

Fiança e garantia bancária autónoma (doutrina e jurisprudência)

1. Generalidades

No que respeita à fiança, a lei portuguesa dá uma definição indireta, descrevendo em que consiste a obrigação do devedor: garantir a satisfação do direito de crédito, ficando pessoalmente obrigado perante o credor (art. 627, n.º 1).

Perante um conceito tão lato, a primeira questão que surge é a de saber se há possibilidade de existirem garantias pessoais das obrigações que não caibam no conceito.

Desde há muito que se sustenta a autonomia do aval cambiário relativamente à fiança – autonomia essa fundada no regime que as leis sobre letras, livranças e cheques traçam para ele¹.

É também antiga a corrente de opinião segundo a qual é possível, ao abrigo da liberdade contratual, a constituição de garantias pessoais subtraídas ao regime da fiança, nomeadamente as chamadas garantias bancárias autónomas.

Assim, há mais de cinquenta anos, nos trabalhos preparatórios do Código Civil, Vaz Serra referiu-se ao «contrato de garantia», escrevendo o seguinte:

¹ V., por exemplo, A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, v. III, *Letra de Câmbio* (policopiado), Universidade de Coimbra, 1975, pp. 205 e ss., António Pereira de Almeida, *Direito Comercial III, Títulos de Crédito*, Lisboa, AAFDL, 1986/87, pp. 225 e ss., Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito Comercial, Títulos de Créditos*, Lisboa, AFDL, 1990, pp. 125 e ss., José de Oliveira Ascensão, *Direito Comercial*, vol. III, *Títulos de Crédito*, Lisboa, FDUL, 1992, pp. 172 e ss., Jorge Henrique da Cruz Pinto Furtado, *Títulos de Crédito*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 152 e ss., Alexandre de Soveral Martins, *Títulos de Crédito e de Valores Imobiliários*, Parte I, *Títulos de Crédito*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 77 e 78, e José A. Engrácia Antunes, *Os Títulos de Crédito Uma Introdução*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 81 e 82.

«Contrato de garantia é, segundo a definição dada por Ennecerus-Lehmann “aquele pelo qual alguém promete *responder*, no todo ou em parte, pelo *risco* que surge para a outra parte contratante em virtude de uma empresa de qualquer espécie”. Este contrato não está previsto, em geral, nos códigos civis, e, portanto, os seus efeitos e requisitos consideram-se dependentes do seu conteúdo e das regras gerais sobre contratos obrigacionais. A diferença entre o contrato de garantia e a fiança está em que, nesta, se assume responsabilidade pela *dívida alheia*, ao passo que no contrato de garantia, se assume a obrigação de *reparar um dano* que a outra parte sofra em virtude da sua empresa, ou se garante *um certo rendimento* ou *outro resultado*»².

A partir do início dos anos 80³, sob a pressão da prática bancária, tornaram-se vulgares as menções dos autores portugueses à chamada garantia bancária autónoma, tal como foram surgindo decisões judiciais sobre a figura. Lembramos a seguir o principal do que tem sido escrito, na doutrina e na jurisprudência.

2. A doutrina portuguesa sobre garantia bancária autónoma

Inocência Galvão Telles

Do escrito que, em 1982/1983, Inocência Galvão Telles dedicou à figura⁴ destacamos os seguintes passos:

² Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Fiança e Figuras Análogas* (separata do BMJ n.º 71), Lisboa, 1957, p. 282.

³ Sobre referências anteriores às dos anos 80, na doutrina e na jurisprudência, para além da de Vaz Serra acabada de referir no texto, v. Jorge Duarte Pinheiro, *Garantia Bancária Autónoma*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 52, II, Julho 1992, pp. 428 e 429.

⁴ *Direito Privado II Garantia Bancária Autónoma Sumários* (policopiado), FDUL, 1982-1983 (republicado, com ligeiras alterações, sob o nome *Garantia Bancária Autónoma*, in O Direito, ano 120, 1988 III-IV, Julho-Dezembro, pp. 275 e ss.).

«A garantia autónoma é a garantia pela qual o banco que a presta 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»⁵.

«As garantias deste tipo são pura criação da prática; tiram a sua origem da liberdade contratual; ao que se supõe, nenhuma lei de qualquer país as regula de forma expressa e específica»⁶.

(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. No caso de 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 resultado, desde que o beneficiário diga que não o recebeu da outra parte, sem que o garante possa entrar a apreciar o bem ou mal fundado dessa alegação»⁷.

«O objecto da fiança confunde-se com o objecto da dívida afiançada, no sentido de que o fiador tem de pagar o que o afiançado deixou de satisfazer. O objecto da garantia autónoma é distinto do objecto da obrigação decorrente do contrato-base»⁸.

«Saber se a garantia vale ou não e se subsiste ou não apesar da invalidade ou extinção do contrato-base é problema que nada tem a ver com a causalidade ou abstracção da primeira, e sim com a sua autonomia ou acessoriedade em relação ao segundo. Tanto a garantia automática como a fiança são causais, porque ambas estão objectivamente vinculadas a uma função de garantia; mas a garantia automática é autónoma, porque independente da validade

⁵ Pp. 20 e 21.

⁶ Pp. 16 e 17.

⁷ P. 23.

⁸ P. 24.

e subsistência do contrato-base, ao passo que a fiança é acessória, porque subordinada a essa validade e subsistência.»⁹

José Simões Patrício

Da mesma época data o artigo de José Simões Patrício¹⁰ de que destacamos os seguintes trechos:

«Trata-se dum tipo negocial largamente utilizado no comércio internacional, onde a principal função que lhe é assinalada reside justamente em garantir o credor – em geral através da banca (e nesse contexto se denomina *Bankgarantie*) – contra o risco de inadimplemento do contraente estrangeiro devido a circunstâncias que a este podem inclusivamente ser estranhas, como o estado de guerra superveniente, alguns “faits du Prince”, etc.»¹¹.

(...)

«A garantia pura, abstracta ou automática desempenha efectivamente, hoje, um papel de grande importância nas relações económicas internacionais, enquanto verdadeiro instituto *standard* (...)»¹².

(...)

«É certamente pacífico, entre nós, fluir rectilaneamente do art. 458.º do Código Civil a *proibição de negócios abstractos* que a lei expressamente não consinta (cfr., por todos, F. Pires de Lima-J. Antunes Varela). Conquanto o legislador tenha adoptado a solução dos direitos francês e italiano – que à falta de menção da causa do negócio jurídico apenas assinalam o efeito de *inverter o ónus da prova acerca dela, mas não a dispensam* – o certo é que não terão existido em Portugal, até agora, tentativas para directa ou indirectamente iludir ou “mitigar” (como lá fora também se escreve) o requisito da causa, em particular no que tange as garantias autónomas internacionais.

⁹ Pp. 31 e 32.

¹⁰ *Preliminares sobre a Garantia «on First Demand»*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 43, Dezembro de 1983, pp. 677 e ss.

¹¹ P. 678.

¹² P. 679.

Mas, antes ainda de se procurar discutir a aplicabilidade deste ou de outros preceitos da lei civil à figura sob análise, importa sem dúvida tentar apreender na sua (possível) pureza qual o sentido da proibição dos negócios abstractos. Isto impor-se-á desde logo pela supramencionada circunstância de a jurisprudência e a própria doutrina jurídica incorrerem com lamentável frequência em confusões de certa monta a propósito da natureza abstracta ou concreta do negócio em causa...»¹³

(...)

«Colhe-se do exposto que a proibição do negócio abstracto não pode deixar de considerar-se de *ordem pública*; escusará de ser demonstrada esta asserção, decerto. Por isso e ainda porque o direito civil é de *aplicação subsidiária* na integração do direito comercial (art. 3.º do Código Comercial), segue-se directamente que a falada proibição deve vigorar também no domínio comercial em que é claro situar-se o problema sob apreciação.»¹⁴

(...)

«Mas convém sublinhar pelo menos duas coisas. Em primeiro lugar, a ordem pública tradicional – da cidade, da família, do grupo – foi historicamente considerada estranha ao âmbito das transacções comerciais, especulativas quase por definição; e, se realmente se desenvolveu no direito comercial uma *outra* ordem pública, a ordem pública económica – com vincados traços característicos essencialmente diversos dos da ordem pública clássica, segundo a doutrina corrente – não é menos certo que a relativa juventude do direito mercantil “confere ao intérprete uma liberdade que ele não teria [em sede] de direito civil. Esse o grande interesse que do ponto de vista científico apresenta o direito comercial” (G. Ripert). Em segundo lugar, não é certamente descabido – antes pelo contrário – recorrer à analogia, para que remete o citado art. 3.º, com toda a amplitude em geral admitida para a integração de lacunas, sejam quais forem o ordenamento ou o ramo jurídico em que se registem as mesmas lacunas.»¹⁵

(...)

¹³ Pp. 692 e 693.

¹⁴ P. 696.

¹⁵ Pp. 698 e 699.

«Não será forçado nem sequer apressado, já neste momento, ilustrar com um exemplo concreto a aplicação analógica dessa espécie: tome-se exactamente o caso das obrigações cartulares. Nada, por certo, mais conforme à necessidade de fácil, certa e rápida circulação de bens e valores, enfim à natureza e até mesmo à etiologia do direito mercantil (lembre-se as letras de câmbio) do que o título por demais utilizado muito em particular no comércio internacional, que é a *carta de crédito*.»¹⁶

(...)

«Pois, assim como seria puramente absurdo negar aos agentes económicos portugueses o recurso às cartas de crédito internacionais, cingindo-os a processos anacrónicos, inoperantes ou inelutavelmente suicidas de comércio internacional, assim também no presente caso se furtaria, mormente às empresas nacionais exportadoras de bens e serviços, um instrumento hoje em dia corrente e útil para elas actuarem – em pé de igualdade com as respectivas concorrentes – nos mercados estrangeiros, desde logo, p. ex. habilitando-as a apresentarem-se, simplesmente, a determinados concursos de empreitadas ou fornecimentos... Ninguém admitirá de boamente este resultado!»¹⁷

(...)

«Posto o que, bastará talvez apontar, de um lado, a larguíssima difusão das garantias “first demand” e, de outro lado, a enraizada consciência dos agentes económicos – e, *mais ainda, a reiterada afirmação dos tribunais que se vêm pronunciando sobre a matéria* – quanto à juridicidade, à eficácia e ao carácter vinculante das mesmas garantias.»¹⁸

A. Ferrer Correia

Também na mesma época, elaborou A. Ferrer Correia um estudo dedicado à figura¹⁹, do qual respigamos as seguintes passagens:

¹⁶ P. 699.

¹⁷ P. 700.

¹⁸ P. 702.

¹⁹ *Notas para o Estudo do Contrato de Garantia Bancária*, in *Revista de Direito e Economia*, ano VIII, n.º 2, Julho/Dezembro 1982, pp. 247 e ss.

«O contrato de garantia é uma pura criação dos participantes na vida dos negócios. Com as características que usualmente se lhe atribuem – e que já trataremos de definir – ele não corresponde a qualquer *perfil* ou *tipo* de negócio jurídico descrito na lei; é um negócio atípico ou inominado. A sua admissibilidade ou legitimidade só do princípio da *liberdade contratual* ou autonomia privada poderá derivar.»²⁰

(...)

«Mas se as coisas são como ficaram descritas, em que se distingue, afinal, o nosso contrato da *fiança* – daquela modalidade da fiança em que o fiador responde solidariamente com o principal obrigado?»²¹

(...)

«A diferença reside no facto de a garantia, directamente da *fiança*, não ter natureza *accessória* em relação à obrigação garantida: uma certa *autonomia* relativa a esta obrigação (*abstracção hoc sensu*) constitui seu traço específico.»²²

(...)

«Diferentemente, a garantia (*maxime* a bancária, segundo a orientação comumente aceite na Alemanha e nos países anglo-saxónicos, tem um perfil que se define, no plano dogmático, pela característica da *autonomia* (abstracção). d) Autonomia que, de resto, comporta graus. A garantia bancária *simples* não dista muito da *fiança*. Não esqueçamos que este contrato não é algo de abstracto, mas um negócio jurídico concluído em vista de um fim determinado, que constitui o seu ponto último de referência.»²³

(...)

A questão de saber se em determinado caso existe uma garantia *simples*, quiçá uma *fiança*, ou um contrato realmente *autónimo* em face da relação obrigacional principal (abstracto, *hoc sensu*) pode apresentar dificuldades. É um problema a resolver em sede de interpretação da vontade das partes, atentas as circunstâncias da situação concreta e os usos comerciais, se os houver. e) A dúvida deixa, porém, de existir se o banco se compromete a pagar “à primeira

²⁰ P. 248.

²¹ P. 250.

²² Pp. 250 e 251.

²³ P. 251.

interpeção”, “on (upon) first demand”, “auf erstes Anfordern”. É uma cláusula de uso muito frequente.»²⁴

Mário Júlio Almeida Costa e António Pinto Monteiro

De 1986 é um parecer que estes Autores produziram sobre a matéria²⁵, de que ressaltamos os seguintes parágrafos:

«Para concluir estas considerações dedicadas à caracterização das garantias autónomas ao primeiro pedido, resta pronunciarmo-nos sobre a sua validade no direito português.»²⁶

(...)

As suas vantagens, como factor de expansão do comércio, “maxime” do comércio externo, são evidentes – constituem, recorde-se, *the lifeblood* do comércio internacional -, não podendo privar-se “os agentes económicos de um instrumento indispensável aos seus negócios, o que, aliás, de outro modo, contrastaria com a realidade prática, que vê difundir-se cada vez mais o contrato de garantia autónoma”. Não deixará de ser pertinente observar, de resto, perante as necessidades práticas do comércio e a conseqüente generalização do emprego de garantias automáticas, que a sua eventual proibição levaria, para utilizar uma expressão conhecida, “à revolta dos factos contra o Código”. As hesitações com que, por vezes, se depara, em alguma doutrina, a respeito da garantia autónoma, prendem-se com a sua alegada natureza “abstracta”. Esta questão, de pura índole conceitual, assenta frequentemente, porém, num equívoco: é que a garantia automática, apesar de autónoma, quer dizer, independentemente da relação principal, não se apresenta como um negócio abstracto. Trata-se, ao invés, de um negócio causal. Efectivamente, a causa da garantia autónoma, a finalidade económico-social que serve, o seu escopo, é precisamente *garantir* determinado contrato-base, finalidade esta *objectivada* na própria *carta de garantia* e nos *contratos* (entre o credor e o devedor e entre este e o banco) que a precedem. O equívoco resulta da *confusão*

²⁴ P. 252.

²⁵ *Garantias Bancárias O Contrato de Garantia à Primeira Solicitação*, in Colectânea de Jurisprudência, ano XI, 1986, tomo 5, pp. 15 e ss.

²⁶ Pp. 20 e 21.

que por vezes se estabelece entre autonomia e abstracção. O facto de a garantia automática “abstrair” das vicissitudes do contrato-base significa apenas que esta garantia, diferentemente da fiança, *não é acessória*, antes autónoma – o que não significa, porém, que seja um negócio abstracto, sem causa. Por outras palavras, a obrigação do banco garante tem natureza causal, não abstracta, apesar de se tratar de uma obrigação não acessória, independente do contrato-base. Tal como a fiança, a garantia automática é uma obrigação causal, tendo ambas uma *função de garantia*, expressa, *objectivada* no respectivo contrato; só que, diferentemente da fiança, repete-se, a garantia automática é *autónoma*, porque *independente* da validade e subsistência do contrato-base.»²⁷

«Em conclusão, como decorre do exposto, não temos a menor dúvida em afirmar a validade das garantias automáticas no sistema jurídico português, por força do art. 405.º do Cód. Civil, e por corresponderem a interesses dignos de protecção legal, nos termos do art. 398.º, n.º 2, do mesmo diploma.»²⁸

Calvão da Silva

Num parecer sobre a matéria datado de 1990, João Calvão da Silva²⁹ escreveu o seguinte:

«Na experiência negocial, sobretudo na *praxis* comercial, bancária e financeira, são frequentes derrogações às normas do Código Civil reguladoras da fiança. E o aspecto do regime legal que as mais das vezes vem afastando pelas partes é justamente o requisito *típico* da fiança, vale dizer, a acessoriedade. (...) *O objectivo da derrogação do princípio da acessoriedade da fiança é óbvio: desligar a garantia da relação principal, autonomizando-a, por forma a que o seu funcionamento seja automático, eficaz e seguro, e assim proporcione a maior celeridade e a máxima confiança aos agentes económicos na vida dos negócios.* (...) Naturalmente, caracterizando-se a fiança pela sua dependência da relação principal, garantias pessoais daquela natureza não podem reconduzir-se ao *tipo legal*. Mas isso não impõe a conclusão de que essas fianças não acessórias

²⁷ Pp. 21 e 22.

²⁸ Pp. 21 e 22.

²⁹ Inserido no livro *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 331 e ss.

ou garantias autónomas sejam nulas. Antes deve entender-se que as partes celebraram um *contrato atípico* ou *inominado de garantia*, conformemente ao princípio da liberdade contratual previsto no art. 405.»³⁰

(...)

*Saber se no caso presente existe uma fiança ou uma garantia autónoma à primeira solicitação constitui problema a resolver em sede de interpretação do negócio jurídico, actividade dirigida a determinar o conteúdo declaracional relevante, o sentido decisivo com que o contrato há-de valer, se valer puder.»*³¹

Antunes Varela

A partir dos anos 90, Antunes Varela passou a incluir no seu manual de Direito das Obrigações uma secção sobre o contrato de garantia autónoma³².

«A *garantia autónoma*, nas diversas variantes que comporta na actual prática comercial, pode assim ser genericamente definida como o contrato oneroso em que *alguém* (o *garante*, geralmente a *instituição bancária* ou a seguradora de créditos) assume perante o credor o dever de assegurar o pagamento da dívida de terceiro, independentemente da *validade* ou *eficácia* da relação contratual que serve de fonte ao crédito»³³.

(...)

«O contrato de garantia autónoma distingue-se essencialmente da *fiança*, como Trabucchi justamente observa, pelo facto de substituir ao laço de *subsidiariedade*, que marca a posição do *fiador* em face da obrigação do *devedor* (art.º 638º), o nexo de *alternatividade* entre as duas obrigações, que permite ao credor demandar, à sua escolha, um ou outro, com actos distintos de interpelação e de constituição em mora».³⁴

(...)

³⁰ Pp. 336 e 337.

³¹ P. 348.

³² Citaremos a última edição: *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 1997 (na qual tal secção consta a pp. 512 e ss.).

³³ Pp. 514 e 515.

³⁴ Pp. 515 e 516.

«Note-se, entretanto, que o contrato de garantia autónoma não consta nem das *garantias especiais* das obrigações reguladas no Livro das Obrigações, nem da galeria dos contratos *em especial*, previstos e regulados no 2.º Título do mesmo Livro do Código Civil. Apesar disso, não pode duvidar-se, em princípio da admissibilidade do contrato de garantia autónoma ao abrigo do princípio geral da liberdade contratual (art. 405.º, n.º 1).»³⁵

(...)

«Quanto ao *conteúdo* do contrato de garantia autónoma realizado, uma vez que a lei não prevê nem regula a figura contratual *paradigmática* desse nome, e sabido que o artigo 637.º não traduz nenhum princípio geral de interesse e ordem pública, tudo dependerá da interpretação e integração das cláusulas de cada contrato singular, contanto que haja o cuidado elementar de obstar à violação das mesmas que assentem, de facto, em imperativo de interesse e ordem pública. Importará, portanto, de modo especial, averiguar, caso por caso, quais foram as *excepções*, dentro da área da fiança especialmente focada no artigo 637.º, que as partes (credor e garante) quiseram afastar no contrato (de fiança *on first demand*, ou *a prima richiesta*, como os italianos lhe chamam) concretamente realizado.»³⁶

Jorge Duarte Pinheiro

Do texto deste Autor já antes citado³⁷, datado dos inícios dos anos 90, elaborado no âmbito de um seminário de mestrado, realçamos:

«A garantia bancária autónoma tem de comum com a fiança o facto de lhe caber a qualificação de garantia especial das obrigações.» (...) «Qual será então o ponto de afastamento?»³⁸

(...)

«A garantia à primeira solicitação não é acessória mas autónoma. As condições são mais onerosas para o garante que para o devedor principal; a invalidade da obrigação garantida

³⁵ P. 516.

³⁶ Pp. 516 e 517.

³⁷ *Garantia Bancária Autónoma*.

³⁸ P. 423.

não determina a da garantia; o garante não pode invocar os meios de defesa que assistam ao devedor principal na relação com o credor principal. Por outro lado, ao fiador é lícito recusar o cumprimento enquanto o credor não provar o incumprimento da obrigação principal. O beneficiário da garantia autónoma está dispensado de tal prova.»³⁹

Francisco Cortez

Em estudo feito em 1991⁴⁰, para efeitos de um curso de mestrado, escreveu este Autor:

«O problema da distinção entre a fiança e a garantia bancária autónoma não se põe assim em termos de saber se a distinção existe. A resposta está dada e é afirmativa. Mais delicada é a questão de saber qual o verdadeiro critério de diferenciação. Onde passa a fronteira. Para a encontrarmos vamos tentar identificar aquilo que separa, de forma substancial, as duas figuras, para depois encontrar as manifestações concretas de regime dessa diferença.»⁴¹

(...)

«Na fiança, o cumprimento da obrigação do devedor é garantido através da vinculação do fiador a uma obrigação de indemnização que, por força da acessoriedade, é igual, é uma cópia, da obrigação de indemnização do devedor em que se transforma, sem alteração do objecto, a primitiva obrigação de prestar a que ele se encontrava vinculado e que foi garantida pela fiança. (O devedor tinha que pagar um preço de 30, não cumprindo tinha que indemnizar em 30, o fiador tem que entregar ao credor 30). No contrato autónomo de garantia, pelo contrário, a obrigação a que se vincula o garante, que pode ser classificada de garantia pela causa (função de garantia), e de indemnização pelo fim (destina-se a reparar os danos do credor), é uma verdadeira obrigação independente porque assumida em nome próprio (ainda que por conta do devedor) pelo garante. Sendo própria e distinta, esta obrigação não se molda sobre qualquer obrigação do devedor (de prestar ou de indemnizar), quer quanto ao objecto – que na obrigação de garantia é sempre a entrega de uma quantia

³⁹ P. 424.

⁴⁰ *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 52, II, Julho 1992, pp. 513 e ss.

⁴¹ P. 554.

pecuniária, enquanto a obrigação do devedor pode ser, v. g., uma obrigação de prestação de facto - , quer quanto aos pressupostos da sua exigibilidade – o que permite o desvio convencional às regras da responsabilidade civil, tanto quanto à culpa do devedor, como quanto à prova do dano. É esta a diferença de fundo entre fiança e o contrato autónomo de garantia: uma responsabilidade acessória em tudo igual à do devedor, na fiança, e uma responsabilidade própria e autónoma, em tudo distinta da do devedor, no contrato autónomo de garantia.»⁴²

Fátima Gomes

Em texto de 1993, elaborado também para efeitos de um seminário de mestrado, escreveu esta Autora⁴³:

«A interpretação do contrato de garantia autónoma deve ser feita dentro dos cânones da interpretação dos negócios jurídicos e com especial atenção ao texto do contrato, assumindo assim grande relevância a interpretação literal. Evidentemente que a vontade das partes é outro dos elementos necessariamente de grande importância nesta difícil tarefa.»⁴⁴

(...)

«Um dos aspectos essenciais em sede de interpretação jurídica reporta-se à interpretação da cláusula de pagamento à primeira solicitação. Tem-se afirmado que a sua inclusão num contrato de garantia não é suficiente para que se conclua pela inequívoca existência de uma garantia autónoma; neste sentido, quer a jurisprudência quer a doutrina internacionais admitem a existência de cláusulas de pagamento à primeira solicitação inseridas em contratos de fiança que, sendo acessórios, assim permanecem. Diz-se, por isso, que nessa situação de garantia acessória, a cláusula de pagamento à primeira solicitação só pretende produzir com

⁴² P. 556.

⁴³ *Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação*, in *Direito e Justiça*, volume VIII, tomo 2, 1994, pp. 120 e ss.

⁴⁴ P. 169.

efeito a obrigação de pagar imediatamente, sem discussão, podendo mais tarde exigir-se de volta o indevidamente entregue – cumpriria, assim, uma função de *solve et repete*.»⁴⁵

(...)

«Apesar de não contarmos entre nós com uma regulamentação legal da garantia bancária autónoma, as leis fazem-lhe frequentemente referências, das quais podemos extrair um argumento adicional no sentido da sua admissibilidade em face da lei, uma vez que é o próprio legislador quem dá “cobertura” à admissibilidade de uma figura de origem sócio-jurisprudencial.»⁴⁶

Manuel Castelo Branco

Em trabalho datado de 1993⁴⁷, destinado a servir de suporte a uma intervenção no âmbito de uma conferência de índole profissional, este Autor faz algumas considerações de enquadramento, que é útil recordar:

«Para os agentes do comércio internacional, a garantia ideal seria aquela que tivesse natureza pessoal, fosse prestada por entidade financeiramente sólida e gozasse de autonomia em relação à obrigação principal, não dependendo das vicissitudes a que esta estivesse sujeita. O ideal seria que os bancos e instituições financeiras interviessem no mercado como garantes dos seus clientes e se predispuessem a prestar garantias de pagamento à primeira solicitação, sem invocar exceções de pagamento ligadas ao incumprimento, ou cumprimento defeituoso, dos contratos garantidos. Em suma, para que o comércio internacional crescesse a ritmo enérgico, tornava-se necessário que os bancos de uma determinada praça assegurassem a terceiros, normalmente residentes em outras praças, o cumprimento das obrigações contratuais dos seus clientes, de forma autónoma e à primeira solicitação. A utilização das garantias bancárias desenvolveu-se aceleradamente a partir de 1945 e, particularmente, depois da crise petrolífera de 1973. Sem ter por base qualquer elaboração

⁴⁵ P. 170.

⁴⁶ P. 201.

⁴⁷ *A Garantia Bancária Autónoma no Âmbito das Garantias Especiais das Obrigações*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 53, I, Abril de 1993, pp. 61 e ss.

legislativa, doutrinal ou jurisprudencial prévia, as garantias bancárias apareceram como uma consequência das necessidades do comércio internacional.»⁴⁸

(...)

«Por outro lado, as legislações dos diversos países não regulamentaram especificamente este tipo de garantias deixando às partes, e aos Tribunais, o papel de as interpretar no âmbito das disposições sobre garantias das obrigações em geral. Em alguns países, como os Estados Unidos da América, os bancos não são autorizados a emitir garantias bancárias, tendo-se caminhado para a criação de figuras sucedâneas como a “standby letter of credit” a que adiante se fará alusão.»⁴⁹

Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte

No seu livro sobre garantias de cumprimento⁵⁰, estes Autores escrevem:

«Este tipo de garantia terá surgido na prática das relações comerciais internacionais, em que a entidade garantida não queria ficar na dependência da aplicação de regras específicas sobre a fiança, vigentes em cada país, derivadas, em particular, do facto de se invocarem objecções baseadas nas relações do cliente do banco com o credor estrangeiro. Daí que a garantia autónoma se tenha destacado da fiança, com regras próprias, mas mantendo os pressupostos básicos desta figura, em particular a natureza contratual. À imagem da fiança (...), a garantia autónoma não se estabelece por negócio jurídico unilateral, mas sim por contrato, que tem natureza causal: a função de garantia.» (...) «A garantia autónoma distingue-se da fiança, na medida em que aquela não é acessória da obrigação garantida, antes pelo contrário, como o próprio nome indica, ela é autónoma com respeito à dívida que garante; ou seja, o garante não pode invocar em sua defesa quaisquer meios relacionados com a obrigação garantida.

⁴⁸ P. 70.

⁴⁹ P. 71.

⁵⁰ *Garantias de Cumprimento*, 5.^a ed., Coimbra, Almedina, 2006 (livro esse cuja primeira edição data de 1994). É de sublinhar que Pedro Romano Martinez voltou ao tema no texto *Garantias Bancárias* incluído nos *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 265 e ss., em termos, no essencial, convergentes com os da obra que citamos no texto.

(...) Mas a mencionada autonomia não vai, obviamente, obstar a que o garante recuse o cumprimento com base em elementos constantes do próprio contrato de garantia.»⁵¹

(...)

«É, pois, a autonomia que distingue a garantia bancária da fiança, sendo esse o elemento caracterizador daquela figura. Perante o caso concreto, nem sempre é fácil determinar a existência do elemento “autonomia”, para o que será necessário recorrer à interpretação do negócio jurídico» (...). A autonomia da garantia bancária, contrariamente ao que acontece com o aval, é total, pois o garante não pode fazer valer-se, sequer, da invalidade formal da obrigação garantida. Esta garantia estabelece-se de modo independente, sem qualquer subordinação à obrigação garantida, razão pela qual as vicissitudes desta, como sejam a sua diminuição ou aumento de valor, o prazo de cumprimento, etc., não se repercutem na garantia. Todavia, importa estabelecer um limite a esta autonomia; limite esse baseado nos princípios gerais de direito, entre os quais os princípios do abuso de direito e da boa fé. Na realidade, o direito português baseia-se em determinados postulados que tornam inadmissível estabelecer-se que o pagamento da garantia é devido em qualquer circunstância; há limites à autonomia privada e ao exercício de direitos dela decorrentes. (...) Assim sendo, talvez se deva considerar que o garante possa recusar o pagamento exigido quando é notória a inexistência dessa obrigação; ou seja, se tal pretensão se apresenta como manifestamente inadmissível (...)»⁵².

Evaristo Mendes

Do que este Autor escreve em estudo consistente na análise de cinco acórdãos do STJ sobre a matéria⁵³, destacamos:

«Pelo que respeita ao *problema* de saber se, *em determinado caso*, estamos perante uma mera fiança ou uma garantia autónoma, deverá atender-se, antes de mais, aos respectivos termos.

⁵¹ Pp. 126 a 128.

⁵² Pp. 128 e 129.

⁵³ *Garantias Bancárias. Natureza*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano XXXVII, n.º 4, Outubro-Dezembro 1995, pp. 411 e ss.

Havendo *cláusula “à primeira interpelação”*, a questão encontra-se resolvida. Esta tem, de facto, um duplo alcance: 1) significa que o banco renuncia a opor ao beneficiário quaisquer excepções derivadas, quer da sua relação com o mandante, quer da relação causal; 2) e o beneficiário é dispensado do ónus da prova dos pressupostos do seu crédito contra o banco. A simples afirmação pelo beneficiário de que o facto se produziu (de que a outra parte não cumpriu) basta para colocar o garante na situação de ter que efectuar o pagamento pedido, sem mais indagações (cit. Ferrer Correia). Na falta de uma cláusula, haverá que interpretar a vontade das partes, atentas as circunstâncias da situação concreta e dos usos comerciais, se os houver (cit. Ferrer Correia), de acordo com o critério do art. 236.º, n.º 1, do Código Civil.»⁵⁴

Mónica Jardim

Do que esta Autora escreve na sua tese de mestrado⁵⁵, elaborada em 1997, destacamos o seguinte:

«Em virtude destes pontos de contacto, na prática, por vezes, é tarefa complicada saber se estamos perante uma fiança ou uma garantia autónoma. Tudo dependerá de uma interpretação cuidada dos termos do contrato celebrado entre o credor e o garante (ou fiador)».

(...)

«Mas, a responsabilidade assumida pelo garante é diferente da assumida pelo fiador, enquanto que a responsabilidade do fiador é acessória, em tudo igual à do devedor, a responsabilidade do garante é própria e autónoma, em tudo distinta da do devedor. Não se pode confundir aquilo que o garante assegura com a sua obrigação, com aquilo a que o garante se obriga. O garante não se obriga a cumprir a obrigação do devedor. Isto é verdade e evidente, caso a obrigação a que está vinculado o devedor seja uma obrigação de prestação de facto, ou de entrega de coisa diferente de dinheiro, pois, como já referimos, a prestação

⁵⁴ Pp.451 e 452.

⁵⁵ *A Garantia Autónoma*, Coimbra, Almedina, 2002.

a que se obriga o garante é pecuniária. Mas, é também verdade, no caso da obrigação do devedor do contrato base ser pecuniária, pois o garante assegura um resultado mas não se obriga a produzi-lo, responsabiliza-se, isso sim, pelo risco da sua não produção, obrigando-se por isso a entregar ao credor uma determinada quantia pecuniária (previamente convencionada), sempre que, por qualquer causa (independentemente da culpa do devedor), não se produza o dito resultado. O garante assume uma obrigação de indemnização baseada na responsabilidade objectiva, obrigação essa que é própria e distinta da obrigação cujo cumprimento garante. Obrigação que é autónoma e independente e que, de forma alguma, se molda sobre a obrigação do devedor do contrato base (de prestar ou de indemnizar), quer quanto ao objecto – que consiste sempre na entrega de uma quantia pecuniária, enquanto que a obrigação do devedor pode ter por objecto uma prestação de facto – quer quanto aos pressupostos da sua exigibilidade.»⁵⁶

Januário Costa Gomes

Na sua tese de doutoramento, Manuel Januário Costa Gomes⁵⁷ escreveu o seguinte:

«A pedra de toque da delimitação entre garantia bancária autónoma e fiança (no caso, a bancária) está, conforme é destacado uniformemente pela doutrina – e deixando por agora de parte a específica problemática da fiança ao primeiro pedido - no apuramento da *acessoriedade* para a *fiança* e da *autonomia* para a garantia bancária autónoma. O que importa aqui, neste particular, é, mais do que adiantar critérios para resolução das soluções cinzentas (critérios esses que nunca poderão ser rígidos), reconhecendo a maior perigosidade da garantia autónoma relativamente à fiança bem como a maior normalidade desta face às opções regulamentadoras do legislador formular o *princípio* de que, na dúvida (que subsista após a interpretação do texto) sobre a específica garantia prestada – garantia autónoma ou fiança – deve entender-se haver fiança. Um *segundo princípio* é de erigir, mas agora no específico domínio das garantias autónomas: o de que, na dúvida entre a existência ou não

⁵⁶ Pp. 180 e 181.

⁵⁷ *Assunção Fidejussória de Dívida*, Coimbra, Almedina, 2000.

da característica da automaticidade, deve considerar-se a garantia como não tendo sido prestada *upon first demands*⁵⁸.

Menezes Cordeiro⁵⁹

Do manual que este Autor dedica ao Direito Bancário destacamos as seguintes passagens:

«Uma distinção muito relevante no domínio das garantias é a que separa a garantia acessória da garantia autónoma»⁶⁰.

(...)

«Nos finais do século XIX, a hipótese prática e teórica surgiu na garantia que não fosse afectada pelas vicissitudes da relação principal. Seria, pois, uma garantia autónoma, por oposição à garantia acessória exemplificada pela fiança. A questão foi despoletada na Alemanha, quer pelo dinamismo da sua vida económica, quer pela tradição de lidar, daí, com “obrigações abstractas”, e portanto com obrigações independentes da sua causa ou fonte (...) A transposição das garantias autónomas para os países latinos ofereceu algumas dificuldades»⁶¹

(...)

«A garantia autónoma é, no essencial, um contrato celebrado entre o interessado – o mandante – e o garante, a favor de um terceiro – o garantido ou beneficiário. Por vezes, ela é configurada como um contrato celebrado entre o garante e o beneficiário; porém, é do mandante que o garante recebe a comissão.»⁶²

(...)

«Exigida a garantia – os textos das garantias invariavelmente requerem que o seja por escrito –, o garante só poderá opor ao beneficiário as excepções literais que constem do próprio texto da garantia: nunca as derivadas da relação principal. Tão-pouco se pode reagir a ela

⁵⁸ Pp. 72 a 74.

⁵⁹ *Manual de Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 3. ed., 2006, pp.636 e ss.

⁶⁰ P. 637

⁶¹ P. 638

⁶² P. 642.

com pretensões de enriquecimento. Naturalmente: cabe ao próprio beneficiário demonstrar que a garantia invocada se reporta a determinada dívida»

(...)

«A função da garantia autónoma não é, tanto, a de assegurar o cumprimento de um determinado contrato. Ela visa, antes, assegurar que o beneficiário receberá, nas condições previstas no texto da própria garantia, uma determinada quantia em dinheiro». ⁶³

António Sequeira Ribeiro

Em texto retirado da sua dissertação de mestrado ⁶⁴, escreve este Autor:

«A cláusula à primeira solicitação atribui automaticidade à garantia autónoma. Se a garantia não for à primeira solicitação o beneficiário só pode exigí-la desde que prove o facto que é pressuposto do nascimento da obrigação de garantia. Diferentemente a cláusula à primeira solicitação possibilita ao beneficiário o exigir o pagamento da garantia mediante simples interpelação ao garante realizada de acordo com o estipulado na garantia, mas sem ter de justificar, sem ter de provar o bem fundado dessa reclamação. Razão tem assim A. Ferrer Correia ao afirmar que esta cláusula apresenta um rigor draconiano. Ultrapassa-se assim “o risco de se ter de provar a ocorrência dos pressupostos que condicionam o direito do beneficiário”. Pode a cláusula à primeira solicitação servir como critério interpretativo no sentido de se considerar afastada a dúvida acerca da natureza do negócio em causa? Ou seja se a cláusula “à primeira solicitação é por si só sinónimo de garantia autónoma? A resposta afirmativa já foi mais clara do que actualmente é possível. Com efeito a garantia autónoma não tem que obrigatoriamente ser automática embora esta característica reforce a autonomia. É no entanto usual que na prática negocial as partes ao recorrerem à cláusula à primeira solicitação o façam com o sentido de outorgarem uma garantia autónoma. Assim mesmo o entendeu o STJ que no seu Ac. de 27 de Janeiro de 1993 afirma que a cláusula “on first demand” é típica

⁶³ P. 643.

⁶⁴ *Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação: Algumas Questões, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 289 e ss.

do contrato de garantia bancária autónoma. Mas este aresto é mais incisivo ao pronunciar-se no sentido das garantias bancárias autónomas incluírem necessariamente a cláusula de pagamento à primeira solicitação. Já antes do STJ no Ac. de 7 de Novembro de 1990 deu a entender que a autonomia da garantia bancária implica o pagamento à primeira solicitação. Por sua vez a Relação de Lisboa na decisão de 11 de Dezembro de 1990 tinha associado a cláusula à primeira solicitação ao carácter autónomo da garantia (“*o contrato de garantia bancária é realmente autónomo, quando o banco se compromete a pagar à primeira solicitação*”). Contudo é possível e já tem ocorrido que a cláusula em causa seja utilizada numa garantia acessória, v.g. uma fiança. Fundamental é então a interpretação da vontade das partes aquando da conclusão deste negócio. Só assim se pode evitar que pela presença de uma cláusula à primeira solicitação se conclua necessariamente pela existência de uma garantia autónoma. O que se tem verificado é uma diversidade de interpretações acerca do alcance a das a esta cláusula. Ela já foi entendida como tendo unicamente o valor correspondente a uma inversão da carga probatória, ou então com o significado de que o garante está obrigado a pagar sem poder exigir prova alguma e sem poder opor nenhuma excepção. Menos extremadas tem sido as posições que vêem nesta cláusula um indício, um critério favorável da existência de uma garantia autónoma. Para esta tendência a referência genérica ao contrato base por parte da garantia não invalida o seu carácter autónomo que só seria posto em causa com uma referência em concreto às obrigações do devedor principal e que interferissem com a garantia.»⁶⁵

Menezes Leitão

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão dedicou o seu relatório para a obtenção do título de agregado à matéria das garantias das obrigações⁶⁶. Daí extraímos as seguintes passagens:

«Esta garantia ocorre quando determinada entidade (normalmente uma instituição bancária ou financeira) vem garantir pessoalmente a satisfação de uma obrigação assumida por

⁶⁵ Pp. 363 a 365.

⁶⁶ *Garantias das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 2006.

terceiro, independentemente da validade ou eficácia desta obrigação e dos meios de defesa que a ela possam ser opostos, assegurando assim que o credor obterá sempre o resultado do recebimento dessa prestação.»⁶⁷

(...)

«À semelhança da fiança, a garantia autónoma tem natureza contratual, sendo um negócio causal na medida em que comporta em si uma função económico-social própria: a função de garantia. Efectivamente, à semelhança do que acontece na fiança o garante não promete o resultado da prestação a título primário, mas antes para a hipótese de não se verificar o cumprimento por parte do devedor principal. No entanto, a garantia bancária autónoma distingue-se da fiança, na medida em que a obrigação do garante não se molda sobre a obrigação principal, quer quanto ao seu objecto, quer quanto aos pressupostos da sua exigibilidade, instituindo antes uma obrigação própria e autónoma, em tudo distinta da do devedor. A garantia autónoma é assim um negócio causal não acessório, cuja distinção da fiança reside precisamente na ausência da acessoriedade. Por esse motivo, saber se num caso concreto as partes pretenderam celebrar uma garantia autónoma ou antes uma fiança será normalmente uma questão de interpretação negocial: a de averiguar se as partes pretenderam que a obrigação do garante ficasse ou não dependente das excepções oponíveis à obrigação principal devendo, em caso de dúvida, presumir-se pela mera estipulação da fiança»⁶⁸.

(...)

«A garantia autónoma admite duas modalidades: a garantia autónoma simples e a garantia à primeira solicitação. Quando a garantia é simplesmente estabelecida como autónoma, as partes limitam-se a prever a autonomia da obrigação do garante em relação à existência, validade ou excepções oponíveis ao crédito garantido, admitindo apenas a oponibilidade de excepções próprias da relação de garantia. Este tipo de garantia limita-se, por isso, à derrogação da regra da acessoriedade existente na fiança. Assim, ao contrário da fiança, que se caracteriza pela acessoriedade, permitindo a fiador recusar a prestação em caso de invalidade da obrigação principal (art.º 632.º, n.º 1), ou em caso de existirem meios de defesa oponíveis a essa obrigação (art.º 637.º), a garantia autónoma não depende da obrigação

⁶⁷ Pp. 148 e 149.

⁶⁸ Pp. 148 a 152.

principal, podendo ser exercida logo que se verifiquem os seus pressupostos, e mesmo em caso de invalidade desta ou da existência de excepções a esta. Já na garantia à primeira solicitação, as partes estipulam ainda que o garante não oporá qualquer excepção à exigência da garantia, mas antes a satisfará imediatamente sem discussão logo que seja solicitado pelo credor. Neste caso, ainda se distingue entre a garantia com ou sem justificação documental, consoante o pedido de pagamento tenha que ser acompanhado de documentação comprovativa do evento que desencadeia a garantia ou possa ser realizado independentemente da junção de qualquer documentação. Em qualquer caso, verificados os pressupostos do accionamento da garantia, o garante terá que satisfazer imediatamente a correspondente obrigação, sendo extremamente limitadas as excepções que pode invocar, que praticamente se reconduzem à extinção da garantia por cumprimento, resolução ou caducidade, e ainda à existência de fraude manifesta e abuso de direito por parte do credor.»⁶⁹
(...)

«No âmbito da relação de execução torna-se necessário, conforme se referiu, distinguir entre a garantia autónoma simples e a garantia à primeira solicitação. Na garantia autónoma simples, o garante compromete-se a realizar ao beneficiário a prestação pecuniária objecto da garantia, independentemente das vicissitudes da obrigação principal e das excepções que a esta pudessem ser opostas. Ao garante é por isso vedado opor ao beneficiário os meios de defesa próprios do devedor e quaisquer objecções relativas à subsistência ou validade do crédito sobre este. Assim, a não constituição da obrigação em relação ao devedor, a invalidade desse contrato por vício de fundo ou forma, a sua extinção por impossibilidade de cumprimento, ou por compensação não impedirão o beneficiário de accionar a garantia. Mas também é vedado ao garante opor ao beneficiário excepções oriundas da relação de cobertura, designadamente do facto de o dador deixar de pagar a retribuição acordada pela prestação da garantia, ou ter ordenado ao garante que não prestasse a garantia. Mas já se torna necessário, para poder exigir o cumprimento da obrigação do garante, que o beneficiário faça perante este prova de que ocorreu o facto constitutivo do seu direito, sem o que o garante poderá legitimamente recusar o cumprimento. Na garantia autónoma à primeira solicitação, a obrigação do garante é estabelecida automaticamente perante a

⁶⁹ Pp. 152 e 153.

primeira exigência de cumprimento (*on* ou *upon first demand*, *auf erstes Anfordern*, *à première demande*, *alla prima richiesta*) por parte do beneficiário, sendo vedado ao garante opor quaisquer exceções a essa exigência de cumprimento, a qual deve satisfazer de imediato, desde que naturalmente estejam a ser respeitados os termos estipulados para a exigência da garantia. Neste âmbito, é que se estabelece a distinção entre garantia autónoma à primeira solicitação *com* ou *sem justificação documental*. Efectivamente, se a garantia autónoma à primeira solicitação é estabelecida com justificação documental, não basta que o credor formule ao garante a exigência da garantia, sendo necessário que essa exigência seja comprovada documentalmente com a demonstração de que ocorreu o facto que determina a exigência da garantia. Se, pelo contrário, a garantia autónoma é estabelecida sem justificação documental, basta ao credor formular pura e simplesmente a exigência da garantia, devendo o garante, independentemente de qualquer prova, liquidá-la imediatamente sem discussão»⁷⁰.

Daniel Medina Ataíde

Num estudo elaborado no âmbito de um curso de mestrado na Faculdade de Direito de Coimbra⁷¹, Daniel Medina Ataíde (Autor brasileiro) escreveu o seguinte:

«Entende-se por garantia autónoma, em seu modo mais comum, aquela garantia em que, por solicitação de um terceiro, um banco ou uma companhia de seguros (na posição de garante), se obriga a efetuar, ao beneficiário desta garantia, o pagamento de um valor pecuniário, por eles definido previamente, se houver o inadimplemento de um determinado contrato (contrato base) por parte do terceiro, retirando a possibilidade do garante se abster de pagar alegando exceções relativas tanto em função da relação jurídica que estabelece com o terceiro, quanto da relação de base cujo inadimplemento lhe importará a obrigação de pagamento da garantia».⁷²

⁷⁰ Pp. 155 e 156.

⁷¹ *A Garantia Autónoma e a Fiança: Distinções e Divergências*, in *Garantias Das Obrigações Publicação dos Trabalhos do Mestrado* (coordenador Jorge Ferreira Sinde Monteiro), Coimbra, Almedina, 2007, pp. 175 e ss.

⁷² P. 183.

(...)

«Devido ao fato desta relação de garantia autônoma ser independente do contrato base é que esta garantia será regida pelos estritos termos em que foi prestada, não se fazendo referência ou subordinação ao que foi estabelecido no contrato base. Por isto mesmo é que o garante não poderá opor as exceções relativas ao contrato de base, ou mesmo ao contrato entre o banco (garante) e o devedor (dador de ordem). As exceções ao pagamento que podem ser opostas dizem respeito somente à própria garantia. Em outras palavras, a comentada autonomia, é claro, não irá impedir que o garante recuse o cumprimento com base em elementos constantes do próprio contrato de garantia (o que, se fosse admitido, violaria a ordem pública). O que se pretende afastar são as exceções relacionadas com a obrigação garantida.»⁷³

(...)

«Na garantia autónoma pretende-se retirar esta relação de dependência e subordinação [a da fiança], visto que (diferentemente do fiador que responsabiliza-se pelo cumprimento da obrigação principal) o garante assegura o recebimento pelo beneficiário de uma certa quantia em dinheiro. Aproximam-se a fiança e a garantia autónoma porque ambas asseguram um “resultado” traduzido no cumprimento do correto e em tempo da obrigação do devedor. Distanciam-se porém porque, na primeira, o fiador assume a responsabilidade pela dívida alheia, ou seja, se compromete a cumprir exatamente a mesma prestação a que está obrigado o devedor principal (incluindo as consequências pelo descumprimento), enquanto, na segunda, o garante obriga-se, não àquela prestação do devedor, mas a uma prestação pecuniária de valor previamente estabelecido. Deste modo, se a obrigação na fiança pode ser de fazer, não fazer, ou de dar coisa diferente ou não de dinheiro, isto não pode acontecer na garantia autónoma que tem por objeto, necessariamente, a entrega de uma soma, previamente estipulada, de dinheiro. Isto quer dizer que o objeto da fiança é exatamente o mesmo objeto da obrigação principal, derivando daí a sua acessoriedade, enquanto que o objeto da garantia autónoma é diverso daquele da relação de base (ainda que seja uma

⁷³ P. 186.

prestação pecuniária), o que faz com que seja autônoma esta garantia em relação ao contrato base». ⁷⁴

(...)

«Daí decorre que na garantia autônoma todas as obrigações são principais, não havendo relação de dependência (jurídica) entre elas, o que não acontece com a fiança em que a relação do fiador é acessória em consideração à do afiançado»

(..)

«Ainda como consequência desta autonomia da garantia aqui tratada, o garante quando paga ao beneficiário quantia pecuniária acordada, cumpre uma obrigação própria que nada tem que ver com a obrigação do devedor da relação base (dador da ordem). Tanto o é que este terá direito ao reembolso em função do contrato de mandato estabelecido com o dador de ordem (devedor da relação base) e não por sub-rogação nos direitos do credor do contrato base (beneficiário).» ⁷⁵

3. A jurisprudência portuguesa

A jurisprudência portuguesa sobre a figura é também muito vasta. No essencial, reflecte as orientações doutrinárias prevaletentes, não parecendo muito útil fazer longas citações das decisões que a constituem. Vale, no entanto, a pena lembrar excertos das duas primeiras, porque marcaram o rumo das seguintes, e de uma das mais recentes, por ser do STJ e confirmar esse rumo.

Acórdão da Relação de Lisboa de 18 de Outubro de 1988⁷⁶:

«No caso em apreço, o recurso à expressão “logo à primeira exigência” apresenta-se-nos numa eloquência soberana na expressão da vontade negocial de se aderir a uma garantia

⁷⁴ P. 190

⁷⁵ Pp. 190 e 191.

⁷⁶ Colectânea de Jurisprudência, ano XIII, 1988, tomo 4, pp. 129 e 130.

bancária *autónoma* pela sua conotação linguística com a típica expressão internacional *on first demand*.»

Acórdão da Relação de Lisboa de 11 de Dezembro de 1990⁷⁷:

«Mas o contrato de garantia bancária é realmente autónomo, quando o Banco se compromete a pagar “à primeira interpelação”, ou, como se diz no comércio internacional, “on (upon) first demand”».

Acórdão do STJ de 29.04.08⁷⁸

«O contrato de garantia bancária é um negócio jurídico inominado, aceite no nosso ordenamento jurídico em consequência do princípio da liberdade contratual estabelecido no art.º 405.º do Código Civil.»

(...)

«Não há qualquer possibilidade de confusão entre a **fiança** e a garantia autónoma. Na verdade, enquanto que a **obrigação** do fiador é **accessória** em relação à obrigação garantida (a do devedor principal), na garantia autónoma isso não acontece. O garante não se vincula a pagar uma dívida do dador de ordem; mais do que isso, assegura ao beneficiário o pagamento, imediato e sem discussão, de uma quantia idêntica à garantida, logo que aquele lho solicite.»

(...)

«Na jurisprudência cabe referir, entre outros, os acórdãos deste Tribunal de 23.3.95 (CJ 1995, I, 137), de 26.9.00 (BMJ 499º, 344) e de 28.9.06 (Revª 2412/06-6ª, em www.dgsi.pt) no qual estão claramente sintetizados os elementos salientes desta figura contratual e se chama a atenção para um ponto essencial (de acordo, aliás, com a melhor doutrina): é preciso analisar caso a caso o texto da garantia, interpretando-o e fixando o seu alcance juridicamente

⁷⁷ Colectânea de Jurisprudência, ano XV, 1990, tomo 5, pp. 133 e 136.

⁷⁸ v. www.dgsi.pt/jstj, documento n.º SJ20080429003806.

relevante. Interpretar um negócio jurídico (ou uma declaração negocial) consiste em fixar o seu sentido e alcance juridicamente relevantes e decisivos. Essa tarefa está sujeita a regras específicas que, no fundo, mais não são do que critérios interpretativos dirigidos ao juiz e às partes contratantes. Sobre o assunto o nosso código civil consagra no art. 236.º a doutrina da impressão do destinatário: “a declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele” (n.º 1); porém, “sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida” (n.º 2). Resulta deste texto que em homenagem aos princípios da protecção da confiança e da segurança do tráfico jurídico dá-se prioridade, em tese geral, ao ponto de vista do declaratório (receptor). A lei, no entanto, não se basta com o sentido compreendido realmente pelo declaratório (entendimento subjectivo deste) e, por isso, concede primazia àquele que um declaratório normal colocado na posição do real declaratório depreenderia (sentido objectivo para o declaratório – *acórdão deste Tribunal de 28.10.97, BMJ 470, 597*»).

4.maio.2013