

A (EVENTUAL) TRANSMISSÃO AUTOMÁTICA DA GARANTIA BANCÁRIA EM CASO DE CESSÃO DO CRÉDITO GARANTIDO

JOSÉ COSTA PINTO

Abogado (*)

A (eventual) transmissão automática da garantia bancária em caso de cessão do crédito garantido

A transmissão da garantia bancária autónoma é, obviamente, um aspecto da maior relevância para o cessionário de um determinado crédito. No presente artigo pretende-se analisar a aplicabilidade à garantia bancária autónoma do princípio nos termos do qual em caso de transmissão de um crédito as respectivas garantias e outros acessórios também se transmitem. Pretende-se, em particular, perceber de que forma é que a doutrina internacional e nacional tem tratado esta questão e, sobretudo, chegar a uma solução que, sendo coerente com a natureza dos institutos jurídicos aqui em causa, permita salvar os legítimos interesses do cessionário de um crédito.

1 • INTRODUÇÃO

Não sendo uma garantia com raízes históricas tão profundas como outras de igual natureza, designadamente da fiança, a garantia bancária autónoma é hoje amplamente utilizada entre nós. Apresentando-se como uma garantia de fácil execução, é à sua *autonomia* relativamente à relação estabelecida entre o devedor e o beneficiário que a garantia bancária autónoma tributa o seu sucesso.

Apontada já como paradigmática do esforço de inovação do direito bancário¹, a garantia bancária autónoma assegura ao seu beneficiário uma dupla segurança. Por um lado, o garante, por ser uma instituição bancária, é dotado de uma especial solidez financeira. Por outro lado, o garante não pode recusar o pagamento do montante garantido com base em eventuais vicissitudes relativas ao contrato estabelecido entre o beneficiário e o garantido.

Na maioria das garantias bancárias a uma tildas, raras vezes, verifica-se que as partes estabelecem a cláusula de pagamento «à primeira solicitação». Nestes casos o beneficiário tem, ainda, a prerrogativa de obrigar a entidade bancária a pagar-lhe o

Automatic Assignment of a Bank Guarantee in the Event of Assignment of Secured Credit

The assignment of a bank guarantee is, obviously, an important issue for assignees of specific credit. This article sets out to analyse whether or not the general principle of automatic assignment of credit guarantees applies to bank guarantees. In particular, we aim to fully understand how international and national scholars have dealt with this issue, and above all, reach a solution which is in line with the nature of the legal concepts here in question and allows us to safeguard the legitimate interests of credit assignees.

montante garantido «de olhos fechados», ou seja, imediatamente após ser interpelado para o efeito. Para a entidade bancária, que corre maiores riscos, a concessão de garantias bancárias «à primeira solicitação» é compensada pela exigência de pagamento de uma comissão mais elevada².

Não se encontrando tipificada na generalidade dos países europeus, têm sido várias as questões que se têm colocado a propósito da garantia bancária autónoma. Entre estas, discute-se a susceptibilidade de se considerar aplicável à garantia bancária autónoma o princípio nos termos do qual em caso de transmissão de um crédito as respectivas garantias e outros acessórios, desde que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente (*in casu* do beneficiário) e não tenha havido convenção em contrário, o seguem.

No presente artigo, pretendemos precisamente analisar esta questão procurando, em particular, perceber de que forma é que a doutrina internacional e nacional tem tratado a mesma e, sobretudo, chegar a uma solução que, sendo coerente com a natureza dos institutos jurídicos aqui em causa, permita salvar os legítimos interesses do cessionário de um crédito. Antes de abordarmos este ponto, faremos ainda uma breve análise à figura da garantia bancária autónoma.

(*) Del Grupo de Práctica de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Lisboa).

¹ Cfr. A. P. Ferreira, *Direito Bancário*, Quid Juris, Sociedade Editora, Lisboa, 2005, pág. 662 e ss.

² I. GALVÃO TELES, «Garantia Bancária Autónoma», *Cosmos*, 1991, pág. 20 e ss.

A transmissão da garantia bancária autónoma é, obviamente, um aspecto da maior relevância para o cessionário de um determinado crédito. A certeza que essa garantia acompanha (ou não) o crédito que adquire pode (e deve, no nosso entendimento) determinar a alteração dos termos a estabelecer no próprio negócio jurídico de aquisição a celebrar com o cedente.

Devemos, como nota introdutória, referir que as considerações *infra* a propósito da (eventual) transmissão automática da garantia bancária em caso de cessão do crédito garantido pressupõem sempre que as partes envolvidas nesses negócios jurídicos não estabeleceram qualquer disposição reguladora dos mesmos.

Refira-se ainda que, por uma questão de facilidade, ao longo do presente texto nos referiremos simplesmente a «garantia bancária» para nos referirmos a «garantia bancária autónoma».

2 · A GARANTIA BANCÁRIA

2.1 · Noção e origens

Na esteira de Galvão Teles³, podemos definir garantia bancária como «a garantia pela qual o banco que a presta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro (...), sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com esse mesmo contrato». Sempre que da garantia bancária resulte uma obrigação de pagamento «à primeira solicitação» esta é, para além de autónoma em relação ao contrato base, automática, porquanto o pagamento deve ser realizado mediante (mera) interpeção do beneficiário ao banco garante. Nestas situações, estamos perante uma garantia bancária «à primeira solicitação».

O recurso às garantias bancárias conheceu forte incremento com o desenvolvimento do comércio internacional na segunda metade do século XX, sobretudo após a crise petrolífera de 1973. Contudo, o envolvimento de instituições bancárias no comércio internacional verificou-se ainda antes deste período através do recurso à chamada «fiança bancária», que era, na prática, uma «sub-fiança» em que as entidades bancárias surgiam para dar credibilidade à garantia prestada.

Com efeito, ao exigirem que os garantidos dos negócios que pretendiam realizar fossem instituições bancárias, os agentes económicos procuravam obter uma garantia mais sólida, designadamente que fosse prestada por entidades cuja solvabilidade e credibilidade fosse facilmente determinável. Como defende Antunes Varela «as pessoas singulares ou empresas que mais facilmente se disporiam a afiançar as dívidas das empresas do seu Estado não gozavam as mais das vezes do prestígio económico-financeiro necessário para serem aceites como fiadores pelos empresários estrangeiros com os quais as empresas nacionais pretendessem negociar»⁴, pelo que, nas palavras do mesmo Professor, «nesse plano internacional foram os bancos nacionais, já com uma credibilidade económico-financeira superior à das restantes empresas, que começaram a aparecer a cada passo como sub-fiadores da operação, como fiadores do fiador»⁵.

Todavia, o factor decisivo que explica o crescimento exponencial do recurso à garantia bancária - e o correlativo abandono das «fianças bancárias» - foi a autonomia desta em relação ao próprio negócio base, característica essa que apresenta duas grandes vantagens.

Por um lado, sendo a garantia bancária autónoma em relação ao negócio base, esta não se encontra dependente ou sujeita às respectivas vicissitudes, ao contrário do que sucedia com a fiança bancária. Quer isto dizer que, independentemente da validade do negócio base, cujos requisitos legais muitas vezes poderiam nem sequer ser conhecidos por um parceiro internacional, a validade da garantia prestada não era afectada.

Por outro lado, a autonomia da garantia bancária em relação ao negócio base traduz-se ainda na insusceptibilidade de o banco garante opor ao agente beneficiário da garantia em causa os meios de defesa resultantes da obrigação garantida, ao contrário do que acontece no caso da fiança e que, na expressão de Antunes Varela, era o «calcanhar de Aquiles» desta garantia⁶.

A garantia bancária apresenta outras vantagens que justificaram o seu surgimento massivo na prática comercial internacional. Romano Martinez e Fuzeta da Ponte referem a este propósito que através desta

3 I. Galvão Teles, «Garantia...», *op. cit.*, pág. 22.

4 Antunes Varela, «Direito das Obrigações em Geral», Volume II, 7.^a Edição, Coimbra, 1997, pág. 513.

5 Antunes Varela, «Direito...», *op. cit.*, pág. 513.

6 Antunes Varela, «Direito...», *op. cit.*, pág. 514.

garantia «pode evitar-se o dispêndio da prestação de caução, ao mesmo tempo que se associa o garante ao cumprimento de uma obrigação alheia, levando a que ele pressione o obrigado a cumprir pontualmente, sem ter de se imiscuir na relação deste com o credor»^{7 8}.

2.2 · Tipos e funções

Na prática comercial, que foi - como vimos - o berço da garantia bancária, esta tem sido utilizada com e para diferentes funções/ finalidades. Assim, podemos distinguir diferentes tipos de garantias bancárias, consoante as respectivas funções/ finalidades.

Entre as mais comuns, destacam-se as designadas «garantias de boa execução» (*performance bonds*) nos termos das quais a entidade bancária garante ao beneficiário o pagamento de uma quantia sempre que o mandante não cumpra, de forma integral e pontual, as obrigações que para si decorrem do contrato base.

Este tipo de garantia bancária começou por ser utilizado em contratos de empreitada, mas há muito que viu o seu âmbito de aplicação alargado aos contratos de prestação de serviços, aos contratos de compra e venda e até aos contratos de arrendamento. Um exemplo claro da utilização deste tipo de «garantias de boa execução» resulta da própria lei, designadamente do regime jurídico da urbanização e da edificação⁹, que estabelece que o particular interessado possa (entre outras garantias) entregar como «caução» à respectiva câmara municipal uma garantia bancária à primeira solicitação de forma a «garantir a boa execução das obras de urbanização» que tenha ficado de realizar no âmbito de um determinado processo de licenciamento¹⁰.

De igual forma comuns são as denominadas «garantias de subsistência de oferta» (*bid bonds*)

pelas quais o banco garante assegura o pagamento de uma indemnização ao beneficiário na circunstância de o mandante não vir a celebrar um contrato a que se obrigou.

Um exemplo deste tipo de garantias (e, concomitantemente, das garantias de boa execução) encontram-se prevista no Código dos Contratos Públicos¹¹, que prevê a possibilidade de o adjudicatário poder entregar uma garantia bancária como forma de caução destinada a garantir a celebração do contrato em causa num determinado procedimento e, bem assim, o exacto e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais decorrentes do mesmo¹².

Como terceiro tipo de garantias bancárias destacam-se as «garantias de reembolso» (*repayment bonds*), cuja finalidade, como a própria designação o indica, consiste na garantia prestada pelo banco garante ao beneficiário de devolução de uma quantia que este tenha entregue ao mandante.

Como fácil é de ver, o campo natural de aplicação deste tipo de garantias é o dos contratos promessas e dos contratos preliminares que envolvam o pagamento de quantias em momento prévio à celebração dos contratos prometidos ou definitivos.

Por último, neste particular, notamos que, apesar de podermos identificar os diferentes tipos de garantia bancária supra-descritos, a verdade é que não raras vezes os mesmos se encontram coligados numa mesma garantia bancária (tal como acontece, aliás, com o exemplo relativo ao Código dos Contratos Públicos). Dito por outras palavras, não devemos ficar «presos» aos tipos de garantias bancárias indicados, porquanto o que releva efectivamente nesta matéria é a função/ finalidade subjacente a uma garantia bancária em concreto prestada (que pode, como vimos, não se limitar a apenas uma).

2.3 · Modalidades

Já no início do presente texto, distinguimos «garantia bancária autónoma» de «garantia bancária autónoma à primeira solicitação», que repre-

⁷ P. Romano Martinez / P. Fuzeta da Ponte, «Garantias de Cumprimento», 5 edição, Coimbra, 2006, pág. 267 e ss.

⁸ Apontando mais algumas razões para o «sucesso» da garantia bancária autónoma, ver J. Duarte Pinheiro, «Garantia Bancária Autónoma», in Revista da Ordem dos Advogados, ano 52, 1992, pág. 430; e J. Simões Patrício, «Preliminares sobre a garantia «on first demand»», in Revista da Ordem dos Advogados, ano 43, 1983, pág. 679.

⁹ Decreto-lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro (diploma entretanto alterado várias vezes).

¹⁰ Cfr. art. 54.º, n.º 1 e 2, do Decreto-lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro.

¹¹ Aprovado pela Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro (diploma entretanto alterado).

¹² Cfr. art. 88.º e 90.º, n.º 2, ambos do Código dos Contratos Públicos.

sentam as duas modalidades da garantia ora em análise¹³.

Ambas as modalidades assentam na autonomia da obrigação do banco garante em relação ao contrato base, ou seja, na insusceptibilidade deste poder vir alegar a invalidade desse contrato ou vir lançar mão dos meios de defesa que eventualmente assistam ao mandante nesse âmbito. Estas duas modalidades distinguem-se, porém, pelo facto de que no caso das garantias bancárias «à primeira solicitação» o banco está obrigado a cumprir a sua obrigação perante o beneficiário imediatamente após ser interpelado para o efeito, estando obrigado a pagar primeiro e a discutir, se quiser, depois¹⁴. Ou seja, tal como explicam Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, «a garantia bancária à primeira solicitação, além de ser autónoma com respeito à relação garantida, opera de modo automático»¹⁵.

No âmbito desta segunda modalidade de garantias bancárias, podemos distinguir ainda as garantias bancárias à primeira solicitação com ou sem justificação documental.

No caso de estarmos perante uma garantia bancária à primeira solicitação com justificação documental, o beneficiário deverá prover o banco garante da documentação necessária para comprovar o evento que desencadeou a execução da garantia. Inversamente, estaremos perante uma garantia bancária à primeira solicitação sem justificação documental sempre que o beneficiário esteja dispensado de juntar qualquer documentação à interpelação ao banco garante para execução da mesma.

Não é despiciendo interrogarmo-nos sobre se as garantias bancárias à primeira solicitação com justificação documental não perderão a suas características basilares, deixando de ser «autónomas» e «automáticas». Cremos que a resposta à questão passa, necessariamente, pelo tipo de documento ou documentos que é ou são exigidos para que o banco garante pague ao beneficiário.

Por exemplo, se a «prova documental» exigida consistir numa mera declaração do beneficiário a

comunicar ao banco porque razão considera estarem preenchidos os pressupostos da execução da garantia em causa (o que, pela característica da garantia em causa, o banco não pode contestar), não vemos razão para considerar que a garantia bancária em causa perdeu a sua autonomia e a sua automaticidade¹⁶. Contudo, se o documento exigido for, também exemplificativamente, uma sentença de um tribunal a declarar o incumprimento, obviamente que a autonomia e a automaticidade da garantia bancária deixam de se verificar¹⁷, não podendo, por isso, a mesma ser qualificada como uma garantia autónoma (e ainda menos) à primeira solicitação.

2.4 · Qualificação

Ressalta, desde logo, da análise da garantia bancária que se trata de um negócio jurídico inominado e atípico. Com efeito, verifica-se que a garantia bancária não tem *nomen juris* e que o respectivo regime não se encontra estabelecido na lei. É assim um produto da autonomia da vontade das partes, com origem, como se disse, no âmbito das trocas comerciais internacionais e que surgiu com o intuito de ultrapassar as limitações do regime da fiança.

Do ponto de vista estrutural, a garantia bancária, tal como a fiança, pressupõe uma relação triangular.

¹⁶ Embora sem especificar que tipo de documento consideram não afectar a autonomia e a automaticidade da garantia em causa, Romano Martinez / Fuzeta da Ponte ensinam que no caso da garantia bancária à primeira solicitação com justificação documental «o credor tem de justificar documentalmente (divergindo o tipo de documento em função do conteúdo da garantia) o pedido feito ao garante, não perdendo, por isso, as características de autonomia e autenticidade, porque o pagamento continua a depender apenas da interpelação acompanhada da documentação prevista, sem que ao beneficiário possam ser opostas as excepções concernentes ao contrato subjacente. Nesta modalidade não existe, pois, qualquer incompatibilidade, condicionando antes os documentos a operatividade da garantia, devendo a entidade garante verificar se o pedido foi feito correctamente», cfr. «Garantias...», *op. cit.*, pág. 137.

¹⁷ Neste sentido, M. Castelo Branco, que refere, *a contrariu*, que «sempre que este documento não consista numa sentença ou laudo que condene o mandante por incumprimento do contrato base, podemos afirmar que estamos perante uma garantia autónoma», cfr. M. Castelo Branco, «A Garantia Bancária Autónoma no Âmbito das Garantias Especiais das Obrigações», *in* Revista da Ordem dos Advogados, ano 1993, pág. 77. Também neste sentido, J. Duarte Pinheiro, que afirma que se estará perante uma garantia acessória (e não autónoma) quando o documento exigido para a execução da garantia bancária autónoma for um dos seguintes «decisão arbitral, sentença judicial ou prova de não cumprimento da obrigação principal», *in* «Garantia...», *op. cit.*, pág. 426 e ss.

¹³ Cfr. Menezes Leitão, «Direito das Obrigações - Vol. II - Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito», Almedina, Coimbra, 2007, pág. 342 e ss.

¹⁴ Almeida Costa / Pinto Monteiro, «Garantias Bancárias - O contrato de garantia à primeira solicitação (parecer)», *in* Coleção de Jurisprudência, .Ano XI, 1986, T.V., pág.19.

¹⁵ P. Romano Martinez / P. Fuzeta da Ponte, «Garantias...», *op. cit.*, pág. 136.

Uma, entre o mandante e o banco garante (*relação de cobertura*); outra, que está subjacente à prestação da própria garantia bancária, entre o mandante e o beneficiário da mesma (*relação de atribuição*); e uma terceira, entre o banco garante e o beneficiário da garantia (*relação de execução*).

Esta relação triangular é, aliás, normalmente plasmada nas garantias bancárias emitidas, sendo comum encontrarmos referência a estes três vectores nos respectivos textos. Com efeito, é prática comercial das entidades bancárias referirem nas garantias bancárias que prestam (i) a pedido de quem o fazem (*relação de cobertura*); (ii) a favor de quem o fazem e com que conteúdo e alcance (*relação de execução*); e (iii) qual a relação obrigacional que está subjacente à emissão da garantia bancária em causa (*relação de atribuição*).

No âmbito da relação entre o mandante e o banco garante (*relação de cobertura*) este último compromete-se perante o primeiro a emitir uma garantia a favor de um terceiro, comprometendo-se este primeiro a pagar uma comissão ao segundo e, bem assim, a reembolsa-lo de imediato caso este tenha que vir a pagar ao beneficiário da garantia o montante aí garantido. Esta *relação de cobertura* é titulada pela celebração de um contrato entre o mandante e o banco garante, que a maioria da doutrina configura como um contrato de mandato sem representação¹⁸.

Por outro lado, no âmbito da relação entre o mandante e o beneficiário da garantia (*relação de atribuição*) verifica-se necessariamente a existência de um negócio entre ambos, negócio esse que poderá não ser um negócio definitivo (será o caso das *bid bonds*).

Por fim, no âmbito da relação entre o banco garante e o beneficiário da garantia (*relação de execução*) há a assunção de uma obrigação do primeiro perante o segundo de cumprir uma determinada prestação, que será a de pagar um determinado montante nos pressupostos aí fixados. Estamos, aqui, perante a garantia bancária «propriamente dita».

Discute-se, neste âmbito, se esta é uma relação de natureza contratual ou se, pelo contrário, se trata de um negócio jurídico unilateral. Hoje, a maioria da doutrina reconhece à garantia bancária uma

natureza contratual¹⁹, entendimento que tem vindo a ser igualmente adoptado pela jurisprudência²⁰ e que não podemos deixar de acompanhar.

Efectivamente, a prestação de uma garantia bancária envolve o encontro entre duas vontades (a do banco garante em prestá-la e a do beneficiário em aceitá-la), que têm que ser devidamente consubstanciadas pela emissão das respectivas declarações negociais (sendo que, na esmagadora maioria das situações, a declaração do beneficiário é tacitamente emitida²¹). É certo que se trata de um contrato não sinalagmático, pois do mesmo só resultam obrigações para o banco garante, mas não é por isso que perde a sua natureza contratual e se transforma num negócio jurídico unilateral.

Diferentemente, António Sequeira Ribeiro, embora não deixe de reconhecer que a relação jurídica que se estabelece entre o banco garante e o beneficiário pode ter natureza contratual, defende que resulta da prática comercial que muitas garantias bancárias têm na sua génese um negócio jurídico unilateral. Este Autor chama a atenção para o facto de os juristas não poderem ignorar os elementos que recolhem da realidade comercial e moldá-los de acordo com o que consideram ser mais adequado face às normas legais vigentes. O «*pano de fundo*» desta chamada de atenção é, se bem a entendemos, a rejeição de uma (alegada) tentativa dos intérpretes em qualificar as garantias bancárias como contratos para as afastar das limitações impostas pela lei à celebração de negócios jurídicos unilaterais (artigo 457.º do Código Civil), considerando, contudo, que as garantias bancárias não brigam com as referidas limitações legais^{22 23}.

¹⁹ Por todos, M. Jardim, «A Garantia...» *op cit.*, pág. 101.

²⁰ Por todos, veja-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no âmbito do Proc. 08A380, de 29 de Abril de 2008, disponível em www.dgsi.pt. Notamos, contudo, que nem sempre foi assim.

²¹ A este respeito, refere Jorge Duarte Pinheiro que «à proposta do banco, materializada na carta de garantia, segue-se a aceitação do beneficiário, mediante declaração expressa ou, o que é mais comum, revelada pela celebração do contrato base, «Garantia...», *op cit.*, pág. 431.

²² Cfr. António Sequeira Ribeiro, *cfr.* «Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação: Algumas Questões», in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles - Volume II - Direito Bancário, Almedina, 2002, pág. 383 e ss, e, em especial, 390 e ss.

²³ Nas palavras de António Sequeira Ribeiro, «esta observação do tipo social torna-se necessária até para se poder chegar à conclusão que aqueles negócios criados e usualmente utilizados pelos agentes económicos são contrários à ordem jurídica estabelecida. Não pode pois o observador ao transmitir os resultados do

¹⁸ M. Jardim, «A Garantia Autónoma», Almedina, 2002, Coimbra, pág. 48 e ss.

É hoje²⁴ igualmente pacífico que as garantias bancárias revestem uma natureza causal porquanto têm uma função «económico-social» própria: a função de garantia. Como sintetiza Galvão Teles, «a garantia bancária é 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»²⁵. É, por isso, um verdadeiro contrato de garantia.

Sublinhe-se, contudo, que o facto de estar *objectivamente* vinculada a uma função de garantia, tal como a fiança, não significa que a garantia bancária seja acessória ao *contrato-base*. Nada seria mais incorrecto. Com efeito, a autonomia da garantia bancária relativamente à relação que se estabelece entre o mandante e o beneficiário da mesma (*relação de atribuição*) não é, nem pode ser, posta em causa (sob pena de estarmos perante outra garantia, designadamente de uma fiança bancária, e não de uma garantia bancária).

Ao contrário do que acontece no caso da fiança, a garantia bancária é autónoma face ao contrato celebrado entre o mandante e o seu beneficiário, o que se traduz - conforme já antes referido - na insusceptibilidade de o banco garante poder lançar mão dos meios de defesa que assistem ao mandante no âmbito da *relação de atribuição* e, bem assim, de poder alegar a (eventual) invalidade do contrato celebrado nesse âmbito. Por outras palavras, diríamos que a obrigação do banco garante de pagar a quantia fixada na garantia bancária ao beneficiário é uma garantia com «vida própria», que não depende de nada mais se não do que as partes em causa acordarem nesse específico contexto.

De igual modo, a garantia bancária é também autónoma face ao contrato estabelecido entre o mandante e o banco garante. Como bem sintetiza Mónica Jardim a este respeito, esta autonomia «impede o garante de invocar as excepções relativas a este contrato (v.g. a falta de constituição de garantias que o dador da ordem se obrigou a fornecer, o não pagamento das comissões, a insolvência do dador da ordem; etc.), torna desnecessário o acordo do dador da ordem para que ocorra uma modificação do contrato de garantia e pro-

ibe o dador da ordem de impedir o garante de prestar a soma acordada, ou melhor, torna irrelevantes as instruções do dador da ordem tendentes à extinção da garantia ou à sua não execução»²⁶.

A autonomia da garantia bancária resulta ainda na absoluta vinculação das respectivas partes ao conteúdo dessa garantia. O montante garantido, a forma de pagamento, o prazo do pagamento, a validade temporal da garantia, as formalidades que devem presidir à interpelação para pagamento, etc., são as que constarem do texto da garantia bancária em causa, não podendo as partes, de forma alguma, fazerem-se valer nesse âmbito do conteúdo de outras cláusulas eventualmente estabelecidas nos contratos a que respeitam às referidas *relação de cobertura e relação de atribuição*.

Por último, neste excursão pela figura da garantia bancária, devemos sublinhar que esta obrigação autónoma que o banco garante assume traduz-se, sempre, numa obrigação pecuniária. Para Galvão Teles, «a obrigação do garante autónomo, como a do fiador, é sempre uma obrigação de pagamento de dinheiro, mesmo quando a obrigação garantida não seja uma obrigação pecuniária mas de prestação de facto (com a execução de uma obra) ou de prestação de uma coisa que não espécies monetárias (como a entrega de um imóvel)», acrescentando ainda que «não versando a obrigação garantida sobre dinheiro, o garante responsabiliza-se apenas pela indemnização resultante do incumprimento e não pelo cumprimento específico»²⁷.

3 · EM ESPECIAL: A (EVENTUAL) TRANSMISSÃO AUTOMÁTICA DA GARANTIA BANCÁRIA EM CASO DE CESSÃO DO CRÉDITO GARANTIDO

3.1 · Colocação do Problema

Podemos definir a cessão de créditos como o «contrato pelo qual o credor transmite a terceiro, independentemente do consentimento do devedor, a totalidade ou uma parte do seu crédito»²⁸. Desta breve noção retiramos o aspecto mais significativo do regime da cessão de créditos - a desnecessidade de obtenção do consentimento do devedor para que a cessão de um determinado crédito produza os seus efeitos.

seu trabalho apresentar a figura não tal como ela se encontra «no terreno», mas já de acordo com aquela que ele acha que é melhor ou que face às normas legais vigentes deva ser.» *cf.* «Garantia Bancária Autónoma...», *op. cit.*, pág. 392.

²⁴ Efectivamente, nem sempre foi assim, *cf.* António Sequeira Ribeiro, «Garantia Bancária Autónoma...», *op. cit.*, pág. 351.

²⁵ *Cfr.* I. Galvão Teles, «Garantia...», *op. cit.*, pág. 28.

²⁶ *Cfr.* M. Jardim, «A Garantia...» *op. cit.*, pág. 147.

²⁷ *Cfr.* I. Galvão Teles, «Garantia...», *op. cit.*, pág. 28.

²⁸ Antunes Varela, «Direito...», *op. cit.*, pág. 295.

A cessão de créditos encontra-se regulada, entre nós, nos artigos 577.º e seguintes do Código Civil e tem por requisitos, para além da celebração de um negócio jurídico a estabelecer a transmissão da totalidade ou de parte de um crédito, a inexistência de impedimentos legais e contratuais a essa cessão e que o crédito não esteja, pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor.

O debate doutrinal à volta da transmissão automática da garantia bancária em conjunto com o direito de crédito garantido centra-se na aplicabilidade – ou não – do princípio segundo o qual «na falta de convenção em contrário, a cessão do crédito importa a transmissão, para o cessionário, das garantias e outros acessórios do direito transmitido, que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente», entre nós, consagrado no artigo 582.º, n.º 1, do Código Civil.

A consagração deste princípio, que é comum a quase todos os ordenamentos jurídicos europeus²⁹, visa garantir que o crédito se transmita nas exactas circunstâncias (i.e. com todas as vantagens e defeitos) em que se encontrava à data da cessão³⁰. Como explica Menezes Leitão, «esta solução é uma consequência da admissibilidade da circulação dos créditos, da qual resulta que a cessão não pode provocar qualquer enfraquecimento do direito cedido, o que inevitavelmente ocorreria se as garantias e outros acessórios se perdessem, em caso de ocorrer a sua alienação»³¹.

Contudo, como alerta o mesmo Professor, existem «alguns problemas a colocar em relação a algumas garantias»³², entre as quais se encontram as garantias bancárias. Esta matéria, que, como se disse, não reúne consenso, tem sido debatida um pouco por toda a Europa.

3.2 · Posições desfavoráveis à transmissão automática da garantia bancária em caso de cessão do crédito garantido

Na Alemanha, ainda no decurso dos anos 60, Boetius veio defender que a garantia bancária não podia ser considerada um direito relacionado com o crédito para efeitos do § 401 do BGB, pelo que não se deveria considerar transmitida automática-

mente com a cessão do crédito garantido. Partindo da premissa de que a garantia está ligada ao interesse do credor (ao contrário da fiança, que se centra predominantemente na esfera do devedor), Boetius conclui que a transmissão da mesma não deixa de ter consequências para o garante pelo que implicaria sempre a celebração de um negócio de cessão autónomo³³. Neste sentido pronunciaram-se igualmente Bülow, Larenz, Reinicke/ Tiedtke, Habersack e Liesecke, entre outros³⁴.

Efectivamente, a maioria da doutrina alemã rejeita a possibilidade de cessão automática da garantia bancária com o crédito garantido. Como assinala Menezes Leitão, estes autores assentam a sua posição no argumento de que «a transmissão legal das garantias só se verifica em relação às garantias acessórias, não abrangendo assim garantias autónomas, cuja transmissão tem que ser expressamente convencional», uma vez que «a garantia autónoma não se destina a assegurar um crédito principal cuja transmissão pudesse acompanhar, mas antes estabelece um dever de prestar que corresponde ele mesmo a um crédito principal, cuja cessão tem que ser expressamente convencional ou ratificada pelo garante, já que ele tinha em consideração a pessoa do credor, quando se vincula perante este»³⁵.

Esta doutrina teve também seguidores em Itália, onde se destacaram autores como Bonelli, Alibrandi e Portale, que defenderam a inaplicabilidade do estabelecido no artigo 1263 do *codice* (disposição equivalente ao § 401 do BGB e ao artigo 582.º do Código Civil).

Para Bonelli a possibilidade de cessão automática da garantia bancária com o crédito garantido seria de rejeitar com base, precisamente, no facto de o contrato de garantia ser autónomo em relação ao contrato base³⁶.

Já Alibrandi, em anotação a uma decisão da *Pretura* de Roma, ensinou, neste sentido, que o beneficiário de uma garantia bancária não é indiferente ao ban-

29 Cfr. M. Jardim, «A Garantia...» *op cit.*, pág. 125.

30 Cfr., por todos, Menezes Leitão «Cessão de Créditos», Almeida, Coimbra, 2005, pág. 324.

31 Cfr. Menezes Leitão, «Cessão...», *op. cit.*, pág. 324 ss.

32 Cfr. Menezes Leitão, «Cessão...», *op. cit.*, pág. 325 e ss.

33 Cfr. J. BOETIUS, «Der Garantievertrag, München, 1966», pág. 102 e ss., *apud* Januário Costa Gomes, «Sobre a circulabilidade do crédito emergente de garantia bancária autónoma ao primeiro pedido», *in* Revista da Banca, n.º 64, Julho / Dezembro 2007, pág. 56.

34 Cfr. Januário Costa Gomes, «Sobre a circulabilidade...», *op. cit.*, página 56 e Menezes Leitão, «Cessão...», *op. cit.*, pág. 327.

35 Cfr. Menezes Leitão, «Cessão...», *op. cit.*, pág. 327.

36 Cfr. F. BONELLI «Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale», Giuffrè Editore, S.p.A., pág. 70, *apud* M. Jardim, «A Garantia...» *op cit.*, pág. 129.

co garante, porquanto uma garantia desta natureza permite-lhe exigir deste último o pagamento da quantia segurada, com base no pressuposto de que primeiro se paga e discute-se depois. Ora, argüia Alibrandi que, deste modo, a capacidade patrimonial do beneficiário de uma garantia bancária assume especial relevância para a entidade bancária na medida em que é relevante para que esta se possa ressarcir na circunstância de se verificar uma solicitação injustificada de pagamento da quantia garantida, causando-lhe efectivamente o agravamento dos riscos assumidos pelo garante³⁷. Para tanto, bastaria ocorrer uma situação em que «o garante não tenha o direito de exigir ao ordenante o reembolso (v.g., porque o pagou estando na posse de prova líquida e inequívoca da fraude do beneficiário), pois neste caso, é o garante que, não dispondo sequer da possibilidade de opor ao novo credor (cessionário) excepções fundadas no contrato-base, ao contrário do que se passa com o fiador, tem legitimidade para intentar a acção de repetição do indevido»³⁸. Neste sentido pronunciou-se também Portale, para quem «a mudança de credor pode comportar um agravamento dos riscos assumidos pelo garante»³⁹. Compreensivelmente, para Portale o garante só se encontrará vinculado a efectuar a prestação a outro sujeito que não o beneficiário originário se tiver aceite que esse terceiro passasse a ser o novo titular da garantia⁴⁰.

A possibilidade de cessão automática da garantia bancária autónoma com o crédito garantido foi também rejeitada noutros ordenamentos jurídicos europeus, como o austríaco (KOZIOL⁴¹) e suíço (DOHM⁴²).

Entre nós, Manuel Januário da Costa Gomes e Mónica Jardim pronunciaram-se pela impossibilidade de cessão automática da garantia bancária com o crédito garantido, ou seja pela inaplicabilidade do artigo 582.º, n.º 1, do Código Civil.

Manuel Januário da Costa Gomes considera mesmo que «as posições favoráveis a uma cessão automática do crédito de garantia autónoma desconsideram de forma desconcertante a diferença ou a especificidade dessas garantias, que assenta no pilar da autonomia relativamente à relação subjacente», acrescentando com alguma veemência que, apesar da simpatia da posição contrária, rejeita ser incoerente nesta matéria, o que aconteceria na sua opinião se defendesse a autonomia da garantia bancária e se esquecesse da mesma quando surgem situações de circulação⁴³. Manuel Januário da Costa Gomes justifica ainda a sua posição com um argumento de natureza literal, referindo a esse respeito que «a própria letra do artigo 582/1 do CC aponta no sentido da solução exposta, quando alude a «garantias e outros acessórios do crédito» tudo apontando no sentido de que as situações jurídicas que acompanham o crédito cedido são as que lhe são acessórias ou, indo um pouco mais longe - mas não a ponto de abranger as garantias autónomas - as que estão ligadas ao crédito em termos de regime»⁴⁴.

Para Mónica Jardim, a falta de prestação de consentimento por parte do garante conduz à extinção da própria garantia bancária, pois, nas suas palavras, «sendo indispensável para a cessão do direito de garantia o acordo do garante, caso seja cedido o crédito garantido, não dando o garante consentimento para a transferência do direito de garantia, este extingue-se»⁴⁵.

3.3 · Posições favoráveis à transmissão automática da garantia bancária em caso de cessão do crédito garantido

Não obstante a vasta onda de rejeição, a verdade é que tanto na doutrina internacional como nacional encontramos, ainda que minoritariamente, distintas vozes em contrário. Começando, como antes, pela doutrina alemã, destacamos a posição de Canaris que defende a aplicação analógica do § 401 do BGB à garantia bancária.

37 Cfr. A. S. Alibrandi, «La circolazione delle garanzie bancarie autonome e i termini della sua ammissibilità nell'ordinamento italiano» - Anotação à Sentença da Pretura de Roma de 04 de Novembro de 1992, in: Banca Borsa e Titoli di Credito, 1994, Giurisprudenza, pág. 239 e 240, *apud* M. Jardim, «A Garantia...» *op cit.*, pág. 130.

38 Cfr. A. S. Alibrandi, «La circolazione delle garanzie bancarie autonome e i termini della sua ammissibilità nell'ordinamento italiano», in: Banca Borsa e Titoli di Credito, 1991, pág. 579 e 580, *apud* M. Jardim, «A Garantia...» *op cit.*, pág. 130.

39 G. Portale, «Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia», in «Le garanzie bancarie internazionali», Giuffrè, Milano, 1985, pág. 55-56, *apud* Januário Costa Gomes, «Sobre a circulabilidade...», *op. cit.*, página 58.

40 Cfr. G. Portale, «Nuovi sviluppi...», *op. cit.* pág. 181 e 182, *apud* J. Duarte Pinheiro, in «Garantia...», *op cit.*, pág. 445.

41 Cfr. Koziol, «Der Garantievertrag, Manzche Verlags- und Universitätsbuchhandlung», Wien, 1981, pág. 69, nota 1, *apud* Januário Costa Gomes, «Sobre a circulabilidade...», *op. cit.*, pág. 57.

42 Cfr. J. Dohm, «Les Garanties bancaires dans le commerce international», Editions Staempli & Cie SA, Berne, 1986, pág. 98, *apud* Januário Costa Gomes, «Sobre a circulabilidade...», *op. cit.*, pág. 57.

43 Cfr. Januário Costa Gomes, «Sobre a circulabilidade...», *op. cit.*, pág. 59.

44 Cfr. Januário Costa Gomes, «Sobre a circulabilidade...», *op. cit.*, pág. 60.

45 Cfr. M. Jardim, «A Garantia...» *op cit.*, pág. 134.

Para Canaris a garantia bancária é tão semelhante à fiança que deve ser equiparada a esta para efeitos de aplicação do § 401 do BGB⁴⁶. Na análise deste autor, o legislador ao referir-se à garantia acessória no § 401 do BGB pretendia simplesmente tipificar a vontade das partes de proceder a uma cessão de uma garantia acessória conjuntamente com o crédito, e que a mesma vontade deveria ser também suposta no caso da garantia bancária⁴⁷. Devemos, contudo, sublinhar que Canaris limita este seu entendimento ao caso das garantias bancárias não automáticas, ou seja, ao caso das garantias bancárias sem cláusula «à primeira solicitação». Para as garantias bancárias «à primeira solicitação» Canaris defende que é o beneficiário originário quem deve solicitar ao garante o montante⁴⁸.

Entre nós, tanto Romano Martinez, embora sem justificações bastantes, como Menezes Leitão, entendem que a garantia bancária é objecto de transmissão com o crédito.

Para Romano Martinez, desde que preenchidas as condições indicadas no n.º 1 do artigo 577.º do Código Civil, «o credor beneficiário da garantia pode livremente ceder o crédito garantido a terceiro e, conjuntamente, transmitir ao cessionário a garantia», afirmando ainda que «desde que das relações estabelecidas entre os três intervenientes (devedor garantido, credor beneficiário e garante) não resulte situação diversa, nada obsta a que a cessão do crédito não seja acompanhada da transmissão da garantia, como resulta do disposto no artigo 582.º, n.º 1, do Código Civil»⁴⁹.

Já Menezes Leitão, manifestando-se convencido com os argumentos de Canaris e Handing / Häuser / Walter, defende que «a garantia autónoma é garantia como outra qualquer, pelo que constituiria um formalismo exigir um segundo acto para se obter a sua transmissão»^{50 51}.

46 Cfr. Canaris, «Bankvertragsrecht I», cit. Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1988, pág. 786 e787, apud Januário Costa Gomes, «Sobre a circulabilidade...», op. cit., pág. 57.

47 Cfr. Canaris, «Bankvertragsrecht, ...», op. cit., pág. 787, margem 1150, apud M. Jardim, «A Garantia...» op. cit., pág. 129.

48 Conforme nos dá nota M. Jardim, Cfr. «A Garantia...» op. cit., pág. 218, nota 218.

49 P. Romano Martinez / P. Fuzeta da Ponte, «Garantias...», op. cit., pág. 142.

50 Cfr. Menezes Leitão, «Cessão...», op. cit., pág. 328.

51 Manuel Januário da Costa Gomes é especialmente incisivo na crítica à posição tomada por Menezes Leitão, referindo a este propósito que «a fundamentação de Menezes Leitão não nos parece convincente, ficando por compreender, por exemplo, porque é que a mesma conclusão não vale para as alienações fiduciárias em garantia, relativamente às quais o autor sustenta a

3.4 · Posição Adoptada

Na nossa perspectiva, a razão em toda esta questão assiste aos que defendem a insusceptibilidade de transmissão *ex lege* da garantia bancária em caso de cessão do crédito por esta garantido⁵².

Em primeira linha, tal como defendia Bonelli⁵³, não podemos desconsiderar que a garantia bancária é autónoma em relação ao crédito garantido. Ora, a autonomia da garantia bancária em relação ao crédito garantido é, precisamente, o traço que a distingue das restantes garantias. Acompanhamos, por isso, Manuel Januário da Costa Gomes quando aponta, indirectamente, a incoerência dos que proclamam a autonomia da garantia bancária para determinados efeitos, mas esquecem-na para efeitos de circulação da mesma⁵⁴.

Para além do referido, pensamos ser de rejeitar a transmissão automática da garantia bancária em caso de cessão do crédito garantido, porquanto não podemos deixar de considerar que a obrigação do garante estabelecida numa determinada garantia bancária não constitui uma obrigação secundária ou subsidiária relativamente à obrigação não cumprida pelo devedor no *contrato-base*. Efectivamente, como ensinam os autores alemães supra-referidos, a obrigação que resulta de uma garantia bancária para o respectivo garante constitui, em si, uma obrigação principal. Também por isto, pensamos que a garantia bancária não é abrangida pelo disposto no artigo 582, n.º 1, do Código Civil, por não constituir uma garantia ou acessório do crédito para estes efeitos.

Devemos contudo referir que, sem prejuízo de termos chegado à mesma solução, não concordamos totalmente com o argumento de Alibrandi no sentido de que a capacidade patrimonial do beneficiário releva «especialmente» para o banco garante. Na nossa perspectiva, em termos práticos, ao banco garante interessa-lhe sobretudo a capacidade patrimonial do seu cliente (i.e. o devedor no *contrato-base*) que lhe contratou (e pagou) a emissão de uma garantia

necessidade de um acto autónomo de transmissão», cfr. Januário Costa Gomes, «Sobre a circulabilidade...», op. cit., pág. 55.

52 Sobre esta questão, ver Manuel Januário da Costa Gomes, «Sobre a circulabilidade...», op. cit., pág. 61 e M. Jardim, «A Garantia...» op. cit., pág. 132 e ss.

53 Cfr. F. BONELLI «Le garanzie...», op. cit., pág. 70, apud M. Jardim, «A Garantia...» op. cit., pág. 129.

54 Cfr. Januário Costa Gomes, «Sobre a circulabilidade...», op. cit., pág. 59.

bancária. A capacidade patrimonial do beneficiário é, tendencialmente, menos relevante para o banco garante do que a do seu cliente, na medida em que, em caso de execução de uma garantia bancária, este poderá ressarcir-se imediatamente junto do seu cliente, que o deverá reembolsar da quantia paga ao beneficiário (também) de «olhos fechados». Qualquer litígio referente ao pagamento indevido do montante garantido será, depois, discutido entre o devedor no *contrato-base* e o beneficiário, num momento em que o banco garante já se encontra ressarcido do montante entregue a este último⁵⁵. Não se quer com isto eligen que os bancos emitam «*garantias suicidas*» (a expressão é de Canaris⁵⁶), mas a verdade é que em grande parte das situações o banco garante se preocupa mais com o seu cliente e/ ou com a sua capacidade patrimonial⁵⁷.

Pelo exposto e com a ressalva feita no parágrafo precedente, somos da opinião de que a garantia bancária não se transmite automaticamente com o crédito garantido.

3.5 · Da possibilidade de transmissão autónoma da garantia bancária sob o regime da cessão de créditos

3.5.1 · Enquadramento

Atentos à conclusão a que chegámos no ponto precedente, não é desprecioso interrogarmo-nos se não é legítimo ao beneficiário de uma garantia bancária - de forma a contornar a inaplicabilidade do artigo 582.º, n.º 1 do Código Civil à garantia em análise - transmitir a mesma com base no instituto da cessão de créditos, que, como vimos, dispensa a autorização do devedor (*i.e.* do banco). Se tivermos, como temos, certo que a garantia bancária consubstancia uma relação contratual própria estabelecida entre os respectivos garante e beneficiário, podemos admitir que a mesma pode - quando individualmente considerada - ser cedida por este último a um terceiro. Note-se que, aqui, já não se discute, como no ponto anterior, a possibilidade de a garantia bancária ser automaticamente cedida por

virtude da cessão do crédito garantido (nos termos do artigo 582, n.º 1, do Código Civil), mas sim a possibilidade de ela própria (enquanto posição creditícia autónoma) poder ser cedida por este, nos termos do regime da cessão de créditos⁵⁸. Esta via não é, porém, isenta de dúvidas.

Fundamentalmente, colocam-se as questões de saber se o instituto da cessão de créditos pode ser utilizado no caso da garantia bancária e, muito particularmente, qual o alcance dessa transmissão se realizada ao abrigo deste instituto. Vejamos.

3.5.2 · Cessão da Posição Contratual ou Cessão de Créditos

Relativamente à primeira questão referida, em linha com o entendimento de Mota Pinto, que defende que a disciplina da cessão da posição contratual se deve estender ao campo dos contratos não sinalagmáticos⁵⁹, Manuel Januário da Costa Gomes entende que apenas no caso em que a garantia bancária constitui um contrato a favor de terceiro é que poderá ser cedida sob o regime da cessão de crédito⁶⁰. Para este Autor, sempre que estejamos perante uma garantia bancária com natureza de contrato unilateral «*a complexa posição contratual derivada da posição de beneficiário da garantia só é cedível com o consentimento do banco prestador da garantia: a simples cessão do crédito emergente da garantia prestada não abrange, desde logo, os poderes potestativos conexos com a relação contratual, como será o caso do direito de resolução ou o de denúncia do contrato*»⁶¹.

Com o devido respeito, somos da opinião de que, mesmo nas situações em que a garantia bancária consubstancia um contrato unilateral, não há razões

55 Como bem explica, I. Galvão Teles, «Garantia...», *op. cit.*, pág. 20 e ss.

56 Cfr. Canaris, «Bankvertragsrecht, ...», *op. cit.*, pág. 755, *apud* Manuel Januário Costa Gomes, «Sobre a circulabilidade...», *op. cit.*, pág. 44, nota 28.

57 Cfr. Manuel Januário Costa Gomes, «Sobre a circulabilidade...», *op. cit.*, pág. 44.

58 Estamos a pressupor nesta análise que a transmissão de garantia bancária é, de facto, feita ao mesmo tempo e para o mesmo beneficiário que a cessão do crédito garantido, em termos que (em todos os momentos) ambas as realidades coincidam na mesma esfera jurídica. Deste modo, não releva para estes efeitos a discussão doutrinária relativa à possibilidade do crédito garantido ser cedido e a garantia bancária ficar na esfera do beneficiário original. Também nesta questão a doutrina divide-se, havendo autores que pugnam pela sua extinção (Portale; Alibrandi; Mónica Jardim), enquanto que outros defendem a sua manutenção na esfera jurídica do beneficiário original (Bonelli; Manuel Januário da Costa Gomes).

59 Cfr. Carlos Alberto Mota Pinto, «Cessão da Posição Contratual», Almedina, Coimbra, 1982, pág. 437 e ss.

60 Cfr. Manuel Januário Costa Gomes, «Sobre a circulabilidade...», *op. cit.*, pág. 48 e ss.

61 Cfr. Januário Costa Gomes, «Sobre a circulabilidade...», *op. cit.*, pág. 49 e ss.

para se considerar que a mesma não possa ser cedida ao abrigo do instituto da cessão de créditos. Na verdade, seguimos aqui de perto Pires de Lima e Antunes Varela que explicam que «*não havendo prestações recíprocas, não pode haver cessão da posição contratual, mas tão-somente transmissão de créditos e dívidas*»⁶² ⁶³. Porém, não ficamos indiferentes à questão relativa ao alcance da cessão da garantia bancária, quando feita ao abrigo do instituto da cessão de créditos.

3.5.3 · A transmissão da cláusula «à primeira solicitação»

Como bem sintetiza Manuel Januário da Costa Gomes, no seguimento de Alimbrandi e Bydliniski, «*estando identificado, dentro do crédito de garantia, o direito a accionar a garantia ou a interpelar o garante (Recht auf Abruf) e o direito ao pagamento (Zahlungsanspruch), o pomo da discórdia doutrinal está em saber se o beneficiário da garantia pode ceder, globalmente, o direito de interpelação e o direito ao crédito pecuniário derivado do (já ou ainda não ocorrido) accionamento da garantia, ou se, ao invés, está circunscrito à cessão deste último*»⁶⁴. Como é fácil de ver, esta questão assume contornos mais intensos no caso de a garantia bancária em causa for «*à primeira solicitação*».

Na Alemanha, conforme nos informa Menezes Leitão, a posição dominante aponta para impossibilidade de o beneficiário ceder ao cessionário a faculdade de exigência automática do pagamento da garantia bancária (Canaris, Mülberr, Rüssmann/Britz e Graf Von Westphalen). Para esta doutrina, verifica-se subjacentemente à concessão de uma faculdade desta natureza uma relação de confiança que obsta a que essa faculdade seja separada do beneficiário

sem o consentimento do banco garante⁶⁵. Em sentido contrário, pronunciaram-se Hadding / Häuser / Welter, que rejeitam que esta relação de confiança respeite à pessoa do beneficiário, mas tão-somente à do devedor, pelo que consideram que a transmissão da faculdade de exigência automática não carece do consentimento do garante⁶⁶.

Entre nós, o Professor Menezes Leitão defende que a melhor opção é a que faz depender a transmissão da faculdade de exigência automática de autorização do garante. Nas suas palavras, «*efectivamente, é exacto que a confiança do garante se refere à capacidade do cumprimento do devedor, como ocorre em qualquer garantia, mas na garantia automática há um plus em relação à situação normal das garantias, que considera na faculdade de ser exigida à primeira solicitação, sendo extremamente limitadas as excepções oponíveis pelo devedor*», pelo que considera «*a concessão dessa faculdade deve considerar-se intuitu personae, não podendo assim essa faculdade ser transmitida sem o consentimento do garante, pelo que permanecerá sem esse consentimento na esfera do cedente*»⁶⁷.

Feito este breve enquadramento e sem prejuízo do que dissemos antes quanto à (menor) relevância da pessoa do beneficiário para o banco garante, a verdade é que a resposta a esta questão dependerá, do nosso ponto de vista, das exactas circunstâncias em que a garantia bancária tiver sido emitida, do respectivo texto e restantes elementos que a caracterizam. Se desse contexto resultar que para a entidade bancária não foi efectivamente relevante, de nenhuma forma, a entidade do beneficiário, poderão estar reunidas as condições para se entender que o direito de accionar a garantia bancária «*à primeira solicitação*» se deve considerar incluído no negócio de cessão da garantia bancária. Caso contrário, tal inclusão parece-nos ser de rejeitar, pelo que, nesta hipótese, o direito de accionar a garantia bancária «*à primeira solicitação*» não deve ser considerado livremente cedível através do instituto da cessão de créditos, tal como defendem Hadding / Häuser / Welter.

4 · CONCLUSÃO

Podemos concluir que no caso de cessão do crédito garantido não se deve considerar automaticamente

⁶² Cfr. Pires de Lima / Antunes Varela, «Código Civil Anotado, Volume I (Artigos 1.º a 761.º)», 4.ª edição revista e actualizada, Coimbra Editora, 1987, pág. 401 e ss.

⁶³ Neste sentido, também, mas referindo-se especificamente à garantia bancária, Romano Martínez e Fuzeta da Ponte chamam também a atenção para o facto de que «*o contrato de garantia não é, normalmente, sinalagmático, pois por via de regra, o beneficiário da garantia não tem de efectuar uma contraprestação ao garante, pelo que pode verificar-se uma situação linear de um devedor (garante) e de um credor (beneficiário)*», concluindo que «*deste modo, valem as regras da cessão de créditos (artigos 577.º e seguintes do Código Civil) nos termos das quais, salvo cláusula em contrário, o beneficiário pode livremente transmitir a sua posição creditícia a terceiro sem necessidade de consentimento do garante nem do devedor garantido*», cfr. «Garantias...», *op. cit.*, pág. 140 e ss.

⁶⁴ Cfr. Januário Costa Gomes, «Sobre a circulabilidade...», *op. cit.*, pág. 63.

⁶⁵ Cfr. Menezes Leitão, «Cessão...», *op. cit.*, pág. 329.

⁶⁶ Hadding / Häuser / Welter, Gutachten III, p. 715, *apud* Menezes Leitão, «Cessão...», *op. cit.*, pág. 329.

⁶⁷ Cfr. Menezes Leitão, «Cessão...», *op. cit.*, pág. 329.

transmitida a garantia bancária que tenha sido emitida para o garantir, na medida em que esta deve ser considerada excluída do âmbito de aplicação do princípio estabelecido, entre nós, no artigo 528.º, n.º 1, do Código Civil.

Sem prejuízo, tendo presente que a garantia bancária constitui uma relação jurídica autónoma, não sinalagmática, estabelecida entre o banco garante e

o beneficiário, este último caso pretenda ceder o crédito garantido, poderá autonomamente ceder ao mesmo cessionário a garantia bancária. Contudo, nesta circunstância, apenas casuisticamente será possível determinar se, para além do direito ao crédito decorrente da garantia bancária cedida, também o direito de exigir o respectivo pagamento «à primeira solicitação» se deve considerar, também, transmitido.