



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

FACULDADE DE DIREITO
ESCOLA DE LISBOA

“GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA
A QUALIFICAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA GARANTE-GARANTIDO”

Dissertação elaborada no âmbito do Mestrado Forense sob a orientação do

Exmo. Senhor Professor Doutor Júlio Gomes

Benedita Pessanha

n.º 142712072

LISBOA

Junho 2014

Agradeço e dedico esta dissertação:

Ao Exmo. Senhor Professor Júlio Gomes, por ter aceite orientar esta minha dissertação.

Aos “Senhores Doutores”, em especial à Teresa e ao Santi, pela companhia nos longos dias passados na biblioteca da UCP.

Ao meu Pai pelo seu apoio incondicional.

ÍNDICE

CAPÍTULO I	5
1) INTRODUÇÃO	5
2) GÉNESE E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA GARANTIA AUTÓNOMA	7
3) TENTATIVAS DE CONSAGRAÇÃO LEGAL	10
4) ADMISSIBILIDADE DA GARANTIA AUTÓNOMA	13
5) NOÇÃO DE GARANTIA AUTÓNOMA	16
5.1) TIPOS DE GARANTIA AUTÓNOMA	18
5.1.1) CRITÉRIO DA AUTOMATICIDADE	19
A) A GARANTIA AUTÓNOMA À PRIMEIRA SOLICITAÇÃO	19
B) A GARANTIA AUTÓNOMA SILMPLES	21
5.1.2) CRITÉRIO DA FUNÇÃO DA GARANTIA	22
A) A GARANTIA DE OFERTA	22
B) A GARANTIA DE BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO.	23
C) A GARANTIA DE REEMBOLSO DE PAGAMENTOS ANTECIPADOS	24
D) A GARANTIA DE PAGAMENTO	25
E) A GARANTIA POR FALTA DE DOCUMENTO	25
CAPÍTULO II – ANÁLISE DA GARANTIA AUTÓNOMA	26

1) CONFIGURAÇÃO DA GARANTIA AUTÓNOMA.....	26
2) CARACTERÍSTICAS DA GARANTIA AUTÓNOMA.....	26
2.1) A AUTONOMIA	28
2.2) A AUTOMATICIDADE.....	30
CAPÍTULO III – REGIME DA GARANTIA AUTÓNOMA	33
1) AS RELAÇÕES JURÍDICAS SUBJACENTES À GARANTIA AUTÓNOMA..	33
.....	33
2) EM ESPECIAL – A QUALIFICAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA	
ESTABELECIDA ENTRE O GARANTE E O GARANTIDO (DADOR DE	
ORDEM – PRESTADOR DA GARANTIA).....	35
2.1) A ASSUNÇÃO DE DÍVIDA	36
2.2) O CONTRATO A FAVOR DE TERCEIRO	40
2.3) O PACTUM DE CONTRAHENDO CUM TERTIO	46
2.4) O CONTRATO DE GESTÃO DE NEGÓCIOS	47
2.5) O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS	48
2.6) O MANDATO.....	49
CONCLUSÃO	55

CAPÍTULO I

1) INTRODUÇÃO

Com o presente estudo pretendemos, a final, e conforme bem indica o próprio subtítulo, qualificar a relação jurídica que se estabelece entre o garante e o garantido no âmbito da garantia bancária autónoma. Para tal vamos iniciar o trabalho com uma análise detalhada da garantia autónoma, explicando em primeiro lugar o seu aparecimento no ordenamento jurídico e as sucessivas tentativas da sua consagração. Passamos para um capítulo dedicado à garantia bancária autónoma em si mesma, no qual definimos o que entendemos por garantia autónoma, qual a definição por nós perfilhada e utilizada ao longo desta tese. Elaborada a sua concepção avançamos, obviamente, para a análise das suas características fundamentais e, como não poderia deixar de ser, para a enumeração das mais variadas modalidades existentes. Finalmente, passamos a uma exposição pormenorizada do seu regime e execução.

Somente depois de termos transmitido o que é efectivamente a garantia autónoma e de estar claro o seu funcionamento é que podemos passar a uma discussão sobre a qualificação das relações jurídicas que constituem esta garantia tão peculiar, pois só nesse momento estaremos preparados para entender e apreciar criticamente. Foi precisamente a esta última parte que dedicamos mais tempo e atenção, uma vez que o presente estudo tem como aspecto fundamental a qualificação de uma dessas relações jurídicas, nomeadamente, daquela que se estabelece entre o garante e o garantido, a qual qualificamos como sendo um contrato de mandato.

O interesse por esta figura derivou, antes de mais, do facto de, apesar das várias insistências e remotos diplomas, nunca se ter conseguido unificar um regime. É cativante olhar para uma figura que é utilizada frequentemente, tanto a nível interno como no comércio internacional, e que se consegue moldar facilmente aos interesses das partes, que lhes confere uma segurança tão firme e que não está sujeita a qualquer tipo de formalidade legal¹.

Assim, despertou-nos especial interesse o facto de esta garantia estar sujeita a uma multiplicidade de ordenamentos jurídicos, que a definem por comparação a qualquer tipo de contrato, pois, como bem se sabe, todos os ordenamentos são diferentes e têm tipos contratuais distintos. Todavia, e com alguma pena, o presente estudo vai centrar-se somente na análise da qualificação jurídica da relação que se estabelece entre aquele que quer que a garantia seja prestada, a quem doravante vamos chamar de garantido, e aquele que efectivamente presta a garantia, o garante. Esta relação vai ser comparada com o regime jurídico dos tipos contratuais existentes no nosso ordenamento jurídico.

¹ A este propósito citamos a famosa expressão de um juiz inglês (Judge Kerr), para quem a garantia bancária autónoma “is the lifeblood of international commerce”, R. D. Hartbottle v. Westminster Ltd. Queen’s Bench Div. 26 de Janeiro de 1977.

2) GÉNESE E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA GARANTIA AUTÓNOMA

Conforme referem todos os autores que a este tema já se dedicaram, foi Rudolf Stammler² quem definiu os pilares da garantia bancária autónoma; é portanto comum referir-se a este autor alemão como o pai da Garantia Bancária Autónoma³. Nesse trabalho o autor começa por distinguir das garantias acessórias a uma obrigação principal as garantias autónomas, independentes da relação garantida, garantias que são fonte de uma obrigação autónoma criada com fundamento na autonomia privada (contrato de garantia – Garantievertrag). Esta distinção foi acolhida pela doutrina e jurisprudência e foi, ainda, incluída nos “Motive” do BGB⁴.

O facto de esta nova garantia ter surgido como fruto da autonomia privada permitiu à doutrina e jurisprudência germânicas fundamentar uma série de situações que não se enquadravam nos esquemas clássicos, principalmente da fiança, por se tratar de hipóteses em que a parte “garantia um certo resultado, ou em que o garante renunciava previamente a invocar as excepções respeitantes ao devedor principal”⁵. A necessidade de criação deste tipo de garantia deve-se à falta de flexibilidade das tradicionais garantias, “as

² Rudolf Stammler escreveu em 1886 um trabalho intitulado “Der Garantievertrag”, disponível para leitura e download na internet: http://www.digizeitschriften.de/dms/toc/?PPN=PPN345574613_1886_0019&DMDID=dmdlog7

³ Veja-se, a título de exemplo, Mónica Jardim, *Garantia Bancária Autónoma*, Almedina, Coimbra, p. 12; Francisco Cortez, *A Garantia Bancária Autónoma – alguns problemas* – publicado na *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 52. 1992, p. 519.

⁴ Mónica Jardim, ob. cit., p. 17, nota 10.

⁵ Almeida Costa e Pinto Monteiro, *Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação (parecer)*, in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XI, T. IV, p. 15 e ss.

garantias tradicionais eram demasiado rígidas e pesadas para poderem ser moldadas ao ritmo do crescimento económico”⁶.

Foi essencialmente no pós II Guerra Mundial que as garantias reais e pessoais se viram confrontadas com o surgimento de novas modalidades e espécies devido às necessidades práticas dos agentes económicos. Entre estas novas modalidades surge, então, a chamada garantia bancária autónoma, que começou a ser frequentemente utilizada e solicitada por bancos e companhias de seguros para garantir uma prestação que fosse totalmente independente do facto de a obrigação do devedor subsistir ou ser impossível de cumprir^{7/8}.

No entanto, a garantia assim estipulada ainda não conseguia evitar o risco de a outra parte exigir a prova dos pressupostos que condicionavam o direito do beneficiário. É na sequência desta necessidade que surge a cláusula “auf erstes Anfordern”, a que hoje se reconduz a expressão “à primeira solicitação”. Como vamos ver mais à frente trata-se de uma cláusula que permite uma maior facilidade de execução da garantia, torna a garantia autónoma mais célere, segura e verdadeiramente automática⁹. Com esta cláusula ficavam excluídas as hipóteses de litigância sobre a ocorrência ou não dos pressupostos que fundamentavam o pedido de execução da garantia, com a aposição desta clausula, o

⁶ António Sequeira Ribeiro, A garantia bancária autónoma à primeira solicitação: algumas questões, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. II, Direito Bancário, Almedina, p. 290.

⁷ Mónica Jardim, ob. cit., p. 16 e ss.; António Sequeira Ribeiro, ob. cit., p. 290.

⁸ Manuel Castelo Branco, A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 53, 1993, p. 70, “Para os agentes do comércio internacional, a garantia ideal seria aquela que tivesse natureza pessoal, fosse restada por entidade financeira sólida e gozasse de autonomia em relação à obrigação principal, não dependendo das vicissitudes a que esta estivesse sujeita”.

⁹ Mónica Jardim, ob. cit., p. 18.

garante fica vinculado a pagar assim que lhe essa prestação lhe seja solicitada. Nas palavras de Almeida Costa e Pinto Monteiro, com a cláusula “à primeira solicitação” “consegue-se (...) uma segurança total: não só a garantia se desliga (porque autónoma) da relação principal (entre o beneficiário e o devedor), como igualmente se elimina o risco de litigância sobre a ocorrência ou não dos pressupostos que legitimam o pedido de pagamento feito pelo beneficiário”¹⁰.

O recurso à garantia autónoma intensifica-se em 1973 com o boom petrolífero. Os países produtores de petróleo tornaram-se fortes o que resultou numa enorme procura de bens e serviços, e na sua transformação num mercado privilegiado para empresas de construção, de fornecimento de bens manufacturados e de serviços. Preocupadas com a protecção jurídica dos intervenientes, as autoridades desses países passaram a exigir aos agentes económicos estrangeiros a prestação de garantias autónomas¹¹.

Com o desenvolvimento do comércio internacional, em que são intervenientes num contrato partes que praticamente não se conhecem e onde não reside qualquer relação de confiança mútua, nasce a necessidade de garantias mais enérgicas, seguras, céleres e eficazes. É preciso criar garantias que permitam acautelar situações que as clássicas garantias não acautelam¹². A garantia surge para cobrir contratos-base vultuosos e de

¹⁰ Definição de Almeida Costa e Pinto Monteiro, ob. cit. p. 18.

¹¹ Mónica Jardim, ob. cit., p. 19.

¹² Francisco Cortez, ob. cit., p. 518. Em relação à inutilidade das garantias tradicionais menciona o autor o seguinte: “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”.

execução demorada, como por exemplo, contratos na área da construção civil, dos fornecimentos, do engineering, da cooperação industrial etc.^{13/14}.

3) TENTATIVAS DE CONSAGRAÇÃO LEGAL

Apesar das várias tentativas a garantia bancária só foi estipulada e regulada legalmente em muito poucos países europeus¹⁵, nos países Árabes a figura encontra-se regulada em legislação *ad hoc* e em países como o Egipto, a Turquia, a Líbia, a Birmânia, o Irão e a

¹³ Jorge Duarte Pinheiro, *Garantia Bancária Autónoma*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 52, 1992, p. 427.

¹⁴ É difícil determinar em que momento é que a garantia bancária autónoma começou a aparecer em Portugal, no entanto, podemos afirmar que pelo menos em 1956 a figura da garantia autónoma já era conhecida em Portugal, veja-se, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21 de Dezembro de 1956 em que se decide que “ A garantia bancária em empreitadas de obra pública, por sua natureza, finalidades e efeito da lei, não pode considerar-se mera fiança, antes representa descontos que à entidade empreiteira deviam ter sido feitos, à falta de tal garantia, para a sua proposta ser legalmente aprovada”. “Tal garantia não é uma fiança: é o substituto dos depósitos reais e efectivos que o empreiteiro devia suportar, para poder tomar conta de uma obra do Estado, dos municípios ou de qualquer corporação ou entidade pública”.

¹⁵ A sua consagração ocorreu apenas na antiga Checoslováquia, no Código do Comércio Internacional Checoslovaco de 1963, nomeadamente no artigo 672.º; na antiga República Democrática Alemã regulou-se esta garantia na lei sobre contratos económicos internacionais de 1976 e, por fim, na antiga República Socialista da Jugoslávia na lei sobre obrigações e contratos de 1978, artigos 1083.º a 1087, cfr. Mónica Jardim, ob. cit., p. 20 e ss, José Simões Patrício, *Preliminares sobre a garantia “on first demand”*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 43, 1983, p. 684,

Síria, têm sido elaboradas normas precisas relativas à garantia autónoma que deve ser emitida a favor de um ente público que opere com uma organização estrangeira^{16/17}.

No que concerne à Europa Ocidental podemos afirmar com alguma certeza que a garantia autónoma, apesar de legalmente atípica, configura um negócio jurídico social, doutrinal e jurisprudencialmente aceite. No nosso caso, tal admissibilidade, como mais à frente veremos, decorre do princípio da autonomia privada consagrado no artigo 405.º do Código Civil.

A situação é diferente quando saímos da Europa; no Canadá e nos Estados Unidos da América foi estipulada uma “no-guaranty rule” pela qual as instituições de crédito e as empresas com funções similares estão proibidas de prestar garantias de cumprimento de uma obrigação de terceiro^{18/19}.

¹⁶ Mónica Jardim, ob. cit., p. 21, explica que, apesar de estas normas determinarem o tipo de garantia a prestar, não a definem nem estipulam qual o seu regime, no fundo limitam-se a impor aos sujeitos nacionais a exigência de uma garantia “à primeira solicitação”.

¹⁷ Na Arábia Saudita a garantia autónoma é regulada através de circulares governamentais às quais se dá o nome de “Tender Regulations”, vide Mónica Jardim, ob. cit., p. 21 e nota 22, referência retirada de “Lez garanties bancaires autonomes” por Claude Martin.

¹⁸ Esta proibição foi afirmada pela primeira vez no caso “Talman vs. Rochester City Bank” que se pronunciou afirmando o seguinte: “the defendant is a banking, not an insurance company, and has no power to insure the collection of bad debits, for any premium, great or small”. Esta proibição foi posteriormente consagrada em sucessivas sentenças, a este propósito, vide Mónica Jardim, ob. cit., p. 22 e ss; relativamente à proibição de emissão destas garantias veja-se também José Simões Patrício, ob. cit., p. 684.

¹⁹ Apesar da proibição expressa, os bancos norte americanos não conseguiram resistir à constante procura do mercado e, dando a volta à proibição, continuaram a prestar este tipo de garantias através da emissão de “stand-by letters of credit” cujo pagamento é devido “upon first demand”, cfr. Mónica Jardim, ob. cit., p. 23, José Simões Patrício, ob. cit., p. 685.

A grande procura pela prestação de garantias autónomas no comércio internacional levou a que se sentisse uma necessidade de uniformização de regime. Encetaram-se, então, uma série de trabalhos nesse sentido. Vejamos:

Em 1979, a Comissão da Comunidade Económica Europeia redigiu, com base no relatório realizado no MAX PLANCK INSTITUT de Hamburgo, no âmbito de um estudo que a Comissão encomendou sobre a fiança no direito dos Estados membros, um Projecto de Directiva²⁰ que visava a harmonização do direito aplicável às garantias pessoais, na qual se inclui a garantia bancária autónoma. Neste projecto definia-se a garantia autónoma como “o contrato pelo qual o garante se responsabiliza perante o beneficiário, isto é, o credor de um terceiro, a responder total ou parcialmente pela perdas financeiras sofridas pelo beneficiário em resultado do incumprimento, por esse terceiro, duma obrigação presente ou futura, sendo a obrigação do garante independente da extensão, da validade ou do carácter exequível da obrigação do terceiro”. Todavia tal projecto de directiva nunca chegou a ser aprovado.

Também a Câmara do Comercio Internacional (CCI), em conjunto com a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI), procederam a uma tentativa de regulação desta garantia em 1978, com a elaboração e aprovação das “Uniform Rules for Contract Guarantees” (publicação n.º 325) e em 1982 com as “fórmulas normalizadas para a emissão de garantias contratuais” (brochura n.º 406). Estas regras não eram específicas da garantia autónoma e esqueciam-se da possibilidade da aposição de uma cláusula “à primeira solicitação” de forma que a CCI as tentou reelaborar. As aludidas regras foram alvo de uma adaptação por parte do Comité Director da Câmara do Comercio Internacional, que deu vida à publicação n.º 458 de Abril de

²⁰ Este projecto foi alvo de críticas por parte de Francisco Cortez e de Simões Patrício, por exemplo.

1992, “Uniform Rules for Demand Guarantees”, no entanto esta alteração, agora aplicável às garantias on first demand, não substitui as regras anteriores. Estas regras são aplicáveis somente à garantia autónoma à primeira solicitação²¹. É de salientar que nenhuma destas regras é de adopção obrigatória.

Por último deixamos uma referência à Convenção da CNUCDI de Dezembro de 1995, intitulada “Convenção sobre Garantias Independentes e Letras de Crédito Stand-by”, cuja principal diferença face às regras aprovadas pela CCI é que estas têm carácter convencional.

4) ADMISSIBILIDADE DA GARANTIA AUTÓNOMA

A admissibilidade da garantia autónoma está intimamente ligada com a proibição dos negócios abstractos prevista no artigo 458.º do Código Civil^{22/23}. O negócio abstracto é, na maioria das vezes, definido por contraposição com a causa do negócio. Podemos

²¹ Mónica Jardim, ob. cit., p. 27/28.

²² O autor que mais se dedicou ao tema da admissibilidade da garantia autónoma foi Simões Patrício; no seu artigo intitulado Preliminares sobre a garantia “on first demand” o autor parte da proibição da celebração de negócios abstractos que não expressamente consentidos pela lei para explicar a causalidade presente na garantia autónoma e, conseqüentemente, a sua admissibilidade em Portugal, vide p. 692 e seguintes do referido artigo publicado na Revista da Ordem dos Advogados, n.º 43, 1983.

²³ Relativamente à admissibilidade da garantia autónoma escreveu Manuel Januário da Costa Gomes, ob. cit. p. 71, que “a garantia bancária autónoma é admissível no ordenamento jurídico português com base no princípio da liberdade contratual, não constituindo obstáculo a não acessoriedade da garantia, uma vez que a autonomia se não identifica com a “receada” abstracção”. Ora, pelo atrás citado e pelo restante parágrafo daquela obra sobre este assunto, podemos concluir que também este autor se inclina para a tese de a garantia bancária autónoma ser um negócio jurídico causal por ter uma função de garantia.

assim afirmar estar perante um negócio abstracto quando este seja abstraído da sua causa²⁴. Para o presente estudo, atento o limite imposto, vamos partir da admissibilidade da garantia autónoma como um contrato causal não violador das normas jurídicas previstas no nosso Código Civil²⁵. A propósito desta questão, e para finalizar o problema da abstracção que aqui não pretendemos tratar, citamos Vaz Serra, que considera que todo o negócio tem uma causa: “Os negócios abstractos, como os outros, têm uma causa; mas o direito, para facilitar a mobilidade da vida económica, aceita que sejam feitos valer sem alegação ou demonstração da sua causa e sem se sujeitar o autor a que lhes sejam opostas todas as excepções baseadas na causa”²⁶. Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte defendem que o contrato de garantia não pode ser configurado como um negócio abstracto, é um negócio dotado de causa, que é a função de garantia²⁷.

A garantia autónoma, apesar de não regulada na nossa lei, é aceite doutrinal e jurisprudencialmente, decorrendo a sua admissibilidade do princípio da liberdade contratual. É esta a posição defendida pelo Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles²⁸ que a configura como “uma obrigação causal, como a fiança, porque visa, como esta, uma função de garantia e essa função, que constitui a sua causa, está objectivada no respectivo contrato”. A sua admissibilidade também advém do princípio da autonomia

²⁴ Simões Patrício, p. 693 do artigo mencionado na nota anterior.

²⁵ Para um estudo pormenorizado da questão da abstracção e causalidade recomenda-se a leitura do mencionado artigo de José Simões Patrício.

²⁶ Citação referida por Simões Patrício, ob. cit., p. 694.

²⁷ “O contrato de garantia, celebrado entre o banco e o credor beneficiário tem natureza causal: a função de garantia. Não é, pois, um negocio jurídico abstracto, cuja causa não faz parte do seu conteúdo, e que vale independentemente dessa causa, mas um negocio jurídico causal. Todavia, sendo causal, é um negócio jurídico autónomo com respeito à obrigação garantida e ao vínculo constituído entre o devedor e o garante”. Citação retirada da obra *Garantias de Cumprimento*, Almedina, 4.ª Ed., Coimbra, 2003, de Pedro Romano Martinez em co-autoria com Pedro Fuzeta da Ponte, p. 129 e 130.

²⁸ In *Garantia bancária autónoma*, ob. cit., p. 290.

privada consagrado, entre nós, no artigo 405.º do Código Civil. Apoiando-se no estipulado neste artigo e ainda no disposto no artigo 398.º número 2 do mesmo diploma, os autores Almeida Costa e Pinto Monteiro²⁹ configuram a garantia autónoma como um negócio causal, afirmando que “a causa da garantia autónoma, a finalidade económico-social que serve, o seu escopo, é precisamente garantir determinado contrato-base, finalidade esta objectivada na própria carta de garantia e nos contratos (entre o credor e o devedor e entre este e o banco) que a precedem”³⁰.

A causalidade da figura é também defendida por Francisco Cortez que, apesar de não a considerar conforme com os nossos princípios gerais, afirma que lhe “corresponde[-]lhe] um fim, que vem a ser precisamente o escopo de garantia. É nele que reside a causa do negócio. Por outro lado, o contrato de garantia bancária, de que nos vimos ocupando, tem como fundamento aquele outro negócio jurídico de que procede a obrigação garantida (contrato principal). De harmonia com os princípios gerais que regem na presente matéria, este último contrato constitui pressuposto do primeiro – a sua causa, hoc

²⁹ In Garantias bancárias – o contrato de garantia à primeira solicitação (parecer), in Separata da Colectânea de Jurisprudência, ano XI, T. V, 1986, p. 21.

³⁰ Também Menezes Leitão, Direito das obrigações, vol. II, transmissão e extinção das obrigações não cumprimento e garantias do crédito, Almedina, 2.ª Ed., p. 327 e ss., defende a admissibilidade da garantia autónoma por recurso ao princípio previsto no artigo 405.º CC e à não ingerência contra a ordem pública, defende antes tratar-se de interesses legítimos do credor em assegurar a manutenção da obrigação do devedor. O autor afirma que “Não se encontrando prevista na lei, a sua admissibilidade resulta do princípio da autonomia privada (art. 405.º), uma vez que se verificou que uma simples fiança era insuficiente para as necessidades do tráfego comercial, em face da elevada protecção que o princípio da acessoriedade confere ao fiador, na medida em que permite a invocação contra o credor de toda e qualquer meio de defesa oriunda da obrigação principal. Tornou-se, por isso, frequente, especialmente no âmbito dos contratos internacionais, a estipulação de uma garantia que, em lugar de acessória fosse autónoma, ou seja, que não tivesse a sua prestação dependente da obrigação principal”

sensu”³¹. No entanto, o autor afirma que para estarmos perante um negócio jurídico que corresponda aos nossos princípios gerais é necessária a existência de um mínimo de acessoriedade, pois sem isso não poderemos estar perante uma garantia pessoal.

5) NOÇÃO DE GARANTIA AUTÓNOMA

Para uma boa compreensão do presente estudo é necessário deixar já estipulada uma noção de garantia autónoma. Como se trata de um conceito que não tem consagração legal são várias as formulações apresentadas pela doutrina.

Para a realização do presente estudo a definição adoptada foi aquela que a define como *“um tipo de garantia que, na fórmula mais comum, é prestada por uma entidade, normalmente um banco, que se obriga a entregar, a pedido de um terceiro, uma soma pecuniária previamente acordada, ao beneficiário da garantia, logo que este prove o incumprimento de determinado contrato por parte do terceiro ou de imediato, quando este simplesmente o interpele a realizar essa prestação, mas abdicando desde logo, em ambos os casos, a opor ao beneficiário quaisquer excepções derivadas tanto da sua relação com o terceiro garantido, como da relação jurídica cujo cumprimento garante.”*^{32/33} O facto de esta garantia ser geralmente prestada por uma entidade bancária levou a que esta também fosse conhecida como garantia bancária autónoma³⁴.

³¹ Francisco Cortez, A garantia bancária autónoma – alguns problemas, in Revista da Ordem dos Advogados, n.º 52, 1992,

³² Mónica Jardim, *A Garantia Autónoma*, Almedina, 2002, p.13; sublinhado próprio.

A garantia autónoma é, como já se disse, um negócio atípico³⁵ não tendo, portanto, que obedecer a exigências de forma^{36/37}. No entanto, atendendo aos riscos inerentes a este

³³ A garantia bancária autónoma também é definida nestes moldes no âmbito na doutrina Espanhola, sendo apontados como elementos essenciais e característicos o facto de o beneficiário não ter que provar que o cumprimento da obrigação de valuta era exigível e o facto de o garante não poder opor excepções baseadas naquela relação. Nas palavras de A. Carrasco Perere, E. Cordero Lobato e M. J. Marín López, Tratado de los derechos de garantía, Arzandi Editorial, 2002 “lo definitivo de esta fórmula es que el beneficiario no tiene que acreditar que concurren los requisitos que en la relación de valuta habilitarían para reclamar del garante, y el garante no puede opor a esta reclamación las excepciones que sí podría oponer conforme al art. 1853 CC de no haberse comprometido a pr.”, p. 337. Em Itália, Fluvio Mastropaolo, ob. cit., pp. 532 e 533, define o contrato de garantia autónoma como sendo um “negozi bilateral atipici, a contenuto patrimoniale, mediante i quali un soggetto si obbliga a titolo di garanzia ad eseguire, a richiesta del creditore, la prestazione dovuta dal debitore o una prestazione indennitaria, e nei quali è inserita una clausola incidente sulle eccezioni da lui opponibili e tendente ad escluderle, al punto che essa è stata enfaticamente (...) «clausola di pagamento senza eccezioni»”.

³⁴ Convém aqui chamar à atenção para o facto de esta garantia também poder ser prestada por outras entidades, nomeadamente por companhias de seguro. Todavia, como nas hipóteses mais frequentes é prestada por entidades bancárias, ao longo do texto é normal que nos vamos referir a esta como garantia bancária autónoma ou simplesmente garantia bancária.

António Sequeira Ribeiro, Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação: Algumas Questões, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. II, Direito Bancário, Almedina, Coimbra 2002, aponta que este tipo de garantia pode, ainda, ser prestado por qualquer pessoa colectiva e até por particulares.

³⁵ Fulvio Mastropaolo, I Contratti di Garanzia, Tomo primo, Utet Giuridica, p. 539, “... il contratto autonomo di garanzia non è, in realtà, un solo contratto, ma piuttosto una categoria di contratti atipici...”

³⁶ Menezes Leitão, Direito das Obrigações, Vol. II, Almedina, 2.ª Ed., Coimbra, 2003, p. 329, defende que não devemos aplicar analogicamente a forma da fiança, regulada no artigo 628.ºCC, à garantia bancária autónoma, “uma vez que esta é estabelecida em função da regra da acessoriedade que, conforme se sabe, não existe na garantia autónoma”; posição que também perfilhamos. Encontramos semelhante formulação na doutrina espanhola, os já mencionados autores, A. Carrasco Pererera, E. Cordero Lobato e M. J. Marín López, ob. cit. ps. 338 e 343 afirmam, ao referir-se à distinção com a fiança, que esta garantia tem natureza autónoma e não acessória e explicam que “la no accesoriedad radica en la inoponibilidad de excepciones, que independiza la obligación del garante frente a la del deudor principal. Esta independencia suele expresarse diciendo que la pgr. No garantiza el pago de ninguna deuda, sino la «indemnidade» del beneficiario para el caso de que ocurra el siniestro especificado en la garantía” e, mais à frente, acrescentam, ainda, que “afirmar que la pgr. no es accesória, que es tipicamente distinta de la fianza, y que

tipo de negócio, também nos parece demasiado leviano não reduzir a concessão da garantia a um documento escrito³⁸. Nas palavras de Menezes Leitão³⁹, “a elaboração de um documento escrito parece essencial para assegurar a ponderação da decisão do garante”.

5.1) TIPOS DE GARANTIA AUTÓNOMA

Com base em dois critérios distintos é possível enunciar uma série de modalidades de garantias autónomas. Em primeiro lugar temos obviamente o critério da automaticidade, que vai distinguir a garantia autónoma simples da garantia autónoma à primeira solicitação⁴⁰. Por outro lado, olhando para o fim ou para a função da garantia, conseguimos autonomizar 4 tipos de garantias⁴¹.

se trata de una garantía autónoma y abstracta, obliga a concluir que desde el momento en que el beneficiário exige el cumplimiento, el garante debe pagar, sin oponer excepciones”.

³⁷ Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de Cumprimento*, Almedina, 4.ª Ed., Coimbra 2003, p. 127. e ss.

³⁸ Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, ob. Cit. p. 130 aceitam que a garantia seja prestada em liberdade de forma, mas dizem também ser “difícilmente concebível a total inexistência de documentos escritos a titular a situação jurídica”.

³⁹ Menezes Leitão, ob cit., p. 329

⁴⁰ A propósito do critério da automaticidade é importante fazer uma referência à distinção entre autonomia e automaticidade. A autonomia é uma característica necessária desta garantia e está relacionada com a independência face às outras relações que compõem esta garantia. Já a automaticidade está conectada com a forma de execução da garantia. É certo que, na maioria das vezes, quando estamos perante uma garantia bancária autónoma a mesma também será automática, por lhe ter sido aposta uma cláusula à primeira solicitação. No entanto, não podemos deixar de conhecer a figura da garantia autónoma simples. “Não é assim de presumir que uma garantia autónoma bancária seja automática, já que a automaticidade constitui

É com base nos critérios supra mencionado que podemos configurar os seguintes tipos de garantia autónoma:

5.1.1) CRITÉRIO DA AUTOMATICIDADE

A) A GARANTIA AUTÓNOMA À PRIMEIRA SOLICITAÇÃO

Este tipo de garantia caracteriza-se por o garante, para além de não poder opor qualquer excepção à exigência de cumprimento, estar vinculado a entregar a quantia acordada assim que o beneficiário a peça, desde que estejam a ser respeitados os termos estipulados para a exigência da garantia^{42/43}. Como mais à frente explicaremos, num

um *plus* relativamente à autonomia, cuja verificação deverá resultar do texto da garantia “, Manuel Januário da Costa Gomes, ob. cit. p. 70.

⁴¹ Mónica Jardim, ob. cit.; Francisco Cortez, ob. cit.; Manuel Castelo Branco, A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações, in Revista da AO, n.º 53 (1993); Jorge Duarte Pinheiro, Garantia Bancária Autónoma, in Revista da AO, n.º 52 (1992); Almeida Costa e Pinto Monteiro, Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação (parecer), in Colectânea de Jurisprudência, ano XI, T 5, 1986.

⁴² Menezes Leitão, ob. cit., p. 331; Para A. Carrasco, E. Cordero Lobato e M. J. Marín López, ob. cit. p. 338, a autonomia, ou a não acessoriedade, “radica en la inoponibilidad de excepciones”; para estes autores para demonstrar esta autonomia basta dizer que esta garantia não paga uma dívida, serve antes para indemnizar o beneficiário na eventualidade de um incumprimento ou incumprimento defeituoso por parte do devedor da relação de valuta, ou seja do garantido.

⁴³ Dentro da garantia à primeira solicitação podemos, ainda, distinguir entre a garantia com ou sem justificação documental, consoante o pedido tenha que ser acompanhado dos documentos comprovativos do facto que desencadeia a garantia ou não. Quando a garantia seja estipulada com obrigação de justificação documental, para que esta se torne efectivamente exigível não basta que o beneficiário interpele

parágrafo dedicado somente à automaticidade desta garantia, o garante paga ao beneficiário “de olhos fechados”. O beneficiário não está vinculado a provar o incumprimento por parte do garantido, “a simples afirmação por este feita de que o facto se produziu (de que a outra parte não cumpriu o contrato) (...) basta para colocar o banco na situação de ter de efectuar o pagamento pedido, sem mais indagações.”⁴⁴ Nas situações em que esta cláusula é aposta é frequente a utilização de conceitos como “garantia autónoma automática” ou “garantia automática” ou “garantia on first demand”^{45/46}.

Ora, assim sendo, a grande diferença face à garantia autónoma simples está exactamente na prova do incumprimento por parte do garantido. É que na garantia autónoma simples,

o garante para pagar, é preciso que este comprove documentalmente a exigência da garantia; neste sentido vide Menezes Leitão, ob. cit., p. 329 e 331, Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, ob. cit., p. 132.

⁴⁴ Ferrer Correia, Notas para o estudo da garantia bancária, in Revista de Direito e Economia, ano VIII, n.º 2 (1982), p. 253.

⁴⁵ Na doutrina italiana a garantia autónoma à primeira solicitação é caracterizada como um negócio unilateral mediante o qual o garante se obriga a pagar uma determinada quantia com a finalidade de assegurar a prestação devida pelo garantido; Assim afirma Fulvio Mastropaolo, ob. cit. p. 545 “... il contratto autonomo di garanzia, caratterizzato dalla clausola di «pagamento a prima richiesta e senza eccezioni», è un contratto obbligatorio unilaterale (inquadrabile tra quelli con obbligazioni del solo proponente: art. 1333), con cui il garante si impegna a pagare un determinato importo allo scopo di garantire la prestazione, dovuta da un terzo al beneficiario, e ciò a sua semplice richiesta, «com rinuncia correlativa a far valere qualsivoglia eccezione inerente all'esistenza validità e coercibilità del rapporto garantito, al quale il garante resta estraneo...»”.

⁴⁶ O facto de esta garantia ser mais célere leva, muitas vezes, os contraentes a pensar que os seus créditos são privilegiados, o que não corresponde à verdade. Os créditos advenientes da garantia autónoma são créditos comuns, o que acontece é que o devedor da garantia, prefere pagar em primeiro lugar aqueles credores por se encontrar numa situação de maior pressão e para evitar consequências mais gravosas. Manuel Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador, Almedina, Coimbra, 2000, p. 56 nota de rodapé 219.

o beneficiário só pode exigir a prestação ao garante mediante prova daquele incumprimento ou de qualquer outra situação que legitime o pedido.

Assim, a garantia autónoma à primeira solicitação torna-se a garantia privilegiada entre os contratantes, é das garantias mais seguras, pois quem a presta está totalmente alheio a todas as excepções invocáveis. Por esta mesma razão, por ser uma parte totalmente alheia das relações entre os outros intervenientes, esta é muitas vezes preferida pelas entidades que a prestam, apesar de daí também advirem riscos muito mais gravosos do que na garantia autónoma simples.

B) A GARANTIA AUTÓNOMA SIMPLES

A garantia autónoma simples caracteriza-se por todos aqueles elementos presentes na garantia autónoma à primeira solicitação, com a excepção da cláusula que dá nome à modalidade. Esta modalidade de garantia não depende da obrigação principal e pode ser exercida logo que se verifiquem os seus pressupostos, mesmo em caso de invalidade ou da existência de excepções⁴⁷. Estaremos perante uma garantia autónoma simples quando as partes se limitaram a prever a derrogação da regra da acessoriedade existente na fiança⁴⁸, estamos a falar daquelas hipóteses em que as partes prevêm a autonomia da obrigação do garante em relação “à existência, validade ou excepções oponíveis ao

⁴⁷ Menezes Leitão, Direito das Obrigações Vol. II, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, p. 328 e 329.

⁴⁸ Fulvio Mastropaolo, ob. cit., p. 527 também defende tratar-se de um contrato que, ao contrário da fiança, não tem presente a característica da acessoriedade, “i contratti autonomi di garanzia sono stati sistematicamente ricompresi all’interno della categoria dei negozi autonomi di garanzia, dunque ache unilaterale, ma tutti, diversamente dalla fideiussione, non accessori”.

crédito garantido admitindo apenas a oponibilidade de exceções próprias da relação de garantia”⁴⁹. Concluindo, ao garante é vedada a possibilidade de opor ao beneficiário os meios de defesa próprios do garantido, dador de ordem, ou exceções baseadas na relação de cobertura⁵⁰.

5.1.2) CRITÉRIO DA FUNÇÃO DA GARANTIA ⁵¹

A) A GARANTIA DE OFERTA

⁴⁹ Menezes Leitão, ob. cit., pp. 328.

⁵⁰ Menezes Leitão, ob. cit., p. 331

⁵¹ A par das quatro modalidades de garantias que expomos, há alguns autores que acrescentam duas outras modalidades. São elas a “maintenance bond” cuja função é assegurar o pagamento de uma parte do preço ainda antes do resultado final e a “completion guarantee” que serve para prolongar a duração da garantia de boa execução. Segundo Francisco Cortez, ob.cit., este tipo de garantias estão previstas em leis administrativas internas, tanto italianas como francesas, p. 541, nota 73. Em Espanha a distinção não é feita mediante uma classificação de tipos de garantias bancárias, mas sim por tipos de cláusulas à primeira solicitação. Neste ordenamento jurídico podemos, então, encontrar as seguintes cláusulas, as quais nem sempre têm correspondência nos tipos de garantia que ora expomos: “(i) las cláusulas que declaran producido el siniestro por la sola reclamación del beneficiario, en alguna ocasión de tipo notaria; (ii) las cláusulas en las que el pago se subordina a la entrega de informes o documentos de terceros que acrediten el incumplimiento; (iii) las cláusulas que permiten que el deudor principal obste el pago en un plazo determinado, acompañando necesariamente cierta documentación acreditativa del cumplimiento; (iv) las cláusulas en las que, a pesar de contender una regla de inoponibilidad de excepciones, se hace mención en ella a la obligación subyacente; (v) las cláusulas de pago a pr. renovables por períodos determinados, salvo denuncia perentoria del garante; (vi) cláusulas que contiene un cuasi beneficio de excusión, en las que el garante se compromete a pagar a pr. el saldo impagado después de haber ejecutado el beneficiário otras garantías, circunstancia que há de probar; (vii) cláusulas a pr. en las que el beneficiário tenga que probar, no obstante, que la deuda reclamada se há contraído en una determinada época; (viii) cláusulas que exigen, además del requerimento, un a determinada acreditación de este extremo por parte de un representante de la dirección técnica de la obra; (ix) cláusulas que, además del requerimento, exigen «previa justificación del impago del deudor principal»”, A. Carrasco, E. Cordero Lobato e M. J. Marín López, ob. cit, p. 345.

Esta garantia, também definida como “promessa mediante anúncio”, “garantia de honorabilidade da proposta”, “garantia de subsistência da oferta” ou “garantia de licitação”⁵², tem como finalidade garantir que o garantido irá honrar a proposta apresentada⁵³. Ou seja, o garante obriga-se a pagar certa quantia ao beneficiário na eventualidade de o garantido não cumprir com as formalidades atinentes à celebração de certo contrato.

B) A GARANTIA DE BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO⁵⁴

Esta tem como função garantir ao beneficiário o perfeito e pontual cumprimento da obrigação do garantido, assim, o garante está obrigado a pagar a quantia determinada quando aquela situação não se verifique⁵⁵. Nas palavras de Ferrer Correia, esta garantia “tem por objecto a indemnização do dano resultante para uma das partes do

⁵² Na literatura estrangeira chamam-lhe “Bid Bond”, “Tender Guarantee”; “Bietungsgarantie”; “Garantie de soumission”; “Garanzia di oferta” ou, ainda, “Garanzia di mantenimento dell’offerta”, Mónica Jardim, ob. cit., p. 68; António Sequeira Ribeiro, ob. cit. p. 319 e ss; Fulvio Mastropaolo, ob. cit. p. 553.

⁵³ Estamos, normalmente, perante a celebração de contratos de empreitada. Mónica Jardim, ob. cit. p.68; neste sentido veja-se também Manuel Castelo Branco, ob. cit., p. 72.

⁵⁴ Também conhecida por “Performance Bond”, “Performance Guarantee”; “Leistungs, Lieferungs oder Erfüllungs-garantie”; “Garantie de bonne execution du contrat” ou “de bonne fin”; “Garanzia di buona esecuzione”, Mónica Jardim, ob. cit. e Manuel Castelo Branco, ob. cit.

⁵⁵ Na doutrina italiana corresponde à “garanzia di prestazione o fornitura, per la quale il garante, su richiesta di un contraente di beni o di servizi, di un appaltatore, ecc., si impegna a pagare un determinato importo al creditore (compratore, comitente, ecc.), se il debitore non adempia esattamente gli obblighi assunti, oppure, a sua scelta e se così previsto, a procurare l’esecuzione del contratto”, Fulvio Mastropaolo, ob. cit., p. 553.

incumprimento pela outra parte da prestação característica do contrato”⁵⁶. Existe aqui uma obrigação anterior cujo interesse económico leva o beneficiário a pedir este tipo de garantia. Olhando para a sua função podemos distinguir duas formas, por um lado temos as garantias de entrega e ao lado destas temos aquelas que decorrem de contratos⁵⁷.

C) A GARANTIA DE REEMBOLSO DE PAGAMENTOS ANTECIPADOS

Também é frequente referirmo-nos a esta garantia como garantia de restituição ou simplesmente garantia de reembolso⁵⁸. Esta garante que o beneficiário receberá o valor que já pagou, se a outra parte não cumprir o acordado. Ou seja, se o beneficiário da garantia não recebeu do garantido aquilo a que este se obrigou e que já havia pago, o garante está obrigado a entregar o preço acordado⁵⁹.

⁵⁶ Mónica Jardim, ob. cit., p. 70.

⁵⁷ António Sequeira Ribeiro, ob. cit., p. 321; O autor refere, ainda, que “este tipo de garantias, que é o geralmente utilizado em projectos de especial relevância económica ou em que os beneficiários são entidades administrativas, é igualmente o mais conflituoso no que se refere à sua reclamação. Em causa pode estar o incumprimento ou não execução de uma obrigação que se pode traduzir em uma ou mais prestações. Pode até acontecer que a garantia só se refira a uma concreta prestação do devedor principal e o beneficiário ameaça com a reclamação, para conseguir obter uma prestação que não estava vinculada de forma alguma à garantia prestada”.

⁵⁸ Mónica Jardim, Manuel Castelo Branco e Fulvio Mastropaolo ob. cit. referem, ainda, outros nomes estrangeiros como “Repayment Bonds”, “Advance Payment Bonds”; “Repayment-Garantee”; “Advance-Garantee”; “Anzahlungs-Garantie”; “Garantie de reversement d’acomptes”; “Garanzia di rimborso” e, ainda, “Garanzia per la restituzione di pagamenti parziali anticipati”.

⁵⁹ Segundo Manuel Castelo Branco, ob. cit. esta garantia é prestada na maior parte da vezes em contratos-promessa de compra e venda para assegurar que o promitente comprador receberá o sinal caso o negócio não se venha a celebrar.

D) A GARANTIA DE PAGAMENTO

A garantia de pagamento é a de mais fácil compreensão, reconduzindo-se à obrigação de o garante pagar quando o garantido não cumpra, ou não cumpra pontualmente, a obrigação pecuniária a que se obrigou, pelo que não carece de mais explicações⁶⁰.

E) A GARANTIA POR FALTA DE DOCUMENTO

A autonomização desta modalidade de garantia autónoma, ao contrário das modalidades supra, não é acolhida unanimemente; no entanto, António Sequeira Ribeiro, faz alusão a este modelo de garantia no texto “Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação: Algumas Questões”, publicado nos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles. O autor configura-a como uma garantia que tem por finalidade assegurar os riscos inerentes à falta de quaisquer documentos em qualquer relação negocial. Segundo o autor, “no fundo, pretende-se resguardar o beneficiário de um possível dano económico resultante da falta de um documento necessário”⁶¹.

⁶⁰ Na doutrina Italiana é chamada de “garanzia di pagamento”, Fulvio Mastropaolo, ob. cit., p. 554.

⁶¹ António Sequeira Ribeiro, ob. cit., p. 324.

CAPÍTULO II – ANÁLISE DA GARANTIA AUTÓNOMA

1) CONFIGURAÇÃO DA GARANTIA BANCÁRIA

A Garantia bancária pode ser perspectivada de duas formas: como obrigação ou como fonte de uma obrigação.

Para o presente estudo optamos por ver a garantia autónoma como uma fonte de obrigação, como um contrato⁶². Assim deixamos aqui uma mera referência à qualificação desta figura como uma obrigação.

Enquanto obrigação a maioria dos autores que se dedicam a este tema, descrevem-na como sendo uma obrigação “simples, relativa, secundária, pura e de garantia”⁶³. É uma obrigação simples, pois trata-se de uma só obrigação que não se pode decompor. Relativa, porque o dever do banco corresponde a um direito do credor do contrato base. É, ainda, uma obrigação secundária, pois a sua função é assegurar e reforçar a obrigação que o devedor do contrato base assumiu. Pura, por ter natureza creditícia e, finalmente, de garantia visto assegurar, ao credor do contrato base, a satisfação da sua prestação.

Por outro lado, olhando para esta figura enquanto fonte de uma obrigação, a garantia autónoma é, antes de mais, um contrato, essencialmente porque produz efeitos devido à

⁶² De acordo com Galvão Telles, *Garantia bancária autónoma*, in o *Direito*, ano 120.º, 1988, III-IV (Jul - Dez) p. 287, a configuração da garantia autónoma como contrato enquanto fonte de obrigação é a posição maioritária na doutrina.

⁶³ Mónica Jardim, *ob. cit.*, p. 99

vontade do banco e do beneficiário⁶⁴. Mónica Jardim e Jorge Duarte Pinheiro⁶⁵ afirmam tratar-se de um contrato consensual, inominado e atípico, não real, não sinalagmático e gratuito. Consensual por ser um contrato sujeito ao princípio da liberdade de forma, e inominado e atípico por não ter um nomen iuris e pela falta de regulamentação legal. É um contrato não real pois não está dependente da tradição de uma coisa. O facto de este contrato só acarretar obrigações para o garante torna-o não sinalagmático e, por último, é um contrato gratuito por o beneficiário estar totalmente livre se quaisquer sacrifícios⁶⁶.

2) CARACTERÍSTICAS DA GARANTIA AUTÓNOMA

Olhando agora para a garantia enquanto fonte de obrigação, ou seja, como um contrato, vamos analisar as suas características essenciais - a autonomia e a automaticidade - que a distinguem de muitas outras figuras semelhantes. Sendo certo que a segunda característica só se verifica quando estivermos perante uma garantia à primeira solicitação⁶⁷. Estas duas características resultam de duas ordens de razão. Em primeiro lugar devido à sua finalidade de desvincular a obrigação do garante das outras relações

⁶⁴ Jorge Duarte Pinheiro, ob. cit., p. 430.

⁶⁵ Mónica Jardim, ob. cit., p. 103 e Jorge Duarte Pinheiro, ob. cit., p. 431.

⁶⁶ A referida autora vai mais longe e enumera, ainda, os seguintes elementos, que considera típicos do contrato de garantia: preâmbulo, cláusula de garantia, montante da garantia, lugar do pagamento, data de entrada em vigor do contrato e momento da expiração da garantia e ainda uma cláusula relativa à eleição do foro, ob. cit. pp. 103 a 105.

⁶⁷ Tais elementos são referidos no artigo 3.º das Regras Uniformes da Camara do Comercio Internacional.

estabelecidas e em segundo lugar pela vontade que os próprios contraentes têm em que as obrigações do garante e do garantido sejam independentes uma da outra⁶⁸.

Para determinarmos o alcance da autonomia temos que determinar quais os efeitos da acessoriedade que não estão presentes na garantia autónoma. Como já temos vindo a ver ao longo do presente estudo, a relação de garantia, estabelecida entre o garante e o beneficiário é totalmente independente e autónoma das outras relações e, portanto, temos na garantia bancária autónoma, aliás, como sua principal característica, a total exclusão da acessoriedade (característica típica do regime da fiança). Ao celebrar um contrato de garantia bancária autónoma, o banco pretende assumir uma posição que depende exclusivamente das condições desse contrato⁶⁹.

2.1) A AUTONOMIA

Característica essencial deste tipo de garantia, a autonomia define-se como a “impossibilidade de o garante usar “os meios de defesa” próprios do devedor garantido, ou ainda, a não invocabilidade pelo garante de “quaisquer objecções sobre a subsistência ou validade do crédito do beneficiário perante o devedor garantido”⁷⁰. Ou seja, no facto de o garante não poder recusar o cumprimento com base em circunstâncias relacionadas com o contrato base. Assim, este contrato é autónomo uma vez que “o garante assume

⁶⁸ António Sequeira Ribeiro, ob. cit., p. 353

⁶⁹ António Sequeira Ribeiro, ob. cit., p. 356

⁷⁰ Francisco Cortez, ob. cit., p. 532, citando Almeida Costa e Pinto Monteiro em co-autoria, nota 47 e Pinto Monteiro, notas 50 e 51.

uma obrigação própria, independente (desligada) do contrato base⁷¹”. A par desta inoponibilidade costuma-se também acrescentar a não alegação de exceções baseadas na sua relação com o garantido. Para além das referidas limitações, impostas ao garante, a autonomia está, também, relacionada com o facto de o devedor principal, o garantido, não poder impedir o garante de pagar ao beneficiário a quantia acordada no contrato de garantia⁷².

A doutrina faz, ainda, referência a diferentes graus de autonomia consoante o tipo de garantia autónoma. Assim, por um lado, a autonomia será menor quando estivermos perante uma garantia bancária simples⁷³ e, por outro lado, e como bem se compreenderá, mais forte quando estivermos perante uma garantia à primeira solicitação⁷⁴. O grau de autonomia da obrigação é, também, variável consoante o que as partes estipularam⁷⁵, não

⁷¹ Francisco Cortez, ob. cit., p. 532.

⁷² Almeida e Costa e Pinto Monteiro, ob. cit., p. 20.

⁷³ Francisco Cortez, ob. cit., p. 533

⁷⁴ Mas será que o simples facto de ser aposta uma cláusula “à primeira solicitação” faz da garantia uma garantia autónoma? A propósito desta questão, Jorge Duarte Pinheiro, ob. cit., p. 426 faz referência às posições de diversos autores estrangeiros como Pleyer e Auhagen, para quem a utilização desta cláusula constitui uma presunção iuris et de iure de garantia pessoal não acessória; e de Schinnerer, von Caemmerer e, sobretudo, Kleiner que, por outro lado, tratam a cláusula “à primeira solicitação” como uma presunção iuris tantum – nada obsta a que esta cláusula seja utilizada juntamente com outras que torna a garantia uma garantia acessória. Veja-se por exemplo o caso da fiança à primeira solicitação e a decisão do BGH de 2.5.79: “se bem que a cláusula “à primeira solicitação” deva ser considerada um indicio da presença de contrato autónomo de garantia (...), essa cláusula não deve todavia permitir excluir a existência de uma fiança (...), sobretudo quando o texto do contrato se deduz claramente que o promitente queria prestar uma fiança e não uma garantia autónoma”, citado por G. Portale, Nuovi Sviluppi del Contratto Autonomo di Garanzia, in Banca e Borsa e Titoli di Crédito, Milano, 1985, Ano XLVIII, Fasc. II, p. 172, nota 5.

⁷⁵ Miguel Brito Bastos, A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma “on first demand”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. III, Coimbra Editora, 2010, p. 527, para quem “a conformação de obrigações contratuais como autónomas ou acessórias de outras posições jurídicas é uma opção das partes dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento, pelo que o grau de autonomia da obrigação do garante autónomo será variável consoante o que as partes houverem estipulado”, ideia

nos podemos esquecer que estamos a tratar de um contrato celebrado à luz do princípio da autonomia privada e que a ratio do contrato de garantia autónoma é “uma tutela mais célere, eficiente e segura da posição do credor”⁷⁶. Para Miguel Brito Bastos há “alguma margem de acessoriedade (...) constitutiva do tipo de garantia autónoma” com fundamento na situação em que o beneficiário vê o seu crédito satisfeito por parte do garantido, situação em que, conseqüentemente, a obrigação do garante deixa de existir. Ou seja, a obrigação de garantia está vinculada ao cumprimento da obrigação por parte do garantido, se este pagar voluntariamente aquela obrigação deixa de existir⁷⁷. Na minha opinião tal sombra de acessoriedade não permite afastar a autonomia desta garantia, até porque, o objectivo principal de todo e qualquer tipo de garantia é assegurar o cumprimento da obrigação principal, pelo que a garantia está sempre relacionada com esta relação, causa da sua existência.

2.2) A AUTOMATICIDADE⁷⁸

A automaticidade é uma característica eventual, só está presente quando se inclui uma cláusula “à primeira solicitação”. Esta cláusula faz com que o garante fique obrigado a pagar ao beneficiário o montante previamente acordado ao primeiro pedido. O garante

retirada de Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, Berlin, 1988, p.749; António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Bancário*, p.642, e António Sequeira Ribeiro, *Garantia bancária autónoma à primeira solicitação: algumas questões*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol II, Coimbra, 2002, p.308.

⁷⁶ Francisco Cortez, ob. cit., p. 534

⁷⁷ Miguel Brito Bastos, ob. cit., p. 527 e s.

⁷⁸ Relativamente a este tema veja-se, Francisco Cortez, ob. cit. Pp. 535 e ss.

pagará sem que o beneficiário tenha que fazer prova do incumprimento por parte do garantido ou de qualquer outra situação que legitime o accionamento da garantia. É através desta cláusula que se ultrapassa “o risco de se ter de provar a ocorrência dos pressupostos que condicionam o direito do beneficiário”⁷⁹. Diferentemente, se a garantia não incluir a cláusula à primeira solicitação, o beneficiário só poderá exigir o pagamento se fizer prova dos factos que fazem nascer a obrigação do garante⁸⁰.

Podemos então concluir que esta cláusula acarreta vantagens para o beneficiário ao nível da exigibilidade da obrigação do garante, pois, ao passo que na garantia autónoma simples o garante tem que fazer prova do facto que legitima o pedido de pagamento por parte do garante⁸¹, na garantia autónoma à primeira solicitação o pedido do beneficiário é suficiente para obrigar o garante ao pagamento da quantia acordada.

Este tipo de garantia é mais seguro, expedito e eficaz para o beneficiário. Podemos afirmar que com esta cláusula a garantia é tão segura como se tivesse sido feito um depósito prévio a favor do beneficiário⁸². Quanto ao facto de esta ser mais expedita, estamos claramente a pensar na celeridade da entrega da quantia acordada, pois, como já referimos, o garante não está vinculado a qualquer actuação que não seja o mero pedido. Por último, esta garantia é mais eficaz porque atinge o auge da autonomia, porque elimina qualquer possibilidade de litigância entre o garante e o beneficiário.

⁷⁹ Almeida Costa e Pinto Monteiro, ob. cit., p. 19

⁸⁰ António Sequeira Ribeiro, ob. cit., p. 363 e ss.

⁸¹ Por exemplo: o incumprimento por parte do devedor principal, a mora no cumprimento ou o cumprimento defeituoso etc.

⁸² Almeida Costa e Pinto Monteiro, ob. cit., p. 19 “tudo se passa (...) como se o banco, no momento que se obrigou perante o beneficiário, tivesse depositado à ordem deste o montante estipulado para a garantia”.

É com a cumulação destas duas características que se obtém a segurança total; temos, por um lado, a independência face à relação base e a conseqüente inoponibilidade das excepções derivadas desta relação e, por outro lado, temos uma entrega imediata do valor em causa, sem a litigância entre beneficiário e garante relativamente à verificação do facto que legitima o direito daquele. Concluindo, temos uma garantia autónoma e automática, que se traduz na expressão “paga-se primeiro, discute-se depois”⁸³.

Convém, ainda, deixar aqui uma breve referência à vantagem que este tipo de garantia autónoma tem para o banco garante, é que este, quando presta este tipo de garantia, recebe uma retribuição mais elevada e também porque se mantém numa posição de total neutralidade face à relação que se desenvolve entre o garante e o beneficiário. É certo que o garante paga ao beneficiário “de olhos fechados” mas quando vai exigir esta obrigação ao garantido também vai ser reembolsado “de olhos fechados”⁸⁴.

⁸³ A propósito desta maior segurança e facilidade de exigibilidade, muitos autores questionam se a garantia autónoma não deveria incluir obrigatoriamente uma cláusula à primeira solicitação. Não nos vamos alongar sobre esta questão doutrinal, deixamos apenas alguns exemplos jurisprudenciais: O Supremo Tribunal de Justiça, no seu acórdão de 27 de Janeiro de 1993 afirmou que a cláusula à primeira solicitação é um elemento típico do contrato de garantia autónoma, in Boletim do Ministério da Justiça, 1993, n.º 423, pp. 489/490; por outro lado, o mesmo Tribunal, por acórdão de 7 de Novembro de 1990 deu a entender que a autonomia da garantia implica necessariamente a cláusula de pagamento à primeira solicitação, in Actualidade Jurídica, ano 2, n.º 13/14, p. 10; também o Tribunal da Relação de Lisboa, por decisão datada de 11 de Dezembro de 1990 associou a cláusula à primeira solicitação ao carácter autónoma da garantia, ou seja, para estarmos perante uma garantia autónoma teríamos que lhe apor a fórmula “à primeira solicitação”, in Colectânea de Jurisprudência, 1990, Tomo V, pp. 136.

⁸⁴ Galvão Telles, Garantia Bancária Autónoma, in O Direito, ano 120.º, 1988, iii-iv (Jul-Dez.), p. 283

CAPÍTULO III – REGIME DA GARANTIA AUTÓNOMA

1) AS RELAÇÕES JURÍDICAS SUBJACENTES À GARANTIA AUTÓNOMA

A garantia autónoma é constituída por três intervenientes, o garantido, o garante e o beneficiário. Conforme estejamos a analisar cada uma das relações jurídicas que entre estes sujeitos se têm necessariamente que estabelecer podemos referir-nos a eles através de outras expressões. O número de intervenientes neste negócio corresponde ao número de relações que se vão estabelecer para formar uma perfeita garantia autónoma. Assim, vamos analisar de seguida as seguintes relações: a relação de cobertura, a relação de atribuição e a relação de execução. Como nos diz Galvão Telles, tanto a relação de atribuição como a de execução “são de natureza externa, no sentido de que nelas participa o beneficiário” ao passo que a relação de cobertura é “de índole interna, no sentido de que nela não intervém o beneficiário, travando-se entre os outros sujeitos”⁸⁵.

A relação de cobertura tem como intervenientes o garantido e o garante, relação à qual vamos dedicar mais tempo e estudo num capítulo dedicado somente a esse tema. No entanto deixamos aqui uma breve definição; trata-se de uma relação em que o garante se compromete a prestar a garantia, mediante retribuição, a pedido do garantido. O garante assume o compromisso de emitir uma garantia a favor de um terceiro que venha a ser designado pelo garantido. Como contrapartida desta obrigação o garante exige, do garantido, o pagamento de uma comissão. Nascem assim duas obrigações, por um lado o garante fica obrigado a emitir aquela garantia e por outro lado o garantido fica obrigado a

⁸⁵ Galvão Telles, *Garantia bancária autónoma*, ob. cit., p. 289.

pagar uma compensação ao garante e ainda, a reembolsa-lo na eventualidade de tal garantia ser reclamada pelo seu beneficiário⁸⁶.

Em segundo lugar temos a relação de atribuição, também conhecida por contrato base, relação que se estabelece entre o garantido e o beneficiário da garantia. É devido a esta relação que nasce a necessidade de se prestar uma garantia deste tipo, trata-se aqui de um negócio específico como, por exemplo, um contrato de empreitada⁸⁷. É aquando da celebração deste contrato que se estipula que o garantido, aqui devedor, terá que conseguir um garante (normalmente um banco “de sólida reputação internacional”) que emita aquela garantia⁸⁸. O garantido e o beneficiário podem estipular um prazo para aquele conseguir que alguém preste a garantia necessária, nestes casos, na eventualidade de não se conseguir a concessão da garantia o beneficiário fica investido no direito a uma indemnização pelo garantido. Tal indemnização servirá para reparar quaisquer danos resultantes da inexecução do contrato⁸⁹.

Por último temos a relação de execução, a qual se estipula entre o garante e o beneficiário da garantia e que consiste, precisamente, na prestação da garantia. É só neste momento que o garantido cumpre aquilo a que se comprometeu na relação de atribuição. O garante vincula-se a cumprir a garantia nos exactos mesmos termos em que o garantido se obrigou a cumprir a obrigação, sem se conectar com a obrigação que advém para o

⁸⁶ Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 330; Jorge Duarte Pinheiro, ob. cit., p. 420.

⁸⁷ Menezes Leitão, ob. cit., p. 327 e ss.

⁸⁸ Esta será, em princípio, a situação regra. No entanto também é permitido que o beneficiário solicite a prestação da garantia ainda antes de celebrar o contrato com o garantido. Nestes casos a garantia será um pressuposto para a celebração do contrato base. A garantia pode, também, fazer parte do próprio contrato base ou ainda de um documento anexo a este. Em qualquer dos casos, será a lei aplicável à relação de execução que determinará quais os direitos que o beneficiário tem face ao garantido caso este não consiga a prestação de tal garantia. Vide, Mónica Jardim, ob. cit., p. 48.

⁸⁹ Mónica Jardim, ob. cit., p. 48.

garantido pela celebração do contrato base. Nestes termos podemos dizer que a obrigação do garante se determina exclusivamente em função das condições do contrato de garantia. Com a celebração deste contrato o garante fica impossibilitado de recorrer às exceções relativas tanto à relação jurídica de atribuição como à relação de cobertura⁹⁰. A relação de execução configura um verdadeiro contrato, para a sua celebração é necessária a aceitação, ainda que tácita, por parte do beneficiário. Este contrato não é, todavia, um contrato sinalagmático uma vez que dele nascem somente obrigações na esfera jurídica do garante⁹¹.

2) EM ESPECIAL – A QUALIFICAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA ESTABELECIDADA ENTRE O GARANTE E O GARANTIDO (DADOR DE ORDEM – PRESTADOR DA GARANTIA)

A qualificação da relação jurídica que se estabelece entre o garantido e o garante, aos quais também podemos chamar de dador da ordem e prestador da garantia respectivamente, tem sido analisada através da comparação com o regime jurídico estabelecido para uma série de contratos típicos conhecidos do nosso ordenamento jurídico. Sendo este o ponto essencial do nosso estudo, vamos dedicar algum tempo à análise do regime de cada um dos tipos contratuais com que esta relação tem sido equiparada, podendo desde já acrescentar que a nossa formulação vai no sentido da opinião maioritária, que considera tratar-se aqui de um contrato de mandato.

⁹⁰ Mónica Jardim, ob. cit. p. 60, 61 e 65; A. Carrasco Perere, E. Cordero Perera e M. J. Marím López, ob. cit., p. 346.

⁹¹ Menezes Leitão, ob. cit., p. 330; Francisco Cortez, ob. cit., p. 529.

2.1) A ASSUNÇÃO DE DÍVIDA

Antunes Varela⁹² define a assunção de dívida, em termos gerais, como “a operação pela qual um terceiro (assuntor) se obriga perante o credor a efectuar a prestação devida por outrem”. Há portanto, uma alteração da pessoa do devedor, a qual se pode operar por duas formas, por um lado, através de um contrato entre o antigo e o novo devedor com ratificação pelo credor ou, por outro lado, através da celebração de um contrato directo entre o novo devedor e o credor, independente do consentimento do primitivo obrigado. São situações em que o novo devedor tem interesse em assumir a obrigação que o primitivo devedor tinha anteriormente assumido com um terceiro⁹³.

No entanto, a figura da assunção de dívida não é assim tão transparente como a definição oferecida nos transmite, é que podemos estar aqui perante duas modalidades distintas, numa das quais, apesar de se alterar a pessoa do devedor, o primitivo não fica exonerado.

A primeira modalidade, a de mais fácil compreensão, é a chamada assunção liberatória ou assunção de dívida propriamente dita⁹⁴ e caracteriza-se por se operar uma transmissão

⁹² Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 10.^a ed, Almedina

⁹³ A este propósito vejamos os seguintes exemplos elaborados por Antunes Varela, in *Das Obrigações em Geral*, 10.^a ed. Almedina, “O vendedor do prédio pode estar interessado em transferir para o comprador o encargo das despesas com as benfeitorias que nele introduziu. O comprador do bar-restaurante pode querer chamar a si a promessa feita pelo vendedor de celebrar certo contrato de fornecimento com uma fábrica de refrigerantes”; “A mulher do arrendatário, por exemplo, pode prontificar-se a pagar as rendas devidas pelo marido, com o intuito de prevenir a acção de despejo que o senhorio estava disposto a requerer, atingindo-a a ela e aos filhos. O credor hipotecário pode comprometer-se a pagar ao empreiteiro o preço das obras previstas para o prédio hipotecado, a fim de melhor se precaver contra a desvalorização da garantia do seu crédito, resultante da falta das obras”.

⁹⁴ Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 10.^a ed, Almedina, refere as seguintes expressões quando se refere a esta modalidade da assunção de dívida: assunção liberatória, exclusiva ou privativa dívida; o

da posição do devedor inicial e conseqüentemente a exoneração total do devedor primitivo.

Diferente é a assunção cumulativa⁹⁵, assunção que não exonera o devedor, pois o novo interveniente passa a ocupar a posição de devedor juntamente com o antigo^{96/97}. Para o credor esta hipótese é altamente vantajosa, pois este fica com a possibilidade de obter a prestação por duas vias. Perante esta modalidade é preciso ter em atenção que o facto de um novo devedor vir integrar a relação jurídica juntamente com o antigo não significa que o credor tenha agora adquirido o direito a uma dupla prestação⁹⁸.

Para toda esta operação ser válida é necessário e essencial que haja consentimento por parte do credor. Na primeira modalidade, como o devedor vai ficar totalmente exonerado da obrigação de cumprimento é necessário que o consentimento do credor seja prestado de forma expressa. Assim sendo, para que o negócio se torne válido é essencial que o

mesmo autor enuncia os seguintes expressões internacionais: “acollo privativo” ou “befreiende Schuldübernahme”

⁹⁵ Já para esta modalidade, o mesmo autor da nota anterior menciona os seguintes nomes: “co assunção de dívida, acessão ou adjunção à dívida, assunção multiplicadora ou reforçativa da dívida, e para a literatura internacional: “acollo cumulativo” ou “Schulbeitritt”.

⁹⁶ Mónica Jardim, ob. cit., p. 50.

⁹⁷ Bastava esta explicação para podermos afirmar com toda a certeza que a relação jurídica em análise não se reconduz a este tipo contratual, uma vez que é certo que o garante não assume a mesma dívida que o garantido perante o beneficiário. Na garantia autónoma o garante obriga-se a prestar certa quantia em dinheiro, ao passo que a obrigação do garantido pode reconduzir-se a uma diversidade de prestações como seja, a título de exemplo, a construção de uma obra.

⁹⁸ Manuel Januário da Costa Gomes, ob. cit., p. 104 e s., afirma que “ a assunção de dívida, no que tange a um *critério de responsabilidade do primeiro devedor*, pode assumir não duas mas três modalidades: a *assunção liberatória*, a *assunção cumulativa* (ambas com expressão no art. 595/2) e ainda, a (chamemos-lhe, assim) *assunção liberatória com reserva de garantia*, figura que tem expressão no art. 600 e que assume, a final, uma feição peculiar, já que o primeiro devedor surge agora como devedor secundário solidário deixando o primeiro plano ao novo devedor”.

credor ratifique o negócio celebrado entre o antigo e o novo devedor, pois só assim se poderá considerar efectuada a assunção^{99/100}. A situação é diferente quando estamos perante uma assunção cumulativa. Na segunda modalidade o consentimento do credor já não tem que ser expresso, uma vez que deste tipo de assunção nasce sempre uma vantagem para o credor. Assim sendo, para se considerar o negócio válido é suficiente a celebração do contrato entre o credor e o novo devedor, o seu consentimento é condição necessária.

Perante o supra exposto podemos já constatar que o contrato celebrado entre o garante e o garantido não se reconduz ao regime da assunção de dívida. Na garantia autónoma o garante não se compromete a efectuar a prestação a que o garantido se vinculou perante o credor/beneficiário. A prestação do garante não é a mesma que foi estipulada no contrato base, logo não há aqui o elemento necessário de manutenção da prestação que existe na assunção de dívida. É com base nesta diferença de prestações que podemos afastar também a possibilidade de se tratar de uma assunção cumulativa. E mais, na garantia autónoma o garante não é co devedor, a sua prestação só se torna exigível na eventualidade de o garantido não cumprir aquela a que está obrigado. Já na assunção de dívida cumulativa o credor pode exigir a prestação de qualquer um dos devedores, portanto, a exigibilidade da prestação ao novo devedor é independente de uma prévia interpelação do primitivo devedor para pagar. O garante é responsável pelo cumprimento de uma obrigação própria e não pelo cumprimento da obrigação da dívida do garantido, dívida essa que lhe é alheia, “não se trata tanto de garantir o cumprimento da obrigação

⁹⁹ Abílio Neto, Código Civil Anotado, pág. 1 a 860, 8.ª ed, 1994, Ediforum, em comentário ao artigo 595.º CC, refere que para se operar a exoneração do devedor primitivo o consentimento do credor tem que ser emitido numa declaração expressa. Neste sentido veja-se, ainda, Menezes Cordeiro, Obrigações 1980.

¹⁰⁰ Também o Ac. Do Tribunal da Relação de Lisboa de 18/11/1986 afirma que a assunção de dívida só é liberatória caso haja uma declaração expressa do credor nesse sentido.

do devedor, mas antes de assegurar o interesse económico do credor beneficiário da garantia; dito de outro modo, a garantia não pressupõe a existência de uma assunção de dívida, em que o banco (assuntor) assume a obrigação de pagar a dívida de outrem (antigo devedor), nos termos previstos nos artigos 595.º e seguintes do Código Civil, pois o garante constitui-se devedor de uma obrigação própria, ainda que relacionada com a dívida do garantido”¹⁰¹.

Mas as diferenças entre a relação garante e garantido e a relação base da assunção de dívida não se ficam por aqui. Vejamos agora o regime da transmissão e as possibilidades de defesa que as partes têm¹⁰².

Para a assunção de dívida ser válida é necessário que o contrato inicial, celebrado entre o devedor primitivo e o credor, seja válido, pois se a dívida não for válida a assunção caduca automaticamente. É também essencial que o contrato de assunção esteja perfeitamente celebrado e produza os seus efeitos, pois na eventualidade de o mesmo não ser válido renascerá a obrigação do devedor exonerado, anulando-se, necessariamente, a obrigação do devedor assuntor.

Pese embora a possibilidade de existência de invalidades nos contratos, certo é que, nos termos do disposto no artigo 598.º do Código Civil, ao devedor assuntor é vedada a possibilidade de invocar ao credor meios de defesa baseados em relações anteriores entre ele e o anterior devedor, baseadas na nulidade ou anulação do contrato que serviu de fundamento à assunção.

¹⁰¹ Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de Cumprimento*, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 119.

¹⁰² Relativamente aos meios de defesa invocáveis pelos intervenientes da garantia autónoma fazemos aqui uma breve referência e uma remissão para o último capítulo do presente estudo em que abordamos detalhadamente as possibilidades de defesa dos diversos intervenientes.

No entanto, o novo devedor não está totalmente desprotegido. Por um lado, o devedor assuntor pode invocar, em sua defesa, a nulidade do contrato de assunção (seja por impossibilidade física ou legal, seja por ilicitude ou por imoralidade da prestação prometida) ou requerer a sua anulação, com base em erro, dolo ou coacção, desde que os pressupostos de relevância destes vícios se verifiquem em relação ao devedor originário. Por outro lado, a este novo devedor aproveitam os meios de defesa que cabiam ao antigo devedor, ou seja, o assuntor pode invocar meios de defesa baseados na relação estipulada entre o antigo devedor e o credor, com a ressalva de se tratar de excepções cujo fundamento seja anterior à assunção e que não se trate de meios de defesa pessoais^{103/104}.

2.2) O CONTRATO A FAVOR DE TERCEIRO

“O contrato a favor de terceiro é o contrato em que um dos contraentes (promitente) atribui, por conta e à ordem do outro (promissário), uma vantagem a um terceiro (beneficiário), estranho à relação contratual”, ou, nas palavras de Galvão Telles¹⁰⁵, “(...) quando duas pessoas celebram entre si um contrato em nome próprio, tendente a proporcionar directamente uma vantagem a terceiro estranho ao negócio”.

As partes que integram este contrato são, claramente, o promitente, aquele que se obriga a realizar a prestação, e o promissário, aquele que recebe a promessa e a atribui através do promitente ao terceiro. O terceiro ou beneficiário, apesar de adquirir um direito

¹⁰³ Quando se trate de meios de defesa pessoais invocados pelo primitivo devedor estes aproveitam ao devedor assuntor.

¹⁰⁴ Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, 10.^a ed, Almedina

¹⁰⁵ Galvão Telles, Direito da Obrigações, Coimbra Editora, 6.^a Ed., p. 154

através da celebração deste contrato, é alheio ao mesmo. Utilizando a mesma terminologia que usamos para explicar as relações existentes na garantia autónoma, a relação entre o promitente e o promissário corresponde à relação de cobertura.

Característica essencial deste contrato é a motivação dos contraentes se reconduzir à intenção de atribuir um direito a um terceiro ou que do contrato resulte um benefício patrimonial para o beneficiário. Esse benefício nascerá, à partida, automaticamente na esfera jurídica do terceiro, fruto da mera celebração do contrato, livre da prática de quaisquer actos posteriores. Mediante a celebração deste contrato “é atribuído um benefício a um terceiro, a ele (contrato) estranho, que adquire um direito a essa vantagem, o direito do beneficiário resulta imediatamente do contrato, pois o promitente fica vinculado, perante ele à prestação”¹⁰⁶. A regra é, então, a da automaticidade do direito à prestação, todavia, as partes podem determinar que a sua entrega seja deferida para um momento futuro¹⁰⁷.

É pelo facto de o beneficiário adquirir o direito à prestação automaticamente que este contrato se distingue daquelas hipóteses em que um terceiro vai adquirir uma prestação mas que não tem direito a ela com a mera celebração do contrato. O direito que o beneficiário adquire com base na celebração do contrato a seu favor é um direito de crédito autónomo. A esta característica acresce, ainda, o facto de o promissário agir em nome próprio.

A relação que serve de base ao direito conferido a terceiro é aquela que se estabelece entre o promitente e o promissário, pois é daí que aquele retira a cobertura para a atribuição a que se vinculou. A esta relação, à semelhança do que acontece na garantia

¹⁰⁶ Mónica Jardim, ob. cit. p. 52, a citar Antunes Varela e Pires Lima, Código Civil Anotado.

¹⁰⁷ Vide. Abílio Neto, Código Civil Anotado, 8.ª ed, 1994, p. 335

bancária, dá-se o nome de relação de cobertura ou de provisão. É através desta relação que se vão definir os direitos e os deveres dos seus intervenientes e, bem assim, os meios de defesa que o promitente e o promissário podem invocar um contra o outro. Trata-se, portanto, de uma relação que assume uma importância fundamental para a execução do contrato. Mas as suas repercussões não se restringem à regulação da relação entre aqueles dois intervenientes, também influenciam a relação entre o promitente e o beneficiário do contrato. Isto porque, nos termos e ao abrigo do disposto no artigo 449.º do Código Civil, aquele pode opor a este todos os meios de defesa que resultem do contrato de cobertura. O que não pode acontecer é o promitente opor ao beneficiário meios de defesa que advenham de uma outra relação entre ele e o promissário ou na relação estabelecida entre o promissário e o terceiro (relação de valuta – vide artigo 449.º do Código Civil)¹⁰⁸.

Nas palavras de Diogo Leite Campos, “o direito do terceiro só está sujeito às exceções derivadas do contrato entre promitente e promissário”, significa isto que o promitente só pode invocar factos resultantes da relação de cobertura. Ficam então excluídos, com esta previsão do artigo 449.º CC, os meios de defesa baseados, em primeiro lugar, nas relações entre promissário e promitente que sejam estranhas ao contrato a favor de terceiro, pois “ao obrigar-se à prestação a um terceiro, estranho a essas relações, o promitente renunciou implicitamente a elas”¹⁰⁹. Em segundo lugar, estão também vedadas as exceções baseadas na relação de valuta¹¹⁰.

¹⁰⁸ Antunes Varela, ob. cit.

¹⁰⁹ Diogo Campos Leites, Contrato a favor de terceiro, p. 154 ss.

¹¹⁰ “a possibilidade de se invocarem os meios de defesa provenientes da relação de valuta acaba por ser danosa para o próprio promitente. Este, se cumprisse, mesmo sem culpa sua, uma prestação desprovida de causa (relação de valuta), não ficaria exonerado perante o promissário”

Para o regime do contrato a favor de terceiro é, ainda, importante a já referida relação entre o promissário e o terceiro ou beneficiário. Trata-se de uma relação que apesar de ser alheia ao contrato em si mesmo está directamente com ele relacionada, pois basta a sua mera celebração para o beneficiário adquirir o direito à prestação – é um efeito imediato do contrato, independente da aceitação por parte do beneficiário e do seu conhecimento. Como bem ensina Galvão Telles, “Este direito constitui-se independentemente de aceitação (art. 444.º, n.º 1). O beneficiário fica investido no direito por força do contrato (em que não intervém), sem necessidade de manifestar a sua vontade no sentido de o aceitar. Trata-se de uma aquisição automática ou ipso iure”¹¹¹. Todavia, não é pelo facto de o beneficiário aceitar a prestação que este se torna parte no contrato, com a aceitação da prestação a seu favor o terceiro passa simplesmente a ser titular definitivo do direito que lhe foi conferido¹¹².

Apesar de desnecessária, a aceitação da prestação por parte do beneficiário, não é livre de vantagens, veja-se, a título de exemplo, o caso em que o promissário revoga a promessa – se o beneficiário já tiver aceite aquela prestação a seu favor a hipótese de revogação da promessa por parte do promissário fica precludida. Para se considerar validamente prestada, a aceitação tem que ser declarada tanto ao promitente como ao promissário.

Ao beneficiário cabe, a par da faculdade de aceitar a prestação, a possibilidade de recusar o direito que lhe é conferido pelo contrato. “Embora a atribuição do direito represente para o beneficiário uma vantagem, entende-se que esta não deve ser imposta contra a sua vontade (invito non datur beneficium)¹¹³”. Na eventualidade de o beneficiário pretender rejeitar a prestação esta deve ser operada por meio de declaração dirigida ao promitente,

¹¹¹ Galvão Telles, ob. cit., p. 155

¹¹² Antunes Varela, ob. cit.

¹¹³ Antunes Varela, ob. cit.

tendo como efeito a destruição retroactiva dos efeitos da aquisição imediata do direito¹¹⁴. Com a rejeição opera-se a reconstituição da situação jurídica anterior à celebração do contrato.

Quanto aos meios de defesa invocáveis ao abrigo desta relação temos somente a referir que ao promissário é concedida a hipótese de invocar contra a aquisição definitiva do direito por parte do terceiro os vícios relacionados com a relação de valuta – inexistência, nulidade ou anulabilidade, revogação da liberalidade, etc.

Após esta análise do regime do contrato a favor de terceiro podemos constatar, mais uma vez, que a relação garante-garantido também não se enquadra nesta figura típica. Na garantia autónoma, o direito que o beneficiário adquire não se baseia na relação estabelecida entre o garante e o garantido, mas sim no contrato que ele mesmo celebrou com o prestador da garantia. Os autores que defendem que a relação garante – garantido se reconduz a um contrato a favor de terceiro esquecem que a finalidade do contrato celebrado entre aqueles serve para garantir uma outra obrigação. Não está aqui em causa uma liberalidade a favor de um terceiro alheio ao negócio^{115/116}.

Para além disso, a garantia prestada pelo banco beneficia tanto o beneficiário, terceiro perante a relação garantido-garante, como as próprias partes no contrato. Isto porque,

¹¹⁴ Neste sentido ver, também, Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, 6.^a Ed, p. 156

¹¹⁵ Mónica Jardim, *ob. cit.*, e António Sequeira Ribeiro, *Garantia Bancária Autónoma à primeira solicitação: algumas questões*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, p. 374.

¹¹⁶ António Sequeira Ribeiro afirma que teoricamente se pode configurar a garantia bancária autónoma à primeira solicitação como um contrato a favor de terceiro, até porque não há nenhuma razão que o proíba. No entanto, o mesmo autor acrescenta que, tal configuração não corresponde à prática negocial típica e não reflecte o seu tipo social¹¹⁶.

como diz António Sequeira Ribeiro, a “prestação da garantia implica a concessão de um crédito realizado por via indirecta” e também porque o banco garante recebe uma comissão pela sua prestação¹¹⁷. Outro ponto de divergência entre uma e outra situação diz respeito à produção dos efeitos: ao contrário do que acontece na celebração do contrato a favor de terceiro, da realização do contrato entre o garante e o garantido não nasce, nem directa nem indirectamente, um direito a uma prestação para o beneficiário da garantia, nem o garante fica obrigado a qualquer prestação perante o beneficiário. Na garantia autónoma tais deveres e direitos só nascerão, posteriormente, com a celebração do contrato de garantia. Como se disse, no contrato a favor de terceiro, o beneficiário adquire o direito à prestação independentemente da sua aceitação, o que também não acontece nas relações da garantia. O beneficiário não adquire o direito à garantia com a mera celebração do contrato entre o garantido e o garante.

Ao configurarmos a relação garante-garantido como um contrato a favor de terceiro surgem problemas ao nível das excepções invocáveis, aos meios de defesa à disposição das partes no verdadeiro contrato a favor de terceiro e na garantia autónoma que, como bem se sabe, são totalmente distintos devido à característica fundamental da garantia bancária autónoma que é a renúncia pelo garante, a todos os meios de defesa provenientes das outras relações.

Esta impossibilidade de relacionar a obrigação do garante face ao beneficiário e o correspondente direito com o contrato a favor de terceiro tornar-se-á ainda mais claro quando chegarmos ao capítulo das excepções que o garante pode invocar para reagir contra o pedido da prestação. É que o garante, como veremos adiante, não pode invocar,

¹¹⁷ António Sequeira Ribeiro, ob. cit.

como causa legítima de não cumprimento, quaisquer excepções relativas ao contrato que celebrou com o garantido, e esta é uma característica indispensável da garantia autónoma.

Pelo contrário, no contrato a favor de terceiro, e como já vimos supra, o promitente pode opor ao terceiro todos os meios de defesa derivados do contrato celebrado com o promissário, vide artigo 449.º do Código Civil.

A todas estas razões acresce a questão fundamental: “como a garantia bancária nasceria directamente deste contrato a favor de terceiro, o famoso contrato de garantia deixaria de existir...”¹¹⁸, pois a garantia estaria vinculada ao contrato base durante toda a sua execução.

2.3) O PACTUM DE CONTRAHENDO CUM TERTIO

Pires Lima e Antunes Varela, em comentário ao artigo 1157.ºCC (mandato) definem o pactum contrahendo cum tertio como o contrato pelo qual alguém se obriga a realizar com terceiro, por sua conta, um negócio jurídico¹¹⁹.

Ora, embora o banco se comprometa a celebrar um contrato com um terceiro, ele não se obriga a celebrá-lo por sua conta, mas sim por conta do garantido. O garante, ao celebrar este tipo de contrato, tem sempre intenção de, posteriormente, transferir os encargos da sua intervenção para o devedor, o garantido. A isto acresce que, o garantido está, ab

¹¹⁸ Francisco Cortez, ob. cit., p. 527, nota 38

¹¹⁹ Pires Lima e Antunes Varela, Código Civil Anota, vol. II, 3.ª Ed. rev. e act., Coimbra Editora, p. 707

início, vinculado a reembolsar o garante perante a hipótese de este ter que pagar em sua vez¹²⁰.

2.4) O CONTRATO DE GESTÃO DE NEGÓCIOS

A ideia do contrato de gestão de negócios advém do §675 do BGB, o qual se refere ao chamado “Geschäftsbesorgungsvertrag”. Este contrato do ordenamento jurídico alemão reconduz-se a um contrato de prestação de serviços (ou um contrato de obra, mais conhecido como empreitada), cujo objecto é uma gestão de negócios. A especificidade máxima deste “Geschäftsbesorgungsvertrag” é o facto de estar interligado com a gestão de negócios sem mandato, pois os autores que defendem esta teoria utilizam como ponto de partida o §675 do BGB mas fazem-no por referência aos §§677 e seguintes. Ora, estes parágrafos referem-se exclusivamente à gestão de negócios sem mandato¹²¹.

Pensando nesta hipótese já nos vamos aproximando da nossa posição final, pois não se afigura possível configurar a relação garante-garantido como uma gestão de negócios sem mandato. Afinal foi o próprio garantido quem pediu ao garante que prestasse a garantia. Ainda em contraponto com o regime alemão temos o facto de o §662 BGB regulamentar o mandato como um contrato gratuito, o que não acontece na garantia autónoma. Nesta, o garante presta a garantia pessoal, garantia bancária autónoma à primeira solicitação ou simples, mediante o pagamento de uma retribuição. Como diz o já mencionado autor António Sequeira Ribeiro, “o seu [da garantia bancária autónoma, mais

¹²⁰ Mónica Jardim, ob. cit., p. 51

¹²¹ António Sequeira Ribeiro, ob. cit., p. 367.

especificamente da relação entre o garante e o garantido] carácter oneroso é bem patente”¹²².

Pensamos que caso a figura do mandato oneroso estivesse prevista e regulamentada no ordenamento jurídico alemão, talvez esses autores defendessem a nossa posição, a qual adiante melhor explicaremos¹²³.

2.5) O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

O contrato de prestação de serviços vem consagrado no nosso Código Civil, no seu artigo 1154.º que o define como “aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”. No contrato de prestação de serviços o prestador actua de forma independente em relação à outra parte. A prestação de serviços é um contrato muito utilizado no ordenamento jurídico português, essencialmente por se tratar de um contrato atípico que abrange uma multiplicidade de possibilidades.

Pessoa Jorge defende que “...o contrato de prestação de serviços visa a realização de uma actividade de carácter material, em que os actos jurídicos, se os houver, não constituem o

¹²² António Sequeira Ribeiro, ob. cit. p. 376.

¹²³ Adré Prum defende tratar-se de uma operação de crédito por assinatura. O autor afirma estarmos aqui perante uma “dation de solvabilité” – posição que, para António Sequeira Ribeiro e para nós, é redutora do que efectivamente se passa. Sobre este assunto cite-se o mencionado autor “se há um crédito por assinatura, tal não esgota a relação entre as partes, e, mais importante, não reflecte a verdadeira função deste tipo de negócio. No fundo, este autor mais não faz do que identificar a concessão de uma garantia autónoma a um vulgar contrato de crédito, esquecendo-se do objectivo de garantia que aquela persegue.”, ob cit. p. 376.

seu elemento principal”¹²⁴. Assim, a relação jurídica em causa não se pode reconduzir a este tipo de contrato pois, através da celebração do contrato entre o garante e o garantido aquele obriga-se perante este a celebrar um outro contrato, com o beneficiário, mediante uma retribuição. O garante fica constituído na obrigação de celebrar o contrato de garantia com o beneficiário, contrato este que é totalmente independente da sua relação jurídica com o garantido, bem como, da relação estabelecida entre o garantido e o beneficiário. Ora, como bem se compreenderá, após a leitura de tudo o que foi exposto supra, a relação jurídica aqui em causa não configura um contrato de prestação de serviços na acepção do mencionado autor, pois a prestação a que o banco se obriga tem por objecto um verdadeiro acto jurídico – a celebração de um verdadeiro contrato – ao invés de uma simples actividade de carácter material¹²⁵.

2.6) O MANDATO

A maioria da doutrina inclina-se para a tese que configura a relação jurídica garante-garantido como um contrato de mandato, posição esta que nós também defendemos. Também a jurisprudência portuguesa vai neste sentido, veja-se, a título de exemplo, os seguintes acórdãos: Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Julho de 1994, in Colectânea de Jurisprudência, 1994, T. IV, pp. 78 e ss., ou o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de Novembro de 1996, publicado na Colectânea de Jurisprudência, 1996, T. V, p. 29 ou, ainda, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Setembro de

¹²⁴ Cfr. Pessoa Jorge, Mandato sem representação, Edições Ática, Lisboa, 1961, p. 229.

¹²⁵ Cfr. Mónica Jardim, ob. cit. p. 53.

2000, publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 499, Outubro de 2000, pp. 344 a 349. Tal como temos vindo a fazer vamos, em primeiro lugar caracterizar o contrato de mandato passando, num momento posterior, a explicar o porquê da nossa posição.

O contrato de mandato vem definido no artigo 1157.º do Código Civil como “o contrato pelo qual alguém se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos por conta da outra”. Ou seja, temos uma pessoa, a quem se dá o nome de mandante, que encarrega um outra pessoa, a quem se chama de mandatário, de praticar determinado acto por sua conta e no seu interesse, seja porque não pode ou não o quer realizar por si só.

O contrato de mandato caracteriza-se, no geral, por ser um contrato nominado e típico, cuja categoria a lei reconhece e cujo regime se encontra regulado nos artigos 1157.º ss CC; por ser um contrato primordialmente não formal, pois a lei não exige uma forma especial para a sua celebração, é um contrato consensual; também por se tratar de um contrato que pode ser tanto gratuito como oneroso¹²⁶ e, por último, por tanto poder ser um contrato sinalagmático como um contrato sinalagmático imperfeito. O contrato de mandato será sinalagmático quando se tratar de um contrato oneroso e será um contrato sinalagmático imperfeito naquelas situações em que o contrato de mandato é gratuito¹²⁷.

¹²⁶ Por exemplo, no direito alemão o contrato de mandato é um contrato gratuito, no direito francês a gratuidade constitui somente uma presunção ilidível. Já no ordenamento jurídico português temos uma dupla presunção: em primeiro lugar, quando se trate de actos que o mandatário não pratique por profissão temos uma presunção de gratuidade, por outro lado, quando se trate de actos que este pratique no exercício normal da sua profissão opera uma presunção de onerosidade, cfr. Menezes Leitão, Direito das Obrigações, vol. III, 6.ª Ed., Almedina.

¹²⁷ Dizemos tratar-se de um contrato sinalagmático imperfeito porque, apesar de esse gerar obrigações para ambas as partes, a verdade é que essas obrigações não se encontram num nexo de correspondência, desde logo porque a obrigações do mandante têm por fundamento factos acidentais que não advêm da obrigação de executar o contrato, cfr. Menezes Leitão, ob. cit.

No contrato de mandato temos dois elementos essenciais e diferenciadores de outros tipos contratuais estipulados no nosso ordenamento jurídico, são eles, em primeiro lugar, a obrigação de alguém praticar um ou mais actos jurídicos – regularmente o acto em causa é a celebração de um negócio jurídico – e, em segundo lugar, o facto de o mandatário actuar por conta e em nome do mandante¹²⁸. Constitui elemento fulcral deste contrato que os actos a praticar pelo mandatário tenham que ser praticados por conta do seu mandante. Ora, isto significa que, apesar de ser o mandatário a praticar os actos em causa, os efeitos jurídicos advenientes dessa relação vão repercutir-se na esfera jurídica do mandante^{129/130}. Para além do facto de os efeitos se produzirem na esfera jurídica do

¹²⁸ O mandatário, ao praticar o acto jurídico de que o mandante o incumbiu, está a actuar no interesse daquele, ou seja, num interesse alheio. Para tal este deve agir em defesa e com base naquilo que considera ou sabe ser o interesse em nome de quem está a praticar o acto. A este propósito diz Mónica Jardim, ob. cit. p. 54, nota 96, que “o interesse do mandante, se é a explicação “histórica” para o surgimento da relação contratual, não desaparece depois de ela estar constituída, permanece vinculando e dirigindo a intervenção do mandatário. O mandatário, ao aceitar o mandato vincula-se a agir diligentemente com vista ao cumprimento da gestão em toda a sua dimensão, dando assim satisfação aos interesses do mandante”.

¹²⁹ A expressão “por conta” significa a “intenção de atribuir a outrem os efeitos do acto celebrado pelo mandatário, que assim se projectarão na esfera do mandante e não do mandatário”, cfr. António Sequeira Ribeiro, ob. cit. p. 373 e ss.

¹³⁰ Não nos podemos esquecer que o mandato reveste duas modalidades: o mandato sem representação, no qual os efeitos da relação jurídica se produzem, em primeiro lugar, na esfera jurídica de quem praticou o acto jurídico, ou seja, na esfera jurídica do mandatário, carecendo da prática de um acto de transmissão desses efeitos para a esfera jurídica do mandante em momento posterior. Neste tipo de mandato, o mandatário actua em nome próprio, é ele que assume a posição de parte e que recebe os efeitos do acto praticados. É por faltar o vínculo representativo que os efeitos do contrato celebrado se produzem na sua esfera jurídica em vez de se produzirem directamente na esfera jurídica do mandante. Relativamente ao mandato sem representação diz Inocêncio Galvão Telles, mandato sem representação (parecer), *Colectânea de Jurisprudência*, ano VIII, 1983, T.III, p. 10 que, “o mandatário [que], embora agindo em seu nome, procede no interesse do mandante fica constituído na obrigação, que lhe advém do mandato, de transmitir ao mandante os direitos adquiridos. Esses direitos são seus, porque não passaram directamente para o mandante. Mas destinam-se em última análise a este; e por conseguinte o mandatário está obrigado a transferir-lhos”.

mandante, também as despesas e os encargos resultante ou necessários à prática do acto ou com a sua execução têm que ser suportados pelo mandante.

Para a nossa tese é, ainda, importante referir o facto de no mandato o mandatário ficar encarregue de realizar um acto jurídico e não qualquer outro tipo de acto¹³¹. Isto porque o acto a que o garante fica obrigado mediante a celebração do contrato com o garantido é precisamente a prática de um acto jurídico, mais precisamente, a celebração de um negócio jurídico – o contrato de garantia. Outro elemento típico do contrato de mandato e que está presente na relação entre garantido e garante é a confiança, “confiança esta essencialmente sentida no aspecto económico e profissional”^{132/133}.

A razão principal que leva a maioria da doutrina a apoiar esta configuração está intimamente relacionada com a presença na relação garantido-garante de várias características típicas de várias situações em que uma entidade ou um particular dão uma ordem a um banco para agir por sua conta e em que o banco actua em nome próprio. Ora, tais negócios são reconduzidos ao modelo do contrato de mandato estipulado no artigo

Já no mandato com representação os actos jurídicos praticados pelo mandatário produzem os seus efeitos de forma automática na esfera jurídica do mandante. Aqui o mandatário limita-se a substituir o mandante na prática do acto, como diz Pessoa Jorge, ob. cit. p. 22-23, no mandato representativo, o mandatário “substitui-se ao mandante, coloca-se no lugar dele, age em seu nome. Isto significa que juridicamente tudo se passa como se tivesse sido o próprio mandante a praticar o acto: é ele o sujeito da eficácia deste, em cuja esfera jurídica se vão inserir directamente os referidos efeitos, que em momento algum pertencem ao representante”.

¹³¹ A este propósito veja-se a posição de Pessoa Jorge, que considera que “a prestação do mandatário, mesmo que envolva a prática de actos materiais, tem por objecto fundamental um acto jurídico, uma declaração de vontade destinada a produzir efeitos de direito”, cfr. Mandato sem representação, ob. cit., p. 229.

¹³² Cfr. António Sequeira Ribeiro, ob. cit. p. 373 e ss.

¹³³ O tipo de confiança existente e necessário na relação entre o mandante e o mandatário também está presente na relação jurídica garante-garantido.

1157.º do Código Civil¹³⁴. Neste caso estaremos sempre perante um mandato oneroso, uma vez que o banco requer uma remuneração pela prestação de garantia e também pelo facto de o banco ter como profissão a prática destes actos.

Ora, na relação garante garantido o primeiro incumbe o segundo de celebrar um contrato de garantia autónoma com o beneficiário (seu credor), pelo que não há dúvidas que a prestação a que o garante fica obrigado é a prática de um acto jurídico, tal como acontece na relação mandante mandatário supra descrita. Para além de em ambos os casos nascer a obrigação de praticar este acto também é comum a ambos os contratos o facto de o negócio jurídico que o mandatário e o garante vão celebrar com um terceiro ser independente da relação jurídica que a tal os obriga.

Outro aspecto comum diz respeito à actuação em nome de outrem, também o garante, ao celebrar o contrato de garantia autónoma com o beneficiário, está a agir no interesse de uma pessoa alheia a esse negócio jurídico. O interesse em que o contrato de garantia seja prestado é essencialmente do garantido, seja porque o beneficiário da garantia, seu devedor, estipulou como condição necessária para a celebração do contrato a prestação daquela garantia ou, porque é imprescindível para que o garantido não incorra em responsabilidade contratual por incumprimento do contrato base, na eventualidade de este já ter sido celebrado e, por força desse contrato, o garantido esteja obrigado a arranjar uma entidade que preste este tipo de garantia a seu favor.

O garante, ao celebrar o contrato de garantia autónoma com o beneficiário está a agir em nome e por conta do garantido, os efeitos da celebração deste contrato produzem-se na esfera jurídica do garantido. O garante após efectuar o pagamento da garantia fica,

¹³⁴ Cfr. António Sequeira Ribeiro, ob. cit. p. 373 e seguintes.

automaticamente, constituído no direito de reembolso por parte do garantido. Este último tem que pagar ao garante tudo aquilo que aquele haja despendido com o pagamento e com a prestação da garantia.

Pelo exposto, não nos restam dúvidas de que a relação jurídica garante-garantido configura um contrato de mandato.

CONCLUSÃO

Pelo presente estudo podemos, em primeiro lugar, concluir que o factor “autonomia” é fulcral à sobrevivência desta figura. Se em qualquer momento alguém lhe retirar ou diminuir minimamente este elemento, esta garantia deixará de ter a importância e a procura que hoje em dia tem. Trata-se de uma garantia pessoal extremamente utilizada no comércio internacional por ser aquela que melhor se adequa às necessidades dos contratantes, desde logo por ser uma garantia célere, eficaz e acima de tudo bastante segura dado o facto de na maioria das vezes ser prestada por uma entidade bancária. É devido à sua autonomia que o garante fica impossibilitado de recorrer a meios de defesa baseados em outras relações para justificar o seu incumprimento, impossibilidade esta que é de máxima importância para o beneficiário da garantia por implicar que o prestador desta só não poderá cumprir legitimamente em situações muito restritas.

Foi a partir da característica da autonomia que chegamos à conclusão que o contrato estabelecido entre o garante e o garantido não podia configurar qualquer outra relação jurídica que não o contrato de mandato. Caso a relação jurídica entre o garante e o garantido se reconduzisse a qualquer um dos outros tipos contratuais que não o contrato de mandato, seria possível invocar algumas excepções para se opor ao pagamento da quantia garantida. Ora, tal situação é totalmente incompatível com o regime da garantia autónoma. Somente no contrato de mandato se consegue ter um negócio jurídico do qual nasce uma obrigação para um terceiro, obrigação essa que é independente da relação estabelecida em primeiro lugar.

Outro facto que nos leva a optar pela qualificação da relação jurídica como um mandato e não como outro daqueles contratos é o de a obrigação a que o mandatário fica adstrito ser a prática de um acto jurídico, pois caso se tratasse da prática de qualquer outro tipo de acto já não se poderia falar de um contrato ao qual o contrato garante-garantido se reconduzisse. O garante, mediante a celebração do contrato com o garantido fica vinculado simples e unicamente à celebração de um negócio jurídico com uma pessoa determinada. Ora, na nossa opinião, tal não pode ser mais compatível com o regime do contrato de mandato.

Também a existência do mandato sem representação, em que os efeitos do negócio jurídico celebrado pelo mandatário se produzem inicialmente na sua esfera jurídica e só depois são transferidos para a esfera jurídica do mandante, influenciou a nossa posição. Conforme exposto em capítulo próprio, também os efeitos do accionamento da garantia - o pagamento da quantia garantida - se produzem primitivamente na esfera jurídica do garante sendo posteriormente transferidos para a esfera jurídica do garantido, por força do direito de regresso em que o garante fica automaticamente constituído com o pagamento da garantia.

Para além do supra exposto há, também, a questão da retribuição. O mandato pode ser um contrato oneroso tal como o é o contrato que o garante e o garantido celebram. Do nosso ponto de vista a questão da remuneração é crucial para a análise da comparação. Como dissemos anteriormente, no direito alemão o contrato garante-garantido só não é equiparado a um contrato de mandato por naquele ordenamento jurídico este negócio estar configurado como gratuito, situação que não é compatível com a relação jurídica garante-garantido.

Nesta conformidade, não vemos como se pode comparar a relação jurídica garante-garantido com outro tipo contratual que não o contrato de mandato, posição que continuaremos a defender.

BIBLIOGRAFIA

- **ABÍLIO NETO**, *Código Civil Anotado*, pág. 1 a 860, 8.^a ed, 1994, Ediforum
- **ALMEIDA COSTA E PINTO MONTEIRO**, *Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação* (parecer), in Colectânea de Jurisprudência, Ano XI, T. IV
- **ÁNGEL CARRASCO PERERA, ENCARNA CORDERO LOBATO E MANUEL JESÚS MARÍN LÓPEZ**, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Arazandi Editorial
- **ANTÓNIO SEQUEIRA RIBEIRO**, *A garantia bancária autónoma à primeira solicitação: algumas questões*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. II, Direito Bancário, Almedina
- **ANTUNES VARELA**, *Das Obrigações em Geral*, 10.^a ed, Almedina
- **DIOGO CAMPOS LEITE**, *Contrato a favor de terceiro*
- **FERRER CORREIA**, *Notas para o estudo da garantia bancária*, in Revista de Direito e Economia, ano VIII, n.º 2 (1982)
- **FLUVIO MASTROPAOLO**, *Trattato dei Contratti, I Contratti di Garanzia*, Tomo Primo, Utet Giuridica
- **FRANCISCO CORTEZ**, *A Garantia Bancária Autónoma – alguns problemas* in Revista da Ordem dos Advogados, n.º 52. 1992
- **GALVÃO TELLES**, *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, 6.^a Ed.
- **GALVÃO TELLES**, *Garantia Bancária Autónoma*, in O Direito, ano 120.º, 1988, iii-iv (Jul-Dez.),
- **JORGE DUARTE PINHEIRO**, *Garantia Bancária Autónoma*, in Revista da Ordem dos Advogados, n.º 52, 1992

- **JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO**, *Preliminares sobre a garantia “on first demand”*, in Revista da Ordem dos Advogados, n.º 43, 1983
- **MANUEL CASTELO BRANCO**, *A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 53, 1993
- **MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES**, *Assunção Fidejussória de Dívida, Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000
- **MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO**, *Garantias bancárias autónomas – breves reflexões*, in Jure et de jure nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP – Porto, 1998
- **MENEZES LEITÃO**, *Direito das obrigações*, vol. I, 6.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007
- **MENEZES LEITÃO**, *Direito das obrigações*, vol. II, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra
- **MENEZES LEITÃO**, *Direito das obrigações*, vol. III, 4.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2006
- **MENEZES LEITÃO**, *Garantias da obrigações*, 2.ª Ed, Almedina, Coimbra, 2008
- **MIGUEL BRITO BASTOS**, *A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma “on first demand”*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. III, Coimbra Editora, 2010
- **MÓNICA JARDIM**, *Garantia Bancária Autónoma*, Almedina, Coimbra
- **PEDRO ROMANO MARTINEZ** em co-autoria com **PEDRO FUZETA DA PONTE**, *Garantias de Cumprimento*, Almedina, 4.ª Ed., Coimbra, 2003
- **PESSOA JORGE**, *Mandato sem representação*, Edições Ática, Lisboa, 1961,
- **PIRES LIMA E ANTUNES VARELA**, *Código Civil Anotado*, vol. I, 3.ª Ed. rev. e act., Coimbra Editora

- **PIRES LIMA E ANTUNES VARELA**, *Código Civil Anotado*, vol. II, 3.^a Ed. rev. e act., Coimbra Editora
- **RUDOLF STAMMLER** escreveu em 1886 um trabalho intitulado “*Der Garantievertrag*”, disponível para leitura e download na internet: http://www.digizeitschriften.de/dms/toc/?PPN=PPN345574613_1886_0019&DMID=dmdlog7

MONOGRAFIAS

- Colectânea de Jurisprudência
- Boletim do Ministério da Justiça
- Revista da Ordem dos Advogados
- Revista O Direito
- Actualidade Jurídica

JURISPRUDÊNCIA

- Supremo Tribunal de Justiça, acórdão de 26 de Setembro de 2000, publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 499, Outubro de 2000, pp. 344 a 349
- Supremo Tribunal de Justiça, acórdão de 7 de Novembro de 1990, in Actualidade Jurídica, ano 2, n.º 13/14, p. 10

- Supremo Tribunal de Justiça, acórdão de 27 de Janeiro de 1993 - in Boletim do Ministério da Justiça, 1993, n.º 423, pp. 489/490
- Tribunal da Relação de Coimbra, decisão de 26 de Novembro de 1996, publicado na Colectânea de Jurisprudência, 1996, T. V, p. 29 ou ainda,
- Tribunal da Relação de Lisboa, decisão de 18 de Novembro de 1986
- Tribunal da Relação de Lisboa, decisão de 21 de Dezembro de 1956
- Tribunal da Relação de Lisboa, decisão de 7 de Julho de 1994, in Colectânea de Jurisprudência, 1994, T. IV, pp. 78 e ss.,
- Tribunal da Relação de Lisboa, decisão de 11 de Dezembro de 1990, in Colectânea de Jurisprudência, 1990, Tomo V, pp. 136.