTE, ob. cit., p. 132.

³² Ver art. 627.º CC.

³³ Neste sentido, ANTÓNIO RIBEIRO, ob. cit., pp. 301 a 303, afirma que «as garantias autónomas facultam a obtenção de recursos financeiros extra-exploração adicionais ou evitar a efectivação imediata de determinadas despesas de exploração».

ordenante tende a ver os seus interesses desbloqueados, visto que poderá aceder a uma parceria ou contrato do qual virá a retirar proveitos³⁴.

6. Distinção de figuras semelhantes

A garantia autónoma surgiu, como atrás se teve oportunidade de referir, a partir da autonomia privada e do contorno de figuras jurídicas, por parte dos agentes económicos, que não os satisfaziam nas suas vertentes económica e de garantia.

Existe um conjunto de garantias que em muito se assemelham à garantia autónoma e que procuraremos fazer uma breve e rápida distinção, para destacar quais os traços que as afastam, permitindo assim esclarecer melhor os contornos da garantia autónoma.

6.1 A fiança e a garantia autónoma

A fiança, enquanto instrumento de garantia, prevista nos artigos 627.º a 655.º do CC, consiste num esquema triangular mediante o qual o fiador se responsabiliza pessoalmente pela obrigação do devedor perante o credor.

O fiador, assume uma obrigação enquanto garante do devedor, podendo ser responsabilizado patrimonialmente pela obrigação principal, quando o devedor não o faça, a pedido do credor.

Assim, as principais características distintivas da fiança são a acessoriedade e a subsidiariedade sobre a relação principal, ao passo que a garantia autónoma se destaca pela autonomia e independência em relação ao contrato base.

Convém dizer que a acessoriedade, enquanto elemento essencial da fiança, traduz-se na susceptibilidade dela assegurar a relação principal, na qual o fiador responde patrimonialmente³⁵ e da mesma forma como o devedor afiançado. Esta ligação umbilical também se traduz noutro detalhe a validade, existência ou conteúdo da

³⁴ Cfr., ANTÓNIO RIBEIRO, ob. cit., p. 303, [...] *a concessão da garantia é um elemento decisivo na contratação pública ou nos grandes contratos internacionais em que a imagem do ordenador vai ser reforçada*».

³⁵ FRANCISCO CORTEZ ob. cit., p. 550.

obrigação principal repercutir-se-ão na fiança, se uma existe a outra também, e se uma delas é nula a outra também.

Por outro lado, é permitido ao fiador invocar exceções do contrato de fiança perante o credor, que dessa forma o protejam ou ainda quando aquele use, perante este último, todos os meios de defesa pertencentes ao devedor.

Já no que toca à subsidiariedade, em relação à obrigação principal, ela consiste na possibilidade de o fiador invocar o benefício da excussão prévia, previsto no art. 638.º do CC e 828.º do CPC. Assim, enquanto o credor não executar todos os bens do devedor, pode recusar cumprir a sua obrigação enquanto fiador.

Visto isto, podemos então partir para as considerações que afastam a fiança da garantia autónoma à *primeira solicitação*.

Enquanto o garante responde pelo pagamento de um montante preestabelecido ao beneficiário, assim que este o interpele, mas tendo sempre em conta que a carta de garantia é autónoma em relação ao contrato base, já no caso da fiança incumbe ao fiador a assunção de uma obrigação que responde acessoriamente nos mesmos termos da obrigação principal.

Para melhor se entender, na garantia autónoma, o garante paga um valor estipulado previamente e que não tem necessariamente de coincidir com o valor do contrato base. Diferente é o caso da fiança: o valor a pagar pelo fiador será o mesmo que o devedor afiançado se encontra obrigado a pagar.

Poder-se-á dizer ainda que o fiador assume o pagamento de uma dívida alheia, nos moldes em que se delineou a relação principal. Já o garante autónomo responde pelo incumprimento do devedor principal, mas com pressupostos distintos da fiança, em virtude de o contrato de garantia autónoma se firmar de forma independente em relação ao contrato base.

Quanto aos meios de defesa, ao fiador é legítimo invocar exceções do próprio contrato de fiança contra o credor, bem assim como todos os meios de defesa que o afiançado lhe poderia opor³⁶. Por seu turno, o garante autónomo, pelas decorrências da autonomia, não poderá invocar meios de defesa contra o beneficiário que caberiam ao devedor, relativos ao contrato base, nem aqueles que pudessem resultar do contrato de mandato.

³⁶ Cfr., FRANCISCO CORTEZ, ob. cit., p. 557.

Mas a fiança, tal como a garantia autónoma, pode também ela ser dotada da cláusula à primeira solicitação, e aí questiona-se como fazer a distinção entre ambas.

Quando num contrato de fiança seja aplicada a cláusula *on first demand* o efeito é processual, ou seja, a acessoriedade não é afastada mas sim suspensa no tempo, pelo que os meios de defesa do fiador são diferidos para um momento ulterior, ao passo que na garantia autónoma, a aposição de tal cláusula tem efeitos de fundo que caracterizam a autonomia plena em relação ao contrato base³⁷.

O fiador renuncia limitadamente no tempo aos seus próprios direito de defesa, paga primeiro, reclamará depois, enquanto o garante autónomo se compromete a não usar meios de defesa contra o beneficiário, em nenhum momento.

6.2 O aval e a garantia autónoma

O aval traduz-se numa garantia ligada às obrigações cartulares³⁸, letras e livranças, de acordo com o art. 30.º e seguintes da LULL, e cheques conforme os artigos 25.º e seguintes da LUC.

Desta forma, o aval é prestado por um terceiro ou signatário do título de crédito, com excepção do sacado no caso dos cheques. Assim o avalista torna-se num reforço do título declarando garantir o seu pagamento.

Note-se que a obrigação de garantia do avalista subsiste ainda que a obrigação garantida enferme de nulidade, com ressalva para os vícios de forma.

A maioria da doutrina³⁹ classifica o aval como uma garantia materialmente autónoma, no sentido de que o avalista não pode usar os meios de defesa do avalizado sucedâneos da invalidade substancial da obrigação, e formalmente dependente, porque a existência de um vício de forma da obrigação avalizada inquina a do avalista. O aval é também associado, pelas mesmas razões, a uma autonomia limitada ou acessoriedade imperfeita⁴⁰.

Deste modo, podemos então fazer o distanciamento necessário entre o aval e a garantia autónoma *on first demand*.

³⁷ HADDING-HAUSER-WELTER *apud* MÓNICA JARDIM, ob. cit., p. 194.

³⁸ MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, Almedina, 2008, pp. 131 a 134.

³⁹ *Cfr.*, MÓNICA JARDIM, ob. cit., pp. 202 a 203.

⁴⁰ FRANCISCO CORTEZ ob. cit., p. 559.

Assim, o aval surge da subscrição de títulos de crédito, enquanto a garantia autónoma emerge da outorga de um contrato entre garante e beneficiário.

Enquanto o avalista pode usar como defesa os vícios de forma, ao garante autónoma está vedada tal possibilidade, excepto quando valores supra contratuais⁴¹ possam ser postos em causa. É neste sentido que se pode dizer que a autonomia do garantia autónoma é pura e a do aval limitada.

6.3 O crédito documentário e a garantia autónoma

O crédito documentário define-se como uma forma de garantia existente quando, na sua abertura, um banco se vincula através da celebração de um mandato do comprador *a pagar o preço ao vendedor assim que receba os documentos previstos*⁴².

Descortina-se imediatamente que o crédito documentário depende do recebimento de documentos, ao passo que a garantia autónoma *à primeira demanda* resulta da interpelação do beneficiário ao garante.

A posição do garante também mostra que as figuras não são confundíveis. No crédito documentário o garante é obrigado a ser proactivo, recebendo a documentação cumpre a sua função, diferente do garante autónomo, que se limita a esperar por uma interpelação que pode até nem chegar, caso o contrato base seja integralmente cumprido.

Por fim, as garantias afastam-se pela própria sua própria função. A garantia autónoma assume-se como pagamento com função de indemnização, distinto do crédito documentário que se cinge ao pagamento de um preço.

6.4 O depósito de valores e a garantia autónoma

⁴¹ Cfr., MÓNICA JARDIM, ob. cit., refere que *princípios fundamentais e imperativos de ius cogens* não podem ser agredidos.

⁴² Neste sentido, FRANCISCO CORTEZ, ob. cit, p. 566, e GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *O Crédito Documentário Irrevogável – Alguns problemas de estrutura, natureza e regime*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1999, pp. 16 a 18.

O depósito de valores ou dinheiro consiste na entrega dos mesmos por parte do devedor ao credor a título de garantia que, pela interpretação combinada dos artigos 666.º n.º2 e 623.º n.º1, ambos do CC, é havido como penhor⁴³.

Esta é uma garantia estática e anti-económica porque nada mais faz que paralisar riqueza nas mãos do credor que tens poderes quase absolutos. Terá sido por estes exemplos que os agentes económicos viram necessidade de criar um instrumento expedito e eficaz, com recurso à autonomia privada, como a garantia autónoma.

Não será complicado avançar os traços distintivos entre as figuras em análise. O depósito caracteriza-se pela guarda por parte do depositário dos referidos valores como garantia, e não envolve terceiros. Bem diferente, a garantia autónoma envolve a participação de um terceiro em relação ao contrato base, o garante, bem assim como não envolve a entrega de valores patrimoniais antecipados.

6.5 O seguro caução e a garantia autónoma

O seguro caução constitui a convenção por virtude da qual uma das partes, o segurador, se obriga, mediante retribuição, prémio, paga pela outra parte, segurado, a assumir um risco ou conjunto de riscos e, caso a situação de risco se concretize, a satisfazer ao segurado ou a terceiro uma indemnização⁴⁴.

Como a jurisprudência⁴⁵ já teve oportunidade de se referir a propósito desta realidade, o seguro caução caracteriza-se por ser um contrato a favor de terceiro, o que não é o caso da garantia autónoma.

Neste seguimento é notório que o seguro caução se afasta da garantia autónoma porquanto aquele é contrato formal, conforme o art. 426.º do CCom art. 8.º do DL 183/88, de 24 de Maio⁴⁶, ao passo que a garantia autónoma é um contrato consensual que não depende de forma.

O seguro caução entra em vigor depois de pago o prémio, de acordo com o art. 11.º do DL 183/88, enquanto a garantia autónoma torna-se vigente assim que o garante receba a resposta de aceitação daquela por parte do beneficiário.

⁴³ MÓNICA JARDIM, ob. cit., p. 205.

⁴⁴ JOEL TIMÓTEO RAMOS PEREIRA, in www.verbojuridico.com/doutrina/artigos

⁴⁵ Vide Ac. STJ de 23 de Abril 2002, proc. n.º 01A4366, in www.dgsi.pt, citando, no mesmo sentido, ALMEIDA COSTA.

⁴⁶ Alterado e republicado pelo DL 31/2007 de 14 de Fevereiro.

Por fim, no que respeita ao pagamento a título de garantia, o seguro caução traduz-se numa indemnização dependente do apuramento dos prejuízos até ao limite da quantia segura, que decorrem do não cumprimento do tomador para com o segurado⁴⁷. Já no que concerne à garantia autónoma o valor ressarcitório a pagar ao beneficiário encontra-se estipulado, *ab initio*, na carta de garantia, havendo por isso total definição e segurança quando à soma final.

7. Modalidades da garantia autónoma

Segundo a doutrina⁴⁸ existem 3 grandes modalidades de garantia autónoma.

As *Bid Bonds*, conhecidas como “*garantias de oferta ou honra da proposta*”, caracterizam-se pela susceptibilidade de o garante pagar ao beneficiário sempre que o ordenante não outorgue o contrato base ou não honre uma proposta que formalizou. Trata-se de uma espécie de responsabilidade pré-contratual, à qual se pode dar o exemplo da empreitada, na qual o garante honrará a proposta realizada pelo concorrente que a tiver realizado.

Por outro lado, existem as *Performance Bonds*, apelidadas também por “*garantias de boa execução*”, que encarregam o garante de pagar ao beneficiário pelo não cumprimento pontual do contrato por parte do ordenante, ou seja, existe um cariz ressarcitório pelos danos causados pelo devedor.

Por seu turno, as *Repayment Bonds*, conhecidas por “*garantias de reembolso*”, reconduzem-se na possibilidade de o beneficiário ser satisfeito pelo garante quando já adiantou montantes ao ordenante que não cumpriu. Destaque-se aqui o facto de ser usual a inclusão de uma cláusula à *primeira solicitação*, como forma de garantia do credor-beneficiário que adiantou montantes para o cumprimento da relação principal. A título exemplificativo podemos referir o caso dos contratos promessa de compra e venda com entrega de sinal.

⁴⁷ Ver art. 5.º n.º2, 7.º n.º2, 9.º n.º3 e 12.º do DL 183/88, de 24 de Maio.

⁴⁸ Cfr. MANUEL CASTELO BRANCO, *A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações*, in *ROA*, ano 53, 1993, p. 72, ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, ob. cit., p. 20, e PESTANA VASCONCELOS, ob. cit., pp. 127 e 128.

8. O garante – quem o pode ser?

A questão nem sempre é suscitada mas no âmbito no presente trabalho parece pertinente dar-lhe relevo para se ter uma noção de que sujeitos podem estar em causa.

Tradicionalmente a figura é associada à actividade bancária, e por isso ser muitas vezes apelidada por garantia bancária autónoma, qualificação com a qual não se discorda de todo⁴⁹, apesar de largamente difundida pelas instituições bancárias, não é um exclusivo delas, podendo ser expedida por pessoas diferentes.

De acordo com DL 298/92, de 31 de Dezembro, actualizado pela última vez pelo DL 88/2011, de 20 de Julho, que regula o regime geral das instituições de crédito e sociedades financeiras, o art. 4.º dos referidos diplomas aponta que estes actores podem conceder garantias, sendo-lhes concedido o exclusivo a título profissional⁵⁰.

Contudo, outras entidades não estão impedidas de conceder garantias, todavia só o possam fazer a título ocasional, e de forma isolada.

Assim, as caixas de crédito agrícola mútuo⁵¹, as sociedades de investimento⁵², as sociedades financeiras para aquisições a crédito⁵³, as sociedades de desenvolvimento regional⁵⁴, as sociedades de capital de risco⁵⁵, as companhias de seguro⁵⁶ e os próprios particulares⁵⁷ poderão conceder garantias autónomas, embora de forma isolada.

9. A recusa de pagamento no contrato de garantia autónoma à primeira solicitação

⁴⁹ Não obstante a garantia não ser um exclusivo do mundo bancário, na realidade a sua emissão é largamente realizada por Bancos e daí não ser desprovida de sentido a designação *garantia bancária autónoma*.

⁵⁰ Neste sentido, ANTÓNIO RIBEIRO, ob. cit., pp. 379 a 383.

⁵¹ DL 230/95, de 12 de Setembro, art. 19.º e 27.º, al. g).

⁵² DL 260/94, de 22 de Outubro, art. 3.º, n.º1, al. a).

⁵³ DL 205/95, de 14 de Agosto, art. 2.º, al. a).

⁵⁴ DL 25/91, de 11 de Janeiro, art. 7.º al. b).

⁵⁵ DL 433/91, de 7 de Novembro, apenas nas condições previstas pelo seu art. 12.º, al. e).

⁵⁶ DL 8-C/2002, de 11 de Janeiro, art. 8.º, e Ac. do STJ de 24 de Novembro de 1995 e Ac. do TRL de 24 de Abril de 1996.

⁵⁷ Embora careça de regulamentação nada obsta que determinado particular o possa fazer.

A questão da recusa de pagamento por parte do garante no quadro de um contrato de garantia autónoma feito à *primeira solicitação* constitui o ponto nevrálgico do presente trabalho, o que levará a uma tentativa de clarificação, a mais profunda possível.

Como atrás já se viu, o contrato base é distinto do contrato de garantia, havendo sujeitos diferentes em ambas as relações jurídicas, com obrigações diversas.

Ora, tendo em conta essas diferenças teremos de abordar a questão da autonomia e da independência entre os referidos contratos, pois, as mais das vezes, um é sucedâneo ou resultado do outro, havendo elementos de conexão inseparáveis.

O contrato base consiste na exteriorização da vontade dos vários sujeitos com interesses convergentes, ligada a uma garantia reforçada como é o caso da garantia autónoma. Faz por isso sentido saber em que medida o primeiro pode influenciar o segundo para efeitos de recusa lícita por parte do garante quando o credor o interpelou para pagamento.

9.1 As exceções oponíveis pelo garante ao beneficiário de acordo com a doutrina

As posições doutrinárias são variadas quanto à invocação de exceções por parte do garante aquando de uma solicitação do beneficiário.

Note-se que os autores muitas vezes não fazem qualquer distinção entre a garantia autónoma simples ou *on first demand*, o que tem efeitos necessariamente dispares, mas que, todavia, no âmbito da presente dissertação, ter-se-á em conta, apenas, o âmbito das exigências da cláusula à *primeira solicitação*.

O entendimento de CASTELO BRANCO⁵⁸ vai no sentido que o garante apenas poderá opor ao beneficiário exceções resultantes de fraude ou má fé do beneficiário assim como da violação da ordem pública por parte do contrate base. O autor pugna pela exigência de uma imperativa prova absoluta, citando GALVÃO TELLES, porquanto ela deva ser *pronta e líquida*, dando o exemplo do banco que pode recusar o pagamento ao credor garantido quando tiver certezas que a relação basilar está cumprida.

⁵⁸ CASTELO BRANCO, ob. cit., pp. 79 e sgs.

Por seu turno, SIMÕES PATRÍCIO⁵⁹ afirma que ao garante caberão os meios de defesa relacionados com a inexistência de um contrato base, bem como quando este viole a ordem pública, seja ela interna ou internacional, o mesmo se dizendo a propósito dos casos em que o beneficiário solicita o pagamento com recurso ao abuso de direito ou à má fé.

Quanto à opinião de FERRER CORREIA⁶⁰, a invocação do abuso de direito pelo garante só poderá ser feita quando este estiver munido de provas firmes da inexistência de um direito por parte do beneficiário, ou quando essa situação resulte de um facto notório.

Já ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO⁶¹ postulam que as situações de fraude manifesta ou abuso de direito evidente do beneficiário, ou quando o contrato garantido seja desconforme aos bons costumes ou à ordem pública, serão motivos suficientes para uma abstenção de pagamento por parte do garante quando solicitado a fazê-lo.

Esta linha de pensamento é em tudo seguida também por PESTANA VASCONCELOS⁶², do mesmo modo que FRANCISCO CORTEZ⁶³, que acrescenta que a garantia autónoma deve respeitar, ainda e sempre, princípios conformadores do Direito, como são os casos da boa fé e abuso de direito, de acordo com os artigos 762.º e 334.º do CC.

Na perspectiva de MÓNICA JARDIM⁶⁴, serão quatro as excepções invocáveis pelo garante. A primeira reporta-se ao facto de haver um *venire contra factum proprium* do beneficiário, conformando assim um dever de protecção do garante enquanto mandatário do ordenante. Depois, poderá o garante recusar o pagamento quando o contrato base se mostrar nulo por violação regras de ordem pública e/ou bons costumes, assim como na possibilidade de o contrato de garantia ser inválido por existir um objecto indeterminável, erro sobre a pessoa do beneficiário, sobre os motivos ou por circunstâncias dolosas.

Refira-se ainda a opinião de ROSÁRIO EPIFÂNIO⁶⁵, que faz questão de chamar à atenção, que no caso da garantia autónoma à primeira solicitação as exigências são necessariamente maiores de modo a que não se perca ou desvirtue as características da figura em si. Contudo, a autora não deixa passar em claro que o garante poderá invocar

⁵⁹ SIMÕES PATRÍCIO, *Preliminares sobre a garantia «on first demand»*, in ROA, ano 43, III, 1983, pp. 707 e sgs.

⁶⁰ ANTÓNIO FERRER CORREIA, ob. cit., p. 257.

⁶¹ ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, ob. cit., p. 22.

⁶² Neste sentido, PESTANA VASCONCELOS, ob. cit., pp. 130 a 133.

⁶³ FRANCISCO CORTEZ, ob. cit., pp. 595 a 607.

⁶⁴ MÓNICA JARDIM, ob. cit., pp. 247 e seguintes.

⁶⁵ ROSÁRIO EPIFÂNIO, ob. cit., p.355.

a exceção de ilicitude do contrato base por violação da ordem pública ou dos bons costumes.

No entender de ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE⁶⁶ o garante poderá invocar a caducidade da garantia para não realizar o pagamento a que estaria adstrito, bem assim como poderá invocar a exceção do não cumprimento pontual, como a fraude ou a alteração das circunstâncias (art. 437.º do CC), já para não falar da invalidade do contrato base por se mostrar ofensivo da ordem pública.

9.2 Posição adoptada

Chegados aqui e vistas algumas das correntes doutrinárias existentes, propomos então assumir uma posição relativa aos meios de defesa do garante no âmbito da garantia autónoma à *primeira solicitação*, fazendo-se a enumeração das situações em que o garante poderá licitamente recusar cumprir o contrato de garantia.

Ficou patente que a recusa no âmbito desta subespécie de garantia é assaz mais exigente que a garantia autónoma simples. O facto de o beneficiário gozar de um direito de exigir um comportamento do garante com a mera interpelação deste limita a defesa, mas ela não é impossível e não pode, em momento nenhum, ser descurada. O garante fica maniatado pela cláusula *on first demand*, mas em caso algum isso poderá impedi-lo de realizar uma defesa eficaz sem pôr em causa o núcleo essencial da figura.

O contrato de garantia é um negócio causal, ou seja, ele tem uma atribuição própria, a garantia propriamente dita. O contrato base é garantido pela garantia autónoma, que muito embora sejam independentes entre si, por força de a garantia ter autonomia e corresponder a uma própria e verdadeira obrigação assumida pelo garante, não se pode todavia argumentar que a invalidade da relação principal não inquene a carta de garantia⁶⁷. Se o contrato base é nulo o garante terá obrigação de recusar qualquer pagamento ao beneficiário. Essas parecem ser as prerrogativas que resultam do contrato de mandato, de acordo com o art. 1180.º do CC, em virtude de o mandatário não dever colaborar no cumprimento de uma obrigação nula e, por outro lado, não sacrificar o seu

⁶⁶ Cfr., ROMANO MARTINEZ/FUZETA DA PONTE, ob. cit., p. 141 a 145.

⁶⁷ Neste sentido, PESTANA VASCONCELOS, ob. cit., pp. 130 a 132, refere que a autonomia da garantia só poderá ser *levantada* em situações excepcionais sob pena de poder tornar acessória e resvalar para uma figura em tudo semelhante à fiança.

mandante com a realização de actos jurídicos que não corresponderiam à sua vontade, mesmo quando tinha todos os meios ao seu alcance para o não fazer.

Em primeiro lugar, devemos evidenciar que o garante poderá recusar pagar toda e qualquer quantia no momento em que for requisitado para pagar uma *garantia falsa*, seja o documento seja o conteúdo em si. Este é um caso flagrante em que o garante se pode eximir imediatamente da remuneração ao beneficiário, mesmo que exista a cláusula à *primeira solicitação*. Como exemplo podemos indicar o caso em que, o ordenante, em conluio com o beneficiário, acorda a criação de um contrato base fictício para mais tarde partilharem o produto da garantia a solicitar ao garante. Ou ainda, o exemplo do beneficiário que falsifica um documento para justificar a solicitação. De facto, estamos perante um artifício que se reconduz num esquema fraudulento e que por isso se deve entender como uma recusa lícita do garante.

Todavia, o contrato base pode ser inválido por ferir pilares básicos do ordenamento jurídico, da moralidade, da justiça ou até da própria segurança.

Neste sentido deve-se dizer que o garante poder-se-á defender invocando a falta de regularidade para com a ordem pública, seja ela interna ou internacional, porquanto lhe assiste o direito de recusa na susceptibilidade do contrato ser desconforme algum ordenamento jurídico. Admitir-se a recusa quando o contrato base viola a ordem pública internacional, como por exemplo, um homicídio contratualizado, um fornecimento de droga, tráfico de seres humanos ou rapto.

Consideramos que a violação de apenas uma ordem pública interna poderá, no nosso entender, ser motivo de recusa pelo garante, ainda que não sejam normas violadas do seu ordenamento jurídico. Na verdade, se o contrato base é inválido para uma das partes, porque motivo isso não se pode alastrar aos demais, tornando ineficaz a produção do contrato base e da garantia? Não vemos motivo para que isso não suceda. Veja-se o caso de um fornecimento de produtos contrafeitos, entre um país que os produz e comercializa sem obstáculos legais e outro que proíbe a cópia desses mesmos produtos. Parece existir motivo atendível para o garante recusar quando interpelado a pagar, pois existe pelo menos uma ordem jurídica violada, o que bastará para impedir que o beneficiário possa ser pago.

Nos casos de má fé do beneficiário, em que este requisita o pagamento da garantia quando sabe não ter qualquer direito a ele, o garante poderá recusar liminarmente a sua entrega. Defendemos aqui uma posição pragmática: existindo por parte do beneficiário

um comportamento traduzido em dolo ou negligência⁶⁸, o garante terá a capacidade de fazer um juízo de censura que obste a realização do pagamento solicitado, contando com a colaboração do ordenante. De facto, será este sujeito que poderá informar⁶⁹ o garante das irregularidades a que o beneficiário se propôs concretizar, pois as mais das vezes, o contacto entre os sujeitos do contrato base permite um conhecimento profundo da factualidade subjacente à garantia autónoma. Quando o beneficiário se digne a interpelar o garante para lhe pagar, incumbe a este informar ao ordenante de tal factualidade, ao passo que este terá sempre que elucidar da conformidade da solicitação. Pela sua natureza, são deveres laterais de conduta essenciais ao bom funcionamento da garantia, permitindo que o garante mantenha uma boa reputação na praça, bem assim como evitará o sacrifício patrimonial do ordenante, evitando o exercício posterior do reembolso pelo garante. São interesses convergentes que estão em jogo, e a realização da garantia autónoma carece de proximidade dos seus actores de modo a que ela seja perfeitamente executada.

Ainda no tocante à fraude, o garante estará dispensado da colaboração do ordenante quando a recusa no caso do abuso ou fraude se evidenciar como um facto público e notório⁷⁰. Sem mais considerações, o exemplo de um beneficiário que viu cumprido integralmente o contrato base, como a realização de uma obra destaque na imprensa mundial, é motivo suficiente para haver recusa, porquanto aquele se iria locupletar duas vezes, com a obra pronta e com a soma garantida.

Quando o contrato base é alterado, seja pelo ordenante, seja pelo beneficiário, ou até por ambos, de forma ou não essencial quanto ao seu conteúdo, à revelia do garante, o contrato de garantia autónoma não pode subsistir. O contrato base poderá subsistir, mas tendo sido alterados os fundamentos que serviram para que o garante cobrisse aquela relação, então este poderá auto excluir-se logo com a quebra de um compromisso que já não existe. Quando existe uma modificação dos pressupostos originais do contrato base será que, enquanto garante, estará obrigado a suportar os riscos inerentes a tais alterações? Apesar de a garantia ser autónoma, estas modificações à relação base terão de se considerar comunicáveis entre contratos, provocando assim a extinção da carta de

⁶⁸ A garantia autónoma tem de primar sempre pelo seu carácter profissional e, por conseguinte, a exigência de um padrão de diligência máximo.

⁶⁹ Cfr., MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário – Relatório*, p. 126.

⁷⁰ Cfr. Ac. do TRL de 11 de Dezembro de 1990 *apud* ROSÁRIO EPIFÂNIO, *ob. cit.*, p. 348.

garantia⁷¹, pois parece-nos existirem condições para afirmar que este comportamento contraditório diferido no tempo configurará uma situação de abuso de direito, conforme o art. 334.º do CC. Com alterações, substanciais ou superficiais, o risco para o garante molda-se em termos diferentes do que inicialmente havia sido acordado, para além da violação da confiança com aquele comportamento contraditório.

Note-se todavia que esta solução poderá ser diferente no caso de o garante consentir as modificações elaboradas no contrato base. Por isso, o garante deve ser contactado de modo a saber se ele concorda com aquela alteração e no caso de uma resposta positiva continuará vinculado.

Porém, outro constrangimento pode surgir. O que fazer quando a garantia autónoma não tem prazo? Poderá o garante a determinada altura excluir-se? Entendemos que a obrigação de garantia jamais poderá ser perpétua, o que teria efeitos intoleráveis para o garante. Existe quem afirme, como é o caso da Síria⁷², que o prazo poderá ser indicativo. Não deixamos de mostrar discordância com tal opinião, pois se assim sucedesse o garante poderia ficar vinculado por tempo indefinido, o que não se mostra positivo em virtude dele não ter certezas quanto aos pressupostos do próprio contrato que assinou.

Por interpretação analógica do art. 648.º do CC o garante terá a hipótese de suscitar a sua liberação decorridos 5 anos da emissão da garantia autónoma. Este é um ponto em que se pôde por em contacto a garantia autónoma e a fiança, embora sejam figuras distintas acomodam um fim garantístico e que, no nosso entender, podem complementar-se em questões pontuais ou laterais quando seja exigida uma resposta concreta para a resolução de um problema suscitado. De facto, havendo um grande desenvolvimento da fiança, consagrado em legislação, não vemos porque negar que seja aproveitada pela garantia autónoma um bom aspecto regulamentado naquela figura. Assim, concordamos com a opinião da doutrina⁷³ quanto à possibilidade de recusa em caso de caducidade da garantia. Entendemos que nesta questão não se coloca o problema da autonomia, pois a garantia depois de ter caducado não existe, e por tal razão, qualquer solicitação do beneficiário seria desprovida de sentido.

⁷¹ Neste sentido, FÁTIMA GOMES, ob. cit., pp.162 e 163, refere que havendo alterações substanciais ao contrato base isso implicará a desvinculação do garante, mas que todavia deve ser contactado neste sentido. Discordamos desta posição, o garante não se pode considerar vinculado quando as alterações possam ser pontuais, ele não exteriorizou a sua vontade com a possibilidade de um contrato base vir a ser alterado, ainda que as modificações fossem não estruturais, e que por isso mostrará interesse em desvincular.

⁷² *Cfr.*, FÁTIMA GOMES, ob. cit., p. 159.

⁷³ ROMANO MARTINEZ/FUZETA DA PONTE, *loc. cit.*

Por outro lado, a alteração das circunstâncias, conforme plasma o art. 437.º do CC, é um instrumento que pode e deve ser utilizado pelo garante na defesa dos seus interesses assim como do seu ordenante. Quando um facto imprevisível ou incontrolável à vontade e ao domínio das partes altera os pressupostos iniciais do contrato base, o garante deve poder isentar-se do cumprimento da garantia, pois, mais uma vez, os termos originários da relação fundamental já não existem e, portanto, a recusa nestes termos tornar-se-á lícita visto que a obrigação se encontra extinta. A este propósito, um embargo de um determinado Estado relacionado com a política interna ou externa ou um conflito armado⁷⁴ que de todo o modo tenham sido impeditivos do cumprimento do contrato base não podem ser aceites como forma do beneficiário, de forma oportunista, tentar receber a soma convencionada na carta de garantia.

Por fim, a doutrina⁷⁵ revela que o garante poder-se-á eximir ao pagamento da garantia autónoma quando o ordenante lhe comunique que o contrato base não está a ser pontualmente cumprido. Este poderá ser um caso em que o cumprimento defeituoso permita ao garante recusar pagar qualquer quantia ao beneficiário⁷⁶. Neste sentido, podemos referir o exemplo da entrega de produtos defeituosos ou a construção de infra-estruturas sem procedimentos de qualidade que comprometam a sua utilidade.

9.3 Os vícios da relação base impeditivos do funcionamento do contrato de garantia

A garantia autónoma à *primeira solicitação* permite que o beneficiário seja pago fácil e rapidamente pelo garante, quando este seja interpelado para tal.

Todavia, e como atrás já se evidenciou, o contrato de garantia é autónomo do contrato base havendo uma independência marcante entre eles.

Muitas vezes é questionável se o contrato base poderá contagiar o contrato de garantia não obstante a independência que os separa por motivos jurídicos de fundo e censurabilidade.

⁷⁴ Cfr., ROMANO MARTINEZ / FUZETA DA PONTE, ob. cit., p. 143.

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ *Idem.*

No ponto anterior, tentou demonstrar-se que a violação da ordem pública ou dos bons costumes podem ser motivo suficiente para a recusa do garante pagar ao beneficiário. O garante, não obstante ser um actor profissional, ao entregar uma subscrição contratual com base num clausulado previamente elaborado, pode, com alguma facilidade, ser ludibriado quanto ao conteúdo da relação principal.

A existência do contrato base surge com a emissão do contrato de garantia, e como causa da sua existência. Ora por esse motivo, se um contrato é causa de outro, enfermado um deles de um vício que choque com princípios basilares do ordenamento jurídico, porque motivo haveria de se rejeitar a comunicabilidade invalidade? Não cremos existirem razões aceitáveis para seguir uma posição tão radical de uma independência e autonomia totais. Vejamos a situação de um contrato base que tem como objecto “tráfico de seres humanos”. Quando o garante tem conhecimento de tal facto pode recusar todo e qualquer pagamento em virtude do contrato ser nulo e jamais ter produzido quaisquer efeitos jurídicos. Seria chocante que fosse obrigado a pagar qualquer quantia ao beneficiário mesmo quando estivesse aposta a *cláusula à primeira solicitação*, mostraria a subversão de um instrumento jurídico em prol da ilicitude. Este motivo é suficiente para que o garante recuse liminarmente todo e qualquer pagamento, sustentado no motivo de que o contrato base é ilícito e que por isso não mais haverá forma de subsistir a garantia, por causa de uma gritante violação da ordem pública, conforme nos mostra n.º2 do art. 280.º do CC.

Se o contrato base enferma de nulidade, nos termos do art. 286.º do CC, a causa que deu origem ao contrato de garantia ficará também ela afectada, e que por isso permitirá a recusa de pagamento pelo garante que não se pode considerar obrigado a cumprir a prestação com o beneficiário pois o vínculo não é válido.

De todo o modo dever-se-á recordar que a ordem pública consiste no conjunto de regras imperativas que conservam os interesses gerais da sociedade e que em momento algum poderão ser violados tendo em conta a imposição de interesses privados⁷⁷.

O mesmo se pode aplicar quando existe um comportamento fraudulento ou abusivo por parte do beneficiário, quando este demonstra vontade de receber indevidamente a quantia assinalada no contrato de garantia através de manobras ou esquemas fraudulentos. Repare-se na situação de um contrato base que tem como objecto a construção de um determinado empreendimento, que depois de concluído é noticiada

⁷⁷ Cfr., ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, Vol. I, Almedina, Coimbra 2009, p. 1016.

amplamente a sua inauguração. Neste exemplo é notório que se o beneficiário interpela o garante a pagar elucida-o de um comportamento contraditório com a sua própria postura, havendo claramente um abuso de direito, conforme o art. 334.º do CC. Mas mais. O beneficiário pode actuar ainda de forma fraudulenta, utilizando manobras ou embustes para reclamar para si aquilo a que não tem direito. O caso em que o beneficiário cria obstáculos ao conhecimento do garante e do próprio ordenante através de informações falsas para depois solicitar o pagamento da garantia pode ser um bom exemplo de fraude. Contudo a fraude não pode deixar de ser clara para o garante. Se depois de aposta a *cláusula à primeira solicitação* o garante não possui provas inequívocas da fraude, só lhe restará pagar. Caso contrário teríamos uma clara afronta à própria autonomia privada que não pode ceder perante suposições ou rumores.

9.4 A prova e os meios de defesa do garante

A demonstração de que o beneficiário solicitar o pagamento da garantia autónoma sem que para tal tenha direito, deve, antes de mais, ser concludente, firme e capaz de se demonstrar inequívoca.

Em defesa do instituto da garantia autónoma *à primeira solicitação* a exigência deve ser grande e não ser subvertida ou desvirtuada por práticas desonestas por parte dos garantes.

Foi já dito⁷⁸ que a prova do garante deve ser *pronta e líquida* de modo a que não existam dúvidas da licitude da recusa. Mas afinal qual é o significado de tal expressão? Será qualquer prova? Existirá a exigência de uma sentença, e se a resposta for afirmativa, terá de ter transitado em julgado?

A questão que pode parecer linear assume algum relevo e a discussão acerca dela também.

Em primeiro lugar, a prova deve ser documental, que poderá ser traduzida em informação escrita ou mesmo em reproduções audiovisuais quando não for possível demonstrar por outros meios a matéria que se pretende provar.

Já naquilo que diz respeito à exigência de sentença para resolver possíveis problemas que envolvam a solicitação, alguma doutrina já teve a oportunidade de se manifestar.

⁷⁸ Vide, nota 27, CASTELO BRANCO, ob. cit.

Para GIORGIO MEO⁷⁹, a fraude e abuso de direito devem ser plasmadas numa sentença transitada em julgado. Não concordamos com tal posição burocrática que em tudo contraria a natureza expedita e pragmática da garantia autónoma, ainda mais quando for aposta a cláusula à *primeira solicitação*. Em todo o caso, esta visão conservadora não é louvável pelo carácter anti-económico, que congela riqueza e não permite fluidez aos mercados. De facto, se a defesa dependesse de uma sentença judicial, conhecendo nós a habitual morosidade da máquina judicial aliada à utilização de expedientes processuais dilatatórios tornariam inviável o uso da garantia autónoma.

Todavia, em sentido contrário, GIAMPIERO BOZZOLA⁸⁰, defende qualquer meio de prova legalmente admissível. Discordamos deste entendimento porquanto a disparidade de legislações entre os diferentes países podia tornar a questão da prova numa grande insegurança jurídica.

Pode colocar-se a questão de haver recurso a uma providência cautelar de modo a permitir a realização de um direito ou evitar um prejuízo. Mas a verdade é que a emissão de uma medida cautelar mostra-se, na sua essência, contra a natureza da garantia autónoma à *primeira solicitação*, que se caracteriza pela sua fluidez e rapidez no combate à cristalização de riqueza. Se o ordenante pretende que o garante não pague ao beneficiário, recorrendo a um procedimento cautelar não especificado, nos termos do art. 400.º do CPC, fazendo uma prova sumária do seu direito, sem audição dos demais sujeitos contratuais, pode ter efeitos nefastos para o próprio instrumento jurídico, que conduzirão à sua descredibilização e posterior abandono.

Neste sentido, só excepcionalmente se poderia admitir o deferimento de uma medida cautelar, não com base em prova sumário, mas sim assente em prova indiscutível⁸¹ que o beneficiário preparar-se-ia para invocar a garantia desprovido de boa fé quando, por exemplo, o contrato base está cumprido e a garantia extinta ou quando o ordenante conhece de um comportamento abusivo ou fraudulento do beneficiário⁸².

Contudo, discordamos desta posição. Se a garantia autónoma foi criada pelos e para privados tendo em vista o alcance de melhor produtividade das suas actividade, estes poderão usar os meios de defesa que entenderem mas sem que para isso tenham de recorrer à lentidão dos tribunais para demonstrar a licitude da recusa. Havendo um

⁷⁹ Neste sentido, *Fideiussioni bancarie e garanzie a prima richiesta: la tutela cautelari*, apud MÓNICA JARDIM, p. 292.

⁸⁰ “Il «fermo provvisorio» delle garanzie bancarie a prima richiesta nel commercio internazionale e i provvedimenti del giudice italiano ex art. 700 c.p.c” in ob. cit., MÓNICA JARDIM, p. 293.

⁸¹ Cfr., FÁTIMA GOMES, ob. cit., p.196.

⁸² Neste sentido, Ac. do STJ de 14 de Outubro de 2004, in www.dgsi.pt.

conhecimento do Direito por parte deles, poderão encontrar si soluções para a justa composição de eventuais conflitos, como o caso de, entre si, criaram comissões/tribunais arbitrais.

Por fim, uma posição flexível e determinada, defendida por GALVÃO TELLES ou CALVÃO DA SILVA⁸³, a qual perfilha pela suficiência do prova documental, de segura e imediata interpretação.

De facto, esta última posição parece ser aquela que mais se coaduna com as exigências da natureza da garantia autónoma. A utilização de prova documental, ainda que electronicamente certificada, será o meio mais eficaz para resolver esta questão da prova. Por isso, a garantia autónoma deve-se adaptar às exigências contemporâneas, de um mundo desburocratizado, desmaterializado e electrónico.

Por isso, desde que o documento seja de prova inequívoca, de interpretação decifrável, o garante poderá sustentar nele uma recusa lícita.

Defendemos que neste caso se possa incluir a prestação de uma perícia de uma comissão independente, quando o garante tenha fundadas razões para suspeitar que possa estar a ser enganado, como no caso de uma fraude com grande complexidade. Por isso tal medida só poderia ser utilizada, como medida preventiva do garante em momentos anteriores à solicitação.

9.5 A recusa do garante no caso da garantia indirecta

Dentro da garantia autónoma pode haver ainda um subtipo apelidado por garantia autónoma indirecta, quando existe a participação de um segundo garante, regra da nacionalidade do beneficiário, tendo em vista a emissão da garantia autónoma.

Deste modo o tradicional esquema triangular sofre uma derivação pela inclusão de uma nova personagem. Existem pois quatro relações jurídicas: a primeira é o contrato base, entre credor e devedor originais. A segunda entre o ordenante e o primeiro garante, que celebram o contrato de mandato. O terceiro vínculo liga o primeiro – nacional do ordenante, e o segundo garante – do país do beneficiário, que assumem dois

⁸³ Cfr., JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Garantias acessórias e garantias autónomas*, in *Estudos de Direito Comercial* (pareceres), Almedina, Coimbra, 1996, p. 344.

contratos, um de mandato e outro de contragarantia⁸⁴. Por último, o segundo garante assume um contrato de garantia com o beneficiário.

Assim, o primeiro garante notifica o segundo garante com os detalhes contratuais a celebrar, ao que se segue a aceitação (ou não) por este dos termos do mandato e da garantia. Todavia, é preciso fazer uma ressalva. O segundo garante só assume a emissão da garantia quando o primeiro assume a contragarantia perante aquele.

Quando o beneficiário pretenda agir de forma fraudulenta, o ordenante deve comunicar ao primeiro garante que, por seu turno, fará o mesmo ao segundo garante de forma a evitar o locupletamento do solicitante. Mais uma vez, e com a inclusão da *cláusula on first demand*, a demonstração deve ser inequívoca, permitindo que os garantes não sofram prejuízos e possam recusar o pedido do beneficiário.

Mas o beneficiário nem sempre está sozinho no que respeita a solicitações irregulares. Pode haver o conluio do segundo garante na tentativa de defraudar o ordenante e o primeiro garante, é o que a doutrina⁸⁵ apelida de *colusão*. Ora tal realidade pode-se dever a um carácter manifestamente abusivo da solicitação do beneficiário ao qual o segundo garante negligencia a informação ao ordenante e primeiro garante, bem como na situação em que o segundo garante, ostensivamente, participa do esquema fraudulento e/ou abusivo do beneficiário.

Por isso, quando exista uma solicitação indevida, o primeiro garante pode e deve recusar pagá-la ao beneficiário, porquanto possua elementos probatórios suficientes para tal. O primeiro garante, também deverá recusar o pagamento da contragarantia ao segundo garante quando este podia e devia saber da atitude do beneficiário que interpelava o primeiro garante indevidamente. Torna-se fundamental a participação do ordenante que tem um dever de conduta de informação para com o primeiro garante, permitindo assim que este recuse licitamente as interpelações do beneficiário e, por vezes, também do segundo garante.

9.6 A recusa do garante no caso da cessão de créditos

⁸⁴ No caso do contrato de mandato, o primeiro garante é mandante e o segundo mandatário, ao passo que no contrato de contragarantia, o primeiro garante assume a função de contraguarante e o segundo de contraguarantido ou segundo beneficiário. Neste sentido, MÓNICA JARDIM, ob. cit., p. 79.

⁸⁵ MÓNICA JARDIM, ob. cit., pp. 305 e 306.

Pode suceder que o beneficiário ceda o seu crédito a terceiros, com ou sem o conhecimento do garante, ainda que seja apenas no âmbito do contrato base.

Ora a questão tem pertinência no caso do desconhecimento do garante. Se este desconhece tal situação porque motivo haveria de continuar ligado a uma obrigação que por natureza estava ligada à natureza do credor, conforme nos demonstra o art. 577.º do CC? Ao tempo da conclusão do contrato de garantia, esta foi concedida em função daqueles sujeitos que, bem ou mal, se conheciam minimamente entre si e que sabiam os exactos termos em que estavam a obrigar-se. Se mais tarde o beneficiário cede o seu crédito a um terceiro, o garante fica desonerado de cumprir a garantia em virtude de ele não conhecer o novo beneficiário.

Assim, neste sentido, concordamos com JORGE PINHEIRO⁸⁶, que assume que a natureza da prestação e a sua característica da automaticidade tornam-na intransmissível. Mas dizemos mais. O facto de existir um desconhecimento da pessoa do novo beneficiário trata de inviabilizar a garantia, porquanto esta tem um cariz pessoal e que por isso impossibilita a sua sustentabilidade. O garante não pode ser obrigado a pagar a quem não conhece e tão-pouco sabe das suas intenções.

No momento em que o garante toma conhecimento da cessão, que pode ser no momento da solicitação do pagamento da garantia, este pode recusar com fundamento na revogação automática da mesma.

9.7 Deveres de conduta do garante após a solicitação

Tendo o garante sido interpelado *à primeira solicitação* pelo beneficiário impõe-se saber quais as deveres de conduta daquele.

A primeira atitude a tomar pelo garante deverá ser, antes de mais, informar imediatamente o ordenante da interpelação do beneficiário, pese embora exista uma cláusula impositiva de pagamento imediato, bem assim como um contrato de mandato entre o devedor originário e o seu garante, as circunstâncias exigem tomadas de precaução.

Deste modo, o devedor – ordenante tem logo conhecimento da exteriorização de vontade do seu credor, e que vai permitir abeirar-se do seu garante de modo a confirmar

⁸⁶ Vide, ob. cit., p. 451.

a veracidade da demanda do beneficiário. O ordenante ao tomar conhecimento da interpelação pode logo demonstrar que o contrato base, eventualmente, pode estar extinto, e, por esse motivo, nenhum direito cabe ao beneficiário.

Mas mais. O garante perante tal cenário terá então o dever de recusar o pagamento por se estar em causa uma situação fraudulenta, comprovada documentalmente, permitindo evitar saídas pecuniárias e consequente destabilização contabilística, assim como litígios com o ordenante em torno do reembolso exercível por aquele.

Assim, este dever de informação, no nosso entender, é um pressuposto do Direito Civil, uma obrigação essencial decorrente do princípio da boa fé⁸⁷, que permite a conformação e estabilidade entre os intervenientes contratuais, conforme traduz o art. 762.º, n.º2 do CC.

Se uma das partes possui informação relevante e privilegiada, podendo ela ser decisiva, existirá uma obrigação de a levar ao conhecimento da contraparte que a desconhece.

Poder-se-á questionar se, com esta exigência, a figura garantia autónoma à *primeira solicitação*, enquanto ferramenta rápida e eficaz, poderá ficar desvirtuada. Enveredamos por uma resposta negativa, porquanto os actuais meios de comunicação num mundo globalizado permitem um acesso imediato à informação assim como à sua partilha. Se o garante ao mesmo tempo que recebe a interpelação do beneficiário comunica ao ordenante para inferir da veracidade daquele pedido, poderá isso impedir a perfeição contratual da garantia? Cremos não existirem obstáculos. Estando o contrato cumprido, o beneficiário não tem direito algum, o garante recusa, com auxílio do ordenante, pois como a doutrina faz questão de salientar, inexistente ao garante um dever de investigação⁸⁸. Ora se assim é, um dos deveres laterais de conduta do ordenante será informar o garante da possível irregularidade da solicitação. Todavia, o inverso implicará o pagamento imediato de acordo com os usos bancário.

Note-se todavia que o ordenante não tem o direito de exigir ao garante que não cumpra a obrigação para com o beneficiário. Quando existe regularidade no contrato de garantia, não havendo uma situação fraudulenta, o garante terá de cumprir a sua obrigação. Só poderia invocar o não cumprimento excepcionalmente, quando fosse subvertida a própria garantia, por exemplo no caso de uma fraude do beneficiário.

⁸⁷ Cfr., ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário – Relatório*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 126.

⁸⁸ MÓNICA JARDIM, ob. cit., p. 301.

A informação expedita permite uma boa execução contratual, mas constitui também um meio de defesa do garante que evita cair numa situação vexatória para a sua reputação e credibilidade.

Mas o modo de prestar a informação deverá ser tido em conta como uma exigência acima da média. Pois se a actuação dos agentes é estritamente profissional, então o dever de diligência e cuidado deve ser aferido no seu patamar mais elevado, não sendo aceitável que a exigência do *homem médio* seja a mais correcta para estas circunstâncias. Por isso, o garante, na pele de mandatário do ordenante, deverá averiguar da regularidade da solicitação informando-o sempre, o que permitirá constrangimentos como o exercício do direito de reembolso acoplado a possíveis conflitos daí existentes. A exigência de uma actuação preventiva associada à informação e à diligência permitirão uma eficaz defesa do ordenante e do garante de potenciais abusos do beneficiário.

9.8 O reembolso ao garante

Perante a solicitação do beneficiário ao garante, não existindo motivos para a recusa deste, nada mais lhe restará do que transferir o montante que consta do contrato de garantia para a esfera do primeiro.

Quando se efectiva o pagamento do garante ao beneficiário nasce a obrigação de o ordenante reembolsar o seu mandatário pelas despesas feitas ao abrigo do contrato de mandato, conforme dispõe o art. 1182.º do CC.

As mais das vezes, o garante é um banco onde o ordenante possui uma conta aberta, o que permitirá o débito da conta para satisfação do direito de regresso do primeiro.

Por aqui se percebe que a relação ordenante – garante pode ter um duplo sacrifício para ambos. Se por um lado o garante deve pagar logo que interpelado, e não havendo justificativas para a ele se furtar, depois irá exercer o direito de reembolso perante o seu mandante/ordenante.

Ao ordenante cabe pagar o valor dispendido pelo garante com o beneficiário mais eventuais custos e despesas realizados com toda operação de pagamento da garantia, decorrências do exercício do contrato de mandato.

Até aqui tudo se afigura pacífico. Entretanto, podem surgir dois grandes problemas.

O primeiro problema surge quando o ordenante exige ao garante, enquanto mandante, que não pague ao beneficiário para dessa forma evitar o sacrifício do reembolso. Não assiste razão ao ordenante tal exigência. O garante, na pele de mandatário, deve submeter-se ao cumprimento das obrigações contratuais sob pena até de incorrer em responsabilidade contratual para com o próprio mandatário. De salientar, novamente, que o contrato de garantia é independente do contrato de mandato, e apenas em casos muito pontuais o garante poderia não cumprir para o beneficiário, o que não é o caso.

O mesmo se diga acerca do mandatário facultar simples meios de defesa ao garante para se recusar ao pagamento da garantia, e a este propósito já se viu que a independência da garantia autónoma torna inexecutável a aposição de meios de defesa sustentados no contrato base apenas no que concerne aos meios de defesa invocáveis entre credor e devedor originários. Por outras palavras, se não existem motivos suficientes e evidentes para o garante recusar o pagamento da garantia, a invocação de excepções emergentes do contrato base ou de mandato tornam-se improcedentes, não lhe restando alternativa senão pagar quando solicitado pelo beneficiário.

Destaque-se que certa doutrina⁸⁹ destaca que pelo facto de a relação base se tornar nula, e pese embora o garante tenha pago ao beneficiário, tal motivo nada obsta que o garante proceda ao reembolso, não ao abrigo do contrato de mandato, outrossim, via instituto da gestão de negócios, art. 468.º do CC.

Esta é uma posição com a qual se concorda. O contrato base sendo nulo extinguiria a obrigação de pagamento do garante ao ordenante. Todavia, a remuneração feita pelo garante poderá ter-se ficado a dever à falta de informação que deveria ser prestada pelo ordenante. Como atrás se referiu, informar é um dever das partes, decorrente do contrato de mandato, logo se o ordenante não cumpriu uma obrigação à qual estava adstrito deverá arcar com a responsabilidade pelo pagamento e despesas realizadas pelo garante.

Mas pode colocar-se ainda outra questão relacionada com a recusa do pagamento da garantia autónoma e o direito de regresso, a reputação do garante⁹⁰, que muitas das vezes é o cartão-de-visita para a realização e concretização das mais diversas operações económicas e jurídicas. Será que a reputação poderá servir de justificação para o garante pagar ao beneficiário quando não o devia fazer?

⁸⁹ Cfr., ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000, p. 446.

⁹⁰ Também se pode dizer *name standing*.

Entendemos que, neste domínio do *name standing* o garante não deve deixar de pagar uma garantia quando esteja em causa a sua credibilidade, pois é ela que lhe permite dar confiança àqueles que o procuram. Todavia, o sacrifício económico do ordenante terá de ser posto de parte. Se o garante entende remunerar o beneficiário, por exemplo, ao abrigo de uma obrigação natural⁹¹, em virtude deste já não possuir um direito vigente, o ordenante não pode ser chamado ao reembolso.

Todavia, ainda que o ordenante não esteja abrangido pelo direito de regresso, terá de compensar o garante pelas despesas por este dispendidas no cumprimento do contrato de mandato, conforme nos diz a parte final do art. 1182.º do CC.

⁹¹ Neste sentido, FÁTIMA GOMES, ob. cit., p.197.

10. Conclusão

A garantia autónoma à *primeira solicitação* caracteriza-se por ser um instrumento fácil, objectivo e eficaz para encerrar os propósitos dos agentes do comércio, mormente transfronteiriço.

Esta criação da autonomia privada e da capacidade inventiva jurídica continua a mostrar-se tão socialmente típica quão legalmente atípica. Se a maioria dos ordenamentos jurídicos a reconhece como prática reiterada e constante dentro daquilo que são e devem ser as coordenadas do Direito privado, também não deixa de ser interessante que esta realidade ainda não tenha sido objecto de uma transposição para a letra da lei. Talvez por não se querer deturpar ou subverter a essência da garantia autónoma, grande parte das ordens jurídicas tenham optado por não legislar neste sentido evitando constranger os privados e as suas relações.

Parece ser um caso de sucesso e de domínio da vontade dos particulares, que *per si* ultrapassaram dificuldades, derrubaram barreiras e dotaram-se de um mecanismo suficientemente fluído para concretizar os seus objectivos jurídicos e económicos.

Contudo, problemas foram e serão sempre suscitados neste domínio, e é interessante constatar que a vontade das partes não pode afrontar os mais elementares princípios do Estado de Direito.

A aposição de uma cláusula que dote o contrato de garantia de automatismo não pode permitir que uma parte se digne a explorar tudo o que de melhor existe numa relação com múltiplas partes, implicando sacrifício para alguns e enriquecimento para outros.

O garante e o ordenante devem demonstrar uma sintonia recíproca, permitindo a ambos uma execução contratual perfeita evitando sacrifícios económicos e jurídicos para além daqueles que estão consignados.

Por isso, enquanto contrato estritamente profissional, deve exigir-se um padrão de comportamento elevado entre os intervenientes. Por isso, um dever lateral de conduta como a prestação de informação deve ser antes uma obrigação, principalmente quando esta emerge do contrato de mandato.

O garante deve ter os poderes necessários para se defender dignamente e não ficar de pés e mãos atados a uma cláusula que, para o bem e para o mal, pretende ser positivamente singular no modo como se relacionam os agentes económicos.

Se a autonomia privada permite a criatividade humana e jurídica, como é o caso da garantia autónoma com cláusula à *primeira solicitação*, deve permitir que o garante enquanto elemento preponderante na viabilidade da garantia possa definir e impor coordenadas quanto à possibilidade de embargar uma solicitação irregular por parte do beneficiário. Por motivos óbvios tal comportamento deve ser claro, *ab initio*, para não prejudicar o beneficiário, nem destruir a reputação do garante.

Por tal motivo, o garante tem de se assumir como elemento decisivo, podendo deferir o pagamento da garantia ao mesmo tempo que pode ajuizar se determinado comportamento do beneficiário é ou não regular, ainda pelo que a colaboração do ordenante se torna fundamental sempre que não se está perante um facto notório.

Se o garante viabiliza negócios importantes que, as mais das vezes, se encontram sob a égide da mera autonomia da vontade e sem regulamentação legal, deve ter o poder de definir se paga ou não algo que ele tornou realizável, podendo realizar, nesse sentido, as breves e necessárias diligências.

De facto, quando se constata que o contrato base padece de invalidade, o garante terá obrigação de mostrar uma atitude reactiva e enérgica perante uma possível solicitação do beneficiário que, entretanto, deixou de o ser.

Poder-se-á questionar se, no caso da garantia autónoma *on first demand*, não existirão demasiados modos de defesa do garante, e que dessa forma se possa pôr em crise o instrumento jurídico, pondo em causa a sua viabilidade e credibilidade. No nosso entender, enquanto forem respeitados os princípios contratuais e o espírito da garantia autónoma, ela continuará a ser viável e difundida. O facto de o garante ter motivos para recusar o pagamento, a maioria das vezes não se deverá ao excesso de instrumentos jurídicos que ele dispõe para o fazer. Entendemos que tal realidade se fica a dever a uma postura menos correcta do beneficiário, que não cumpre os deveres de boa fé, mas também à má execução do contrato base. A garantia não pode ser o subterfúgio nem válvula de escape para os diferendos do contrato principal nem das relações entre devedor e credor originários.

Fontes e Bibliografia

Bibliografia

BRANCO, MANUEL CASTELO, *A Garantia Bancária Autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 53, 1993, páginas 61 a 83.

CASTRO, GONÇALO ANDRADE E, *O Crédito Documentário Irrevogável – Alguns problemas de estrutura, natureza e regime*, Universidade Católica Portuguesa (Porto), 1999.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito Bancário – Relatório*, Almedina, Coimbra, 1997.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2010.

CORREIA, ANTÓNIO FERRER, *Notas para o estudo da Garantia Bancária*, in *Revista de Direito e Economia*, ano VIII, n.º2, páginas 247 a 258.

CORTEZ, FRANCISCO, *Garantia Bancária Autónoma*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, 1992, páginas 513 a 609.

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA e MONTEIRO, PINTO, *Garantias Bancárias, O contrato de garantia à primeira solicitação (parecer)*, *Colectânea de Jurisprudência*, ano 11, 1986, páginas 15 a 34.

EPIFÂNIO, MARIA ROSÁRIO, *Garantias Bancárias Autónomas – Breves Reflexões, Juris et de Jure. Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP*, 1998, páginas 319 a 365.

GOMES, FÁTIMA, *A Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação*, in *Direito e Justiça*, vol. VIII, Tomo 2, 1994, páginas 119 a 210.

JARDIM, MÓNICA, *A Garantia Autónoma*, Almedina, Coimbra, 2002.

LEITÃO, MENEZES LUÍS MANUEL TELES DE, *Garantias das Obrigações*, Almedina, 2008.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO e PONTE, PEDRO FUZETA DA, *Garantias de Cumprimento*, Almedina, Coimbra 2003.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Garantias Bancárias in Estudos em homenagem ao professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. II, *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2002, páginas 265 a 288.

PATRÍCIO, JOSÉ SIMÕES – *Preliminares sobre a garantia «on first demand»*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 43, III, 1983, páginas 677 a 718.

PINHEIRO, JORGE DUARTE, *Garantia Bancária Autónoma in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, 1992, páginas 417 a 465.

PIRES, JOSÉ MARIA, *Direito Bancário - As Operações Bancárias*, vol. II, Rei dos Livros, Lisboa, 1994.

PRATA, ANA, *Dicionário Jurídico*, Volume I, Almedina, Coimbra 2009.

RIBEIRO, ANTÓNIO SEQUEIRA, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles - Volume II - Direito Bancário, A Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação – Algumas Questões*, Almedina, Coimbra, 2002, páginas 289 a 423.

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Garantias acessórias e garantias autónomas*, in *Estudos de Direito Comercial* (pareceres), Almedina, Coimbra, 1996, páginas 331 a 361.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES – *Das Obrigações em Geral*, vol.I, 10.^a edição, Almedina, Coimbra, 2000.

VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL PESTANA, *Direito das Garantias*, Almedina, Coimbra, 2011.

VEIGA, VASCO SOARES DA, *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 1994.

Jurisprudência

Acórdão TRL de 11 de Dezembro de 1990

Acórdão STJ de 27 de Janeiro 1993

Acórdão STJ de 24 de Novembro de 1995

Acórdão TRL de 24 de Abril de 1996

Acórdão TRP de 1 de Junho de 2000

Acórdão STJ de 14 de Outubro de 2004