



UNIVERSIDADE  
**CATÓLICA**  
PORTUGUESA

# **A TRANSMISSIBILIDADE DA GARANTIA AUTÓNOMA**

**CATARINA DE SOUSA PEREIRA**

Faculdade de Direito | Escola do Porto  
2016



A TRANSMISSIBILIDADE DA GARANTIA AUTÓNOMA

**Universidade Católica Portuguesa**

Escola de Direito do Porto

# **A TRANSMISSIBILIDADE DA GARANTIA AUTÓNOMA**

**Catarina de Sousa Pereira**

Dissertação de Mestrado em Direito, na Área de Especialização de Direito Privado,  
elaborada sob a orientação da Exma. Sra. Professora Doutora Maria João Vaz Tomé.

**Outubro de 2016**

## **AGRADECIMENTOS**

- Aos meus pais, que sempre me concederam toda a liberdade e apoio incondicional ao longo do percurso académico, mesmo nos momentos de maior tensão;
  
- Aos restantes familiares e amigos pelos contantes “então, já acabaste?” e, simultaneamente, por fazerem com que as minhas crises de ansiedade se tornassem momentos de diversão;
  
- À Professora Doutora Maria João Vaz Tomé, por ter aceite a orientação desta Dissertação e pela disponibilidade demonstrada ao longo da sua elaboração.

## **RESUMO**

O emergente comércio internacional tornou necessária a criação de uma garantia das obrigações dotada de maior segurança, eficácia e de execução célere. Assim nasceu a garantia autónoma, em meados do século XIX. A garantia autónoma é uma garantia pessoal das obrigações, todavia, não encontra previsão legal, é uma figura de pura criação social. Sendo uma garantia pessoal, esta distingue-se da fiança por não ser uma garantia acessória mas sim autónoma relativamente à relação garantida. Assim, no presente trabalho, debruçar-nos-emos sobre a problemática da transmissibilidade da garantia autónoma em caso de cessão do crédito garantido, de cessão da posição contratual e, por último, sobre a possibilidade (ou não) da sua transmissão isolada.

Palavras-chave: garantias; garantia autónoma; transmissibilidade.

## **ABSTRACT**

The growing international trade made it necessary to create a guarantee of obligations with greater security, efficiency and of rapid execution. This way, autonomous guarantee was born in the middle of the nineteenth century. Autonomous guarantee is a personal guarantee of obligations. However, it does not have legal provision, being a figure of pure social creation. Being a personal guarantee, it distinguishes itself from the bail, as it is not an accessory guarantee but autonomous relatively to the guaranteed relation. This way, in this piece of work, we will focus on the issue of transmissibility of autonomous guarantee, in case of credit assignment, of contractual position assignment and, at last, on the possibility (or not) of isolated transmission.

Keywords: guarantees; autonomous guarantee; transmissibility.

## Índice

ADVERTÊNCIAS .....	8
ABREVIATURAS .....	9
INTRODUÇÃO .....	10
<b>CAP. I. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO .....</b>	<b>11</b>
<b>CAP. II. DA GARANTIA AUTÓNOMA .....</b>	<b>14</b>
<b>1. TIPOS .....</b>	<b>14</b>
<b>1.1. CRITÉRIO DO FIM OU DA FUNÇÃO .....</b>	<b>14</b>
<b>1.2. CRITÉRIO DA AUTOMATICIDADE .....</b>	<b>15</b>
<b>2. ESTRUTURA DA OPERAÇÃO .....</b>	<b>17</b>
<b>2.1. RELAÇÃO ENTRE O DEVEDOR E O CREDOR DO CONTRATO BASE .....</b>	<b>17</b>
<b>2.2. RELAÇÃO ENTRE O DEVEDOR DO CONTRATO BASE E O GARANTE .....</b>	<b>18</b>
<b>2.3. RELAÇÃO ENTRE O GARANTE E O CREDOR DO CONTRATO BASE/BENEFICIÁRIO .....</b>	<b>21</b>
<b>CAP. III. A AUTONOMIA DA GARANTIA E OS SEUS LIMITES .....</b>	<b>22</b>
<b>1. A AUTONOMIA .....</b>	<b>22</b>
<b>2. A AUTOMATICIDADE .....</b>	<b>23</b>
<b>3. O LEVANTAMENTO DA AUTONOMIA .....</b>	<b>24</b>
<b>3.1. ABUSO DO DIREITO OU FRAUDE .....</b>	<b>25</b>
<b>3.2. ILICITUDE DA CAUSA POR CONTRARIEDADE À ORDEM PÚBLICA OU AOS BONS COSTUMES .....</b>	<b>26</b>
<b>3.3. RECURSO A UMA PROVIDÊNCIA CAUTELAR .....</b>	<b>26</b>
<b>CAP. IV. A TRANSMISSIBILIDADE DA GARANTIA .....</b>	<b>27</b>
<b>1. EM CASO DE CESSÃO DE CRÉDITO GARANTIDO .....</b>	<b>27</b>
<b>A. POSSIBILIDADE DE CESSÃO AUTOMÁTICA DA GARANTIA .....</b>	<b>30</b>
<b>1.1.1. POSIÇÕES FAVORÁVEIS .....</b>	<b>30</b>
<b>1.1.2. POSIÇÕES DESFAVORÁVEIS .....</b>	<b>31</b>
<b>1.1.3. POSIÇÃO ADOTADA .....</b>	<b>36</b>
<b>2. EM CASO DE CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DA RELAÇÃO SUBJACENTE .....</b>	<b>37</b>
<b>2.1. POSIÇÕES EM DEBATE .....</b>	<b>37</b>
<b>2.2. POSIÇÃO ADOTADA .....</b>	<b>38</b>
<b>3. POSSIBILIDADE DE TRANSMISSÃO AUTÓNOMA DA GARANTIA .....</b>	<b>39</b>
<b>3.1. POSIÇÕES FAVORÁVEIS .....</b>	<b>40</b>
<b>3.2. POSIÇÕES DESFAVORÁVEIS .....</b>	<b>42</b>
<b>3.3. POSIÇÃO ADOTADA .....</b>	<b>44</b>
CONCLUSÕES .....	45

BIBLIOGRAFIA .....	47
ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA.....	52

## **ADVERTÊNCIAS**

- 1.** Nas notas de rodapé, as obras são referenciadas com todos os seus elementos indicativos apenas na primeira citação.
- 2.** Os Acórdãos mencionados ao longo do texto são citados de forma abreviada. O seu número de processo, relator e o local da sua publicação encontram-se no Índice de Jurisprudência.
- 3.** As normas legais citadas ao longo do texto sem menção da respetiva fonte pertencem ao Código Civil Português.

## ABREVIATURAS

A./AA.	Autor/Autores
Ac.	Acórdão
al.	alínea
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BMP	Boletim do Ministério da Justiça
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CCI	Câmara de Comércio Internacional
Cfr.	Confrontar
cit.	citada
CT	Código de Trabalho
nº/nºs	número/números
ob.	obra
p./pp.	página/páginas
P.G.R.	Procuradoria-Geral da República
Proc.	Processo
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
T.	Tomo
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
v.g.	verbi gratia (por exemplo)
Vol.	Volume

## INTRODUÇÃO

O direito de crédito é alvo de proteção do direito, sendo essa proteção designada por garantia das obrigações. A garantia das obrigações consiste na disponibilização, pela ordem jurídica, dos meios necessários para o credor realizar o seu direito, em caso de incumprimento por parte do devedor<sup>1</sup>. Destarte, nos termos do art. 817º, na presença de incumprimento de uma obrigação, o credor pode exigir o respetivo cumprimento através de ação judicial, executando o património do devedor.

O conjunto de bens que compõe o património do devedor é a garantia geral das obrigações. Todavia, e uma vez que face ao património do devedor todos os credores se encontram, em princípio, em pé de igualdade (art. 604º), é frequente que se constituam sobre o crédito garantias especiais, que tenham por objeto bens específicos do património do devedor ou de terceiro. Estas garantias podem ser reais ou pessoais. As primeiras permitem ao credor satisfazer-se, com preferência sobre os demais credores, pelo valor ou rendimentos de determinados bens específicos do devedor ou de terceiro. As segundas são garantias em que outras pessoas, terceiros em relação à obrigação principal, respondem com os seus patrimónios pelo cumprimento da obrigação, como é o caso da garantia autónoma.

A garantia autónoma, também conhecida por garantia bancária<sup>2</sup>, é uma garantia prestada por uma entidade que se obriga a entregar uma quantia pecuniária previamente acordada a um terceiro, assim que este prove o incumprimento de um determinado contrato base ou de imediato, com a interpelação para realizar a prestação. Essa entidade abdica, desde logo, de opor ao beneficiário quaisquer exceções derivadas tanto da obrigação garantida como das obrigações que provierem da sua relação com o devedor ordenante<sup>3</sup>.

A propósito, GALVÃO TELLES concede-nos a seguinte definição de garantia autónoma,

---

<sup>1</sup>LEITÃO, Menezes, *Direito das Obrigações. Transmissão e Extinção das Obrigações. Não Cumprimento e Garantias do Crédito*, Vol. II, 8ª Edição, Almedina, 2011, p. 305.

<sup>2</sup>Muitas vezes denominada, de forma algo imprópria, por garantia bancária, uma vez que esta garantia é normalmente prestada por um banco. Contudo, estas garantias também são prestadas, não raras vezes, por companhias de seguros, por exemplo. Deste modo, se por um lado a denominação de garantia bancária é algo redutora em relação à realidade, por outro lado também é demasiado abrangente, uma vez que nem todas as garantias prestadas por entidades bancárias são garantias autónomas.

<sup>3</sup>Cfr. JARDIM, Mónica, *A Garantia Autónoma*, Almedina, 2002, p. 13.

*é a garantia pela qual o banco que a presta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de alegada inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato-base), sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com esse contrato.*

Esta garantia surge como um meio idóneo para cobrir contratos avultados e de execução relativamente demorada, como acontece nas áreas da construção civil, da cooperação industrial, do fornecimento de bens e serviços e do *engineering*.

O elevado número de acórdãos relativos a esta temática são indiciadores da sua crescente importância como figura de utilização cada vez mais frequente. Por outro lado, é ainda uma figura que reveste um alto grau de complexidade, suscitando algumas *vexata quaestio*, como é o exemplo paradigmático da problemática gerada em volta da transmissibilidade da garantia autónoma. O ponto de discórdia, jurisprudencial e, sobretudo, doutrinal, gira em torno da possibilidade de cedência automática da garantia autónoma – ou não – quando haja cessão de crédito garantido ou cessão da posição contratual, e na possibilidade de cedência autónoma da garantia, isto é, desligada da obrigação garantida.

Assim, pretendemos descortinar esta questão, compreendendo o que sucede à garantia autónoma em caso de cessão de crédito garantido ou de cessão da posição contratual do devedor ordenante na relação subjacente, por um lado, e, por outro lado, se é permitida a cessão isolada da garantia.

## **CAP. I. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO**

Historicamente, as garantias reais, como por exemplo o penhor, constituíram durante vários anos o instrumento privilegiado de proteção dos credores. Já as garantias pessoais, como a fiança, acarretavam consigo a fragilidade das variações no património geral do garante e a sua acessoriedade em relação ao crédito garantido<sup>4</sup>. Porém, não obstante a preferência pelas garantias reais, estas sujeitavam o credor a um processo complexo e, por vezes, até bastante moroso, no sentido de realizar do seu crédito, o que se afigurava incompatível com a celeridade exigida pelo crescente comércio

---

<sup>4</sup>Vide CORTEZ, Francisco, “A garantia bancária autónoma – Alguns problemas”, *ROA*, Ano 52, 1992, p. 518, acerca da fragilidade das garantias tradicionais: “(...) a fiança, que fraqueja devido à sua essencial acessoriedade, o aval que não responde devido à sua dependência natural em relação a certos títulos de crédito e limitada autonomia e o depósito de valores que se revela, pelo congelamento de riqueza que implica, um instrumento claramente anti-económico”.

internacional. Para os agentes de comércio, sobretudo os do comércio internacional, a garantia ideal seria aquela que fosse de natureza pessoal e fosse prestada, preferencialmente, por uma entidade financeira sólida e que gozasse de autonomia em relação à obrigação principal. Surgiu, assim, a garantia autónoma.

A teorização do contrato de garantia autónoma (*Garantievertrag*) ficou a dever-se a RUDOLF STAMMLER, através da publicação de um trabalho<sup>5</sup> no qual distinguia as garantias acessórias de uma obrigação principal das garantias autónomas que, como a própria denominação indica, são independentes da relação garantida. STAMMLER começa por teorizar uma categoria geral dos contratos de garantia, passando para uma categoria especial, a dos contratos independentes e autónomos, que eram entendidos como “*acordos tendentes a assegurar determinado resultado ou a assumir a responsabilidade pelo risco inerente a determinado empreendimento, sem ligação específica com certa obrigação cujo cumprimento se visasse assegurar*”<sup>6</sup>. Do *Garantievertrag* chega-se ao *Bankgarantie*, que é um contrato unilateral destinado a garantir a prestação de um terceiro perante o credor beneficiário, assegurando que este receberá a quantia pecuniária ou a prestação acordada não apenas em caso de incumprimento do terceiro mas também quando a obrigação do devedor principal não chegou a existir ou se tornou impossível, *a posteriori*. Do *Bankgarantie* passa-se, então, para o contrato de garantia autónoma que, além de tornar independente a obrigação do garante em relação à obrigação garantida (o contrato base), confere ao beneficiário o direito de exigir imediatamente o pagamento da garantia, mediante uma simples interpelação<sup>7</sup>.

Os motivos que estiveram na génese desta figura são de ordem externa, mormente, o incremento do comércio internacional e debilidades dos outros tipo de garantias, e de ordem interna, designadamente, as características da garantia autónoma, como a sua eficácia, segurança e celeridade. Após a II Guerra Mundial (1939-1945), com o progresso do comércio internacional, as relações comerciais tornaram-se cada vez mais complexas, agravando-se os riscos nelas envolvidos. À medida que o volume

---

<sup>5</sup>RUDOLF STAMMLER, em 1886, escreveu e publicou um trabalho cujo título é “*Der Garantievertrag*”.

<sup>6</sup>Cfr. RUDOLF STAMMLER *apud* JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, p. 17.

<sup>7</sup>Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, “Garantia Bancária Autónoma”, *ROA*, Ano 52, 1992, nº II, p. 435.

de negócios foi proliferando, o mesmo sucedeu com a necessidade de cobrir os riscos, tornando-se imperativo conceber garantias mais seguras, céleres e eficazes<sup>8</sup>.

Foi nesse momento que o *Garantievertrag* sofreu um enorme incremento, mais precisamente a partir década de 70 do século XX, altura em que ocorreu o *boom* petrolífero (1973). Tendo como principal característica a autonomia, que torna inoponíveis ao beneficiário quaisquer exceções decorrentes da relação base, esta figura torna-se bastante atrativa, acabando por ser bastante utilizada pelos bancos e companhias de seguros para garantir uma prestação que seja independente da obrigação do devedor principal.

Nas palavras de MANUEL CASTELO BRANCO,

*“Para os agentes do comércio internacional, a garantia ideal seria aquela que tivesse natureza pessoal, fosse restada por uma entidade financeira sólida e gozasse de autonomia em relação à obrigação principal, não dependendo das vicissitudes a que esta estivesse sujeita”<sup>9</sup>.*

O último passo na consagração da garantia autónoma foi dado com a criação da cláusula à primeira solicitação (em inglês, *on first demand*) Na garantia autónoma com cláusula de pagamento à primeira solicitação o beneficiário apenas solicita o pagamento, não tendo que provar o seu direito, e o garante tem que pagar imediatamente, nos termos acordados no contrato de garantia.

Posto isto, naturalmente se entende que a garantia autónoma tem consagração essencialmente social, isto é, surgiu das necessidades da prática do comércio internacional. No ordenamento jurídico português, a sua admissibilidade resulta dos princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual (art. 405º), sendo um negócio atípico, uma vez que não encontra previsão legal. No entanto, é bastante difícil determinar o momento em que esta figura passou a ser utilizada entre nós. A primeira referência efetuada pela doutrina a uma garantia idêntica à garantia autónoma dever-se-á a VAZ SERRA, nos estudos preparatórios do Código Civil de 1966, não tendo porém a

---

<sup>8</sup>Cfr. JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, pág. 19.

<sup>9</sup>Cfr. BRANCO, Manuel Castelo, “A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações”, *ROA*, ano 53, 1993, p. 70.

figura ficado consagrada no diploma legal<sup>10</sup>. Em 1969 foi emitido um Parecer da P.G.R.<sup>11</sup>, onde se pode ler:

*A admissão da garantia bancária em substituição do depósito de garantia tem dado lugar a algumas dívidas resultantes de esta nova figura ter sido inserida no domínio dos contratos de empreitadas de obras públicas sem que algo se especificasse quanto ao seu regime. (...) E precisamente uma das dívidas surge logo quanto à determinação da sua natureza jurídica: Segundo o que depreende no que aparece transcrito no parecer do Sr. Auditor Jurídico do Departamento de Defesa Nacional, o Prof. Marcello Caetano, (...) acaba por se inclinar no sentido da sua integração no instituto da fiança<sup>12</sup>.*

## **CAP. II. DA GARANTIA AUTÓNOMA**

### **1. TIPOS**

#### **1.1. CRITÉRIO DO FIM OU DA FUNÇÃO**

A doutrina<sup>13</sup> tem distinguido três tipos de garantia, atendendo à função ou fim que prossegue: as garantias de oferta, as garantias de boa execução e as garantias de reembolso.

As garantias de oferta “*destinam-se a assegurar a manutenção de uma oferta, mesmo em caso de ela ser retirada pelo proponente*”<sup>14</sup>. O garante pagará uma determinada quantia se o devedor ordenante não assinar e não cumprir as formalidades prévias de assinatura de determinado contrato a que se obrigou<sup>15</sup>. É uma garantia típica dos contratos de empreitada e, neste caso, destina-se a assegurar que a pessoa a quem foi adjudicada a realização da empreitada honrará a proposta apresentada. Através desta garantia o adjudicador reduz o risco de perda de dinheiro em consequência de um eventual incumprimento por parte do adjudicatário. Regra geral, a garantia de oferta permanece válida até à assinatura do contrato ou até à prestação de uma garantia de boa execução<sup>16</sup>. Segundo REBELO MARTINS e OLIVEIRA FERREIRA, o garante,

---

<sup>10</sup>SERRA, Vaz, “Fiança e Figuras Análogas”, publicado no *BMJ*, nº 71, 1957, pp. 282 e ss.

<sup>11</sup>Parecer 3/69, de 29 de maio de 1969, publicado no *BMJ*, nº 191, 1969, pp. 148 e ss.

<sup>12</sup>Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, *ob. cit.*, p. 429.

<sup>13</sup>Cfr., na doutrina portuguesa, entre outros, BRANCO, Manuel Castelo, *ob. cit.*, pp. 72-73; JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, pp. 67-77; LEITÃO, Menezes, *Garantias das Obrigações*, 4ª Edição, Almedina, 2012, p. 125; VASCONCELOS, Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Almedina, 2011, pp. 126-128; VEIGA, Vasco Soares da, *Direito Bancário*, Almedina, 1994, pp. 264-266.

<sup>14</sup>Cfr. LEITÃO, Menezes, *Garantias...*, cit., p. 141.

<sup>15</sup>Cfr. VEIGA, Vasco Soares da, *ob. cit.*, p. 265.

<sup>16</sup>JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, p. 68.

quando emite uma garantia de oferta, constitui-se no dever moral de prestar as garantias subsequentes e, por esse motivo, o garante, por vezes, consigna a possibilidade de vir ou não a prestar as garantias subsequentes<sup>17</sup>.

As garantias de boa execução visam garantir, perante o beneficiário, o adequado cumprimento das obrigações assumidas pelo outro contraente<sup>18</sup>. O garante assegura ao beneficiário o pagamento de uma quantia sempre que o devedor ordenante não cumpra de forma integral e pontual as obrigações decorrentes do contrato base. Na prática, este tipo de garantia divide-se em dois subtipos: as que se resolvem num pagamento em espécie, as garantias a 100%, e as que se resolvem num pagamento indemnizatório, geralmente utilizadas nos contratos de empreitada e que são fixadas entre 5% e 10% do valor da obra<sup>19</sup>.

As garantias de reembolso asseguram o reembolso de determinadas quantias que vierem a ser dispendidas pelo beneficiário. O garante assegura ao contraente que pagou antecipadamente parte do preço do contrato base a restituição desses valores, na eventualidade de a outra parte não cumprir<sup>20</sup>. Esta garantia é utilizada, por exemplo, em contratos promessa de compra e venda para assegurar ao promitente-comprador a restituição do sinal<sup>21</sup>.

No seio do comércio internacional, reconhecem-se ainda outros tipos de garantias: as garantias de retenção, as garantias de pagamento e as garantias de manutenção. As garantias de retenção são aquelas que asseguram ao exportador o pagamento integral do preço acordado ainda que se verifique uma retenção parcial efetuada pelo adquirente<sup>22</sup>. As garantias de pagamento visam assegurar o pagamento da dívida à parte credora da prestação pecuniária, na eventualidade do devedor do contrato base não o fazer pontualmente<sup>23</sup>. Por último, as garantias de manutenção têm uma formulação e função análoga às garantias de boa execução<sup>24</sup>.

## 1.2. CRITÉRIO DA AUTOMATICIDADE

<sup>17</sup>MARTINS, José A. Rebelo/Ernesto de Oliveira FERREIRA, *Garantias Bancárias*, Edição do Espírito Santo e Comercial de Lisboa, 1983, p. 32.

<sup>18</sup>Cfr. JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, p. 70.

<sup>19</sup>Cfr. VEIGA, Vasco Soares da, *ob. cit.*, p. 265.

<sup>20</sup>Cfr. VASCONCELOS, Miguel Pestana de, *ob. cit.*, p. 128

<sup>21</sup>Cfr. VEIGA, Vasco Soares da, *ob. cit.*, p. 265.

<sup>22</sup>Cfr. LEITÃO, Menezes, *Garantias...*, cit., p. 125.

<sup>23</sup>Cfr. JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, p. 75.

<sup>24</sup>Cfr. LEITÃO, Menezes, *Garantias...*, cit., p. 125.

A garantia autónoma pode ser uma garantia autónoma simples ou garantia autónoma com cláusula de pagamento à primeira solicitação.

Na garantia autónoma simples, o beneficiário, para exigir legitimamente o cumprimento da obrigação do garante, tem que provar o incumprimento da obrigação do devedor ou qualquer outro evento que seja pressuposto da constituição do seu crédito em relação ao garante. Nas palavras de FERRER CORREIA, “*o beneficiário terá que provar que o evento cujo risco originou a promessa do garante se verificou realmente*”<sup>25</sup>. Nesta modalidade, a autonomia da obrigação do garante existe apenas quanto à existência, à validade e às exceções oponíveis ao crédito garantido, “*admitindo apenas a oponibilidade de exceções próprias da relação de garantia*”<sup>26</sup>.

Por sua vez, na garantia autónoma à primeira solicitação, o beneficiário nada tem que provar, tendo o garante que lhe entregar a quantia pecuniária acordada assim que aquele o solicitar. Desta forma, confere-se ao beneficiário uma segurança semelhante à de um depósito de dinheiro ou valores, uma vez que o garante fica obrigado a prestar a garantia logo que seja interpelado pelo beneficiário, sem existência de qualquer litigância sobre a relação jurídica base<sup>27</sup>. Na gíria bancária, o carácter automático do funcionamento desta garantia é entendido como “pediu, pagou”<sup>28</sup>. Neste âmbito podemos ainda distinguir entre garantias autónomas *on first demand* com ou sem justificação documental, consoante o pedido de pagamento tenha que ser acompanhado de documentação comprovativa do evento que desencadeou a execução da garantia ou possa ser realizado sem junção de qualquer documentação<sup>29 30 31</sup>.

<sup>25</sup>Cfr. CORREIA, Ferrer, “Notas para o estudo do contrato de garantia bancária”, *Revista de Direito e Economia*, Julho/Dezembro, 1982, p. 253.

<sup>26</sup>Cfr. LEITÃO, Menezes, *Garantias...*, cit., p. 126.

<sup>27</sup>A propósito da garantia autónoma com cláusula de pagamento à primeira solicitação, vide PONTIROLI, Luciano, “*Le garanzie autonome ed il rischio del creditore – Un contributo alla lettura del sistema*”, CEDAM PADOVA, 1992, p. 88: “*Le generale rinuncia ad oppore eccezioni, conseguente alla clausola di pagamento a prima richiesta, si specifica nella rinuncia ad eccepire l’invalidità dell’obbligazione principale; letteralmente, la clausola si presenta come una deroga all’art. 1939 c.c., il quale subordina la validità della fideiussione a quella dell’obbligazione principale, «salvo che sia prestata per un’obbligazione assunta da un incapace»*”.

<sup>28</sup>Cfr. JARDIM, Mónica in *ob. cit.*, p. 86.

<sup>29</sup>Cfr. LEITÃO, Menezes, *Garantias...*, cit., p. 127.

<sup>30</sup>Em relação à garantia autónoma à primeira solicitação com prova documental vide Ac. STJ de 30-09-2004: “*III- Porém, o facto de o garante ter de pagar à primeira solicitação, sem discussão ou sem possibilidade de invocar as exceções decorrentes do contrato-base, não é incompatível, nem significa que essa interpelação ou solicitação não deva ser acompanhada de justificação, nomeadamente documental; sê-lo-á se e nos termos em que o contrato ou o título de garantia o previrem. (...) Haverá garantias 'on first demand' com ou sem justificação documental, consoante o título o exija ou não, sem que percam, por isso, as características de autonomia e automaticidade, pois que o pagamento continua a depender*

Galvão Telles afirma que, na garantia autónoma à primeira solicitação,

*O devedor dá ordem a um banco para prestar ao credor uma garantia que funcione automaticamente, isto é, que o banco efetive imediatamente, ao primeiro pedido do credor, sem que este tenha que justificar esse pedido e sem que o banco possa opor-lhe objeções, alegando a pretensa inexistência da dívida garantida. O banco, digamos, paga «de olhos fechados»<sup>32</sup>.*

## **2. ESTRUTURA DA OPERAÇÃO**

Quando nos referimos à “estrutura da operação”, aludimos ao conjunto de contratos em que assenta a garantia autónoma, sendo certo que só um deles é efetivamente o contrato de garantia autónoma.

Podemos asseverar que, em torno da garantia autónoma, surgem, pelo menos, três relações contratuais estabelecidas entre sujeitos diversos: o contrato principal; o contrato celebrado entre o devedor e o garante; e, por último, o contrato celebrado entre o garante e o credor garantido.

### **2.1. RELAÇÃO ENTRE O DEVEDOR E O CREDOR DO CONTRATO BASE<sup>33</sup>**

A primeira relação jurídica é a do contrato base, do qual decorrem as obrigações garantidas, sendo este celebrado entre o credor garantido e o devedor<sup>34</sup>. Apesar da independência entre o contrato principal e o contrato de garantia, é naquele que o devedor se obriga a conseguir que alguém preste uma garantia ao credor garantido<sup>35</sup>. A relação de atribuição tem ainda relevância do ponto de vista funcional, quer pelo facto de o credor ter que alegar a verificação do evento que gera o direito ao pagamento, quer pelo motivo de o garante poder recusar o pagamento em caso de abuso do direito ou

---

*apenas da interpelação acompanhada do documento previsto, sem que ao beneficiário possam ser opostas as exceções relativas ao contrato-base”.*

<sup>31</sup>No sentido de que na garantia bancária autónoma à primeira solicitação sem justificação documental, o beneficiário não tem o ónus de provar os pressupostos do exercício do direito *vide* Ac. TRC de 26-11-1996, CJ, ano XXI, 1996, T. V, pp. 27-29

<sup>32</sup>Cfr. TELLES, Galvão, “Garantia Bancária Autónoma”, *O Direito*, ano 120, 1988, III-IV (Junho-Dezembro), p. 598

<sup>33</sup>Também designada como relação subjacente, de atribuição ou de valuta.

<sup>34</sup>VASCONCELOS, Miguel Pestana de, *ob. cit.*, p. 122.

<sup>35</sup>Que, regra geral, será um banco. *Vide* JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, p. 48; VASCONCELOS, Miguel Pestana de, *ob. cit.*, p. 122.

fraude ou de invalidade do negócio base, por violação dos bons costumes<sup>36</sup>, como veremos *infra*.

## 2.2. RELAÇÃO ENTRE O DEVEDOR DO CONTRATO BASE E O GARANTE<sup>37</sup>

Por sua vez, a segunda relação jurídica diz respeito ao contrato celebrado entre o devedor e o garante<sup>38</sup>. Neste contrato, o garante, mediante uma retribuição, compromete-se a celebrar com o credor garantido o contrato de garantia autónoma pelo qual lhe entregará determinada soma pecuniária caso ocorra um dado evento que nele esteja previsto<sup>39</sup>. Nesse contrato está igualmente previsto o dever de reembolso do garante e as condições em que se fará caso a garantia seja executada, bem como eventuais garantias que o garante tenha em relação ao dador da ordem.

Quanto à definição da natureza jurídica deste contrato, não existe consenso na doutrina. Porém, a doutrina portuguesa dominante tem entendido que é um mandato<sup>40</sup>, afastando, assim, as hipóteses de estarmos perante uma assunção de dívida, contrato promessa a favor de terceiro, contrato a favor de terceiro ou um contrato de prestação de serviços.

Na verdade, a assunção de dívida é uma operação pela qual um terceiro se obriga, perante o credor, a efetuar a prestação devida pelo devedor. Assim, há uma mudança na pessoa do devedor mas não no conteúdo da obrigação<sup>41</sup>. No contrato de garantia autónoma o garante não se obriga a efetuar a mesma prestação que o dador da ordem se obrigou no contrato base, antes, adquire uma obrigação própria e independente, como

---

<sup>36</sup>MARTINEZ, Pedro Romano/Pedro Fuzeta da PONTE, *Garantias de Cumprimento*, 4ª edição, Almedina, 2006, p. 147.

<sup>37</sup>Também designada como relação de cobertura.

<sup>38</sup>Na esmagadora maioria dos casos, um banco.

<sup>39</sup>Cfr. JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, p. 49.

<sup>40</sup>Neste sentido, cfr. JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, pp. 50-56; VASCONCELOS, Miguel Pestana de, *ob. cit.*, p. 123; CORREIA, Ferrer, *ob. cit.*, p. 248; COSTA, Almeida/Pinto MONTEIRO, “Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação (parecer)”, *Colectânea de Jurisprudência*. Ano XI. T. IV. 1986, p.19; CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, p. 524-528; PINHEIRO, Jorge Duarte, *ob. cit.*, p. 434; RIBEIRO, António Sequeira, “Garantia bancária autónoma à primeira solicitação – algumas questões”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Almedina, 2002, p. 373.

<sup>41</sup>Cfr. LIMA, Pires de/Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, Vol. I (Artigos 1.º a 761.º), 4ª Edição revista e atualizada, Coimbra Editora, 1987, p. 611.

referimos *supra*. Por tal, não se pode qualificar a presente relação jurídica como uma assunção de dívida, dado que não é o que, efetivamente, sucede<sup>42</sup>.

*Prima facie*, o contrato celebrado entre o garante e o devedor garantido aparenta ser um contrato promessa a favor de terceiro, pelo qual alguém se obriga a realizar, por sua conta, um negócio jurídico<sup>43</sup>. Todavia, não é a situação com que aqui nos deparamos, uma vez que o garante obriga-se a celebrar um contrato de garantia com o beneficiário por conta do devedor garantido, ou seja, com a intenção de transferir para este último os encargos da sua intervenção, ficando acordado desde início que o devedor terá que reembolsar o garante caso este venha a entregar a soma objeto da garantia ao beneficiário<sup>44</sup>.

Já no contrato a favor de terceiro<sup>45</sup> um dos contraentes assume perante o outro a obrigação de realizar uma prestação a favor de um terceiro estranho ao negócio, não sendo suficiente que o terceiro receba um mero benefício, tendo, portanto, que receber uma verdadeira atribuição patrimonial imediata<sup>46</sup>. No contrato a favor de terceiro o direito do “terceiro beneficiário resulta imediatamente do contrato, pois o promitente fica vinculado perante ele à prestação”<sup>47</sup>. Assim sendo, uma vez que o direito do beneficiário da garantia não brota diretamente do contrato celebrado entre o garante e o devedor garantido, podemos afirmar convictamente que este não é um contrato a favor de terceiro.

Por fim, cabe uma pequena referência ao contrato de prestação de serviços<sup>48</sup>, podendo-se, desde já, adiantar que a relação jurídica em apreço não pode ser qualificada como um contrato de prestação de serviços, que visa a realização de uma atividade de carácter material, a concretização de um “*resultado do seu trabalho intelectual ou manual*”<sup>49</sup>. Porém, no contrato celebrado entre o garante e o devedor garantido, o

<sup>42</sup>JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, pp. 50-51.

<sup>43</sup>Cfr. LIMA, Pires de/Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, Vol. II (Artigos 763º a 1250º), 3ª Edição revista e atualizada, Coimbra Editora, 1986, p. 707.

<sup>44</sup>Cfr. JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, p. 51.

<sup>45</sup>Cfr. arts. 443º e ss..

<sup>46</sup>Cfr. LIMA, Pires/Antunes VARELA, *Código...*, Vol. I, cit., p. 424.

<sup>47</sup>Cfr. LIMA, Pires/Antunes VARELA, *Código...*, Vol. I, cit., p. 425.

<sup>48</sup>GALVÃO TELLES parece orientar-se no sentido da qualificação desta relação jurídica como um contrato de prestação de serviços. *Vide* TELLES, Galvão, “Garantia Bancária...”, cit., p. 289 ss.: “o contrato-base, em que são partes o dador da ordem e o beneficiário; o contrato pelo qual o banco se obriga perante o dador da ordem, mediante certa retribuição a prestar-lhe o serviço de fornecer a garantia pretendida; e o contrato de garantia”.

<sup>49</sup>Cfr. art. 1154º.

primeiro obriga-se a praticar um verdadeiro ato jurídico, um contrato, e não uma mera atividade material<sup>50</sup>.

Posto isto, dúvidas não restam de que a relação jurídica de que aqui tratamos deverá ser qualificada como um mandato, mormente um mandato sem representação. Assim, no mandato, o mandante incumbe o mandatário de realizar um determinado ato jurídico, no interesse e por conta do primeiro<sup>51</sup>. O mandatário atua por conta do mandante, o que se manifesta, por um lado, no facto de as despesas e encargos necessários para prática do ato serem suportados pelo mandante e, por outro lado, no facto de os efeitos do ato jurídico se repercutirem na esfera jurídica do mandante<sup>52 53</sup>. Acresce que este mandato reveste carácter de onerosidade, de acordo com o art. 1158º, uma vez que o garante (que é, por norma, um banco) pratica os atos jurídicos em causa a título profissional<sup>54</sup>. No mandato sem representação<sup>55</sup>, esses direitos e obrigações repercutem-se na esfera jurídica do mandatário, que depois os transmite ao mandante. Destarte, e na esteira de PESTANA DE VASCONCELOS, FERRER CORREIA e MÓNICA JARDIM, entre outros, consideramos que o contrato celebrado entre o devedor garantido e o garante deve ser qualificado como um mandato sem representação, pelo qual o garante se obriga a praticar um ato jurídico em nome próprio por conta e no interesse do ordenante.

Acresce que, na garantia autónoma, a obrigação assumida pelo garante baseia-se na responsabilidade objetiva, de origem contratual, sendo autónoma e independente, não se conformando com a obrigação do devedor principal, nem quanto ao objeto, nem quanto aos pressupostos da sua exigibilidade<sup>56</sup>. Impõe-se ao garante deveres pré-contratuais de informação muito particulares, os quais se mantêm durante a respetiva execução<sup>57</sup>, como seja, explicar ao ordenante os termos da garantia a prestar, bem como o seu funcionamento. O garante tem ainda a obrigação de examinar de forma cautelosa a solicitação para pagamento efetuada pelo beneficiário e de comunicá-la ao ordenante

<sup>50</sup>Cfr. JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, p. 53.

<sup>51</sup>Cfr. art. 1157º.

<sup>52</sup>Diretamente no mandato com representação, indiretamente no mandato sem representação, exatamente porque falta aquele vínculo representativo.

<sup>53</sup>Cfr. JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, p. 54.

<sup>54</sup>Cfr. RIBEIRO, António Sequeira, *ob. cit.*, p. 371.

<sup>55</sup>Cfr. art. 1180º.

<sup>56</sup>Cfr. Ac. STJ de 28-09-2006.

<sup>57</sup>Quanto aos deveres de informação e de lealdade na conclusão e na execução dos contratos em geral, *vide* CORDEIRO, Menezes, *Da Boa-fé no Direito Civil*, Coleção Teses, 5ª Reimpressão, Almedina, 2013, pp. 571 e ss..

antes de proceder ao pagamento. Tal comunicação deve ser realizada em tempo útil, por forma a que o ordenante possa oferecer qualquer elemento que possa obstar ao pagamento, incorrendo o garante em responsabilidade contratual se não o fizer<sup>58</sup>.

### 2.3. RELAÇÃO ENTRE O GARANTE E O CREDOR DO CONTRATO BASE/BENEFICIÁRIO

Por último, analisemos a terceira relação jurídica, o contrato de garantia autónoma, pelo qual a garantia é prestada ao credor. É neste contrato que se estipulam as condições da garantia autónoma, designadamente, se se trata de uma garantia autónoma simples ou à primeira solicitação, se é necessário entregar alguma documentação aquando do pedido por parte do garantido e, em caso afirmativo, qual documentação, o prazo de cessação da garantia, entre outras<sup>59</sup>.

O contrato de garantia autónoma não se encontra previsto na legislação portuguesa, não tendo *nomen juris*. Na verdade, é um contrato de “pura criação prática”<sup>60</sup>. Em Portugal, tal como na maioria dos ordenamentos jurídicos europeus, esta é uma figura de mera consagração social e jurisprudencial. Trata-se de um negócio jurídico inominado, atípico e cuja característica essencial é a autonomia. Acrescendo, é um contrato unilateral, uma vez que só gera obrigações para uma das partes. Não se pode considerar um negócio jurídico unilateral uma vez que, nos termos do art. 457º, a “*promessa unilateral de uma prestação só obriga nos casos previstos na lei*” e, como já foi referido, a garantia autónoma não tem consagração legal<sup>61</sup>. Por fim, trata-se de um negócio jurídico causal e não abstrato<sup>62 63</sup>. A sua função é a de assegurar uma obrigação

<sup>58</sup>Cfr. CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil. Direito das Obrigações. Garantias*, Vol. X, Almedina, 2015, p. 566.

<sup>59</sup>Cfr. VASCONCELOS, Miguel Pestana de, *ob. cit.*, p. 123.

<sup>60</sup>TELLES, Galvão, “*Garantia Bancária Autónoma*”, 1ª Edição, Edição Cosmos, Livraria Arco-íris, 1991, p. 18.

<sup>61</sup>Em sentido divergente, MENEZES CORDEIRO entende que o contrato de garantia autónoma pode ser considerado um negócio jurídico unilateral, não obstante o disposto no art. 457º. *Vide* CORDEIRO, Menezes, *Tratado...*, cit., p. 563.

<sup>62</sup>Neste ponto, é pertinente fazer uma pausa para esclarecer o que é um negócio jurídico abstrato e um negócio jurídico causal. O negócio jurídico abstrato é aquele que não se encontra vinculado a uma causa única, estando estruturado por forma a poder servir várias causas. O negócio jurídico causal é aquele que tem em si uma causa objetivada, servindo apenas essa causa, como por exemplo, um contrato de compra e venda. A validade do negócio causal é dependente da existência de uma causa lícita; por sua vez, a validade do negócio abstrato é independente da existência de uma causa. Cfr. TELLES, Galvão, “*Garantia Bancária...*”, cit., p. 287.

<sup>63</sup>A referência ao contrato de garantia como sendo um negócio causal não se faz por questões meramente académicas. Na verdade, gerou alguma discussão doutrinal a definição do contrato de garantia enquanto um negócio causal, e não abstrato. A questão levantou-se devido ao facto de a garantia autónoma se

emergente de um outro contrato, o contrato base; a sua causa, que está objetivada no respetivo contrato, é de garantia<sup>64 65</sup>.

Como referimos *supra*, este instituto teve, na sua génese, a necessidade de colmatar as fragilidades da fiança que, em virtude da elevada proteção que a sua acessoriedade confere ao fiador<sup>66</sup>, revelou-se insuficiente para assegurar as necessidades do tráfego comercial, principalmente nos contratos internacionais.

A propósito, BONELLI expressa que a garantia autónoma não tem a função de garantir o cumprimento da obrigação principal do devedor, como acontece na fiança, mas a de assegurar a satisfação do interesse do beneficiário de ser indemnizado no caso de se verificarem determinados eventos indicados na garantia<sup>67</sup>.

### CAP. III. A AUTONOMIA DA GARANTIA E OS SEUS LIMITES

#### 1. A AUTONOMIA

A característica essencial do *Garantievertrag* é a autonomia, sendo precisamente essa característica que o distingue das outras garantias pessoais das obrigações, como a fiança, cuja característica essencial é a acessoriedade<sup>68</sup>. A obrigação do garante tem “vida própria”, isto é, não é atingida pelas vicissitudes que possam afetar a obrigação garantida<sup>69</sup>.

---

abstrair das vicissitudes da relação jurídica que lhe deu origem, contudo, tal não significa que seja um negócio sem causa. A causa do contrato de garantia é o fim de garantia que lhe subjaz. Neste sentido, cfr. CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, pp. 573-575; MARTINEZ, Pedro Romano/Pedro Fuzeta da PONTE, *ob. cit.*, pp. 129-130; COSTA, Almeida/Pinto MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 27 ; CORREIA, Ferrer, *ob. cit.*, p. 12.

<sup>64</sup>É esta a posição dominante na doutrina portuguesa. Neste sentido, MARTINEZ, Pedro Romano/PONTE, Pedro Fuzeta da, *ob. cit.*, pp. 134-135, LEITÃO, Menezes, *Garantias...*, cit., pp. 125-126. Em sentido diverso, PATRÍCIO, José Simões, “Preliminares sobre a garantia “on first demand””, *ROA*, ano 43, 1983, pp. 682 e ss.. Na doutrina estrangeira, a questão tem sido particularmente debatida na doutrina italiana. Veja-se ALIBRANDI, Antonella, “La circolazione delle garanzie bancarie autonome e i termini della sua ammissibilità nell’ordinamento italiano”, *Banca, Borsa e Titoli di Credito – Rivista di Dottrina e Giurisprudenza*, Anno LIV, Parte Prima, Giuffrè Editore, Milano, 1991, pp. 597 e ss; BARILLÀ, Giovanni, “Causa esterna e garanzie bancarie autonome”, *Banca, Borsa e Titoli di Credito - Rivista di Dottrina e Giurisprudenza*, Anno LIX, Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp. 659 e ss..

<sup>65</sup>Quanto ao conceito de causa, vide ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos II. Conteúdo. Contratos de Troca*, 3ª Edição, Almedina, 2012, pp. 93 e ss..

<sup>66</sup>Como vimos, permite a invocação contra o credor dos meios de defesa oriundos da obrigação principal.

<sup>67</sup>BONELLI, Franco, *Le Garanzie Bancarie a Prima Domanda – nel commercio internazionale*, Giuffrè Editore, 1991, p. 27.

<sup>68</sup>Cfr. art. 627º.

<sup>69</sup>Vide Ac. STJ de 27-05-2010: “a função da garantia autónoma não é a de assegurar o cumprimento de um determinado contrato, visando antes assegurar que o beneficiário receberá, nas condições previstas no texto da garantia, uma determinada quantia em dinheiro. Assumindo o garante uma obrigação

Essa autonomia traduz-se, genericamente, na inoponibilidade das exceções provenientes do contrato base no âmbito das relações entre o garante e o beneficiário<sup>70</sup>. Nestes termos, o garante não pode recusar-se a entregar ao beneficiário a soma pecuniária acordada alegando a nulidade do contrato por vício de forma ou por violação de regras imperativas do ordenamento jurídico a que o devedor pertence, a impossibilidade superveniente de cumprimento do contrato, a compensação invocada pelo devedor perante o credor beneficiário, o direito de retenção que assiste ao devedor face ao credor, etc.<sup>72</sup>.

O garante, uma vez demandado pelo credor beneficiário, nos termos previstos no contrato de garantia autónoma, terá que cumprir o acordado. Fazendo-o, fica com o direito a ser reembolsado da quantia entregue pelo devedor ordenante, nos termos definidos no contrato celebrado. Não há aqui qualquer sub-rogação, pois o garante não está a cumprir uma obrigação alheia, mas, pelo contrário, uma obrigação própria, oriunda do contrato de garantia autónoma celebrado<sup>73</sup>. Mesmo que assim não fosse estipulado, a obrigação de reembolso decorre do art. 1182º, nos termos do qual o mandante deve reembolsar o mandatário do que este houver despendido no cumprimento das obrigações contraídas em execução do mandato. De qualquer modo, os beneficiários nem sempre exigirão o pagamento da garantia. Por vezes, estes exigem a prorrogação da garantia, sob pena de solicitarem de imediato o pagamento (*“extend or pay demand”*). Neste caso, ainda que o devedor ordenante esteja de acordo quanto à prorrogação da garantia, é necessário o acordo expresso do garante, uma vez que sem este, não há acordo de vontade das partes do contrato de garantia<sup>74</sup>.

## 2. A AUTOMATICIDADE

---

*própria, desligada do contrato base sendo tal obrigação, nessa medida autónoma, independente, não acessória da obrigação do devedor principal”.*

<sup>70</sup>Cfr. JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, pp. 115-116; CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, p. 532; TELLES, Galvão, “Garantia Bancária...”, *cit.*, p. 285.

<sup>71</sup>Vide Ac. STJ de 20-03-2012: “O contrato de garantia autónoma (...). Com base nesse contrato, o garante, em regra um Banco, obriga-se a pagar a um terceiro beneficiário certa quantia, verificado o incumprimento de um contrato-base, sendo mandante ou ordenante o devedor nesse contrato, sem que o garante possa opor ao beneficiário (credor no contrato-base) quaisquer exceções reportadas ao contrato fundamental”.

<sup>72</sup>Cfr. JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, p. 116; CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, p. 532; CORREIA, Ferrer, *ob. cit.*, p. 16; COSTA, Almeida/Pinto MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 18-20.

<sup>73</sup>Neste sentido vide CORDEIRO, Menezes, *Tratado...*, *cit.*, p. 567.

<sup>74</sup>Cfr. JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, pp. 116-117; VASCONCELOS, Pestana de, *ob. cit.*, p. 130.

Como *supra* referido, a principal característica da figura aqui em análise é a autonomia. Todavia, não devemos confundir autonomia<sup>75</sup> com automaticidade<sup>76</sup>, esta última constituindo-se como um traço eventual da garantia autónoma.

A automaticidade é uma característica da garantia autónoma *on first demand*, pela qual o garante fica obrigado a entregar imediatamente a quantia pecuniária acordada no contrato de garantia, não tendo o beneficiário de provar o incumprimento da obrigação do devedor ou a ocorrência de outro evento que seja pressuposto da constituição do seu crédito<sup>77</sup>.

Como referimos *supra*, na garantia *on first demand* a obrigação do garante de entregar a quantia acordada é imediatamente exigível com a interpelação do beneficiário, feita nos termos acordados no contrato de garantia. Deste modo, eleva-se a autonomia ao seu expoente máximo porque, ao isentar o beneficiário de provar o pressuposto do seu direito, corta-se o último elo de ligação que ainda unia a garantia autónoma à relação jurídica base<sup>78</sup>.

### 3. O LEVANTAMENTO DA AUTONOMIA

Posto isto, há que esclarecer que, não obstante a autonomia que caracteriza a garantia autónoma, a generalidade da doutrina e jurisprudência admite certos limites a esta autonomia, sendo certo que o garante pode recusar o pagamento da quantia pré-estabelecida em determinados casos muito excecionais. De uma forma muito genérica, são os casos de abuso do direito ou fraude e de ilicitude da causa por contrariedade à ordem pública ou aos bons costumes<sup>79</sup>. Também existe a possibilidade de instauração de providências cautelares por parte do devedor da obrigação principal<sup>80</sup>.

Naturalmente que, além destes casos, o garante ainda pode invocar exceções literais que decorram do texto da própria garantia, e não do contrato base, como são os seguintes casos: falta de indicação, pelo beneficiário, dos fundamentos que determinam a execução da garantia, quando a indicação desses fundamentos era exigida pelo texto

---

<sup>75</sup>Impede o garante de invocar exceções relativas ao contrato base.

<sup>76</sup>Isenta o beneficiário de provar o pressuposto do seu crédito contra o garante.

<sup>77</sup>Cfr. CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, pp. 535-536.

<sup>78</sup>Cfr. JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, pp. 147-148.

<sup>79</sup>Cfr. CORREIA, Ferrer, *ob. cit.*, p. 253; VASCONCELOS, Pestana de, *ob. cit.*, p. 131; COSTA, Almeida/Pinto MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 20; MARTINEZ, Romano/Fuzeta da PONTE, *ob. cit.*, pp. 140-143; CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, pp. 597-606; CORDEIRO, Menezes, *Tratado...*, *cit.*, pp. 567-571.

<sup>80</sup>Cfr. CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, p. 600-604.

garantia; falta de apresentação, por parte do beneficiário, de documentos que eram exigidos pelo texto da garantia e que constitua condição *sine qua non* da respetiva execução; entre outros<sup>81</sup>.

### 3.1. ABUSO DO DIREITO OU FRAUDE

Para que haja o levantamento da autonomia da garantia, é necessário que haja abuso de direito ou fraude por parte do beneficiário na altura da solicitação<sup>82</sup>. Nestes casos, o garante deve recusar o pagamento aquando da solicitação. Os casos mais evidentes de abuso do direito ou fraude são: garantias acionadas quando o contrato subjacente já tenha sido pontualmente cumprido; garantias acionadas por incumprimentos mínimos ou meras divergências de opinião que não afetam a execução do acordado; quando se invoque um incumprimento que seja justificado pela existência de uma cessação, compensação ou exceção de não cumprimento<sup>83</sup>.

Contudo, para que o garante possa recusar o pagamento alegando abuso do direito ou fraude por parte do beneficiário, é necessário que tenha em sua posse prova líquida e inequívoca dos factos que sustentam a sua alegação, de tal modo que “*fira os olhos*”<sup>84</sup>. Veja-se o Ac. do TRP de 04-11-2008, em que se determinou que, para que a oposição com fundamento em abuso do direito ou violação dos princípios da boa-fé proceda, é necessário que se ofereça desde logo “*prova inequívoca dos mesmos. Não basta para tal alegar o incumprimento da relação subjacente à emissão da garantia*”<sup>85</sup>.

Nas palavras de ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO,

*se bastasse ao banco alegar o abuso ou fraude do beneficiário, fazendo depender a sua prova de diligências ulteriores, frustrar-se-ia, afinal, o objetivo das garantias à primeira solicitação, acabando por virem a ser pagas só depois de*

<sup>81</sup>Cfr. MARTINEZ, Romano/Fuzeta da PONTE, *ob. cit.*, p. 140; BARILLÀ, Giovanni, “Il formalismo nelle garanzie astratte: operazione económica e prospettiva della banca garante”, *Banca, Borsa e Titoli di Credito – Rivista di Dottrina e Giurisprudenza*, Ano LVIII, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 408 e ss..

<sup>82</sup>Neste sentido, no ordenamento jurídico italiano, vide PONTIROLI, Luciano, *ob. cit.*, p. 74: “*Appare universalmente riconosciuta la regola che la banca deve rifiutare il pagamento quando la domanda è chiaramente abusiva;*”.

<sup>83</sup>Cfr. CORDEIRO, Menezes, *Tratado...*, cit., p. 569.

<sup>84</sup>Expressão de MÓNICA JARDIM in *ob. cit.*, pág. 291.

<sup>85</sup>Cfr. Ac. TRP de 04-11-2008. Sobre o significado da expressão “prova líquida” MENEZES CORDEIRO clarifica que são aquelas de apreensão imediata, como por exemplo, um documento que demonstre o pagamento, uma declaração do beneficiário que demonstre a cessação do contrato. *Vide* CORDEIRO, Menezes, *Tratado...*, cit., p. 570.

*largas discussões e controvérsias, quando o seu escopo é precisamente evitar essa situação*<sup>86</sup>.

Destarte, se restar alguma dúvida sobre a existência de abuso de direito ou fraude, paga-se primeiro e discute-se depois.

### **3.2. ILCITUDE DA CAUSA POR CONTRARIEDADE À ORDEM PÚBLICA OU AOS BONS COSTUMES**

Grande parte da doutrina entende que o garante pode opor ao beneficiário a exceção de invalidade do contrato de garantia sempre que o contrato base seja contrário à ordem pública e aos bons costumes<sup>87 88</sup>. A título de exemplo temos um contrato de tráfico de droga, um assassinio remunerado ou até um contrato de “venda” de pessoas para prostituição. Esta exceção à regra, segundo a qual o garante não pode opor ao beneficiário exceções derivadas da relação base, fica justificada porque está aqui em causa a violação de normas imperativas do ordenamento jurídico. Para aqueles que sustentam que o contrato de garantia tem como causa o contrato base, quando se enuncia a possibilidade de o garante recusar o pagamento com base neste fundamento, nada mais é do que afirmar a possibilidade de recusa de pagamento quando a causa do contrato de garantia seja ilícita. Todavia, o garante já não pode recusar o pagamento sustentando essa recusa numa outra causa de invalidade do contrato base. Na opinião de PESTANA VASCONCELOS, naquele caso nem sequer existe qualquer levantamento da autonomia, uma vez que aqueles negócios, além de serem contra a lei são igualmente crimes e, como tal, a autonomia para estes casos nem existe, não pode ser admitida e, por tal, o banco deve recusar-se a pagar<sup>89</sup>.

### **3.3. RECURSO A UMA PROVIDÊNCIA CAUTELAR**

É ainda admissível o recurso a uma providência cautelar com objetivo de impedir que o garante entregue a quantia pecuniária ao beneficiário, ou mesmo que o impeça de a receber. Contudo, para tal, é necessário que o garante apresente prova líquida e

---

<sup>86</sup>COSTA, Almeida/Pinto MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 21.

<sup>87</sup>Cfr. art. 280º, nº2.

<sup>88</sup>Cfr. JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, p. 283 e ss.; CORREIA, Ferrer, *ob. cit.*, p. 253; COSTA, Almeida/ Pinto MONTEIRO; *ob. cit.*, p. 22. CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, p. 604 e ss; PATRÍCIO, Simões, *ob. cit.*, p. 709.

<sup>89</sup>Cfr. VASCONCELO/Pestana de, *ob. cit.*, pág. 132, nota nº 369.

inequívoca da fraude ou abuso do direito por parte do beneficiário<sup>90</sup>. Assim, não basta a realização de uma prova sumária (*fumus boni iuris*), como decorre do regime geral dos procedimentos cautelares, sendo necessária uma prova clara e sólida.

Tome-se em conta o sumário do Ac. do TRL de 19-01-2010,

*pretendendo o devedor lançar mão de medidas cautelares destinadas a impedir o beneficiário de receber a garantia, o êxito destas medidas (...) dependerá da prova inequívoca do comportamento manifestamente fraudulento ou abusivo do beneficiário. O que vale por dizer que, no âmbito da garantia autónoma, sempre que a providência cautelar seja requerida (...), deve ser exigida prova pronta e líquida, sendo, pois, insuficiente a consideração do simples fumus bonus iuris (...).*

Através do recurso a uma providência cautelar, o devedor ordenante pode requerer a intimação para que: o garante não efetue o pagamento da quantia pecuniária acordada; o garante não lhe exija o reembolso ou que não o efetive, por exemplo, debitando da conta corrente; o beneficiário se abstenha de solicitar ou de receber a quantia objeto da garantia, sempre que essa solicitação se traduza num abuso do direito<sup>91</sup>.

Desta feita, o devedor não poderá impedir o pagamento por parte do garante muitas vezes, uma vez que a prova aqui exigida é de difícil obtenção. E bem se compreende esta solução. Não podemos olvidar que, no cerne da criação desta figura, esteve a necessidade de colmatar as fragilidades das garantias acessórias, criando-se, então, uma garantia cuja característica primordial fosse a autonomia. Assim sendo, devemos analisar estas limitações à autonomia de um modo muito restrito, a não ser que a subsistência dessa autonomia seja intolerável para o direito, devendo este preservado.

## **CAP. IV. A TRANSMISSIBILIDADE DA GARANTIA**

### **1. EM CASO DE CESSÃO DE CRÉDITO GARANTIDO**

Torna-se agora mister ter em conta o conceito de cessão de créditos<sup>92</sup>. Esta consiste numa transmissão de crédito operada por meio de um negócio jurídico,

---

<sup>90</sup>Vide Ac. STJ de 14-10-2004: “É, por isso, admissível que, nas relações entre o ordenador da garantia e o beneficiário, aquele intente, em sede judicial, providências cautelares, ou mesmo ações, 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 de abuso evidente do beneficiário”.

<sup>91</sup>Cfr. JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, p. 351.

<sup>92</sup>Prevista nos arts. 577º e ss..

normalmente um contrato celebrado entre o credor e um terceiro<sup>93</sup>. Para que a transmissão de crédito ocorra, não é necessário o consentimento do devedor, conforme resulta do disposto no art. 577º, nº1.

São três os requisitos da cessão de créditos<sup>94</sup>: em primeiro lugar, a existência de um negócio jurídico a estabelecer a transmissão da totalidade ou de parte do crédito<sup>95 96</sup>; depois, a inexistência de impedimentos legais<sup>97</sup> ou contratuais a essa transmissão; por último, a não ligação do crédito à pessoa do credor, em virtude da natureza da prestação<sup>98</sup>.

Quanto aos efeitos do negócio jurídico em análise, é frequente separar-se os seus efeitos em relação às partes, dos efeitos em relação ao devedor e a terceiros.

No que respeita aos efeitos em relação às partes, a cessão de crédito opera por mero efeito do contrato, produzindo imediatamente os seus efeitos em relação ao cedente e ao cessionário. Da leitura do art. 582º, nº1 resulta que, com a transmissão do crédito, transmitem-se também as “*garantias e outros acessórios do direito transmitido, que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente*”. Este preceito nada mais é do que o reafirmar do princípio de que, na falta de convenção em contrário, *accessorium sequitur principale*<sup>99 100</sup>, por forma a garantir que o crédito se transmita nas exatas circunstâncias em que se encontrava à data da cessão. Como veremos *infra*, neste princípio reside a pedra angular das querelas doutrinárias que surgem nesta matéria.

<sup>93</sup>DIAS MARQUES ensinou que a cessão de créditos “*pode definir-se como a sucessão num crédito por efeito de um negócio jurídico inter vivos (v.g., venda, doação, troca...) através do qual o credor transmite a um terceiro o seu direito*”. Vide MARQUES, J. Dias, *Noções Elementares de Direito Civil*, 7ª Edição, 1992, p. 188.

<sup>94</sup>Cfr. LEITÃO, Menezes, *Cessão de Créditos*, Almedina, 2005, pp. 288-313.

<sup>95</sup>Este negócio jurídico pode ser uma compra e venda, uma doação, uma sociedade, um contrato de *factoring*/cessão financeira, uma dação em cumprimento, uma dação *pro solvendo* ou um ato de constituição de garantia. Cfr. LEITÃO, Menezes, *Cessão...*, cit., p. 17.

<sup>96</sup>Uma vez que a cessão de créditos é um negócio translativo, naturalmente que se exige a legitimidade e capacidade do cedente, sendo inválida ou ineficaz a cessão caso o cedente não seja o titular do crédito cedido ou careça de capacidade negocial. A cessão de crédito também será ferida de invalidade se o seu objeto for física ou legalmente impossível, contrário à lei, à ordem pública ou aos bons costumes (cfr. art. 281º). Vide LEITÃO, Menezes, *Cessão...*, cit., p. 292.

<sup>97</sup>Em certos casos, a lei proíbe a cedência do crédito, como é o caso do direito a alimentos (cfr. art. 2008º) e dos créditos provenientes do direito à indemnização por acidente de trabalho (cfr. art. 302º CT).

<sup>98</sup>Como será, mais uma vez, o caso do direito a alimentos, previsto no art. 2008º. Também no contrato de prestação de serviços, a prestação devedora está intimamente ligada à pessoa do credor, sendo irrazoável que se impusesse ao devedor a sua vinculação perante uma outra pessoa.

<sup>99</sup>LIMA, Pires/Antunes VARELA, *Código...* Vol. I, cit., p. 598.

<sup>100</sup>Destarte, parece óbvio que se transmitem as garantias do crédito como, por exemplo, a fiança, o penhor, a hipoteca, salvo se houver convenção expressa em contrário. Quanto aos “*acessórios*” do direito transmitido, temos, v.g., os juros vincendos.

Se é verdade que os efeitos da cessão, em relação ao cedente e ao cessionário, se dão por mero efeito do contrato, o mesmo não sucede quanto ao devedor, perante o qual a cessão só produz efeitos a partir do momento da notificação ou aceitação<sup>101 102</sup>. Ademais, com a cessão do crédito transmitem-se também as exceções que o devedor possuía contra o cedente, conforme resulta do disposto no art. 585º, podendo o devedor opor ao cessionário todos os meios de defesa que lhe seria lícito invocar contra o cedente, desde que diga respeito a factos anteriores ao conhecimento da cessão.

Por fim, em relação a terceiros a cessão produz efeitos imediatamente pelo que os credores do cessionário podem executar o seu crédito a partir do momento da sua verificação<sup>103</sup>.

A cessão de créditos em garantia ou *cessio in securitatem* é constituída com fins de garantia de uma obrigação do cedente<sup>104</sup>. Neste caso, o devedor transmite ao credor um crédito seu sobre terceiro por forma a assegurar que o cessionário, em caso de incumprimento por parte do cedente, possa vir a cobrar o crédito que este detinha sobre um terceiro. *Veritas*, com esta cessão em garantia, é constituída uma garantia pessoal a favor do cessionário, *grosso modo* semelhante à fiança.

A cessão de créditos em garantia é um negócio jurídico com cariz fiduciário e, como tal, pressupõe a celebração de dois contratos, o contrato de cessão de créditos e o acordo de garantia<sup>105</sup>.

Quando a cessão de créditos em garantia respeita a uma dívida própria do cedente, este transmite o crédito ao cessionário, que se compromete a conservá-lo até que o primeiro efetue o pagamento do crédito garantido. Efetuado o pagamento, o cessionário deverá proceder à retransmissão do crédito ao cedente. Contudo, pode ainda ser convencionado que, com o pagamento, o crédito retorna automaticamente à esfera do cedente, caso em que o pagamento funcionará como condição resolutiva<sup>106</sup> do contrato de cessão de créditos.

---

<sup>101</sup>Cfr. art. 583º.

<sup>102</sup>Cumprerem lembrar que a notificação e a aceitação não estão sujeitas a forma especial (cfr. art. 219º).

<sup>103</sup>Cfr. LEITÃO, Menezes, *Direito das obrigações...*, cit., p. 31.

<sup>104</sup>Cfr. MARTINEZ, Romano/Fuzeta da PONTE, *ob. cit.*, pp. 234 e ss; LEITÃO, Menezes, *Cessão...*, cit., pp. 440 e ss..

<sup>105</sup>LEITÃO, Menezes, *Cessão...*, cit., p. 446.

<sup>106</sup>As partes podem subordinar a resolução de um negócio jurídico a um acontecimento futuro e incerto, isto é, submeter o negócio jurídico a uma condição resolutiva (cfr. art. 270º).

Côncios de que com a cessão do crédito se cedem também as garantias acessórias e “outros acessórios” do crédito, resta-nos resolver a *vexata quaestio* de saber qual a sorte da garantia autónoma em caso de cessão de crédito garantido, tema este que tem sido discutido ao longo dos anos pela doutrina e jurisprudência estrangeiras e nacionais. No cerne da discórdia está exatamente a característica primordial deste tipo de garantia pessoal, a sua autonomia.

## A. POSSIBILIDADE DE CESSÃO AUTOMÁTICA DA GARANTIA

### 1.1.1. POSIÇÕES FAVORÁVEIS

Entre nós, MENEZES LEITÃO e ROMANO MARTINEZ defendem a transmissibilidade automática da garantia autónoma aquando da cessão de crédito garantido, muito embora reconheçam que a doutrina maioritária aponta em sentido diverso, como veremos *infra*. Na doutrina alemã, também numa dimensão minoritária, temos CANARIS a perfilhar esta posição. Estas posições têm em comum o facto de ignorarem a característica primordial e diferenciadora desta figura, a sua autonomia.

De acordo com MENEZES LEITÃO, “a garantia autónoma é uma garantia do crédito como outra qualquer, pelo que o constituiria um formalismo exigir um segundo acto para se obter a sua transmissão”<sup>107</sup>. O A. em análise, apesar de considerar que a garantia autónoma se transmite *ex lege* com a cessão de crédito garantido, exige o consentimento do garante para a transmissão da faculdade de exigência automática, dado o seu carácter *intuitu personae*<sup>108 109</sup>. Concluindo de igual forma, veja-se o sumário do Ac. do TRL, de 11-12-2002, “A garantia bancária autónoma deve considerar-se

<sup>107</sup>Cfr. LEITÃO, Menezes, *Cessão...*, cit., p. 328.

<sup>108</sup>Cfr. LEITÃO, Menezes, *Garantias...*, cit., p. 131.

<sup>109</sup>O A. segue esta posição alvitando que, subjacente à concessão de uma faculdade desta natureza, existe uma relação de confiança não só quanto ao devedor (a sua capacidade de cumprimento) mas também quanto ao beneficiário (atentos os elevados riscos de abuso que a concessão dessa faculdade comporta). Vide LEITÃO, Menezes, *Cessão...*, cit., p. 329: “(...) é exato que a relação de confiança do garante se refere à capacidade do cumprimento do devedor, como ocorre em qualquer garantia, mas na garantia automática há um plus em relação à situação normal das garantias, que consiste na faculdade de ser exigida à primeira solicitação, sendo extremamente limitadas as exceções oponíveis pelo devedor. Ora, a concessão dessa faculdade deve considerar-se *intuitu personae*, não podendo assim essa faculdade ser transmitida sem o consentimento do garante, pelo que permanecerá sem esse consentimento na esfera do cedente”. A CCI, nas suas Regras Uniformes Relativas às Garantias à Primeira Solicitação, no seu art. 4º refere que o direito de fazer o pedido de pagamento ao abrigo de uma Garantia não é cedível, salvo se tal for declarado expressamente no texto da Garantia ou numa alteração a esta (“*The Beneficiary’s right to make a demand under a Guarantee is not assignable unless expressly stated in the Guarantee or in an amendment thereto*”). Por sua vez, os AA. que contestam esta posição, entendem que a confiança do garante respeita exclusivamente à capacidade de cumprimento do devedor, em nada interferindo a pessoa do beneficiário (*Ibidem*).

*incluída nas garantias a que se refere o art. 582º, nº1 do C. Civil, pelo que segue, por força da Lei – salvo convenção em contrário – o crédito principal sem necessidade da transmissão de créditos ser notificada ao garante”.*

Por sua vez, ROMANO MARTINEZ entende que, por via de regra, e nos termos do art. 582º, nº1, a garantia acompanha o crédito, afirmando que “*O credor beneficiário da garantia pode livremente ceder o crédito garantido a terceiro e, conjuntamente, transmitir ao cessionário a garantia*”<sup>110</sup>. Todavia, deixa em aberto a possibilidade da garantia, por acordo, permanecer na esfera do seu beneficiário não obstante a cessão de crédito que lhe subjaz.

CANARIS equipara a garantia autónoma à fiança, aplicando analogicamente o § 401 do BGB<sup>111</sup>. O A. alemão refere que a vontade das partes do contrato de cessão de crédito não é menor no que toca à fiança ou a outra garantia que esteja ligada a esse mesmo crédito, isto é, as partes pretendem transmitir não só o crédito, mas também todas as garantias que estejam diretamente ligadas a ele.

Posto isto, verificamos que a doutrina que preconiza esta posição desconsidera a característica principal e diferenciadora da garantia autónoma, isto é, a sua autonomia. No plano nacional, os AA. tendem a fundar a sua posição no art. 582º, nº1, descurando que a garantia autónoma não é um acessório do crédito.

### **1.1.2. POSIÇÕES DESFAVORÁVEIS**

Na Alemanha, na década de 60 do século passado, BOETIUS veio sustentar que a garantia autónoma não pode ser considerada um direito relacionado com o crédito (*Nebenrecht*) para efeitos do disposto no § 401 do BGB, pelo que não se deve considerar transmitida automaticamente com a cessão do crédito garantido. Para o A., é determinante o facto de a garantia estar predominantemente ligada ao interesse do credor, enquanto a fiança está intimamente relacionada com a esfera do devedor. Em sua opinião, a transmissão da *Garantievertrag* não deixa de ter consequências para o garante, pelo que implicaria sempre um negócio de transmissão autónoma, nos termos

<sup>110</sup>Cfr. MARTINEZ, Romano, “Garantias Bancárias”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Almedina, 2002, p. 278.

<sup>111</sup>Cfr. § 401 BGB: “*Mit der abgetretenen Forderung gehen die Hypotheken, Schiffshypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über*”, traduzindo, admite a transmissão automática das garantias acessórias com a cessão de créditos, salvo convenção em contrário.

do § 398 BGB<sup>112</sup>.<sup>113</sup> Como seguidor desta posição, na doutrina alemã, identificamos BÜLOW, para quem o § 401 do BGB não é aplicável a esta figura, sendo necessário um outro contrato de cessão<sup>114</sup>. Na mesma linha de pensamento KOZIOL, no direito austríaco, afasta a possibilidade de transmissão automática da garantia pelo simples facto de esta não ser acessória do crédito<sup>115</sup>.

No direito suíço, é de destacar a posição de DOHM que invoca, e bem, no nosso entendimento, que o contrato de garantia erige uma relação contratual distinta e independente da relação contratual base, não fundando um direito acessório do crédito garantido<sup>116</sup>. Numa outra perspetiva, KLEINER sustenta a intransmissibilidade automática da garantia uma vez que esta não garante um crédito principal - logo não se transmite com ele - mas sim uma prestação, constituindo-se esta como objeto de um crédito principal<sup>117</sup>.

Em Itália, PORTALE e BONELLI defendem a não *cessio legis* da garantia juntamente com a cessão de crédito garantido, pese embora com fundamentos distintos. Segundo PORTALE, a mudança de credor pode gerar um agravamento dos riscos assumidos pelo garante, circunstância esta possível de ser potenciada pelo facto de o garante não poder opor ao novo credor os meios de defesa relativos à relação principal<sup>118</sup>. Por sua vez, para BONELLI, é a autonomia da relação de garantia face à relação jurídica base que não permite a transmissão da garantia com o crédito garantido cedido<sup>119</sup>. No nosso entendimento, como melhor se explanará *infra*, este argumento é mais certo e laudável do que o anterior porque, efetivamente, o cerne da questão

<sup>112</sup>Cfr. § 398 BGB: “Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung). Mit dem Abschluss des Vertrags tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers”.

<sup>113</sup>BOETIUS *apud* GOMES, Januário da Costa, “Sobre a circulabilidade do crédito emergente da garantia bancária autónoma ao primeiro pedido”, *RB*, N° 64, Julho/Dezembro 2007, p. 56.

<sup>114</sup>BÜLOW *apud* GOMES, Januário da Costa, *ob. cit.*, p. 56.

<sup>115</sup>KOZIOL *apud* GOMES, Januário da Costa, *ob. cit.*, p. 57.

<sup>116</sup>A respeito, DOHM narra que “lorsque la créance résultant du rapport commercial de base est cédée, il n’y a point de *cessio legis* de la créance résultant de la garantie bancaire de paiement; car le contrat de garantie constitue un rapport contractuel distinct et indépendant du rapport contractuel de base (conclu entre le donneur d’ordre et le bénéficiaire), et non pas un droit de préférence ou un droit accessoire selon l’art. 170 al. 1 CO. En conséquence, la cession à un tiers de la créance découlant de la garantie bancaire, doit le cas échéant faire l’objet d’une cession de créance expresse et séparée”. DOHM, Jürgen, *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Editions Staempfli & Cie SA, Berne, 1986, p. 98.

<sup>117</sup>Acerca da posição de KLEINER, *vide* GOMES, Januário da Costa, *ob. cit.*, p. 58.

<sup>118</sup>Cfr. PORTALE, Guisepe, “Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia”, *Le garanzie bancarie internazionali*, Giuffrè Editore, 1989, pp. 55-56.

<sup>119</sup>Cfr. BONELLI, Franco, *ob. cit.*, p. 70.

reside na circunstância de se tratar de uma garantia pessoal e autónoma do crédito garantido e não acessória, como as demais.

Acresce que, nos termos do art. 670 do Código do Comércio Internacional Checoslovaco e do art. 1086 do CC Jugoslavo, o beneficiário da garantia não pode transferir a um terceiro os direitos decorrentes do contrato de garantia autónoma sem que ocorra a cessão de crédito garantido<sup>120</sup>.

Sendo certo que no direito comparado a tendência da doutrina é no sentido da não transmissibilidade *ex lege* da garantia autónoma, MÓNICA JARDIM enuncia os argumentos que têm sido avançados para suportar essa posição<sup>121</sup>:

- a) o contrato de garantia é autónomo em relação ao contrato base, tratando-se de uma relação jurídica estabelecida entre o garante e o credor beneficiário;
- b) uma vez que o ordenante pode ter que intentar uma ação de repetição do indevido contra o credor beneficiário, a modificação deste último é suscetível de aumentar o risco assumido, dado que o dador da ordem concorda com a emissão da garantia, porque confia na capacidade patrimonial do beneficiário originário;
- c) a posição do ordenante perante o beneficiário originário é em tudo semelhante à de alguém que se encontra sujeito ao exercício de um direito potestativo (v.g. direito de opção) – sobretudo no caso de uma garantia autónoma *on first demand* - e, por isso, não se lhe deve poder impor um outro parceiro contratual;
- d) a alteração da pessoa do credor também pode comportar um agravamento dos riscos assumidos pelo garante no caso de este pagar ao beneficiário indevidamente e de não ter o direito de exigir do ordenante o reembolso<sup>122</sup>, situação em que a legitimidade para intentar a ação de repetição do indevido pertence ao garante.

Para MÓNICA JARDIM, é “*indispensável para a cessão do direito de garantia o acordo do garante, caso seja cedido o crédito garantido, não dando o garante consentimento para a transferência do direito de garantia, este extingue-se*”<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup>Cfr. ALIBRANDI, Antonella, *ob. cit.*, p. 569.

<sup>121</sup>Cfr. JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, pp. 129-130.

<sup>122</sup>V.g. no caso de pagar estando na posse de prova líquida e inequívoca da fraude do beneficiário.

<sup>123</sup>Cfr. JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, p. 134.

COSTA GOMES, apoiando-se no argumento da autonomia da garantia, afirma perentoriamente que não se pode seguir o entendimento de MENEZES LEITÃO e de ROMANO MARTINEZ<sup>124</sup>, narrando que,

*a própria letra do artigo 582º/1 do CC aponta no sentido da solução exposta, quando alude a «garantias e outros acessórios do crédito» tudo apontado no sentido de que as situações jurídicas que acompanham o crédito cedido são as que lhe são acessórias ou, indo um pouco mais longe – mas não a ponto de abranger as garantias autónomas – as que estão ligadas ao crédito em termos de regime” e que “as posições favoráveis a uma cessão automática do crédito de garantia autónoma desconsideram de forma desconcertante a diferença ou especificidade desses garantias, que assenta no pilar da autonomia relativamente à relação subjacente<sup>125</sup>.*

Que a doutrina maioritária considera que o direito de garantia não se transfere automaticamente com a cessão de crédito garantido é já um ponto assente. Todavia, surge agora a questão de concluir se compete ao garante ou ao ordenante prestar o respetivo consentimento.

Embora alguns autores tenham defendido que é necessário o consentimento de ambos os sujeitos<sup>126</sup>, MÓNICA JARDIM considera que apenas é exigido o consentimento do garante, que se constitui como um dos sujeitos do contrato de garantia. Deste modo, e bem a nosso ver, segue o mesmo raciocínio efetuado aquando da determinação da não transmissibilidade automática da garantia. O contrato de garantia é um contrato autónomo e, como tal, apenas o garante tem o poder de consentir na cessão da garantia. Não queremos com isto afirmar que se descure a vontade do ordenante. Contudo, considera-se que esta deve ser acautelada no âmbito das relações garante–ordenante, isto é, no contrato de mandato. O ordenante poderá precaver-se no mandato, estipulando que a garantia deverá ser prestada em benefício de um sujeito rigorosamente determinado, pelo que, se o garante consentir na cessão da garantia, no momento de recuperar o montante despendido, poderá confrontar-se com a oposição do ordenante, baseado no inexato cumprimento do mandato. Em nossa opinião, este entendimento é o mais equilibrado e coerente. Consegue-se, assim, conformar a autonomia do contrato de garantia face ao contrato base e face ao contrato de mandato,

<sup>124</sup>Paladinos da posição favorável à transmissão automática da garantia autónoma.

<sup>125</sup>Cfr. GOMES, Janeiro da Costa, *ob. cit.*, p. 59-60.

<sup>126</sup>Narravam que, apesar de o ordenante não fazer parte do contrato de garantia, as consequências prejudiciais resultantes da cessão eram suportadas, em grande parte, por ele. *Vide* JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, p. 131.

sem ignorar os interesses do devedor ordenante, que são tutelados na relação jurídica que este constituiu com o garante.

Pelas razões apresentadas, a maioria da doutrina tem entendido que é necessário o acordo do garante para que ocorra a cessão do direito de garantia conjuntamente com a cessão do crédito garantido. Em sentido algo peculiar, COSTA GOMES perfilha a posição da não transmissibilidade automática da garantia autónoma, permitindo, contudo, às partes da cessão de crédito (o cedente/credor beneficiário e o cessionário/terceiro) incluir a garantia autónoma no negócio de cessão, não sendo necessário o acordo do garante nem o do devedor ordenante para que a garantia autónoma seja igualmente cedida<sup>127</sup>.

Resta agora saber o que sucede se não houver consentimento, isto é, qual o fado da garantia que não acompanha o crédito subjacente. Também aqui existe divergência doutrinária, pois enquanto parte da doutrina entende que a garantia subsiste na esfera do beneficiário, como que um crédito de garantia suspenso “no ar”<sup>128</sup>, outra parte entende que o direito de garantia se extingue.

BONELLI sufraga a posição de que, existindo cessão de crédito garantido sem o consentimento do garante para a cessão do crédito de garantia, este mantém-se na esfera do beneficiário<sup>129</sup>.

No entendimento de COSTA GOMES, se a garantia autónoma não acompanhar a cessão de crédito garantido, porque as partes do contrato de cessão assim não pretenderam, esta mantém-se na esfera do beneficiário. Afirma ainda que esta é a posição que se harmoniza com a autonomia da figura e que justifica a admissibilidade de outras situações de dissociação entre o crédito garantido e o crédito de garantia, como veremos *infra*. Todavia, o A. pátrio reconhece que o *Garantievertrag*, neste caso, fica despojado de efeito prático, uma vez que o beneficiário não o poderá fazer atuar invocando o incumprimento de um crédito do qual já não é titular (o crédito cedido); por sua vez, o cessionário – atual titular do crédito garantido – também não poderá fazer atuar o crédito de garantia, uma vez que este não lhe pertence.

---

<sup>127</sup>Cfr. GOMES, Januário da Costa, *ob. cit.*, pp. 59-61.

<sup>128</sup>Expressão utilizada por COSTA GOMES in *ob. cit.*, pp. 61 e 62.

<sup>129</sup>Neste sentido, BONELLI narra o seguinte: “*La conseguenza della cessione del credito nascente dal contratto di base non è pertanto la «estinzione dell’impegno del garante» (...), ma la permanenza in capo al beneficiario originario del credito nei confronti della banca garante*”. Vide BONELLI, Franco, *ob. cit.*, p. 71.

Em sentido diverso, isto é, defendendo a extinção do crédito de garantia no momento da cessão do crédito garantido, temos PORTALE e ALIBRANDI<sup>130</sup>, no panorama comparado, e, entre nós, MÓNICA JARDIM e FÁTIMA GOMES. Em Itália, PORTALE afirma que “*il credito contro il debitore e quello contro il garante non possono che interessare una sola sfera patrimonial*”<sup>131</sup>, isto é, o crédito contra o devedor e contra o garante não podem interessar senão a uma única esfera jurídica, não podendo dissociar-se por forma a ficar cada um deles numa esfera jurídica diferente. MÓNICA JARDIM, na mesma linha de argumentação aquando da sua tomada de posição desfavorável à cessão *ex lege* da garantia autónoma com a cessão do crédito garantido, afirma que, não existindo consentimento para a referida transmissão, o *Garantievertrag* extingue-se, uma vez que a causa-função da garantia implica uma vinculação necessária do direito de garantia ao direito de crédito decorrente do contrato base<sup>132</sup>.

### 1.1.3. POSIÇÃO ADOTADA

Perfilhamos a posição da insusceptibilidade da transmissão automática da garantia autónoma em caso de cessão de crédito garantido. Desde logo, não podemos olvidar que a característica primordial e diferenciadora da garantia autónoma é a sua autonomia em relação ao contrato base.

O contrato de garantia autónoma é um contrato autónomo em relação ao contrato base. Seria inconcebível considerar que juntamente com a cessão de crédito garantido se cedia automaticamente a garantia autónoma, à semelhança do que acontece com a fiança, em virtude do artigo 582º, nº1. A própria letra da lei constante dessa norma jurídica, ao consagrar que se transmitem as “*garantias e outros acessórios do direito transmitido*”, indica que não se enquadram aqui garantias autónomas do crédito cedido. Além disso, não compreendemos como se pode coadunar o entendimento de que esta figura é revestida de autonomia em relação ao crédito garantido para algumas situações, como por exemplo, no que toca às vicissitudes que afetam a relação base, mas já não no

<sup>130</sup>ALIBRANDI enuncia que a cessão do direito garantido “*significa che il cedente rinuncia a che la prestazione oggetto della garanzia sia eseguita nei suoi confronti non potendosi più dare nella sua sfera il verificarsi della fattispecie*”. Vide ALIBRAND, Antonella, *ob. cit.*, p. 587.

<sup>131</sup>Cfr. PORTALE, Guisepppe, “Nuovi sviluppi del contrato di garanzia”, *Banca Borsa e Titoli di Credito*, Giuffrè Editore, 1985, p. 186.

<sup>132</sup>JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, p. 133.

que toca à sua circulação. Não pode, por outro lado, ignorar-se que o garante assume uma obrigação principal e não acessória relativamente à obrigação que visa garantir.

Acolhendo a posição de que o *Garantievertrag* não se transmite *ex lege* com a cessão de crédito garantido, somos da opinião de que é necessário o acordo do garante para que ocorra a sua cessão, na esteira de MÓNICA JARDIM<sup>133</sup>. Não existindo acordo do garante, não se cede a garantia autónoma e esta extingue-se<sup>134</sup>.

## 2. EM CASO DE CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DA RELAÇÃO SUBJACENTE

### 2.1. POSIÇÕES EM DEBATE

A posição contratual traduz-se no conjunto de direitos, deveres, faculdades, poderes, ónus e sujeições que resultam para uma das partes de um contrato, sendo a sua transmissão designada por cessão da posição contratual<sup>135</sup>. Esta distingue-se da cessão de créditos exatamente porque já não são créditos individualmente considerados que se transmitem, mas sim a própria posição contratual globalmente considerada, o que abrange todas as situações jurídicas que a compõem<sup>136</sup>.

A cessão da posição contratual implica a existência de dois contratos. Referimo-nos ao contrato base e ao contrato que tem por objeto a cessão, compreendendo três sujeitos contratuais, o cedente, o cedido e o cessionário. Neste instituto, qualquer das partes pode ceder a um terceiro a sua posição contratual, desde que o outro consinta. Surge, então, a questão de saber se, ocorrendo a cessão da posição contratual do ordenante no âmbito da relação subjacente, também se transmite a garantia autónoma.

Cumprе esclarecer que, relativamente às garantias das obrigações de que o contraente cedido é titular, há uma aplicação analógica do regime constante da norma do art. 599º, nº2, que estabelece que se mantêm “*nos mesmos termos as garantias do crédito, com exceção das que tiverem sido constituídas por terceiro ou pelo antigo devedor, que não haja consentido na transmissão da dívida*”<sup>137</sup>. Como já referimos *supra*, a garantia autónoma é uma garantia pessoal, constituída por um terceiro e, por

<sup>133</sup> *Vide supra*, cap. IV, 1.1.2..

<sup>134</sup> Acolhendo os mesmos argumentos apresentados por MÓNICA JARDIM. *Vide supra*, cap. IV, 1.1.2..

<sup>135</sup> Cfr. LEITÃO, Menezes, *Direitos das Obrigações...*, cit., p. 75.

<sup>136</sup> LIMA, Pires/Antunes VARELA *Código...* Vol. I, cit., p. 400.

<sup>137</sup> Cfr. LEITÃO, Menezes, *Direito das Obrigações...*, cit., p. 92.

isso, cabe naquela exceção prevista na norma em análise, não se transmitindo automaticamente. Nesta senda, MÓNICA JARDIM e FÁTIMA GOMES são da opinião que, ocorrendo cessão da posição contratual do devedor ordenante na relação base, não se cede *ex lege* a posição de ordenante na garantia autónoma. Neste caso, ou o garante dá o seu consentimento à cessão ou a garantia extingue-se<sup>138 139</sup>.

Quando se trate da transmissão da posição do garante no âmbito da relação de garantia a situação é um pouco diferente. Nesta medida, a transmissão da posição assumida por este no contrato de garantia autónoma traduzir-se-á sempre na transmissão de uma dívida, à qual se aplicarão as normas previstas nos arts. 595º e ss..

A transmissão processa-se através de um contrato celebrado entre o garante originário e o novo garante, ratificado pelo credor, não carecendo, para a cessão, do acordo do ordenante, que não é parte do contrato de garantia<sup>140</sup>. Todavia, quando o contrato de garantia for modificado sem o acordo do devedor ordenante, “*tal alteração não afetará os direitos e obrigações deste face ao credor/beneficiário, e isto porque os direitos e obrigações do devedor face ao credor são apenas os que resultam do contrato base, do contrato de garantia não decorre qualquer obrigação para o dador da ordem/devedor face ao credor do contrato base*”<sup>141</sup>. Assim, a transmissão da posição contratual de garante não consentida pelo ordenante consubstanciará um incumprimento do contrato de mandato sem representação (relação de cobertura), respondendo o garante perante o ordenante pelos danos deste resultantes.

## 2.2. POSIÇÃO ADOTADA

Neste âmbito, somos da opinião que, em caso de cessão da posição contratual do devedor ordenante na relação subjacente, é necessário o consentimento do garante para que ocorra a cessão da posição de dador da ordem no *Garantievertrag*. Apoiamo-nos na

<sup>138</sup>Cfr. JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, p. 125-126, nota de rodapé nº212; GOMES, Fátima, “Garantia bancária autónoma à primeira solicitação”, *Direito e Justiça*, vol. VIII, T. 2, 1994, p. 185; LEITÃO, Menezes, *Direito das Obrigações...*, cit., p. 93; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, pp. 404-405.

<sup>139</sup>Ainda neste sentido cfr. Ac. STJ de 27-05-2010: “*E está entre esses limites a cessão da posição contratual por banda do dador da ordem (...). Pois que a garantia autónoma à primeira solicitação vale somente para o negócio-base nela mencionado, não podendo o mesmo ser afetado com outros sujeitos, sem o consentimento do garante*”. E, ainda, Ac. STJ de 23-06-2016, de onde se pode retirar, “*ocorrendo cessão da posição contratual por banda do dador da ordem, (...), com anuência expressa do beneficiário e com o desconhecimento do garante, a garantia extingue-se, sendo legítima a recusa do garante*”.

<sup>140</sup>Quanto à desnecessidade do acordo do ordenante para a alteração do contrato de garantia autónoma vide JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, p. 120.

<sup>141</sup>Cfr. JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, p. 121.

aplicação analógica do art. 599º, nº2, que é muito claro ao postular que se mantém “*nos mesmos termos as garantias do crédito, com exceção das que tiverem sido constituídas por terceiro (...), que não haja consentido na transmissão da dívida*”<sup>142</sup>. Na esteira de MÓNICA JARDIM e FÁTIMA GOMES, daqui retiramos que se o garante não consentir na cessão, a garantia pelo mesmo prestada não se mantém e, por tal, extingue-se.

### 3. POSSIBILIDADE DE TRANSMISSÃO AUTÓNOMA DA GARANTIA

Quanto à questão de saber se o *Garantievertrag* pode ser cedido desacompanhado do crédito garantido, as posições, mais uma vez, segmentam-se e os argumentos invocados multiplicam-se.

Antes de mais, cumpre esclarecer que, no âmbito da garantia autónoma, há que distinguir entre o crédito de natureza pecuniária, decorrente do acionamento da garantia, e o direito de crédito prévio ao acionamento da garantia, no qual se insere o poder de interpelar o garante, isto é, o direito de acionar a garantia<sup>143</sup>.

A soma pecuniária decorrente do acionamento da garantia não deve ser considerada *intuitu personae*, inexistindo qualquer fundamento para a inadmissibilidade da sua transmissão<sup>144</sup>. Não existe aqui um risco especial para o garante ou para o ordenante uma vez que o sujeito com poder para executar a garantia continua a ser o beneficiário originário. Porém, o crédito pode ser cedido enquanto crédito futuro e eventual. Neste caso, será sempre o cedente o detentor do poder de interpelar o garante para o pagamento, devendo, para isso, manter-se em contacto com o cessionário a fim de o informar relativamente à situação da relação subjacente e de a executar quando ocorrer o *Garantiefall*<sup>145</sup>. A questão não é tão líquida quando se trate da cessão do crédito de garantia e do poder de interpelação para o pagamento. Parte da doutrina admite essa possibilidade, porque tal não acarreta uma alteração do conteúdo da

<sup>142</sup> Sendo certo que o garante é um terceiro que não consentiu na transmissão da posição contratual do devedor na relação subjacente.

<sup>143</sup> Há quem considere que o direito de acionar a garantia à primeira solicitação é um direito potestativo, a que corresponde uma sujeição a cargo do garante, o dever de pagar. Neste sentido, COSTA GOMES e a prevalecente doutrina alemã que considera este direito intransmissível. Cfr. GOMES, Januário da Costa, *ob. cit.*, pp. 76-77; JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, p. 139.

<sup>144</sup> Neste sentido pronuncia-se a esmagadora maioria da doutrina estrangeira, CANARIS, KOZIOL, KLEINER, DOHM, SIMLER, como se explanará ao longo deste ponto 3. Na doutrina portuguesa, ainda neste sentido temos, como veremos mais detalhadamente *infra*, MÓNICA JARDIM e COSTA GOMES.

<sup>145</sup> Neste sentido, *vide* JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, pp. 146-147; GOMES, Januário da Costa, *ob. cit.*, pp. 74-82.

prestação nem aumenta o risco do garante<sup>146</sup>. Todavia, a esmagadora maioria da doutrina não admite a cessão do poder de interpelação para pagamento<sup>147</sup>.

### 3.1. POSIÇÕES FAVORÁVEIS

Na doutrina alemã, HADDING, HAÜSER e WELTER são paladinos da admissibilidade da cessão do crédito de garantia de forma isolada, mesmo antes da interpelação pelo beneficiário para o pagamento, em virtude de esta ser apenas um pressuposto do vencimento do dever de pagamento do garante. ZELLER acrescenta que dessa cessão não decorre um aumento do risco para o garante, uma vez que a sua confiança se baseia na capacidade patrimonial do ordenante, não revestindo a relação garante-beneficiário um carácter eminentemente pessoal. Na mesma senda BULLOW refere que não há nada que impeça a cessão autónoma do crédito de garantia, bem como do direito de a acionar.<sup>148</sup>

CANARIS, por seu turno, sustenta que, no caso de garantia com cláusula de pagamento *on first demand*, a faculdade de excutir a garantia permanece na esfera do cedente apesar da cessão, salvaguardando a hipótese da sua transmissão com o consentimento do garante. Para o A., apenas o cedente tem conhecimento suficiente da relação base para apreciar a verificação dos pressupostos para o acionamento da garantia<sup>149</sup>.

No ordenamento jurídico suíço, DOHM começa por admitir a possibilidade de cessão da garantia, a menos que do contrato de garantia resulte o contrário. Todavia, de modo pouco claro, o A. altera a sua posição quando se trata de garantia com cláusula de pagamento à primeira solicitação, em que o beneficiário deve declarar ao garante o incumprimento na relação base, uma vez que, *in casu*, o crédito contra o garante está

<sup>146</sup>Neste sentido, HADDING/HÄUSER/WELTER; ZELLER, todos os precedentes Autores citados *apud* GOMES, Januário da Costa, *ob. cit.*, p. 64. Em Portugal, FÁTIMA GOMES segue o mesmo entendimento, negando que o poder de solicitar a garantia é um direito *intuitu personae* (*vide* GOMES, Fátima, *ob. cit.*, p. 184).

<sup>147</sup>No sentido da não transmissibilidade do direito de excutir a garantia, veja-se *infra* o que discorreremos a propósito de CANARIS, SIMLER, PORTALE, ALIBRANDI, CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/ MARÍN LOPEZ, na doutrina estrangeira, e MÓNICA JARDIM e COSTA GOMES, na doutrina nacional. .

<sup>148</sup>Cfr. HADDING/HÄUSER/WELTER/ZELLER/BULLOW *apud* GOMES, Januário da Costa, *ob. cit.*, p. 64.

<sup>149</sup>CANARIS enuncia ainda que a faculdade de solicitar o pagamento à primeira solicitação pode ser utilizada abusivamente com extrema facilidade, sendo que o garante apenas a concede porque confia na seriedade do declarante, neste caso, o beneficiário originário. *Vide* CANARIS *apud* GOMES, Januário da Costa, *ob. cit.*, p. 65.

expressamente subordinado à condição de o beneficiário mencionado declarar o incumprimento por parte do dador da ordem. Nesta hipótese, tendo lugar a cessão, o garante pode recusar-se a pagar, alegando “insuficiência”<sup>150</sup>.

No direito italiano, BONELLI revela-se favorável à livre cessão da garantia autónoma, uma vez que a autonomia da garantia justifica que o seu beneficiário disponha do seu direito, independentemente de a mesma já ter sido acionada ou não. Considera que só não será assim se existirem normas imperativas que impeçam essa livre transmissão. Além disso, o A. não concebe a ideia de que o cessionário não pode solicitar o pagamento da quantia pecuniária objeto da garantia, pelo menos quando se trate de garantia autónoma à primeira solicitação sem justificação documental. Neste caso, o cessionário deve sempre assegurar a colaboração do cedente (beneficiário originário) para estar em condições de respeitar as formalidades exigidas para a excussão da garantia. Não se descarta o contrato de garantia, sendo mister analisar o texto da mesma, pois perante uma cláusula de incredibilidade do direito de a solicitar, naturalmente que esse direito permanece na esfera jurídica do beneficiário originário.<sup>151</sup>

No âmbito do direito nacional, FÁTIMA GOMES e ROMANO MARTINEZ defendem a livre cessão da garantia autónoma. FÁTIMA GOMES não estabelece qualquer distinção entre o direito de excutir a garantia e o respetivo crédito, afirmando que “*não existe, em princípio, nenhuma relação intuitu personae identificável no contrato de garantia em favor de um determinado beneficiário e já não a favor de qualquer outro*”<sup>152</sup>. ROMANO MARTINEZ alega que, neste âmbito, valem as regras da cessão de créditos “*nos termos das quais, salvo cláusula em contrário, o beneficiário pode livremente transmitir a sua posição creditícia a terceiro sem necessidade de consentimento do garante nem do devedor garantido*”<sup>153</sup>.

Ainda na esteira da admissibilidade da cessão da garantia isoladamente, mas com algumas *nuances* relativamente aos AA. *supra* mencionados, MENEZES LEITÃO, afirma que “*pelo facto de não constituir uma garantia acessória, tem-se admitido igualmente a possibilidade de transmissão da garantia autónoma isoladamente em*

---

<sup>150</sup>Cfr. DOHM, Jurgen, *ob. cit.*, pp. 98-99.

<sup>151</sup>BONELLI, Franco, *ob. cit.*, pp. 66-70.

<sup>152</sup>Cfr. GOMES, Fátima, *ob. cit.*, p. 184.

<sup>153</sup>Cfr. MARTINEZ, Romano, *ob. cit.*, p. 278.

*relação ao crédito*”<sup>154</sup>. Muito embora admita a livre transmissão do direito de crédito da garantia, no que toca à garantia autónoma com cláusula de pagamento *on first demand*, considera que a mesma tem um carácter *intuitu personae*, pelo que essa faculdade apenas pode ser transmitida com o consentimento do garante.

No direito internacional, as *Uniform Rules for Demand Guarantees* da CCI admitem, no primeiro parágrafo do seu art. 4º, a cessão do direito de executar a garantia se tal possibilidade se encontrar expressamente prevista no texto da mesma, em sua adenda ou alteração, determinando, no segundo parágrafo, a livre cessão da garantia quando esta já tiver sido acionada.

### 3.2. POSIÇÕES DESFAVORÁVEIS

Em Itália, PORTALE não aceita a cessão da garantia autónoma, pois que o crédito garantido e o crédito de garantia apenas interessam a uma esfera patrimonial e, por isso, não podem desprender-se para ficarem em esferas jurídicas diferentes<sup>155</sup>. Nessa senda, ALIBRANDI rejeita a possibilidade de cessão isolada do *Garantievertrag*, em virtude de o crédito garantido ser a causa-função da garantia<sup>156</sup>. Com efeito, a obrigação assumida pelo garante é autónoma mas subsidiária, porque subordinada à verificação dos eventos previstos no contrato de garantia<sup>157</sup>. Acresce ainda um aumento exponencial do risco de excussão indevida da garantia, uma vez que o cessionário se encontra à margem do que se passa na relação base<sup>158</sup>.

Na doutrina francesa, SIMLER, apesar de considerar, *prima facie*, que a autonomia da garantia possibilitaria a sua cessão isolada, acaba por concluir pela sua inadmissibilidade, atento o seu escopo de garantia. Todavia, o A. francês, tal como outros AA., admite a cessão da soma pecuniária exigível após interpelação do garante<sup>159</sup> 160.

<sup>154</sup> Cfr. LEITÃO, Menezes, *Cessão...*, cit., p. 329.

<sup>155</sup> PORTALE, Giuseppe, “Nuovi sviluppi del contratto di garanzia”, cit., pp. 184-185. O Autor acresce que, admitindo tal cessão, não se poderia transmitir o poder de executar a garantia, devendo o mesmo permanecer na esfera do beneficiário cedente, devido ao seu carácter estritamente pessoal.

<sup>156</sup> “*Lo scopo di garanzia, che costituisce la causa-funzione del Garantievertrag (...), comporta una necessaria inerenza al rapporto-base garantito (...)*”. Vide ALIBRANDI, Antonella, *ob. cit.*, p. 597.

<sup>157</sup> Cfr. ALIBRANDI, Antonella, *ob. cit.*, p. 599.

<sup>158</sup> Cfr. ALIBRANDI, Antonella, *ob. cit.*, pp. 601-602.

<sup>159</sup> SIMLER *apud* GOMES, Januário da Costa, *ob. cit.*, p. 67.

<sup>160</sup> O Tribunal Comercial de Paris, em 22-02-1989, defendeu a livre transmissibilidade do direito do crédito de garantia, afirmando não ser obstáculo o facto de, no momento da cessão, o crédito do

Em Espanha, para CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO e MARÍN LÓPEZ, não é possível ceder a garantia isoladamente, atenta a sua vinculação ao contrato base, “*siendo su causa la de garantizar al acreedor frente al incumplimiento de la misma*”<sup>161</sup>. Não obstante, permitem a cessão isolado do crédito pecuniário emergente do acionamento da garantia<sup>162</sup>, já não admitindo a cessão do poder de interpelar o garante para o pagamento (o direito de executar a garantia).

No ordenamento jurídico português, erguem-se as vozes de MÓNICA JARDIM<sup>163</sup> e de COSTA GOMES<sup>164</sup>, no sentido da inadmissibilidade de cessão isolada do *Garantievertrag*. Para a primeira, esta é a única posição suscetível de acautelar os interesses do garante e do ordenante, bem como a compatibilidade com a causa da garantia. Na verdade, o direito de garantia surge para reforçar o crédito do contrato base, não devendo ser dissociado do mesmo. Contudo, a A., tal como outros *supra* mencionados<sup>165</sup>, admite a cessão do direito de obter a soma pecuniária objeto da garantia, mesmo quando este é ainda meramente eventual, porque subordinado à verificação do evento previsto no texto da garantia, assim como à condição suspensiva de eventual solicitação pelo beneficiário originário. É este último quem adquire “o direito à entrega da soma objeto da garantia, o direito de ser indemnizado e, só depois, o transfere para a titularidade do cessionário”<sup>166</sup>. MÓNICA JARDIM acrescenta ainda que, em virtude da autonomia do contrato de mandato (celebrado entre o ordenante e o garante) face ao contrato de garantia, é totalmente desnecessário o acordo do devedor ordenante para que ocorra uma modificação no contrato de garantia. Considera ainda irrelevantes as instruções do ordenante no sentido da extinção da garantia ou da sua não execução<sup>167</sup>. Por seu turno, COSTA GOMES, contra a cessão isolada do *Garantievertrag*, invoca o aumento exponencial do risco de solicitação indevida e do desconhecimento, por parte do cessionário, do *Garantiefall*. Admite que o poder de acionar a garantia pode, excecionalmente, acompanhar a cessão do crédito de garantia

---

beneficiário ainda ser eventual porque condicionado à solicitação da garantia. Todavia, tal como CANARIS, entende que o direito de solicitar o pagamento permanece na esfera do cessionário. *Vide* JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, p. 138.

<sup>161</sup>Cfr. PERERA, Carrasco/ Encarna LOBATO/Manuel Marín LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, Editorial Aranzadi, SA, 2002, p 366.

<sup>162</sup>Isto é, subsequente ao acionamento da garantia.

<sup>163</sup>Cfr JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, pp. 145-147.

<sup>164</sup>GOMES, Januário da Costa, *ob. cit.*, pp. 78-82.

<sup>165</sup>*Vide supra* CANARIS, ALIBRANDI e MENEZES LEITÃO.

<sup>166</sup>Cfr. JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, pp. 146-147.

<sup>167</sup>JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, p. 147.

se o respetivo acionamento não pressupuser a invocação de uma ocorrência da relação subjacente; nos outros casos, exige o consentimento do garante para que o poder em análise se transmita.

### 3.3. POSIÇÃO ADOTADA

Preliminarmente, não podemos deixar de sublinhar que a garantia autónoma comporta um risco peculiar tanto para o garante, que assume o risco de não reintegração patrimonial da soma pecuniária despendida junto do ordenante, como para este último, que poderá vir a encontrar-se numa situação em que já cumpriu a sua obrigação da relação subjacente e fica obrigado a reintegrar patrimonialmente o garante, após uma eventual excussão da garantia (o que pode ocorrer, sobretudo, quando se trate de uma garantia *on first demand*<sup>168</sup>). Entendemos que tal risco só será assumido, particularmente no que toca ao ordenante, porque existe uma confiança no beneficiário, o que torna o direito de excutir a garantia num direito de natureza *intuitu personae* e determina que essa característica não possa ser transmitida para o cessionário, até porque este último desconhece a relação jurídica de base, na qual se funda a garantia e, consequentemente, a sua excussão.

Na esteira de MÓNICA JARDIM, entendemos ser inadmissível a cessão isolada da garantia autónoma, acima de tudo, devido ao seu escopo. Através do contrato de garantia, o garante assegura o contrato base, o que torna inadmissível a desvinculação da garantia do contrato base. Assim, não pode ocorrer a cessão da garantia autónoma isoladamente. Não obstante, tal como a maioria da doutrina, admitimos a cessão do direito à soma pecuniária objeto da garantia, ainda que não tenha ocorrido o *Garantiefall* e a consequente interpelação, pelo beneficiário da garantia. Todavia, neste caso, o direito de acionar a garantia permanece sempre na esfera jurídica do cedente, o beneficiário originário, por todas as razões expostas *supra*.

---

<sup>168</sup>Ressalvando a hipótese de abuso do direito.

## CONCLUSÕES

Pelo exposto nas páginas anteriores, procuramos fazer emergir a controvérsia gerada, no nosso ordenamento jurídico, em torno da transmissibilidade da garantia autónoma. O facto de não se encontrar expressamente prevista na lei, espoletou uma panóplia de posições doutrinárias acerca desta matéria, a nível nacional e internacional.

A garantia autónoma é uma garantia pessoal muito utilizada no seio do comércio internacional por ser aquela que melhor se adequa às necessidades dos contraentes, desde logo, por ser uma garantia célere, segura e eficaz. Tem como característica principal a autonomia, que tem como consequência a inoponibilidade, pelo garante, de quaisquer exceções quer derivadas do contrato base, quer decorrentes do contrato de mandato celebrado entre o garante e o devedor da obrigação principal. Contudo, esta característica não torna o contrato de garantia um negócio jurídico abstrato. Apesar da discussão doutrinal que se gerou em torno deste quesito, na senda da doutrina maioritária, perfilhamos a posição de que o *Garantievertrag* é um negócio jurídico causal e, como verificamos, essa mesma posição sustenta a nossa argumentação noutras temáticas.

Passando ao pomo da questão, no que toca à cessão de crédito garantido, sufragamos, *grosso modo*, a posição da MÓNICA JARDIM, postulando a insusceptibilidade da transmissão automática da garantia autónoma. Desde logo, como consequência da autonomia que revestia o *Garantievertrag*, não sendo de aplicar analogicamente o art. 582º, nº1, como defende parte da doutrina. Os AA. que admitem a transmissão automática da garantia autónoma desconsideram, de forma desconcertante, a autonomia da figura, equiparando-a à fiança, o que, como concluímos, não é, de todo, correto.

Quanto à questão que se levanta quando haja cessão da posição contratual do devedor na relação subjacente, perfilhamos a posição de que é necessário o acordo do garante para que ocorra a cessão da posição do dador da ordem no contrato de garantia, aplicando-se analogicamente o art. 599º, nº2.

Por último, analisamos a *vexata quaestio* da transmissão isolada da garantia autónoma. Neste ponto, estabelecemos a distinção entre o crédito de natureza pecuniária decorrente do acionamento da garantia e o direito de crédito prévio ao respetivo acionamento, no qual se insere o poder de interpelar o garante para pagamento. Uma vez que a soma pecuniária decorrente do acionamento da garantia não tem caráter *intuitu personae*, é sempre admissível a sua transmissão. Todavia, não tendo ocorrido o *Garantiefall* (e, logo, a interpelação), o poder de interpelar o garante, na nossa opinião, permanece na esfera do cedente, sendo este também o entendimento da maioria da doutrina. Seguimos, *grosso modo*, a posição defendida por MÓNICA JARDIM, ao não admitir a cessão isolada da garantia autónoma, apoiando-nos, sobretudo, no argumento de que o *Garantievertrag* tem como causa-função o contrato base, o que torna inadmissível a sua desvinculação deste último. Em suma, não admitimos a possibilidade de cessão isolada do contrato de garantia autónoma. Não obstante, admitirmos a cessão do direito à soma pecuniária objeto da garantia, ainda que não tenha ocorrido o *Garantiefall* e a subsequente interpelação pelo beneficiário. Todavia, neste último caso, o poder de interpelar o garante mantém-se sempre na esfera do cedente.

## **BIBLIOGRAFIA**

**ALIBRANDI**, Antonella Sciarrone,

- “La circolazione delle garanzie bancarie autonome e i termini della sua ammissibilità nell’ordinamento italiano”, *Banca Borsa e Titoli di Credito – Rivista di Dottrina e Giurisprudenza*, Anno LIV, Parte Prima, Giuffrè Editore, Milano, 1991.

**ALMEIDA**, Carlos Ferreira de,

- *Contratos II. Conteúdo. Contratos de Troca*, 3ª Edição, Almedina, 2012.

**BARILLÀ**, Giovanni B.,

- “Il formalismo nelle garanzie astratte: operazione economica e prospettiva della banca garante”, *Banca, Borsa e Titoli di Credito – Rivista di Dottrina e Giurisprudenza*, Ano LVIII, Giuffrè Editore, Milano, 2005.

- “Causa esterna e garanzie bancarie autonome”, *Banca, Borsa e Titoli di Credito - Rivista di Dottrina e Giurisprudenza*, Anno LIX, Giuffrè Editore, Milano, 2006.

**BONELLI**, Franco,

- *Le Garanzie Bancarie a Prima Domanda – nel commercio internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1991.

**BRANCO**, Manuel Castelo,

- “A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações”, *ROA*, ano 53, 1993.

**BUSSOLETTI**, Mario,

- “Garanzie Bancarie”, *Banca Borsa e Titoli di Credito – Rivista di Dottrina e Giurisprudenza*, Ano LIII, Parte Prima, Giuffrè Editore, Milano, 1990.

**CORDEIRO**, António Menezes,

- *Manual de Direito Bancário*, 3ª Edição, Almedina, 2006.

- *Da Boa-fé no Direito Civil*, Coleção Teses, 5ª Reimpressão, Almedina, 2013.

- *Tratado de Direito Civil. Direito das Obrigações. Garantias*, Vol. X, Almedina, 2015.

**CORREIA**, Ferrer,

- “Notas para o estudo do contrato de garantia bancária”, *Revista de Direito e Economia*, Julho/Dezembro, 1982.

**CORTEZ**, Francisco,

- “A garantia bancária autónoma – Alguns problemas”, *ROA*, Ano 52, 1992.

**COSTA**, Almeida/ Pinto **MONTEIRO**

- “Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação (parecer)”, *Colectânea de Jurisprudência*, Ano X, T. IV, 1986.

**COSTA**, Mário Júlio de Almeida,

- *Direito das Obrigações*, 12ª Edição, Almedina, 2009.

**DOHM**, Jürgen,

- *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Editions Staempfli & Cie SA, Berne, 1986.

**EPIFÂNIO**, Maria do Rosário,

- “Garantias Bancárias Autónomas. Breves Reflexões”, *Juris et de Jure – Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*, Coimbra Editora, 1998.

**GOMES**, Fátima,

- “Garantia bancária autónoma à primeira solicitação”, *Direito e Justiça*, Vol. VIII, T. 2, 1994.

**GOMES**, Manuel Januário da Costa,

- “Sobre a mora do garante na garantia bancária autónoma”, *Estudos de Direitos das Garantias*, Vol. I, Almedina, 2004.

- “Sobre a circulabilidade do crédito emergente de garantia bancária autónoma ao primeiro pedido”, *Revista da Banca*, Número 64, Julho/Dezembro 2007.

**JARDIM**, Mónica,

- *A Garantia Autónoma*, Almedina, 2002.

**LEITÃO**, Luís Manuel Teles Menezes,

- *Direito das Obrigações. Introdução. Da Constituição das Obrigações*, Vol. I, Almedina, 2000.

- *Cessão de Créditos*, Almedina, 2005.

- *Direito das Obrigações. Transmissão e Extinção das Obrigações. Não Cumprimento e Garantias do Crédito*, Vol. II, 8ª Edição, Almedina, 2011.

- *Garantias das Obrigações*, 4ª Edição, Almedina, 2012.

**LIMA**, Pires de/Antunes **VARELA**

- *Código Civil anotado*, Vol. II (Artigos 762º a 1250º), 3ª Edição revista e atualizada, Coimbra Editora, 1986.

- *Código Civil anotado*, Vol. I (Artigos 1.º a 761.º), 4ª Edição revista e atualizada, Coimbra Editora, 1987.

**MARQUES**, J. Dias,

- *Noções Elementares de Direito Civil*, 7ª Edição, 1992.

**MARTINEZ**, Pedro Romano,

- “Garantias Bancárias”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Almedina, 2002.

**MARTINEZ**, Pedro Romano/Pedro Fuzeta da **PONTE**,

- *Garantias de Cumprimento*, 4ª Edição, Almedina, 2006.

**MARTINS**, José A. Rebelo/Ernesto de Oliveira **FERREIRA**

- “Garantias Bancárias”, Edição do Espírito Santo e Comercial de Lisboa, 1983.

**PATRÍCIO**, José Simões,

- “Preliminares sobre a garantia “on first demand””, *ROA*, ano 43, 1983.

**PERERA**, Ángel Carrasco/Encarna Cordero **LOBATO**/Manuel Jesús Marín **LÓPEZ**,

- *Tratado de los Derechos de Garantía*, Editorial Aranzadi, SA, 2002.

**PINHEIRO**, Jorge Duarte,

- “Garantia Bancária Autónoma”, *ROA*, Ano 52, nº II, 1992.

**PINTO**, Carlos Alberto da Mota,

- *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Edição revista e atualizada, Coimbra Editora, 1985.

- *Cessão da Posição Contratual*, (Reimp.), Almedina, 1992.

**PINTO**, José Costa,

- “A (eventual) transmissão automática da garantia bancária em caso de cessão do crédito garantido”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 25-2010.

**PONTIROLI**, Luciano,

- *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore – Un contributo alla lettura del sistema*, CEDAM – PADOVA, 1992.

**PORTALE**, Guisepppe,

- “Nuovi sviluppi del contrato di garanzia”, *Banca Borsa e Titoli di Credito*, Giuffrè Editore, Milano, 1985.

- “Nuovi sviluppi del contrato autonomo di garanzia”, *Le garanzie bancarie internazionali*, Giuffrè Editore, Milano, 1989.

**RIBEIRO**, António Sequeira,

- “Garantia bancária autónoma à primeira solicitação: algumas questões”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Almedina, 2002.

**SANTOS**, Miguel Alexandre Duarte

- *A Transmissão das posições das partes no âmbito das relações em torno da garantia autónoma. Da admissibilidade, requisitos e efeitos*, Relatório de Mestrado apresentado na unidade curricular de Direito Comercial I/II, da parte escolar do curso de mestrado científico em ciências jurídicas, curso de direito bancário e dos seguros, no ano letivo de 2014/2015, sob a regência do Professor Doutor António Menezes Cordeiro e da Professora Doutora Maria de Lurdes Pereira, 2015 (inédito).

**STAMMLER**, Rudolf,

- “*Der Garantievertrag*”, 1886.  
[www.digizeitschriften.de/dms/toc/?PPN=PPN345574613\\_1886\\_0019&DMDID=dmdlog7](http://www.digizeitschriften.de/dms/toc/?PPN=PPN345574613_1886_0019&DMDID=dmdlog7), consult. em 27 de julho de 2016.

**TELLES**, Inocêncio Galvão,

- “Garantia Bancária Autónoma”, *O Direito*, ano 120, 1988.

- *Garantia Bancária Autónoma*, 1ª Edição, Edição Cosmos, Livraria Arco-íris, 1991.

**VASCONCELOS**, Miguel Pestana de,

- *Direito das Garantias*, Almedina, 2011.

**VARELA**, João Antunes,

- *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ª Edição (Reimp.), Almedina, 1999.

**VEIGA**, Vasco Soares da,

- *Direito Bancário*, Almedina, 1994.

## ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA<sup>169</sup>

### 1. STJ:

- Ac. de 14-10-2004, Proc. nº 04B2883, relatado por ARAÚJO BARROS;
- Ac. de 28-09-2006, Proc. nº 06A2412, relatado por AFONSO CORREIA;
- Ac. de 19-05-2010, Proc. nº 241/07.0TBMCD-A.S1, relatado por AZEVEDO RAMOS;
- Ac. de 27-05-2010, Proc. nº 25878/07.3YYLSB-A.L1.S1, relatado por SERRA BAPTISTA;
- Ac. de 20-03-2012, Proc. nº 7279/08.8TBMALP1.S1, relatado por FONSECA RAMOS;
- Ac. de 23-06-2016, Proc. nº 414/14.9TVLSB.L1.S1, relatado por ANTÓNIO JOAQUIM PIÇARRA.

### 2. TRL:

- Ac. de 11-12-2002, Proc. nº 0056287, relatado por VAZ DAS NEVES;
- Ac. de 19-01-2010, Proc. nº 2720/09.5TVLSB.L1-7, relatado por ROQUE NOGUEIRA;
- Ac. de 17-05-2012, Proc. nº 49107/06.8YYLSB-A.L1-6, relatado por TERESA PARDAL.

### 3. TRP:

- Ac. de 04-11-2008, Proc. nº 0825539, relatado por CÂNDIDO LEMOS.

### 4. Parecer P.G.R.:

- Parecer 3/69, de 29 de maio de 1969, publicado no *BMJ*, nº 191, 1969.

---

<sup>169</sup> Os Ac. citados sem referência expressa à sua fonte encontram-se disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).