



**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

**A Natureza Jurídica da Garantia Autónoma “On first demand”**

Carolina Paula Rocha Carneiro

Faculdade de Direito | Escola do Porto  
2020



**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

**A Natureza Jurídica da Garantia Autónoma “On first demand”**

Dissertação de Mestrado, na área de especialização de Direito Privado, apresentada à Universidade Católica Portuguesa para a obtenção de grau de Mestre por Carolina Paula Rocha Carneiro, sob a orientação do Exmo. Professor Doutor António Agostinho Guedes.

*Ao meu avô.*

*“Direito é discurso e discurso é rigor.”*  
Orlando de Carvalho

## Agradecimentos

À minha mãe, por me ter oferecido o que de melhor há na vida: o seu amor incomensurável e o seu conhecimento. A vida toda será pouca para te agradecer e te amar, mas tentarei.

Ao meu pai, por ter permitido que tudo fosse possível.

À minha avó, que torna o meu mundo melhor.

À minha irmã, pelo amor, incentivo e dedicação.

Aos meus tios, que sempre viveram da mesma forma que eu as minhas conquistas.

À Filipa, às Joanas e ao Maxilu, em primeiro pela amizade que me enche a alma, e em segundo pela compreensão do meu amor pela garantia autónoma “*on first demand*”, que certamente jamais esquecerão o que é.

Ao Professor Doutor Agostinho Guedes, por todos os sábios ensinamentos, pelo apoio constante e por me demonstrar como é maravilhoso questionarmo-nos. Ser-lhe-ei eternamente grata.

Ao meu avô, a quem dedico a minha dissertação. “*Dizia nunca esquecerei. E hoje lembro-me.*”

A todos,

Sou-vos grata.

## Resumo

Em meados do século XX nasce a garantia autónoma, fruto do emergente crescimento do comércio internacional. Uma garantia mais segura, mais eficaz e mais sólida do que qualquer outra. Com ela surge também a cláusula à primeira solicitação, o apogeu da segurança de qualquer credor.

Dúvidas não existem no que toca em enquadrar a garantia autónoma no seio das garantias pessoais, ainda que não esteja legalmente prevista.

A presente análise que nos propusemos terá como objetivo rever a garantia autónoma, na sua modalidade “*on first demand*”. Assim sendo, iremos expor as diversas relações que emergem da garantia autónoma, explicando as demais características das mesmas.

De todo o modo, o foco do nosso trabalho será a natureza jurídica da obrigação do garante na garantia autónoma. Tentaremos, em primeira análise, reconstruir tal obrigação e, numa segunda fase, iremos tentar descortinar a génese da obrigação.

**Palavras-chave:** garantia; garantia autónoma *on first demand*; obrigação do garante;

## **Abstract**

In the middle of the twentieth century, the autonomous guarantee was born, due to the growing of the international trade. A guarantee which is safest, stronger and more efficient than any other. Along with autonomous guarantee, arise the on first demand clause, the peak of lender's security.

There are no doubts that the autonomous guarantee is a personal guarantee of obligations. However, it does not have legal provision.

This review that we have set ourselves will have the mission to revisit the autonomous guarantee, in particular, the autonomous guarantee on first demand. Therefore, we will expose the relationships which emerge from this figure, explaining their characteristics.

In any event, the focus of our work will be the legal nature of the guarantor's obligation. First of all, we will try to rebuilt the obligation and then we will try to uncover the genesis of the obligation.

**Keywords:** guarantees; autonomous guarantee on first demand; guarantor's obligation

## Índice

Abreviaturas .....	10
Introdução .....	11
1. Garantia das Obrigações .....	13
2. Caracterização Geral da Garantia Autónoma .....	15
3. O Seguro-Caução e a Garantia Autónoma .....	18
4. A cláusula “ <i>on first demand</i> ” no contrato de garantia autónoma.....	22
4.1 A relação jurídica entre o devedor e o credor .....	25
4.2 A relação jurídica entre o devedor do contrato-base e o garante.....	26
4.3 Relação jurídica entre o garante e o credor/beneficiário: o exercício de um direito potestativo? .....	29
5. A natureza jurídica da obrigação do garante no contrato de garantia autónoma: um <i>plus</i> de garantia .....	33
6. O direito do garante após a prestação da garantia: sub-rogação ou direito de reembolso?.....	40
7. Os limites da autonomia e da automaticidade na garantia autónoma “ <i>on first demand</i> ” .....	42
Conclusão .....	46
Bibliografia.....	48
Jurisprudência .....	50

## **Abreviaturas**

Ac. – Acórdão

Art.º – Artigo

BMJ – Boletim do Ministério de Justiça

CC – Código Civil

Cit. – Citada

Ob. – Obra

P. – Página

PP. – Páginas

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

## Introdução

Quando falamos da garantia autónoma imediatamente surge um nome na nossa cabeça: RUDOLF STAMLLER.

É inegável o contributo deste autor germânico para o desenvolvimento da figura que nos propomos a analisar, sendo, por tal motivo, considerado o “Pai da Garantia Autónoma”.

A garantia autónoma assume maior destaque em meados do século XX e as razões que levaram não só à sua criação, mas ao seu sucesso são de diversa índole: o desenvolvimento do comércio internacional, a sua eficiência em detrimento de outros tipos de garantias, a sua celeridade e aparente simplicidade, a sua autonomia e independência em relação à obrigação principal e, essencialmente, a confiança que transmitia aos seus utilizadores.

Por todas estas razões, e recorrendo à expressão do juiz inglês Kerr, esta figura foi considerada o “sangue do comércio internacional”.<sup>1</sup>

RUDOLF STAMMELR acaba com o paradigma tradicional da acessoriedade das garantias, tendo estabelecido na sua obra *Der Garantievertrag* a clara distinção entre uma garantia acessória do crédito e uma garantia com autonomia relativamente ao crédito.

Sendo uma inovação no plano das garantias, a criação e o desenvolvimento desta figura gerou discussão na doutrina e na jurisprudência.

Entre nós, os primeiros a abordar a admissibilidade desta figura no ordenamento jurídico português foram VAZ SERRA<sup>2</sup> e MOTA PINTO<sup>3</sup>. Contudo, face ao seu claro interesse científico, muitos outros contribuíram para o seu desenvolvimento, como PINTO

---

<sup>1</sup> KERR, *apud*, COSTA, Almeida /Pinto, MONTEIRO, *Garantias Bancárias, O contrato de garantia à primeira solicitação (parecer)* in Colectânea de Jurisprudência, Ano XI, 1986, T. IV, p.19.

<sup>2</sup> SERRA, Adriano Pais da Silva Vaz, *Fiança e figuras análogas*, in BMJ, nº71, 1957, pp.19 e ss.

<sup>3</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da posição contratual*, Almedina, 1982.

MONTEIRO<sup>4</sup>, FERRER CORREIA<sup>5</sup>, ALMEIDA COSTA<sup>6</sup>, SIMÕES PATRÍCIO<sup>7</sup> e GALVÃO TELLES<sup>8</sup>.

É indubitável que o nascimento da garantia autónoma é fruto da autonomia privada, como expressão do princípio da liberdade contratual, previsto no artigo 405º do Código Civil, visto que não se encontra tipificada legalmente.

Interessante, parece-nos, que apesar da falta de regulação da garantia autónoma, esta é utilizada de forma frequente, ajustando-se plenamente aos interesses das partes.

Posteriormente, à autonomia inerente a esta figura juntou-se a automaticidade, com a criação da cláusula “*on first demand*”, “*à primeira solicitação*”. Esta cláusula permitiria ao beneficiário da garantia interpelar o garante para pagar assim que entendesse, isto é, sem necessitar de provar os pressupostos da existência do seu direito ao crédito.

É precisamente esta cláusula “*on first demand*” que motiva esta análise.

Este mecanismo, a cláusula à primeira solicitação, vem acompanhada de inúmeros riscos, tanto para o garante como para o devedor. É notória a posição de grande fragilidade em que estas duas partes se encontram, estando sujeitos a comportamentos abusivos por parte do beneficiário da garantia.

As questões que se colocam são as seguintes: Poderá o garante recusar o pagamento da soma objeto da garantia, sendo colocada uma cláusula “*on first demand*”? Qual a natureza jurídica da obrigação do garante? Será o direito do beneficiário um direito potestativo? E, assim sendo, o comportamento do garante reconduz-se a uma sujeição?

Ora, na presente dissertação, temos como objetivo revisitar o mecanismo da garantia autónoma, *maxime*, a garantia autónoma “*on first demand*”, e, nesse sentido, tentar lançar alguma luz sobre a natureza jurídica da obrigação do garante.

---

<sup>4</sup> COSTA, Almeida / MONTEIRO, Pinto, *Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação (parecer)* in Colectânea de Jurisprudência, Ano XI, 1986, T. IV, pp. 15 a 34.

<sup>5</sup> CORREIA, Ferrer, *Notas para o Estudo do Contrato de Garantia Bancária*, Revista de Direito e Economia, ano VIII, nº2, Universidade de Coimbra, 1982, pp. 247 a 258.

<sup>6</sup> COSTA, Almeida / MONTEIRO, Pinto, *ob.cit.*, pp. 15 a 34.

<sup>7</sup> PATRÍCIO, Simões, *Preliminares sobre a Garantia “On First Demand”*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 43, 1983, pp. 677 a 718.

<sup>8</sup> TELLES, Inocêncio Galvão, *Garantia Bancária Autónoma*, in *O Direito*, ano 120º, 1988, III-IV (Jul. - Dez.).

## 1. Garantia das Obrigações

O pontual cumprimento de uma obrigação é garantido pelo património do devedor, o que significa que o património do devedor, excetuando os bens insuscetíveis de penhora, corresponde ao objeto da garantia geral<sup>9</sup> das obrigações.

A par da garantia geral das obrigações, e como fortificação da mesma, existem as garantias especiais das obrigações. As garantias especiais dividem-se em garantias pessoais e garantias reais.

Para efeitos da presente análise vamos focar a nossa atenção nas garantias pessoais das obrigações.

No que concerne às garantias pessoais, importa referir que estas podem ser prestadas por terceiros, como é o caso do aval, da fiança<sup>10</sup> e da garantia autónoma. Nesse sentido, representam um reforço quantitativo<sup>11</sup> da expectativa do credor de satisfação do crédito.

Isto é, além do devedor, uma ou mais pessoas se obrigam ao cumprimento pontual da obrigação, respondendo com os seus patrimónios. Daí nos referirmos a um reforço quantitativo.

Neste sentido, estes terceiros assumem uma obrigação própria, através da qual ficam responsáveis pelo cumprimento da obrigação principal do devedor, subsidiariamente ou solidariamente.<sup>12</sup>

No seio das garantias pessoais prevalece o princípio da acessoriedade e da subsidiariedade<sup>13</sup>. Assim sendo, em primeiro lugar, a garantia encontra-se ligada funcionalmente e materialmente ao crédito garantido e, em segundo lugar, o terceiro assume uma obrigação que é subsidiária da obrigação garantida, isto é: a sua obrigação torna-se exigível se, e no momento, em que todos os bens do devedor tenham sido

---

<sup>9</sup> Ver artigo 601º do CC.

<sup>10</sup> Ver artigo 627º a 654º do CC.

<sup>11</sup> BRANCO, Manuel Castelo, *A Garantia Bancária Autónoma no Âmbito das garantias Especiais*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 1993, p. 66.

<sup>12</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, Volume II*, Edições Almedina, 2017, 11ª Edição.

<sup>13</sup> De todo o modo, importa sublinhar que a subsidiariedade poderá ser uma característica eventual, e não essencial. Veja-se que, no caso da fiança, a subsidiariedade pode ser afastada pelas partes, desde logo se o fiador renunciar previamente ao benefício da excussão prévia.

executados ou na hipótese dos bens no património do devedor principal não serem suficientes para a satisfação do crédito.<sup>14</sup>

É esse o caso da fiança, por exemplo. Porém, não é esse o caso da garantia autónoma, como veremos adiante.

---

<sup>14</sup> BRANCO, Manuel Castelo, *ob.cit.*, p. 68.

## 2. Caracterização Geral da Garantia Autônoma

Tendo em consideração que “*in iure omnis definitio periculosa est*”, não tentaremos definir esta interessante figura, mas sim caracterizá-la.

A garantia autónoma constitui um reforço da garantia geral, o património do devedor, integrando-se, nesse sentido, nas garantias especiais, *maxime*, nas garantias pessoais, porém, apresenta características que a tornam uma figura singular dentro das garantias pessoais.

Tomando de empréstimo as sábias palavras de INOCÊNCIO GALVÃO TELES<sup>15</sup>, a garantia consiste no seguinte:

*Um banco obriga-se, por proposta de um seu cliente habitual ou ocasional, parte em determinado contrato (...), a pagar-lhe, logo que ele o solicite por escrito, certa soma em dinheiro ou uma soma em dinheiro até certo limite, como devida pela outra parte (...) por falta de cumprimento ou mau cumprimento. Ao banco não assiste a faculdade de opor quaisquer meios de defesa relacionados com o contrato em causa; (...)*

Antes de mais, importa densificar a relação complexa que emerge da garantia autónoma. Na douda expressão de GALVÃO TELLES<sup>16</sup>, “a garantia autónoma é uma figura triangular”, ou seja, desta nascem três relações jurídicas:

I- A primeira é estabelecida entre os sujeitos da obrigação garantida, sendo o garante alheio à mesma. Daqui surge o contrato-base celebrado entre o devedor principal e o beneficiário;

II- A segunda tem como intervenientes o devedor da relação principal e o garante, na maioria dos casos um banco. Nesta relação jurídica, o garante obriga-se a prestar uma garantia ao beneficiário/credor, mediante uma retribuição;

III- A terceira constitui-se entre o credor/beneficiário e o garante. Nesta relação jurídica, o banco garante compromete-se a pagar ao credor certo montante, até ao valor da garantia, mediante pedido do mesmo credor, logo que este prove a ausência de

---

<sup>15</sup> TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Manual dos Contratos em geral*, Coimbra Editora, 2010, Reimpressão da 4ª Edição, p. 508.

<sup>16</sup> *Idem*, p. 514.

cumprimento do dever garantido na relação jurídica de base ou imediatamente, no caso de ter sido aposta uma cláusula “*on first demand*”.

A garantia autónoma é um contrato unilateral, não sinalagmático, no sentido em que só gera obrigações para uma das partes: o garante.

No que concerne à antiga querela doutrinal relativamente à garantia autónoma ser ou não um negócio causal, problemática que não iremos abordar exaustivamente no presente estudo, abraçamos a opinião da doutrina dominante<sup>17</sup> e da jurisprudência<sup>18</sup>, no sentido de assumir que a garantia autónoma é um negócio jurídico causal.<sup>19</sup>

Ora, a causa desta figura reside no fim de garantia. Se assim não fosse, o negócio seria nulo, uma vez que a admissibilidade dos negócios jurídicos abstratos no direito português só existe em casos especiais e com fortes limitações.<sup>20</sup>

Note-se, contudo, que o facto de a causa ser o escopo de garantia, tal não significa que encontre a sua justificação no contrato-base, do qual é claramente autónomo.

O que mais se destaca, em sede dos elementos essenciais da garantia autónoma, é a ausência de acessoriedade em relação à obrigação garantida, característica essencial no núcleo das garantias pessoais.

Por tal motivo, afigura-se totalmente erróneo confundir a garantia autónoma com a fiança. Ora, é inegável que ambas as figuras desempenham um fim de garantia, contudo, os seus traços fundamentais separam-nas. Vejamos.

Na fiança, o compromisso levado a cabo pelo fiador é acessório, comprometendo-se a pagar a dívida de outrem. O que significa que a obrigação do fiador é moldada pela obrigação principal. Por outro lado, na garantia autónoma, o garante não se sujeita a satisfazer uma dívida alheia, no sentido em que a garantia prestada pelo garante não comporta qualquer identidade com a do devedor do contrato-base, sendo funcionalmente e materialmente distintas, desde logo porque não depende da existência, da extensão, da validade ou mesmo da exequibilidade da obrigação do devedor<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> No sentido de considerar a garantia autónoma como um negócio jurídico causal, TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual dos Contratos...*, *ob. cit.*, p.513; COSTA, Almeida / Pinto, MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 22; CORREIA, A. Ferrer, *ob.cit.*, p. 248, entre outros.

<sup>18</sup> Veja-se o Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 19-03-2013, (Processo nº 5231/12.8TBBRG-A.G1, Relator: Filipe Caroço), a título de exemplo.

<sup>19</sup> Em dissensão, PATRÍCIO, José Simões, *ob.cit.*, pp. 692 a 706, que entende que o contrato de garantia autónoma tem natureza abstrata.

<sup>20</sup> CORREIA, A. Ferrer, *ob.cit.*, p. 248.

<sup>21</sup> Sobre a distinção entre a fiança e a garantia autónoma ver o Ac. do STJ de 22-05-2014 (Processo nº724/12.0YYPRT -A.P1.S1, Relator: Granja da Fonseca).

Daqui resulta que, contrariamente ao que se passa na fiança, na garantia autónoma não existem sinais de acessoriedade, muito pelo contrário. Aliás, o próprio nome desta figura demonstra-nos tal: garantia autónoma. O garante assume uma obrigação própria e diversa da obrigação do devedor principal.

Curioso, parece-nos, existir um tipo de garantia cuja principal característica é a autonomia. Todavia, na nossa opinião, não será esta a característica mais peculiar da figura, como veremos adiante.

### 3. O Seguro-Caução e a Garantia Autónoma

Em virtude da proximidade destas figuras, afigura-se-nos imperativo traçar, ainda que de forma breve, as linhas orientadoras da figura do seguro-caução.

O seguro-caução encontra-se regulado no Decreto-Lei n.º 183/88, de 24 de Maio<sup>22</sup>.

Veja-se o disposto no artigo 6º do diploma mencionado: “O seguro de caução cobre, direta ou indiretamente, o risco de incumprimento ou atraso no cumprimento das obrigações que, por lei ou convenção, sejam suscetíveis de caução, fiança ou aval.”

E, ainda, o artigo 162º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro, relativamente ao seguro-caução:

*Por efeito do seguro-caução, o segurador obriga-se a indemnizar o segurado pelos danos patrimoniais sofridos, em caso de falta de cumprimento ou de mora do tomador do seguro, em obrigações cujo cumprimento possa ser assegurado por garantia pessoal.*

No seguro-caução verifica-se, tal como na garantia autónoma, a existência de três intervenientes: o credor (segurado), o devedor (tomador do seguro) e o segurador.

Neste sentido, refere PESTANA DE VASCONCELOS<sup>23</sup> que o “seguro-caução assenta, no entanto, numa relação entre três sujeitos: as partes do contrato e o credor/beneficiário.”

*Prima facie*, a figura do seguro-caução parece-nos idêntica à garantia autónoma. Contudo, *nem tudo o que parece é*.

Ora, deste contrato emergem duas relações jurídicas, uma primeira entre o tomador (devedor) e o segurador e uma segunda entre o beneficiário (segurado) e o segurador. Note-se que, na relação jurídica estabelecida entre o segurador e o beneficiário, este último tem o direito de exigir uma indemnização ao segurador, no caso de incumprimento ou atraso no cumprimento das obrigações a que o devedor (tomador) se encontra adstrito.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Tendo sido a sua última alteração pelo Decreto-Lei n.º 94/2018, de 14 de novembro.

<sup>23</sup> VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, *O Seguro Financeiro na Reforma do Direito dos Seguros*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Vol.6, 2009, p.384.

<sup>24</sup> *Idem*.

No seguro-caução torna-se claro que o garante assume o dever de indemnizar. Isto é, a obrigação do segurador reveste uma natureza puramente indemnizatória. Será isso que se passa na garantia autónoma? Veremos no capítulo quinto da presente análise.

Como sabemos, o núcleo de qualquer contrato de seguro é a cobertura de um risco do segurado. Isto é, o contrato de seguro encontra-se funcionalmente ligado ao interesse do segurado na cobertura do risco.

Por conseguinte, a função do contrato de seguro, neste caso, o seguro-caução, será garantir o cumprimento de uma obrigação principal. No sentido em que, através do seguro-caução, “a seguradora se obriga, perante o segurado, a indemnizar os prejuízos apurados (...), até ao limite da quantia segura, que lhe advierem por incumprimento contratual de outrem (o tomador)”.<sup>25</sup>

Veja-se aqui a importante diferença relativamente à garantia autónoma: o segurador não assume a obrigação de pagar um montante previamente fixado, ao contrário do que o garante, na garantia autónoma, se obriga. A seguradora, por seu turno, ressarce os danos efetivamente sofridos, até à quantia segura. Isto é, no seguro-caução a indemnização não é calculada abstratamente, mas sim referida a um dano concreto e efetivo, contrariamente à realidade da garantia autónoma.

Em boa verdade, sendo o seguro-caução indubitavelmente um contrato de seguro, nunca se poderia abstrair na totalidade dos interesses do segurado, na medida em que a obrigação da seguradora surge e é modelada pela pretensão do mesmo.

Pelo acima exposto, somos da opinião que o seguro-caução, além de todas as diferenças formais que não nos ocuparemos, é materialmente distinto da garantia autónoma. Seguimos o entendimento do ilustre PESTANA DE VASCONCELOS<sup>26</sup>, ao negar a qualidade de garantia autónoma ao seguro-caução, no caso de ser estabelecida uma cláusula “*on first demand*” no seguro-caução:

*Simplesmente, mesmo assim, não estaríamos face a um contrato de garantia autónoma. Este tem como parte o garante e o garantido, sendo, conforme se referiu a este propósito, um contrato unilateral e, em si, gratuito. O contrato de seguro (bilateral e oneroso) pelo contrário*

---

<sup>25</sup> JARDIM, MÓNICA, *A Garantia Autónoma*, Livraria Almedina, 2002, pp.242, 243.

<sup>26</sup> VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, *ob. cit.*, p.387.

*é concluído entre o tomador do seguro (devedor) e o próprio segurador, sendo daí que resulta o direito do segurado.*

Porém, há vozes na doutrina e na jurisprudência<sup>27</sup> que entendem que o seguro-caução se pode assumir como uma garantia autónoma.

No mesmo sentido, na doutrina, a autora MARGARIDA LIMA REGO<sup>28</sup> admite a identidade entre a garantia autónoma e o seguro-caução, afirmando o seguinte:

*(...) se, por um lado, procuramos despir a definição de seguro de tudo o que não seja sua nota necessária, comum a todas as suas modalidades, e, por outro lado, fizermos exatamente o mesmo com a definição de garantia autónoma, (...) as definições a que chegarmos poderão bem conduzir-nos à conclusão de que as figuras são absolutamente indestrinçáveis.*

Ora, por igualdade de razão, esta autora, ao admitir a confundibilidade do seguro-caução com a garantia autónoma, admite, de igual forma, que a garantia autónoma poderá ser qualificada como um contrato de seguro.

Não nos parece que a garantia autónoma seja um contrato de seguro, nem tão pouco nos parece que um contrato de seguro, neste caso o seguro-caução, seja considerado, indistintamente, uma garantia autónoma.

Ademais, assumindo que o seguro-caução é um contrato a favor de terceiro, e sabendo que o contrato autónomo de garantia não o é, não podemos, de maneira alguma, ignorar as distinções entre estas duas figuras e, muito menos, tratá-las como figuras idênticas.

Recordando os ensinamentos do ilustre MOITINHO DE ALMEIDA<sup>29</sup>, este define o contrato de seguro da seguinte forma:

*aquele em que uma das partes, o segurador, compensando segundo as leis da estatística um conjunto de riscos por ele assumidos, se obriga, mediante o pagamento de uma soma determinada a, no caso de realização de um risco, indemnizar o segurado pelos prejuízos sofridos, ou, tratando-se de evento relativo à pessoa humana, entregar um capital ou renda, ao segurado ou terceiro, dentro dos limites convencionalmente estabelecidos, ou a dispensar o pagamento dos prémios tratando-se de prestação a realizar em data determinada.*

Por aqui conseguimos entender que a prestação a que o banco fica adstrito perante o beneficiário-credor em nada se assemelha à do segurador. Ademais, assumindo a

---

<sup>27</sup> Neste sentido, na jurisprudência: ver Ac. do STJ de 9-02-2006 (Processo nº 06B024, Relator: Salvador da Costa).

<sup>28</sup> REGO, MARGARIDA LIMA, *Contrato de Seguro e Terceiros - Estudo de Direito Civil*, Tese de doutoramento em Direito Privado. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2008, Disponível em: [https://run.unl.pt/bitstream/10362/8402/3/MLR\\_TD\\_2008.pdf](https://run.unl.pt/bitstream/10362/8402/3/MLR_TD_2008.pdf), consultado a: 30/11/2019, pp. 354-355.

<sup>29</sup> ALMEIDA, José Carlos Moitinho, *O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*, Livraria Sá da Costa Editora, 1971, pp. 23-24.

existência de um contrato de seguro, tal só se verificaria entre o banco-garante e o devedor principal. Isto porque, nesta relação, o banco obriga-se a entregar uma soma determinada a um terceiro, o credor, mediante retribuição.<sup>30</sup>

De todo o modo, estamos no plano da hipótese, uma vez que não somos da opinião que a relação entre o devedor principal e o banco garante se consubstancia num contrato de seguro, mas sim num mandato sem representação, pelas razões que mais à frente iremos expor.

Em suma, mesmo que se entendesse que entre o devedor principal e o banco-garante se celebra um contrato de seguro, a garantia autónoma só nasce da relação entre o credor e o garante, pelo que, só nos restaria concluir que a garantia autónoma não é, nem nunca poderá ser, um contrato de seguro.

---

<sup>30</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte, *Garantia Bancária Autónoma*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 52, 1992, p. 433.

#### 4. A cláusula “*on first demand*” no contrato de garantia autónoma

Uma das características do contrato de garantia autónoma, ainda que eventual, é a automaticidade, encontrando o seu núcleo duro na cláusula “*on first demand*”, à primeira solicitação.

A cláusula “*on first demand*” exponencia a autonomia do contrato autónomo de garantia, na medida em que, com a sua inclusão, o beneficiário fica dispensado de provar os pressupostos do seu direito de crédito, desaparecendo o único elo de ligação entre a garantia autónoma e o contrato-base.<sup>31</sup>

Ora, sendo colocada esta cláusula no contrato de garantia, tal significa que o garante fica obrigado a entregar a soma pecuniária fixada assim que o credor o interpelar para tal. Veja-se que, como antes referido, o credor fica dispensado do ónus da prova dos pressupostos que legitimam o seu direito de crédito contra o banco, ou seja, não terá de demonstrar que o devedor principal não cumpriu, o que no caso das garantias clássicas é o que torna exigível a obrigação do garante, ou qualquer outro evento que se tenha estabelecido como pressuposto da exigibilidade.

Afigura-se-nos peculiar a cláusula ser designada à primeira solicitação, isto porque, na verdade, não existe segunda solicitação. Estamos, na realidade, na presença de uma cláusula à *mera solicitação*<sup>32</sup>. Ou, perdoe-se-nos a ousadia, à *mercê do credor*.

Assim sendo, o garante, na maioria dos casos um banco, deverá pagar sem levantar qualquer tipo de discussão, não lhe assistindo qualquer direito de invocar, perante o credor, vicissitudes da sua relação com o devedor do contrato-base ou entre o credor e o devedor principal. Em suma, não poderá opor perante o credor qualquer exceção que derive das relações às quais é alheio. Parece-nos claro que se ultrapassa a última barreira da garantia autónoma: o ónus da prova da exigibilidade do direito do credor.

Aquando o surgimento da cláusula “*on first demand*”, muitos foram aqueles que levantaram a questão da sua admissibilidade no ordenamento jurídico português.

---

<sup>31</sup> JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, pp.147 e 148.

<sup>32</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário*, Edições Almedina, 2016, 6ª Edição, p. 850.

Em termos gerais, a resposta foi no sentido da admissibilidade da figura, com base no princípio da liberdade contratual e da autonomia privada<sup>33</sup>.

Contudo, torna-se imperioso destacar a visão *sui generis* de SIMÕES PATRÍCIO<sup>34</sup> que muito se debruçou sobre a legalidade da garantia autónoma à primeira solicitação. Ora, apesar de considerar a garantia autónoma *on first demand* como um negócio jurídico abstrato<sup>35</sup>, (sendo certo que no nosso ordenamento jurídico os negócios abstratos são, salvo raras exceções, nulos<sup>36</sup>), conseguiu justificar a sua admissibilidade recorrendo ao direito comercial. Ou seja, considerou que a garantia autónoma pertencia ao domínio comercial e, por conseguinte, não se regia pelas regras do direito civil, nomeadamente, a proibição dos negócios abstratos não seria de aplicar.

Como começamos por expor no ponto 2 da presente dissertação, apresentando a primeira característica da garantia autónoma “*on first demand*”, a autonomia, referimos que mais peculiar se apresenta a segunda característica, a automaticidade.

Creemos que a peculiaridade da automaticidade no seio de uma garantia se prende pelo facto ser uma característica que, *a priori*, não esperamos encontrar.

Aqui chegados, penso que claro se tornou que a autonomia e a automaticidade são características distintas. A primeira encontra-se em todo o tipo de garantia autónoma, ou seja, é uma característica essencial desta figura, tendo como função impedir que o garante possa opor ao credor exceções relativas ao contrato-base; a segunda, por outro lado, é uma característica eventual da garantia autónoma, estando apenas presente quando esta inclui a cláusula à primeira solicitação, sendo o seu objetivo isentar o beneficiário do ónus da prova dos pressupostos que legitimam seu direito de crédito.

Salvo todas as razões que a tornam um perigo iminente, a automaticidade da garantia autónoma fá-la mais segura, eficaz e expedita para o credor, uma vez que este último recebe o pagamento por parte do garante de *olhos fechados*.

Todavia, nem só de virtudes é feita a garantia autónoma à primeira solicitação, nem tão pouco é nossa intenção admitir tal, *muito pelo contrário*. São inegáveis, parece-nos,

---

<sup>33</sup> Neste sentido, TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual dos Contratos...*, *ob.cit.*, p.507; COSTA, Almeida\Pinto, MONTEIRO, *ob.cit.*, p.22; CORREIA, Ferrer, *ob.cit.*, p.247, entre outros.

<sup>34</sup> PATRÍCIO, José Simões, *ob.cit.*, pp. 698 a 700.

<sup>35</sup> Questão que, nos dias de hoje, já se encontra ultrapassada. A doutrina e a jurisprudência são praticamente unânimes em relação à existência de causa na garantia autónoma “*on first demand*”.

<sup>36</sup> Ver artigo 458º do CC.

os riscos que esta figura pode acarretar, *maxime* para o devedor do contrato-base, além de que é substancialmente mais cara, em comparação com outro tipo de garantias.

Com a inclusão de uma cláusula “*on first demand*” atinge-se o apogeu da segurança: deixa de existir o ónus da prova dos pressupostos do direito de crédito do beneficiário. Contudo, importa alertar: o facto de o credor ficar dispensado de provar o seu direito ao crédito, não significa que o mesmo possa não existir. De todo o modo, constitui um risco.

Por outras palavras, com a inclusão de uma cláusula “*on first demand*” torna-se permissível ao credor exigir ao garante a sua prestação, sem qualquer verificação dos pressupostos do seu direito de crédito.<sup>37</sup> E o garante, por seu turno, resta-lhe apenas entregar ao credor a quantia determinada, assim que este último o interpele. O garante paga *sem qualquer discussão, de olhos fechados*.

Mas será assim tão linear? Não existirá limites à automaticidade e à autonomia da garantia autónoma? Resposta que tentaremos dar no ponto 7 da presente dissertação.

---

<sup>37</sup> Relembre-se que para efeitos da presente análise estamos a trabalhar com a garantia autónoma *on first demand* sem ser acompanhada de prova documental.

## 4.1 A relação jurídica entre o devedor e o credor

Como começamos por identificar no início da nossa análise, não existem dúvidas de que a garantia autónoma é uma *figura triangular*, surgindo da mesma três relações jurídicas distintas entre si.

A primeira será, evidentemente, a relação que se estabelece entre o credor e o devedor principal. Daqui surge o contrato-base, a relação jurídica principal.

Da relação estabelecida entre estes dois sujeitos, o credor e o devedor principal, o devedor obriga-se, desde logo, a conseguir que alguém, na maioria dos casos um banco “*de sólida reputação internacional*”<sup>38</sup>, possa garantir o pontual cumprimento da sua obrigação e fá-lo, claramente, a favor do credor.

Aqui começamos de imediato a identificar sinais do futuro contrato de garantia autónoma.

---

<sup>38</sup> CORTEZ, Francisco, *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas* -, Revista da Ordem dos Advogados, ano 52, 1992, p. 524.

## 4.2 A relação jurídica entre o devedor do contrato-base e o garante

A segunda relação jurídica tem como intervenientes o devedor principal e o garante. Ora, nesta relação, o garante obriga-se perante o devedor principal, mediante retribuição, a celebrar com o credor o contrato de garantia autónoma.

Isto é, o devedor principal encarrega o garante de celebrar um contrato de garantia autónoma com o credor beneficiário. Estamos cada vez mais próximos do tão esperado contrato de garantia autónoma.

Mas, afinal, qual a natureza jurídica do contrato celebrado entre o devedor principal e o garante?

A doutrina maioritária<sup>39</sup> aceita pacificamente que estamos na presença de um mandato sem representação, opinião essa que abraçamos.

Contudo, outrora, colocou-se a hipótese de estarmos na presença de uma assunção de dívida ou, até, de um contrato a favor de terceiro. Não cremos que a natureza jurídica da relação aqui em causa se reconduza a nenhuma dessas figuras, pelas razões que iremos enunciar.

Ora, tomando de empréstimo o entendimento do saudoso ANTUNES VARELA<sup>40</sup>, a assunção de dívida<sup>41</sup> define-se pela “operação pela qual um terceiro “assuntor” se obriga perante o credor a efetuar a prestação devida por outrem”. Isto é, nesta figura jurídica, assiste-se a uma alteração na pessoa do devedor, passando a ser este terceiro, mas sem qualquer alteração na obrigação assumida por este último. Em suma: o terceiro “assuntor” obriga-se nos mesmos termos que o antigo devedor.

Parece-nos claro que não podemos reconhecer na relação estabelecida entre o devedor principal e o garante a existência de uma assunção de dívida. Isto porque, tal como fomos expondo ao longo da presente análise, a obrigação assumida pelo garante é distinta da obrigação assumida pelo devedor principal. O garante assume, perante o credor beneficiário, uma obrigação própria.

---

<sup>39</sup> COSTA, Almeida / Pinto, MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 19; PINHEIRO, Jorge Duarte, *ob.cit.*, p. 434; CORTEZ, Francisco, *ob.cit.*, p. 526, entre outros.

<sup>40</sup> VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II., Almedina, 2012, 7ª Reimpressão da 7ª Edição de 1997, p.361.

<sup>41</sup> Ver artigo 595º e ss. do CC.

Por outro lado, o contrato a favor de terceiro é aquele em que uma das partes (promitente) assume perante outra (promissário) a obrigação de efetuar uma prestação a favor de terceiro, estranho ao negócio.<sup>42</sup>

Assim sendo, este terceiro tem direito à prestação independentemente da sua aceitação. Ora, no contrato a favor de terceiro “é atribuído um benefício a um terceiro, a ele (contrato) estranho, que adquire um direito próprio a essa vantagem”.<sup>43</sup>

Ora, não é o que se passa na garantia autónoma. O direito do credor beneficiário no contrato autónomo de garantia face ao banco garante não decorre do contrato celebrado entre o devedor principal e o garante. Na relação estabelecida entre o devedor principal e o garante não surge qualquer direito para o credor beneficiário.

Alias, se assumíssemos que a relação entre o dador da ordem e o garante se consubstancia num contrato a favor de terceiro, seria impossível explicar a autonomia inerente ao contrato de garantia autónoma e, por conseguinte, a inoponibilidade, pelo garante ao beneficiário, das exceções relativas ao contrato celebrado entre si e o devedor principal. Isto porque, de acordo com o artigo 449º do CC, no contrato a favor de terceiro são oponíveis ao terceiro, por parte do promitente, todos os meios de defesa relativos do contrato celebrado com o promissário.<sup>44</sup>

Em suma, e fazendo nossas as palavras de FRANCISCO CORTEZ<sup>45</sup>, “(...) como a garantia autónoma nasceria diretamente deste contrato a favor de terceiro, o famoso contrato de garantia deixaria de existir...”.

Posto isto, não existem dúvidas que o contrato celebrado entre o devedor principal e o banco garante é um mandato sem representação.

Da quase unanimidade encontrada na doutrina no que concerne à qualificação da relação *in casu* como um mandato sem representação, diverge a posição adotada por GALVÃO TELLES<sup>46</sup>, pelo que urge expô-la.

Ora, este autor afirma o seguinte:

*o banco que presta a garantia autónoma não faz qualquer pagamento como mandatário de outrem [ao contrário do que acontece na abertura de crédito documentário em que o banco paga por conta do comprador embora em nome próprio (mandato sem representação)], mas a título de garante de determinado contrato.*

---

<sup>42</sup> Artigo 443º, nº 1, do CC.

<sup>43</sup> CAMPOS, Diogo Leite, *Contrato a favor de terceiro*, Almedina, 1980, p.13.

<sup>44</sup> JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, p.52.

<sup>45</sup> CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, p.527, nota 38.

<sup>46</sup> TELLES, Inocêncio Galvão, *Garantia Bancária...*, *ob.cit.*, pp. 289 e ss.

Descreve-o, ainda, como sendo “o contrato pelo qual o banco se obriga perante o dador da ordem, mediante retribuição a prestar-lhe o serviço de fornecer a garantia pretendida”.

Creemos que este autor assume a opinião de que estamos perante um contrato de prestação de serviços, inibindo-se de o incluir na modalidade de contrato de mandato.<sup>47</sup>

Tomando de empréstimo as palavras de PESSOA JORGE<sup>48</sup>

*a prestação do mandatário, mesmo quando envolve a prática de atos materiais, tem por objeto fundamental um ato jurídico, uma declaração de vontade destinada a produzir efeitos de direito; pelo contrário, o contrato de prestação de serviços visa a realização de uma atividade de carácter material, em que os atos jurídicos, se os houver, não constituem o seu elemento principal.*

Ora, não existem dúvidas que o garante se obriga à celebração de um contrato, o contrato de garantia autónoma, pelo que se reconduz ao exercício de um ato jurídico, sendo esse o objeto principal do contrato de mandato.

Seguimos, assim, a doutrina dominante que reconhece nesta relação a existência de um mandato sem representação.

Veja-se que o mandato, em termos gerais, tal como estipulado no artigo 1157º do Código Civil, “é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais atos jurídicos por conta da outra”, e, em termos particulares, no mandato sem representação, diz-nos o artigo 1180º que o “mandatário, se agir em nome próprio, adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes dos atos que celebra, embora o mandato seja conhecido dos terceiros que participem nos atos ou sejam destinatários destes.”

Parece-nos que é precisamente isto que se passa na relação entre o devedor principal e o garante.

O devedor principal encarrega o garante de celebrar com o credor o contrato de garantia autónoma e, nesse contrato, o garante assume uma obrigação própria, perfeitamente autónoma. Creemos que se dúvidas existiam quanto à qualificação da relação estabelecida entre estes dois intervenientes, não mais existem.

---

<sup>47</sup> CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, p.526.

<sup>48</sup> JORGE, Pessoa, *O Mandato Sem Representação*, Edições Ática, 1961, p. 229.

### 4.3 Relação jurídica entre o garante e o credor/beneficiário: o exercício de um direito potestativo?

Finalmente, o tão aguardado contrato de garantia autónoma.

Por força do contrato de mandato sem representação, celebrado entre o devedor principal (mandante) e o garante (mandatário), este último obriga-se a celebrar com o credor beneficiário o contrato de garantia autónoma.

Ora, neste contrato de garantia autónoma, o garante obriga-se perante o credor a entregar uma soma pecuniária determinada, ou até ao limite de certo montante, logo que este último o interpele para tal, isto no contrato de garantia autónoma com a cláusula “*on first demand*”, figura com que nos ocuparemos, para efeitos da presente análise.<sup>49</sup>

É precisamente nesta terceira relação jurídica, que emerge o contrato de garantia autónoma, que iremos direccionar o nosso pensamento, expondo, numa primeira fase, as características dessa mesma relação e, numa fase posterior, elaborando uma reflexão sobre estas, tentando, ainda que se nos afigure uma tarefa *arriscada*, apresentar um conjunto de conclusões.

Voltando à análise a que nos propusemos, cremos que dúvidas não existem que estamos na presença de um contrato, ainda que com carácter unilateral, não sinalagmático<sup>50</sup>. Veja-se que, efetivamente, o contrato autónomo de garantia apenas cria obrigações para uma das partes, o garante, sendo esta a entrega da soma pecuniária, tendo como correlativo o direito de crédito do credor beneficiário.

Não aderimos à tese da doutrina minoritária que considera o contrato de garantia autónoma como um negócio jurídico unilateral. Veja-se que, de acordo com o artigo 457º do CC, aos negócios jurídicos unilaterais encontra-se ligado o princípio da tipicidade, pelo que, se considerássemos o contrato autónomo de garantia como um negócio jurídico

---

<sup>49</sup> No caso de se tratar de um contrato de garantia autónoma simples, o credor teria de provar o incumprimento dos deveres da relação jurídica subjacente, o que não se verifica com a inclusão de uma cláusula “*on first demand*”. Note-se, ainda assim, que não nos ocuparemos da garantia autónoma “*on first demand*” acompanhada de justificação documental. O núcleo de trabalho tem em vista somente a garantia “*on first demand*” como pedido puro, simples e imotivado.

<sup>50</sup> Neste sentido, TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual dos Contratos...*, *ob.cit.*, p. 512; COSTA, Almeida/Pinto, MONTEIRO *ob.cit.*, p. 19; PINHEIRO, Jorge Duarte, *ob.cit.*, p.430, entre outros. Aliás, é caso para dizer que este é o entendimento geral dos autores.

unilateral, teríamos, forçosamente, de recusar a sua admissibilidade no ordenamento jurídico português, uma vez que este é um negócio jurídico atípico.<sup>51</sup>

Ora, sendo o contrato autónomo de garantia um negócio jurídico atípico, por não ser no nosso ordenamento jurídico, e não só, regulado diretamente pela lei, não possui exigências de forma, o que nos leva à aplicação do artigo 219º do CC, permitindo a este contrato, tão arriscado e tão complexo, a liberdade de forma.

Esta preocupação que acima expusemos encontra abrigo nos pensamentos de MENEZES LEITÃO<sup>52</sup>. Segundo este autor, em virtude do risco inerente a este tipo de contrato, torna-se imperativa a existência de um documento escrito, no que concerne à declaração do vinculado à garantia autónoma, o garante. Por outro lado, em relação à declaração de aceitação por parte do credor, o autor já não considera o mesmo grau de exigência, opinião essa que abraçamos, até porque, nas mais das vezes, a declaração do credor será tácita, ou seja, o contrato fica concluído, “logo que a conduta da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta.”<sup>53</sup> Contudo, e indo ao encontro do entendimento de MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES<sup>54</sup>, esta dispensa de declaração expressa de aceitação não é sinónimo de dispensa de aceitação.

Note-se, todavia, que a inexistência de um documento escrito no que concerne à declaração do garante não acarreta a nulidade da mesma, uma vez que, como referido supra, o contrato de garantia autónoma não possui exigências de forma, contudo, a nosso ver, será sempre mais seguro a presença de um documento.

Perante todas estas características que enunciamos relativamente à relação que se estabelece entre o credor e o garante, o nosso foco direciona-se inevitavelmente para uma em especial: a automaticidade inerente à cláusula “*on first demand*”.

Muitas foram as questões que nos surgiram aquando do estudo desta tão invulgar característica. O nosso processo de pensamento foi, talvez, o comum. Começamos por *estranhar* a sua existência e, posteriormente, de a *entranhar*, com as devidas reservas.

Mas as dúvidas e confusões persistem. Trataremos de as expor.

A presença de uma cláusula à primeira interpelação no contrato autónomo de garantia, coloca o Banco garante numa posição quase de sujeição, como se, por alguma razão (que até então se desconhece!), o direito do credor beneficiário de acionar a garantia tivesse a

---

<sup>51</sup> CORTEZ, Francisco, *ob.cit.*, p. 530.

<sup>52</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Garantias das Obrigações*, Almedina, 2012, 4ª Edição, p. 127.

<sup>53</sup> Artigo 234º do CC.

<sup>54</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa, *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação do fiador*, Almedina, 2000, p. 388.

natureza de um direito potestativo. Neste sentido, nas palavras de JANUÁRIO GOMES<sup>55</sup>, a este poder potestativo do beneficiário “corresponde, da parte do garante, uma sujeição: a constituição no dever de honrar a garantia, ou seja, do dever de pagar.”<sup>56</sup>

Note-se, todavia, que o garante poderá obstar à situação de “sujeição”, recusando-se a pagar, lançando mão dos (*escassos*) fundamentos que lhe permitem tal atitude, como veremos mais à frente.<sup>57</sup>

Todavia, e ainda que possamos compreender a posição do sábio JANUÁRIO GOMES, não cremos que o garante se encontre numa situação de sujeição. Veja-se que, a obrigação do garante já existia, tornando-se exigível aquando interpelação do credor, de forma desmotivada, como fomos expondo ao longo da nossa análise, precisamente porque fora assim estabelecido no contrato de garantia autónoma. Isto é, o pagamento à primeira interpelação é uma das particularidades inerentes ao contrato de garantia autónoma “*on first demand*”, particularidade essa aceite e reconhecida pelas parte.

Concretizando: só poderíamos falar de uma situação de sujeição no caso da obrigação do garante nascer aquando a interpelação do credor, o que não acontece.

Ora, com esta cláusula aposta no contrato de garantia autónoma, o credor está seguro de que irá receber a prestação do garante, independentemente de qualquer controvérsia que possa existir entre este último e o devedor do contrato-base. Aliás, e entre nós parece-nos ser o benefício mais gritante para o credor, este último exige a prestação da garantia sem ter o ónus de provar os fundamentos da sua pretensão.

Veja-se, *com clareza*, o que se passa.

Em virtude da cláusula “*on first demand*”, o credor pode, de forma *automática*, *desmotivada*, *potestativa*, interpelar o garante a cumprir.

Mas, note-se, o garante de uma garantia autónoma, seja ela simples ou à primeira solicitação, assume uma obrigação diferente da obrigação assumida pelo devedor da primeira relação jurídica, fruto do contrato celebrado pelo credor beneficiário e o devedor principal.

Isto é, não cumpre ao garante garantir a dívida alheia, *in casu*, do devedor do contrato-base. Tal obrigação é-lhe totalmente alheia. O compromisso assumido pelo garante de uma garantia autónoma é, notoriamente, distinto do compromisso levado a cabo pelo

---

<sup>55</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa, *Estudos de Direito das Garantias, Volume II*, Almedina, 2010, p. 182.

<sup>57</sup> *Idem*.

fiador, ou, até, de um avalista. O garante de um contrato de garantia autónoma responsabiliza-se por assegurar o interesse do credor e não, por outro lado, pelo pagamento de uma dívida alheia do garantido<sup>58</sup>.

Ora, tomando de empréstimo as palavras do ilustre MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES<sup>59</sup>, a função da garantia autónoma

*não é garantir o cumprimento da obrigação do devedor principal (como, ao invés, acontece na fiança, onde o fiador garante o cumprimento de um débito de outrem, obrigando-se a realizar uma prestação de conteúdo idêntico à do devedor principal) mas a de assegurar a satisfação do interesse económico do beneficiário.*

Surge de imediato a questão: qual a natureza jurídica da obrigação do garante? Qual a gênese daquilo a que o garante se obriga? Trataremos de expor o nosso pensamento sobre tal quesito no ponto 5 da presente análise.

Em suma, tornando-se claro que a obrigação assumida pelo garante é substancialmente diferente da obrigação do garantido, afigura-se-nos mais admissível a inclusão de uma cláusula *on first demand*, uma vez que, a obrigação contraída pelo garante não está dependente do incumprimento do devedor principal para se tornar exigível.

A exigibilidade da obrigação contraída pelo garante depende apenas de uma coisa: da *vontade do credor*.

Esta modalidade de garantia certamente eleva ao mais alto nível o benefício atribuído ao credor; contudo, simetricamente, também eleva exponencialmente os riscos práticos para o devedor do contrato-base. Por tal motivo, a doutrina e a jurisprudência esforçaram-se por relativizar a autonomia e a automaticidade inerente à garantia autónoma à primeira solicitação. Todavia, com muitas reservas, como se verá mais adiante.

---

<sup>58</sup> Neste sentido, **Ac. do TRL de 03/04/2014**, que refere “O garante, perante o credor, responsabiliza-se pelo pagamento de uma obrigação própria e não pelo cumprimento de uma dívida alheia (do garantido); não se trata de garantir o cumprimento da obrigação do devedor, mas antes de assegurar o interesse do credor beneficiário de tal garantia.”

<sup>59</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa, *Estudos de Direito Das Garantias...*, ob.cit., p. 144.

## 5. A natureza jurídica da obrigação do garante no contrato de garantia autónoma: um *plus* de garantia

Como já tivemos oportunidade de expor atrás, a questão da natureza jurídica da obrigação do garante é um tema que também urge discutir.

Iniciaremos por uma desconstrução da obrigação a que o banco garante se encontra adstrito.

Ora, o objeto imediato desta relação jurídica consiste na entrega de uma determinada quantia pecuniária<sup>60</sup> e, por outro lado, o próprio dinheiro a ser entregue constitui o objeto mediato.

Contudo, tendo sido fácil a identificação do objeto da obrigação do garante, o mesmo não se verifica no que toca à natureza jurídica da mesma.

Grande parte da doutrina entende que a obrigação tem natureza indemnizatória. Ora, de acordo com a linha de pensamento desta tese, o garante assegura ao credor certo resultado e, por conseguinte, responsabiliza-se de forma objetiva pela não verificação do mesmo. Isto é, “a obrigação a que se vincula é, assim, verdadeiramente indemnizatória, sendo assumida mesmo que o incumprimento não seja imputável ao devedor por resultar de uma circunstância fortuita ou de força maior”<sup>61</sup>.

No mesmo sentido, MÓNICA JARDIM entende que a obrigação assumida pelo garante tem natureza indemnizatória, uma vez que, este último, “não se obriga a produzir o resultado que assegura, mas sim reparar um dano que a outra parte sofra.”<sup>62</sup>

De acordo com a nossa perspetiva, esse entendimento não procede. Por tal motivo, afigura-se-nos importante revisitar a obrigação de indemnização.

Ora, considerarmos que a obrigação do garante é uma obrigação de indemnização, significa que certos pressupostos terão de se verificar, sendo estes: o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

Sabemos, contudo, que a doutrina que defende o carácter indemnizatório da obrigação do garante vem invocar a presença de uma responsabilidade objetiva, pelo que prescinde de um dos requisitos: a culpa. Todavia, todos os outros terão de se verificar para que se possa falar de uma obrigação de indemnização.

---

<sup>60</sup> Note-se que a obrigação do garante será sempre uma prestação pecuniária, ainda que obrigação decorrente do contrato-base seja de outra natureza.

<sup>61</sup> CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, p. 588.

<sup>62</sup> JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, pp. 230 e 231.

Não podemos negar, contudo, a função da obrigação de indemnização: a reparação de um dano, independentemente de estarmos na presença de uma responsabilidade objetiva ou subjetiva. Concretizando, “não existe constituição da obrigação de indemnização se não se verificar um dano”.<sup>63</sup>

Por conseguinte, considerando que a obrigação do garante tem caráter indemnizatório, qual é o dano que pretende reparar? Qual foi o prejuízo sofrido pelo beneficiário?

Não conseguimos dar resposta às perguntas acima expostas, isto porque, na nossa opinião, não existe qualquer dano, nem qualquer prejuízo sofrido pelo beneficiário e, a existir, nunca seriam imputáveis ao garante.

Note-se que assistimos não só uma subtração de certos pressupostos da obrigação de indemnização, como também a uma mudança da mesma. Em primeiro lugar, inexistente a necessidade de culpa do devedor e fixa-se previamente o *quantum* indemnizatório, como se de uma cláusula penal se tratasse. Em segundo lugar, não se apura a existência de um dano e, ao mesmo tempo, não se verifica qualquer prejuízo sofrido pelo beneficiário. E, por último, (e talvez o mais chocante!) esta obrigação de indemnizar apresenta-se totalmente independente da obrigação principal.

É caso para dizer, com o devido respeito, que a autonomia inerente a este tipo de garantia é mágica, fazendo nascer uma obrigação de indemnização sem se verificar qualquer um dos pressupostos da mesma.

Ora, tomando de empréstimo a exposição de FRANCISCO CORTEZ<sup>64</sup>, o contrato autónomo de garantia consegue uma tripla vantagem:

*fazer o devedor responder – indiretamente através do garante que tem depois direito de regresso – ainda que o incumprimento não lhe seja imputável mas devido a circunstâncias fortuitas ou de força maior, recolhendo assim as vantagens da cláusula de garantia; operar uma liquidação prévia do dano dispensando o credor da sua prova, fazendo assim sua uma vantagem própria da cláusula penal; e finalmente, tornar, na prática independentes a obrigação principal de prestar e a obrigação de indemnização.*

No mesmo sentido, PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE<sup>65</sup>, consideram que “a garantia autónoma tem sido mais frequentemente usada como caução de uma eventual indemnização derivada do incumprimento contratual...”.

---

<sup>63</sup> LEITÃO, Menezes, *Direito das Obrigações...*, ob.cit., pp. 245 e 246.

<sup>64</sup> CORTEZ, Francisco, *ob. cit.*, p.589.

<sup>65</sup> MARTINEZ, Pedro Romano/ Pedro Fuzeta da, PONTE, *Garantias do cumprimento*, Almedina, p.51.

Também ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO<sup>66</sup> entendem que na garantia autónoma o garante assegura ao credor um resultado, assumindo o risco da sua não produção. Ora, mais uma vez também estes autores reconhecem o carácter indemnizatório da obrigação do garante.

Ora, ainda que seja possível admitir a existência de uma obrigação de indemnização que se afasta das regras gerais, isto é, uma obrigação de indemnização em que o incumprimento não é imputável ao devedor, por se prescindir do requisito da culpa; ou que a quantia a entregar ao lesado seja previamente estabelecida e, por isso, teríamos uma indemnização calculada de forma abstrata, desligada do dano efetivamente sofrido, como é o caso da cláusula penal, não podemos aceitar a existência de uma obrigação de indemnização sem a existência de um prejuízo sofrido pelo credor, prejuízo esse que teria, necessariamente, de ser causado pelo garante, na medida em que este último assume uma obrigação própria perante o beneficiário.

É por todas estas razões que não conseguimos entender como se pode imputar um carácter indemnizatório à obrigação do garante.

Ora, para ser passível de impor a alguém, *in casu*, ao garante, o dever de indemnizar, será sempre necessário que os prejuízos lhe sejam imputáveis. Cremos que tal não se verifica.

Ademais, note-se que do dever de prestar se assiste a uma evolução para o dever de indemnizar. Significa que, incumprido o dever de prestar, dever esse primário, surge o dever de indemnizar, dever esse secundário. O dever de indemnizar será sempre um sucedâneo do dever de prestar<sup>67</sup>.

Contudo, quem entende estarmos na presença de uma obrigação de indemnização, pretende inculcar a ideia de uma independência do dever de prestar do dever de indemnizar. Isto é, o dever de prestar caberia ao devedor do contrato-base, ao passo que o dever de indemnizar caberia ao garante.

Ora, não conseguimos acompanhar este entendimento. O dever de indemnizar só será imputável ao devedor na hipótese de lhe ser imputável o prejuízo que emerge do incumprimento do dever de prestar. Concretizando: só poderíamos atribuir a natureza indemnizatória à obrigação do garante, se este último incumprisse a sua obrigação para com o beneficiário, ou seja, o seu dever de prestar, visto que, e perdoe-se-nos a insistência, o garante assume uma obrigação própria!

---

<sup>66</sup> COSTA, Almeida/MONTEIRO, Pinto, *ob. cit.*, p.16.

<sup>67</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa, *Estudos de Direito Das Garantias...*, *ob.cit.*, p.33.

Urge clarificar que estamos cientes da possibilidade de uma obrigação ser, na sua gênese, uma obrigação de indemnização, isto é, não ter de ser, obrigatoriamente, um sucedâneo do dever de prestar, mas assumir-se, *ab initio*, como uma obrigação de indemnização.

De facto, tal realidade não é impossível de conceber, basta-nos pensar no contrato de seguro em que uma das partes (o segurador) se obriga, contra o pagamento de certa importância (prémio), a indemnizar um terceiro, pelos prejuízos resultantes da verificação de determinados riscos. Aqui, a obrigação do segurador assume uma natureza puramente indemnizatória.

De todo o modo, também estamos esclarecidos que não é essa a natureza da obrigação assumida pelo garante no contrato autónomo de garantia.

Contra a tese por nós defendida, vêm os defensores da natureza jurídica indemnizatória da obrigação do garante dizer que se trata de uma responsabilidade objetiva e, por tal motivo, não depende de culpa do devedor principal. Por conseguinte, o garante terá de responder, ainda que o incumprimento não seja imputável ao devedor.

Também não procede.

Ora, não está aqui em causa tratar-se de uma responsabilidade objetiva ou subjetiva. Trata-se, na verdade, de não ser possível atribuir a obrigação de indemnizar ao garante, uma vez que nenhum dano lhe é imputável. Isto é, em sede da qualificação da natureza jurídica da obrigação do garante, é totalmente irrelevante se o possível incumprimento do devedor do contrato-base depende ou não de culpa, isto porque nada disso tem influência no tipo de obrigação a que o garante está adstrito! E não influencia, e mais uma vez urge repetir, na medida em que a obrigação do garante é autónoma em relação à obrigação do devedor principal. E, sendo isto verdade, que sentido faria qualificarmos a obrigação do garante através de contingências da relação jurídica estabelecida entre o credor e o devedor principal?

Parece-nos, com o devido respeito, que nenhum destes aspetos é cabalmente explicado pela doutrina dominante.

Na verdade, esta estabelece como máxima que o garante não poderá opor ao beneficiário qualquer circunstância relativa à relação jurídica entre o credor e o devedor principal. Ao mesmo tempo, porém, atribui natureza indemnizatória à obrigação do garante com base no incumprimento do devedor principal, incumprimento esse relativo à relação jurídica entre este último e o beneficiário.

Ao mesmo tempo que entende que a obrigação do garante é de índole indemnizatória, aceita pacificamente que a obrigação do garante é própria, ou seja, autónoma da do devedor principal.<sup>68</sup> Ora, mais uma vez com o devido respeito, parece que estamos perante um paradoxo difícil de explicar.

Ademais, e para dificultar ainda mais as coisas, encontramos na doutrina e na jurisprudência a ideia de que a soma pecuniária que o garante se obriga a entregar a favor do credor, se traduz na fixação de uma indemnização antecipada. *Melhor dizendo*, numa cláusula penal.

Veja-se, nesse sentido, o aresto do Tribunal da Relação de Lisboa de 14/12/2010 ((Processo nº 5165/06.5TVLSB.L1-2, Relator: Ana Paula Boularot) que admite expressamente que a garantia autónoma à primeira solicitação e a cláusula penal desempenham a mesma dupla função: ressarcitória e coercitiva. Refere, ainda, que

*ambas fixam à partida a indemnização a prestar no caso de incumprimento, ou de cumprimento inexato (através dela as partes pré-avaliam e liquidam o dano de uma forma «forfaitaire» e preventiva) – com a imediata satisfação daquela indemnização no caso da garantia –, e, por outro lado, ambas atuam como meio de pressão ao exato e pontual cumprimento da obrigação.*

Também a doutrina italiana, na voz de LUCIANO PONTIROLI<sup>69</sup>, admite que as partes do contrato base, o devedor principal e o credor, tendo como objetivo cobrir o risco do contrato, convencionam sanções aplicáveis independentemente da prova de incumprimento por parte do devedor, acordando que esse pagamento deverá ser efetuado por um terceiro, *in casu*, o garante. Isto é, para este autor, o garante de uma garantia autónoma paga o que era devido pelo devedor do contrato-base, por força de uma cláusula penal.

Ora, vejamos, de forma muito breve, em que consiste a cláusula penal.

De acordo com os ensinamentos de PINTO MONTEIRO<sup>70</sup>,

*A cláusula penal é a estipulação mediante a qual as partes convencionam antecipadamente – isto é, antes de ocorrer o facto constitutivo de responsabilidade – uma determinada prestação, normalmente, uma quantia em dinheiro, que o devedor*

---

<sup>68</sup> Atente-se, neste sentido, nas palavras de MÓNICA JARDIM, *ob.cit.*, p. 181, “ **O garante assume uma obrigação de indemnização baseada na responsabilidade objetiva, obrigação essa que é própria e dista 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 indemnizar) (...)**”. (Sublinhado nosso).

<sup>69</sup> PONTIROLI, Luciano, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore – Un contributo alla lettura del sistema*, Le monografie di Contratto e impresa. Serie diretta da Francesco Galgano. CEDAM-PADOVA, 1992, pp. 63 e ss.

<sup>70</sup> MONTEIRO, Pinto, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Almedina, 2003, Reimpressão da Obra Publica em 1985, p.136.

*deverá satisfazer ao credor em caso de não cumprimento, ou de não cumprimento perfeito (maxime em tempo) da obrigação.*

Importa, ainda, atentar no que explica o autor citado, quando refere que o “devedor só incorre na pena caso tenha procedido com culpa.”<sup>71</sup>

Ora, não nos parece que a obrigação do garante se traduza numa indemnização antecipada. Aliás, como referiu PINTO MONTEIRO, essa quantia pecuniária fixada antecipadamente, apenas será exigível ao devedor se, e no momento, do não cumprimento ou do não cumprimento perfeito. E mais, como afirma PINTO MONTEIRO<sup>72</sup>, “(...) com a cláusula penal (...) parece não poder recusar-se a uma natureza *mista*: indemnizatória e sancionatória”. Parece-nos evidente que pelo menos no que concerne à função sancionatória, a culpa será um elemento essencial, ou seja, a exigibilidade da cláusula penal pressupõe a existência de um incumprimento culposos.

Vejam os.

Em primeiro lugar, e parece-nos que nunca será demais frisar, a obrigação do garante é autónoma em relação à obrigação do devedor do contrato-base. Este assume uma obrigação própria, o que o impede, desde logo, de assumir a responsabilidade por algo que lhe é alheio. Questionamo-nos como se pode entender a obrigação do garante como uma obrigação de indemnização, sob a forma de uma cláusula penal ou não, quando nos estamos a referir a uma obrigação que não é acessória da obrigação do devedor principal.

Veja-se que, no caso das garantias clássicas, como a fiança e o aval, a obrigação do garante tem, precisamente, a natureza jurídica de garantia. A diferença, no caso das garantias autónomas, é a autonomia dessa obrigação em relação ao contrato-base e, em virtude de tal autonomia, o garante não assume o cumprimento de uma dívida alheia, mas o de assegurar o interesse económico do beneficiário. De todo o modo, e no nosso entendimento, tal tem, notoriamente, uma função de garantia e não de indemnização.

Partilhamos a opinião versada no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 03/04/2014 (Processo nº 5063/11.0TBOER.L1-6, Relator: Ana Lucinda Cabral) quando considera existir uma confusão de institutos entre a garantia autónoma e a cláusula penal, acrescentando o seguinte:

*a garantia bancária em apreciação só pode ser entendida como um aumento de garantia de cumprimento das obrigações contratuais, traduzido na intervenção de um Banco que se obriga, prima facie, a pagar determinada quantia estipulada. Não podemos admitir que a garantia autónoma traduza a fixação de uma indemnização*

---

<sup>71</sup> MONTEIRO, Pinto, *Cláusula Penal e Indemnização*, ob.cit., p.683.

<sup>72</sup> MONTEIRO, Pinto, *Cláusulas Limitativas...*, ob.cit., p.147.

*antecipada, mas sim um acréscimo de garantia em relação à garantia que é património do devedor.*

No mesmo sentido, veja-se o aresto do Tribunal da Relação do Porto de 16/05/2017 (Processo nº 1614/13.4TJPRT.P1, Relator: Márcia Portela) que também assume a clara distinção entre a garantia autónoma e a cláusula penal, afirmando que “a garantia bancária *“on first demand”* é uma garantia pessoal que reforça a garantia geral das obrigações, não configurando uma fixação antecipada do dano.”

Posto isto, e não obstante já o tendo demonstrado ao logo do presente capítulo, não podemos concordar que o garante se obrigue a uma obrigação de indemnização que, uma vez estipulada antecipadamente, seria configurada como uma cláusula penal.

Temos de ter presente, no nosso raciocínio jurídico, que o garante apenas se responsabiliza pelo pagamento de uma obrigação própria, este não se responsabiliza pelo incumprimento da obrigação do devedor do contrato-base. Aliás, tal afigura-se-nos inconcebível, uma vez que o garante se encontra totalmente alheio à relação que se estabelece entre o beneficiário e o devedor/mandante. É importante nunca olvidar que a obrigação do garante não se subordina à obrigação do devedor do contrato-base!

Neste sentido, perguntamos: como podemos aceitar, pacificamente, que a natureza jurídica da obrigação do garante seja de cariz indemnizatório?

Ora, com todo o respeito pelos defensores dessa tese, não podemos e não devemos acolher tal entendimento!

Aquilo que o garante se obriga tem a natureza jurídica de garantia, apesar de ser uma obrigação autónoma à do devedor do contrato-base. É um *plus* de garantia, e nada mais.

## 6. O direito do garante após a prestação da garantia: sub-rogação ou direito de reembolso?

Tendo o garante entregue ao credor a quantia pecuniária fixada terá, naturalmente, direito ao reembolso, reembolso esse que será levado a cabo pelo devedor do contrato-base.

Ora, este direito de reembolso também será efetuado à primeira solicitação, ou seja, o devedor não poderá opor ao garante exceções relativamente ao seu crédito com o beneficiário, devendo, por seu turno, entregar a quantia automaticamente ao garante.

Note-se que, como foi exposto anteriormente, entre o devedor principal e o garante estabelece-se um mandato sem representação e, nos termos do artigo 1182º do Código Civil, o mandante deverá reembolsar o mandatário do que este houver despendido no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de mandato.

Contudo, e erroneamente, parece-nos, alguma doutrina parece utilizar de forma indiscriminada a expressão direito de reembolso e sub-rogação, o que (disso não há dúvidas) são direitos diferentes. Ou, outros, assumem perentoriamente que estamos perante o instituto da sub-rogação, o que não podemos concordar, pelas razões que apresentaremos.

Veja-se, a título de exemplo, MENEZES LEITÃO<sup>73</sup>, que refere, relativamente à garantia autónoma, que “após efetivação da garantia, fica naturalmente o garante sub-rogado nos direitos que o beneficiário tinha contra o garantido, nos termos do art.º 592º.”

Ora, a sub-rogação<sup>74</sup> consiste na

*situação que se verifica quando, cumprida uma obrigação por terceiro, o crédito respetivo não se extingue, mas antes se transmite por defeito desse cumprimento para terceiro que realiza a prestação ou forneceu os meios necessários para o cumprimento.*<sup>75</sup>

Isto é, com sub-rogação o sub-rogado torna-se titular do mesmo direito de crédito que pertencia ao credor primitivo, isto porque, realizou a prestação devida pelo devedor. Assiste-se, na sub-rogação, uma identidade do vínculo obrigacional.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações...*, ob.cit., p.342.

<sup>74</sup> Artigos 589º e ss. do CC.

<sup>75</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações...*, ob.cit., p.33.

<sup>76</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa, *Assunção fidejussória...*, ob.cit., p.887.

Por outro lado, no direito de reembolso surge um direito *ex novo* na esfera jurídica daquele à custa de quem a relação se considerou extinta.<sup>77</sup>

Parece-nos que se torna claro, após a explicitação do que é a sub-rogação, que não é isso que se passa na garantia autónoma.

Na garantia autónoma, como tivemos oportunidade de expor ao longo da nossa dissertação, o garante assume uma obrigação própria, não subordinada à obrigação do devedor principal. Assim sendo, o garante não cumpre a obrigação do devedor, ele cumpre, por outro lado, uma obrigação própria. Logo, em momento algum, poderia o garante tornar-se titular do mesmo direito de crédito do beneficiário, uma vez que o garante nunca se obriga ao cumprimento da obrigação assumida pelo devedor principal.

Relembre-se que entre o devedor e o garante se celebra um contrato de mandato e, segundo o artigo 1157º do CC, o mandato é “o contrato pelo qual alguém se obriga a praticar um ou mais atos jurídicos por conta da outra”. Mais especificamente, celebram um mandato sem representação, ou seja, ainda que seja por conta do mandante, o mandatário age em nome próprio.<sup>78</sup>

Ora, neste sentido, repare-se que o artigo 1167º al. b) do CC estabelece, como obrigação do mandante, o dever de “reembolsar o mandatário das despesas feitas que este fundadamente tenha considerado indispensáveis, com juros legais desde que foram efetuadas.”

Neste sentido, e se dúvidas não existem quanto à qualificação da relação entre o devedor principal e o garante como um mandato sem representação, entendemos que o garante tem direito ao reembolso, direito esse que decorre do regime do contrato de mandato.<sup>79</sup>

Por tal motivo, “o garante terá direito de reembolso em função do contrato de mandato estabelecido com o dador de ordem e não por sub-rogação nos direitos do credor do contrato-base (beneficiário).”<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.*, p. 346.

<sup>78</sup> Ver art.º 1180º do CC.

<sup>79</sup> JARDIM, Mónica, *ob. cit.*, p. 313.

<sup>80</sup> ATAÍDE, Daniel Medina, *A Garantia Autónoma e a Fiança: Distinções e Divergências*, in *Garantias Das Obrigações*, Publicação dos Trabalhos do Mestrado (coordenador Jorge Ferreira Sinde Monteiro), Almedina, 2007, pp.190 e 191.

## 7. Os limites da autonomia e da automaticidade na garantia autónoma “*on first demand*”

Como fomos expondo ao longo da nossa análise, o garante tem de pagar assim que o credor o interpele para tal, uma vez que estamos na presença de uma garantia autónoma à primeira solicitação. Em suma: “*primeiro paga, discute depois.*”

Mas será assim tão linear? Não existirão limites à automaticidade da garantia autónoma?

Creemos que existem, pelo que importa explicá-los.

Primeiro, convém voltar a reforçar a ideia de que relativamente às relações entre devedor e garante, e entre garante e credor, a regra é a inoponibilidade face ao beneficiário. Por outro lado, quanto à relação estabelecida entre o garante e o beneficiário a regra é a da oponibilidade ao credor.

Ou seja, se dúvidas não existem no que toca à possibilidade de o garante invocar as exceções relativas à sua relação com o beneficiário, o mesmo não se verifica relativamente à sua relação com o devedor do contrato-base e/ou da relação entre o credor e o devedor do contrato-base.

Isto porque, e como tivemos oportunidade de referir na presente dissertação, a obrigação do garante prossegue fins próprios, sendo autossuficiente e autónoma em relação à obrigação do devedor do contrato-base<sup>81</sup>.

Entre nós, não podemos negar a importância da existência de situações que tornem a recusa de pagamento por parte do garante legítima. Uma vez que é notória a situação frágil em que se encontra o devedor principal (bem mais do que o garante!) perante eventuais abusos do beneficiário<sup>82</sup>.

Ora, existem certos casos em que o garante pode – e deve – recusar de forma legítima a prestação a que está obrigado por força do contrato de garantia autónoma.

Ainda que se trate de uma tarefa complexa, parte da doutrina tentou enumerar alguns dos casos em que o garante se poderia escusar ao pagamento da quantia pecuniária ao beneficiário. Iremos visitar esses casos.

---

<sup>81</sup> CORDEIRO, António Menezes, *ob.cit.*, p.852.

<sup>82</sup> CORREIA, A. Ferrer, *ob.cit.*, p. 258.

De uma forma geral, o garante poderá furtar-se à sua obrigação sempre que se verificar que o beneficiário agiu de *manifesta* má-fé, exercendo o seu direito de forma abusiva e na circunstância de a causa subjacente ao contrato-base ser ilícita e, por tal motivo, contrária à ordem pública.

No que toca à exceção de fraude, vem a doutrina<sup>83</sup> e a jurisprudência<sup>84</sup> admitir a escusa do pagamento por parte do garante sempre que seja *evidente* a fraude ou patente a má-fé do beneficiário.

Ora, esta exceção tem como base legal o artigo 334º do Código Civil, que torna ilegítimo o exercício de um direito sempre que o mesmo ultrapasse manifestamente os *limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito*. Direito esse que se não fosse exercido de forma manifestamente abusiva seria totalmente legítimo.

Note-se que a parte que abusa do direito, *in casu*, o beneficiário, atua de forma aparentemente legítima, na medida em que o direito existe na sua esfera jurídica, mas fá-lo de uma forma que fere o sentido de justiça dominante.

Atente-se, contudo, que é necessário, para se considerar o exercício desse direito abusivo, que o garante demonstre factos concretos (*prova líquida!*), através dos quais seja inerente concluir que o beneficiário agiu de forma manifestamente ilegítima, ou seja, de má-fé. Significa isto que uma simples suspeita de abuso de direito por parte do credor não será suficiente.<sup>85</sup>

Sucedem que, e como sabemos, o conceito de má-fé patente, abuso manifesto ou fraude evidente não é claro. Ainda que existam situações em que se torna fácil a apresentação dessa “prova líquida”, cremos que muitas vezes não será.

Ora, entendemos, por um lado, que a tarefa do garante tenha de ser *dificultada* neste campo, uma vez que, se este último pudesse facilmente escusar-se da sua obrigação, a natureza jurídica da garantia autónoma *on first demand* adulterar-se-ia, o que não podemos admitir.

---

<sup>83</sup> Neste sentido, GALVÃO TELES, ALMEIDA COSTA E PINTO MONTEIRO, JOÃO SIMÕES PATRÍCIO, MÓNICA JARDIM, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO.

<sup>84</sup> Neste sentido veja-se, Ac. do STJ de 13-11-2014 (Processo nº4103/12.0TBSXL-A.L1.S1, Relator: Fonseca Ramos).

<sup>85</sup> JARDIM, Mónica, *ob.cit.*, 291.

Neste sentido, como doutamente apontam ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO<sup>86</sup>, “exceto em caso de fraude manifesta, o banco deve honrar de imediato o seu compromisso (...)”.

Assim sendo, tem a doutrina e a jurisprudência admitido, a título de exemplo, como um caso flagrante de fraude, de má-fé evidente, o acionamento da garantia por parte do beneficiário quando o devedor principal já cumpriu.

Contudo, e nunca será demais reforçar, o garante só poderá recusar a prestação da garantia se tiver na sua posse prova líquida, clara, evidente da má-fé do beneficiário. Veja-se, neste sentido, o Ac. do STJ de 13-11-2014 que entende que para proceder a escusa de pagamento por parte do garante “(...) é necessário que seja colocada à sua disposição prova “líquida e inequívoca” da “má fé patente”, da “fraude evidente” ao ponto de “entrar pelos olhos dentro.”

Ora, cumpre-nos esclarecer, parece-nos, o que se deve entender por “*prova líquida*”.

No que toca à densificação deste conceito, a doutrina apresenta-nos posições diferentes em relação ao tipo de prova admissível para o efeito. Vejamos.

Há quem entenda, na doutrina italiana, que a fraude ou abuso do direito poderá ser comprovada através de qualquer um dos meios de prova legalmente admissíveis.<sup>87</sup>

Para a doutrina majoritária<sup>88</sup>, será lícito o recurso à prova documental de *imediata interpretação*.<sup>89</sup>

Quanto a nós, cremos que a prova documental satisfaz de forma completa o conceito de “*prova líquida*”, “*irrefutável*”. De todo o modo, e abraçando o entendimento de MÓNICA JARDIM<sup>90</sup>, no caso de a fraude/abuso do direito se reportar a factos extremamente complexos, concordamos que um mero documento não seja suficiente. Ora, neste caso, a autora entende que será necessário uma sentença judicial transitada em julgado.

---

<sup>86</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida/ Pinto, MONTEIRO, *ob.cit.*, p.20.

<sup>87</sup> BOZZOLA, Giampiero, *Il «fermo provvisorio» delle garanzie bancarie a prima richiesta nel commercio internazionale e i provvedimenti del giudice italian ex art. 700 c.p.c.*, p.751” , *apud* JARDIM, Mónica, *ob.cit.*, p. 293.

<sup>88</sup> JARDIM, Mónica, *ob.cit.*, p.293; TELLES, Galvão, *Garantia....*, *ob.cit.*, p.290, entre outros.

<sup>89</sup> JARDIM, Mónica, *ob.cit.*, p. 293.

<sup>90</sup> *Idem*.

Por conseguinte, torna-se claro que o ónus da prova recai sobre o garante, pelo que, tendo este últimas dúvidas em relação à (in)existência de fraude, abuso de direito ou má-fé por parte do beneficiário, resta-lhe apenas *pagar primeiro* e, posteriormente, *discutir*.

No que diz respeito ao segundo grupo de casos, entende-se que o garante pode recusar a prestação da garantia em virtude de ilicitude do contrato-base, por ser contrário à ordem pública ou aos bons costumes.

Ora, compreendemos que *prima facie* se estranhe este fundamento, na medida em que o garante se estaria a escusar a prestar a garantia por contingências inerentes à relação entre o credor e o devedor principal. Contudo, veja-se atentamente: a causa do contrato de garantia autónoma é, precisamente, a função de garantir o contrato-base, logo, sendo este último nulo, por ser contrário à ordem pública e aos bons costumes, por identidade de razão, o contrato autónomo também o será.<sup>91</sup>

Tomando de empréstimo as sábias palavras de ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO<sup>92</sup>, “se o contrato garantido (o contrato-base) ofender a ordem pública ou os bons costumes, a ilicitude da causa acarreta a nulidade da garantia.”

Ora, a maioria dos autores que preconiza a exceção da ilicitude da causa como um dos casos que legitima o garante a escusar-se a prestar a garantia, entendem (e bem!) que uma norma imperativa, como aquela que consta do artigo 280º do CC, tem, necessariamente, de prevalecer em relação à regra da inoponibilidade.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> JARDIM, Mónica, *ob.cit.*, p. 284.

<sup>92</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida/ Pinto, MONTEIRO, *ob.cit.*, p.22.

<sup>93</sup> JARDIM, Mónica, *ob.cit.*, p. 284.

## Conclusão

Aqui chegados, cumpre-nos tecer as considerações finais.

Pelo exposto em todas as páginas anteriores, tivemos como intenção refletir sobre a gênese da garantia autónoma “*on first demand*”, as relações que dela emergem, as particularidades que a fazem uma figura única.

A figura da garantia autónoma, em especial, acompanhada da cláusula “*on first demand*”, na nossa modesta opinião, merece ser estudada, pensada, debatida. É uma figura peculiar, tendo tanto de interessante como de complexa.

Nesta viagem jurídica, deparamo-nos com uma questão que se outrora não gerava qualquer controvérsia, hoje talvez possamos olhar com outros olhos. Referimo-nos à natureza jurídica da obrigação do garante na garantia autónoma “*on first demand*”.

No decorrer do nosso estudo, aquilo que mais ocupou o nosso pensamento foi, sem sombra de dúvida, a natureza jurídica da obrigação do garante. Começamos por analisar o entendimento da doutrina e concluímos que, de forma aparentemente unânime, todos aqueles que se debruçaram sobre o assunto, e que oportunamente citamos, entendiam que a obrigação do garante era de cariz indemnizatória.

Pensamos que ao longo da nossa exposição notória se tornou a nossa discórdia. E discordamos, além de todos os argumentos que já expusemos nas páginas anteriores e, por isso, nos abstemos aqui de repetir, por entendermos que, considerando toda a lógica da garantia autónoma “*on first demand*”, julgar a natureza jurídica da obrigação do garante de caráter indemnizatório consubstanciar-se-ia num paradoxo difícil de explicar.

Veja-se que o garante assume uma obrigação própria, obrigação essa autónoma em relação à do devedor principal. Seguindo tais máximas, pareceu-nos que a qualificação da sua obrigação deveria estar em consonância com as mesmas. Assim sendo, não abraçamos o entendimento que a natureza jurídica da sua obrigação seja indemnizatória.

Concretizando, entendemos que a natureza jurídica da obrigação do garante, que tanto tempo “habitou” na nossa mente, tem a natureza jurídica de garantia. É um *plus* de garantia, e nada mais.

## Bibliografia

- ATAÍDE, Daniel Medina, *A Garantia Autónoma e a Fiança: Distinções e Divergências*, in *Garantia das Obrigações - Publicação dos Trabalhos do Mestrado* (coordenador Jorge Sinde Monteiro), Almedina, 2007.
- ALMEIDA, José Carlos Moitinho, *O Contrato de Seguro no Direito Português e comparado*, Livraria Sá da Costa Editora, 1971.
- BRANCO, Manuel Castelo, *A Garantia Bancária Autónoma no Âmbito das Garantias Especiais*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 53, 1993, pp. 61 a 83.
- CAMPOS, Diogo Leite, *Contrato a Favor de Terceiro*, Almedina, 1980.
- CORDEIRO, António Meneses, *Direito Bancário*, Edições Almedina, 2016, 6ª Edição.
- CORREIA, Ferrer, *Notas Para o Estudo do Contrato de Garantia Bancária*, Revista de Direito e Economia, ano VIII, nº2, Universidade de Coimbra, 1982, pp. 247 a 258.
- CORTEZ, Francisco, *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 52, 1992, pp. 513 a 609.
- COSTA, Almeida/ Pinto, MONTEIRO, *Garantias Bancárias, O contrato de garantia à primeira solicitação (parecer)*, in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XI, 1986, T. IV, pp. 15 a 34.
- GOMES, Manuel Januário da Costa, *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação do fiador*, Almedina, 2000.
- GOMES, Manuel Januário da Costa, *Estudos de Direito das Garantias, Volume II*, Almedina, 2010.
- JARDIM, Mónica, *A Garantia Autónoma*, Livraria Almedina, 2002.
- JORGE, Fernando Pessoa, *O Mandato Sem Representação*, Edições Ática, 1961.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, Volume II*, Edições Almedina, 2017, 11ª Edição.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Garantias das Obrigações*, Almedina, 2012, 4ª Edição.

- MARTINEZ, Pedro Romano/ Pedro Fuzeta da, PONTE, *Garantias de Cumprimento*, Almedina, 2006.
- MONTEIRO, Pinto, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Almedina, 2003, Reimpressão da Obra Publicada em 1985.
- MONTEIRO, Pinto, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, 1990.
- PATRÍCIO, Simões, *Preliminares sobre a garantia “on first demand”*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 43, 1983, pp. 677 a 718.
- PINHEIRO, Jorge Duarte, *Garantia Bancária Autónoma*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 52, 1992, pp. 417 a 465.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, 1982.
- PONTIROLI, Luciano, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore: Un contributo alla lettura del sistem*, (Le monografie di Contratto e impresa), CEDAM-PADOVA, 1992.
- REGO, Margarida Lima, *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudo de Direito Civil*, Tese de doutoramento em Direito Privado. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2008. Disponível em: [https://run.unl.pt/bitstream/10362/8402/3/MLR\\_TD\\_2008.pdf](https://run.unl.pt/bitstream/10362/8402/3/MLR_TD_2008.pdf), consultado a: 30/11/2019
- SERRA, Adriano Pais da Silva Vaz, *Fiança e figuras análogas*, in BMJ, nº71, 1957, pp. 19 e ss.
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Garantia Bancária Autónoma*, in O Direito, ano 120º, 1988, III-IV (Jul. - Dez.).
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra Editora, 2010, Reimpressão da 4ª Edição.
- VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral, Vol. II*, Almedina, 2012, 7ª Reimpressão da 7ª Edição de 1997.
- VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, *O Seguro Financeiro na Reforma do Direito dos Seguros*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Vol. 6, 2009, pp. 361 a 389.

## Jurisprudência

- Acórdão do TRG, de 19/03/2013 (Processo nº 5231/12.8TBBERG-A.G1, Relator: Filipe Carço), disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado a 26 de outubro de 2019.
- Acórdão do TRL, de 14/12/2010 (Processo nº 5165/06.5TVLSB.L1-2, Relator: Ana Paula Boularot), disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado a 30 de novembro de 2019.
- Acórdão do TRL, de 03/04/2014 (Processo nº 5063/11.0TBOER.L1-6, Relator: Ana Lucinda Cabral), disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado a 23 de novembro de 2019.
- Acórdão do TRP, de 16/05/2017 (Processo nº 1614/13.4TJPRT.P1, Relator: Márcia Portela), disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado a 30 de novembro de 2019.
- Acórdão do STJ, de 09/02/2006 (Processo nº 06B024, Relator: Salvador da Costa), disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado a 2 de novembro de 2019.
- Acórdão do STJ, de 22/05/2014 (Processo nº724/12.0YYPRT -A.P1.S1, Relator: Granja da Fonseca), disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado a 26 de outubro de 2019.
- Acórdão do STJ, de 13/11/2014 (Processo nº4103/12.0TBSXL-A.L1.S1, Relator: Fonseca Ramos), disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado a 20 de dezembro de 2019.