

PARECER Nº 6/99¹

AUTARQUIA LOCAL — CONTRATO DE GARANTIA BANCÁRIA — GARANTIA AUTÓNOMA

CONCLUSÕES

As autarquias locais podem, nos termos gerais de direito, contratar garantias bancárias autónomas, designadamente no âmbito das expropriações por utilidade pública urgentes previstas no Código das Expropriações aprovado pelo Decreto-Lei nº 438/91, de 9 de Novembro (entretanto revogado), de regime relativo aos trabalhos de reposição de pavimentos de estradas nacionais contemplados no artigo 125º do Estatuto das Estradas Nacionais (Lei nº 2037, de 19 de Agosto de 1949) e do reembolso do Imposto sobre o Valor Acrescentado realizado ao abrigo do artigo 22º do respectivo Código (aprovado pelo Decreto-Lei nº 394-B/84, de 26 de Dezembro).

Senhor Secretário de Estado da Administração Local,
Excelência:

1.

1.1 – Através de despacho, datado de 19 de Janeiro de 1999, de Sua Excelência o Secretário de Estado da Administração Local e Ordenamento do Território², foi solicitado o parecer deste Conselho sobre a questão da legalidade do recurso à prestação de garantias bancárias pelas autarquias locais, designadamente nas situações contempladas no parecer da Auditoria Jurídica do Ministério do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território sobre o qual aquele foi proferido.

1.2 – A situação que directamente deu azo à emissão do referido parecer da Auditoria Jurídica reportava-se a uma pretensão de prestação de garantia bancária por parte de uma câmara municipal, no âmbito de um pedido de expropriação por utilidade pública urgente.

¹ Publicado em D.R. – II série nº 57 de 8 de Março de 2003.

² Comunicado pelo Ofício da Chefe do Gabinete nº 0000617, de 21 de Janeiro de 1999 (Proc. 93.26/98).

Decorre dos elementos que acompanharam o pedido de parecer que também tem sido posta em causa a viabilidade legal de prestação de garantias bancárias por parte de autarquias noutras hipóteses, nomeadamente:

A da constituição de garantia em favor da Junta Autónoma de Estradas³ para assegurar a cobertura de custos de trabalhos de reposição de pavimentos de estradas nacionais ou de quaisquer dos seus pertences, que hajam sido destruídos ou danificados por motivo de obras de interesse das autarquias; -

A da prestação de garantia a propósito do reembolso de IVA devido por autarquias.

1.3 – Estão longe de ser pacíficas – consoante aliás ressalta do processo instrutor – as questões, tanto da caracterização jurídica da garantia bancária, no que concerne à relação entre o dador da ordem e o banco, como, correlativamente, da possibilidade legal de as autarquias locais utilizarem tal instituto jurídico.

A Câmara Municipal cujo pedido esteve na origem do presente parecer fundou a sua pretensão no entendimento de que a garantia bancária se reconduziria a uma fiança, que apenas se tornaria efectiva se ela não cumprisse a obrigação de base a que respeitasse.

Entendem outros, porém, que a garantia bancária consiste, ou pode vir a traduzir-se, num empréstimo, escapando, nessa medida, à esfera de competência das autarquias locais.

É essa, já desde 1997, a posição da Associação Nacional dos Municípios Portugueses, que, em 6 de Março desse ano, emitiu a Circular nº 44/97, do teor seguinte:

"Tendo surgido dúvidas quanto à possibilidade das Câmaras Municipais constituírem garantias bancárias informamos V.Ex.^a que, depois de analisado o assunto, é nosso parecer que:

A garantia bancária traduz-se num compromisso assumido pelo banco a favor do seu cliente, prestado perante terceiros;

³ A Junta Autónoma de Estradas foi, pelo Decreto-Lei nº 237/99, de 25 de Junho, substituída por três entidades, pelas quais hoje se repartem as atribuições que àquela cabiam: o Instituto das Estradas de Portugal, o Instituto para a Construção Rodoviária e o Instituto para a Conservação e Exploração da Rede Rodoviária.

Ao constituir uma garantia bancária a câmara estaria, de certa forma a recorrer ao crédito, já que o banco pode vir a ter que assumir a quantia garantida;

Ora, os municípios só podem contrair empréstimos nos termos e condições previstas no artigo 15º da Lei das Finanças Locais;

Face ao exposto, e porque o recurso à garantia bancária poderá traduzir-se, ou poderá ter como consequência a celebração de um empréstimo sem observância das regras aplicáveis à administração local, é nossa opinião que às câmaras municipais não é legalmente possível a constituição de garantias bancárias."

Esta opinião veio a ser secundada pela Direcção-Geral da Administração Autárquica, que, em parecer⁴ elaborado nos termos das instruções constantes do Despacho 39/SEALOT/96⁵, a corroborou, argumentando, nomeadamente, que:

constituindo a garantia bancária um negócio autónomo, desligado da relação principal, torna-se inviável, a seu respeito, apurar se a sua finalidade corresponde ou não a algum dos únicos tipos de objectivos que a legislação taxativamente permite que possam ter os empréstimos a médio ou longo prazo contraídos pelas autarquias locais; implicando a autonomia da garantia bancária que esta não seja afectada por eventuais vícios de que enferme a relação principal, aquela poderia, pois, subsistir para além e independentemente da realizabilidade dos únicos fins que os empréstimos a médio e longo prazo celebrados pelas autarquias locais podem prosseguir."

Em contraponto, a Auditoria Jurídica do então Ministério do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território pronunciou-se no sentido da legalidade do recurso às garantias bancárias por banda das autarquias locais, ponderando, no essencial, que⁶:

"2.2- Quanto a nós, a garantia bancária aproxima-se menos da figura da garantia que da do contrato de seguro (de caução): é certa a obrigação do dador da ordem, assemelhando-se as suas prestações ao prémio devido no último; o dever de cumprimento da obrigação assumida pelo garante é incerto e futuro, podendo ou não vir a ter lugar, tal como sucede no contra-

⁴ Informação Técnica nº 31, de 16 de Fevereiro de 1998 (Proc. Nº 234.002/98).

⁵ Diário da República, II Série, de 19 de Julho de 1996.

⁶ Parecer do Auditor Jurídico de 13 de Janeiro de 1999.

to de seguro com a ocorrência do evento; o beneficiário é terceiro, o que, se bem que não seja a regra, também pode acontecer no seguro, verificando-se em qualquer dos casos, face ao pagamento pelo garante ou seguradora, sub-rogação nos respectivos direitos (art^{os} 428^o e 441^o CCom; art^o 593^o CCiv.). Estamos, assim, perante um contrato aleatório, na modalidade de risco ou seguro, caso em que "a prestação é sempre certa e obrigatória para uma das partes e, em relação à outra, é que a obrigação só nasce no caso de se verificar (ou quando se verificar) determinada circunstância futura e incerta" (Pires de Lima e A. Varela, "Noções Fundamentais de Direito Civil", I, C. Editora, 1961, pág. 507).

2.3.1 – A tratar-se de garantia, seria ela especial, inominada, pessoal, ou estar-se-ia mesmo perante um mandato de crédito (art^o. 623^o-2 CCiv.; Almeida Costa, "Direito das Obrigações", 3^a ed., Almedina, pág. 644).

Caso em que, face à lei actualmente em vigor, não será possível a celebração de contratos de garantia bancária. Não pelo regime próprio dos empréstimos, que se não configura como de recurso ao crédito, mas por força do disposto nos art^{os}. 23^o-7 e 27^o-6 da L. n^o 42/98, de 6/8 segundo os quais é vedado aos municípios e às freguesias "... a concessão de garantias pessoais".

2.3.2 – Mas, se o contrato de garantia bancária for havido com mais afinidades com o de seguro, como entendemos, então opinamos que continua a não ser vedado às CM's lançarem mão dele: quer porque, nas cautelas do legislador da LFL de 1998, não foi ele englobado nas referidas disposições proibitivas, quer porque, nos termos do art^o 53^o-2, c) do DL n^o 100/84, de 29/3, na redacção da L. n^o 18/91, de 12/6, os presidentes das CM's detêm competência expressa para "efectuar seguros". Esta via pressupõe o cumprimento das demais imposições de direito financeiro público, nomeadamente quanto à inscrição e dotação orçamentais da despesa e à cabimentação da respectiva verba (art^{os} 8^o, 10^o, 26^o-1 do DL n^o 341/83, de 21/7).

3 – Concluindo:

3.1.1 – é omissa a legislação nacional sobre a constituição de garantia bancária, configurando-se ela, consoante a doutrina, quer como contrato de empréstimo, quer como contrato inominado de garantia especial, pessoal e autónoma, casos em que, pela lei actualmente vigente para as autarquias locais, não é possível a sua celebração (art^{os}. 23^o-7 e 27^o-6 da L. n^o 42/98, de 6/8);

3.1.2 – as características da garantia bancária e as finalidades pretendidas com o recurso a este contrato, para além de o não haver como de empréstimo, aproximam-no mais do seguro-caução, caso em que não seria vedado às CM's lançarem mão dele;

3.1.3 – qualquer que seja o entendimento, podem as autarquias locais fazer uso do contrato de garantia bancária em situações de prestação de caução para efeitos de declaração de utilidade pública urgente (artº 13º–3 CE) e da boa execução de empreitada de obra pública (artºs 104º a 106º do DL nº 405/93, de 10/12, e artº 15º do DL nº 390/82, DL de 17/9)."

De todo o modo, e dada a divergência de opiniões constatadas, a Auditoria Jurídica terminou sugerindo a audição deste corpo consultivo.

2.

2.1 – Com vista à progressiva aproximação ao cerne do problema em discussão, tem sentido, antes de mais, pôr de lado dois tipos de argumento que se afigura não terem cabimento para a respectiva resolução.

Trata-se, por um lado, da proibição de os municípios e freguesias concederem garantias pessoais, consignada, respectivamente, nos artigos 23º, nº 7 e 27º, nº 6, da Lei nº 42/98, de 6 de Agosto (Lei das Finanças Locais), os quais prescrevem:

"Artigo 23º

Regime de crédito dos municípios

1 —

7 — É vedado aos municípios quer o aceite quer o saque de letras de câmbio, a concessão de avales cambiários, bem como a subscrição de livranças e a concessão de garantias pessoais".

"Artigo 27º

Regime de crédito das freguesias

1 —

6 — É vedado às freguesias quer o aceite quer o saque de letras de câmbio, a concessão de avales cambiários, bem como a subscrição de livranças e a concessão de garantias pessoais".

A expressão "concessão de garantias pessoais" denota com suficiente evidência que se trata de proibir que sejam as autarquias a conceder tal tipo de garantias, ou, dito de outro modo, que elas assumam a posição de garante (do cumprimento de obrigações de outrem) – e não já que recorram a essa modalidade de garantias, ordenando a outra entidade que as preste. Quem concede a garantia pessoal é o garante. Aquele que ordena ou solicita ao garante que a conceda, presta ou fornece a garantia (não a concede).

Isso mesmo transparece da economia das principais normas da Lei nº 112/97, de 16 de Setembro (Estabelece o regime jurídico da concessão de

garantias pessoais pelo Estado ou por outras pessoas colectivas de direito público):

"Artigo 1º

Âmbito de aplicação e princípios gerais

1 — O presente diploma aplica-se à concessão de garantias pessoais pelo Estado e por outras pessoas colectivas de direito público.

2 — A concessão de garantias pessoais reveste-se de carácter excepcional, fundamenta-se em manifesto interesse para a economia nacional e faz-se com respeito pelo princípio da igualdade, pelas regras de concorrência nacionais e comunitárias e em obediência ao disposto na presente lei.

.....

Artigo 6º

Operações a garantir

As garantias pessoais destinam-se a assegurar a realização de operações de crédito ou de outras operações financeiras, nacionais ou internacionais, de que sejam beneficiárias entidades públicas, empresas nacionais ou outras empresas que legalmente gozem de igualdade de tratamento.

.....

Artigo 13º

Apresentação e instrução do pedido

1 — O pedido de concessão de garantia do Estado será dirigido ao Ministério das Finanças pela entidade solicitante do crédito ou beneficiária da operação financeira.

2 — O pedido de concessão da garantia será obrigatoriamente instruído com os seguintes elementos:

..... "

2.2 – Por seu turno, tão-pouco releva para o objecto deste parecer a consideração da garantia bancária admitida, como uma das modalidades de caução, no âmbito do regime das empreitadas de obras públicas.

Referem-se-lhe, na verdade, nomeadamente, os seguintes preceitos do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março (Novo regime das empreitadas de obras públicas)⁷:

⁷ Entretanto alterado, mas sem relevância para a matéria em apreciação, pela Lei nº 163/99, de 14 de Setembro, e pelo Decreto-Lei nº 159/2000, de 27 de Julho.

"Artigo 112º
Função da caução

1 — O adjudicatário garantirá, por caução, o exacto e pontual cumprimento das obrigações que assume com a celebração do contrato de empreitada e eventuais contratos adicionais.

2 — O dono da obra poderá recorrer à caução, independentemente de decisão judicial, nos casos em que o empreiteiro não pague, nem conteste no prazo legal, as multas contratuais aplicadas ou não cumpra as obrigações legais ou contratuais líquidas e certas.

3 — Em obras de valor inferior a 5 000 contos, a caução pode ser substituída pela retenção de 10% dos pagamentos a efectuar.

.....

Artigo 114º
Modo de prestação da caução

1 — A caução será prestada por depósito em dinheiro ou em títulos emitidos ou garantidos pelo Estado, ou mediante garantia bancária ou seguro-caução, conforme escolha do adjudicatário.

.....

5 — Se o adjudicatário pretender prestar a caução mediante garantia bancária, apresentará documento pelo qual um estabelecimento bancário legalmente autorizado assegure, até ao limite do valor da caução, o imediato pagamento de quaisquer importâncias exigidas pelo dono da obra em virtude de incumprimento de obrigações a que a garantia respeita.

....."

De teor muito semelhante eram já, de resto, as correspondentes normas (artigos 104º e 106º) do Decreto-Lei nº 405/93, de 10 de Dezembro, que regulava as empreitadas de obras públicas antes da publicação do Decreto-Lei nº 59/99.

Anote-se, ademais, que flagrante analogia com os anteriores patenteiam, também, os preceitos respeitantes à garantia bancária, enquanto modalidade de caução, integrados no diploma ora regulador da contratação pública e das despesas públicas com locação e aquisição de bens e serviços - Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho:

"Caução

Artigo 69º

Valor e finalidade

1 — Para garantir o exacto e pontual cumprimento das suas obrigações, pode ser exigida ao adjudicatário a prestação de caução no valor máximo de 5% do valor total do fornecimento, com exclusão do IVA.

2 — A entidade adjudicante pode considerar perdida a seu favor a caução prestada, independentemente de decisão judicial, nos casos de não cumprimento das obrigações legais, contratuais ou pré-contratuais pelo adjudicatário.

.....

Artigo 70º

Modos de prestação

1 — A caução pode ser prestada por depósito em dinheiro ou em títulos emitidos ou garantidos pelo Estado, ou mediante garantia bancária ou seguro-caução, conforme escolha do adjudicatário.

.....

4 — Se o adjudicatário prestar a caução mediante garantia bancária, deve apresentar um documento pelo qual um estabelecimento bancário legalmente autorizado assegure, até ao limite do valor da caução, o imediato pagamento de quaisquer importâncias exigidas pela entidade adjudicante em virtude de incumprimento das obrigações, nos termos do disposto no nº 2 do artigo anterior.

.....

6 — Das condições da garantia bancária ou da apólice de seguro-caução não pode, em caso algum, resultar uma diminuição das garantias da entidade adjudicante, nos moldes em que são asseguradas pelas outras formas admitidas de prestação da caução, ainda que não tenham sido pago o respectivo prémio.

....."

Consoante ressalta das normas acabadas de transcrever, a garantia bancária a que se reportam é concedida pelos adjudicatários à entidade pública dona da obra ou adquirente. Ou seja: as autarquias locais surgem, nesse âmbito, como beneficiárias das garantias bancárias, e não como dadores de ordem. Ora, o que no presente parecer se discute é saber se as autarquias locais podem, ou não, conceder garantias bancárias, tomando a seu respeito a posição de dador de ordem.

3.

3.1 – Passando, agora, a cuidar, directamente, do objecto da questão posta ao Conselho, cumpre, antes de mais, caracterizar o instituto da garantia bancária autónoma.

É comumente aceite, entre nós – tanto na doutrina como na jurisprudência⁸ – a definição que para ela propõe GALVÃO TELLES⁹: "a garantia autónoma é a garantia pela qual o banco que a prestou se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de alegada inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato-base), sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com esse mesmo contrato".

Este autor explicita que a noção assim delineada corresponde à hipótese "de longe mais frequente", de a garantia em causa se reportar a obrigações contratuais; mas nada obsta a que incida sobre obrigações de outra natureza.

A garantia bancária autónoma assenta, assim, num esquema triangular ou trilateral¹⁰, decomposto em três relações jurídicas:

- "a) uma relação a que o banco é estranho e que se trava entre os sujeitos da obrigação garantida, de ora em diante designados por credor principal e devedor principal, geralmente tendo por fonte um contrato (o chamado contrato-base);
- b) relação entre o devedor principal (dador da ordem, ordenador, garantido) e o banco;
- c) relação entre o banco garante e o beneficiário (credor principal)"¹¹.

As necessidades e interesses da vida comercial têm conduzido à adopção de diversos tipos de garantias autónomas.

Os principais de entre eles, atendendo à respectiva finalidade, são assim caracterizados por FERRER CORREIA¹²:

⁸ V., por todos: JORGE PINHEIRO, "Garantia bancária autónoma", Rev.Ord.Adv., Ano 52, 1992, págs. 418-419; FÁTIMA GOMES, "Garantia autónoma à primeira solicitação", Direito e Justiça, 1994, vol. VIII, T.2, pág. 130; acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Março de 1995 (Col.Jur., Acds.STJ, Ano III, 1995, T.1, pág. 140) e de 9 de Janeiro de 1996 (Bol. Min.Just., nº 453, pág. 432).

⁹ "Garantia bancária autónoma", in "O Direito", Ano 120, 1988, III-IV, pág. 283

¹⁰ Cfr., p.e., GALVÃO TELLES, op. cit., pág. 522; FÁTIMA GOMES, op. cit., pág. 130; CLAUDE MARTIN e MARTINE DELIERNEUX, "Les garanties bancaires autonomes", Bruxelas, 1991, pág. 89.

¹¹ JORGE PINHEIRO, "Garantia bancária autónoma", in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 52, Julho de 1992, pág. 420.

¹² "Notas para o estudo do contrato de garantia bancária" in Revista de Direito e Economia, Ano VIII, nº 2, 1982, pág. 248.

- "a) Na promessa mediante anúncio público, a garantia é dada ao promitente, para o caso de a pessoa a quem for concedida a adjudicação não cumprir as obrigações decorrentes da sua proposta (v.g., não assinando ou não executando o contrato de fornecimento).
- b) Garantia de restituição de pagamentos antecipados. Destina-se ela a dar ao contraente, que pagou por antecipação uma parte do preço da empreitada, do fornecimento, da compra, a segurança de que as quantias adiantadas lhe serão restituídas, na hipótese de o fornecedor, o empreiteiro, o vendedor não cumprir o pactuado.
- c) Garantia de execução do contrato. Tem por objecto a indemnização do dano que resultar para uma das partes do incumprimento da prestação característica do contrato pelo outro contraente (p.e., o fornecedor ou o empreiteiro).
- d) Garantia de pagamento. Assegura ao credor de uma prestação pecuniária (vendedor, mutuante, fornecedor, empreiteiro) o pagamento da dívida, para o caso de o obrigado principal o não fazer, ou o não fazer em devido tempo".

A modalidade mais usual e eficaz de garantia bancária autónoma é a chamada garantia bancária "à primeira solicitação", assim caracterizada por MENEZES CORDEIRO^{13,14}

"Na garantia autónoma, o garante obriga-se a pagar ao beneficiário uma determinada importância. Tal pagamento operará à primeira solicitação (auf erstes Anfordern, on first demand), isto é: o garante pagará ao beneficiário determinada importância, assim que este lhe peça. Normalmente, porém, a garantia exige que o garante, antes de efectuar qualquer pagamento, proceda à breve análise de determinados documentos: facturas, ordens de fornecimento, boletins de transporte ou de embarque. Tal exame não se confunde porém, de modo algum, com um juízo de cumprimento ou de incumprimento da relação principal".

3.2 – A generalidade da doutrina e da jurisprudência portuguesas¹⁵ – e bem assim este Conselho, no seu parecer nº 139/96, de 7 de Novembro de

¹³ "Manual de Direito Bancário", Coimbra, 1998, pág. 609.

¹⁴ V. também: ANDRÉ PRUM, "Les garanties bancaires à première demande". Paris, 1994; YVES POULLET "La garantie à première demande: un acte unilatéral abstrait?", in "Mélanges Pardon". Bruxelas, 1996, págs. 409 e segs.

¹⁵ V. entre outros, GALVÃO TELLES, op. cit., pág. 290; ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, "Garantias bancárias", in Col. Jur., Ano XI, T.V., pág. 21; FÁTIMA GOMES, op.cit., pág. 158; JORGE PINHEIRO, op. cit., págs. 438 e segs.; acórdãos do Tribu-

1997 – tem entendido que, embora não consagradas especificamente na lei, as garantias bancárias autónomas são admissíveis na nossa ordem jurídica, por força do princípio geral da autonomia da vontade consignado no artigo 405º do Código Civil.

É certo que não deixaram de, a este respeito, ter sido, por SIMÕES PATRÍCIO¹⁶, suscitadas dúvidas acerca de tal admissibilidade, face à proibição dos negócios abstractos constante do artigo 458º do Código Civil, tendo em consideração que, em princípio, esta regra seria supletivamente aplicável também às relações comerciais.

A posição dominante, porém, recusa às garantias bancárias autónomas a índole de negócios abstractos.

Estas são, ao invés, consideradas negócios causais – constituindo a respectiva causa precisamente a garantia que através delas se intenta efectivar¹⁷.

Distingue-se, nestes termos, entre autonomia e abstracção – recusando-se às garantias bancárias esta última característica, mas não aquela.

Enquanto contratos autónomos, o regime jurídico destas garantias não depende do contrato (ou outro negócio) de base a que respeitam – ressalvadas situações extremas de má fé ou abuso de direito¹⁸.

Aliás, o próprio SIMÕES PATRÍCIO veio a reconhecer a aceitabilidade das garantias autónomas, já que as exigências próprias da vida comercial obstaríam, afinal, a que a seu respeito se aplicasse supletivamente o teor do artigo 436º do Código Civil¹⁹.

4.

4.1 – Passando, agora, a atender às disposições legais directamente aplicáveis às situações específicas que deram azo ao pedido do presente parecer, começará por recordar-se que o artigo 13º do Código das Expropriações aprovado pelo Decreto-Lei nº 438/91, de 9 de Novembro, estatua que:

nal da Relação de Lisboa de 11 de Dezembro de 1990 (Col. Jur., 1990, T.V, pág. 136) e do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Janeiro de 1996 (cit.nota 7).

¹⁶ "Preliminares sobre a garantia "on first demand", in Rev.Ord. Adv., Ano 43, Dezembro de 1983, pág. 688-692

¹⁷ V. FERRER CORREIA, op. cit., pág. 249; ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, op. cit., pág. 21.

¹⁸ FERRER CORREIA, op. cit., pág. 257; GALVÃO TELES, op. cit., págs. 289-290; JORGE PINHEIRO, op., cit., págs. 443 e segs.; acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Março de 1995 (Bol. Min. Just., nº 445, pág. 508).

¹⁹ Op. cit., págs. 696 e segs.

"Artigo 13º

Atribuição do carácter de urgência

1 — No próprio acto declarativo da utilidade pública, que será sempre publicado no Diário da República, sem prejuízo da obrigatoriedade da notificação dos titulares dos direitos que incidem sobre os bens imóveis a expropriar, pode ser atribuído carácter de urgência à expropriação para as obras de interesse público.

2 — A atribuição de carácter urgente à expropriação é sempre fundamentada e confere à entidade expropriante a posse administrativa imediata dos bens a expropriar, nos termos dos artigos 17º e seguintes, sem prejuízo do disposto no nº 3.

3 — O acto declarativo de utilidade pública que atribua carácter urgente à expropriação determina obrigatoriamente a prestação de caução, por qualquer das formas em direito admitidas, correspondente a metade do montante da importância provável da indemnização, a qual é perdida a favor do expropriado no caso de o bem objecto da expropriação não ser afecto ao fim que a determinou no prazo estabelecido para o exercício do direito de reversão.

4 — Quando se trate de expropriação com carácter de urgência, o requerimento da declaração de utilidade pública será acompanhado dos documentos constantes das alíneas a), b), c), d) e l) do nº 2 do artigo 12º, podendo as certidões referidas nas alíneas d) e e) ser juntas até ao momento em que se lavre a escritura ou auto de expropriação amigável ou até à adjudicação judicial da propriedade dos prédios expropriados."

Comentando estas normas, PERESTRELO DE OLIVEIRA²⁰ explicitava que: "A caução referida no nº 3 funciona, apenas, como garante da efectiva aplicação do bem ao fim da expropriação".

A verdade, porém, é que, ainda em 1999, veio a ser publicada, em 18 de Setembro, a Lei nº 168/99, que aprovou o Código das Expropriações ora vigente.

Deste diploma interessam directamente para o problema em apreciação os artigos 15º (correspondente ao artigo 13º do Código anterior) e 20º, os quais dispõem o seguinte:

"Artigo 15º

Atribuição do carácter de urgência

1 — No próprio acto declarativo da utilidade pública, pode ser atribuído carácter de urgência à expropriação para obras de interesse público.

²⁰ "Código das Expropriações anotado", Coimbra, 1992, pág. 71

2 — A atribuição de carácter urgente à expropriação deve ser sempre fundamentada e confere de imediato à entidade expropriante a posse administrativa dos bens expropriados, nos termos previstos nos artigos 20º e seguintes, na parte aplicável. 3 — A atribuição de carácter urgente caduca se as obras na parcela não tiverem início no prazo fixado no programa de trabalhos, salvo ocorrendo motivo devidamente justificado.

4 — À declaração de caducidade aplica-se, com as necessárias adaptações, o disposto no nº 4 do artigo 13º.

5 — A caducidade não obsta à ulterior autorização da posse administrativa, nos termos dos artigos 19º e seguintes.

Artigo 20º

Condições de efectivação da posse administrativa

1 — A investidura administrativa na posse dos bens não pode efectivar-se sem que previamente tenham sido:

- a) Notificados os actos de declaração de utilidade pública e de autorização da posse administrativa;
- b) Efectuado o depósito da quantia mencionada no nº 4 do artigo 10º em instituição bancária do lugar do domicílio ou sede da entidade expropriante, à ordem do expropriado e dos demais interessados, se aquele e estes forem conhecidos e não houver dúvidas sobre a titularidade dos direitos afectados;
- c) Realizada vistoria *ad perpetuam rei memoriam* destinada a fixar os elementos de facto susceptíveis de desaparecerem e cujo conhecimento seja de interesse ao julgamento do processo.

2 — A notificação a que se refere a alínea a) do número anterior deve conter o local, o dia e a hora do acto de transmissão da posse.

3 — O acto de transmissão de posse deverá ter lugar no prédio, parcela ou lanço expropriado.

4 — Se o expropriado e os demais interessados, estando ou devendo considerar-se devidamente notificados, não comparecerem ao acto de transmissão de posse, esta não deixará de ser conferida.

5 — O depósito prévio é dispensado:

- a) Se a expropriação for urgente, devendo o mesmo ser efectuado no prazo de 90 dias contados nos termos do artigo 279º do Código Civil, a partir da data de publicação da declaração de utilidade pública;
- b) Se o expropriado e demais interessados não forem conhecidos ou houver dúvidas sobre a titularidade dos direitos afectados, devendo o mesmo ser efectuado no prazo de 10 dias a contar do momento

em que sejam conhecidos ou seja resolvido o incidente regulado no artigo 53º.

6 — Atribuído carácter urgente à expropriação ou autorizada a posse administrativa, a entidade expropriante solicita directamente ao presidente do tribunal da relação do distrito judicial do lugar da situação do bem ou da sua maior extensão a indicação de um perito da lista oficial para a realização da vistoria *ad perpetuam rei memoriam*.

7 — Pode ser solicitada a indicação de dois ou mais peritos sempre que tal se justifique pela extensão ou número de prédios a expropriar."

Verifica-se, pois, que não consta da norma relativa à expropriação urgente (artigo 15º) qualquer menção à caução e aos modos por que poderia ser prestada.

A questão passou a ser exclusivamente regulada, em termos gerais, no artigo 20º, que apenas prevê a prestação de caução sob a forma de depósito.

Tal depósito é, em princípio, condição da efectivação da posse administrativa (nº 1, al.b)), cabendo, em caso de expropriação urgente, ser realizado nos 90 dias posteriores à publicação da declaração de utilidade pública.

Que assim é surge, de resto, corroborado pelo comentário que MELO FERREIRA²¹ formula em relação ao transcrito artigo 15º, e, em particular, ao facto de nele se não abordar a questão de eventual caução: "A obrigatoriedade de prestar caução decorre do artigo 20º, só assim se respeita o princípio enformador do Código, do pagamento contemporâneo de uma justa indemnização, cfr. artigo 1º."

Já não se põe hoje, portanto, a concreta questão da legitimidade ou não da prestação de garantias bancárias, pelas autarquias locais, com respeito às expropriações por utilidade pública urgente.

Isso não obsta, porém, a que subsista o problema geral da possibilidade ou não da prestação de tais garantias por essas instituições de administração local — nomeadamente no tocante às outras duas situações consideradas no pedido de parecer.

E sempre poderá ter sentido, ademais, apurar se foi ou não legal o oferecimento de garantias bancárias, no âmbito de expropriação urgente, pela câmara municipal cuja iniciativa suscitou a solicitação do presente parecer.

4.2 — A segunda situação típica alvitrada no parecer da Auditoria Jurídica diz respeito ao teor do artigo 125º do Estatuto das Estradas Nacionais (Lei nº 2037, de 19 de Agosto de 1949), norma ainda vigente, que prescreve:

²¹ "Código das Expropriações anotado", 2ª ed., Coimbra, 2000, pág. 21.

"Art. 125º

Os trabalhos de reposição de pavimentos das estradas nacionais ou de quaisquer dos seus pertences que tenham sido destruídos ou danificados por motivo de obras que interessem a terceiros serão sempre custeados por estes e a sua execução efectuada, em regra, pelas respectivas direcções de estradas, salvo, pelo que diz respeito à Administração-Geral dos Correios, Telégrafos e Telefones, nos casos previstos nos artigos 16º e 17º da Portaria nº 10 602, de 16 de Fevereiro de 1944.

§ 1º Para a execução dos trabalhos a que se refere este artigo deverá a entidade interessada depositar previamente na Caixa-Geral de Depósitos, Crédito e Previdência ou nalgumas das suas filiais, agências ou delegações, mediante guia passada pela respectiva direcção de estradas, a importância orçamentada dos mesmos trabalhos, a não ser que, por despacho ministerial, tenha sido dispensado esse depósito.

§ 2º Os trabalhos relativos à reposição dos pavimentos com os quais, por imprevistos, não se haja contado no respectivo orçamento correrão igualmente por conta da entidade interessada na sua execução."

Este preceito não se refere, assim, expressamente, à concessão de garantia bancária, mas sim à realização de um depósito prévio (para assegurar o custeio dos trabalhos de reposição de pavimentos de estradas nacionais ou de seus "pertences", realizados pelas direcções de estradas²².

Não pareceria excluída, contudo, a possibilidade de o despacho ministerial que porventura dispense tal depósito, nos termos da parte final do § 1º, exigir, em sua substituição, a prestação de garantia bancária. Isto, na perspectiva de que quem pode o mais, pode o menos: se o depósito pode ser dispensado pura e simplesmente, lícito parece ser também substituí-lo por garantia menos "gravosa" para o "devedor", tal como a garantia bancária.

De todo o modo, o problema surgiu, concretamente, a respeito da aplicação do despacho do Secretário de Estado das Obras Públicas de 5 de Março de 1991, que, proferido sobre proposta (nº 1/PTE, de 4 de Novembro de 1991) da Junta Autónoma de Estradas, determinou o seguinte:

²² O Estatuto das Estradas Nacionais foi objecto de múltiplas alterações, nomeadamente introduzidas pelos Decretos-Leis nºs 44697, de 17 de Novembro de 1962, 45 291, de 3 de Outubro de 1963, 13/71, de 23 de Janeiro, 219/72, de 27 de Junho, 605/72, de 30 de Dezembro, 148/77, de 12 de Abril, e 400/82, de 23 de Setembro. Nenhum desses diplomas se reportou, contudo, ao supra transcrito artigo 125º.

"1. Se a JAE entender por conveniente que os trabalhos de reposição sejam executados pela Direcção de Estradas, então cumprir-se-á na íntegra o artigo 125º do Estatuto das Estradas Nacionais.

2. Se a JAE não vir inconveniente em que os trabalhos de reposição sejam executados por terceiros, tais como por administração directa das Autarquias ou seus empreiteiros, então exigir-se-á garantia bancária de 10% do valor orçamentado ou da adjudicação. A garantia bancária só será liberta após o decurso do prazo de garantia da empreitada, e em qualquer dos casos, nunca menos de decorridos 2 anos."

4.3 – Mencione-se, enfim, a hipótese da garantia de reembolso do Imposto sobre Valor Acrescentado, prevista no artigo 22º do respectivo Código (aprovado pelo Decreto-Lei nº 394-B/84, de 26 de Dezembro):

"Artigo 22º

1 — O direito à dedução nasce no momento em que o imposto dedutível se torna exigível, de acordo com o estabelecido pelos artigos 7º e 8º, efectuando-se mediante subtracção ao montante global do imposto devido pelas operações tributáveis do sujeito passivo, durante um período de declaração, do montante do imposto dedutível, exigível durante o mesmo período.

.....
5 — Se, passados 12 meses relativos ao período em que se iniciou o excesso, persistir crédito a favor do contribuinte superior a 50 000\$, este poderá solicitar o seu reembolso.

6 — Não obstante o disposto no número anterior, o sujeito passivo poderá solicitar o reembolso antes do fim do período de 12 meses quando se verifique a cessação de actividade ou passe a enquadrar-se no disposto nos nºs 3 e 4 do artigo 28º, nº 1 do artigo 54º ou nº 1 do artigo 61º, bem como quando o crédito a seu favor exceder 25 vezes o salário mínimo nacional mais elevado, arredondando para a centena de milhares de escudos imediatamente inferior, sendo este valor reduzido para metade nas situações a seguir indicadas:

- a) Nos seis primeiros meses após o início da actividade;
- b) Em situações de investimento com o recurso ao crédito devidamente comprovadas.

7 — Em qualquer caso, a Direcção-Geral das Contribuições e Impostos poderá exigir, quando a quantia a reembolsar exceder 100 000\$, caução, fiança bancária ou outra garantia adequada, que deverá ser mantida pelo prazo de um ano.

....."

A eventualidade de exigência de prestação de garantia bancária por parte de autarquia local devedora de IVA encontra-se contemplada na parte final do nº 7 da norma em questão, quando se reporta a "outra garantia adequada".

5.

5.1 – Anote-se, de todo o modo, que, se a questão em apreciação se patenteou em certas situações típicas como as acabadas de enunciar, ela vem posta em termos gerais, devendo, por isso, ser abordada neste parecer também sob essa perspectiva.

Trata-se, pois, antes de mais, de apurar se as autarquias locais podem ou não, em geral, prestar garantias bancárias.

Apenas na hipótese de a resposta ser negativa caberia analisar se, porventura, apesar dessa proibição genérica, elas poderiam prestá-las em certos casos específicos.

5.2 – A solução negativa surge apoiada no regime geral aplicável à contratação de empréstimos por parte das autarquias locais.

Em 28 de Julho de 1979, foi publicado um diploma específica e exclusivamente dedicado a regular os empréstimos municipais – o Decreto-Lei nº 258/79.

Os respectivos preceitos que mais directamente interessam à matéria em discussão são os seguintes:

"Artigo 1º

Os municípios podem contrair empréstimos junto de instituições de crédito autorizadas a concedê-los, sem necessidade de prévia aprovação tutelar.

"Artigo 2º

Os empréstimos a que se refere o artigo anterior podem ser a curto, médio e longo prazos.

"Artigo 3º

Os empréstimos a médio e longo prazo só podem ser contraídos para investimentos reprodutivos de alcance social ou cultural e ainda para proceder ao saneamento financeiro dos municípios.

Artigo 4º

1 — A contratação de empréstimos a médio e longo prazo para saneamento financeiro dos municípios só pode ter lugar em casos de grave

desequilíbrio das finanças municipais, tendo em vista o restabelecimento do respectivo equilíbrio num prazo razoável e, designadamente, nos casos de:

- a) Insuficiência das cobranças de receitas previstas para fazer face a compromissos assumidos;
- b) Necessidade de dilatar o prazo de empréstimos cujo vencimento se aproxime em altura de falta de recursos;
- c) Conveniência de substituição de empréstimos por outros em condições menos onerosas.

2 – Os pedidos de empréstimos para saneamento financeiro dos municípios devem ser instruídos com um estudo fundamentado sobre a situação financeira da autarquia e um plano de saneamento financeiro para o período a que respeita o empréstimo.

Artigo 5º

1 — Os empréstimos a curto prazo podem ser contraídos em qualquer circunstância para ocorrer a dificuldades momentâneas de tesouraria, não podendo ser utilizados para despesas correntes nem podendo o seu montante ultrapassar, em qualquer momento, 1/12 das verbas orçamentadas para investimento pelo município no respectivo ano.

2 — Os empréstimos a curto prazo poderão revestir qualquer forma adequada à natureza e duração da operação.

3 — Para efeitos de apreciação e julgamento das contas a que se refere o artigo 20º da Lei nº 1/79, de 2 de Janeiro, e para cumprimento das disposições orçamentais, os serviços de contabilidade municipal promoverão as necessárias adaptações na escrituração dos empréstimos a que se refere o nº 1 e nos respectivos pagamentos.

Artigo 6º

1 — Os empréstimos a que se refere o artigo 2º carecem de aprovação das respectivas assembleias municipais, nos termos dos artigos 48º, alínea j), e 49º da Lei nº 79/77, de 25 de Outubro.

2 — A aprovação dos empréstimos a curto prazo poderá ser concedida pelas assembleias municipais nas suas sessões anuais de aprovação de orçamento, para todos os empréstimos que as câmaras venham a contrair durante o período de vigência do orçamento, nos termos do nº 1 do artigo 5º."

O Decreto-Lei nº 258/79 foi publicado em execução da Lei nº 1/79, de 2 de Janeiro (Lei das Finanças Locais então vigente), cujo artigo 15º, aliás, já dispunha que:

"Artigo 15º

Empréstimos

1 — Os municípios podem contrair empréstimos a curto, médio e longo prazos com entidades públicas de crédito.

2 — Os empréstimos a médio e longo prazo só podem ser contraídos para aplicação em investimento reprodutivos, de carácter social ou cultural, e ainda para proceder ao saneamento financeiro dos municípios.

3 — Os empréstimos a curto prazo podem ser contraídos em quaisquer circunstâncias para ocorrer a dificuldades momentâneas de tesouraria, não podendo ser utilizados para despesas correntes, nem podendo o seu montante ultrapassar em qualquer momento 1/12 das receitas orçamentais para investimento pelo município.

4 — Os encargos anuais com amortizações e juros dos empréstimos a médio e longo prazo não podem exceder nunca 20% das receitas orçamentadas para investimentos no respectivo ano pelo município.

5 — O acréscimo anual dos encargos com amortizações e juros não pode ultrapassar um quarto do valor referido no número anterior, salvo por acumulação da parte deste limite não utilizada em anos transactos e até ao montante de 10% das receitas orçamentadas para investimento no respectivo ano pelo município.

6 — O Governo regulamentará os demais aspectos relacionados com a contracção de empréstimos, nomeadamente no que diz respeito à bonificação das taxas de juro, prazo e garantias, com exclusão de qualquer forma de aprovação tutelar."

A Lei das Finanças Locais que substituiu a acabada de mencionar - Lei nº 1/87, de 6 de Janeiro - manteve, porém, em vigor, na parte por ela não contrariada, o Decreto-Lei nº 258/79, enquanto diploma legal publicado em execução daqueloutra (artº 29º, nº 2).

O respectivo artigo 15º veio dispor, na parte que ora interessa, como segue:

"Artigo 15º

Regime de crédito

1 — Os municípios podem contrair empréstimos junto de quaisquer instituições autorizadas por lei a conceder crédito.

2 — Os municípios podem emitir obrigações nos termos da lei.

3 — Os empréstimos a que se refere o nº 1 podem ser a curto, médio e longo prazos.

4 — Os empréstimos a curto prazo podem ser contraídos para ocorrer a dificuldades de tesouraria, não podendo o seu montante ultrapassar, em qualquer momento, um décimo da verba do FEF que cabe ao município.

5 — Os empréstimos a médio e longo prazos podem ser contraídos para aplicação em investimentos reprodutivos e em investimentos de carácter social ou cultural ou ainda para proceder ao saneamento financeiro dos municípios.

6 — Os encargos anuais com amortizações e juros de empréstimos a médio e longo prazos, incluindo os empréstimos obrigacionistas, não podem exceder o maior dos limites do valor correspondente a três duodécimos do FEF que cabe ao município ou a 20% das despesas realizadas para investimento pelo município no ano anterior.

.....
12 — O Governo regulamentará por decreto-lei os demais aspectos relacionados com a contração de empréstimos, nomeadamente no que diz respeito ao crédito pelos serviços municipalizados e associações de municípios, a bonificação das taxas de juro, ao prazo e garantias com exclusão de qualquer forma de aprovação tutelar."

A Lei das Finanças Locais hoje em vigor - Lei nº 42/98, de 6 de Agosto²³ -, contém uma regulação relativamente desenvolvida dos empréstimos contraídos pelas autarquias.

De entre os respectivos preceitos que mais directamente relevam para o presente parecer merecem especial atenção os seguintes:

"Artigo 23º

Regime de crédito dos municípios

1 — Os municípios podem contrair empréstimos e utilizar aberturas de crédito junto de quaisquer instituições autorizadas por lei a conceder crédito, bem como emitir obrigações e celebrar contratos de locação financeira nos termos da lei.

2 — A questão do endividamento municipal deverá orientar-se por princípios de rigor e eficiência, prosseguindo os seguintes objectivos:

²³ Rectificada pela Declaração nº 13/98, publicada no Diário da República, I Série, de 25 de Agosto de 1998, e alterada, mas sem relevância para o presente parecer, pela Lei nº 3-B/2000, de 4 de Abril (Orçamento do Estado para 2000). Foram aprovados na generalidade, e baixaram à discussão em comissão (DAR, I Série, de 4 de Novembro de 2000), a Proposta de Lei nº 49/VIII e o Projecto de Lei nº 321/VIII (DAR, II Série-A, respectivamente de 28 de Outubro e de 21 de Outubro de 2000), que prevêm a modificação parcial de algumas normas da Lei nº 42/98 relativas ao regime de crédito das autarquias locais, mas sem, todavia, afectarem o teor essencial das mesmas.

- a) Minimização de custos directos e indirectos numa perspectiva de longo prazo;
- b) Garantia de uma distribuição equilibrada de custos pelos vários orçamentos anuais;
- c) Prevenção de excessiva concentração temporal de amortização;
- d) Não exposição a riscos excessivos.

3 — Os empréstimos e a utilização de abertura de crédito, que para efeitos do presente diploma são designados por empréstimos, podem ser a curto ou a médio e longo prazos.

4 — Os empréstimos de médio e longo prazos têm um prazo de vencimento adequado à natureza das operações que visam financiar, não podendo, em caso algum, exceder a vida útil do respectivo investimento, com o limite máximo de 20 anos.

5 — O pedido de autorização à assembleia municipal para a contratação de empréstimos de médio e longo prazos é obrigatoriamente acompanhado de informação sobre as condições praticadas em, pelo menos, três instituições de crédito, bem como de mapa demonstrativo da capacidade de endividamento do município.

6 — A aprovação de empréstimos a curto prazo pode ser deliberada pela assembleia municipal, na sua sessão anual de aprovação do orçamento, para todos os empréstimos que a câmara venha a contrair durante o período de vigência do orçamento.

7 — É vedado aos municípios quer o aceite quer o saque de letras de câmbio, a concessão de avales cambiários, bem como a subscrição de livranças e a concessão de garantias pessoais.

8 — Em caso de contratação de empréstimos em moeda estrangeira, deve ser adequadamente salvaguardado nos respectivos contratos o risco cambial.

Artigo 24º

Característica do endividamento municipal

1 — Os empréstimos a curto prazo são contraídos para ocorrer a dificuldades de tesouraria, não podendo o seu montante médio anual exceder 10% das receitas provenientes das participações do município nos Fundos Geral Municipal e de Coesão Municipal.

2 — Os empréstimos a médio e longo prazos podem ser contraídos para aplicação em investimento ou ainda para proceder ao saneamento ou ao reequilíbrio financeiro dos municípios.

3 — Os encargos anuais com amortizações e juros dos empréstimos a médio e longo prazos, incluindo os dos empréstimos obrigacionais, não

podem exceder o maior dos limites do valor correspondente a três duodécimos dos Fundos Geral Municipal e de Coesão que cabe ao município ou a 20% das despesas realizadas para investimento pelo município no ano anterior.

.....".

Artigo 25º

Empréstimos para saneamento financeiro municipal

1 — A contracção de empréstimos para saneamento financeiro destina-se à consolidação de passivos financeiros ou outros, designadamente nos casos de desequilíbrio financeiro.

2 — Os empréstimos referidos no número anterior só poderão ser contraídos desde que o resultado da operação não exceda os limites de endividamento impostos por lei.

3 — Os empréstimos para saneamento financeiro não podem ter um prazo superior a 12 anos, admitindo-se um período máximo de diferimento de 3 anos.

Artigo 26º

Contratos de reequilíbrio financeiro municipal

1 — A contracção de empréstimos para reequilíbrio financeiro destina-se à resolução de situações de desequilíbrio financeiro estrutural ou de ruptura financeira, desde que se mostre esgotada a capacidade de endividamento, e é independente da existência de linhas de crédito com taxas de juro bonificado, criadas para o efeito.

2 — Os empréstimos para reequilíbrio financeiro não podem ter um prazo superior a 20 anos, incluindo um período de diferimento máximo de 5 anos.

.....

Artigo 28º

Regulamentação do crédito

Os demais aspectos relacionados com a contracção de empréstimos pelos municípios e pelas freguesias, nomeadamente no que diz respeito à respectiva renegociação, bonificação das taxas de juros e consultas ao mercado, assim como as condições de contracção de empréstimos em moeda estrangeira e outras condições a que deve obedecer a contratação pelos municípios de empréstimos para saneamento financeiro e para reequilíbrio financeiro, são objecto de regulamentação por decreto-lei."

A Lei nº 42/98 não revogou integralmente o Decreto-Lei nº 258/79.

Com efeito, o seu artigo 36º - conquanto revogue, no nº 1, expressamente, a Lei das Finanças Locais que a antecedeu (Lei nº 1/87) – prescreve, no subsequente nº 2, que se mantêm em vigor até à sua substituição os diplomas legais publicados em execução de anteriores leis das finanças locais, na parte por ela não contrariada.

Isto vale, fundamentalmente, para os aspectos regulamentares e procedimentais constantes do Decreto-Lei nº 258/79²⁴.

No tocante à caracterização dos objectivos e finalidades dos empréstimos municipais, as principais inovações introduzidas pela Lei nº 42/98 – em confronto com o Decreto-Lei nº 258/79 e a Lei das Finanças Locais que viera executar – consistem, por um lado, na indicação dos princípios gerais a que tais operações financeiras devem obedecer, e, por outro, no concernente aos empréstimos de médio e longo prazo, por um lado, na admissão da respectiva celebração para fins de reequilíbrio financeiro, e, por outro, na menção genérica de que eles também podem ser contraídos para aplicação em investimentos (sem a especificação anterior de que devam tratar-se de "investimentos reprodutivos, de carácter social ou cultural").

5.3 – Em termos procedimentais, a intervenção autorizatória da assembleia municipal, quanto à contratação de empréstimos pela autarquia concelhia, é tão relevante que vem expressamente consignada como um dos poderes que integram a respectiva competência.

Na verdade, pode ler-se, na alínea d) do nº 2 do artigo 53º da Lei nº 169/99, de 1 de Setembro, que actualmente estabelece o quadro de competências, assim como o regime jurídico de funcionamento, dos órgãos dos municípios e das freguesias:

"Artigo 53º
Competência

.....
2 — Compete à assembleia municipal, em matéria regulamentar e de organização e funcionamento, sob proposta da câmara:

.....
d) Aprovar ou autorizar a contratação de empréstimos nos termos da lei;"

E o subsequente nº 7 acrescenta:

"7 – Os pedidos de autorização para a contratação de empréstimos a apresentar pela câmara municipal, nos termos da alínea d) do nº 2, serão obrigatoriamente acompanhados de informação sobre as condições pratica-

²⁴ V. RIBEIRO DA COSTA, "Legislação autárquica e complementar", Lisboa, 1999, pág. 38.

das em, pelo menos, três instituições de crédito, bem como do mapa de capacidade de endividamento do município".

Correlativamente, pode ler-se, no mesmo diploma legal, acerca das competências das câmaras municipais:

"Artigo 64º
Competências

.....
6 — Compete à câmara municipal, no que respeita às suas relações com outros órgãos autárquicos:

- a) Apresentar à assembleia municipal propostas e pedidos de autorização, designadamente em relação a matérias constantes dos nºs 2 a 4 do artigo 53º."

6.

6.1 – A abordagem acima feita acerca da natureza da garantia bancária considerou-a na sua estrutura global ou complexiva, de instituto de índole triangular ou trilateral.

Mas para o objecto deste parecer interessa sobretudo qualificar, de entre as três relações em que o instituto se reparte, a que se estabelece entre o dador da ordem e o garante – ou seja, concretamente, entre a autarquia local e o banco.

Para alguns, essa relação reconduz-se à figura da fiança.

Recorde-se que foi essa a perspectiva em que a câmara municipal cujo pedido desencadeou a presente discussão se apoiou para sustentar a sua competência para a prática de tal negócio jurídico, fazendo radicar na sua natureza acessória em relação a uma obrigação principal a respectiva qualificação como fiança.

E não pode olvidar-se, ademais, que, em parecer datado de há mais de três décadas²⁵, este Conselho já defendeu semelhante posição, ao ponderar que:

"A admissão da garantia bancária em substituição do depósito de garantia tem dado lugar a algumas dúvidas resultantes de esta nova figura ter sido inserida no domínio dos contratos de empreitadas de obras públicas sem que algo se especificasse quanto ao seu regime. "E, precisamente, uma das dúvidas surge logo quanto à determinação da sua natureza jurídica:

²⁵ Parecer nº 3/69, de 29 de Maio de 1969 (Bol.Min. Just. 191, págs. 161-162).

Segundo o que se depreende no que aparece transcrito no parecer do Sr. Auditor Jurídico do Departamento da Defesa Nacional, o Prof. MARCELLO CAETANO, (...) acaba por se inclinar no sentido da sua integração no instituto de fiança".

Isto, para concluir, invocando a acessoriedade da garantia bancária: "Este corpo consultivo sempre se pronunciou pela fiança e não se vêem motivos para alterar a orientação estabelecida".

6.2 – Há que reconhecer, todavia, que esta visão não corresponde à posição hoje largamente dominante na doutrina e na jurisprudência – não podendo, a propósito, deixar de atender-se, no que concerne ao citado parecer do Conselho Consultivo, que ele foi emitido em data em que era ainda relativamente incipiente o tratamento e estudo do instituto em causa.

Cabe, com efeito, realçar que a fiança constitui uma garantia pessoal, acessória da obrigação principal.

As suas subsistência, validade e eficácia dependem, assim, das da obrigação a que serve de garantia.

Ou, dito por outras palavras: ao pedido de cumprimento da fiança podem ser opostos vícios ou demais fundamentos que afectem a subsistência, a validade ou eficácia da obrigação principal.

A índole acessória da fiança ressalta com nitidez da consideração conjugada de várias das normas que configuram, no Código Civil, o respectivo regime, nomeadamente:

"Artigo 627º

Noção. Acessoriedade

1 — O fiador garante a satisfação do direito de crédito, ficando pessoalmente obrigado perante o credor.

2 — A obrigação do fiador é acessória da que recai sobre o principal devedor.

Artigo 632º

Invalidade da obrigação principal

1 — A fiança não é válida se o não for a obrigação principal.

2 — Sendo, porém, anulada a obrigação principal, por incapacidade ou por falta ou vício da vontade do devedor, nem por isso a fiança deixa de ser válida, se o fiador conhecia a causa da anulabilidade ao tempo em que a fiança foi prestada.

Artigo 637º

Meios de defesa do fiador

1 — Além dos meios de defesa que lhe são próprios, o fiador tem o direito de opor ao credor aqueles que competem ao devedor, salvo se forem incompatíveis com a obrigação do fiador.

2 — A renúncia do devedor a qualquer meio de defesa não produz efeito em relação ao fiador.

Artigo 638º

Benefício da excussão

1 — Ao fiador é lícito recusar o cumprimento enquanto o credor não tiver executado todos os bens do devedor sem obter a satisfação do seu crédito.

2 — É lícita ainda a recusa, não obstante a excussão de todos os bens do devedor, se o fiador provar que o crédito não foi satisfeito por culpa do credor.

Artigo 647º

Meios de defesa

O devedor que consentir no cumprimento pelo fiador ou que, avisado por este, lhe não der conhecimento, injustificadamente, dos meios de defesa que poderia opor ao credor, fica impedido de opor esses meios contra o fiador.

"A generalidade da doutrina vem, como se apontou, corroborando este critério de distinção entre a fiança e a garantia bancária.

Baste, por todos, recordar o que afirmam ALMEIDA e COSTA e PINTO MONTEIRO²⁶:

"Temos, por conseguinte: um contrato-base (de compra e venda, de empreitada, de fornecimento, etc.) entre A e B, que constitui a relação principal; um contrato entre A e C (que vem sendo qualificado de mandato), pelo qual A incumbe C de prestar a garantia a B; finalmente, o contrato de garantia entre C e B, obrigando-se o garante a pagar a soma convencionada logo que solicitada pelo beneficiário, B, sem que este tenha de provar

²⁶ Op. cit., págs. 19-20; no mesmo sentido, citam-se, p.e.: GALVÃO TELES, op.cit., págs. 284-286; FERRER CORREIA, op. cit., págs. 250-252; FRANCISCO CORTEZ, op. cit., págs. 546-558; FÁTIMA GOMES, op. cit., pág. 140-143; CASTELO BRANCO, "A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações" (Rev. Ord. Adv., Ano 53, 1993, págs. 66-68); ROMANO MARTINEZ, "Contratos em especial", Lisboa, 1995, pág. 153; JANUÁRIO GOMES, "Assunção fidejussória de dívida", Coimbra, 2000, pág. 106-107.

o incumprimento de A (cláusula de pagamento "a primeira solicitação"), e sem que o garante possa invocar quaisquer objecções sobre a subsistência ou validade do crédito de B perante A.

Diferentemente da fiança (cfr. "maxime" os arts. 627º, nº 2, 632º, 637º, 638 e 647º do Código Civil), esta garantia é autónoma, quer dizer, não tem natureza acessória em relação à obrigação garantida, sendo devida mesmo que a relação principal se mostre inválida e sem que o garante possa opor ao beneficiário os meios de defesa do devedor, visto que o garante assume uma obrigação própria, independente (desligada) do contrato-base. Nem o devedor pode, por isso, impedir o garante de prestar a soma acordada, logo que o beneficiário a solicite.

O recurso à garantia autónoma visa precisamente superar a grave desvantagem que a natureza acessória da fiança comporta, incompatíveis com as exigências de celeridade e eficácia do comércio, sobretudo no domínio das relações internacionais."

Por seu turno, é sintomático observar que a maioria das decisões dos tribunais portugueses relativas às garantias bancárias tem precisamente curado de as diferenciar da fiança.

De entre as mais recentes, é particularmente expressivo o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Novembro de 1998²⁷ cujas conclusões são do teor seguinte:

I – Na garantia bancária há, de um lado, os contratos de garantia acessórios de uma obrigação principal e de outro os contratos de garantia que encontram fundamento na autonomia da vontade e prescindem daquela relação com qualquer outra relação jurídica gerando para o promitente uma obrigação totalmente autónoma.

II – A garantia autónoma e a fiança correspondem a preocupações semelhantes, na medida em que ambas têm uma função específica de garantia; não podem, todavia, assimilar-se porque as separam traços fundamentais.

III – A fiança é um negócio jurídico pelo qual uma pessoa se obriga para com o credor a cumprir a obrigação de outra pessoa, no caso desta o não fazer. O fiador compromete-se a pagar a dívida de outrem – o devedor principal. O seu compromisso é acessório.

IV – No caso da garantia autónoma, o garante não se obriga a satisfazer uma dívida alheia. Ele assegura ao beneficiário determinado resultado: o recebimento de certa quantia em dinheiro, e terá de proporcionar-lhe esse

²⁷ Inédito.

resultado, desde que o beneficiário diga que não o obteve da outra parte, sem que o garante possa apreciar o bem ou mal fundado desta obrigação²⁸.

7.

7.1 – Arredada, assim, a eventual identificação da garantia bancária com a fiança, importa, seguidamente, analisar se, afinal, ela se reconduz ou não à figura do empréstimo – com vista a apurar se lhe é ou não aplicável o regime jurídico dos empréstimos contraídos pelas autarquias locais.

Há que reconhecer que não falta, na doutrina, uma ou outra referência no sentido da aproximação entre esses dois tipos de negócio jurídico.

Refira-se, nomeadamente, nessa perspectiva, a seguinte apreciação de FERRER CORREIA²⁹: "Claro é que, ao prestar a garantia pedida pelo cliente - acto que o sujeita ao risco de vir a pagar ao beneficiário determinada garantia - o banco está, por outra via, a conceder àquele um crédito de montante igual ao da soma garantida, ou até à concorrência do valor fixado como limite".

Semelhantemente, MENEZES CORDEIRO³⁰ anota que: "Um segundo aspecto, acessório mas importante, tem a ver com o papel financeiro das garantias: pelo atalho da garantia, o garante concede fundos ao mandatário, entregando-os directamente ao beneficiário."

Isto, sem esquecer, ainda, que ROMANO MARTINEZ fala, a tal respeito, da "concessão eventual dum crédito"³¹.

Se bem se atentar, porém, verifica-se, afinal, que nenhum destes autores chega a asseverar que existe uma verdadeira e própria identidade, em termos jurídicos, entre a garantia bancária e o empréstimo.

É que são, ao invés, bem relevantes as diferenças entre esses dois tipos negociais.

Se, desde logo, se considerar a respectiva forma, não subsistem dúvidas de que o mútuo, é, no nosso direito, um contrato real, que apenas se perfaz com a entrega ao mutuário da coisa mutuada:

²⁸ Cfr., na mesma linha: acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 13 de Novembro de 1990 (Col. Jur. Ano XV, págs. 187 e segs.); do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de Dezembro de 1990 (Col. Jur., Ano XV, T.V, págs. 134 e segs., comentado por Graça Pritchard na Revista da Banca, nº 18, 1991, págs. 139 e segs.); do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Janeiro de 1993 (Bol. Min. Just., 423, págs. 483 e segs.), 23 de Março de 1995 (Col. Jur., Acords. S.T.J., 1995, T.I, págs. 137 e segs.), e Bol. Min. Just., 445, págs. 495 e segs.), 9 de Janeiro de 1996 (Bol. Min. Just., 453, págs. 428 e segs.), 27 de Janeiro de 1998 e 11 de Fevereiro de 1999, os dois últimos inéditos.

²⁹ Op. cit., pág. 250.

³⁰ Op. cit., págs. 610-611.

³¹ "Contratos em especial", Lisboa, 1995, pág. 151.

"Artigo 1142º

Noção

Mútuo é o contrato pelo qual uma das partes empresta³² à outra dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a segunda obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade".

Diversamente, a garantia bancária é, nos moldes em que as partes a têm vindo a celebrar - sem que isso corresponda, como se realçou, a qualquer negócio nominado, mas por ser a solução que melhor se ajusta aos seus interesses -, um negócio consensual, consubstanciado no respectivo acordo de vontades.

Correlativamente, o mútuo só preenche o fim que lhe é próprio com a entrega do bem ao mutuário, para que dele possa dispor. Ao invés, a garantia bancária alcança a sua finalidade (garantística) independentemente do efectivo pagamento ao beneficiário por parte do banco, e mesmo que este jamais venha a ter lugar.

Acresce que, no mútuo, o bem é entregue ao mutuário, para que dele possa dispor. Ao passo que na garantia bancária, se para tanto for interpelado, o banco paga ao respectivo beneficiário, nunca chegando o dador da ordem a dispor de tal bem.

Aliás, se nos ativermos ao circunstancialismo em que a entrega do bem ocorre, num e noutro negócio, merece salientar-se que no mútuo ela corresponde à dinâmica normal desse contrato, ao passo que, quando no âmbito da garantia bancária tem lugar, ela surge por ocasião de uma situação patológica³³ (alegada falta de cumprimento de algum dever por parte do dador da ordem).

Curando, ora, de caracterizar os efeitos jurídicos decorrentes de cada um dos negócios em questão, observa-se que o dever de restituição resultante do mútuo é desde logo certo e seguro. Diferentemente, a dívida de pagamento por parte do banco não o é, dependendo da interpelação do beneficiário, e esta, por sua vez, de algum modo da conduta do dador da ordem. Isto, a ponto de já se haver qualificado a garantia bancária de negócio aleatório ou de risco³⁴ (não o será em bom rigor, por o facto de que depende a respectiva eficácia não ser exterior às partes, nem totalmente alheio à sua actuação).

³² Salientando que o termo "empresta" envolve a entrega da coisa, vejam-se PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, "Código Civil anotado", vol. II, 3ª ed., págs. 680-681.

³³ THIÉRRY BONNEAU, "Droit bancaire" 2ª ed., Paris, págs. 404-405.

³⁴ ANDRÉ PRUM, op.cit., págs. 64-65.

Note-se, ademais, que, no mútuo, da entrega da coisa mutuada nasce sempre a obrigação de a restituir, no momento e circunstâncias acordados. Por sua vez, no âmbito do desenvolvimento das relações decorrentes dum contrato de garantia bancária nem sempre se constitui, forçosamente, após o pagamento da garantia acordada por parte do banco, um seu direito de regresso e correspectivo dever de reembolso por banda do dador da ordem; assim não sucederá, nomeadamente, no caso de o banco garante ter realizado um pagamento indevido, por exemplo por a exigência do interpelante ter sido abusiva ou realizada de má-fé.

Se se tomar, por fim, em consideração o já mencionado regime relativo aos empréstimos a médio e longo prazo (não especificamente destinados a saneamento ou reequilíbrio financeiro) que as autarquias locais podem contrair, deduz-se que o legislador pretendeu sobretudo evitar um excessivo endividamento dessas entidades públicas.

Ora, diversamente do empréstimo, que gera uma nova dívida - a de restituição da quantia emprestada -, a contratação duma garantia bancária não origina, desde logo, em regra, uma nova dívida.

Não é esse o seu normal objecto.

A dívida de reembolso, no âmbito da garantia bancária, surge apenas quando e na medida em que se impute ao dador da ordem um acto de desrespeito dum dever - uma situação "patológica", pois.

Aliás, a garantia bancária não causa, bem vistas as coisas, uma maior endividamento deste, através da criação duma nova dívida: a eventual dívida de reembolso, em caso de exercício do direito de regresso, apenas vem suprir a falta de cumprimento duma obrigação já existente à data da celebração do contrato de garantia ou de dívida do dador da ordem posteriormente surgida, em virtude de uma conduta ilegal da sua parte.

7.2 - Não pode esquecer-se, de qualquer modo, que, por parte de alguns autores, tem sido sustentado que as garantias bancárias, se não se confundem com o mútuo propriamente dito, se reconduzem, afinal, a outros tipos de negócios ainda integrados no âmbito do crédito bancário. Assim é que alguns autores fazem reportar a garantia bancária a um contrato de abertura de crédito ³⁵.

A abertura de crédito é caracterizada, com precisão, por ANTUNES VARELA, nos seguintes termos, em confronto com o mútuo ^{36 37}:

³⁵ Citem-se, nesse sentido, nomeadamente, CLAUDE MARTIN e MARTINE DELIER-NEUX, "Les Garanties bancaires autonomes", Bruxelas, 1991, págs. 92-93.

³⁶ Revista de Legislação e de Jurisprudência. Ano 114^o. págs. 115-116 (em anotação a acórdão do STJ de 21 de Abril de 1980).

"O *mútuo* é o contrato pelo qual uma das partes (o *mutuante*) empresta à outra (*mutuário*) dinheiro ou outra coisa fungível, ficando esta obrigada a restituir outro tanto (*tantundem*) do mesmo género e qualidade (art. 1142º, Cód. Civil). Pressupõe portanto uma *datio rei*, tal como o comodato, a parceria e o depósito, constituindo, assim, uma das *espécies típicas* do género dos contratos *reais quoad constitutionem*.

A *abertura de crédito* é, por seu turno, o contrato pelo qual uma das partes (o *creditante*), por via de regra um banco, se obriga a conceder à outra (*creditada*) crédito até certo limite, em determinadas condições, cabendo à creditada decidir se, quando e em que termos vai utilizar o benefício posto à sua disposição. Trata-se de um contrato *marcadamente consensual*, que se completa com o mero consenso das partes, sem necessidade da entrega de dinheiro ou de outra coisa, e que pode inclusivamente extinguir-se, sem que o beneficiário do crédito tenha levantado qualquer quantia por conta dele."

É certo que, em termos estruturais, a abertura de crédito se apresenta - tal como a garantia bancária - como um contrato consensual (perfazendo-se por acordo das partes, e sem necessidade, para se constituir, da entrega do bem que é seu objecto) e pode realizar a sua finalidade própria, e até chegar ao termo da sua eficácia, sem que nenhum levantamento tenha sido efectivamente realizado pelo creditado.

Acresce, por outro lado, que as razões que estão na base do regime jurídico dos empréstimos contraídos pelas autarquias locais justificam que aquele seja também extensivo aos contratos de abertura de crédito³⁷. É que, embora a constituição da dívida de restituição não seja coeva da celebração do contrato, ela pode sempre ocorrer, total ou parcialmente (dentro dos limites contratualmente estabelecidos), por mera iniciativa e deliberação do creditado.

Não obstante o exposto, suscitam-se, entre os contratos de abertura de crédito e de garantia bancária, diferenças de natureza e finalidades, a ponto de se tornar forçoso distingui-los, e explicar a respectiva sujeição a regimes jurídicos diferenciados.

Assim:

³⁷ Sobre o contrato de abertura de crédito, em geral, podem ainda consultar-se: PINTO COELHO, "Operações de banco", vol. II, Lisboa, 1962, págs. 133 e segs.; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, "Código Civil Anotado", Vol. II, 3ª Ed., Coimbra, 1986, pág. 681; RICARDO DE CARVALHO, "Notas sobre a abertura de crédito bancária". Rev. Bancário, nº 29, 1972, págs. 25 e segs.; MENEZES CORDEIRO, "Manual de Direito Bancário", Coimbra, 1988, págs. 537 e segs.

³⁸ V. Lei nº 42/98, artigo 23º, nºs. 1 e 3.

enquanto que na abertura de crédito as quantias levantadas pelo creditado ficam na sua disponibilidade, na garantia bancária o possível pagamento é realizado a um terceiro, o beneficiário; enquanto que na abertura de crédito o pagamento realizado pelo banco (ao creditado) corresponde ao desenvolvimento normal e regular do contrato, na garantia bancária o eventual pagamento pelo banco surge numa situação patológica, de alegado incumprimento, pelo dador da ordem, de determinado dever seu - ou seja, não só é eventual, como é de esperar que não ocorra, se este último respeitar as suas obrigações; enquanto que o dever de restituição de montante igual ao dos levantamentos feitos é, na abertura de crédito, certo e seguro, na garantia bancária o dever de reembolso, pelo dador da ordem, depende do exercício do direito de regresso pelo banco, e pode mesmo não subsistir, se este houver realizado um pagamento indevido.

Não parece, pois, que o contrato de garantia bancária possa ter-se por idêntico, ou sequer equiparado, ao de abertura de crédito, nem tão-pouco reger-se pelas normas a este aplicáveis, designadamente no tocante à respectiva celebração pelas autarquias locais.

7.3 - Outra modalidade de crédito bancário com a qual a garantia bancária tem sido identificada é a do chamado "crédito por assinatura", assim caracterizado por JOSÉ MARIA PIRES³⁹:

"Os créditos por assinatura consistem no compromisso assumido pelo banco de assegurar perante terceiros o cumprimento das obrigações dos seus clientes. O banco empresta a sua assinatura ("crédito de firma") ao cliente, para que ele consiga um crédito em dinheiro com maior facilidade, junto de outra instituição (aval, aceite, fiança). Nesta espécie de crédito, o banco prestador da garantia só virá a ter de mobilizar os seus recursos, no caso de o creditado não cumprir a obrigação garantida.

Uma outra hipótese de crédito por assinatura será a prestação de garantias para assegurar o cumprimento de outras obrigações, como as relativas a contratos de empreitada e a importações.

Os créditos por assinatura só geram movimentos de caixa quando o cliente garantido não cumpre as suas obrigações."

³⁹ "Direito bancário", II Vol., Lisboa, 1995, pág. 185.

Mais adiante⁴⁰, na mesma obra, o autor citado afirma que a garantia bancária acaba por constituir um "verdadeiro contrato bancário de crédito por assinatura".

Semelhante posição é sustentada por vários autores franceses - p.e. THIERRY BONNEAU⁴¹ e RIVES-LANGE e CONTAMINE-RAYNAUD⁴² - que qualificam a garantia bancária como "promessa de crédito por assinatura".

Aceita-se que, assim configurado, o crédito por assinatura, por não significar um endividamento acrescido do creditado, não seja afectado pelo regime específico de contracção de empréstimos pelas autarquias locais.

E até se admite que, tomada a expressão "crédito por assinatura" em sentido muito amplo - de modo a acolher também situações de autonomia da dívida do banco em relação à do creditado -, ela possa abranger, como uma das suas modalidades, a da garantia bancária.

Mas não parece ser essa a acepção mais rigorosa da noção de "crédito por assinatura": esta, no seu significado próprio, reporta-se à obrigação, que o banco assume, de pagar uma dívida do creditado, no caso de este o não fazer.

Ou seja: nestes termos, o banco obriga-se a pagar a dívida do creditado, porque e na medida em que esta exista e subsista.

Não se trata, pois, de uma obrigação (de pagar ao beneficiário) que o banco assuma com autonomia, desde que aquele para tanto o interpele, como é típico da garantia bancária.

8.

8.1 - No parecer da Auditoria Jurídica sugere-se que a configuração da garantia bancária se aproxima da dum mandato de crédito ou dum seguro de caução.

Apreciemos, sintética e sucessivamente, cada uma destas sugestões.

O mandato de crédito vem expressamente regulado, no artigo 629º do Código Civil, nos seguintes termos:

"Artigo 629º

(Mandato de crédito)

1 — Aquele que encarrega outrem de dar crédito a terceiro, em nome e por conta do encarregado, responde como fiador, se o encargo for aceito.

⁴⁰ Fls. 282.

⁴¹ "Droit Bancaire", 2ª ed., Paris 1996, pág. 407.

⁴² "Droit Bancaire", 6ª ed., Paris, 1995, págs. 723-724.

2 — O autor do encargo tem a faculdade de revogar o mandato enquanto o crédito não for concedido, assim como a todo o momento o pode denunciar, sem prejuízo da responsabilidade pelos danos que haja causado.

3 — É lícito ao encarregado recusar o cumprimento do encargo, sempre que a situação patrimonial dos outros contraentes ponha em risco o seu futuro direito."

Não se trata, em rigor, dum mandato, tal como regulado nos artigos 1157º e seguintes do Código Civil, pois o encarregado age, não só em seu nome, como também por sua conta⁴³.

Mas o legislador houve por bem conservar a designação tradicional, embora regulando a figura a propósito da fiança, já que, uma vez aceite o encargo, o "mandante" responde como fiador⁴⁴.

Entende-se, todavia, que os dois tipos negociais em causa se não podem confundir.

No mandato de crédito, como se apontou, o encarregado age por sua conta, ao invés do que sucede na garantia autónoma, em que o banco garante actua por conta do dador da ordem.

Acresce que o próprio objecto da dívida principal emergente de cada um dos contratos em questão é distinto: no mandato de crédito, o encarregado obriga-se a conceder crédito a um terceiro; na garantia bancária, o banco assume o dever de realizar um pagamento ao beneficiário - pagamento que não tem a virtualidade de gerar o dever de restituição próprio das relações creditícias.

Ademais, na garantia autónoma não teria qualquer cabimento a constituição de fiança do dador da ordem face ao terceiro (a garantia é prestada pelo garante, e não pelo dador da ordem), ao contrário do que é característico do mandato de crédito.

Enfim, tão-pouco teria sentido, na garantia bancária, que o banco pudesse recusar-se a pagar o acordado ao beneficiário, com base na situação patrimonial deste - já que, uma vez feito o pagamento, o banco nada terá a exigir do terceiro (como se se tivesse tratado de um empréstimo), mas sim, porventura, do dador da ordem, mediante o exercício do direito de regresso.

⁴³ ALMEIDA COSTA, "Direito das Obrigações". 5ª ed., Coimbra, 1991, pág.764.

⁴⁴ Nessa medida, aliás, é que a Auditoria Jurídica, considera que a contratação de garantia autónoma, a configurar-se como mandato de crédito, se deveria entender vedada às autarquias locais.

8.2 - Outra sugestão apresentada no parecer da Auditoria Jurídica é a de que a garantia bancária se reconduziria a um seguro de caução - isto, para concluir pela legitimidade da sua contratação por parte das autarquias locais.

Relativamente ao seguro de caução, cabe antes de mais referir que se trata de um contrato hoje regulado, conjuntamente com o seguro de crédito, no Decreto-Lei nº 183/88, de 24 de Maio.

As principais disposições deste diploma relevantes para caracterizar o seguro de caução são as seguintes:

"Dos seguros de caução

Artigo 6º

Riscos seguráveis

1 — O seguro de caução cobre, directa ou indirectamente, o risco de incumprimento ou atraso no cumprimento das obrigações que, por lei ou convenção, sejam susceptíveis de caução, fiança ou aval.

2 — O Estado, seus estabelecimentos, organismos e serviços civis ou militares, ainda que personalizados, os tribunais, os institutos e empresas públicas, as autarquias locais, suas federações e uniões e as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa não podem recusar apólices de seguro de caução, nos casos em que, por disposição legal, despacho genérico ou deliberação de órgãos de gestão ou de corpos administrativos ou sociais de entidades dos sectores público ou empresarial do Estado, exista a obrigação de caucionar ou afiançar e seja devido, designadamente, o depósito de numerário, título ou outros valores, garantias bancárias ou fiança para assegurar o cumprimento de obrigações legais ou contratuais.

3 — Para efeito do disposto no número anterior, devem as respectivas apólices salvaguardar os direitos dos segurados nos precisos termos da garantia substituída.

Artigo 9º

Outorgantes

1 — O seguro de crédito é celebrado com o credor da obrigação segura.

2 — O seguro-caução é celebrado com o devedor da obrigação a garantir ou com o contragarante a favor do respectivo credor.

3 — O segurado pode ceder o direito à indemnização ou transmitir a sua posição contratual a terceiro, nos termos gerais de direito e nas condições previstas na apólice."

O seguro de caução é, pois, no presente, um negócio nominado - diversamente do que generalizadamente se considera no concernente à garantia bancária.

Esta pode, é certo, constituir um dos objectos possíveis do seguro de caução, consoante se depreende do nº 2 do artigo 6º do Decreto-Lei nº 183/88, acima transcrito⁴⁵. Mas isso mesmo já denuncia que as duas realidades jurídicas em questão se não confundem.

Aliás, estes contratos desde logo se diferenciam por os seguros de caução serem necessariamente celebrados com uma entidade seguradora, enquanto que as garantias bancárias o são com instituições bancárias.

Para além de este aspecto algo formal - mas não de somenos, diga-se - releva outro impressivo factor de regime a separá-los. É que, como se salientou, constitui elemento típico da garantia bancária o direito de regresso do banco que a haja pago, e o correspectivo dever de reembolso do dador da ordem. Ora, ao invés, no seguro de caução - tal como de resto é característico de qualquer contrato de seguro - a entidade seguradora assume o risco da produção do evento que faz nascer, para ela, o dever de pagar o estipulado ao beneficiário do seguro.

São bem explícitas, nesse sentido, as considerações a propósito feitas por CASTRO MENDES⁴⁶, e, sobretudo, por MANUEL SALVADOR⁴⁷ - precisamente acerca dum caso em que, em execução dum seguro de caução, a seguradora pretendia o reembolso (segundo este autor indevidamente) do que havia pago ao beneficiário do seguro.

O Supremo Tribunal de Justiça já teve, aliás, oportunidade, em acórdão recente datado de 24 de Junho de 1999⁴⁸, de distinguir expressamente os dois contratos em análise. Fê-lo assim:

"O seguro de caução, como resulta do artº 6º do DL 183/88, de 24-5, cobre directa ou indirectamente, o risco de incumprimento ou atraso no cumprimento das obrigações que, por lei ou convenção ,sejam susceptíveis de caução, fiança ou aval."

Refere ALMEIDA COSTA (rev.cit.) que "o contrato de seguro de caução assume a função típica dum contrato a favor de terceiro: é celebrado entre a empresa seguradora e o devedor da obrigação a garantir ou o contragarante, a favor do respectivo credor (artº.9º nº 2)".

⁴⁵ Relativo, aliás, a situações em que as autarquias locais (e outros entes públicos) são beneficiárias dos contratos em causa, e não já contratantes com a entidade seguradora.

⁴⁶ "Acerca do seguro de crédito". Lisboa, 1972, págs. 112-117.

⁴⁷ "Seguro-Caução", in "O Direito". Ano 100º, 1968, págs. 305 e segs.

⁴⁸ Inédito.

Nas garantias pessoais autónomas que funcionam à primeira solicitação (*on first demand*) implicam que o garante pague a quantia garantida com base no mero pedido, solicitação ou exigência do beneficiário, sem que lhe seja admitido invocar qualquer excepção fundada na relação fundamental entre o tomador e o beneficiário (ver Almeida Costa e Pinto Monteiro, *CJ XI-V-20* e *ROA 52-532*).

O seguro de caução, onde se indica o tomador, a seguradora e o beneficiário, como é o caso da apólice de folhas 26 e 27 e onde se garante o beneficiário até ao limite do capital seguro da importância que devia receber do tomador do seguro em caso de incumprimento por este último da obrigação garantida, é, fundamentalmente, um negócio em favor de terceiro.

Diz o art. 1º nº 1 do DL 183/88 que "os seguros dos ramos "crédito" e "caução" regem-se pelas disposições do presente diploma e, subsidiariamente, pelas normas sobre seguros em geral que não sejam incompatíveis com a natureza destes ramos".

Não se pode entender aplicável, em geral, ao seguro de caução os princípios da autonomia que, normalmente, figuram nas garantias bancárias. Aqui trata-se dum negócio atípico, ao passo que o seguro vem regulado na lei e nela se estabelecem princípios que regulam este instituto e que podem ser incompatíveis com a autonomia. Veja-se que no caso do art. 8º nº 2 do DL citado se estabelece que a seguradora tem a faculdade de, na apólice, subordinar a eficácia do seguro a condições, bem como a estabelecer prazos constitutivos do sinistro.

Daí que o fundamento principal que tipifica o seguro de caução seja o dum contrato a favor de terceiro (ver Almeida Costa, *Rev. Cit. e Ac. STJ* de 20-1-1998, *BMJ* 473-467 e de 2-10--1997-*CJ* (S) 5-3-45).

Nestes contratos (arts. 443 e segs. do C.Civil) o terceiro fica com o direito à prestação independentemente da aceitação. Conforme referem Meneses Cordeiro (*O Direito*, 123-675) e A.Varela (*Das Obrigações em Geral*, 6ª ed. Pág. 383) há nos contratos a favor de terceiro duas relações: uma de cobertura ou provisão, entre o promitente e o promissário, e outra entre o promissário e o beneficiário, relação de valuta. O terceiro beneficiário pode aceitar o direito ou rejeitá-lo, enquanto a ele não tiver aderido (art. 447 nº 1); e o promissário tem o direito de exigir do promitente o cumprimento."

9.

9.1 - Perspectivando, no que lhe é essencial, a relação que, na garantia bancária concedida por uma autarquia local se estabelece entre esta e o

banco, verifica-se que o segundo assume, perante aquela, a obrigação de realizar com o beneficiário um contrato autónomo de garantia.

Isto equivale, pois, a dizer, em termos de qualificação jurídica: mediante tal contrato, o garante obriga-se a praticar um acto jurídico no interesse e por conta⁴⁹ do dador da ordem, conquanto em nome próprio (ou seja, sem figurar como representante deste).

Esta estrutura negocial assume inegável analogia, no direito comum, com a do mandato sem representação.

Segundo o nosso Código Civil, com efeito, o mandato vem, em geral, assim definido:

"Artigo 1157º

(Noção)

Mandato é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos por conta de outrem".

Consoante comentam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA⁵⁰, "O que há ... de típico no mandato ... é a cooperação entre dois sujeitos sob a forma de actos jurídicos que um deles (o cooperante, o mandatário) realiza por conta de outro".

E, mais adiante, o artigo 1180º desse Código caracteriza do modo seguinte o mandato sem representação:

"Artigo 1180º

(Mandatário que age em nome próprio)

O mandatário, se agir em nome próprio, adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes dos actos que celebra, embora o mandato seja conhecido dos terceiros que praticarem os actos ou sejam destinatários destes".

Explicitando esta noção, ensina PESSOA JORGE⁵¹ que:

"Podemos dizer, pois, que o objectivo económico típico deste contrato é a realização de um acto ou negócio jurídico por interposição de pessoa, operação que envolve, não só a realização desse acto ou negócio, como a

⁴⁹ A locução "por conta de " significa "por incumbência de", ou "por ordem de " (Grande Dicionário da Língua Portuguesa", de José Pedro Machado).

⁵⁰ "Código Civil anotado", 3ª ed., V.II, Lisboa, 1986, págs. 708.

⁵¹ "O mandato sem representação", Lisboa, 1961, pág. 160.

produção dos respectivos efeitos - se não jurídicos, pelo menos económicos – sobre o verdadeiro interessado."

Isto, note-se, tendo como pano de fundo a natureza geral do mandato, enquanto negócio por força do qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos no interesse e por conta da outra⁵².

9.2 - Merece realce o facto de um assinalável conjunto de vozes se exprimir, quer na doutrina nacional, quer na estrangeira, no sentido de que a relação dador da ordem-garante se reconduz a um mandato sem representação.

Entre nós, é particularmente expressiva a tomada de posição de JORGE PINHEIRO⁵³:

"O banco obriga-se a celebrar o contrato de garantia por conta do dador da ordem. Ou seja, na intenção de transferir para o dador os encargos da sua intervenção. À partida, o dador da ordem obriga-se a reembolsar o banco do pagamento que este venha a efectuar a solicitação do beneficiário da garantia autónoma.

O contrato do banco com o devedor principal é um mandato sem apresentação (cfr. arts. 1157º, 1180º e 1182º do CC)."

Mas podem ainda citar-se, na mesma linha, FERRER CORREIA⁵⁴, ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO⁵⁵, FRANCISCO CORTEZ⁵⁶, FÁTIMA GOMES⁵⁷, JANUÁRIO GOMES⁵⁸.

De entre os autores estrangeiros, cabe referir, entre todos, TUTO ROSSI⁵⁹ e ALBERTO RAVAZZONI⁶⁰. O primeiro assenta a sua tomada de posição, mesmo, numa visão de direito comparado:

"381. En l'état actuel du droit comparé, il semble que l'on doive considérer le rapport juridique entre le donneur de l'ordre et le garant comme un

⁵² Nessa medida se distinguindo, designadamente, do contrato para pessoa a nomear ou do contrato a favor de terceiro (PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, op. cit., págs. 747-478).

⁵³ Op. cit., pág. 434

⁵⁴ Op. cit., pág. 248.

⁵⁵ Op. cit., pág. 19.

⁵⁶ Op. cit., págs. 524-525

⁵⁷ Op. cit., pág. 130.

⁵⁸ Op. cit., pág. 367 e nota 356.

⁵⁹ "La garantie bancaire à première demande", Lausana, 1990, págs 121-122.

⁶⁰ "Le c.d. cauzioni fideiussorie o polizze fideiussorie", in "Le operazioni bancarie", ed. G.Portale, T.II, Milão, 1978, pág. 1054.

mandat. Dès que la banque s'est engagée à l'égard d'un tiers en émettant la garantie, le mandat est partiellement exécuté et ne peut plus être révoqué sans indemnité. Le mandant doit dans tous les pays rembourser le mandataire de ses frais, notamment de ceux résultant du paiement de la garantie au bénéficiaire.

382. Une opinion minoritaire, principalement soutenue par des auteurs français et belges, voit dans le rapport juridique entre la banque garante et son client une convention de crédit ou une dation de crédit personnel. Cette doctrine considère comme déterminant le fait que la banque assume une obligation à titre personnel tandis que le mandataire s'engage au nom et pour le compte du mandant. Ces auteurs oublient apparemment que le mandat n'est par forcément représentatif et peut se limiter à l'invitation faite à la banque d'émettre la garantie en son propre nom pour le compte du donneur de l'ordre."

9.3 - Esta tese não tem, de resto, deixado de encontrar eco também na jurisprudência portuguesa. A confirmá-lo, apontem-se, de entre os mais recentes, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Janeiro de 1996⁶¹ e de 25 de Maio de 1999⁶².

9.4 - Conquanto se não torne imprescindível tomar posição definitiva a este respeito, sempre se dirá, de todo o modo, que não parece relevar, em contraposição a esta visão tão compartilhada, o eventual argumento de que, em qualquer mandato, como contrato de cooperação que é, o acto a que o mandatário se obriga há-de sempre ser susceptível de ser praticado pelo mandante, cabendo pois na sua capacidade - o que obviamente não sucede, quase por definição, no concernente à garantia bancária.

Isso é verdadeiro, sem dúvida, no que se reporta ao mandato representativo, em que o mandatário age no interesse, por conta e em nome do mandante.

Mas a configuração jurídica do mandato sem representação, segundo o Código Civil, acima indicada - tal como a própria lógica desse negócio - não comporta tal exigência.

Apenas se determina, sim, que o(s) acto(s) a praticar pelo mandatário o sejam no interesse e por conta do mandante.

9.5 - Na garantia bancária - e precisamente por força da autonomia que a tipifica -, o banco, quando é chamado a pagar ao beneficiário, cumpre

⁶¹ Bol.Min. Just., nº 453, págs. 432 e 434.

⁶² Col. Jur., Acds. STJ, 1999, T.II, págs. 114-116

uma dívida sua própria, resultante dum negócio integrado na sua capacidade de gozo, e não na do dador da ordem.

Assim, quando porventura vier a exercer o seu direito de regresso sobre o dador da ordem, o banco não o faz a título de subrogação, por se haver substituído na satisfação duma obrigação daquele.

O direito de regresso do banco é, pois, um direito autónomo, decorrente da relação banco-dador da ordem, e não já do eventual cumprimento, por aquele, de qualquer dever do segundo.

Dizem-no, entre outros, JANUÁRIO GOMES⁶³, e, mais expressamente ainda, JORGE PINHEIRO⁶⁴, o qual assim discorre a este propósito:

"Como explicar esta obrigação do dador perante o banco?

Através da sub-rogação? Não. Como diz Schinnerer, a garantia é independente e o garante paga o que deve e não o que é devido pelo dador da ordem.

A obrigação de reembolso decorre do artº. 1182º do CC, nos termos do qual o mandante deve reembolsar o mandatário do que este houver despendido no cumprimento das obrigações contraídas em execução do mandato.

Seja como for, invariavelmente, o texto dos contratos celebrados entre o garantido e o banco acautela o "direito de regresso" deste contra aquele".

9.6 - Não se detectam normas que especificamente condicionem a contratação de garantias bancárias autónomas por parte das autarquias locais.

Ademais, a admitir-se que, no âmbito da garantia bancária, a relação dador da ordem-garante se configura como um mandato sem representação, tão-pouco existe norma ou regime legal limitativo ou restritivo aplicável à celebração de tal tipo de negócio por banda daquelas.

Apresenta-se legítimo, pois, concluir que as autarquias locais podem, nos termos gerais do direito comum, outorgar garantias bancárias autónomas, enquanto meios ou instrumentos para a realização das suas atribuições definidas na lei.

Os quantitativos que, no âmbito de tais contratos, elas se obrigam - independentemente da eventual efectivação da garantia - a pagar aos bancos, constituem a natural contraprestação devida pelo bem que esta última em si mesma representa.

⁶³ Op. Cit., pág. 107.

⁶⁴ Op. Cit., pág. 453.

10. Em conclusão:

As autarquias locais podem, nos termos gerais de direito, contratar garantias bancárias autónomas, designadamente no âmbito das expropriações por utilidade pública urgentes previstas no Código das Expropriações aprovado pelo Decreto-Lei nº 438/91, de 9 de Novembro (entretanto revogado), de regime relativo aos trabalhos de reposição de pavimentos de estradas nacionais contemplados no artigo 125º do Estatuto das Estradas Nacionais (Lei nº 2037, de 19 de Agosto de 1949) e do reembolso do Imposto sobre o Valor Acrescentado realizado ao abrigo do artigo 22º do respectivo Código (aprovado pelo Decreto-Lei nº 394-B/84, de 26 de Dezembro).

Este parecer foi votado na sessão do Conselho Consultivo da Procuradoria da Republica de 11 de Janeiro de 2001.

José Adriano Machado Souto de Moura — Luís Novais Lingnau da Silveira, relator — Alberto Esteves Remédio — Carlos Alberto Fernandes Cadilha — Maria Cândida Guimarães Pinto de Almeida — Alberto Augusto Andrade de Oliveira — João Manuel da Silva Miguel — Ernesto António da Silva Maciel — António Silva Henriques Gaspar.

(Este parecer foi homologado por despacho de S. Ex^a o Secretário de Estado da Administração Local de 5 de Janeiro de 2003.)