

A Garantia Autônoma e a Fiança: Distinções e Divergências.

*Daniel Medina Ataíde: Advogado. Mestrando em Direito Civil na Universidade de Coimbra/Portugal. Pós-graduado em Direito Civil na Universidade de Coimbra/Portugal. Professor de Direito do Trabalho e Previdenciário na Faculdade Apoio (Lauro de Freitas/BA) e na Faculdade Delta (Salvador/BA).

** Artigo publicado no livro *Garantia das Obrigações: publicação dos trabalhos do Mestrado*, organizado pelo Professor Doutor Jorge Ferreira Sinde Monteiro, Ed. Almedina, Julho/2007.

ÍNDICE

1) Introdução	Pg. 3
1.1) Denominação	Pg. 3
1.2) Origem	Pg. 4
1.3) Autonomia privada e teoria da impressão	Pg. 4
2) Conceito	Pg. 5
3) Relações jurídicas	Pg. 6
4) Modalidades de garantia autônoma	Pg. 9
5) A garantia autônoma e a fiança (simples)	Pg. 10
6) Função socio-económica	Pg. 13
7) Diferenças entre a garantia autônoma “à primeira solicitação” e a fiança com a cláusula “à primeira solicitação”	Pg. 14
8) Da jurisprudência quanto à cláusula “à primeira solicitação”	Pg. 19
9) Conclusão	Pg. 21
10) Anexo: um modelo.....	Pg. 22
10) Referências Bibliográficas	Pg. 24

1. INTRODUÇÃO.

Após o reconhecimento pela doutrina e jurisprudência portuguesas da validade da garantia autônoma no respectivo ordenamento jurídico considerando-a como uma garantia distinta da fiança, pretendemos com o presente trabalho fornecer dados para que se possa precisar em que termos se estabelece esta distinção, determinando os limites que cada uma deve ter para que não haja sobreposição entre elas ou até mesmo substituição de uma pela outra o que nos faria retroceder ao estágio anterior de confusão entre ambas. Se faz necessário portanto estabelecer os exatos termos dos efeitos e consequências que cada uma possui em suas variações, em especial quando estejam presentes cláusulas que lhes possam alterar estes efeitos, notadamente a cláusula "à primeira solicitação".

1.1. DENOMINAÇÃO.

Antes de definir o contrato de garantia autônoma, devemos delimitar o conteúdo deste conceito que aqui iremos tratar. Deste modo, separamos a garantia bancária típica de algumas outras figuras jurídicas que por vezes tomam de empréstimo o seu nome quando o utilizam como gênero, como por exemplo a fiança bancária, as cartas de conforto, o penhor bancário. O que se pretende neste texto é tratar a garantia bancária em sentido estrito ou simplesmente garantia autônoma, excluindo outras espécies de garantias prestadas por bancos.

Convém atentar para o fato de que apesar de tratada por vezes como garantia bancária, a garantia autônoma pode ser prestada por companhias de seguro¹, o que justifica que

¹ RIBEIRO, ANTÓNIO SEQUEIRA, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol II, Direito Bancário, Livraria Almedina, Coimbra, cit., p. 292, admite que outras pessoas coletivas, que não os bancos, e até mesmo particulares possam prestar a garantia autônoma, sem que só isto a invalide. Diz ainda que os bancos dominam a função de garante por causa da solvência que possuem, mas que nada impediria, p. ex., de um milionário prestar este tipo de garantia, apesar de não ser habitual. Adverte contudo, na p. 382, que não poderão os particulares oferecerem esta garantia como

passemos a tratá-la somente como garantia autônoma, a fim de não provocarmos enganos ou controvérsias.

1.2.ORIGEM.

O surgimento da garantia autônoma se fez por uma exigência do comércio internacional, após a segunda guerra mundial, que passou a ver nas garantias tradicionais, quer pessoais quer reais, um entrave para o seu desenvolvimento. Criou-se então uma demanda por novas modalidades de garantias que trouxessem mais agilidade e segurança para o comércio internacional, que em regra é estabelecido entre pessoas que não conhecem a situação patrimonial e solvabilidade mútuas. Para evitar delongas e custos judiciais, além de assegurar o resultado financeiro pretendido de forma célere, e por ser o garante (um banco, em regra) pessoa que tem solvabilidade e honorabilidade conhecidas, surge então a garantia autônoma que passa a ser, na prática, a solução para estas questões².

Por não haver previsão legal para este tipo de garantia, questionou-se sobre a sua validade. Hoje, contudo, vê-se superada esta controvérsia, sendo considerada esta garantia como atípica, fruto da criação social com suporte normativo no art. 405 do código civil que estabelece serem as partes, dentro dos limites da lei, livres para fixar "o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprover". A forma, portanto, é livre, contudo é recomendado que seja escrita para poder se apurar a vontade das partes, dado que trata-se de um contrato sem previsão específica de lei.

atividade profissional, porque a lei restringe esta possibilidade. Permanece, porém, afirmando que como a lei não proíbe o particular de prestar esta garantia lhe é permitido fazê-lo. Acrescenta em nota 327 que a jurisprudência francesa se revela hostil em admitir a prestação de garantias autônomas simples por particulares, Cfr. os sumários das decisões judiciais no Recueil Dalloz/Sirey, 1993, p. 96 e ss.

² BRANCO, MANOEL CASTELO, "A garantia bancária autônoma no âmbito das garantias especiais das obrigações", in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano53, 1993, p. 70. "Para os agentes do comércio internacional, a garantia ideal seria aquela que tivesse natureza pessoal, fosse prestada por entidade financeira sólida e gozasse de autonomia em relação à obrigação principal, não dependendo das vicissitudes a que esta estivesse sujeita".

1.3.AUTONOMIA PRIVADA E TEORIA DA IMPRESSÃO

Cumpra-se de logo enfatizar que as partes entre as quais se estabelece a garantia autônoma (e as relações que a ela estão correlacionadas economicamente) possuem pleno discernimento da autonomia que possui esta relação jurídica de garantia, bem como dos seus efeitos. Além disto, as partes estão em pé de igualdade contratual, quer dizer ambas têm poderes de barganha reciprocamente considerados sem poder inclusive falar em contratos entre parte forte e outra hipo suficiente. Quer seja esta hipo suficiência entendida no âmbito econômico-financeiro, quer seja em nível de informação, ou ainda em outros níveis.

Podemos dizer que os sujeitos aqui tratados possuem um poder elevado, apesar de não iguais, porém não totalmente disparem ao ponto de podermos falar em relações desproporcionais que justifiquem a ingerência do Estado limitando a liberdade contratual como forma de proteger a parte mais fraca da relação presente.

Nesta relação jurídico-privada, não se pode admitir, em regra, uma intervenção do estado com o fundamento de proteção da parte mais fraca. Não podemos falar em contenção dos abusos e excessos limitando a liberdade contratual do mais forte porque aqui não há uma relação de disparidade de forças que justifique uma intervenção estatal neste sentido.³

E sem perder este senso de paridade das partes devemos considerar, para a interpretação dos termos aduzidos no contrato, a teoria da impressão do destinatário razoável disposta no art. 236 do Código Civil. No n° 1 deste artigo é estabelecido que a interpretação mais acertada será aquela em que o sentido pretendido seja obtido pelo método de colocar um declaratório normal na posição em que se encontra o declaratório real, e retirar então o sentido que o primeiro poderia deduzir do comportamento do declarante. Em outras palavras, o sentido que prevalecerá será aquele

³ Sobre o tema consultar RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, “Constitucionalização do direito civil”, in: *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXIV, Separata, p. 748, Coimbra, 1998.

que um homem medianamente instruído e diligente poderia presumir se estivesse nas mesmas circunstâncias que estava o declaratório real, considerando o que efetivamente este último conhecia mas também o que um homem razoável deveria conhecer e presumir.

A esta regra de interpretação o mesmo artigo estabelece duas exceções sendo a primeira aquela quando o sentido apurado não pudesse ser previsível ou razoavelmente imputado ao declarante. Nesta, como solução temos a nulidade por interpretação do negócio jurídico.

A segunda exceção se dá quando o declaratório conhecia a vontade real do declarante, e como solução legal teremos que será de acordo com a vontade real (que era conhecida) que valerá a declaração emitida.

2. CONCEITO

Entende-se por garantia autônoma, 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.⁴

Para que surja o dever de o banco garante pagar, basta que o beneficiário prove o descumprimento do contrato de base por parte do terceiro (na garantia autônoma simples) ou simplesmente interpele o garante a satisfazer a prestação pecuniária (no caso do contrato autônomo de garantia conter a cláusula "à primeira solicitação", também chamada pelos anglo-saxões, de garantia autônoma *on first demand*, ou ainda de cláusula *solve et repete* para os italianos).

⁴ TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *A garantia bancária autônoma*, Edições Cosmos Scire Legis, 1991, p. 25. "A garantia autônoma é a garantia pela qual o banco que empresta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no case de alegada inexecução ou má execução do contrato (contrato base), sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com este mesmo contrato."

Noutro tanto, o banco, para prestar a referida garantia, o faz mediante uma retribuição, e ressalva para si o direito de ser reembolsado de imediato pelo devedor, caso venha a efetuar o pagamento ao credor.

Não trataremos aqui da relação que pode se estabelecer de contra-garantia, mas é importante ter em mente que pode o devedor do contrato base, em contrapartida àquela garantia autônoma que providenciou, solicitar do credor do contrato base uma contra-garantia. O credor referido então contactará um banco do seu país, e não do país do devedor, para este prestá-la.

3.RELAÇÕES JURÍDICAS

No processo de formação da garantia autônoma existirão três situações jurídicas que se interrelacionam (são coligadas), mas que são todas juridicamente distintas e independentes entre si, senão vejamos:

Duas pessoas estão interessadas em estabelecer relações comerciais entre si (seja um contrato de compra e venda, de empreitada, de importação-exportação, etc.). Consentem, então, que o devedor obtenha um garante (em regra um banco) que assegurará ao credor o pagamento de uma quantia pecuniária fixa, caso o devedor não cumpra a sua obrigação na relação comercial que estão devedor e credor interessados em estabelecer. O devedor, por conseguinte, solicita a um banco que este (o banco), em seu próprio nome⁵, estabeleça uma relação de garantia com o credor, para garantir, porém, uma obrigação do devedor, mediante uma pecúnia acordada.

Definidas as bases da relação comercial entre devedor e credor, bem como os moldes em que será travada a garantia

⁵ MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol II, Direito Bancário, Livraria Almedina, Coimbra, p. 266, “O garante, perante o credor, responsabiliza-se pelo pagamento de uma obrigação própria e não pelo cumprimento de uma dívida alheia (do garante); não se trata tanto de garantir o cumprimento da obrigação do devedor, mas antes de assegurar o interesse econômico do credor beneficiário da garantia (...) pois o garante constitui-se devedor de uma obrigação própria, ainda que relacionada com a dívida do garantido”.

entre o banco e o credor, o devedor autoriza o banco a entabular a referida garantia.

Percebe-se então estas relações que são⁶⁻⁷:

I) A primeira delas é a relação jurídica comercial estabelecida entre devedor e credor (os sujeitos da obrigação garantida), em que o banco não participa. É o chamado contrato base.

II) A segunda é aquela em que se vinculam o devedor do contrato de base (aqui chamado de dador da ordem, ordenante ou garantido) e o banco (aqui como mandatário) através de um contrato de mandato⁸. A partir de então é que o banco, mediante uma retribuição paga pelo devedor, se obriga a firmar uma garantia com o credor.

III) Concretiza-se na terceira relação jurídica a garantia autônoma, na qual são parte apenas o banco, agora na posição de garante, e o credor, agora na posição de beneficiário.

Quanto à relação entre credor e o devedor devemos ter em mente que já nas tratativas pode ser fixada a obrigação do devedor conseguir a garantia, ou pode-se colocar esta garantia como condição para a celebração do contrato base. No primeiro caso, se o devedor não cumprir a obrigação de conseguir um banco (de reputação conhecida internacionalmente) para prestar a garantia no prazo definido, terá o credor o direito à indenização para reparação dos danos provenientes da inexecução do contrato.

A relação existente entre o devedor (dador da ordem) e o banco surge para que se possa cumprir a obrigação referente ao contrato anteriormente estabelecido. Então o devedor solicita ao banco que este emita uma garantia, o que significa que ao fazer este pedido, na verdade, está

⁶ PINHEIRO, JORGE DUARTE, “Garantia bancária”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano52, 1992, p. 420. e JARDIM, MÓNICA, *A garantia autônoma*, Livraria Almedina, Coimbra, 2002, p. 46 e ss.

⁷ STJ, em BMJ, nº 453, ano 1996, p. 428 “A estrutura da garantia bancária aponta para uma figura de natureza triangular cujas faces são três relações jurídicas distintas: a) o contrato-base; b) o contrato de mandato, nomeadamente sob a forma de carta dirigida pelo devedor ao banco; c) o, contrato autónomo de garantia propriamente dita. Estas três relações jurídicas estão perfeitamente separadas e autonomizadas na questão em litígio.”

⁸ Sobre as teorias do contrato de mandato consultar RIBEIRO, ANTÓNIO SEQUEIRA, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio...*, cit., p. 372.

solicitando ao banco uma concessão, ainda que indireta, de crédito, sem mobilização de fundos de imediato.⁹. Justamente por isto, o banco irá analisar a solvabilidade tanto do dador da ordem quanto do próprio negócio em causa (contrato base) definindo, conforme os riscos, as garantias e a retribuição que terá o dador da ordem de lhe prestar.

Havendo aceitação por parte do banco, e estabelecidas as retribuições a serem pagas ao mesmo, bem como os deveres de prestar informações pelas partes e o direito de reembolso do garante em face do dador da ordem, caso venha a realizar o pagamento da pecúnia definida na garantia, perfaz-se o contrato entre o banco e o dador da ordem.

Agora então terá o banco a obrigação de celebrar com o credor (beneficiário) do contrato base a garantia autônoma nos moldes em que ficou definido na solicitação do devedor ao banco que deverão ser os mesmos critérios estabelecidos no contrato de base.

Temos agora em foco a relação jurídica travada entre credor do contrato base (beneficiário) e o banco (garante). Esta relação traduz-se na garantia autônoma. Neste momento é que se configura a garantia autônoma, relação esta independente juridicamente das demais. Nesta relação só participam garante e beneficiário, não fazendo parte dela o dador da ordem. Decorre disto que o garante aqui se vincula ao beneficiário (caso haja o não cumprimento da prestação por parte do devedor, a pagar uma predeterminada quantia em dinheiro,) por cumprimento daquela relação que entabulou com o dador da ordem, contudo ambas independentes entre si. Tanto assim o é que a relação entre devedor e banco em nada obriga o credor, bem como a relação entre devedor e credor em nada vincula o banco, se este não vier a estabelecer a garantia autônoma diretamente com o credor, por solicitação do devedor.

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

⁹ MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio...*, cit., p. 266, “O estabelecimento de uma garantia autônoma implica a concessão eventual de um crédito equivalente ao do montante garantido, mediante uma contrapartida (chamada comissão). O garante recebe uma contraprestação para, na eventualidade de ocorrência de certos factos, pagar uma quantia a terceiro, constituindo-se credor do garantido por essa importância”.

fazendo referência ou subordinação ao que foi estabelecido no contrato de 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 da 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.

4. MODALIDADES DE GARANTIA AUTÔNOMA.

Entre as principais modalidades podemos citar as que seguem.

A garantia de oferta ou "garantia de honorabilidade da proposta" a qual se destina a garantir que a pessoa a que foi concedida a execução de um contrato (um contrato de empreitada p. ex.) honrará a proposta apresentada assinando o contrato.

Ao lado, mas diferentemente desta, temos a garantia de boa execução do contrato. Nesta o contrato já se encontra assinado e o que se quer garantir é a correta execução deste pelo devedor.

Temos de outro lado a garantia de reembolso de pagamentos antecipados (ou de restituição) que objetiva assegurar ao contraente que adiantou parte do preço do contrato (p. ex., de empreitada, de compra, de fornecimento) que esta importância que foi paga lhe será restituída, caso não seja executada pela outra parte as prestações que lhe cabiam realizar em contrapartida ao adiantamento efetuado.

Falaremos da garantia de execução de pagamento que tem como principal diferença das demais o fato de que, enquanto as três primeiras asseguram a parte credora da prestação de fazer, esta garante a parte credora da prestação pecuniária. Em outras palavras, a garantia de pagamento visa salvaguardar o direito do devedor da prestação de

fazer, que é também credor da prestação pecuniária, em receber o seu pagamento pecuniário, caso a parte não o faça, ou não o realize pontualmente. Contudo, não podemos confundi-la com a contra-garantia.

5.A GARANTIA AUTÔNOMA E A FIANÇA (SIMPLES)

A garantia autônoma foi inicialmente tratada como se fiança fosse, dado ao fato de que ambas têm a função específica de garantia, e possuem natureza pessoal. Hoje superado este equívoco, já se considera a garantia autônoma de maneira distinta e independente da fiança, seja pela diferença entre os objectos que possuem, seja pela autonomia que não possui a fiança, entre outros motivos a seguir expendidos.

Inicialmente, cumpre-nos relembrar a definição da fiança como sendo, "o contrato pelo qual um pessoa se obriga para com o credor a cumprir a obrigação de outra pessoa, no caso de esta o não fazer. O fiador compromete-se a pagar a dívida de outrem - o devedor principal"¹⁰. Neste passo, passam a existir duas obrigações, uma entre o afiançado e credor (obrigação principal) e outra entre credor e fiador (accessória).

A fiança tem natureza accessória porque o seu conteúdo é o mesmo da obrigação principal, vale dizer que, o fiador deve exatamente aquilo que o afiançado dever (salvo estipulação em contrário, no sentido de reduzir o seu âmbito). Portanto, a dívida do fiador abrange tudo a que está vinculado o devedor principal, incluindo não só a prestação da dívida, como também, a reparação dos danos pelo não cumprimento (seja ou não culposos), a cláusula penal, os juros de mora, e tudo o mais que tenha sido convencionado entre as partes.¹¹

Como o fiador responde pelas mesmas obrigações a que o devedor está vinculado, este, no mesmo passo, não estará vinculado a nada se o devedor principal não estiver. Ou seja, a natureza accessória da fiança significa também que

¹⁰ TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, "Garantia autônoma", in: *Revista...*, cit., p. 24.

¹¹ Conforme art. 634 do cc. aqui transcrito: "A fiança tem o conteúdo da obrigação principal e cobre as consequências legais e contratuais da mora ou culpa do devedor."

assim como o conteúdo da obrigação principal, a sua validade e a sua existência condicionam, da mesma forma, a obrigação de fiança. De forma que ao acessório segue a sorte do principal. Se a obrigação principal se extingue, se extingue por outro lado a fiança; se considerada inválida a obrigação principal a fiança também o será. Como se vê estabelece-se uma relação de dependência e subordinação da fiança em relação à obrigação principal.

Por outro lado a fiança pode ser prestada sem conhecimento do devedor ou até mesmo contra a sua vontade, conforme art. 628, n° 2 do cc, o que não acontece na garantia autônoma. No mesmo sentido o benefício da excussão, e os demais efeitos decorrentes do caráter acessório da fiança, não vão existir na garantia autônoma. Assim enquanto o fiador poderá opor ao credor os meios de defesa próprios e decorrentes da relação de garantia, também poderá se valer daqueles que são próprios do devedor e que resultam da relação principal. O garante da garantia autônoma, porém, só poderá se valer dos primeiros, ou seja, dos meios de defesa que se vinculam à relação de garantia em si.

Segundo o eminente professor João Calvão da silva, em sua obra "estudos de direito comercial", pg. 334, esta subordinação se divide em:

Dependência genética: não será válida a fiança se não o for a obrigação principal (art.632 cc., salvo a exceção do número 2º do mesmo artigo)¹²

Dependência funcional: salvo se forem incompatíveis com a sua obrigação, o fiador poderá opor os mesmos meios de defesa que competem ao devedor (art. 637 n° 1), além de que será ineficaz perante o fiador a renúncia feita pelo devedor principal a qualquer destes meios de defesa.

Dependência extintiva: extinta a obrigação principal, extinta fica a fiança. (art. 651).

Ainda a subordinação se manifesta delimitando o âmbito da fiança, não podendo esta exceder a dívida principal, nem

¹² Apresenta o n° 2 deste artigo a exceção à regra quando sendo declarada nula a obrigação principal, por incapacidade ou por falta ou vício da vontade do devedor, e se o devedor conhecia a causa da anulabilidade no momento em que prestou a fiança, esta continuará válida.

mesmo ser contraída em condições mais onerosas, sob pena de ser reduzida aos exatos termos da dívida garantida. (art. 631, nº 2).

Quanto à forma da fiança, esta segue a mesma da obrigação principal (art. 628).

Como se vê estabelece-se um alto grau de dependência e subordinação da fiança em relação à obrigação principal. Na garantia autônoma pretende-se retirar esta relação de dependência e subordinação, 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 autônoma porque ambas asseguram um "resultado" traduzido no cumprimento 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 autônoma 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 autônoma é diverso daquele da relação de base (ainda que seja uma prestação pecuniária), o que faz com que seja autônoma esta garantia em relação ao contrato base.

Esta autonomia e independência que tem a garantia autônoma em relação ao contrato base resultam e tornam-se possíveis devido a esta diferença entre os objetos de cada obrigação. O fato da obrigação do garante ser diverso daquele da relação de base, dá autonomia e independência à garantia autônoma.

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.

Desta forma, tem o banco a obrigação de, quando interpelado pelo beneficiário, pagar sem poder invocar exceções relativas à relação jurídica de base. Em sentido inverso, se o fiador, opondo exceções relativas à relação principal, provar que o afiançado nada deve, estará liberado da dívida porque só deve aquilo a que estava obrigado o afiançado.

Ainda como consequência desta autonomia da garantia aqui tratada, o garante quando paga ao beneficiário a quantia pecuniária acordada, cumpre uma obrigação própria que nada tem que ver com a obrigação do devedor da relação de base (dador da ordem). Tanto o é que este terá direito ao reembolso em função do contrato de mandato estabelecido com o dador da ordem (devedor da relação de base) e não por sub-rogação nos direitos do credor do contrato base (beneficiário). O garante quando efetua o pagamento da garantia autônoma, não passa a exercer os poderes que competiam ao credor em relação ao devedor, com todas as suas garantias e acessórios (sub-rogação). O que ocorre é que terá um direito diverso daqueles que tem o credor em relação ao devedor. Prova-se isto pelo fato de que o próprio garante pode e exige garantias específicas para assegurar o seu crédito, caso seja executada a garantia. É a relação de mandato que justifica o consequente direito de reembolso das despesas feitas pelo mandatário em execução do mandato, e não uma suposta sub-rogação de direitos.¹³

¹³ Sobre a natureza jurídica do contrato celebrado entre o devedor do contrato de base/dador da ordem e o garante podemos, conforme a Professora JARDIM, MÓNICA, *A garantia autônoma...*, cit., p. 50, dizer, em síntese apertada, que não se caracteriza como uma assunção de dívida (art. 595 e ss. do cc.) pois esta, quer seja liberatória ou cumulativa, se traduz na transmissão para outrem da posição jurídica do devedor, ou seja, assumirá a mesma prestação a que estava adstrito o devedor enquanto no contrato de garantia autônoma o garante não se obriga à mesma prestação que se vinculou o dador da ordem. Não pode ser também um "*pacto de contrahendo cum tertio*" pois que este se resume no contrato através do qual alguém se obriga a realizar um negócio jurídico, por sua conta, com terceiro, o que não acontece na garantia em estudo, posto que o banco ao celebrar com o beneficiário o contrato de garantia, faz em seu próprio nome, mas por conta do devedor garantido, ou seja, transfere para este os encargos da sua intervenção.

Considerar um contrato a favor de terceiros não podemos dado que na garantia autônoma o beneficiário tem direitos face ao garante em função da garantia entre eles celebrada, ou seja, não tem como fonte o

6.FUNÇÃO SOCIO-ECONÓMICA

Garantia autônoma e fiança têm, em diferença aos seguros, a função de prevenção de um dano mediante o cumprimento de uma prestação por outrem enquanto os seguros visam a reparação do dano efetivamente sofrido.

A primeira, porém, tem uma natureza eminentemente ressarcitória porque o garante não se obriga a produzir o resultado que assegura, tem como finalidade assegurar, se o devedor não cumprir a obrigação que lhe cabe, o resultado econômico, apenas, que a parte teria se o devedor cumprisse normalmente a sua prestação.

Torna-se claro pois que o garante quando paga não o faz para satisfazer o débito de um terceiro, não se obriga a cumprir a obrigação do causador do dano. Paga, isto sim, para saldar uma dívida própria, resultado do contrato de garantia ao qual está vinculado diretamente.

contrato celebrado entre o dador da ordem e o garante. No contrato em favor de terceiro o benefício resulta de um contrato do qual o terceiro beneficiário é estranho.

Como de prestação de serviços teríamos que admitir que a garantia autônoma visaria uma atividade material, não sendo seu elemento principal a prática de um ato jurídico. Não podemos admitir isto, posto que na garantia em análise o banco se obriga, por solicitação do dador da ordem, a efetivamente celebrar um contrato autônomo de garantia (praticar um ato jurídico) com terceiro (beneficiário).

Resta-nos então um enquadramento da relação entre dador da ordem e o garante como uma relação de mandato (sem representação) que traduz-se na relação em que uma pessoa (o mandante) solicita que outra pessoa (o mandatário) realize determinado ato (jurídico) no interesse e por conta do primeiro. O contrato de mandato é sem representação porque o mandatário age em nome próprio (e não em nome do mandante), mas no interesse do mandante. Assim ao realizar o ato (jurídico) assume a posição jurídica de parte porque age em seu próprio nome, e assume por isto os efeitos jurídicos (os direitos e obrigações) para si.

Estes efeitos na esfera jurídica do mandante não se produzirão diretamente por que este (o mandante) não possui vínculo representativo que os faça incidir sobre si diretamente. Quem possui este vínculo é o mandatário, e é sobre ele que incidirão diretamente os efeitos. Daí dizer-se mandato sem representação.

A garantia autônoma se enquadra nesta espécie de mandato porque o banco celebra o contrato de garantia, em seu próprio nome, mas no interesse econômico do dador da ordem. Além disto, a prestação a que o banco se vincula é a de realizar um ato jurídico, qual seja, celebrar um contrato de garantia.

Ao atuar o banco em nome próprio, ao prestar a garantia autônoma, refletir-se-ão sobre si, diretamente, os efeitos jurídicos e econômicos da mesma, notadamente após realizar o seu pagamento. Terá direito ao reembolso (efeitos jurídicos e econômicos indiretos sobre o dador da ordem) do que pagou ao beneficiário em razão do contrato de mandato, uma vez que o garante celebra o contrato de garantia autônoma no interesse do dador da ordem e por cumprimento do mandato sem representação. Mais como celebra o contrato de garantia em nome próprio, o beneficiário só pode exigir o cumprimento da garantia do banco garante, pois a garantia o vincula a uma obrigação que lhe é própria porque age em seu próprio nome.

Retira-se de questão, assim, na garantia autônoma a culpa do devedor do contrato de base, a extensão dos danos e as vicissitudes da obrigação de base, porque o valor a ser pago é previamente acordado. Daí dizer-se que é uma garantia de cumprimento sucessivo, ressarcitório e autônomo.

Ao contrário, a fiança assegura o cumprimento da prestação em si, com um sentido preventivo porque ao fiador cabe responder por que a obrigação principal seja cumprida (art. 627) e não de reparar as consequências danosas do não cumprimento. O afiançado cobrará do fiador exatamente aquilo que pode cobrar do devedor principal. Cabe alertar que a fiança de obrigação seja futura ou eventual terá também um caráter ressarcitório, mas não perderá a eminência do seu caráter preventivo.

7.DIFERENÇAS ENTRE A GARANTIA AUTÔNOMA "À PRIMEIRA SOLICITAÇÃO" E A FIANÇA COM CLÁUSULA "À PRIMEIRA SOLICITAÇÃO".

Convém recordar de imediato que inicialmente a garantia autônoma foi confundida com a fiança, sendo a cláusula de pagamento à primeira solicitação o critério que distinguia uma da outra. Critério este porém que era ineficiente, senão errôneo.

Conforme a Prof. *Mônica Jardim*, aqui transcrita, citando *Portale*: "*De facto, a "utilidade interpretativa" desta cláusula tornou-se duvidosa, a partir do momento em que uma forte corrente jurisprudencial alemã admitiu a inclusão da cláusula "auf erstes anfordern" (à primeira solicitação) numa fiança. Foi esta a decisão do BGH, de 2.5.79: "se bem que a cláusula "à primeira solicitação" deva ser considerada um indício da presença de um contrato autônomo de garantia (...), essa cláusula não deve permitir excluir a existência de uma fiança. (...) sobretudo quando do texto do contrato se deduz claramente que o promitente queria prestar uma fiança e não uma garantia autônoma."*¹⁴ Neste

¹⁴ JARDIM, MÓNICA, *A garantia autônoma...*, cit., p. 186, citando PORTALE, em sentença proferida "Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia", loc. cit., p. 173, nota 5.

mesmo sentido *João Calvão da Silva* cita a jurisprudência alemã¹⁵.

Esta referida corrente jurisprudencial alemã, apesar de combatida, difundiu-se também pela doutrina internacional passando a ser reconhecida, no projeto de regras uniformes da câmara de comércio internacional de 1983 (reformulado em 1991), a possibilidade de uma fiança com cláusula "à primeira solicitação".

Em 1998, na Alemanha, em sentença de 21 de Abril o Tribunal Federal prolatou sentença afirmando a possibilidade da existência na fiança da cláusula "à primeira solicitação", acrescentando que, como veremos adiante, esta cláusula não retira a acessoriedade das garantias, quando esta for acessória.¹⁶

Hoje, doutrina e jurisprudência alemã, bem como a doutrina espanhola e italiana admitem a referida fiança com cláusula "à primeira solicitação", *solve et repete* ou *on first demand*.¹⁷⁻¹⁸

Com o fato de a doutrina passar a admitir a fiança "à primeira solicitação", o que antes era inadmitido, a existência desta cláusula passou a não poder ser mais o critério de distinção entre estas duas espécies de garantia.

De outro lado, ao admitir a cláusula "à primeira solicitação" numa fiança chamou-nos a atenção para o fato de que a garantia autônoma poderia vir ou não acompanhada da cláusula em comento, o que de fato veio a se confirmar

¹⁵ SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Estudos de direito comercial (pareceres)*, Livraria Almedina, Coimbra, Reimpressão 1999, p. 353, nota 39, primeiro parágrafo, "A existência de fianças acessórias executíveis ao primeiro pedido – a confirmar que a cláusula "on first demand" por si só não tem o "dom sacramental" de constituir o contrato autônomo de garantia, embora seja forte indício do mesmo – é admitida na Alemanha pela jurisprudência (Cfr., entre outros, BGH, de 31 de Janeiro de 1985, in "WM", 1985, p. 511; BGH, de 26 de Fevereiro de 1987, in "WM", 1987, p. 549; OLG Hamburg, de 10 de Outubro de 1985, in "BB", 1986, p. 835) e pela doutrina – Cfr. HORN, *Burgschaften und garantie*, 1986, p. 68 e ss.; BLAUROCK, *aktuelle probleme aus dem kreditsicherungsrecht*, Koln, 1986, p. 94 e ss."

¹⁶ Conforme PERERA, ANGEL CARRASCO "Fiança, *accessoriedad* y contrato de garantia", Madrid, 1992, p. 214.

¹⁷ Conforme nos informa LEITÃO, LUÍS MANOEL TELES DE MENEZES, *Garantias das obrigações*, livraria Almedina, Coimbra, 2006, p. 97 e 98 (notas 298 à 301).

¹⁸ NICTOLIS, ROSANA DE, *Nuove garanzie personale e reali*, Cedam, Padova, 1998, p. 33, "Le maggiori difficoltà si incontrano nella delimitazione rispetto alla fideiussione. La opinione che oggi tende a prevalere, è che il *garantievertrag* sai operazione distinta da quest'ultima."

com o posicionamento doutrinal para o fato de não ser obrigatório que a garantia autônoma contenha a cláusula "à primeira solicitação", apesar desta cláusula, sem dúvida, reforçar a sua autonomia.

Portanto, não sendo esta cláusula o critério diferenciador entre as figuras em análise passamos a tratar a matéria estabelecendo a distinção entre a cláusula "à primeira solicitação" disposta numa fiança e a mesma cláusula disposta numa garantia autônoma para assim conseguirmos diferenciar os dois institutos jurídicos aqui tratados.

Conforme a doutrina alemã ao inserir a cláusula "à primeira solicitação" numa fiança, não se pretende excluir a acessoriedade da fiança, e por isto prevalece ainda o direito do fiador que efetuou o pagamento opor as exceções relativas ao contrato de base. Afirmam que esta cláusula, na fiança, apenas suspende a sua acessoriedade tendo o efeito *solve et repete*. Isto quer dizer que o fiador, na fiança com cláusula "à primeira solicitação", assim que lhe for solicitado o pagamento, o faça sem opor exceções de imediato, ou seja, impõe ao fiador o dever de pagar e só após o pagamento terá o direito de opor todas as exceções a que tem direito na fiança sem a cláusula em comento.

O poder que esta cláusula tem na fiança é de postergar, para após o seu pagamento, a discussão das eventuais objeções relativas à obrigação principal. Dito de outra forma, o fiador renuncia ao poder de opor estas objeções relativas à obrigação principal em sede de uma "exceção processual", podendo se valer delas porém em sede de ação principal (repetição do indevido).¹⁹. O sentido desta cláusula (que protege o credor), além do objetivo de toda fiança que é de restringir a possibilidade de incumprimento da prestação, é de transferir para outrem (o fiador) os *litigation costs and risks* relativos à execução judicial da garantia. O que vale dizer que, é o fiador que arcará com os custos de uma possível contestação judicial, posto que só poderá fazê-lo depois de efetuar o pagamento da prestação. Assim, paga e depois contesta. O beneficiário

¹⁹ Ressalve-se porém que neste momento podem ser opostas objeções decorrentes da relação de garantia nomeadamente o seu cumprimento, resolução, caducidade e manifesta fraude ou abuso de direito do beneficiário.

por seu turno não terá custos ou despesas com uma possível oposição de exceções ao pagamento da garantia.

Inferre-se portanto que mesmo com a referida cláusula continua a fiança a ser uma garantia acessória, apenas com a alteração do momento em que poderá o fiador invocar as exceções referentes ao contrato base. Mas poderá aqui opor exceções relativas à própria fiança.

O sentido da cláusula "à primeira solicitação", na garantia autônoma, é diverso porque ela não irá postergar as discussões concernentes às exceções da relação de base porque nesta garantia estas exceções não podem ser invocadas. O que será modificado com esta cláusula é que surgirá uma relação jurídica, na qual o garante, uma vez interpelado pelo credor, efetuará o pagamento sem nada exigir do mesmo, nem sequer a prova do descumprimento do contrato pelo devedor.

Na garantia autônoma, a cláusula aqui estudada, não tem o condão de modificar a sua natureza, como não o tem na fiança. Portanto, conservadas ficam as mesmas diferenças entre estes institutos jurídicos anteriormente apontadas. Permanece, portanto, a autonomia desta garantia em relação ao contrato de base, e inclusive aparece aqui reforçada.

O efeito desta cláusula aqui é de dar automaticidade à garantia que já é, por si, autônoma. Enquanto na garantia autônoma, sem esta cláusula, exige-se a entrega de uma documentação básica, ou a prova do descumprimento do contrato por parte do devedor, ao ser inserida esta cláusula nenhum documento poderá ser exigido ao beneficiário, bastando a sua simples interpelação para que o garante efetue o pagamento da garantia. Desta forma, permanece inalterada a impossibilidade de apresentar exceções decorrentes do contrato de base.

Esta automaticidade, na garantia autônoma, traduz-se no fato de que o beneficiário da garantia não precisará provar o descumprimento por parte do devedor, nem mesmo qualquer outro requisito a que pudesse estar condicionado o seu crédito. Basta que este informe ao garante que o devedor

não cumpriu o contrato e terá direito, de imediato, ao recebimento da pecúnia fixada na garantia.²⁰

Percebe-se que o que se altera é a exigibilidade do cumprimento da obrigação, e não a sua natureza autônoma. De facto, a quantia fixada passará a ser exigível a partir da simples interpelação do beneficiário, não podendo o garante exigir qualquer prova dos requisitos de constituição da obrigação (a falta no cumprimento da prestação pelo devedor). Não podemos deixar de afirmar, portanto, que a cláusula "à primeira solicitação" evidencia e torna ainda maior a autonomia pois distancia, ainda mais, o vínculo que poderia haver entre a garantia e a litigância sobre a relação jurídica de base, levando a autonomia ao seu estado mais puro. Nas palavras do eminente jurista Ferrer Correia "a simples afirmação por este feita de que o facto se produziu (de que a outra parte não cumpriu o contrato) (...) basta para colocar o banco na situação de ter de efectuar o pagamento pedido, sem mais indagações."

O que em resumo vai ser o critério de distinção entre uma garantia autônoma simples da automática ou com cláusula "à primeira solicitação" é: a necessidade de justificação documental na interpelação para pagamento existente na primeira modalidade e prescindível na segunda. Em outras palavras, a cláusula "à primeira solicitação" apenas fará com que o beneficiário da garantia autônoma não precise apresentar nenhuma documentação para exigir o cumprimento da garantia pelo garante.²¹

Portanto, com a cláusula em comento, a garantia autônoma continua autônoma, e com esta autonomia mais evidente, enquanto a fiança tem a sua acessoriedade suspensa por um momento, qual seja, o da solicitação do pagamento. Após este momento, retorna a acessoriedade da fiança como era antes, e se houver porventura uma ação de repetição do

²⁰ RIBEIRO, ANTÓNIO SEQUEIRA, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio...*, cit., p. 363, afirma, fazendo referência ao Ac. Da RC de 26 de Novembro de 1996, in CJ, 1996-V, p. 27 e ss.: "A cláusula à primeira solicitação atribui automaticidade à garantia autônoma. 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."

²¹ BRANCO, MANOEL CASTELO, "A garantia bancária autônoma no âmbito das garantias especiais das obrigações", in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 53, 1993.

indevido poderão ser opostas todas as exceções relativas à obrigação principal. Na garantia autônoma, estas exceções relativas ao contrato de base, não podem ser invocadas em nenhum momento, seja na solicitação do pagamento, seja numa ação de repetição.

Destacamos ainda que caso o credor solicite, indevidamente, o pagamento da fiança (com a cláusula em comento), e o fiador o realize, será ele, o fiador, o legitimado a propor a ação de repetição do indevido. Se, porém, o beneficiário, numa garantia autônoma automática, solicita indevidamente o pagamento ao garante, e este o realiza, a respectiva ação de repetição será intentada pelo devedor do contrato base. Esta diversidade se dá porque nesta espécie de fiança o fiador não poderá opor, de imediato, as objeções ao pagamento referentes à relação principal, mas terá ainda o direito de o fazer logo após o pagamento. Nenhum momento melhor que numa eventual ação de repetição do indébito. De diverso modo, na garantia que é autônoma, em razão da impossibilidade do garante se valer de exceções relativas ao contrato base, não poderá este invocá-las para evitar o pagamento e nem mesmo para reaver um eventual pagamento indevido numa ação de repetição do indevido. Caberá assim ao devedor do contrato base (ordenante) os *litigations costs and risks* em, após reembolsar o garante, intentar ação de repetição para reaver o que foi pago indevidamente.

Permanecem, portanto, a diferença que existe entre os objetos da fiança e da garantia autônoma. Nesta última, e mesmo sendo automática, a prestação a que o garante se obriga é sempre diversa daquela a que o devedor da relação de base se obrigou, e será sempre uma obrigação de dar um valor predeterminado. Na primeira, contudo, o fiador terá como objeto da prestação aquele mesmo a que o devedor estiver vinculado. Portanto, como permanece a fiança como acessória, todas as diferenças, em relação à garantia autônoma, aqui tratadas, por conseguinte, não desaparecem. Não é demais informar que o direito do beneficiário em solicitar o pagamento nas garantias com cláusula "à primeira solicitação" não é absoluto. Isto porque pode o garante se recusar ao pagamento caso haja manifesta fraude na interpelação ou abuso de direito, ou se ferir princípios de ordem pública. Em corroboração a isto, admite-se como

meio de efetivar estas motivações até mesmo providências cautelares.²²

Sublinhamos também o fato de que pode parecer à primeira vista que a garantia autônoma se faz demasiadamente gravosa para o devedor, e com excessiva proteção para o beneficiário da mesma. Contudo, a lei prevê uma garantia muito mais incisiva e onerosa para o devedor que é depósito de dinheiro, prevista no art. 623, nº 1 do código civil português.²³

8.DA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA QUANTO À CLÁUSULA "À PRIMEIRA SOLICITAÇÃO"

Em Portugal, o STJ no Ac. de 27 de Janeiro de 1993, refere-se à cláusula *on first demand* como típica do contrato de garantia bancária autônoma, ou seja, como se na fiança não pudesse existir a referida cláusula. Neste sentido a relação de Lisboa na decisão de 11 de Dezembro de 1990 fazia referência a esta cláusula como o fator que dava autonomia ao contrato de garantia bancária autônoma.

Noutro tanto, o acórdão do STJ no Ac. de 7 de Novembro de 1990 mencionava que este tipo de garantia implicava o pagamento à primeira solicitação, confundindo a autonomia com o pagamento de imediato independente de provas. Ainda em jurisprudência de 1994 do STJ, em BMJ, n 453, ano de 1996, pg 428 temos: "A garantia bancária é sempre autônoma, nisso se distinguindo da fiança, esta sim de carácter acessório (...) Pois bem: assente que foi adoptada a cláusula de pagamento à primeira solicitação, então é de pressupor a existência da garantia bancária autônoma.". Ainda em 2003, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11.11.99, processo nº 871/98, in <http://www.stj.pt>, encontramos uma ligeira confusão atribuindo à cláusula "à primeira solicitação" o fator que determinava a autonomia à garantia autônoma: "Trata-se de questão a resolver em sede de interpretação da vontade das partes", designadamente porque não existe neste caso a chamada cláusula "on first demand",

²² JARDIM, MÓNICA, *A garantia autônoma...*, cit., p. 331 e ss. e na jurisprudência Ac STJ 2004. in CJ-ASTJ 12 2004, 3, p. 55-61.

²³ Neste sentido ver PINHEIRO, JORGE DUARTE, "Garantia bancária", in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano52, 1992, p. 443.

cuja estipulação, indicia desde logo a qualificação da garantia prestada como autônoma”.

Em 2004, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.10.2004, processo nº 1008/04, in <http://www.stj.pt> a jurisprudência já demonstra uma maior precisão a respeito da garantia bancária com a cláusula “à primeira solicitação”, mas ainda comete alguns equívocos, inclusive ao falar que a garantia autônoma *on first demand* pode ser com ou sem justificação documental quando, em verdade, só poderia ser sem justificação documental, senão vejamos: “A garantia bancária autônoma, à primeira solicitação ou “*on first demand*” cria uma situação jurídica por força da qual o garante, ao ser interpelado pelo credor (com ou sem justificação documental conforme acordado), terá de pagar a quantia garantida, sem discussão, isto é, sem poder contestar o pagamento do que lhe é exigido. O seu significado é o de que o garante (o banco) fica constituído na obrigação de pagar imediatamente, a simples pedido do beneficiário, sem poder discutir os fundamentos e pressupostos que legitimam o pedido de pagamento, designadamente, sem poder discutir o incumprimento do devedor nem invocar em seu benefício qualquer meio de defesa relacionado com o contrato base, celebrado entre o ordenador e o beneficiário Configura-se, assim, como uma garantia automática, exequível mediante simples, imotivada, ou potestativa comunicação pelo beneficiário do incumprimento da obrigação principal do mandante.(...) Daí a autonomia da obrigação, que se estabelece de modo independente, sem qualquer subordinação à obrigação garantida: donde não possa confundir-se com a fiança, na medida em que não é, como esta, acessória da obrigação garantida, antes é autônoma com respeito à dívida que garante, ou seja o garante não pode invocar em sua defesa quaisquer meios relacionados com o contrato garantido, nem lhe são aplicáveis as normas dos arts. 627º, 631º, 634º, 637º, 638º e 647º do C. Civil, relativos à fiança (...)”

Contudo, não podemos aqui afirmar que a jurisprudência admita a possibilidade da fiança com a referida cláusula, nem mesmo podemos admitir que entendam os julgadores que haja diferenças entre os institutos da fiança e da garantia autônoma se ambos estiverem com a cláusula à primeira solicitação. Nesta questão aqui tratada a jurisprudência não se pronunciou efetivamente.

9. CONCLUSÃO

Demonstrado como ficou, não permanecem dúvidas quanto à diferença existente entre a garantia autônoma e a garantia da fiança, esteja ou não presente nestas a cláusula "à primeira solicitação".

Para que não reste dúvida sobre a vontade das partes, devem as mesmas exprimir de forma clara as suas intenções. Assim, se pretendem assumir uma garantia acessória, que assim o façam. Se, por outro lado, pretendem efetivar uma garantia autônoma em relação ao contrato base, que insiram cláusulas em que seja expressa esta intenção de que não poderá o garante invocar objeções ao pagamento baseado em exceções relativas ao contrato de base (tudo isto de acordo com a teoria da impressão do destinatário razoável).²⁴

Isto porque diante da maior utilização e da tipicidade legal, hoje em dia, do contrato de fiança presumir-se-á que as partes não derogaram a regra geral de que as garantias pessoais são acessórias²⁵.

Maior necessidade se faz que a cláusula "à primeira solicitação" seja expressa, uma vez que esta não irá se presumir, seja numa fiança seja na garantia autônoma, porque ambos os contratos existem sem a mesma.

10. ANEXO

²⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01.07.2003 in <http://www.stj.pt> processo nº 10580/02, "Não é o nome que se dá ao documento, que qualifica o contrato que o mesmo corporiza, mas sim o texto do documento é que é fundamental para a sua qualificação, pois o que consta desse texto é que define o seu conteúdo. Trata-se de questão a resolver em sede de interpretação da vontade das partes (...)."

²⁵ SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Estudos de direito comercial (pareceres)*..., cit., p. 353, nota 39, segundo parágrafo, "Naturalmente, a questão de saber se um determinado caso existe uma *fiança simples*, uma *fiança (acessória)* à primeira solicitação ou já um *contrato autônomo de garantia* é um problema a solucionar em sede de *interpretação da vontade das partes*, atentas as cláusulas de garantia, as circunstâncias da situação concreta e os próprios usos comerciais, se os houver (Cfr. CANARIS, "Bankvertragsrecht", cit., p. 825). *Em caso de dúvida, o negócio de garantia presume-se ser de fiança, em virtude de esta ser o tipo consagrado na lei*, e de em matérias de *garantias autônomas valer a interpretação textual*, o conteúdo objectivo do acto e não o literal (Cfr. HORN, ob. cit., p. 68 e ss.; BLAUROCK, ob. cit., p. 97)".

Apresentamos o exemplo prático de uma garantia autônoma, a mais comum, que é aquela da boa execução do contrato. Esta tem por objetivo assegurar o resultado econômico para a parte, se houvesse o cumprimento pela outra parte da prestação característica do contrato. Apresentamos um modelo da mesma, em tradução livre.

Ao.....
..... (beneficiário)

Garantia de execução nº.....

Fomos informados que o Sr. celebrou..... contrato de nº (a seguir denominado "contratante") com os Srs. (a seguir denominados "vendedor") para o fornecimento de..... a um preço total de De acordo com o contrato, ao vendedor é exigido que forneça a você (beneficiário) uma garantia de execução no montante de ... pelo preço total.

Neste foi estabelecido que, nós, banco-x Ltd., pelo pedido do vendedor, assumimos a irrevogável responsabilidade pelo pagamento imediato para você (beneficiário), sob sua primeira demanda escrita, qualquer quantia até (atual e máxima quantia), (por extenso:.....) sob a aprovação do recebimento da sua confirmação escrita de que o vendedor não executou suas obrigações em conformidade com os termos do contrato.

Com a finalidade de identificação, seu pedido de compensação só será considerado válido se nos for apresentado através da intermediação de um banco de primeira classe, o qual deverá confirmar as assinaturas constantes na sua demanda pelo pagamento e na sua citada solicitação escrita de confirmação vinculando-a oficialmente a você (beneficiário).

Nossa obrigação em realizar o pagamento compensatório expirará em por último, sem se relacionar com o fato do presente instrumento retornar para nós ou não. Sua demanda escrita obrigatoriamente deverá chegar até nós até aquela data, e de qualquer forma todas as suas demandas face a nosso banco sujeitas a esta indenização irão automaticamente expirar.

Por cada pagamento parcial em respeito a esta compensação, irá reduzir nossa obrigação *pro rata*.

O original deste instrumento deve obrigatoriamente retornar para nós após a data limite ou depois de que todas as suas demandas, de acordo com este documento, tenham sido satisfeitas por nós.

Se nós fizermos qualquer pagamento em respeito a esta indenização e se em último ponto e a tempo qualquer reembolso poderá ser feito por qualquer razão que seja, você (beneficiário) responsabilizar-se-á, aceitando a presente indenização, em fazer tal reembolso exclusivamente para nós.

Os casos relacionados a esta indenização são permitidos pelas leis e regulamentos suíço.

A indenização é regulada pela lei Suíça. O foro de eleição será o de

Banco-X Ltd.²⁶

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANCO, MANUEL CASTELO - "A garantia bancária autônoma no âmbito das garantias especiais das obrigações", in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano53, 1993.

CORTEZ, FRANCISCO - "Garantias bancárias", in: *Revista da Ordem dos Advogados* - ano 52, Jun. 1992.

²⁶ JARDIM, MÓNICA, *A garantia autônoma...*, cit., p. 71.

"To..... (beneficiary)

Performance guarantee n°.....

We have been informed that you have concluded on..... a contract n° (hereinafter: the "contract") with messrs (hereinafter the "seller") for the supply of at a total price of Pursuant to the contract, the seller is required to provide you with a performance guarantee in the amount of of total price.

This being stated, we, X-bank Ltd., at the request of the seller, here-with irrevocably undertake to pay immediately to you, upon your first written demand , any amount up to (current and maximum amount), (in full letters:.....) upon receipt of your written confirmation that the seller has not performed its obligations in conformity with the terms of the contract.

For purposes of identification, your call of this indemnity will only be considered as valid if is presented to us through the intermediary of a first-rate bank which confirms that the signatures on your request for payment and on your aforementioned written confirmation are legally binding upon you.

Our obligation under this indemnity will expire on At the latest, irrespective or whether the present instrument is returned to us or not. Your written claim must have reached us in by that date, otherwise and all claims against our bank under this indemnity will automatically expire.

With each payment under this indemnity our obligation will be reduced *pro rata*.

The original of this instrument must be returned to us after the expiry date or after all your claims hereunder have been satisfied by us.

If we make any payment under this indemnity and if a later point in time any repayment may be made for any reason whatsoever, you undertake, by accepting the present indemnity, to make such repayment exclusively to us.

The issue of this indemnity is permitted under Swiss laws and regulations.

This indemnity is governed by Swiss law. Place of jurisdiction is

X-bank Ltd."

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA E MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO. "Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação", in: *Colectânea de Jurisprudência*, ano XI, 1986, Tomo V, p. 15 à 34.

JARDIM, MÓNICA - *A garantia autônoma*, Livraria Almedina, Coimbra, 2002.

LEITÃO, LUÍS MANOEL TELES DE MENEZES, *Garantias das obrigações*, Livraria Almedina, Coimbra, 2006.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO - *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol II, Direito Bancário, Livraria Almedina, Coimbra.

NICTOLIS, ROSANA DE, *Nuove garanzie personale e reali*, Cedam, Padova, 1998.

PERERA, ANGEL CARRASCO, *Fiança, accessoriedad y contrato de garantia*, Madrid, 1992.

PINHEIRO, JORGE DUARTE, "Garantia bancária", in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano52, 1992.

RIBEIRO, ANTÓNIO SEQUEIRA - *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol II, Direito Bancário, Livraria Almedina, Coimbra.

RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, "Constitucionalização do direito civil", in: *Boletim da Faculdade de Direito*", Vol. LXXIV, Separata, Coimbra, 1998.

SILVA, JOÃO CALVÃO DA - *Estudos de direito comercial (pareceres)*, Livraria Almedina, Coimbra, Reimpressão 1999.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO - *Garantia bancária autônoma*, Edições Cosmos Scire Legis, 1991.