Doutrina

GARANTIAS BANCÁRIAS¹

ARMINDO SARAIVA MATIAS

I. Introdução. II. Conceito de garantia: 1. Conceito de garantia do cumprimento das obrigações. 2. A noção ampla de garantia das obrigações: a garantia geral. 3. A noção restrita de garantia. 4. Garantias especiais das obrigações. 5. As garantias pessoais das obrigações. 6. Características gerais dos direitos de garantia. III. Noção de garantia bancária: 7. Sequência. Garantias bancárias activas e passivas. 8. Noção de garantia bancária passiva. IV. Tipos de garantia bancária: 9. A fiança. 10. O mandato de crédito. 11. O aval. 12. Garantia autónoma: 12.1 Origens. 12.2 As características da garantia autónoma. 12.3 Relações jurídicas e conteúdo da garantia autónoma. 12.4 Alguns tipos de garantia autónoma. 12.5 Limites à autonomia da garantia. 12.6 Relações entre o garante e o mandante. V. Figuras afins da garantia bancária autónoma: 13. Abertura de crédito documentário. 14. "Stand by letter of credit". 15. Garantia de "plafond" de crédito. 16. Seguro de crédito. VI. Garantias bancárias activas: 17. Razão de ordem e noção. 18. Garantias gerais e especiais: pessoais e reais. 19. Garantias activas e pessoais. 20. Tipologia das garantias reais: 20.1 A hipoteca. 20.2 Penhor. 20.3 Consignação de rendimentos. 20.4 Direito de retenção. 20.5 Privilégios creditórios. 20.6 Contrato-promessa com eficácia real. 20.7 Contrato de preferência com eficácia real. VII. Outros instrumentos garantísticos do crédito bancário: 21. Outros instrumentos: 21.1 Cláusula de reserva de propriedade. 21.2 Cláusula "pari passu". 21.3 Cláusula "negative pledge". 21.4 Cláusula "cross default". 21.5 Prestação de caução. 21.6 Cessão de bens aos credores. 21.7 Contrato de locação financeira. 21.8 Cartas de conforto. VIII. Acautelamento da execução das garantias: 22.1 Titulação executiva. 22.2 Garantias prestadas por sociedades comerciais. 22.3 Acções possessórias. 22.4 Direito de retenção por terceiro. 22.5 Crédito por desconto bancário. 22.6 Créditos privilegiados. 22.7 Graduação de créditos. Bibliografia.

I. INTRODUÇÃO

A prestação de garantia é uma operação de uso corrente na actividade bancária.

1. O presente trabalho, com algumas actualizações, serviu de base a duas conferências: uma proferida na Fundação Eng^o António de Almeida, no

Porto, e como as demais operações bancárias, poderá ser operação activa ou operação passiva. Será passiva quando prestada pelo

Porto, perante a Associação Portuguesa dos Jovens Advogados, em 1986; outra proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Brasil, em 1997.

banco, a pedido do seu cliente, a favor de terceiro. Será activa quando prestada pelo cliente ou por terceiro (no interesse deste), a favor do banco.

No primeiro caso, o banco coloca-se numa posição potencialmente devedora, no segundo caso, o banco coloca-se numa posição potencialmente credora.

A garantia passiva é normalmente uma garantia especial e pessoal. A garantia activa também deve ser entendida como garantia especial mas pode ser pessoal ou real.

Numa primeira parte desta nossa exposição, trataremos das garantias prestadas pelos bancos, constituindo suas operações passivas, comumente designadas por “garantias bancárias”.

Numa segunda parte, versaremos as garantias prestadas a favor dos bancos, por virtude do crédito concedido por estes. Estas garantias, sem prejuízo da garantia geral que lhes anda associada, são também especiais podendo ser pessoais ou reais. São sobretudo fiáveis as garantias reais.

Referir-nos-emos a figuras ou instrumentos afins das garantias bancárias activas e passivas.

II. CONCEITO DE GARANTIA

1. Conceito de garantia do cumprimento das obrigações

O termo *garantia* é, hoje, usado, nas enciclopédias da especialidade e com referência ao direito privado, para designar os chamados direitos e obrigações acessórios de garantia preordenados com vista ao cumprimento das obrigações.

Esta garantia é acessória da obrigação principal e traduz-se numa diferente relação jurídica que reforça a expectativa do credor de ver satisfeito o seu crédito; uma tal relação jurídica revestirá natureza real ou obrigacional e pode ser constituída pelo próprio devedor ou por terceiro.

A elaboração do conceito de garantia das obrigações é relativamente recente, ignorado na jurisprudência medieval e apenas desenvolvido no século XIX (com os pandectistas) ao configurar-se a categoria dos chamados contratos de garantia, formulando-se então a classificação dos direitos e obrigações de garantia e distinguindo as garantias gerais e especiais, as pessoais e as reais, as principais e as subsidiárias, as convencionais e as legais.

2. A noção ampla de garantia das obrigações: a garantia geral

Pode afirmar-se que toda a obrigação (com excepção das obrigações naturais que deverão entender-se como meras relações de facto, juridicamente relevantes)² é assistida de uma determinada garantia de que resulta, aliás, a juridicidade daquela obrigação.

Na verdade, o credor dispõe sempre da possibilidade de fazer condenar o devedor na prestação (acção de condenação) e ainda da possibilidade de forçar o devedor a cumprir a obrigação (acção executiva) à custa do seu património, ou seja, à custa da universalidade dos bens e direitos que se integram na esfera jurídica do devedor, no momento da execução. É, com efeito, este património que constitui a garantia geral do cumprimento das obrigações perante o credor. Mas de todos os credores, sem critério de prioridade ou excepção.

Assim, os credores ficam sujeitos a concurso face à insolvabilidade do devedor, procedendo-se a pagamento rateado, proporcional ao valor nominal de cada crédito perante o valor apurado do activo.³

Não estaremos, por isso mesmo, face a uma garantia em sentido restrito. Com efeito, o resultado da acção executiva sobre os bens do devedor objecto da garantia em sentido mais restrito reforça a eficácia

2. Galvão Teles, *Garantia Autónoma*, Sumário.

3. Código Civil, art. 604º.

da execução e portanto não se identifica com aquilo que serve para a realização do efeito normal da acção executiva ou seja para realizar a expectativa da satisfação da obrigação, não obstante o incumprimento do devedor.⁴

3. A noção restrita de garantia

Em sentido restrito, garantia há-de significar e implicar certa preferência no pagamento ao credor. Uma tal preferência permitirá satisfazer o interesse de um credor melhor que os interesses dos demais credores, porquanto reforça o poder de agressão desse credor relativamente ao património do devedor conferindo maior intensidade ao destino e à sujeição a que, normal e genericamente, está sujeito o património do devedor.

Não se trata, pois, de sujeição genérica ou potencial como é a que existe relativamente ao património do devedor, mas de uma especial afectação e sujeição a favor não de todos, mas apenas de um credor; trata-se, por consequência, de fazer crescer e reforçar a probabilidade de satisfação do interesse de um, porventura em desfavor dos outros credores.

Messineo afirmou, a este propósito, que “a garantia é a medida da situação de cada credor relativamente aos outros” que disponham de relações jurídicas sobre o património do devedor.

Também a garantia de terceiro reveste tais características.

Através dela, coloca-se à disposição do credor o património de um sujeito diverso do devedor principal o que tem como efeito privilegiar certo credor na medida em que os demais não beneficiam da segurança oferecida por este último património.

Maiorca⁵ sustentou que só são garantias em sentido técnico jurídico as garantias

reais sendo as garantias pessoais mero alargamento quantitativo de responsabilidade patrimonial.

A esta tese objecta Fragali⁶ que, em tal entendimento, se prescinde do facto de que este alargamento operaria por força da assunção por parte do terceiro, não de uma coobrigação mas uma nova obrigação cuja causa, por seu lado, só pode ser a de garantir, como a fiança.

4. Garantias especiais das obrigações

Com vista a superar a fragilidade que possa mostrar o património do devedor, constituem-se, com frequência, garantias especiais que vão acrescer segurança à realização dos interesses do credor ou de certos credores.

Algumas podem ser oferecidas apenas por terceiro (garantias pessoais); outras podem ser dadas tanto pelo devedor como por terceiro (garantias reais).

As primeiras constituem o terceiro na obrigação de cumprir, em lugar do devedor, e têm como objecto aquela obrigação do terceiro e não certos bens, tornando, antes, executáveis todos os bens do património do garante (é a garantia geral a que se aludiu antes).

As segundas afectam um determinado bem do devedor ou de terceiro, vinculando-o de forma preferencial à satisfação do credor.

Na nossa lei, são garantias reais: a consignação de rendimentos (também designada anticrese), o penhor, a hipoteca, os privilégios creditórios e o direito de retenção.

Traduzem-se em direitos reais ao serviço de direitos de crédito e têm um significado qualitativo,⁷ na medida em que conferem aos respectivos titulares uma posição de vantagem em relação a determinados bens.

4. Assim, Michele Fragali, in *Enciclopedia del Diritto*, p. 452.

5. Maiorca, *Novissimo Digesto Italiano*, IX, p. 52.

6. Fragali, *Enciclopedia del Diritto*, p. 455.

7. Galvão Teles, *Garantia Bancária Autónoma*, Sumário.

As garantias pessoais traduzem-se em direitos de crédito ao serviço de outros direitos de crédito e têm um significado quantitativo, porque multiplicam o número das pessoas e dos patrimónios responsáveis.

5. As garantias pessoais das obrigações

Podem ser diversas as garantias pessoais. De entre elas, distinguiremos a fiança, o mandato de crédito, o aval e a garantia autónoma, de que se destaca a garantia "on first demand" ou "à primeira solicitação", que adiante melhor analisaremos.

Aludiremos, também, mais adiante, a figuras jurídicas afins que também têm como finalidade a prestação de garantia, mas não são obrigações de garantia por não se acharem estruturadas como tais ou por terem outra função primária,⁸ entre elas: a abertura de crédito documentário, a "stand by letter of credit", o seguro de crédito.

Tratando-se de garantias pessoais, deverá anotar-se ainda que estamos perante garantias de natureza eminentemente comercial, todas pressupondo a existência de uma outra obrigação à qual servem, como é próprio das obrigações de garantia.

6. Características gerais dos direitos de garantia

a) Em primeiro lugar, todas as garantias referidas são institutos de direito substantivo: elas existem antes da execução e independentemente dela; são inerentes à constituição do crédito e não mera situação processual.

b) As obrigações de garantia são acessórias relativamente à obrigação principal, na medida em que só são exequíveis perante o incumprimento desta, mas não são secundárias relativamente à garantia geral, na medida em que podem existir e ser executadas independentemente da existência de qualquer património do devedor.

c) O acto constitutivo de garantia é de administração extraordinária ou porque coloca em causa o património do garante (caso de garantia pessoal) ou porque destina ou sujeita determinado bem à satisfação do interesse de certo credor (caso de garantia real). O que, como se afigura evidente, comporta efeitos do maior alcance.

III. NOÇÃO DE GARANTIA BANCÁRIA

7. Sequência. Garantias bancárias activas e passivas

As entidades bancárias (instituições de crédito e sociedades financeiras) desenvolvem, hoje, no exercício da sua actividade, múltiplas funções, que vão da captação de depósitos e fundos reembolsáveis junto do público e da concessão de crédito puro à prestação de serviços acessórios.

Em cada área, a actividade dos bancos exercita-se através de uma série de operações "típicas" (as propriamente creditícias) e de operações acessórias (as que consistem na prestação de serviços bancários).

As operações típicas distinguem-se em "operações passivas" isto é, aquelas em que os bancos recolhem fundos constituindo-se devedores, e em "operações activas" em que os bancos concedem crédito ou emprestam dinheiro.

Uma tal variedade de operações é levada a efeito através de instrumentos contratuais, normalmente "standardizados" e que são de mútuo, de depósito... de garantia.

Reportando-nos a esta última espécie — a garantia — há que constatar a existência das seguintes modalidades de prestação de garantia relativamente aos bancos, na dupla função de recolha de fundos e de outorga de crédito:

a) A prestação de garantia do banco perante os seus próprios financiadores, os outros bancos ou o banco central;

8. Galvão Teles, *Garantia Bancária Autónoma*, Sumário, 7.

b) A prestação de garantia pelos clientes ao banco, para segurança dos créditos por este efectuados;

c) A prestação de garantia pelos bancos aos seus clientes, que dela necessitam no exercício da sua actividade.

Registemos, entretanto, que as mais comumente designadas garantias bancárias, e que são, aliás, objecto da primeira parte deste nosso trabalho são as que se traduzem na prestação de garantias pelos bancos, a pedido dos seus clientes.

Trata-se daquilo a que os italianos chamam "credito di firma"⁹ ou sejam as operações em que os bancos colocam a sua "firma" à disposição do cliente: é designadamente o caso da fiança bancária, do aval e até do aceite bancário.

Estas operações nem sempre geram movimentos de caixa, traduzindo-se, a maior parte das vezes, em simples abonação.

Na prestação destas garantias, poderão os bancos, por sua vez, exigir contragarantias; exigirão sempre (é o seu negócio) o pagamento de uma comissão para além das despesas a que houver lugar.

Aqui chegados, vemos delimitado o nosso primeiro campo de análise.

Vamos, então, debruçar-nos sobre os diversos tipos de garantia que os bancos prestam aos seus clientes.

E como a actividade dos bancos é de natureza financeira e creditícia, gerindo fundos e concedendo crédito, não há, nem teórica nem praticamente, lugar à prestação de garantias reais, do mesmo modo que não há lugar, em princípio, à garantia de prestação de facto.¹⁰

Estamos, pois, no exclusivo âmbito das garantias especiais e pessoais das obrigações.

9. *Dizionario di Banca e di Borsa*, Giuffrè editore, p. 465.

10. Dizemos em princípio porque, em alguns países, (como nos USA), alguns bancos assumem a responsabilidade da prestação de facto (por exemplo da execução de obra).

8. Noção de garantia bancária passiva

Diríamos, assim, que as garantias bancárias são operações praticadas pelos bancos mediante as quais aqueles se constituem na obrigação de pagamento ao credor de dívida vencida ou da indemnização a que haja lugar pelo incumprimento do devedor, o garantido.

É então, altura de analisarmos, cada uma de per si, as diversas modalidades de garantia. Tanto vale por dizer que vamos lembrar o regime, assinalando as diferenças, de e entre cada um dos mais significativos tipos de garantia pessoal das obrigações.

IV. TIPOS DE GARANTIA BANCÁRIA

9. A fiança

Trata-se de uma obrigação assumida por determinado sujeito (o fiador) perante o credor de outro sujeito jurídico (o devedor) em garantia do cumprimento da obrigação deste último, ainda que futura ou condicional.

Donde, o fiador assume perante o tal credor obrigação distinta da do devedor principal e só ficará efectivamente obrigado a cumprir em caso de incumprimento daquele devedor principal.

Estamos como se vê, face a uma obrigação subsidiária e acessória; é subsidiária porque só terá de ser cumprida não o sendo a obrigação principal; é acessória porque a respectiva validade depende da validade da obrigação principal, extingue-se com esta, não a pode exceder nem poderá ser mais onerosa que ela (art. 632^o e art. 631^o do Código Civil).¹¹

11. Há excepção àquele regime de invalidade: assim, se a obrigação principal for anulada por incapacidade ou por falta ou vício da vontade do afiançado e o fiador conhecia a causa da anulabilidade ao tempo em que a fiança foi prestada, esta mantém-se, independentemente daquela invalidade.

Galvão Teles refere tratar-se, neste caso, de conversão da fiança noutra fiança de conteúdo di-

A consequência é que o fiador poderá opor ao credor, além dos meios de defesa que lhe são próprios os que competem ao afiançado ou devedor principal (art. 637º do Código Civil).

A fiança assume, normalmente, natureza contratual, mas pode o seu regime ser imposto por via legal. É, designadamente, o caso da responsabilidade do comitente perante terceiro pelos danos que o comissário causar desde que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar (art. 500º ns. 1 e 3 do Código Civil).

O fiador poderá obrigar-se apenas ao cumprimento de parte das obrigações do devedor, ou obrigar-se em condições menos onerosas que aquele (fiança parcial ou limitada); e também pode renunciar ao benefício de excussão que a lei portuguesa confere ao fiador (art. 638º C. Civil); neste caso, o fiador cumprirá a obrigação ainda que o devedor principal não tenha sido interpelado para cumprir.

Caso a fiança seja prestada por várias pessoas (fiança plural), ainda que isoladamente, responde cada uma delas pela satisfação integral do crédito em regime de solidariedade; pode, no entanto, convencionar-se o benefício de divisão de responsabilidades (art. 649º n. 1 do Código Civil).

Se os fiadores se houverem obrigado conjuntamente, a consequência é que o fiador poderá opôr ao credor, além dos meios de defesa que lhe são próprios, os que competem ao afiançado ou devedor principal (art. 637º do Código Civil).

A fiança assume, normalmente, natureza contratual, mas pode o seu regime ser imposto por via legal: diremos então que

verso. E dá o seguinte exemplo: A vende e entrega a B determinado imóvel, com espera do preço; C afiança a dívida do preço; B obtém a anulação da venda com fundamento em erro seu, conhecido de C; este será responsável não pela dívida do preço, que desaparece, mas — ainda como fiador — pelo não cumprimento da obrigação de restituição do imóvel a A. Estamos, na verdade, face à conversão prevista no art. 293º do Código Civil.

estamos perante fiança legal. É, por exemplo, o caso da responsabilidade do comitente perante terceiro pelos danos que o comissário causar desde que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar (art. 500º ns. 1 e 3 do Código Civil).

O fiador poderá obrigar-se apenas ao cumprimento de parte das obrigações do devedor, ou obrigar-se em condições menos onerosas que aquele (fiança parcial ou limitada); e também pode renunciar ao benefício de excussão que a lei portuguesa confere ao fiador (art. 638º C. Civil); neste caso, o fiador cumprirá a obrigação ainda que o devedor principal não tenha sido interpelado para cumprir.

Caso a fiança seja prestada por várias pessoas (fiança plural), ainda que isoladamente, responde cada uma delas pela satisfação integral do crédito em regime de solidariedade; pode, no entanto, convencionar-se o benefício de divisão de responsabilidades (art. 649º n. 1 do Código Civil).

Se os fiadores se houverem obrigado conjuntamente, é lícito a qualquer deles invocar o benefício da divisão, respondendo, cada um, proporcionalmente, pela quota do confiador que se encontre insolvente (art. 649º n. 2).

É, por fim, característica essencial da fiança que o fiador que pagou fica sub-rogado nos direitos do credor contra o devedor e, em conformidade com as regras das obrigações solidárias, contra os outros fiadores (art. 650º do Código Civil), podendo contra estes exercer o respectivo direito de regresso.

A fiança extingue-se com a extinção da obrigação principal, por renúncia do credor ou por confusão na mesma pessoa da qualidade de fiador e de devedor.

E também pode o fiador liberar-se ou exigir prestação de caução para garantia do seu direito contra o devedor, designadamente, se o credor obtiver sentença executível contra o fiador, se os riscos se agravarem sensivelmente, se houverem decorrido cinco anos, não tendo a obrigação

principal um termo (art. 648º do Código Civil).

Postos em destaque os traços característicos da fiança, terminaremos com a anotação de que a fiança bancária não sofre quaisquer desvios ao regime geral, devendo, como aquela, ser expressamente declarada pela forma exigida para a obrigação principal.

10. O mandato de crédito

O mandato de crédito constitui um sub-tipo de fiança.

Consiste no seguinte: alguém encarrega outrem de dar crédito a terceiro; o mandante assume a garantia como fiador, perante o mandatário ou encarregado, pelo crédito que este conceder.

O autor do encargo pode revogar o mandato enquanto não for concedido o crédito e pode até denunciar o mandato, a todo o tempo, tornando-se, neste caso, responsável pelos danos que haja causado (art. 629º do Código Civil).

A figura é antiquíssima e tem as suas raízes no direito romano: "mandatum de pecunia credenda".

Nem perdeu actualidade, constituindo inspiração para modernas operações cuja importância de todos é conhecida, como a abertura de crédito.¹²

Trata-se de uma operação trilateral: um fiador, um capitalista (na nossa análise, é o banco que dá crédito) e um terceiro, o beneficiário do crédito.

Uma parte, desejosa de estabelecer com outra uma relação comercial de que lhe resultem proveitos, torna-se parte activa na obtenção dos capitais de que esta última necessita, encarregando o capitalista do financiamento e assumindo ele, mandante, a responsabilidade.

12. Ernesto Simonetto, *Novissimo Digesto Italiano*, X, 150.

O fiador actua aqui, não como parte passiva ou acessória, mas activa, na qualidade de promotor do complexo negocial.

É evidente que o motor desta operação é alimentado pelo interesse do mandante: é a ele que principalmente interessa a obtenção do crédito a favor de terceiro. Os elementos do negócio são também três: o encargo cometido pelo mandante ao mandatário; a aceitação do encargo pelo mandatário que assim aceita conceder crédito a terceiro; e, finalmente, a assunção da qualidade de fiador de débito futuro, por parte de quem atribui o encargo.¹³

Interessante será notar que o terceiro recebe, afinal de todos: do mandante a quem não confere qualquer prestação directa e do mandatário de quem recebe o crédito.

Mas, no fundo, existe, como fizemos notar, principalmente, um interesse do mandante.

Por outro lado, relevaremos também que este negócio é meramente preparatório de um financiamento, conduzindo ou concretizando-se em múltiplas e imaginativas fórmulas negociais de que pode constituir exemplo a letra de favor.

Pode, assim, o mandato de crédito revestir-se de grande importância, não em sua pureza lógico-jurídica, mas pela variedade dos negócios e operações que inspira.

11. O aval

O aval distingue-se muito claramente da fiança.

Antes de mais, porque ele há-de constar e é específico dos títulos cambiários e assim, é regulado pela lei uniforme sobre letras e livranças (arts. 30º a 32º e 37º) e pela lei uniforme sobre cheques (arts. 25º a 27º).

Por outro lado, a obrigação do avalista não é acessória como a do fiador, isto é, a

13. Assim, Ernesto Simonetto, *Novissimo Digesto Italiano*, X, 154.

validade do aval não depende da validade substancial da obrigação do avalizado. Assim, o avalista está sujeito à obrigação de agar a letra ainda que a obrigação do avalizado seja nula ou anulada por vício essencial.

A única oposição que o avalista poderá fazer será com base em vício de forma.

Donde que também se atribua à obrigação do avalista carácter autónomo.

Shermi, citado por Massimo De Marco, estabelece assim a diferença entre o aval e a fiança: “a segunda liga-se ao crédito causal sem qualquer outra qualificação; o primeiro (aval) liga-se ao crédito causal isolado da complexa relação causal e mobilizado através da sua incorporação no documento cambiário, isto é, qualificado pela lei de circulação cambiária.

A existência da obrigação garantida constitui o pressuposto necessário de fiança, mas não do aval.”

O avalista é devedor solidário pelo que pode o credor accionar o avalizado ou o avalista sem que este último possa opor-lhe o benefício da excussão; por outro lado, tratando-se de negócio abstracto pode o detentor do título desencadear contra o avalista acção cambiária sem que tenha de referir-se à relação substancial ou subjacente.

Acontece, por vezes, uma situação anómala: não há interesse em que o avalista apareça como tal; nesse caso, ele próprio intervém na letra, obrigando-se como aceite ou endossante. É a típica letra de favor que mais não traduz que um aval encoberto ou mascarado (“Fidussio Palliata”).

Trata-se, evidentemente, de uma garantia concedida através de *conscrição cambiária*.¹⁴

Uma outra modalidade de garantia cambiária poderá ser prestada da seguinte forma: A aceita uma letra que entrega a B;

para garantia do pagamento respectivo, C não avaliza aquele mencionado título mas entrega a B uma letra por si aceite, de igual montante, para garantia do pagamento a A.

Em todos os casos que acabamos de assinalar, o aval é uma típica garantia cambiária. E os bancos utilizá-la-ão dentro das regras gerais sem qualquer especificidade.

Não há, pois, que confundir um outro conceito de aval hoje muito em voga, entre nós: o aval do Estado que poderá ser prestado, designadamente, através de institutos públicos.

Basicamente regulado pela Lei 1/73, de 2 de Janeiro, o aval do Estado terá como finalidade proporcionar o financiamento de empreendimentos ou projectos de interesse para a economia nacional.

A garantia é prestada através de declaração e os créditos avalizados conferem ao Estado privilégio creditório mobiliário geral, nos termos dos arts. 735º n. 2 e 747º n. 1, alínea a), do Código Civil.¹⁵

Este aval é, no entanto, destinado à obtenção de financiamentos internos ou externos; logo, os beneficiários directos do aval são exactamente os bancos pelo que não se trata, em caso algum, de garantia bancária tal como a definimos. Por essa razão, nos ficamos por aqui, a seu respeito.

12. Garantia autónoma

A prática comercial e a vida jurídica, em geral vêm exigindo cada vez com mais frequência e nos mais diversificados actos e momentos a prestação de caução.

Em tais circunstâncias e, designadamente, se ela for imposta por tribunal, pode a caução ser prestada por meio de qualquer garantia, real ou pessoal (art. 624º n. 1 do Código Civil).

15. Veja-se, a propósito, o Despacho Normativo n. 231/78, de 15 de Setembro, relativo à prestação de avals a favor de Pequenas e Médias Empresas.

14. Assim, Joaquim Garrigues, *Contratos Bancários*, p. 248.

Em todo o caso, a regra é de que a caução imposta ou autorizada por lei deve ser prestada por meio de depósito de dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos, ou por penhor, hipoteca ou fiança bancária (art. 623º n. 1 do Código Civil).

A garantia assim prestada deixa o credor em situação cómoda mas coloca, muitas vezes, o devedor em situação gravosa.

É que o depósito implica a imobilização de valores por vezes incompatível com a dinâmica da vida comercial e os custos dessas imobilizações.

Daí, os esforços imaginativos dos agentes económicos por encontrarem soluções igualmente seguras e válidas que não comportem tamanhos inconvenientes.

Foi da evolução dessas fórmulas que resultaram alguns (engenhosos) tipos de garantias bancárias autónomas.

As exigências de caução ou garantia são conhecidas nos mais diversos domínios da vida comercial: reveste-se de enorme interesse a caução exigida às empresas para importação de bens; nos contratos de empreitada, é usual que o dono da obra exija caução de boa execução e assim igualmente nos mais diversos contratos internacionais.

Ora, quer o volume dos negócios quer a falta de conhecimento recíproco das partes envolvidas não podem, obviamente, dispensar a existência de garantias prestadas por entidades idóneas.

E também é certo que as garantias clássicas que referimos como a fiança e o aval se não adaptam a este tipo de contrato: a fiança sobretudo pela subsidiariedade e acessoriedade que lhe são características; o aval pela rigidez da legislação cambiária não compatível com a dinâmica comercial.

A garantia autónoma que poderá revestir diversos tipos tem sido a fórmula ensaiada com resultados surpreendentes sobretudo no que toca à rapidez com que os negócios alcançam concretização.

Vamos então tentar caracterizar a garantia autónoma, tipificando-a, depois.

12.1 Origens

Já dissemos que o carácter acessório da fiança (traduzido na possibilidade de discutir a relação jurídica subjacente) tem levado os agentes económicos a rejeitá-la.

E não é raro, assim, por exemplo, encontrar fórmulas de contratos de garantia em que o credor faça incluir cláusulas como estas:

“O fiador pagará imediatamente ao credor, a pedido deste, mesmo contra a vontade do devedor quanto for devido por capital, juros e despesas acessórias”, ou ainda:

“A fiança manter-se-á válida ainda que a obrigação principal seja declarada inválida.”

Do mesmo modo, são cada vez mais frequentes as seguintes cláusulas inseridas em documentos de garantia prestada por bancos, sobretudo em contratos internacionais:

“Fica entendido que pagaremos a V. Exas. dentro do limite de escudos..., a importância que nos indicarem como devida por fulano, não obstante a oposição dele ou a existência de controvérsia sobre a exigibilidade do vosso crédito, mediante a simples apresentação do vosso pedido por escrito.” Ou ainda:

“O fiador declara que, em caso de invalidade da obrigação principal, a presente fiança se manterá firme e válida.”

Perante cláusulas deste teor, nascidas da prática, teve a doutrina e tiveram os tribunais que proceder a formulações teóricas.

É que, com elas, a fiança perde o que tem de essencial e conseqüentemente, não é fiança. Ou então, haveria que reconhecer que o carácter acessório não lhe é essencial.

As posições sobre esta questão foram diversas como nos dá conta Giuseppe Portale.¹⁶

16. Giuseppe Portale, *Le Operazioni Bancarie*, p. 1.046; e ainda, mesmo autor, *Le Operazioni Bancarie Internazionali*, Milano, 1989.

Assim, a título, de exemplo, gerou-se uma corrente entre os autores italianos, no sentido de que a derrogação da acessoriedade da fiança era legal quando se tratasse de anulabilidade, mas já não nos casos de nulidade.

Diziam tais autores (de que se distinguem Fragali e Campobasso), que aquelas cláusulas não tinham “a força, a eficácia de perturbar a causa do negócio da fiança, porquanto, embora de forma diversa e com outras regras, prosseguem o mesmo fim de garantia pessoal que a fiança pretende atingir”.

O argumento, convenhamos, não é forte.

A teorização desta matéria distinguindo a garantia autónoma da fiança remonta a Stammler, há já quase um século: distinguia aquele autor os contratos de garantia em duas categorias: de um lado, os contratos de garantia, acessórios de uma obrigação principal; de outro, os contratos de garantia que encontravam fundamento na autonomia da vontade e prescindiam daquela relação com qualquer outra relação jurídica, gerando para o promitente uma obrigação totalmente autónoma.

E foi esta doutrina, assim simplificada, que teve acolhimento no BGB (Código Civil Alemão), § 766, e permitiu um grande desenvolvimento sobretudo na Alemanha, da figura da “*Garantievertrag*”, como excelente instrumento de desenvolvimento do comércio internacional.

E isto, desde logo, porque, como é evidente, o credor (estrangeiro) não tem, com ela, que reccar as hipóteses de invalidade do negócio, porventura regido segundo lei que desconhece.

Mas não era tudo; a prática foi introduzindo uma nova cláusula que superasse o problema que ainda restava das delongas necessárias ao apuramento da correcção do pedido de pagamento por parte do credor: foi a cláusula “*on first demand*”, “*a prima richiestà*”, “*à la première demande*”, “*a primeira solicitação*”.

A garantia autónoma com uma tal cláusula passa a dispensar qualquer discussão sobre os fundamentos e pressupostos da obrigação de garantia e obriga o garante a cumprir imediatamente, mediante o simples pedido do credor: atingiu-se assim (quase) a perfeição da garantia por depósito, ou por crédito documentário irrevogável.

Pelos seus atractivos foi o contrato de garantia autónoma objecto de desenvolvimento por parte da Câmara de Comércio Internacional¹⁷ e pela própria CEE¹⁸ por força do art. 100º do Tratado.

12.2 As características da garantia autónoma

Antes de mais, há que constatar o carácter contratual da garantia autónoma, o que nem é difícil, sendo evidente que ele tem de ser aceite.

É certo que não se tratará de contrato sinalagmático, mas também não há que falar em mero negócio jurídico unilateral, como já tem sido aventado.

Por outro lado, discute-se se a garantia autónoma reveste, carácter abstracto ou causal.¹⁹ Ora bem, abstracto é o negócio

17. Do que resultou a elaboração das Regras Uniformes para as Garantias Bancárias, adoptadas em 20 de Junho de 1978, pelo Conselho da Câmara de Comércio Internacional, nas quais, porém, não era incluída a garantia “*on first demand*” com o argumento da “*necessité de justifier toute demande de réalisation de garantie, de moraliser la pratique des garanties*”.

18. Sobre a matéria foi redigido um projecto de Directiva tendo por base um relatório do Instituto Max Planck.

19. Giuseppe Portale, *Nuovi Sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, Banca Borsa, XXXVIII, 171, chama a atenção para a equivocidade do termo *causa* e acaba por lembrar que nenhum sistema causalista ousou impedir o contrato autónomo de garantia ainda que reconhecendo-lhe abstracção. Por seu lado, opina que “para tornar causal o contrato basta que nele se declare a função da garantia e que pelas partes seja feita referència a uma relação jurídica subjacente que sirva para justificar a obrigação do garante”.

jurídico que pode ter por base qualquer causa sendo válido independentemente daquela; causal é o negócio que tem por base uma única causa e só a esta servirá

Em tais termos, o contrato de garantia autónoma é causal porquanto a sua causa é única — a prestação de garantia que se encontra vertida no próprio contrato.

Como diz Galvão Teles,²⁰ saber se a garantia vale ou não e se subsiste ou não, apesar da invalidade ou extinção do contrato base, é problema que nada tem que ver com a causalidade ou abstracção da primeira, mas sim com a sua autonomia ou acessoriedade em relação ao segundo.

Deixamos, deste modo, afastada a complicada questão que se discute sobre o carácter concreto ou abstracto da garantia autónoma e da sua admissão face ao art. 458º do Código Civil Português de que os autores extraem a proibição do negócio abstracto.

A garantia bancária de que tratamos é causal e é autónoma; é causal porque vinculada à prestação de garantia; é autónoma porque é independente do contrato base.

A fiança é causal mas não é autónoma, é acessória; é causal porque também vinculada à prestação de garantia; é acessória porque subordinada à validade da obrigação principal.

A obrigação resultante da garantia autónoma é, de outro lado, uma obrigação pecuniária.

Certo é que a garantia poderá reportar-se directamente a prestação pecuniária ou a mera prestação de facto; só que, neste último caso, o garante fica adstrito apenas ao pagamento de indemnização por incumprimento e não ao cumprimento em espécie.

12.3 Relações jurídicas e conteúdo da garantia autónoma

Decompondo o contrato de garantia autónoma obtemos os seguintes actos ju-

rídicos: o contrato-base; o contrato pelo qual o banco se obriga, mediante certa remuneração a fornecer a garantia; o contrato de garantia propriamente dito.

Assim: A, dono da obra, contrata uma empreitada com B (contrato base); B, empreiteiro dá ordem ao Banco C para que emita uma garantia “on first demand” a favor do A, para boa execução; o banco C emite a garantia que entrega ao A e que este aceita.

Daqui resultam os seguintes corolários:

— O beneficiário A só pode exigir de C, em conformidade com o título de garantia que detiver.

— O garante está adstrito ao pagamento nos exactos termos do título que emitiu.

— Se o beneficiário A reclamar o pagamento em conformidade com o título, o garante terá de pagar imediatamente, sem delongas ou discussões sobre a validade da obrigação.

— O garante só poderá recusar o pagamento perante manifesta ilicitude, má fé ou alteração anormal do contrato base, evidenciadas por prova documental.

— A emissão de garantia autónoma “on first demand” coloca nas mãos do beneficiário a escolha da oportunidade da respectiva execução.

— Com o pagamento, o garante C constitui-se credor do mandante B podendo exercer direito de regresso.

12.4 Alguns tipos de garantia autónoma

São os seguintes os tipos de garantia autónoma que mais frequentemente vêm sendo utilizados em contratos internacionais:

— *Bid bonds* são garantias exigidas aos concorrentes de determinada empreitada: o garante assume a responsabilidade resultante do facto de o concorrente não vir a assinar o respectivo contrato ou a garantia da boa execução dele;

20. Galvão Teles, *Garantia Bancária Autónoma*, p. 31.

— *Performance bonds* são garantias exigidas ao contraente para bom cumprimento de uma prestação: o garante assume a responsabilidade do cumprimento pontual das prestações estipuladas (poderão traduzir cumprimento em espécie ou apenas indemnização e neste caso orçã, normalmente, 10% do valor da obra);²¹

— *Repayment guarantees* são garantias de devolução de pagamentos antecipados que não deverão manter-se por incumprimento do contrato;

— *Maintenance bonds* são garantias de manutenção, por certo período de tempo, dos trabalhos e obras levados a efeito.

12.5 Limites à autonomia da garantia

Schinnerer-Avancini definem o contrato autónomo de garantia bancária como “um contrato obrigatório unilateral que, de regra, serve para garantir a prestação de um terceiro a favor de um credor beneficiário de maneira a assegurar a este último que receberá, em qualquer caso, a prestação ou a quantia, em dinheiro, contratualmente estabelecido e isto não apenas na hipótese de incumprimento pelo terceiro, mas também no caso em que a obrigação principal não chegue sequer a existir ou se torne impossível”.

Mas, claro que o valor desta regra de autonomia não é absoluto.

Ela encontra um primeiro limite na hipótese de ilicitude da causa do contrato principal (entre nós) por força das disposições dos arts. 280º n. 2 e 294º do Código Civil.

Um segundo limite ocorre quando a nulidade ou a caducidade do contrato resultam de sentença transitada em julgado; neste caso, a execução da garantia é tida como fraudulenta e, consequentemente, paralizável com a “*exceptio doli*”.²²

21. Vide citação deste nosso trabalho, em Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, B.M.J. 401, 478.

22. Assim, Vasseur, *Garantie Independente*, p. 123 e Giuseppe Portale, *Nuovi Sviluppi*, p. 182.

Queremos dizer que o segundo limite acaba por ser a boa fé, podendo sempre o garante excepcionar o dolo, a má fé ou o abuso de direito no recurso à garantia por parte do beneficiário dela, com respeito, aliás, pela regra de que a “*fraus omnia corrumpit*”.

As excepções de ilicitude e de dolo são comumente aceites para a recusa do pagamento.

Não assim a excepção com base em alteração do contrato base.

Entendemos, no entanto, com Francesco Benatti,²³ que se o programa se alterou substancialmente, aumentando, em muito, e manifestamente, o risco coberto pelo contrato de garantia, o garante poderá recusar a prestação ao beneficiário.

O reverso da medalha também existe: é que a recusa do pagamento por alegação de ilicitude, fraude ou alteração do contrato base pode comprometer o nome e a imagem do banco garante.

12.6 Relações entre o garante e o mandante

Está fora de dúvida o direito de regresso do garante que pagou sobre o seu mandante. Mas há questões por resolver: por exemplo, deverá o garante, antes de pagar, dar conhecimento ao mandante do pedido que lhe foi dirigido pelo beneficiário?

Entendemos que o princípio de boa fé impõe que deve ser dado conhecimento até porque o mandante pode dispôr de elementos que permitam opôr as excepções de que falámos.

E assim, com base nesses mesmos princípios, poderá o mandante opôr-se, mais tarde, na acção de regresso instaurada pelo mandante, com fundamento em que o mandato não foi cumprido de boa fé, com seu exclusivo prejuízo.

23. Francesco Benatti, *Il Contrato Autonomo di Garanzia*, p. 183.

V. FIGURAS AFINS DA GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA

Deixámos anotado que existem figuras jurídicas que também têm por finalidade a prestação de garantia mas não são, primariamente, contratos de garantia.

É, designadamente, assim, no que concerne à abertura de crédito documentário, à utilização da “stand by letter of credit” e ao contrato de seguro de crédito.

13. Abertura de crédito documentário

O crédito documentário nasceu de uma certa desconfiança existente entre comerciantes que se não conhecem.

Por outro lado, é cada vez menos prático e possível entregar a mercadoria contra pagamento.

E bem se compreende que o vendedor tenha relutância em entregar mercadoria sem receber, do mesmo passo que o comprador a sentirá em pagar sem receber o que comprou.

Para além disso, o comércio internacional deu lugar à emissão de documentos variados: facturas, títulos de transporte, apólices de seguro, documentos aduaneiros, certificados de origem.

Ora, é apenas contra entrega destes documentos que, ao fim e ao cabo, significam a liberação da mercadoria, que o comprador querera pagar: de sua parte, o vendedor também não estará disposto a entregar os documentos sem garantia de que receberá o preço.

É aqui que os bancos têm uma intermediação indispensável: pela confiança que merecem a ambas as partes vão ser os depositários dos documentos e também serão eles que vão proceder ao pagamento das mercadorias, restabelecendo, deste modo, a confiança negocial.

Assim, e quanto ao vendedor (exportador): obterá do banco (do país do com-

prador e por intermédio deste) uma declaração em como lhe será pago o preço das mercadorias, logo que receba os documentos indispensáveis à entrega dos mesmos ao comprador.

Dizemos, então, que aquele banco *abre um crédito documentário ao vendedor*.

O crédito assim aberto pode, no entanto, ser *revogável ou irrevogável*.

No primeiro caso, o vendedor fica apenas a saber que o banco está na disposição de cumprir o mandato de pagamento que lhe foi conferido pelo comprador podendo, porém, este mandato ser-lhe retirado.

No segundo caso, o único que, afinal, interessa ao vendedor, o banco compromete-se de forma autónoma, a pagar o que for devido, ainda que o comprador revogue as suas ordens.

O exportador pode, então, proceder ao fabrico e expedição, descansado e certo de que receberá o valor dos bens vendidos, qualquer que venha a ser a posição do comprador.

Também aqui, deve dizer-se que o desenvolvimento da prática do crédito documentário se estabeleceu sob os auspícios da Câmara do Comércio Internacional, com o estabelecimento de *regras e usos uniformes relativos ao crédito documentário*.

Não sendo estas regras imperativas, certo é que os bancos de todo o mundo estão aderindo à respectiva aplicação.

E qual a natureza jurídica deste crédito documentário?

Como, certamente, se reparou, a designação é equívoca.

De facto, não existe, em princípio, qualquer crédito: o que o banco emite é um documento de *garantia de pagamento* e a indicação do modo como este se fará mas não há saída de fundos.

Trata-se, pois, de uma *técnica de garantia* e do *pagamento* na terminologia de

Rodiére e Rives-Lange, citados por Vasseur.²⁴

A complexa e inovadora estrutura do crédito documentário deu origem a numerosas teorias sobre a sua natureza jurídica: desde a teoria da fiança à da cessão de crédito, à do contrato a favor de terceiro.

Fernando Olavo,²⁵ a nosso ver, bem, explica que o mandato sem representação se ajusta à figura do crédito documentário.

O mecanismo do crédito documentário desenvolve-se em quatro fases: a primeira consiste no negócio entre vendedor e comprador; na segunda, o comprador dá ordens ao seu banco para que abra o crédito documentário e o banco emite a carta de crédito comercial a favor do vendedor; na terceira, o vendedor entregará ao banco os documentos necessários para a entrega da mercadoria ao comprador e o banco efectuará o pagamento; na quarta fase, o banco que pagou procederá à liquidação do crédito documentário face ao comprador-importador (regresso).

Será de salientar que a natureza revogável ou irrevogável do crédito documentário fará parte do contrato a estabelecer entre o comprador (mandante) e o seu banco, do mesmo passo que se recorda que se tornou habitual que os bancos notifiquem o beneficiário através de outro banco (correspondente) sediado no país daquele. E este último mandatário poderá desempenhar várias missões: apenas notificar, pagar ou receber letra de câmbio sacada pelo vendedor, confirmar o carácter irrevogável do crédito aberto. Isto é, o banco do país do vendedor pode assumir a mesma posição do banco que abriu o crédito, reforçando, deste modo, as garantias do vendedor.²⁶

Este (o vendedor) disporá, então, de dois direitos directos autónomos e parale-

24. Vasseur, *Droit et Economie Bancaires*, II 594.

25. Fernando Olavo, *Abertura de crédito documentário*.

26. Vasseur, obra citada, 603.

los: um contra o banco que emitiu o crédito documentário e outro contra o banco que o notificou e confirmou: um banco sediado no estrangeiro e o outro no seu próprio país.

Quanto ao controle e verificação de documentos pelo banco que abriu o crédito documentário relevaremos que:

— O banco não tem que verificar a conformidade dos documentos com as mercadorias;

— O banco não pode exigir outros documentos para além dos previstos na carta de abertura de crédito;

— O banco não assume qualquer responsabilidade quanto à autenticidade e à falsidade dos documentos excepto se a irregularidade for manifesta (art. 9º das Regras e Usos Uniformes);

— Mas o banco deve controlar a conformidade dos documentos apresentados com os indicados na carta de abertura de crédito.

Não entraremos, aqui, em pormenores do regime de crédito documentário.

Mas achamos oportuno salientar algumas diferenças entre a garantia autónoma automática e a abertura do crédito documentário porque são muitas as suas semelhanças:

— Em primeiro lugar, a abertura do crédito documentário assenta num contrato de compra e venda, não sendo necessário que tal aconteça no caso da garantia autónoma automática.

— Em segundo lugar, a incumbência do banco é de proceder a um pagamento, contra entrega de documentos e não propriamente, garantir o pagamento pelo vendedor.

— O banco do comprador efectua o pagamento, por mandato do comprador, logo que os documentos cheguem às suas mãos; o banco que prestou garantia autónoma pagará em nome próprio, como garante, quando lhe for exigido.

— O crédito documentário é transferível (art. 46º das regras e usos uniformes) podendo o beneficiário, no caso, prevalecer-se do crédito para garantir-se junto dos seus fornecedores: e se a transferência (ou cessão) for total o primeiro beneficiário desaparece de cena, ficando apenas o segundo beneficiário; se for parcial, acabam por ser dois os beneficiários.²⁷

14. "Stand by letter of credit"

Poderemos desde já afirmar que a "stand by letter of credit" é apenas uma modalidade de crédito documentário.

Trata-se, com efeito, de uma carta de garantia expressa na forma e segundo as modalidades daquela abertura de crédito, tendo conhecido grande desenvolvimento sobretudo nos Estados Unidos da América.

Acaba por ser uma carta de garantia em que o emitente se obriga perante o beneficiário:

- A reembolsar o que for prestado ou antecipado ao ordenante;
- A cumprir qualquer obrigação assumida pelo ordenante;
- A efectuar o pagamento em caso de incumprimento por parte do ordenante na execução de qualquer obrigação assumida por este.

Distingue-se a "stand by letter of credit" de uma simples garantia: a carta de crédito é um contrato que estabelece por si só todas as condições definindo direitos e obrigações das partes. Qualquer litígio sobre tais direitos e obrigações terá que encontrar solução no texto da carta e não em qualquer outro contrato ou relação jurídica.

A garantia acaba por ser um contrato que se reporta a um outro (o contrato principal) ou relação jurídica, de tal modo que a discussão sobre os direitos e obrigações das partes terá que ter em conta os direitos

e obrigações das partes do contrato principal ou subjacente.

Já vimos que isso é assim, mesmo na garantia autónoma automática, podendo, designadamente, invocar-se a ilicitude ou má fé do contrato subjacente.

De outro lado, é o art. 8º das Normas e Usos Uniformes Relativos aos Créditos Documentários que precisa este aspecto: "Nas operações de créditos documentários as partes interessadas deverão basear-se sobre os documentos, independentemente das mercadorias". Tal é o regime da "stand by letter of credit": o banco que a emite deverá ater-se às condições nela contidas para não se envolver nas discussões entre o seu cliente e o beneficiário; do mesmo modo, deverá proceder o beneficiário quando pretender que o banco cumpra a obrigação assumida.

Quanto às modalidades e aplicações da "stand by letter of credit" podemos constatar as mesmas da garantia "on first demand": ("bid bonds", "performance bonds", "advance payment bonds") e ainda a prestação de garantias por facilidades de crédito concedidas ao ordenante ou a filiais suas por bancos ou outras entidades financeiras.²⁸

Esta última modalidade resolve o problema da garantia de abertura de linhas de crédito a favor do ordenante ou sua subsidiária, geralmente no estrangeiro, cobrindo todas as responsabilidades acordadas; tornar-se-á operante face à apresentação de declaração de incumprimento, total ou parcial, por parte do banco financiador.

Nascida e desenvolvida nos USA, esta modalidade de crédito documentário vem assumindo enorme importância no mundo dos negócios internacionais, sobretudo no médio oriente.

15. Garantia de "plafond" de crédito

Imagine-se uma empresa, com sede em Portugal e filial no estrangeiro.

27. Franco Paturi, "Il Credito Documentario Trasferibile", in *Gazzetta Valutaria*, 1984, p. 468.

28. Federico Visentini, "Stand By Letter of Credit", *Gazzetta Valutaria*, 1984, p. 384.

Pretende-se através desta filial levar a efeito investimentos no país em que se situa ou proceder a exportações do nosso país para aquele.

Para tal, necessita aquela filial de financiamento de bancos locais.

Não tendo capacidade nem imagem suficiente para o efeito, pode utilizar-se o seguinte processo: a casa mãe obtém junto do banco português uma garantia de "plafond" de crédito estrangeiro que este coloca à disposição da filial.

Trata-se de pura garantia de "plafond" de crédito prestada por banco nacional a banco estrangeiro, e que terá como efeito a promoção das exportações portuguesas ou de investimentos nacionais no estrangeiro à custa de financiamentos locais sem qualquer fluxo de dinheiro nacional ou encargos especiais.

A natureza jurídica da garantia assim prestada dependerá dos seus próprios termos: poderá tratar-se de simples fiança²⁹ de garantia autónoma automática de mandato de crédito,³⁰ ou de "stand by letter of credit".

16. Seguro de crédito

O seguro de crédito é, na definição de Jean Bastin,³¹ "um sistema de seguro que permite aos credores, mediante o pagamento de um prémio cobrirem-se contra o não pagamento de créditos devidos por pessoas (previamente identificados) em situação de falta de pagamento".

29. Parece tratar-se de fiança para Luigi Merlo, "La Garanzia Bancaria", *Gazzetta Valutaria*, 1984, p. 677.

30. Não estamos, evidentemente, perante a "lettre de patronage", ou "comfort letter" a qual consiste no seguinte: uma sociedade participante envia uma carta a determinado banco, manifestando-lhe que conhece os negócios entre esse banco e certa sociedade por si participada; e que tomará as devidas providências para que a participada cumpra as obrigações que assumir.

31. Jean Bastin, *O Seguro de Crédito no Mundo Contemporâneo*, p. 51.

Há três pessoas (em sentido amplo) no contrato de seguro de crédito: um credor, um devedor e um terceiro (o segurador) que garante o primeiro contra o incumprimento do segundo.

É, de resto, o credor quem exige a cobertura do seu crédito.

Bem claras são as diferenças entre o contrato de seguro e o contrato de garantia: a primeira diferença é a de que, no contrato de seguro, em contrapartida do risco transferido há lugar ao pagamento de um prémio; em segundo lugar, o objecto do contrato de seguro é assumir aquele risco, muito para além da obrigação de pagar no vencimento, se o devedor não pagar e em lugar dele; a terceira diferença consiste em o contrato de seguro de crédito ser celebrado por companhias seguradoras³² e não por bancos.

É, aliás, a este propósito, muito expressiva a afirmação de Charles Weil: "A preocupação de um banco é evitar os riscos; assumi-los é o objectivo de uma companhia de seguros".

Porque listámos, então, o seguro de crédito entre as figuras afins da garantia bancária?

Por um lado, porque o seguro de crédito também desempenha uma função de garantia de pagamento a favor do credor; por outro lado, porque esta actividade seguradora se situa muito próximo da actividade bancária, sobretudo daquela que se traduz na prestação de garantias, das assim chamadas garantias bancárias.

VI. GARANTIAS BANCÁRIAS ACTIVAS

17. Razão de ordem e noção

Vimos, até agora, os vários tipos de garantia que os bancos prestam aos seus clientes.

32. A contratação de seguros de crédito é, em Portugal, uma das principais atribuições da COSEC - Companhia de Seguros de Créditos.

E podemos chegar à conclusão de que qualquer daqueles instrumentos se reconduz a garantia pessoal na medida em que, pelo cumprimento de uma obrigação, passa a responder o património do banco garante, por acréscimo ao património do devedor.

A prestação de garantia, por seu lado, não gera imediato movimento de caixa nem tão pouco constitui o garante como devedor; torna-o, antes, potencialmente devedor o que ocorrerá, se e quando o devedor não cumpra.

Não há, por outro lado, qualquer afectação específica de bens do garante. Os bancos não prestam, por isso, garantias reais.

Trataremos, agora, de analisar a prestação de garantias a favor do banco.

E o que constatamos é, praticamente, o inverso.

Os bancos preferem a prestação de garantias reais. O pagamento pelo devedor fica, assim, garantido pela especial afectação, de coisas determinadas.

Em caso de incumprimento pelo devedor e na falta de património deste, respondem aqueles bens, do próprio devedor ou de terceiros, especialmente afectos a este fim.

O banco, em caso de incumprimento do devedor, vê a garantia do seu crédito ampliada, através de um direito real.

E poderemos designar esta operação como "garantia bancária"?

Não é habitual. Mas também não é incorrecto.

Costumam designar-se por operações bancárias todas aquelas práticas em que as instituições bancárias intervenham, no âmbito do seu objecto.

Serão passivas as que colocam o banco em situação devedora (por exemplo, o depósito); serão activas as que colocam o Banco em posição credora (por exemplo, o mútuo).

Deste ponto de vista, a prestação de garantia pelo Banco é operação passiva; a garantia do crédito concedido pelo Banco é operação activa.

Na primeira, o Banco coloca-se em posição de ter de pagar; na segunda, o banco fica na situação de eventual credor.

A garantia bancária passiva acompanha, pois, sempre, uma operação bancária activa.

18. Garantias gerais e especiais: pessoais e reais

Já inicialmente nos referimos à garantia geral do cumprimento das obrigações, traduzida na possibilidade de forçar o devedor a cumprir a obrigação à custa do seu património.

Parece evidente que, em todo caso, qualquer operação activa do Banco fica assistida por esta garantia geral, mas não é dela que nos ocuparemos aqui.

Interessam-nos, apenas, as garantias especiais: pessoais e reais, porque só estas, no fundo, traduzem especial afectação patrimonial ao cumprimento de certa obrigação.

19. Garantias activas e pessoais

Na prestação da garantia do crédito bancário não está excluída a prestação de garantias pessoais.

Já dissemos, todavia, o bastante sobre esta modalidade de garantias que pode traduzir-se em fiança, aval, mandato de crédito e garantia autónoma.

Em qualquer dos casos, é um novo património que vem acrescer ao património do devedor.

E, na verdade, não se vê razão para que não possa o credor bancário prevalecer-se de qualquer das referidas garantias.

A experiência demonstra, aliás, que assim sucede.

É normal o banco exigir aval pessoal dos sócios, em operações de financiamento às empresas organizadas sob a forma de sociedade; é frequente fazer depender a

concessão de empréstimo da dação de aval ao subscritor da respectiva livrança; éfeitamente compreensível que um banco conceda crédito por mandato (e consequentemente sob fiança) de terceiro; finalmente, casos haverá em que a instituição bancária exija, para a disponibilização de fundos ou a assunção de quaisquer outras responsabilidades, a prestação de garantias autónomas.

Nada, pois, de especial, a anotar neste campo, na perspectiva jurídica.

Já sob o ponto de vista económico se reconhecerá, sem dificuldade, que a garantia vale o que valer o património e a honorabilidade do garante.

20. Tipologia das garantias reais

É altura de passarmos em revista as garantias de natureza real ao serviço do crédito bancário e como a ele se ajustam.

Recordando que os direitos reais têm como características essenciais, o seu carácter absoluto, traduzido na oponibilidade do direito a todos os sujeitos jurídicos (“erga omnes”); a sequela, manifestada pela possibilidade do credor de perseguir a coisa objecto, em qualquer circunstância, logo se vê que se revelam do maior interesse, neste tipo de actividade creditícia.

Vamos fazer-lhes breves referências.

20.1 A hipoteca

É porventura, o direito real de garantia a que os bancos mais recorrem.

Incide, como se sabe, sobre as coisas imóveis, e, ainda, sobre as móveis equiparadas àquelas para efeito de registo.³³

A hipoteca pode ser voluntária, legal e judicial.

A primeira pode ser constituída por contrato ou negócio jurídico unilateral, sempre por escritura pública, com sujeição a registo predial, sob pena de ineficácia,³⁴ mesmo “inter partes”.

O registo é, aliás, também determinante da prevalência dos direitos reais.

Na verdade, embora os direitos reais se constituam por mero efeito da vontade das partes, segundo o princípio da consensualidade (art. 408º do C.C.) é o registo que determina a respectiva prevalência sobre os outros direitos reais.

De outro lado, a hipoteca oferece, ainda, a vantagem de garantir o crédito e seus acessórios, incluindo juros até três anos.

E se a hipoteca legal não se mostra relevante para o efeito (ela resulta exclusivamente da lei, em casos específicos) já a hipoteca judicial pode ser importante instrumento de salvaguarda do crédito.

Com efeito, a sentença que condenar o devedor à realização de uma prestação em dinheiro ou noutra coisa fungível, é título bastante para o registo de hipoteca sobre quaisquer bens do devedor, mesmo que não haja transitado em julgado (arts. 710º do C.C.).

Bem se vê, então, que o registo da hipoteca sobre bens do devedor, neste caso, pode ser decisivo para a salvaguarda do património indispensável ao pagamento da dívida.

É por isso, aconselhável, obtida sentença de condenação em processo declarativo, proceder, de imediato, ao registo de hipoteca em bens do devedor.

A hipoteca, recorde-se, só pode ter como objecto coisa certa e determinada, não sendo admissível hipoteca sobre o conjunto de bens ou sobre todo o património do devedor (hipoteca genérica).

34. São também susceptíveis de hipoteca os bens móveis integrantes do estabelecimento industrial quando haja hipoteca desta. C.L.J. 1992, tomo I.

33. Como são os automóveis, as aeronaves e os navios.

20.2 Penhor

O penhor é um direito real que tem por objecto coisas ou direitos não susceptíveis de hipoteca.

O penhor de coisa constitui-se pela entrega desta ou por documento que confira a exclusiva disponibilidade dela ao credor ou a terceiro. No primeiro caso, há desapossamento, no segundo caso, não.

O credor pignoratício não é possuidor em nome próprio. É possuidor em nome de outrem, mas pode socorrer-se das acções possessórias para defender a posse, mesmo contra o próprio dono da coisa empenhada.

E pode também exigir a substituição ou o reforço do penhor ou o cumprimento imediato da obrigação, se a coisa empenhada puder perecer (art. 670^o C.C.):

No caso do penhor sem desapossamento, a coisa empenhada continua na posse do dono que é, então, considerado possuidor em nome alheio, para efeitos de não a poder alienar ou destruir. Esta situação torna-se comum, quando a entrega do bem empenhado é impossível, difícil ou especialmente onerosa para o devedor. É o caso do penhor mercantil³⁵ sobre máquinas e equipamentos.

É, também, o caso do penhor constituído a favor de entidades bancárias.³⁶

Esta garantia apresenta várias vantagens: por um lado, propicia ao dono continuar a usar a coisa e dela tirar proveito; por outro lado, garante o pagamento ao credor sob pena de ilícito penal praticado pelo devedor ou por terceiro, fiel depositário, em caso de destruição do bem empenhado.

Naturalmente, o penhor sem desapossamento implica algum risco: há, no seu regime, uma descaracterização do direito real e a criminalização do incumprimento.

35. Art. 397^o do Código Comercial.

36. D.L. n. 29.833, de 17.8.39 e D.L. n. 32.032, de 25.5.42.

Tanto no caso do penhor com entrega da coisa como no caso do penhor sem desapossamento, o crédito deve ser satisfeito pela venda que pode ser judicial ou extrajudicial, se as partes assim o tiverem convencionado.

Não é, por isso, lícito ao credor pignoratício apropriar-se da coisa, sendo aliás nulo o pacto comissório, como sucede, de resto, com os demais direitos reais de garantia. O devedor e credor não podem convencionar que este fará sua a coisa dada em garantia, em caso de incumprimento (art. 694^o C.C.).

A coisa empenhada pode, aliás, ser objecto de penhora em acção executiva movida por terceiro contra o mesmo devedor. Só que prevalece o direito do credor pignoratício de ser pago, prioritariamente.

Anote-se, finalmente, que podendo o penhor ter por objecto direitos, é imenso o seu campo de aplicação e incidência. Com a vantagem de os eventuais fiéis depositários oferecerem confiança acrescida (como será o caso do penhor sobre depósitos ou créditos bancários).

20.3 Consignação de rendimentos

O pagamento do crédito concedido e respectivos juros pode ser garantido pela consignação de rendimentos de certos bens imóveis ou móveis sujeitos a registo.

Tem, apenas, por limite o prazo de 15 anos, mas, até lá, poderá ser convencionada até ao integral pagamento da dívida.

Pode ser judicial ou voluntária.

O acto de constituição está sujeito a registo e à forma exigida para que este possa ser efectuado.

O campo de incidência pode ser vasto e interessante.

Parece, por exemplo, possível, a consignação de rendimentos de quotas sociais.

É certamente, admissível a consignação de rendimentos de títulos de crédito nominativos, devendo, neste caso, ser a

consignação averbada no próprio título, nos termos da legislação respectiva (art. 640º C.C.).

Poderá, ainda, haver consignação de rendimentos de quaisquer títulos, mesmo escriturais, desde que a consignação se mostre susceptível de registo, como parece ser o caso.

O interesse da garantia é evidente, na medida em que não carece de execução. Os rendimentos serão colocados à disposição do credor sem necessidade de recurso a processo judicial, eventualmente, até, sem intervenção do devedor.

20.4 Direito de retenção

Não parece de grande alcance o recurso a esta garantia real por parte das instituições bancárias.

Em todo o caso, observemos que goza de direito de retenção o mandatário, sobre as coisas que lhe tiverem sido entregues para execução do mandato, pelo crédito resultante da sua actividade; o gestor de negócios, sobre as coisas que tenha em seu poder, para execução da gestão, pelo crédito proveniente desta; o depositário, sobre as coisas que lhe tiverem sido entregues em consequência dos respectivos contratos, pelos créditos deles resultantes (art. 755º C.C.).

O direito de retenção traduz-se na faculdade conferida ao devedor (da prestação da entrega de certa coisa) de não cumprir essa prestação (não a entregando), enquanto não for satisfeito o seu crédito por despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados (art. 754º C.C.).

O titular do direito goza das regalias do credor pignoratício, tratando-se de coisa móvel e poderá executá-la, tratando-se de coisa imóvel.

Havendo mandato conferido à instituição bancária, ou tendo sido por ela praticada a gestão de negócios ou tendo sido celebrado contrato de depósito, é óbvio que

pode aquela instituição prevalecer-se do direito de retenção.

Mas apenas, observa-se bem, relativamente aos créditos emergentes de cada um dos contratos e por força do objecto de cada um deles.

Não pode, por exemplo, o banco³⁷ reter um depósito em numerário porque o cliente é devedor ao banco em virtude de mútuo celebrado.

O direito de retenção prevalece sobre a hipoteca e o penhor (art. 759º C.C.). Desse modo, quando invocável, constitui garantia de elevado potencial.

20.5 Privilégios creditórios

Os privilégios creditórios traduzem-se na faculdade que a lei confere a certos credores de serem pagos com preferência a outros, tendo em atenção a especial natureza do seu crédito (art. 733º do C.C.).

A garantia, assim prestada, que é real e independente do registo, abrange o capital e os juros relativos aos últimos dois anos, se devidos.

Os privilégios creditórios podem ser mobiliários e imobiliários. Os mobiliários são gerais quando abrangem todo o património do devedor e especiais quando incidem sobre bens determinados. Os imobiliários são sempre especiais porque incidem sobre bens determinados.

Não há, em princípio, privilégios creditórios conferidos a Bancos.³⁸

Mas já pode mostrar-se avisado tomá-los em conta, dada a redução que podem

37. E sempre seria necessário fazer-se, aqui, a discussão sobre a natureza jurídica do depósito bancário que consideramos contrato atípico.

38. Segundo o D.L. n. 125/90, de 16 de abril, alterado pelo D.L. n. 17/95, de 27 de janeiro, os titulares de obrigações hipotecárias gozam de privilégio creditório especial sobre os créditos hipotecários afectos à respectiva emissão, para reembolso do capital e recebimento de juros. A hipoteca que garante créditos hipotecários prevalece sobre quaisquer privilégios creditórios.

ocasionar nas garantias adquiridas, uma vez que são graduados antes da hipoteca, do direito de retenção e da consignação de rendimentos, independentemente do momento da constituição daqueles. Adiante, e a propósito do acautelamento da execução da garantia, referiremos este aspecto.

20.6 *Contrato-promessa com eficácia real*

O banco credor pode socorrer-se deste instrumento, que constitui, afinal, um direito real de aquisição, exigindo ao devedor, ao conceder-lhe o crédito, a celebração de contrato promessa de constituição de garantia real, ou mesmo de alienação, termos dos artigos 410º e 413º, salvaguardadas as exigências de forma,³⁹ e efectuado o registo, o promitente fica vinculado, perante o credor, ao cumprimento da promessa, com eficácia real, aliás perfeitamente compatível com a execução específica (art. 830º do C.C.).

Assim, a titularidade do direito prometido poderá vir a ser obtida de pré-adquirente, através de execução da promessa.

O devedor promitente ver-se-á, desse modo, na impossibilidade de alienar o bem ou de o dar em garantia, posteriormente ao registo da promessa.

Mais: tratando-se de uma promessa com eficácia real, nada impede que o promitente seja um terceiro. Neste caso, o direito real de aquisição de um direito (de garantia ou de propriedade) funciona como um verdadeiro direito real de garantia. O bem (ou o valor do bem) que estiver em

causa virá acrescer ao património do devedor.

20.7 *Contrato de preferência com eficácia real*

O autor de um financiamento pode ter interesse em dispôr do direito de adquirir certo bem, com preferência sobre outros adquirentes.

Pensemos no caso de um banco que financia certa construção. Não lhe sendo possível ou não lhe interessando obter a constituição de hipoteca, o credor logra celebrar com o devedor um pacto, nos termos do qual, este último se obriga a dar preferência ao credor, em caso de alienação onerosa de certo bem (da construção financiada, por exemplo).

A preferência é susceptível de produzir efeitos reais nos exactos termos que referimos para a promessa (quando haja convenção expressa, seja respeitada a forma e efectuado o registo).⁴⁰

Tratando-se, embora, também aqui, de um direito real de aquisição, certo é que, deste modo, o devedor fica obrigado a comunicar ao credor não só que pretende proceder à alienação, mas também as condições desta, sendo a falta de comunicação oponível a terceiros adquirentes.

Nestas circunstâncias, o credor assegura, em primeiro lugar, que vai tomar conhecimento prévio da alienação do bem do devedor, podendo, então, desencadear eventuais mecanismos preventivos; em segundo lugar, pode ter interesse na aquisição do bem, assim minorando o eventual incumprimento pelo devedor; em terceiro lugar, o credor tentará a compensação⁴¹ do seu crédito com o valor do preço a pagar.

40. Art. 414º e ss. do Código Civil.

41. Art. 847º e ss. do Código Civil cuja discussão não parece oportuna, aqui.

39. A eficácia real depende da convenção expressa e inscrição no registo. A convenção deve tomar a forma de escritura pública ou quando tal não seja a forma exigida para o contrato prometido, deve constar de documento particular, com reconhecimento de assinatura.

VII. OUTROS INSTRUMENTOS GARANTÍSTICOS DO CRÉDITO BANCÁRIO

21. Outros instrumentos

Percorremos, até aqui, o conjunto das garantias pessoais e reais de que o credor pode socorrer-se.

Verificamos, todavia, que a prática corrente, quer pelo custo dos actos implicados, quer pela relutância sempre denotada pelos devedores, se encarrega de inviabilizar o recurso a muitos deles, mormente às garantias reais.

O credor tem de recorrer, por isso, imaginativamente, sustentado, aliás, no princípio da autonomia da vontade (consagrado no art. 405^o C.C.) a outros instrumentos de garantia.

Normalmente, fá-lo através de cláusulas insertas nos próprios contratos de financiamento, mas pode também socorrer-se de instrumentos autónomos.

Em comum, e na generalidade, existe o facto de tais instrumentos revestirem natureza meramente obrigacional e não real.

Aumentam, por isso, a probabilidade de recuperação do crédito, mas não são absolutamente determinantes dessa recuperação nem a asseguram.

Caracterizemos alguns desses instrumentos:

21.1 Cláusula de reserva de propriedade

Não é comum que seja a instituição bancária a tomar o lugar de vendedora. A cláusula de reserva de propriedade não se apresenta, por isso, grandemente relevante em termos de garantia do crédito bancário, não obstante desempenhe importante papel garantístico, sempre que de alienação se trate.

Excepcionando o princípio da eficácia real por mero efeito do contrato (art. 408^o C.C.), a cláusula de reserva de proprie-

dade (art. 409^o C.C.), permite ao alienante assegurar o cumprimento, por parte do adquirente, sob pena de não lhe transmitir o direito de propriedade, sendo ainda oponível a terceiro, quando registada. Trata-se de uma alienação sob condição suspensiva. O evento futuro de que depende a transferência da propriedade será, em regra, o cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte.⁴²

Este instrumento contratual poderá, ainda assim, ser adoptado pelas instituições financeiras que incluam no seu objecto a alienação de bens e deverá ser tido em conta na valoração dos bens patrimoniais do devedor, aquando do financiamento, por os mesmos poderem estar sujeitos a esta condição.

21.2 Cláusula “*pari passu*”

O credor tem interesse em constituir e manter privilégio para o seu crédito ou, quando menos, em manter a igualdade perante os demais credores. Por isso mesmo, a constituição de credores privilegiados conduz, normalmente, ao defraudamento das expectativas dos credores comuns. Para o evitar, poderá o credor condicionar a concessão de crédito à declaração do devedor de que inexistem créditos privilegiados sobre o seu património.

Naturalmente, uma tal declaração, introduzida no contrato de financiamento, produzirá os efeitos de qualquer outra declaração negocial, podendo conduzir à sua invalidade, ao vencimento imediato das obrigações dele emergentes, ou ter, até, outra qualquer valoração porventura mesmo no foro criminal.

21.3 Cláusula “*negative pledge*”

Enquanto com a cláusula “*pari passu*”, visa assegurar-se que o crédito está, à par-

42. Assim, Inocêncio Galvão Teles, *Obrigações*, 3^o ed., p. 61.

tida, em igualdade de condições com outros eventuais créditos, existentes sobre o património do devedor, através da cláusula “negative pledge” obtém-se o compromisso de que não serão constituídas garantias especiais, para o futuro, que privilegiem novos créditos ou créditos novados.

O incumprimento do acordado poderá conduzir, se convencionado, e nos termos gerais, ao imediato vencimento da dívida, ou a outras consequências contratuais previstas ou legalmente impostas.

21.4 Cláusula “cross default”

Por esta cláusula, é expressamente convencionado o vencimento da dívida perante a constituição de qualquer garantia especial ou a verificação de qualquer pagamento privilegiado pelo devedor, sendo o cumprimento exigível antecipadamente.

Se a proibição de pagamento privilegiado incluir empresas agrupadas, a sanção do vencimento imediato da dívida, com perda do benefício do prazo, tornar-se-á ainda mais eficaz, na medida em que sujeita as relações de grupo à mesma disciplina dos créditos de terceiros.

21.5 Prestação de caução

A caução constitui uma garantia especial das obrigações (art. 623^o C.C.). Será garantia real ou pessoal, conforme seja prestada através de penhor, hipoteca, registo de títulos, de dinheiro, pedras ou metais preciosos, no primeiro caso; ou através de fiança, no segundo caso.

Por isso a não listámos nem entre as garantias reais, nem entre as garantias pessoais.

Veja-se a hipótese de o banco pretender financiar um seu cliente que, por seu lado, mantém em depósito, nesse banco, certa importância.

Por via de contrato, pode o devedor caucionar o empréstimo com o seu depósi-

to que se tornará, assim, indisponível até ao cumprimento da obrigação.

Mas o empréstimo pode também ser caucionado por outras formas, designadamente através de seguro, tomado pelo devedor em benefício do credor. Neste caso, o seguro denominar-se-á seguro caução.

21.6 Cessão de bens aos credores

Por acordo entre credores e devedor pode estabelecer-se que certos bens móveis ou imóveis sejam cedidos aos credores para satisfação dos seus créditos (art. 831^o do C.C.).

Sendo a cessão de bens imóveis registável e oponível a terceiros poderá, nesta medida, tornar-se uma verdadeira garantia real. Não é, porém, oponível aos credores anteriores à cessão (art. 833^o C.C.).

Trata-se, por outro lado, de uma cessão “pro solvendo” na medida em que o devedor só se libera após e na proporção da satisfação do crédito.⁴³

21.7 Contrato de locação financeira

A locação financeira é o contrato através do qual o devedor adquire um bem, a pedido do locatário, dando-o em uso a este, mediante o pagamento de uma renda. Constitui pressuposto da locação financeira a existência de opção de compra, pelo locatário, no final do contrato, mediante pagamento do valor residual.⁴⁴

43. Distingue-se da alienação fiduciária prevista no art. 66^o da Lei do Mercado de Capitais brasileira, Lei n. 4.728, de 14 de agosto de 1965, pelo seguinte: em primeiro lugar, a alienação fiduciária é limitada a bens móveis; em segundo lugar, a cessão de bens aos credores visa, em princípio, o pagamento, enquanto com a alienação fiduciária se pretende retomar a propriedade do bem.

44. D.L. n. 72/95, de 15 de abril e D.L. n. 298/92, de 31 de dezembro.

Para o contrato de locação financeira, D.L. n. 149/95, de 24 de junho.

Trata-se, no fundo, de um financiamento para compra de bens, mediante reserva de propriedade dos mesmos, até integral pagamento.

A locação financeira é, por isso mesmo, apenas permitida a instituições de crédito que adoptem o tipo de bancos ou sociedades de locação financeira.

Do mesmo passo que se mostra interessante para o locatário pelo não desembolso inicial e pela relevação das rendas como custo fiscal, a locação financeira apresenta-se, ainda, como excelente instrumento garantístico para o locador. É que o incumprimento do contrato pelo locatário não tange o direito de propriedade do locador, permitindo-lhe, para além das acções de defesa da propriedade, o recurso às acções possessórias.⁴⁵

21.8 Cartas de conforto

A carta de conforto consiste numa declaração escrita e enviada a um banco por uma sociedade, normalmente conhecida deste, fazendo-lhe saber que poderá conceder financiamento e apoio a uma terceira sociedade a qual se encontra, de algum modo, ligada à primeira.

Trata-se, fundamentalmente, de uma abonação, através da comunicação, feita pela confortante, de que conhece as actividades e a situação patrimonial da financiada, o que constituirá garantia de cumprimento por esta.⁴⁶

As sociedades envolvidas encontram-se, quase sempre, em relação de grupo.

No que respeita à força jurídica, pode entender-se que é variável.⁴⁷

45. Interessantes problemas se suscitam a este propósito os quais mais que com a dogmática do contrato, têm a ver com o moroso funcionamento do sistema judiciário.

46. São designadas cartas de conforto, "comfort letters" ou "lettres de patronage".

47. Menezes Cordeiro, *Das Cartas de Conforto*, defende a existência de três modalidades: a carta

Em nosso entender, tudo depende do texto da carta e do modo como o confortante se exprime e compromete. Uma coisa será certa: a partir do momento em que se considere ser o conforto tão forte que se traduza em obrigação de cumprimento pelo patrocinante, caso o devedor não pague, estamos em face da fiança, não estamos já perante carta de conforto.

Deste modo e porque a temos como instrumento juridicamente relevante, não lhe conferimos o virtualismo da garantia, mas aceitamos que pode gerar responsabilidade perante o banco financiador, havendo prejuízo deste por causa dessa declaração.

Como é natural, e aliás sucede com as declarações contratuais, as manifestações de conforto darão lugar a indemnização desde que se verifique o prejuízo, o ilícito e o nexo de causalidade entre este e aquele.

VIII. ACAUTELAMENTO DA EXECUÇÃO DAS GARANTIAS

22.1 Titulação executiva

A primeira cautela a tomar para a boa execução da garantia há-de consistir numa correcta titulação do crédito concedido. Por um lado, para salvaguarda do próprio contrato subjacente. Por outro lado, para viabilização da acção executiva.

Para a validade do contrato de mútuo de valor superior a duzentos mil escudos exige-se a celebração de escritura pública. Se o valor for inferior àquele e superior a cinquenta mil escudos, é suficiente documento particular assinado pelo mutuário (art. 1143 C.C.).

Ao mútuo bancário aplica-se, porém, o art. 396º do C.Comercial e o D.L. n. 32.765 de 29 de Abril de 1943, podendo ser celebrados por mero escrito particular.

de conforto fraca, média e forte. Não vemos vantagem na classificação.

Acresce que, nos termos do art. 46^o alínea c), do Código do Processo Civil, constitui título executivo o documento particular assinado pelo devedor que importe o reconhecimento de obrigação pecuniária. Estará, assim, em qualquer dos casos referidos, salvaguardada a exequibilidade do título.

De outro lado, é habitual a entrega de livranças em branco com acordo de preenchimento pelo credor com o montante do capital e juros, em dívida, em certo momento.

Preenchida a livrança, pode o credor socorrer-se da acção cambiária contra o subscriptor e avalistas.

Ora, parece de boa técnica que a livrança ou outro título de crédito em branco sejam acompanhados do respectivo contrato de mútuo a fim de evitar-se a discussão da relação subjacente, no âmbito das relações imediatas. Já tal discussão não será possível no âmbito das relações mediatas, dada a característica de abstracção do título cambiário.⁴⁸

22.2. *Garantias prestadas por sociedades comerciais*

As garantias pessoais e reais prestadas por sociedades comerciais a favor de outras sociedades são consideradas contrárias ao objecto social e por isso inválidas, salvo se existir justificado interesse próprio da sociedade garante.⁴⁹

É, por isso, indispensável justificar o interesse do garante ou substituir a garantia, quando a situação referida se verifique.

48. Já vimos o mesmo crédito ser judicialmente executado, em simultâneo, por dois títulos diferentes (escritura pública e livrança). É, a nosso ver, manifestamente abusivo, podendo tal comportamento do credor gerar prejuízos ao devedor que, em nosso entendimento, poderão ter de ser ressarcidos. No mínimo, suportará o credor as custas da acção que vier a tornar-se inútil.

49. São anuláveis nos termos da alínea c do art. 58^o do Código das Sociedades Comerciais.

22.3 *Acções possessórias*

A lei confere ao possuidor a faculdade de defender a sua posse contra a ameaça, a perturbação e o esbulho. Se a ofensa da posse provier de ordem judicial poderá o possuidor opôr-se por embargos de terceiro (art. 1285^o do Código de Processo Civil).

Mostra-se, assim, avisado sopesar, ao receber a prestação de garantias, pessoais ou reais, a situação dos bens do devedor no que concerne à respectiva posse.

Designadamente, poderá ter de convencionar-se a obrigação do devedor ou do garante de não transmitir a sua posse a terceiro.

De contrário, pode tornar-se bem difícil, senão mesmo impossível, a execução da garantia.

22.4 *Direito de retenção por terceiro*

O que acaba de dizer-se quanto à posse deve dizer-se quanto à possibilidade de retenção por terceiro.

Já vimos que através do exercício do direito de retenção pode o devedor não entregar certa coisa, até que lhe seja pago o montante do crédito emergente de despesas efectuadas com a mesma.

Por exemplo, dispõe o art. 755^o alínea f do Código Civil que goza do direito de retenção o beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do art. 442^o.

Veja-se o seguinte exemplo.

Um banco financia a construção de um prédio que o construtor (e devedor) promete vender a terceiro, celebrando contrato promessa de compra e venda, com tradição. O terreno e a construção haviam sido dados em garantia ao banco credor, mediante hipoteca.

Todavia, ao executar a garantia hipotecária, o terceiro opõe ao exequente o seu direito de retenção, exigindo, antes da entrega e consequente venda judicial, que lhe seja pago o dobro do sinal, ou o valor actual da coisa (art. 442º C.C.).

O banco não conseguirá, então, executar a sua garantia, se previamente não pagar ao titular do direito de retenção a importância de que é credor.

22.5 Crédito por desconto bancário

O crédito por desconto bancário tem por base títulos de operações comerciais correspondentes à venda de bens ou prestação de serviços.

O crédito é concedido ao portador dos títulos, mediante entrega destes ao credor. Esta entrega constitui uma “datio pro solvendo” que garantirá ao credor pagar-se, se tal for possível, na data do respectivo vencimento.

Tratando-se de títulos cambiários, pode o portador mover a respectiva acção contra qualquer dos intervenientes.

Todavia, para evitar as demoras da acção e a eventual impossibilidade de êxito, parece aconselhável que o credor se muna de instrumento contratual que lhe permita, no termo do prazo, debitar a conta do devedor, eventualmente aberta no banco.

Nesse caso, devolver-lhe-á os títulos para que ele próprio proceda à cobrança.

O papel comercial, suporte do desconto, desempenhará, entretanto, uma função garantística que não deve confundir-se com a simples titulação de dívida, uma vez que perante o descontante respondem os patrimónios do descontário e de todos os intervenientes cambiários.

22.6 Créditos privilegiados

Tome-se para exemplo a concessão de um crédito a uma sociedade.

O crédito pode mesmo estar garantido por hipoteca sobre imóvel da sociedade (ou sobre estabelecimento industrial).

Em caso de falência, porém, havendo privilégios creditórios, pode o património ficar exaurido e a garantia tornar-se ineficaz.

A situação é, aliás, frequente, atendendo aos privilégios emergentes de dívidas de impostos, segurança social e créditos de salários.

As políticas de protecção de créditos conduzem, aliás, frequentemente, a efeitos perversos. Assim, por exemplo, a protecção do trabalhador, através de privilégios concedidos aos créditos da segurança social, pode conduzir a restrições drásticas ao financiamento à empresa, por sua vez indispensável à manutenção de postos de trabalho.

Na verdade, aquando da concessão de crédito, ainda que garantido, tem de contar-se com os riscos daqueles privilégios o que diminui a margem da concessão.

22.7 Graduação de créditos

Do que acabámos de referir resulta ser da maior importância antever a graduação de créditos, quando haja concurso de credores. E não apenas no que respeita a créditos privilegiados.

Na verdade, prevalecendo uns créditos sobre outros, ainda que previamente constituídos, torna-se indispensável, aquando da outorga do crédito, prever a respectiva graduação, em concurso, desde logo se definindo o lugar que lhe caberá.

Recorda-se que o crédito privilegiado é pago antes de qualquer outro, ainda que assistido de garantia real, previamente registada (art. 733º do C.C.), sem prejuízo de os próprios créditos privilegiados serem graduados, entre si, nos termos dos artigos 747º e 748º do Código Civil, conforme sejam mobiliários ou imobiliários.

O direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente (n. 2 do art. 759º do C.C.).

A prevalência dos demais direitos reais é determinada, como já se referiu, pela anterioridade do registro.

Bibliografia

Andrea Giardina — “Conflitti di Leggi”, in *Tema di Garanzie Bancarie*.

Balossini — *Norme ed usi uniformi relativi ai crediti documentari*, Milano, 1973.

Canaris — *Bankvertragsrecht*, Berlim-New York, 1981.

Cordeiro, António Menezes — *Das Cartas de Conforto no Direito Bancário*, 1993.

Dolmetta — “Fedeiussioni chiuse e legge sulla trasparenza”, *Banca Borsa*, II, 1993.

Enrico Gabrielli — “I negozi costitutivi di garanzie reali”, *Banca Borsa*, II, 1996.

Federico Briolini — “Fedeiussioni omnibus non esaurite e legge sulla trasparenza bancaria”, *Banca Borsa*, V, 1996.

Federico Visentini — *Stand by Letter of Credit*.

Fernando Olavo — *Abertura de Crédito Documentário*.

Francesco Benatti — “Contratto Autonomo di Garanzia”, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1983.

Franco Paturi — “Il Credito Documentario Trasferibile”, in *Gazzetta Valutaria*.

Giacomo Molle — *Manuale di Diritto Bancario*.

Giuseppe Portale — *Le Operazioni Bancarie*, Milano, 1978.

_____ *Le garanzie bancarie internazionali*, Giuffrè, Milano, 1989.

Graf Von Westphal — *Die Bankgarantie in Internationalem Handelsverkehr*.

Inocência Galvão Teles — *Garantia Bancária Autônoma*, 1988.

J. C. Moitinho de Almeida — *O Conceito de Seguro no Direito Português e Comparado*.

Jean Bastin — *O Seguro de Crédito no Mundo Contemporâneo*, COSEC, 1983.

Joaquim Garrigues — *Contratos Bancários*.

José Gabriel Pinto Coelho — *Operações de Banca*.

José Simões Patrício — *Preliminares sobre a Garantia “on first demand”*.

J. P. Wattitiez — *Le Cautionnement Bancaire*.

Luigi Merlo — “La Garanzia Bancaria”, in *Gazzetta Valutaria*.

Mário Júlio Almeida Costa e Pinto Monteiro — *Garantias Bancárias. O Contrato de Garantia à Primeira Solicitação*, 1986.

Massimo de Marco — *La Fideiussione Bancaria*.

Michel Vasseur — *Droit et Economie Bancaires*.

_____ *Garantie independante*.

Niccolo Sacanito — *Le Fideiussioni Bancarie*.

Philippe Simler — *Cautionnement Bancaire et Garanties Autonomes*.

Pontiroli — *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, Padova, 1992.

Rives-Lange et Contamine-Raynaud — *Droit bancaire*, Précis Dalloz, 1986.

Rodiére et Rives Lange, *Droit Bancaire*, Paris, 1973.

Scinerer-Avancini — *Bankvertrage*, Viena, 1978.

Segni, “La ‘lettre de patronage’ come garanzia personale impropria”, *Riv. Dir. Civ.*, 1975.