

Data: Junho de 2012

Página: 22

Periodicidade: Mensal

Mudam-se os tempos, mudam-se as garantias

Assistimos, com a crescente litigância, agora muito amplificada pela situação de crise, à limitação do recurso às garantias bancárias, transformando o comércio jurídico de uma forma que pode ser irrecuperável

A garantia bancária *on first demand* durante muito tempo constituiu um meio seguro e eficaz que o Estado, as empresas e os particulares se habituaram a incluir nos seus contratos, com vista ao fortalecimento das garantias de cumprimento, em especial do pagamento de quantias em dinheiro. Nas empreitadas, contratos-promessa de compra e venda, na compra de participações sociais, a garantia bancária assumiu um papel importante e, em determinados meios, quase omnipresente nas negociações. Os Bancos também se disponibilizaram para prestar este tipo de garantias, em função da capacidade dos clientes, com ou sem garantias colaterais.

Actualmente, esta situação tem vindo a sofrer alterações.

Tanto da parte dos Bancos, que diminuíram significativamente a sua disponibilidade para financiamentos de qualquer natureza, arrastando, assim, as garantias bancárias *on first demand*, como da parte dos Tribunais, que foram criando jurisprudência que tem desvalorizado o valor contratual da figura e pode mesmo remetê-la para um lugar distante e quase irrelevante.

Esta tendência jurisprudencial tem um precedente, que resulta do crescimento da iniciativa litigante por parte do nosso mundo empresarial, mesmo em áreas onde não havia grande controvérsia.

Assim, os Bancos, os beneficiários das garantias e as entidades que pedem a sua prestação, em momentos próximos do *first demand*, começaram a questionar a relação contratual que subjaz à garantia autónoma, a invocar o abuso de direito ou mesmo a fraude. Esta prática aumentou,

“Os Bancos, os beneficiários das garantias e as entidades que pedem a sua prestação, em momentos próximos do *first demand*, começaram a questionar a relação contratual que subjaz à garantia autónoma, a invocar o abuso de direito ou mesmo a fraude”

naturalmente com o aumento dos níveis de incumprimento ou de dúvida sobre o cumprimento. E como a apresentação de uma garantia *on first demand* perante o Banco exige um cumprimento quase imediato, muitas vezes sem sujeição a qualquer tipo de evidência documental, a única forma eficaz de evitar esse cumprimento, esse pagamento, é a via das providências cautelares. Por vezes sem a audição da parte contrária.

Como defendem desde há muito Mário Júlio Almeida Costa e António Pinto Monteiro, “(...) O banco pode, e deve mesmo, recusar-se a pagar de imediato a garantia nos seguintes casos: a) de prova inequívoca de fraude manifesta; b) de abuso evi-

dente por parte do beneficiário. Está, porém, impedido de usar os meios de defesa do devedor. (...) mas o devedor pode impedir o pagamento ou execução da garantia através de medidas de natureza cautelar se possuir provas inequívocas do abuso evidente por parte do beneficiário.”. Um caso típico é o dos contratos de empreitada, com garantia *on first demand* a favor do dono de obra. Garantia que se destina, na maioria das vezes, a “assegurar o bom e o integral cumprimento das obrigações assumidas” pelo empreiteiro.

Quando o dono da obra, o beneficiário da garantia *on first demand*, a apresenta a pagamento no Banco, este não pode evitar o cumprimento dessa solicitação sem assumir as responsabilidades daí decorrentes, a não ser que uma decisão judicial decreta uma medida de suspensão. Quando se entende que a apresentação da garantia viola princípios, como a boa-fé ou o abuso de direito, os Tribunais têm decretado a suspensão do pagamento, remetendo a decisão definitiva para o processo principal.

Para avaliar a aplicação destes princípios os Tribunais têm, na maior parte dos casos, que aprofundar temas como a proporcionalidade e a adequação à gravidade da medida, ou seja, à apresentação da garantia a pagamento. Aqui entramos na dinâmica da relação contratual, que a própria autonomia da garantia parecia vedar, à partida.

Estas decisões, apesar de não afetarem, certamente, uma parte importante das garantias bancárias em vigor, têm um efeito público negativo, criando a ideia de que se referem ao todo e não apenas a uma peque-



Luis de Gouveia Fernandes

sócio da Paree Advogados, é licenciado pela Universidade Católica de Lisboa. Especialista em Societário, Fusões e Aquisições, Capital de Risco, Insolvência e Recuperação de Empresas e Arbitragem



Sandra Severino

associada na Paree Advogados, é licenciada em Direito pela Universidade Lusitana. Tem como áreas de prática o Contencioso, Comercial e Laboral

na parte. E assim assistimos, com a crescente litigância, agora muito amplificada pela situação de crise, à limitação do recurso às garantias bancárias, transformando o comércio jurídico de uma forma que pode ser irrecuperável.

O que não deixa de ser grave pois a garantia bancária *on first demand* constituiu – e cremos que ainda constitui – um importante factor de segurança no cumprimento dos contratos e nos negócios, em geral.