

Escola de Ciências Sociais e Humanas
Departamento de Economia Política

A garantia autónoma

Inês Margarida Ferreira de Matos Mota

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Direito das Empresas

Orientador

Doutor Manuel António Pita, Professor Auxiliar

ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa

Outubro de 2017

Resumo

A garantia autónoma ganhou uma dimensão de relevo no tráfego jurídico, nomeadamente internacional. O elemento catalisador dessa relevância é a sua autonomia face ao contrato base.

A necessidade de um meio de garantia das obrigações mais forte, mais flexível e mais célere do que as típicas garantias reais ou as garantias pessoais acessórias abriu um espaço que foi preenchido pela garantia autónoma.

O objetivo do presente estudo é tentar perceber, por um lado, se a autonomia intrínseca à garantia autónoma é sinónimo de abstração ou se ainda há espaço para a causalidade e, por outro lado, se a autonomia tem limites que legitimem o garante a recusar o pagamento ao beneficiário – mesmo no caso das denominadas garantias autónomas à primeira solicitação.

Palavras-chave: garantia pessoal, tipo contratual, autonomia, causalidade, Direito dos contratos (K12), Direito das empresas (K22)

Abstract

The independent personal security had achieved a major role in trading, including in international trade. The main reason for the significance of the independent personal security is its independence to the main contract.

The demand for a stronger, more flexible and fast-track security, rather than the conventional real and personal securities, was met by the independent personal security.

The main purpose of this work is to examine, on the one hand, whether the independent personal security shall be construed as an abstract or causal security and, on the other hand, the grounds according to which the security provider may refuse to comply with a demand for performance, including in the case of on first demand securities.

Key words: personal security, typical contracts, independent personal security, legal cause, Contract Law (K12), Business and Securities Law (K22)

- I. **Introdução**
- II. **A garantia autónoma**
 1. **Introdução**
 2. **A garantia autónoma como garantia pessoal**
 3. **Estrutura da garantia autónoma**
 - 3.1. **A relação entre o ordenante (devedor no contrato base) e o beneficiário da garantia**
 - 3.2. **A relação entre o ordenante (devedor no contrato base) e o garante**
 - 3.3. **A relação entre o garante e o beneficiário da garantia**
 4. **Características da garantia autónoma**
 - 4.1. **Atipicidade**
 - 4.2. **Autonomia**
 - 4.3. **Causalidade**
 - 4.4. **Automaticidade**
 5. **Transmissão da garantia autónoma**
 - 5.1. **Cessão de créditos**
 - 5.2. **Cessão da posição contratual**
 6. **Tipos de garantia autónoma**
 - 6.1. ***Bid bonds***
 - 6.2. ***Performance bonds***
 - 6.3. ***Repayment bonds***
 - 6.4. ***Maintenance bond***
 - 6.5. **Garantias de pagamento**
 - 6.6. **As garantias autónomas nos contratos públicos**
 7. **Recusa de pagamento pelo garante**
 - 7.1. **Ponto de ordem**
 - 7.2. **Abuso de direito**
 - 7.3. **Acessoriedade extintiva pelo cumprimento**
 - 7.4. **Prova**
 8. **Tutela processual; em especial a tutela cautelar**

8.1. Admissibilidade

8.2. Prova

III. Conclusões

IV. Bibliografia

Abreviaturas

Al.	Alínea
Art.	Artigo
CC	Código Civil Português
CCI	Câmara de Comércio Internacional
Cf.	Conferir
Cit.	Citado
CJ	Coletânea de Jurisprudência
CNUDCI	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
CRP	Constituição da República Portuguesa
N.º	Número
Ob.	Obra
P.	Página
PP.	Páginas
Reimp.	Reimpressão
RDE	Revista de Direito e Economia
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
Séc.	Século
SS.	Seguintes
Vol.	Volume

I. INTRODUÇÃO

Desde sempre que os intervenientes das relações comerciais sentiram necessidade de criar mecanismos de garantia do cumprimento das obrigações assumidas. O uso de garantias pessoais, como a fiança, ao lado das garantias reais, sempre foi recorrente.

Contudo, a celeridade com que os negócios internacionais se desenvolviam, no final do séc. XIX, não era compatível com os espartilhos apertados da acessoriedade – característica típica da fiança. Sentiu-se, por isso, a necessidade de uma figura eficaz que não fosse um entrave ao comércio, *maxime* internacional.

Nasceu, assim, a garantia autónoma que tem como mãe a autonomia privada e como pai o engenho dos intervenientes nas relações comerciais, nomeadamente internacionais. A verdade é que com o passar do tempo, mesmo sem um regime jurídico tipificado, a garantia autónoma ganhou o seu lugar e atualmente é largamente utilizada por ser considerada o meio de garantia mais adequado ao tráfego comercial. Assim, apesar de ser legalmente atípica é reconhecida por todos como uma figura socialmente típica.

Em relação a outras garantias pessoais, como a fiança, a garantia autónoma atribui uma proteção acrescida para o beneficiário, sendo que o garante assume mais riscos do que aqueles que advêm ao fiador.

Quer a proteção do beneficiário, quer os riscos assumidos pelo garante são exponenciados com a estipulação da cláusula de pagamento "*on first demand*", através da qual o garante se obriga a pagar ao beneficiário automaticamente após mera solicitação deste.

Contudo, na outra face da moeda, encontramos um caminho aberto pelas características essenciais da garantia autónoma – autonomia e, eventualmente, automaticidade – a solicitações abusivas por parte do beneficiário.

Assim, é imperioso, primeiramente, caracterizar esta figura e, depois, apurar se essa autonomia é absoluta ou se existem situações em que é lícito ao garante recusar o pagamento ao beneficiário.

Adianta-se, desde já, que existem diferentes graus de autonomia da garantia e que a *autonomia* e a *automaticidade* têm limites. Nessa conformidade, procurar-se-á saber se é possível vislumbrar ou detetar algum grau de acessoriedade na garantia autónoma.

II. A GARANTIA AUTÓNOMA

1. Introdução

As garantias reais, como o penhor e a hipoteca, foram, durante muito tempo, os meios de garantia preferidos dos credores, porquanto as garantias pessoais, como a fiança, são, por natureza, inseparáveis das variações patrimoniais dos garantes, ao contrário daquelas que estão presas às coisas.

Assim, no fim do século XIX, no seio das relações comerciais, *maxime* nas internacionais, surgiu a necessidade de desenvolver uma garantia que não fosse atingida pelas vicissitudes da relação principal.

Ora, a necessidade de uma garantia mais flexível fez-se sentir, por um lado, *i)* pelas vicissitudes inerentes à execução das garantias acessórias –, nomeadamente as decorrentes da invocação de vicissitudes da relação base – incompatíveis com a crescente e desejada celeridade das relações comerciais – mormente dos terceiros beneficiários^{1 2} –, e por outro lado, *ii)* pela inexistência de confiança entre contraentes desconhecidos, o que reivindicava a intervenção de uma entidade garante com um elevado grau de idoneidade financeira³.

¹ Em grande medida, foi a acessoriedade da fiança que fez com que os intervenientes no comércio internacional começassem a desenhar uma nova figura. Como aponta CALVÃO DA SILVA, as partes ao fugirem de determinados aspetos do regime legal da fiança, na regulação dos seus interesses, “*inventaram uma rica e poliédrica gama de fianças impróprias ou garantias atípicas*” in *Direito Bancário*, Coimbra, 2001, 384.

² Vide em relação à fiança: JANUÁRIO GOMES, *A fiança no quadro das garantias pessoais. Aspectos do regime*, in *Estudos de Direitos das garantias*, I, Coimbra, 2004, 7-48.

³ Na verdade, foi fundamental para o crescimento do comércio internacional que os garantes, normalmente bancos, assegurassem a terceiros, muitas vezes residentes em países diversos, o cumprimento das obrigações assumidas pelos seus clientes, cf. MANUEL CASTELO BRANCO, *A garantia bancária autónoma*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 53, Vol. I, abril 1993, 70. Por outro lado, a garantia autónoma veio suprir os problemas derivados da confiança inexistente entre contraentes desconhecidos, cf. MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Garantias bancárias autónomas – Breves reflexões in Juris et De jure* – nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto, 1998, 324. Como afirma FERRER CORREIA, “os bancos estavam destinados a constituir um poderoso elemento propulsor do comércio externo” in *Notas para o estudo do contrato de garantia bancária*, in *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1989, 9.

Assim, neste contexto surgiu a garantia autónoma – comumente designada de *garantia bancária autónoma* –, porquanto, quase sempre, mas não necessariamente, o papel do garante é assumido por uma entidade bancária^{4 5}.

A garantia autónoma *nasceu*, assim, da liberdade contratual (artigo 405.º, do Código Civil)⁶, no seio da prática bancária e, apesar de ser um instituto relativamente recente e de ter um regime jurídico atípico⁷, esta figura ganhou o seu lugar e atualmente é largamente utilizada no tráfego comercial⁸.

Em Portugal, não é possível determinar, com rigor, o momento em que se começou a usar a garantia autónoma. A receção no ordenamento jurídico português da figura da garantia autónoma não foi pacífica e isso refletiu-se, obviamente, na aceitação pelos tribunais portugueses da garantia autónoma. Como se disse, só num passado relativamente recente é que os agentes do comércio internacional começaram a socorrer-se desta figura como meio de garantia das obrigações assumidas, o que implicou, conseqüentemente, um aumento das decisões judiciais sobre o assunto, sendo certo que quando se generalizou a prestação de garantias autónomas automáticas, dispararam igualmente os litígios⁹.

⁴ VAZ SERRA foi o primeiro, em Portugal, a estudar a temática da garantia autónoma – *Fiança e figuras análogas*, BMJ 71, 1957, 19-330, mais tarde, outros autores também abordaram esta matéria, com destaque para FERRER CORREIA, *Notas para o estudo do contrato de garantia bancária*, cit., 9-24, SIMÕES PATRÍCIO, *Preliminares sobre a garantia (on first demand)*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 43, Vol. III, Dez. 1983, 677-718, e GALVÃO TELLES, *Garantia bancária autónoma*, O Direito, 120, 1988, III-IV, 275-293.

⁵ Não abordaremos o seguro-caução – prestados por seguradoras – apesar de este desempenhar uma função que permite inseri-lo na definição material de garantia autónoma. *Vide* em relação ao seguro-caução: MÓNICA JARDIM *in A garantia autónoma*, Coimbra, 2002, 213-243; ALVES DE BRITO, *Seguro-Caução. Primeiras considerações sobre o seu regime e natureza jurídica*, *in* Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques, Coimbra, 2007, 388-490.

⁶ *Vide* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25/11/2014, proc. n.º 526/12.3TBPVZ-A.P1.S1 (FONSECA RAMOS) em que se afirma que “o contrato de garantia autónoma é um negócio atípico, inominado, que o princípio da liberdade contratual – artigo 405.º do Código Civil – admite, porque não violador das normas abertas dos artigos 280.º e 294.º do Código Civil”.

⁷ *Vide* 4.1.

⁸ A garantia autónoma assume “uma enorme e inegável importância prática”, sendo em áreas como a “da construção civil, dos fornecimentos, do engineering e da cooperação industrial” que esta figura se tem destacado, cf. MÓNICA JARDIM *in A garantia autónoma*, cit., 14.

⁹ De referir que, com o passar do tempo, os agentes do comércio internacional começaram a privilegiar a mediação e a arbitragem como meio de resolução dos conflitos gerados nas suas relações comerciais. Assim,

A decisão mais antiga de um tribunal superior português sobre a garantia autónoma parece ser de 1956. Trata-se de acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21 de dezembro de 1956, que alude à garantia autónoma no âmbito de contrato de empreitada de obras públicas. Nessa decisão, a Relação de Lisboa expressamente referiu que a garantia bancária “*não é uma fiança: é o substituto dos depósitos reais e efetivos que o empreiteiro devia suportar*”^{10 11}.

Paralelamente, o acentuado crescimento das garantias autónomas no seio do comércio internacional, aliado à atipicidade do seu regime, levou instituições internacionais, como a Câmara de Comércio Internacional, a envidar esforços no sentido da criação de regras de uniformização das cláusulas dessas garantias, destinadas a serem, assim querendo as partes, adotadas voluntariamente nos contratos comerciais internacionais¹².

Por ser uma garantia de fácil execução, uma vez que é *autónoma* relativamente à relação estabelecida entre o devedor e o beneficiário, a garantia autónoma tornou-se um dos meios de garantia de referência dos credores, devido à sua flexibilidade e agilidade em comparação a outras figuras, nomeadamente a fiança¹³.

apesar da garantia autónoma ser o meio preferencial de garantia das obrigações no âmbito do comércio internacional, a verdade é que os tribunais judiciais atuam quase que residualmente na resolução dos diferendos.

¹⁰ Acórdão da Relação de Lisboa de 21 de dezembro de 1956, Jurisprudência das Relações, 2, 1029.

¹¹ Posteriormente, em 1990, o Supremo Tribunal de Justiça, em 7 de novembro de 1990, proc. n.º 077497 (FIGUEIREDO SOUSA) *in* www.dgsi.pt; o Tribunal da Relação do Porto, em 13 de novembro de 1990 e o Tribunal da Relação de Lisboa, em 11 de dezembro de 1990 também se pronunciaram sobre a garantia autónoma. – todos os Acórdãos estão publicados na Coletânea de Jurisprudência, XV, 1990, T. V., pp. 187 e ss. e 135 e ss., respetivamente. Nos aludidos acórdãos, o contrato de garantia autónoma foi considerado um negócio causal.

¹² GALVÃO TELLES faz referência a um movimento internacional de uniformização das normas sobre as garantias, cf. *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra, 2002, 507-508. À semelhança do que acontece em Portugal, não se encontra, na maioria dos ordenamentos jurídicos, uma regulação específica da garantia autónoma. Para além das Regras da CCI, cumpre ainda destacar a Resolução n.º 50/48, das Nações Unidas, de 11 de dezembro de 1985, que aprovou a “*Convenção sobre as Garantias Independentes e as Letras de Crédito Stand by*”. Contudo a aludida convenção não foi aprovada pelo Estado português apesar de um parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República no sentido de nada obstar à assinatura daquela Convenção, *inter alia*, porque “*a figura da garantia independente ou autónoma, embora não prevista como instituto de âmbito geral, na lei portuguesa, tem sido considerada admitida na ordem jurídica do nosso país, pelas doutrina e jurisprudência praticamente unânimes, enquanto contrato inominado, fundado na autonomia da vontade das partes*” - cf. Parecer de 19 de dezembro de 1996 (LUÍS DA SILVEIRA).

¹³ Como refere ANTUNES VARELA, o disposto no artigo 637.º, do Código Civil é o *calcanhar de Aquiles* da fiança, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7.ª edição, Coimbra, 1997 (reimp.), 515.

2. A garantia autónoma como garantia pessoal

A proteção do direito de crédito é conferida pela ordem jurídica através dos meios que estão ao alcance do credor, nos casos de incumprimento ou cumprimento defeituoso do devedor, para a realização do seu crédito.

A garantia geral – garantia intrínseca a qualquer crédito – é o património do devedor. Significa que o cumprimento da obrigação é garantido pelos bens que integram o património do devedor.¹⁴ ¹⁵ O património, neste âmbito, consubstancia uma universalidade na medida em que responde por todas as dívidas, sendo esta garantia geral comum a todos os credores (cf. artigo 601.º, do Código Civil).

Assim, se nenhum credor beneficiar de garantia especial significa que todos os credores estão em pé de igualdade e que na insuficiência do património do devedor para pagar a todos, o mesmo será objeto de rateio (cf. artigo 604.º, n.º 1 do Código Civil).

Para além da garantia geral, existem garantias especiais que asseguram a satisfação de determinado crédito de modo particular.

A garantia autónoma é uma garantia *especial* na medida em que o credor beneficiário da garantia tem a sua posição reforçada face aos demais credores, uma vez que a proteção do seu crédito não se esgota no património do devedor. A garantia especial acresce, assim, à garantia geral.

Por outro lado, as garantias especiais das obrigações podem operar por via real ou pessoal¹⁶.

A garantia real consiste na afetação de determinado bem do devedor ou de terceiro ao pagamento preferencial do crédito do beneficiário da garantia. Quando, com vista ao reforço de certos créditos, se afetam coisas estamos perante garantias reais ou direitos reais de garantia. O exemplo paradigmático de um direito real de garantia é a hipoteca.

Por seu lado, as garantias pessoais são aquelas em que alguém – terceiro relativamente à relação obrigacional principal –, fica responsável, respondendo com o seu património, pelo cumprimento da obrigação. Por outras palavras, é a vinculação de um sujeito com o seu património para garantir a satisfação de um crédito de um terceiro.

¹⁴ Cf. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., 419.

¹⁵ Nem todos os bens do devedor compõem o objeto da garantia geral, mas apenas aqueles que são suscetíveis de penhora (artigo 601.º, do Código Civil).

¹⁶ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, Vol. X, Coimbra, 2014, 421-422.

A garantia autónoma é uma garantia *pessoal* porquanto o crédito do credor beneficiário da garantia encontra-se protegido quer pelo património do devedor, quer pelo património do garante¹⁷. Esta sujeição do património de um terceiro (garante) advém de uma obrigação que o próprio terceiro assumiu.

3. Estrutura da garantia autónoma

A garantia autónoma pode definir-se como o negócio jurídico pelo qual alguém, comumente uma instituição bancária¹⁸, se obriga a pagar determinada quantia em dinheiro a um terceiro caso se verifique o incumprimento ou cumprimento defeituoso do devedor do contrato base.

Estamos perante uma relação triangular¹⁹, que pressupõe, assim, a existência de três relações jurídicas²⁰, a que correspondem três negócios jurídicos distintos: i) a relação entre o

¹⁷ GALVÃO TELLES refere que “as garantias pessoais traduzem-se em direitos de crédito ao serviço de outros direitos de crédito e têm um significado quantitativo, porque multiplicam o número de pessoas e patrimónios responsáveis” in *Garantia Bancária Autónoma*, cit., 277.

¹⁸ MENEZES CORDEIRO, recentemente, defendeu que só as instituições de crédito e as sociedades financeiras podem prestar garantias autónomas. Por um lado, este autor refere que quando se opta pela prestação de uma garantia autónoma, i) o beneficiário deseja do garante robustez económica e financeira; ii) que o garante seja capaz de avaliar de forma adequada o mandante e que se salvguarde através da exigência de contragarantias; e iii) que o garante seja credível, conhecido na praça e inspire confiança e idoneidade de solvabilidade. E por outro lado, chama à colação a remuneração da garantia e o artigo 8.º, n.º 2 e artigo 4.º, n.º 1, al. b) do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGIC) que estatui que só as instituições de crédito e as sociedades financeiras podem, a título profissional, exercer a atividade relativa a “operações de crédito, incluindo concessão de garantias”. MENEZES CORDEIRO conclui que a garantia autónoma emitida por não-banqueiros “não pode afastar a normas injuntivas previstas, no Código Civil, para a fiança” e “a não ser viável a conversão em fiança, o negócio “garantia” será nulo, por impossibilidade legal” – cf. *Tratado de Direito Civil*, X, cit., 550-553. Não podemos concordar com esta posição. Os argumentos aduzidos não são juridicamente decisivos, para além disso, não se pode tomar a parte pelo todo. O RGIC estabelece as condições de acesso e de exercício de atividade das instituições de crédito e sociedades financeiras e refere que só aquelas entidades podem prestar garantias autónomas a título profissional.

¹⁹ Sobre a estrutura triangular da garantia autónoma, Vide GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, cit., 514; FRANCISCO CORTEZ, *A garantia bancária autónoma – alguns problemas*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 52, Vol. II, julho 1992, 522; MÓNICA JARDIM, *A garantia autónoma*, cit., ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Garantias bancárias autónomas*, cit., 326 e ss.; e JANUÁRIO GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, Coimbra, 2000, 134 e 1011 e ss., que apesar de se referir à fiança, é também aplicável à garantia bancária.

ordenante (devedor no contrato base) e o beneficiário da garantia; *ii*) a relação entre o ordenante (devedor no contrato base) e o garante; e *iii*) A relação entre o garante e o beneficiário da garantia.

3.1. A relação entre o ordenante (devedor no contrato base) e o beneficiário da garantia

Estamos perante o *contrato base*. Aqui são partes o ordenante (devedor no contrato base) e o beneficiário da garantia. É do contrato base que advêm as obrigações garantidas.

Este contrato tem natureza variável. Pode ser um contrato de empreitada, de compra e venda, etc.²¹. Normalmente é o credor deste negócio o beneficiário da garantia autónoma.

Cumpre ainda notar que, apesar da independência deste contrato em relação ao contrato de garantia, é naquele ou, mais frequentemente, antes da sua celebração, que o devedor se obriga a conseguir que um terceiro preste uma garantia autónoma em que o credor conste como beneficiário.

3.2. A relação entre o ordenante (devedor no contrato base) e o garante

Esta relação jurídica corresponde o contrato celebrado entre o garante e o ordenante (devedor no contrato base), através do qual aquele se obriga a prestar a este, mediante determinada retribuição – a denominada comissão –, a garantia em benefício do credor do contrato base. Este segundo contrato contém a obrigação do garante em celebrar o contrato de garantia com o credor beneficiário

Neste negócio é identificado o contrato base e, pelo menos, o montante garantido (termo de garantia). Para além disso, é salvaguardado o direito do garante de ser reembolsado pelo devedor.

É assente que esta relação jurídica não é um contrato a favor de terceiro cujo regime jurídico se encontra nos artigos 443.^o e seguintes do Código Civil, por um lado porque o beneficiário não tem conhecimento do contrato base, e, por outro, porque a autonomia da garantia autónoma, como

²⁰ MENEZES LEITÃO chama à primeira *relação de atribuição*, à segunda *relação de cobertura* e à terceira *relação de execução* – Cf., *Garantias das obrigações*, 2.^a edição, Coimbra, 2008, 145.

²¹ O contrato base pode “*ter uma natureza muito diversa, p. ex., compra e venda, empreitada, etc.*”, cf. PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, Coimbra, 2010, 122.

veremos, não se coaduna com a invocabilidade de exceções provenientes de outro negócio para além do de garantia (cf. artigo 449.º, do Código Civil)^{22 23}.

Esta relação tem sido qualificada como um contrato de mandato sem representação^{24 25} (artigos 1178.º e 1180.º do Código Civil), uma vez que o garante celebra o contrato de garantia no interesse e por conta do ordenante (devedor da relação base)²⁶, mas age em nome próprio, pois vinculou-se a uma obrigação independente que só a ele pode ser exigida²⁷.

Ao cumprir a obrigação de garantia, através do pagamento da quantia solicitada pelo beneficiário, dentro dos limites da garantia, o garante está a cumprir uma obrigação própria, proveniente do contrato celebrado entre si e o credor, mas também uma obrigação própria emergente do contrato celebrado entre si e o devedor. Apesar de serem obrigações próprias do garante, estas asseguram o interesse do beneficiário da garantia e, em certa medida, o interesse do devedor da relação principal.

²² SEQUEIRA RIBEIRO afirma que estamos perante “*uma operação a favor de terceiro, onde se vislumbram dois negócios: o negócio obrigacional base e o negócio de garantia stricto sensu*”, in *Garantia bancária autónoma à primeira solicitação: algumas questões*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, II, Coimbra, 2002, 376.

²³ MÓNICA JARDIM descarta, também, a assunção de dívida, o contrato promessa a favor de terceiro e o contrato de prestação de serviços. – cf. *A garantia autónoma*, cit., 50-53.

²⁴ Neste sentido, ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, *Garantias Bancárias*, cit. 5; DUARTE PINHEIRO, *Garantia bancária autónoma*, cit., 434; SEQUEIRA RIBEIRO, *Garantia bancária autónoma*, cit., 372 e ss.; FRANCISCO CORTEZ, *A garantia bancária autónoma*, cit., 524 e ss; MÓNICA JARDIM, *A garantia autónoma*, cit., 53 e ss.: A SIMÕES PATRÍCIO, *Preliminares sobre a garantia (on first demand)*, cit., 713; PESTANA VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, cit., 123. No sentido da impropriedade desta qualificação, cf. JANUÁRIO GOMES, *A assunção fidejussória de dívida*, cit., 362.

²⁵ Sobre o mandato sem representação *Vide* PESSOA JORGE, *Mandato sem representação*, Coimbra, 2001 (reimp.).

²⁶ Diz-se que o garante age no interesse do devedor da relação base, porquanto foi a este que foi exigido a prestação de uma garantia especial para garantia do cumprimento do contrato base.

²⁷ Contudo esta tese tem sido posta em crise na medida em que o garante, apesar de praticar um ato jurídico no interesse do devedor da relação base, não o faz por conta de outrem (do devedor da relação base), mas atua no cumprimento de uma obrigação própria a que se vinculou com o contrato de garantia.— Neste sentido, FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II – Conteúdo – Contratos de troca*, Coimbra, 2007, 204.

3.3. A relação entre o garante e o beneficiário da garantia

Este negócio corresponde ao *contrato de garantia stricto sensu*.

Importa indagar neste ponto se se coloca o problema que surge na fiança: o de saber se a garantia autónoma pode ser prestada através de negócio jurídico unilateral ou se, ao invés, deve ser prestada por contrato²⁸.

Ao abrigo do artigo 457.º, do Código Civil “*a promessa unilateral de uma prestação só obriga nos casos previstos na lei*”. Este artigo consagra o princípio da tipicidade legal (*numerus clausus*) que impera quanto aos negócios unilaterais. Por outras palavras: os negócios unilaterais só são admissíveis, como fonte autónoma de obrigações, nos casos legalmente previstos.

Ora, como vimos, a garantia autónoma não se encontra tipificada na lei. Assim, obviamente, não está, consequentemente, prevista legalmente a constituição de garantias autónomas através de negócio unilateral. Nessa conformidade só é admissível a sua prestação através de um contrato²⁹.

Tal conclusão leva a outra: é nula a garantia autónoma constituída através de negócio jurídico unilateral, nos termos do artigo 294.º, do Código Civil, por colisão ao princípio da tipicidade legal, constante no artigo 457.º, do Código Civil.

Face ao exposto, é sempre exigida a aceitação do beneficiário, que pode ser tácita, nos termos do artigo 217.º, do Código Civil.

Esta relação contratual é, assim, um contrato com carácter unilateral (ou não sinalagmático), consensual e inominado, do qual advém, por um lado, para o garante, a obrigação de prestar a

²⁸ Vide sobre esta questão, quanto à fiança, os dois estudos de JANUÁRIO GOMES, *A estrutura negocial da fiança e a jurisprudência recente*, in Estudos de direito das garantias, I, Coimbra, 2004, 49-107, e *A questão da natureza negocial da fiança revisitada*, in Estudos de direito das garantias, II, Coimbra, 2010, 7-30 e MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, cit., 451-454.

²⁹ FERRER CORREIA defende que qualificar a garantia autónoma como negócio unilateral “*retiraria, em direito português, força vinculante à declaração do dador da garantia, face ao princípio da tipicidade dos negócios unilaterais (Cod. Civ. Art. 457.º) e ao facto de (...) não haver norma que preveja e discipline a garantia bancária, a qual (repete-se) só poderá fundar a sua validade no princípio da liberdade contratual*”, in *Notas para o estudo do contrato de garantia bancária*, cit., 12.; GALVÃO TELLES caracteriza esta relação como contrato “*embora contrato unilateral ou não sinalagmático, por criar obrigações apenas para o garante*”, in *Garantia Bancária Autónoma*, cit., 287.

garantia autónoma e, por outro, para o beneficiário, o correspondente direito de exigir o pagamento de determinada quantia³⁰.

Sendo o contrato de garantia um negócio atípico, não tem exigências de forma legalmente estabelecidas, não se podendo aplicar analogicamente a forma prevista para a fiança (artigo 628.º, do Código Civil), porquanto a forma da fiança é determinada em função da acessoriedade que inexistente na garantia autónoma.

A garantia autónoma é um contrato consensual, pois a sua validade não está dependente da observância de forma legal, aplicando-se o princípio geral da liberdade de forma patente no artigo 219.º do Código Civil. Contudo, é aconselhável a forma escrita³¹. É que é desta relação que emerge a obrigação de garantia perante o credor da relação base. Assim sendo, é de máxima relevância que

³⁰ O Supremo Tribunal de Justiça considerou que “*com a celebração do contrato de garantia autónoma, nenhum crédito nasce no momento da celebração do contrato para o beneficiário, mas não deixa de existir um seu direito subjectivo logo que verificado o incumprimento do ordenante/devedor, o que implica a sua protecção, ainda que no mero domínio da expectativa jurídica do seu potencial direito de crédito, pois o beneficiário sabe que, em caso de incumprimento pelo ordenante seu devedor, obterá imediatamente do garante o pagamento do crédito tão logo o solicite, fazendo prova, em regra, documental do inadimplemento*” – Ac. do STJ, de 20 de março de 2012, Proc. n.º 7279/08.8TBMAI.P1.S1, (FONSECA RAMOS), disponível em www.dgsi.pt.

³¹ No sentido da exigência de forma escrita, vide JANUÁRIO GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, cit., 70; MENEZES LEITÃO que defende que é essencial que a declaração do garante esteja prevista num documento escrito, in *Garantia das Obrigações*, cit., 145; EVARISTO MENDES *Garantia Bancária. Natureza*, RDES, XXXVII, 1995, 456-3, 457 e 493 e o acórdão do Tribunal Relação de Lisboa, de 7 de dezembro de 1994, proc. n.º 0093212 (LOPES PINTO) que entendeu que “*o contrato de garantia tem de ser reduzido a escrito, independentemente de o ser ou não contrato entre o credor e o promitente da relação subjacente*” in www.dgsi.pt. Com posições intermédias, vide ROMANO MARTINEZ/FUZETA DA PONTE que defendem que a garantia autónoma segue o regime geral dos negócios jurídicos, contudo admitem que é “*difícilmente concebível a total inexistência de documentos escritos a titular a situação jurídica*”, *Garantias de cumprimento*, Coimbra, 4.ª edição, 2003, 130; MÓNICA JARDIM refere que, normalmente, a garantia autónoma é reduzida a escrito “*por razões de ordem prática e por força do carácter literal da garantia que impõe, por um lado a expressão escrita da promessa de pagamento e, por outro, que a obrigação do garante seja definida apenas com base nos termos da carta por si enviada ao beneficiário*”, mas conclui que a “*validade (da garantia autónoma) não depende de uma determinada forma*”, ob. cit., 242. Esta questão assume contornos mais amplos, pois estamos perante um contrato atípico. Sobre a forma dos contratos atípicos Cf. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Coimbra, 1995, 463 ss. e RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, cit., 169 ss. PAIS DE VASCONCELOS defende que “*a liberdade de forma dos contratos atípicos conhece restrições oriundas, por um lado, das exigências legais de forma estatuídas genericamente a propósito do conteúdo e efeitos dos contratos e, por outro lado, das exigências legais de forma estatuídas a propósito de tipos contratuais.*” Cf. *Contratos Atípicos*, cit., 464.

as suas condições constem de documento escrito³². É, obviamente, mais fácil proceder-se à interpretação da vontade das partes.

Normalmente, no termo de garantia constam *i*) o montante garantido, *ii*) o momento do vencimento da obrigação de pagamento, *iii*) as formalidades a cumprir pelo beneficiário da garantia, nomeadamente no que concerne à prova (ou não) do incumprimento ou do cumprimento defeituoso por parte do devedor do contrato base; *iv*) o meio de pagamento, e *v*) o prazo de vigência da garantia.

As partes envolvidas, reconhecendo a importância das obrigações e deveres em causa, reduzem invariavelmente o contrato de garantia a escrito, acabando a questão da forma do contrato de garantia autónoma por ter interesse meramente académico por ser despicienda.

4. Características da garantia autónoma

4.1. Atipicidade³³

Como já foi referido, o regime da garantia autónoma não se encontra estabelecido na lei, não sendo, por essa razão, a garantia autónoma legalmente típica. Contudo, a tipicidade legal não encerra todos os tipos contratuais existentes. É possível celebrar outros contratos para além dos tipificados na lei. Essa é uma prerrogativa originária da já referida liberdade contratual (artigo 405.º, do Código Civil)³⁴. Assim, para além dos contratos regulados na lei, coexistem no ordenamento jurídico outros tipos contratuais: os tipos contratuais sociais.

³² Sobre a importância do texto nas garantias bancárias, cf. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, 3.ª edição, Coimbra, 2006, 642. Como se sublinha no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de Abril de 2010, Proc. n.º 458/09.2YFLSB, (Maria dos Prazeres Beleza), “a interpretação literal reveste-se de particular relevância quando se pretende fixar o sentido com que um contrato de garantia autónoma deve ser interpretado, maxime de uma garantia autónoma à primeira solicitação”, caso contrário, “poderia pôr seriamente em causa a função deste tipo negocial, consabidamente criado pela prática para permitir uma satisfação rápida e sem controvérsia do interesse do beneficiário”.

³³ Sobre a tipicidade e atipicidade dos contratos, cf. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, cit.; RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, cit.; MARIA HELENA BRITO, *O Contrato de Concessão Comercial*, Coimbra, 1990, 155 e ss..

³⁴ Neste sentido, já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça: “A liberdade negocial afirmada no artigo 405.º do CC permite a livre opção de escolha de qualquer tipo contratual com submissão às suas regras imperativas, a livre

A garantia autónoma apesar de ser legalmente atípica tem, para além, de um reconhecimento doutrinário e jurisprudencial, um reconhecimento legal^{35 36}.

Diz-se que um contrato é tipicamente social quando está enraizado no tráfego jurídico e as suas características (elementos do tipo) estão igualmente sedimentadas na ordem jurídica.

Ora, apesar de as características da garantia autónoma e o seu regime jurídico não constarem de nenhuma lei, é possível caracterizar esta figura, porquanto aqueles se encontram consolidados no tráfego jurídico. Podemos, assim, afirmar que a garantia autónoma é legalmente atípica e socialmente típica^{37 38}.

Face ao que ficou exposto, o regime jurídico desta figura é determinado pela *i*) vontade das partes, assumindo, como já referimos, neste campo a interpretação do contrato de garantia um papel fundamental (cf. artigos 236.º, n.º 1 e 238.º, n.º 1, do Código Civil)³⁹; e *ii*) pelas regras gerais dos negócios jurídicos e dos contratos (artigos 217.º e ss. e 405.º e ss. do Código Civil).

opção de celebrar contratos diferentes dos típicos, a introdução no tipo contratual de cláusulas defensivas dos interesses das partes que não quebrem a função sócio-económica assumida pelo respectivo tipo e a reunião no mesmo contrato de dois ou mais contratos típicos”, in Acórdão do STJ, de 9 de junho de 1997, Proc. n.º 98A679 (TORRES PAULO), disponível in www.dgsi.pt.

³⁵ Existem diversas referências legais à garantia autónoma, por exemplo no artigo 90.º, n.º 2 e 8, artigo 308.º, n.º 3 e artigo 323.º, n.º 2, todos do Código dos Contratos Públicos e artigo 4.º, n.º 1, alínea c), do Decreto-Lei n.º 69/2004, de 25 de março. E, em especial, à garantia bancária autónoma no RGIC.

³⁶ Como já foi referido, algumas instituições internacionais elaboraram alguns diplomas com vista à harmonização dos regimes jurídicos desta figura: as Regras Uniformes Sobre Garantias a Pedido da Câmara do Comércio Internacional (n.º 758) e a Convenção das Nações Unidas sobre Garantias Independentes e Cartas de Crédito (Nova Iorque, 11 de dezembro de 1995). Estes textos, obviamente que não têm carácter obrigatório, mas, normalmente, são aplicáveis por via dos usos bancários.

³⁷ Sobre a noção de tipicidade social, com as características da pluralidade de situações traduzidas numa prática socialmente reconhecível como modelo de referência, Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, cit., 59 e ss.

³⁸ Nas palavras de MARIA HELENA BRITO, a tipicidade social supõe *"a consciência de que os tipos assim criados venham a adquirir validade geral e justifica-se pela importância que os tipos em causa revistam na realidade social, atendendo à sua difusão e à função económico-social que desempenham"* e *"remetendo para as valorações económicas ou éticas da consciência social, só pode justificar-se se existirem subjacentes aos contratos realizados de modo típico, interesses merecedores de tutela segundo a ordem jurídica"*, in *Contrato de Concessão Comercial*, cit., 168 e 169.

³⁹ Como refere JANUÁRIO GOMES, a interpretação do texto do contrato de garantia autónoma assume uma relevância só comparável à interpretação dos títulos de crédito, in *Assunção Fidejussória de dívida – Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, cit., 70.

Existe, ainda, a possibilidade de aplicação analógica de normas de negócios legalmente típicos à garantia bancária⁴⁰. Somos da opinião que a aplicação analógica só será possível desde que a norma a aplicar não colida com a característica mais marcante da garantia autónoma: a autonomia.

4.2. Autonomia

Como temos vindo a referir, a autonomia é a principal e fundamental característica da garantia autónoma. A autonomia é em relação ao contrato base, ou seja, a obrigação que deriva do contrato de garantia autónoma não depende dos vícios e vicissitudes da relação base. O garante assume uma obrigação própria e independente do contrato base⁴¹. Sem essa independência não se pode usar a expressão “garantia autónoma” com propriedade.

⁴⁰ Neste sentido, ROMANO MARTINEZ que admite ainda a analogia com outros negócios jurídicos típicos como a fiança, desde não se atinja a autonomia da garantia autónoma – cf. *Garantias Bancárias*, cit., 276-277; PAIS DE VASCONCELOS distingue os “*contratos atípicos puros*” dos “*contratos atípicos construídos por referência a tipos*” e defende que aos primeiros “*não é aplicável o direito positivo legislado por referência a tipos*” e que “*as lacunas de estipulação são preenchidas por interpretação complementar*”, relativamente aos segundos, afirma que “*o direito positivo fornecido pelo tipo de referência nestes casos é afastado, não só quando o sentido do desvio o prive de fundamento, mas também quando do desvio e do próprio contrato concretamente considerado resulte que as partes não quiseram aquela regulação positiva.*” – cf. *Contratos Atípicos*, cit. 385; por seu turno, RUI PINTO DUARTE admite a aplicação analógica de normas sobre contratos típicos a contratos atípicos e ainda a prevalência das aludidas normas “*sobre o recurso à integração das declarações negociais*” – cf. *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, cit., 143. Vide, ainda, MARIA HELENA BRITO, *O contrato de concessão comercial*, cit. 218 e ss.

⁴¹ Cf. PINTO MONTEIRO, refere que “*diferentemente da fiança (...) esta garantia é autónoma, quer dizer, não tem natureza acessória em relação à obrigação garantida, sendo devida mesmo que a relação principal se mostre inválida e sem que o garante possa opor ao beneficiário os meios de defesa do devedor visto que o garante assume uma obrigação própria, independente (desligada) do contrato-base, Nem o devedor pode impedir, em princípio, o garante de prestar a soma acordada, logo que o beneficiário a solicite.*” – cf. *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, 1999, 272-273. Nas palavras de ROMANO MARTINEZ “*o garante, perante o credor, responsabiliza-se pelo pagamento de uma obrigação própria e não pelo cumprimento de uma dívida alheia (...) ainda que relacionada com a dívida do garantido*” in *Garantias Bancárias*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, II, Coimbra, 2002, 266. Por seu turno, FRANCISCO CORTEZ está isolado quando defende que o contrato de garantia autónoma visa assegurar a plena satisfação do direito de crédito do credor beneficiário, sendo que o garante não pode opor ao credor beneficiário nenhuma exceção relativa a uma vicissitude da relação base, cf. *A garantia bancária autónoma*, cit. 92, 531.

Em geral, todos os autores na caracterização da autonomia da garantia chamam à colação a fiança. É inegável que quer a fiança, quer a garantia autónoma têm funções semelhantes: a função de garantia. Assim, é quase inevitável contrapor estas duas garantias pessoais e, desse ponto de partida, desenhar o regime jurídico da garantia autónoma⁴².

Contudo, estas duas figuras não se podem identificar, porque as separam características estruturais.

A fiança é uma garantia pela qual uma pessoa – o fiador – se obriga para com o credor a cumprir a obrigação de outra pessoa, no caso de esta o não fazer. O fiador compromete-se, assim, a pagar a dívida do devedor principal. A obrigação do fiador é acessória, pois está funcionalmente ligada ao crédito garantido e, conseqüentemente, o seu regime está dependente do crédito que visa garantir⁴³. A fiança caracteriza-se, fundamentalmente, pela acessoriedade e pela subsidiariedade.

A acessoriedade na fiança está patente de duas formas, *i*) pela possibilidade da invocabilidade de exceções derivadas da obrigação principal (artigo 637.º, n.º 1, do Código Civil) e, *ii*) em sede de responsabilidade, pela limitação do âmbito da fiança ao próprio âmbito da obrigação principal (artigos 631.º e 634.º, do Código Civil).

A obrigação do fiador está, assim, numa relação de dependência ou de subordinação da obrigação principal – cf. artigo 627.º, n.º 2, do Código Civil –, acabando por se confundir o objeto da fiança com o objeto da dívida afiançada. O fiador tem de pagar ao credor o que o devedor principal não pagou.

⁴² Cf. MIGUEL BRITO BASTOS, *A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma “on first demand”*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume III, Coimbra, 2010, 526. ROMANO MARTINEZ afirma que a garantia autónoma corresponde a uma evolução do contrato de fiança, de mandato e da promessa de cumprimento, sendo que à fiança herdou a função de garantia e aspetos com ela relacionados, com exceção da acessoriedade, in *Garantias Bancárias*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, cit., 285.

⁴³ Nas palavras de JANUÁRIO GOMES a acessoriedade da fiança “*manifesta-se desde a fase genética até à extinção*” in *Contratos Comerciais*, Coimbra, 2012, 386. CALVÃO DA SILVA alude a três tipos de dependência: a genética, a funcional e a extintiva, que consubstanciam a relação de dependência e subordinação da fiança à obrigação garantida in *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*, Coimbra, 1999 (reimp.), 334.

Por sua vez a subsidiariedade⁴⁴ é, *grosso modo*, um privilégio unicamente a favor do fiador e que se consubstancia no princípio segundo o qual o fiador só responderá pelo pagamento da obrigação se e quando se provar que o património do devedor principal é insuficiente para a solver. A subsidiariedade concretiza-se no denominado benefício de excussão, que se traduz no direito de o fiador se recusar a cumprir a obrigação que garantiu enquanto não estiverem excutidos todos os bens do devedor principal (artigo 638.º, do Código Civil)⁴⁵.

Pelo contrário, o objeto do contrato de garantia autónoma é diverso do objeto do contrato celebrado entre o devedor e o beneficiário da garantia. O garante responde, perante o beneficiário da garantia, independentemente e autonomamente das vicissitudes da obrigação principal. O garante está obrigado a pagar ao beneficiário da garantia assim que for solicitado independentemente dos vícios da obrigação principal, podendo apenas socorrer-se dos meios de defesa que advêm do contrato de garantia⁴⁶. Assim, o garante não pode opor ao beneficiário da garantia autónoma nenhum meio de defesa que não resulte do *contrato de garantia stricto sensu*.

Ao contrário do que acontece na fiança, na garantia autónoma o garante não se obriga a satisfazer uma dívida de um terceiro. O garante assume uma obrigação própria: assegura ao beneficiário o cumprimento de uma obrigação, desde que aquele lhe diga que o devedor não cumpriu.

O garante ao pagar ao beneficiário, cumpre uma obrigação própria, mas, ao mesmo tempo, extingue a obrigação do devedor perante o beneficiário. O objeto da garantia autónoma é diverso do objeto da obrigação decorrente do contrato base.

A autonomia concede, assim, ao credor da relação principal (beneficiário da garantia) um maior grau de segurança na satisfação do seu crédito. Por um lado, o garante não lhe pode opor os meios de defesa provenientes da relação garantida; por outro, o beneficiário não tem de fazer, em princípio, prova dos pressupostos que legitimam a exigência do pagamento.

⁴⁴A referência à subsidiariedade justifica-se, porquanto esta característica não pode ser vista de forma totalmente isolada da acessoriedade – apesar de não se confundirem – uma vez que o benefício da excussão prévia é também um meio de defesa ao dispor do fiador.

⁴⁵ Este benefício integra o regime supletivo da fiança civil, mas não o da bancária. A fiança bancária resulta de um ato de comércio e, por isso, tem o regime supletivo constante do Código Comercial (cf. artigo 101.º, do Código Comercial). A existência do benefício de excussão prévia, apesar de ser a regra, não é essencial à fiança, uma vez que o fiador pode a ele renunciar no ato da sua constituição (cf. artigo 640.º do Código Civil).

⁴⁶ Cf. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, 2009, 537; PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, cit., 120; e MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, cit., 643.

A garantia autónoma em relação aos demais meios de garantia tornou-se assim um meio mais adequado aos interesses em jogo no seio do comércio. Desde logo, como se referiu, o interesse do beneficiário é favorecido pela segurança da satisfação do seu crédito não depender da obrigação principal. Por outro lado, o garante também acaba por ter vantagens em manter-se alheio à relação principal, pois, para além de ser estranho àquela relação, está protegido pela ação de regresso contra o mandante sem que se discuta o mérito da execução da garantia autónoma⁴⁷.

Contudo, apesar da autonomia da garantia autónoma, há neste instituto uma acessoriedade: a *accessoriedade extintiva* restrita, ou seja, em determinadas situações, a extinção da relação principal conduz à extinção da relação de garantia⁴⁸.

4.3. Automaticidade

A autonomia da garantia admite graus diferentes de autonomia que dependem da vontade das partes⁴⁹.

Se não for aposta uma cláusula de automaticidade diz-se que a garantia autónoma é uma garantia autónoma simples. Porém, como foi referido, o que releva é a vontade das partes, sendo fundamental a operação da interpretação dessas vontades⁵⁰. As garantias autónomas simples são a modalidade de garantias com o grau mais fraco de autonomia. Nestas, para o garante pagar ao

⁴⁷ Por sua vez, o fiador que cumpre a obrigação garantida fica sub-rogado nos termos do artigo 644.º, do Código Civil.

⁴⁸ Para se entender a acessoriedade extintiva é fundamental abordar a questão da causalidade como característica da garantia autónoma. Assim, retomaremos este tópico *infra* em 4.3 e 7.3.

⁴⁹ Cf. FERRER CORREIA, *Notas para o estudo do contrato de garantia bancária*, cit., 14.

⁵⁰ O Supremo de Tribunal de Justiça considerou que “a falta da expressão impressa «on first demand» não altera a sua natureza. A cláusula on first demand não é uma cláusula sacramental. Basta que do seu texto constem outros elementos (...) que permitam com segurança concluir que se trata de uma garantia autónoma.” – cf. Acórdão de 22 de Maio de 2014, Proc.º 724/12.0YYPRT-A.P1.S1 (GRANJA DA FONSECA); e o Tribunal da Relação do Porto decidiu que “A circunstância de não constar da garantia bancária a expressão “on first demand” não significa que fique excluída a possibilidade de se considerar, à luz da doutrina da impressão do destinatário, que a garantia prestada é uma garantia bancária à primeira solicitação.” – cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26 de Janeiro de 2016, Proc. n.º 2223/12.0TBMAL-A.P1 (JOÃO PROENÇA), ambos disponíveis in www.dgsi.pt

beneficiário este, para além da interpelação, tem de provar o incumprimento ou cumprimento defeituoso do devedor na relação base.

Face à exigência da demonstração do incumprimento da relação principal é discutível se ainda estamos perante uma garantia autónoma ou, pelo contrário, estamos em face de uma garantia acessória⁵¹.

Também em relação às garantias autónomas automáticas é comum falar-se de garantias autónomas à primeira solicitação com ou sem justificação documental. Tal distinção prevê a existência de garantias autónomas à primeira solicitação com justificação documental, em que o beneficiário deverá entregar ao garante a documentação necessária para comprovar o incumprimento que motivou a execução da garantia.

A questão que se coloca nestes casos é a de saber se ainda estamos perante uma garantia autónoma automática. A resposta dependerá do tipo de documentação exigida⁵².

A necessidade de comprovação do inadimplemento exigida nas garantias autónomas pode fazer com que a garantia perca a sua característica basilar: a autonomia (e também a automaticidade, no caso de ser aposta a cláusula “*on first demand*”) e se aproxime da fiança. Essa exigência, de certo modo, torna a obrigação de garantia dependente da validade e subsistência da relação principal. Ora, se assim é, deixa de poder ser qualificada como uma garantia autónoma e, nesse sentido, torna-a numa garantia acessória⁵³.

⁵¹ Como aponta JANUÁRIO GOMES, é imperioso averiguar o grau de *dependência* para se aferir sobre a autonomia ou acessoriedade. - cf. *Assunção Fidejussória de dívida*, cit., 106.

⁵² Sobre esta questão, MENEZES CORDEIRO refere que, na autónoma automática, apesar de o garante se obrigar a pagar ao beneficiário determinada importância, assim que este solicite, normalmente, a garantia prescreve que o garante, antes de efetuar qualquer pagamento, proceda à breve análise de determinados documentos: faturas, ordens de fornecimento, boletins de transporte ou de embarque. Aliás, as normas uniformes da Câmara de Comércio Internacional determinam que o garante examine todos os documentos especificados no texto da garantia com um cuidado razoável. Porém, este exame não pode ser entendido como um juízo de cumprimento ou de incumprimento da relação principal *in* Manual de Direito Bancário, cit., 642.

⁵³ Neste sentido, cf. FERRER CORREIA que refere que “*a garantia bancária simples não dista muito da fiança*” e que a prova do não cumprimento faz com que a obrigação do beneficiário perca “*se não tudo, algo da sua natureza autónoma, passando a depender em certa medida da relação entre o devedor principal e o beneficiário*”, *in* *Notas para o estudo do contrato de garantia bancária*, cit., 14-15.

Para distinguir a garantia simples da garantia automática é necessário interpretar – de acordo com as regras de interpretação constantes dos artigos 236.º, n.º 1 e 238.º, n.º 1, do Código Civil – no caso concreto, as cláusulas do termo de garantia⁵⁴.

Contudo, como, aliás, acontece na maioria das garantias autónomas prestadas, as partes podem acordar que a garantia seja automática. Nesses casos as partes estabelecem uma cláusula de pagamento “à primeira solicitação” ou “on first demand”. A garantia autónoma *on first demand* é assim uma modalidade de garantia autónoma. Porém, apesar de ser frequente a cláusula da automaticidade⁵⁵, esta característica é eventual⁵⁶.

Esta cláusula impede que o garante faça qualquer tipo de verificação ou juízo do incumprimento da relação principal, isto é, o garante está obrigado a pagar ao beneficiário imediatamente após mera interpelação para o efeito⁵⁷.

Esta modalidade de garantia reforça sobremaneira a posição do beneficiário, porquanto este tem a prerrogativa de receber do garante o montante garantido sem necessidade de qualquer explicação ou justificação⁵⁸, bastando apenas a mera interpelação⁵⁹.

⁵⁴ O Supremo Tribunal de Justiça considerou que “a utilização das expressões *garantia incondicional e irrevogável e a obrigação de pagar ao beneficiário por interpelação e imediatamente não podem deixar de conferir a natureza de garantia autónoma, on first demand, ou seja, à primeira solicitação ou primeira interpelação*” in Acórdão do STJ, de 19 de maio de 2010, Proc. n.º 241/07.0TBMCD-A.S1, (AZEVEDO RAMOS); por seu lado, o Tribunal da Relação de Lisboa – após interpretação do texto da garantia bancária do qual constava a declaração de que o banco se constituía “*garante e principal pagador, com expressa renúncia ao benefício da excussão*”, destinada a garantir a responsabilidade da sociedade em causa, e pelas obrigações assumidas no “Termo de Responsabilidade” – chegou à conclusão que, para além de não constar no texto da garantia nem no “Termo de Responsabilidade” qualquer referência da qual se possa concluir a presença de uma garantia à primeira solicitação qualificou a garantia bancária em causa como garantia autónoma simples in Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de dezembro de 2007, Proc. n.º 7966/2007, (FÁTIMA GALANTE) ambos disponíveis in www.dgsi.pt.

⁵⁵ Como é óbvio, os garantes ao emitirem garantias bancárias “à primeira solicitação” correm mais riscos. Contudo, esses riscos são atenuados pelo preço das comissões cobradas aos devedores.

⁵⁶ Cf. MIGUEL BRITO BASTOS in *A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma “on first demand”*, cit., 528.

⁵⁷ FERRER CORREIA fala de um duplo alcance da cláusula “à primeira solicitação”: *i)* a renúncia do banco garante em aferir do incumprimento do devedor da obrigação principal e *ii)* a inexistência do ónus da prova do beneficiário dos pressupostos do seu crédito in *Notas para o estudo do contrato de garantia bancária*, cit., 16-17.

⁵⁸ CALVÃO DA SILVA qualifica a cláusula de pagamento à primeira interpelação de “*um poderoso meio de coerção ao cumprimento das obrigações contratuais*” in *Direito Bancário*, cit., 386.

Assim, sempre que esteja aposta uma cláusula de pagamento “à primeira solicitação”, a garantia, para além de autónoma em relação ao contrato base, é também automática, porquanto a exigibilidade do pagamento decorre da mera interpelação do beneficiário ao garante, sendo que se este não pagar incorrerá em mora⁶⁰.

As garantias autónomas à primeira solicitação obedecem à máxima “*paga-se primeiro e discute-se depois*”⁶¹. Podemos quase afirmar que a obrigação do garante é mais onerosa perante o beneficiário do que a obrigação do devedor perante o credor (beneficiário da garantia) na relação base.

4.4. Causalidade

A discussão sobre a causalidade ou abstração da garantia autónoma tem feito correr rios de tinta. A aludida discussão prende-se com o facto de dizer-se que no Direito português os negócios jurídicos são, regra geral, causais⁶². O facto de a garantia autónoma ser um negócio atípico

⁵⁹ Como refere JANUÁRIO GOMES “*temos, então, a excelência da autonomia cumulada com a automaticidade*”, in *A fiança no quadro das garantias pessoais*, cit., 14. Contudo, este autor entende que a obrigação do garante não é pura, uma vez que o garante dispõe de um prazo razoável para examinar a pretensão do beneficiário. – Cf. *Sobre a mora do garante na garantia bancária autónoma – A propósito do Acórdão STJ 21.11.2002*, in *Estudos de direito das garantias*, I, cit., 193-197.

⁶⁰ Sobre a mora do garante neste âmbito vide JANUÁRIO GOMES, *Sobre a mora do garante na garantia bancária autónoma*, cit., 185-209.

⁶¹ A este respeito PESTANA DE VASCONCELOS afirma que a cláusula “on first demand” afasta “o último (eventual) elemento de litigância entre garante e garantido que poderá operar na garantia autónoma simples: a discussão sobre a verificação ou não dos pressupostos do direito do credor” in *Direito das Garantias*, cit., 127. DUARTE PINHEIRO questiona: “*Dir-se-á: o instituto é muito violento para o devedor, que paga primeiro (a um) e reclama depois (junto do outro). Mas não será tão onerosa, ou até mais, a posição do devedor que presta caução por meio de depósito de dinheiro, garantia especial tida como perfeitamente legal (art. 623.º/1 do CC)?*” in *Garantia bancária autónoma*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 52, Vol. II, julho 1992, 443. FERRER CORREIA chega a afirmar que “a cláusula “prometo pagar à vossa primeira interpelação” é de um rigor draconiano”, porquanto é suscetível de provocar utilizações manifestamente abusivas e gravosas. Por essa razão elenca algumas possibilidades para atenuar esses riscos, como a exigência de justificação documental in *Notas para o estudo do contrato de garantia bancária*, cit., 21.

⁶² Sobre a causa do negócio jurídico, vide MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica - Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*, Vol. II, Coimbra, 1998 (reimp.), 343 e ss.; GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, cit., 287 e ss.; CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, Ed. Revista, Lisboa, 1995, 265 e

alimentou, ainda mais, este debate, uma vez que não é possível recorrer ao *tipo* na tarefa de identificação da sua *causa*.

Para além da disciplina das declarações negociais unilaterais (cf. artigo 458.º, do Código Civil), não se encontra no Código Civil a ideia de causa do negócio jurídico. Essa ausência contribuiu para a defesa da desnecessidade da causa do negócio.

De acordo com o artigo 458.º, do Código Civil, a promessa de cumprimento e o reconhecimento de dívida não constituem atos abstratos, mas negócios com causa presumida, ou seja, negócios causais em que apenas se verifica a inversão do ónus da prova.⁶³ O devedor pode provar que a relação fundamental não existe ou que é inválida. Esta possibilidade não lhe assistiria se a lei tivesse construído a promessa de cumprimento e o reconhecimento de dívida como atos abstratos. Por outras palavras: o regime contido no artigo 458.º, do Código Civil, apenas dispensa o credor da prova da existência da relação fundamental, que se presume até prova em contrário pelo devedor.

Ora, apesar da vacuidade da lei, a maioria da doutrina defende a importância da causa do negócio jurídico⁶⁴. Por outro lado, é inegável a existência de uma convicção social que não concebe negócios sem indicação da sua causa. Em abono desta tese levanta-se ainda a excecionalidade do negócio abstrato⁶⁵.

ss; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - Teoria Geral*, Vol. II, 2.ª edição, Coimbra, 2003, 297 e ss. e Vol. III, Coimbra 2002, 152 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 4.ª edição, Coimbra, 2014, 101-104; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, Coimbra, 2005, 290-292; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil, - Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, Vol. II, 5.ª edição, Lisboa, 2010, 377 e ss.; FERREIRA DE ALMEIDA, *A função económico-social na estrutura do contrato*, in Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques, Coimbra, 2007, 57 e ss.; PEREIRA COELHO, *Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico*, in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Vol. II, A Parte Geral do Código Civil e a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, 2006, 423 e ss.; e ANA MORAIS ANTUNES, *A causa do negócio jurídico no direito civil*, Lisboa, 2016.

⁶³ Como ensinam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, neste artigo não se consagra o princípio do negócio abstrato, *Código Civil Anotado*, Coimbra, 4.ª edição, 1987, 439. No mesmo sentido, Cf. FERRER CORREIA, *Notas para o estudo do contrato de garantia bancária*, cit., 19-20.

⁶⁴ Neste sentido, GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, cit., 294; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., 384-388; CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., 272-280; FERREIRA DE ALMEIDA, *A função económico-social na estrutura do contrato*, cit., 70; PEREIRA COELHO, *Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico*, cit., 431 e ss.

⁶⁵ Como afirma SIMÕES PATRÍCIO, "a proibição do negócio abstracto não pode deixar-se de considerar-se de ordem pública", in *Preliminares sobre a garantia (on first demand)*, cit., 696.

Defende-se, no direito português, a vigência do princípio da causalidade, segundo o qual a validade da generalidade dos negócios jurídicos depende da inserção, no seu conteúdo, de uma causa-função reconhecida socialmente^{66 67}.

O ordenamento jurídico português proíbe, assim, os negócios abstratos que não estejam previstos na lei, sendo que as exceções legalmente previstas relacionam-se com matérias em que o legislador considerou relevante a tutela de interesses de terceiros. Sendo que os negócios puramente abstratos existem no âmbito dos títulos de crédito, no seio do direito comercial, e mesmo nessa sede com algumas ressalvas⁶⁸.

O negócio abstrato é o negócio cujo regime é definido sem consideração de uma causa⁶⁹. A sua causa ou a relação subjacente, no negócio abstrato, não é revelada, sendo a mesma desconsiderada para a produção de efeitos.

⁶⁶ Como refere FERREIRA DE ALMEIDA, os “*negócios abstractos no direito português são apenas aqueles cujo regime jurídico, estabelecido por lei ou por convenção internacional vigente em Portugal, admita a omissão de uma função económico-social no respectivo conteúdo*” cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, cit., 117 e 121.

⁶⁷ Contudo, a necessidade de indicação da causa esbate-se, na generalidade dos negócios, porquanto a função resulta do conjunto do conteúdo do negócio e dos seus efeitos negociais. Cf. PEREIRA COELHO, *Contratos Complexos e Complexos Contratuais*, 1.ª Edição, Coimbra, 2014.

⁶⁸ MENEZES CORDEIRO refere que numa área onde domine a autonomia privada é fundamental uma ligação intrínseca entre a eficácia e a fonte, porquanto só assim é possível controlar as opções dos intervenientes e os efeitos dos seus atos. Por seu lado, onde impera a tutela da confiança no tráfego jurídico – como acontece nos negócios cartulares – a abstração é a solução natural. – cf. *Tratado de Direito Civil*, II, Parte Geral, 4.ª edição, Coimbra, 2014, 103. Por seu turno, como aponta SIMÕES PATRÍCIO “*a ordem pública tradicional – da cidade, da família, do grupo – foi historicamente considerada estranha ao âmbito das transacções comerciais, especulativas quase por definição; e, se realmente se desenvolveu no direito comercial outra ordem pública, a ordem pública económica – com vincados traços característicos essencialmente diversos dos da ordem pública clássica.*” – cf. *Preliminares sobre a garantia “on first demand”*, cit. – 698-699.

⁶⁹ GALVÃO TELLES, distinguindo negócios jurídicos causais e abstratos, refere que nestes últimos “*artificialmente, o Direito isola da causa o conteúdo do negócio jurídico, como instrumento maleável que poderá adaptar-se a variados fins*”, sendo certo que “*na realidade das coisas, os negócios jurídicos abstractos mergulham também na vida, têm as suas raízes presas ao condicionalismo económico; enquadram-se numa situação de facto e animam os um fim*”, não se concebendo “*um acto humano que seja fim de si próprio. Simplesmente, quanto aos actos abstractos, a lei, como o seu nome sugere, regula-os com abstracção dessa finalidade, como puros instrumentos técnicos à disposição dos interessados*”, in *Manual dos Contratos em Geral*, cit., 296; por seu lado, VAZ SERRA, ensina que a designação de negócio abstrato não significa que é um negócio independente de causa, concluindo que “*os negócios abstractos, como os outros, têm uma causa; mas o direito, para facilitar a mobilidade da vida económica, aceita que sejam feitos valer, sem alegação ou demonstração da sua causa e sem se sujeitar o autor a que lhe sejam apostas todas as excepções baseadas na causa*”, *Negócios Abstractos, Considerações gerais. Promessa ou reconhecimento de dívida e outros atos*, in *BMJ*, fevereiro de 1959, n.º 83, 5 e ss.

As obrigações emergentes da assinatura de um título de crédito valem por si mesmas, independentemente da relação jurídica subjacente⁷⁰. Por outras palavras: o negócio cambiário é suscetível de preencher múltiplas funções económico-jurídicas, não tem uma causa típica, sendo a sua causa determinada em cada caso concreto. O mesmo título de crédito pode ser assumido com uma função de pagamento (*pro solvendo*) ou, por exemplo, com uma função de garantia. Contudo, a sua causa é determinada na relação fundamental, porquanto está sempre subjacente à obrigação cambiária um outro negócio – que pode ser um contrato de compra e venda, um contrato de mútuo, um contrato de arrendamento, etc. – no qual as partes determinaram o fim daquele negócio cambiário em concreto.

Portanto, o negócio cambiário é abstrato pois a existência e validade da obrigação que dele decorre não depende da validade ou regularidade da obrigação subjacente. A obrigação cambiária separa-se desta última, de forma a vincular os obrigados, independentemente dos vícios que possam afetar a relação fundamental. O negócio abstrato é, assim, desvinculado da sua causa, na medida em que esta não decorre dele próprio, vale por si mesmo⁷¹.

Ora, reconhecer um tipo de garantia caracterizado por uma total rutura com contrato base poderia significar uma ofensa ao aludido princípio da dependência das situações jurídicas a uma relação fundamental.

Contudo, o conceito de autonomia não se pode confundir com o conceito de abstração. Apesar de a abstração implicar autonomia, o contrário já não é verdade. Assim como a causalidade da garantia não implica a sua acessoriedade⁷².

Na determinação de *causa*, a doutrina tem apresentado dois sentidos diversos: um subjetivista e outro objetivista⁷³.

⁷⁰ O fundamento jurídico do princípio da abstração nos títulos de crédito advém do artigo 17.º da Lei Uniforme das Letras e Livranças (LULL) que determina que “*as pessoas acionadas em virtude de uma letra não podem opor ao portador as exceções fundadas sobre as relações pessoais delas com o sacador ou com os portadores anteriores, a menos que o portador ao adquirir a letra tenha procedido conscientemente em detrimento do devedor*”.

⁷¹ FERRER CORREIA afirma que a natureza abstrata da obrigação cambiária não se traduz numa ausência de causa, pois “*ninguém se obriga sem causa*”, existirá sempre a *causa remota*, mas separada do negócio cambiário, *Lições de Direito Comercial*, Lisboa, 1994 (reimp.) 438.

⁷² Neste sentido, por todos, CALVÃO DA SILVA *in Direito Bancário*, cit., 384.

⁷³ Há também autores que defendem uma conciliação dos dois sentidos propostos pela divisão clássica, sustentando assim uma posição eclética, como GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, cit., 292.

O entendimento subjetivista prende-se com a motivação que levou as partes a concluir determinado negócio jurídico, ou seja, com as motivações que correspondem aos fins que as partes pretendiam. Nesta aceção, causa equivale a *motivo típico* comum às partes.

Por seu lado na conceção objetivista, a causa corresponde à função económico-social do negócio jurídico, ou seja, relaciona-se com a finalidade intrínseca típica de cada negócio jurídico, com a ideia de *função* desempenhada pelo negócio.

Defendemos a tese objetivista, na medida em que a lei protege os negócios jurídicos celebrados com vista a produzir os efeitos jurídicos que sejam aptos a prosseguir os fins e interesses das partes. Nessa conformidade, podemos afirmar que o negócio jurídico merece tutela jurídica porque desempenha uma determinada função económico-social.

Por outro lado, os motivos das partes, para além de variarem de negócio para negócio, não são parte intrínseca do negócio, são externos àquele⁷⁴. Pelo contrário, a causa, enquanto função económico-social, penetra no negócio fazendo com que seja parte do seu conteúdo.

De outro ponto de vista, a *função* do negócio assume enorme importância em dois aspetos muito relevantes. Em primeiro lugar, na qualificação e na determinação do regime aplicável dos negócios atípicos⁷⁵ ⁷⁶. Neste campo a noção de causa é a “*função objetiva do tipo legal*”⁷⁷, ou seja, para qualificar um contrato de modo a ser abrangido em determinado tipo é necessário aferir que função realiza.

Em segundo, só com a compreensão da função do negócio atípico em análise é que é possível aplicar analogicamente normas contidas em regimes legais de negócios jurídicos com funções análogas.

⁷⁴ PEREIRA COELHO, apesar de considerar os motivos irrelevantes, reconhece que “os *motivos* comuns a *ambas as partes* (...) e essenciais *na formação, no conteúdo e na execução contratuais*” devem incluir-se no *conteúdo* contratual e, por vezes, na sua causa, *in Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico*, cit., 453-457.

⁷⁵ Sobre a *categorização* de funções que o negócio jurídico patrimonial pode assumir *vide* FERREIRA DE ALMEIDA, *A função económico-social na estrutura do contrato*, cit., 77-80.

⁷⁶ *Vide* em sentido diverso, PAIS DE VASCONCELOS que defende que “*como fundamento de juridicidade, a causa nada traz de útil à qualificação dos contratos*”, *in Contratos atípicos*, cit., 128.

⁷⁷ Cf. PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, cit., 91.

A garantia autónoma, apesar de existir porque tem a montante uma relação fundamental, comporta um direito separado e com uma configuração distinta dos demais dentro da estrutura tripartida da relação jurídica⁷⁸.

No caso da garantia autónoma, as partes quando celebram um contrato de garantia fazem-no porque pretendem garantir o cumprimento das obrigações de um terceiro, que é devedor na relação base. Ora, apesar de o contrato de garantia estar imune a eventuais vicissitudes do negócio base (autonomia), a verdade é que a obrigação autónoma existe porque tem uma função de garantia das obrigações assumidas pelo terceiro (causalidade), apesar de o garante quando paga ao beneficiário estar a cumprir uma obrigação própria⁷⁹. A garantia autónoma tem fins próprios, servindo como um sucedâneo de um depósito em dinheiro⁸⁰.

Somos da opinião que, independentemente da conceção de causa que se acolha, a garantia autónoma é um negócio causal⁸¹, pois a sua autonomia não belisca a sua causalidade, porquanto, como se referiu, a autonomia não se identifica com a abstracção⁸², sendo um negócio causal – mesmo quanto às garantias autónomas automáticas⁸³ – porque visa uma função de garantia ou porque os motivos típicos do contrato de garantia são precisamente garantir o cumprimento de uma obrigação cujo beneficiário é credor.

⁷⁸ Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial - Títulos de crédito*, Vol. III, Lisboa, 1992, 31.

⁷⁹ Como refere MENEZES LEITÃO, a autonomia da garantia não é contrária a nenhuma regra de ordem pública, porquanto corresponde ao interesse legítimo do credor em assegurar a subsistência da obrigação do garante, *in Garantias das obrigações*, cit., 142.

⁸⁰ GALVÃO TELLES, *Garantia Bancária Autónoma*, cit., 282-283 e *Manual dos Contratos em Geral*, cit., 508 e JANUÁRIO GOMES, *Assunção Fidejussória de dívida*, cit., 72. A equivalência ao depósito não é exata na medida que em casos de má fé manifesta a garantia bancária poderá não ser satisfeita, como adiante veremos.

⁸¹ Vide, em sentido contrário, e isolado, qualificando a garantia autónoma como negócio abstracto, SIMÕES PATRÍCIO, *Preliminares sobre a garantia (on first demand)*, cit., 688 e ss. PAIS DE VASCONCELOS apesar de dizer que as garantias autónomas são abstratas não fundamenta essa afirmação, *Direito Comercial*, Vol. I, Coimbra, 2011, 134.

⁸² Como explicam ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, “o equívoco resulta da confusão que por vezes se estabelece entre autonomia e abstracção. (...) a obrigação do banco garante tem natureza causal, não abstracta, apesar de se tratar de uma obrigação não acessória, independente do contrato-base. Tal como a fiança, a garantia automática é uma obrigação causal, tendo ambas uma função de garantia, expressa, objectivada no respectivo contrato: só que, diferentemente da fiança, repete-se, a garantia automática é autónoma, porque independente da validade e subsistência do contrato-base.” *in Garantias bancárias, O contrato de garantia à primeira solicitação* (parecer) *in* Colectânea de Jurisprudência, Ano XI, 1986, T.5, 21-22.

⁸³ Neste sentido, vide JANUÁRIO GOMES, *Assunção Fidejussória de dívida*, cit., 72.

A garantia autónoma tem uma função económico-social de garantia e é essa função que é a sua causa e que se encontra objetivada no respetivo contrato⁸⁴. Assim, apesar de independente da obrigação principal, a *causa* da obrigação – que advém do contrato de garantia – é o fim que persegue: o de garantir o cumprimento de uma obrigação⁸⁵.

A garantia é autónoma porque é independente da relação base e não porque não tem uma causa revelada⁸⁶.

Tal conclusão leva-nos a outra: a garantia, apesar de ser autónoma, por ser um negócio causal, comporta uma acessoriedade extintiva restrita⁸⁷. Por outro lado, a solicitação do pagamento, nesses casos, consubstancia, como veremos⁸⁸, o exercício abusivo do direito, por parte do beneficiário.

Contudo, para evitarmos repetições, esta questão será abordada no ponto 7.3.

⁸⁴ Nas palavras de FERREIRA DE ALMEIDA “*a função económico-social do negócio é a garantia, porque o negócio tem como finalidade metajurídica a cobertura de uma eventual frustração do beneficiário*”, in *Contratos III*, cit., 205.

⁸⁵ O Supremo Tribunal de Justiça, em novembro de 1990, qualificou a garantia bancária como causal, porquanto estava “*vinculada à prestação da garantia*” e autónoma, uma vez que era “*independente do contrato base*.” - cf. Acórdão do STJ de 7 de novembro de 1990, proc. n.º 077497, (FIGUEIREDO SOUSA), www.dgsi.pt.

Também em novembro de 1990, o tema foi apreciado pelo tribunal da Relação de Lisboa, que qualificou a garantia bancária autónoma com um contrato inominados e “*um negócio jurídico causal, em certo sentido, por o escopo da garantia ser o objeto do contrato principal. Porém, ao contrário da fiança, não tem natureza acessória em relação ao contrato principal, mantendo uma certa autonomia*”. Acrescenta que a garantia autónoma simples apesar de ter um certo grau de autonomia é, ainda, uma figura próxima da fiança, sendo realmente autónomo quando é uma garantia à primeira solicitação, sendo que a essa convenção das partes “*não ofende os bons costumes, não traduz abuso de direito e não ofende o sentimento jurídico geral*”. Concluiu, ainda, que a entidade bancária, pode recusar o pagamento de uma garantia “*à primeira solicitação*” “*quando está em condição de prever que o beneficiário sabe que a contraparte não deixa de cumprir, enquanto isso é um facto notório*.” – cf. Acórdão da RL de 11 de dezembro de 1990, proc. n.º 0034131 (SANTOS MONTEIRO), *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XV, 1990, Tomo V, p. 135 e seguintes e sumário em www.dgsi.pt.

⁸⁶ Nas palavras de MENEZES CORDEIRO, a garantia autónoma “*tem uma origem e visa um qualquer efeito: uma materialidade*” – Cf. *Tratado de Direito Civil*, X, cit., 572.

⁸⁷ Cf. CLÁUDIA TRINDADE, *Limites da autonomia e da automaticidade da garantia autónoma: em especial da prova da falta de fundamento material da solicitação*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. II, Coimbra, 2013, 60.

⁸⁸ Vide 7.3.

5. Transmissão da garantia autónoma

A questão da transmissão automática da garantia autónoma⁸⁹ coloca-se em duas situações: na cessão de créditos e na cessão da posição contratual.

5.1. Cessão de Créditos

Como sabemos, em princípio, o crédito garantido pode ser livremente cedido. Nos termos do artigo 577.º, n.º 1, do Código Civil, é possível ceder parte ou a totalidade de um crédito, mesmo sem o consentimento do devedor, salvo proibição legal, convenção das partes e desde que “*o crédito não esteja, pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor.*”

Por um lado, a produção de efeitos da cessão de créditos não depende do consentimento do devedor. Por outro lado, é necessário chamar à colação o artigo 582.º, n.º 1, do Código Civil que estatui que “*na falta de convenção em contrário, a cessão do crédito importa a transmissão, para o cessionário, das garantias e outros acessórios do direito transmitido, que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente*” (sublinhado nosso).

É neste momento que se coloca a problemática da transmissão automática da garantia autónoma, juntamente, com o direito de crédito que ela própria garante.

A primeira questão a colocar é a de saber se o artigo 582.º, n.º 1, do Código Civil abrange a garantia autónoma. É defensável que, sendo a garantia autónoma e independente da relação base, não constitui uma garantia ou outro acessório do crédito transmitido para efeitos do aludido normativo. A garantia constitui uma obrigação autónoma.

Outra questão a responder é se a garantia autónoma tem carácter *intuitu personae*. Se a resposta for afirmativa, nos termos do artigo 582.º, n.º 1, do Código Civil, não se transmite automaticamente, porquanto é inseparável da pessoa do cedente, sendo necessário o consentimento do garante para que a garantia de se transmita^{90 91}.

⁸⁹ Ou, nas palavras de JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “*circulabilidade do crédito emergente de garantia bancária*” – Cf. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre a circulabilidade do crédito emergente de garantia bancária autónoma ao primeiro pedido*, in *Estudos de direito das garantias*, II, cit., 142.

⁹⁰ MENEZES LEITÃO refere que “*é exacto que a confiança do garante se refere à capacidade do cumprimento do devedor, como ocorre em qualquer garantia, mas na garantia automática há um “plus” em relação à situação*

Somos da opinião que a garantia autónoma não tem carácter “*intuitu personae*” no que toca ao cedente do crédito. Ao garante interessa o devedor, principalmente a sua solvabilidade. O crédito mantém-se inalterado, apenas foi cedido a um terceiro.

Nessa conformidade, a lei foi clara no sentido de determinar que as garantias do crédito cedido se transmitem com o crédito.

O Supremo Tribunal de Justiça considerou que “*a garantia bancária autónoma não é, em princípio, prestada “intuitu personae” e não é inseparável da pessoa do cedente de créditos, transmitindo-se, pois, salvo convenção em contrário, para o cessionário daqueles, nos termos previstos no artigo 582.º, n.º 1 do CC. Não assim no que toca ao devedor/ordenante da prestação da garantia, cuja solvabilidade e empenhamento no cumprimento da obrigação abarcada pelo contrato-base deverá interessar sobremaneira ao garante e de quem este diligenciará obter, desde logo, garantias adequadas de reembolso, no caso de contra o mesmo ter de exercer o correspondente direito de regresso. Não operando a transmissão “automática” prevista no art. 582.º, n.º 1 do CC, pode a mesma decorrer de declaração expressa ou tácita do garante, nos termos gerais previstos no artigo 217.º do CC.*”⁹²

normal das garantias, que consiste na faculdade de ser exigida à primeira solicitação, sendo extremamente limitadas as exceções oponíveis pelo devedor (...) pelo que a concessão dessa faculdade deve considerar-se intuitu personae, não podendo assim essa faculdade ser transmitida sem o consentimento do garante, pelo que permanecerá sem esse consentimento na esfera do cedente” - Cessão de Créditos, Coimbra, 2006,329.

⁹¹ JANUÁRIO DA COSTA GOMES e MÓNICA JARDIM pugnaram pela inaplicabilidade do artigo 582.º, n.º 1, do Código Civil, ou seja, defendem a impossibilidade de cessão automática da garantia bancária com o crédito garantido. JANUÁRIO GOMES defende que “*as posições favoráveis a uma cessão automática do crédito de garantia autónoma desconsideram de forma desconcertante a diferença ou a especificidade dessas garantias, que assenta no pilar da autonomia relativamente à relação subjacente*”, aliando um argumento de natureza literal na defesa da sua tese, pois afirma que “*a própria letra do artigo 582.º, n.º 1 do Código Civil aponta no sentido da solução exposta, quando alude a «garantias e outros acessórios do crédito» tudo apontando no sentido de que as situações jurídicas que acompanham o crédito cedido são as que lhe são acessórias ou, indo um pouco mais longe - mas não a ponto de abranger as garantias autónomas - as que estão ligadas ao crédito em termos de regime*” – cf. *Sobre a circulabilidade do crédito emergente de garantia bancária autónoma ao primeiro pedido, in Estudos de direito das garantias*, II, cit., 164-165. Para MÓNICA JARDIM é “*indispensável para a cessão do direito de garantia o acordo do garante, caso seja cedido o crédito garantido, não dando o garante consentimento para a transferência do direito de garantia, este extingue-se*» - cf. *A Garantia Autónoma*, cit. 134.

⁹² Cf. Acórdão do STJ, de 27 de setembro de 2016, Proc. n.º 174/13.0YYPRT-A.P1.S1, (FERNANDES DO VALE).

Pelo contrário, o Tribunal da Relação de Lisboa considerou que a “*garantia implica o intuitu personae, não podendo ser transmitida a terceiro pelo beneficiário, sem consentimento da seguradora.*”⁹³

5.2. Cessão da posição contratual

Por outro lado, como se disse, importa saber se a garantia autónoma se transmite com a cessão da posição contratual do devedor no contrato base.

Dita o artigo 424.º, n.º 1, do Código Civil que “*no contrato com prestações recíprocas, qualquer das partes tem a faculdade de transmitir a terceiro a sua posição contratual, desde que o outro contraente, antes ou depois da celebração do contrato, consinta na transmissão*”.

Ora, como referimos, a figura da garantia autónoma comporta uma relação triangular. A cada vértice do triângulo corresponde uma relação jurídica diferente.

Cedendo o devedor a sua posição contratual – no contrato base – a terceiro, a lei exige o consentimento do credor nessa mesma relação. O garante não é parte, como vimos, no contrato base. O garante é, de facto, parte em outras duas relações jurídicas diferentes (os outros dois vértices do triângulo): uma com o devedor do contrato base e outra com o credor do aludido contrato base.

Ora, a cessão da posição contratual de uma das partes no contrato base não é suscetível de transmitir a garantia autónoma, porquanto opera numa relação autónoma e independe das relações em que o garante é parte.

Para que a garantia se transmita, é necessário que, paralelamente, aja outra operação em que o garante consinta essa cessão.

De facto, ocorrendo uma cessão da posição contratual no contrato base, pode o garante recusar-se a pagar o valor garantido.

É esse o entendimento que Supremo Tribunal de Justiça tem tido sobre esta matéria. Este tribunal considerou a cessão da posição contratual por parte do dador da ordem, “*operada entre ele e*

⁹³ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de novembro de 2015, proc. n.º 1765/13.5TVLSB.L1-8 (ANTÓNIO VALENTE).

um terceiro, com a anuência expressa do beneficiário e com o desconhecimento do garante” como fundamento legítimo de recusa do pagamento da garantia pelo garante, porquanto “a garantia autónoma à primeira solicitação vale somente para o negócio-base nela mencionado, não podendo o mesmo ser afectado com outros sujeitos, sem o consentimento do garante.”⁹⁴. Noutra ocasião, considerou que “a garantia autónoma à primeira solicitação vale somente para o negócio-base nela mencionado e, ocorrendo cessão da posição contratual por banda do dador da ordem, operada entre ele e um terceiro, com a anuência expressa do beneficiário e com o desconhecimento do garante, a garantia extingue-se, sendo legítima a recusa do garante”^{95 96}.

6. Tipos de garantia autónoma⁹⁷

Como vimos, a garantia autónoma nasceu na prática comercial e tem vindo a ser utilizada com diferentes funções ou finalidades.

Esta distinção em função da finalidade que assume a garantia apesar de ser possível não é uma distinção estanque. A verdade é que, muitas vezes, uma garantia assume mais do que uma função, como acontece, por exemplo, no âmbito dos contratos públicos.

⁹⁴ Cf. Acórdão do STJ, de 27 de maio de 2010, Proc. n.º 25878/07.3YYLSB-A.L1.S1, (SERRA BAPTISTA)

⁹⁵ Cf. Acórdão do STJ, de 23 de junho de 2016, Proc. n.º 414/14.9TVLSB.L1.S1, (ANTÓNIO JOAQUIM PIÇARRA)

⁹⁶ O Tribunal da Relação da Lisboa, entendeu que “*havendo transmissão da posição contratual no contrato base por parte do devedor – o dador da ordem de pagamento – deverá aplicar-se o regime de garantias e acessórios da transmissão singular de dívidas, previsto no artigo 599.º, n.º 2, do Código Civil, que estabelece “mantêm-se nos mesmo termos as garantias do crédito, com excepção das que tiverem sido constituídas por terceiro ou pelo antigo devedor, que não haja consentido na transmissão da dívida.” Nesses casos, não havendo intervenção do terceiro garante, a garantia nunca se transmite, o que se justifica plenamente, tendo em atenção que o garante celebrou o contrato tendo em atenção determinado devedor, não podendo ser-lhe imposto garantir a obrigação de um outro devedor a quem foi cedida a posição contratual.*” – cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de Fevereiro de 2016, Proc. n.º 414/14.9TVLSB.L1 -8 (CATARINA ARÊLO MANSO), disponível in www.dgsi.pt.

⁹⁷ Vide, para maiores desenvolvimentos sobre as diferentes modalidades de garantias bancárias, SANTOS JÚNIOR, *Especialização e mobilidade temática do direito comercial internacional como disciplina de mestrado*, Coimbra, 2009, 124-128; SEQUEIRA RIBEIRO, *Garantia bancária autónoma à primeira solicitação*, cit., 317-326 e MANUEL CASTELO BRANCO, *A garantia bancária autónoma*, cit., 71-73. São possíveis outras distinções, nomeadamente tendo em conta o critério da autonomia – que já abordamos *supra* em 4.2. – e atendendo ao carácter direto ou indireto da garantia, cuja análise não cabe nesta sede.

6.1. *Bid bonds*

As denominadas *bid bonds* ou garantias de oferta⁹⁸ são muito frequentes no giro comercial, nomeadamente nos contratos de empreitada.

Através deste tipo de garantias, é garantido o pagamento de um valor monetário – em regra uma percentagem do preço do contrato a celebrar – ao beneficiário na eventualidade de o mandante não cumprir as obrigações decorrentes da proposta apresentada, *maxime* a não celebração do contrato⁹⁹.

Com a prestação deste tipo de garantias, a entidade adjudicante (beneficiária da garantia) reduz o risco de perda de dinheiro e tempo, na eventualidade do adjudicatário não celebrar o contrato objeto da adjudicação.

6.2. *Performance bonds*

Este tipo de garantia autónoma começou inicialmente por ser utilizado no âmbito dos contratos de empreitada¹⁰⁰, mas há muito que extravasou a sua utilização a outros contratos de prestação de serviços, a contratos de compra e venda e a contratos de arrendamento¹⁰¹.

⁹⁸ Estas garantias são também denominadas como “garantia de honorabilidade da proposta”, “garantia de subsistência da oferta” ou “promessa mediante anúncio público”.

⁹⁹ Este tipo de garantias encontra-se previsto nos artigos 88.º e 90.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos, que possibilitam o adjudicatário de entregar uma garantia bancária como forma de caução que se destina a garantir a celebração do contrato em causa num determinado procedimento e, para além disso, o exato e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais decorrentes do mesmo. A este respeito diz JANUÁRIO GOMES: “*Parece, assim, evidente que o modelo de garantia bancária constante do programa do procedimento não pode deixar de assegurar o efeito, a nível de segurança do credor, que é dado pela modalidade de caução constituída pelo depósito em dinheiro ou em títulos emitidos ou garantidos pelo Estado, o que pode acontecer através da inserção de uma cláusula de pagamento ao primeiro pedido. É só a oposição dessa cláusula que assegura ao credor o efeito de o banco ter de pagar de imediato, de olhos fechados – recuos “semi-cerrados” – deixando ao adjudicatário o ónus de discutir com a entidade adjudicante a bondade do recurso à caução.*” in *Estudos de direito das garantias*, II, cit., 237.

¹⁰⁰ A garantia de boa execução do contrato de empreitada é, geralmente, efetuada por uma de duas vias: i) pela retenção, por parte do dono da obra, de uma percentagem no valor de cada fatura emitida pelo empreiteiro; ou ii) pela prestação de uma garantia bancária autónoma. Muitas vezes, as partes convencionam a retenção com a possibilidade de a mesma ser substituída por garantia bancária.

Estas garantias designadas *performance bonds* ou garantias de boa execução do contrato destinam-se a garantir a correta execução das obrigações assumidas pelo devedor, por exemplo o empreiteiro no contrato de empreitada.

Através deste tipo de garantia, a entidade garante ao credor - dono da obra no exemplo do contrato de empreitada – o pagamento de uma quantia – normalmente uma percentagem do preço contrato base - sempre que o empreiteiro não cumpra, de forma integral e pontual, as obrigações que para si decorrem do contrato de empreitada¹⁰².

6.3. Repayment bonds

As *repayment bonds* ou garantias de reembolso ou restituição de pagamentos antecipados são o terceiro tipo de garantias autónomas mais comum.

Em fase de execução de um contrato, estas garantias surgem na sequência de um adiantamento do preço do contrato. Assim, a função destas garantias é garantir ao credor, que pagou adiantadamente (beneficiário da garantia), a restituição dessa quantia na eventualidade da outra parte não cumprir as prestações relativas ao aludido adiantamento.

O campo natural de aplicação deste tipo de garantias é o dos contratos-promessa e dos contratos preliminares que envolvam o pagamento de quantias num momento anterior à celebração dos contratos prometidos ou definitivos. Contudo, são frequentes, nomeadamente em tempos de crise económica e financeira, adiantamentos de preço na fase de execução de contratos e, conseqüentemente, a prestação de garantias de reembolso.

¹⁰¹ O regime jurídico da urbanização e da edificação (aprovado pelo Decreto-lei n.º 555/99, de 16 de dezembro, nas suas diversas alterações) permite a utilização deste tipo de *garantias de boa execução*. No seu artigo 54.º, n.º 1 e 2 estabelece-se que o particular interessado pode (entre outras) entregar como “caução” à respetiva câmara municipal uma garantia bancária à primeira solicitação de forma a “*garantir a boa execução das obras de urbanização*” que no âmbito de um determinado processo de licenciamento tenha ficado de realizar.

¹⁰² À semelhança do que está estabelecido para as empreitadas de obras públicas – cf. artigo 88.º do Código dos Contratos Públicos – nos contratos de empreitada, este tipo de garantia tem natureza de *caução* de uma eventual indemnização pelo incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato de empreitada por parte do empreiteiro (artigo 623.º e artigo 624.º do Código Civil).

6.4. Garantia de pagamento

Este tipo de garantia é, normalmente, constituído como contrapartida das *performance bonds*. Se, por um lado, o beneficiário da *performance bond* garante a correta execução das obrigações assumidas pelo outro contraente, por outro, o beneficiário de uma garantia de pagamento – o credor da prestação pecuniária – garante o pagamento da dívida, na eventualidade desta não ocorrer nos termos acordados.

Esta modalidade de garantia pode abranger o valor total do contrato base ou apenas parte desse valor.

6.5. Maintenance bond

As *maintenance bonds* ou garantias de manutenção constituem outro tipo de garantias muito utilizado.

Com a garantia de manutenção, a entidade garante obriga-se a restituir parte do preço já pago pelo credor ao devedor para, no caso de este não eliminar defeitos denunciados, aquele fazer face às despesas com a aludida eliminação.

6.6. As garantias autónomas nos contratos públicos¹⁰³

Foi sempre frequente, nos procedimentos pré-contratuais de Direito Público, a prestação de caução por parte do adjudicatário antes da celebração do contrato¹⁰⁴. Nos termos do artigo 88.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos, quando esteja em causa um procedimento para a formação de contratos públicos, deve, em princípio, “*ser exigida ao adjudicatário a prestação de uma caução*”.

¹⁰³ Sobre esta matéria, Vide JANUÁRIO GOMES, *Garantias bancárias no Código dos Contratos Públicos. Breves Notas*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume III, Coimbra, 2010, 505-524, 508.

¹⁰⁴ Cf. Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março (artigos 110.º a 114.º); Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho (artigos 65.º e 69.º a 71.º), e atualmente o Código dos Contratos Públicos que revogou aqueles primeiros diplomas e estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos administrativos.

A caução a prestar pelo adjudicatário destina-se a garantir, por um lado, a celebração do contrato¹⁰⁵ e, por outro, “o exato e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais que [o adjudicatário] assume com essa celebração”¹⁰⁶.

Cumpre sublinhar que, apesar de estarmos, como já vimos, perante uma figura atípica, o direito da contratação pública faz menções expressas à garantia autónoma, nessa sede necessariamente bancária. De facto, a apresentação de garantia autónoma é um dos meios possíveis de prestação de caução (Cf. artigo 90.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos).¹⁰⁷

O artigo 90.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos estipula que “a caução será prestada por depósito em dinheiro ou em títulos emitidos ou garantidos pelo Estado, ou mediante garantia bancária ou seguro-caução, conforme escolha do adjudicatário”¹⁰⁸ e o n.º 6, do mesmo normativo, faz uma clara referência à garantia autónoma automática, porquanto determina que “se o adjudicatário prestar a caução mediante garantia bancária, deve apresentar um documento pelo qual um estabelecimento bancário legalmente autorizado assegure, até ao limite do valor da caução, o imediato pagamento de quaisquer importâncias exigidas pela entidade adjudicante em virtude do incumprimento de quaisquer obrigações a que a garantia respeita”.

7. A recusa de pagamento pelo garante

7.1. Ponto de ordem

O problema da recusa de pagamento coloca-se quando o beneficiário da garantia executa a garantia. A execução da garantia autónoma traduz-se no pedido de pagamento do valor garantido, por parte do beneficiário da garantia, ao garante.

¹⁰⁵ Cf. artigo 105.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos.

¹⁰⁶ Cf. artigo 88.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos.

¹⁰⁷ Existe uma “tipicidade taxativa” quanto aos modos de prestação da caução pelo adjudicatário, não podendo a caução ser prestada por qualquer outro meio que não algum dos legalmente previstos. - cf. JANUÁRIO GOMES, *Garantias bancárias no Código dos Contratos Públicos – Breves Notas*, cit., 505-524, 508.

¹⁰⁸ A garantia prevista no aludido preceito legal é uma *performance bond* – *Vide supra* 6.2.

Cumpre, nesta sede, referir que há quem defenda que quando é executada uma garantia autónoma, o garante dispõe de um prazo para analisar o pedido¹⁰⁹ e para o devedor da obrigação garantida exercer o “contraditório”¹¹⁰.

Porém, podem diretamente do contrato de garantia, como em qualquer contrato, resultar exceções, tais como a invalidade¹¹¹ e a caducidade¹¹². Nessas situações, a recusa do pagamento por parte do garante será lícita. Porém, a problemática da recusa do garante não se coloca nessas situações.

Como já vimos, na garantia autónoma, a obrigação do garante assenta exclusivamente no contrato de garantia celebrado. Nesse contrato, o garante assume uma obrigação própria perante o beneficiário e, ao contrário do que acontece na fiança, o garante não pode valer-se de eventuais vicissitudes do contrato base.

Na prática significa que a mera a interpelação, nas garantias autónomas automáticas – sem necessidade de afirmar que ocorreu o evento previsto no contrato de garantia –, obriga o garante a pagar ao beneficiário.

Ora, esta independência da obrigação de garantia face à obrigação que advém da relação principal é permeável a abusos por parte do beneficiário¹¹³.

Porém, o facto de estarmos diante de uma garantia autónoma “à primeira solicitação” – o expoente máximo da autonomia – não pode significar que estejamos “numa terra sem lei”. A verdade

¹⁰⁹ JANUÁRIO GOMES sustenta a necessidade de um “prazo razoável” e critica a *rigidez e irrazoabilidade* de algumas minutas de garantias bancárias em que se prevê que o pagamento seja realizado no dia seguinte ao pedido e defende que o garante só entra em mora após o decurso do prazo razoável subsequente à interpelação, *in Sobre a mora do garante na garantia bancária autónoma: a propósito do acórdão do STJ, de 21 de novembro de 2002*, *in Estudos de Direito das Garantias*, I, cit., 196. Por seu lado, as já mencionadas Regras da CCI exigem também a concessão de um prazo razoável ao garante para decidir.

¹¹⁰ O Tribunal da Relação de Coimbra decidiu que quando o devedor tenha advertido o garante para este não pagar o valor garantido, por entender que a solicitação do beneficiário não era legítima, e o garante não partilhe de tal entendimento, o garante deverá pagar ao beneficiário – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11 de dezembro de 1990, (SANTOS MONTEIRO) Acórdão da RL de 11 de dezembro de 1990, cit.

¹¹¹ Por exemplo na situação da indeterminabilidade do objeto.

¹¹² Por exemplo no caso em que o beneficiário da garantia exige ao garante o pagamento da quantia garantida após do decurso do prazo de vigência da garantia.

¹¹³ Como refere CALVÃO DA SILVA o direito de exigir o pagamento sem demonstração do incumprimento é “o preço da autonomia, a contraface da automaticidade de funcionamento da cláusula” *in Direito Bancário*, cit., 387.

é que mesmo neste tipo de garantias autónomas deve respeitar-se os princípios basilares da ordem jurídica^{114 115 116}.

À primeira vista poderá parecer contraditório, porquanto a *pedra-de-toque* da garantia autónoma é precisamente a sua independência em relação à relação principal. Contudo, o princípio da liberdade contratual e o da autonomia privada não são, nem podem ser, absolutos e, por isso, têm limites e esta figura não comporta nenhuma exceção.

Ora, o entendimento que a autonomia da garantia não é absoluta é assente, mesmo naquelas que devem ser satisfeitas à primeira solicitação. O garante não está, assim, “cegamente” obrigado a realizar a prestação a que obrigou. Porém, a dificuldade surge na circunscrição dos limites da autonomia. Saber quando é legítimo ao garante recusar o pagamento ao beneficiário, sem a fazer perigar, sob pena de a *transfigurar* numa garantia acessória¹¹⁷.

Não podendo o garante socorrer-se de meios de defesa senão os decorrentes do próprio contrato de garantia os casos de recusa de pagamento devem ser muito restritos¹¹⁸.

Têm sido apontadas, pela doutrina e pela jurisprudência, três as situações em que o garante poderá legitimamente recusar o pagamento^{119 120}: *i*) nos casos de abuso de direito *ii*) fraude à lei e *iii*) nos casos em que o contrato base ofende a ordem pública ou os bons costumes¹²¹.

¹¹⁴ Cf. ROMANO MARTINEZ/FUZETA DA PONTE, *Garantias de cumprimento*, cit., 141.

¹¹⁵ Como refere MENEZES CORDEIRO, “*não é de esperar que o Estado conceda as suas leis e os seus tribunais para a prossecução de fraudes ou da má fé manifesta*” in *A privatização da sociedade financeira portuguesa, Regras sobre reprivatizações, responsabilidade pelo prospeto, culpa in contrahendo, vícios*, 131.

¹¹⁶ Como já decidiu o Tribunal da Relação de Lisboa, em 6 de abril de 2009, Processo n.º 2722/08.9TVLSB-8, (RUI DA PONTE GOMES), na senda do defendido por FRANCISCO CORTEZ: “*Apesar da natureza automática da garantia “on first demand”, a sua automaticidade não é absoluta, assistindo-se, atualmente a um movimento da sua relatividade, através da admissibilidade do dever (sob pena de perder o direito de regresso contra o mandante) de oposição pelo garante ao beneficiário da exceção de fraude manifesta ou abuso evidente deste na execução da garantia.*”

¹¹⁷ Nas palavras de FERRER CORREIA: “*eliminar os riscos é impossível, mas atenuá-los é viável, sem atentar contra a essência do instituto*”, in *Notas para o estudo do contrato de garantia bancária*, cit., 21.

¹¹⁸ Nas palavras de SEQUEIRA RIBEIRO, “*a autonomia inerente a uma garantia não pode dar lugar a uma absoluta desvinculação com a obrigação garantida*”, sendo que esse facto leva a que “*algumas condições do contrato de garantia sofram a influência do contrato principal, nomeadamente na matéria respeitante à reclamação daquela*” in *Garantia bancária autónoma à primeira solicitação*, cit., 335.

¹¹⁹ CALVÃO DA SILVA qualifica essas situações como “*válvulas de ventilação da justiça*” in *Direito Bancário*, cit., 387.

No entanto, na nossa opinião, a fraude à lei e a ofensa à ordem pública e aos bons costumes não têm autonomia, devendo entender-se que todos os casos que a doutrina e a jurisprudência referem como fraude à lei ou ofensa à ordem pública e aos bons costumes devem ser, antes, reconduzidos ao abuso do direito. Estamos perante o exercício de uma posição jurídica e não a prática de um ato jurídico. Nessa conformidade, os limites devem ser encontrados no controlo do exercício das posições jurídicas e não no controlo do mérito do contrato/negócio jurídico.

Por essa razão, na exposição subsequente se aludirá apenas ao abuso do direito, designadamente por violação do princípio da boa fé¹²² e justificando, porém, autonomizar também, a par do abuso do direito, os casos da denominada acessoriedade extintiva.

¹²⁰ Galvão TELLES, entende que a *manifesta má fé* é a única causa de recusa exigindo-se uma má fé "manifesta" e "patente, não oferecendo a menor dúvida, por decorrer com absoluta segurança de prova documental em poder do banco", in *Garantia Bancária Autónoma*, cit., 1988, II-IV (julho-dezembro), 289-290; ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, admitem uma única exceção ao pagamento imediato da garantia "em caso de fraude manifesta, de abuso evidente, por parte do beneficiário", mas sublinham tratar-se de "caso limite" exigindo-se que o abuso ou a fraude sejam "inequívocos". in *O contrato de garantia à primeira solicitação*, O contrato de garantia à primeira solicitação, Coletânea de Jurisprudência, ano XI, tomo V – 1986, 20-21; CALVÃO DA SILVA, admite a recusa nos "casos excecionais de excussão abusiva ou fraudulenta da garantia", excluindo do leque a fraude do credor, in *Direito Bancário*, cit., 388.; SIMÕES PATRÍCIO, afirma que a recusa é lícita "desde que o garante esteja na posse de prova líquida dum comportamento abusivo do beneficiário", in *Preliminares sobre a garantia 'on first demand'*, cit., 710; PESTANA VASCONCELOS afirma que "Tem que se tratar de casos de abuso do direito por parte do beneficiário ou de fraude por banda deste", *Direito das Garantias*, cit., 132-133.

¹²¹ PAIS DE VASCONCELOS diverge da doutrina que admite a recusa de pagamento do garante com fundamentos externos ao texto da garantia. Este autor chega mesmo a considerar que "no mercado português têm surgido fenómenos anómalos de recusa (ou protelamento) do pagamento de garantias autónomas com invocação de dúvidas por parte do Banco garante; tal constitui um comportamento ilícito", cf. *Direito Comercial*, cit., 135.

¹²² A este propósito o Supremo Tribunal de Justiça refere que "se tem por incontroverso que a autonomia da garantia se não sobrepõe à eventualidade de má fé ou abuso de direito (fraude, como refere a recorrente) por parte do beneficiário da garantia (...). É claro que esta fraude – que, em direito positivo português, se reconduz à figura do abuso de direito, previsto e sancionado no artigo 334.º do Código Civil –, aceite como meio de defesa do garante, é a que "resulta da ausência de direito do beneficiário tendo em conta o contrato base" (a expressão é de Mónica Jardim (...), seja, por exemplo, porque este foi declarado inválido por sentença com trânsito em julgado, seja porque o garante dispõe de prova líquida de que o incumprimento alegado não se verificou. E que, repete-se, tem de ser evidente, clamorosa e manifesta (citado artigo 334.º), de tal forma que ignorá-la, em nome da autonomia da garantia, ofenderia princípios fundamentais da ordem jurídica." - Acórdão do STJ, de 21 de abril de 2010, (MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA), cit. Noutra ocasião, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu que "uma vez interpelado pelo beneficiário o garante deve ter uma posição de estrita neutralidade perante qualquer litígio entre as partes do contrato-base, não podendo invocar em seu benefício qualquer meio de defesa relacionado com aquele contrato. Sob pena de se frustrar o escopo das garantias à primeira solicitação que só

Acresce a esta problemática outra questão: a da prova dos fundamentos da recusa legítima por parte do garante.

7.2. O abuso de direito

O princípio geral da boa fé, inscrito no artigo 762.º, n.º 2, do Código Civil, dita que no cumprimento da obrigação, bem como no exercício do direito correspondente, as partes devem proceder de boa-fé, sendo ilegítimo exercer um direito em manifesto desrespeito pelos “*limites impostos pela boa fé, bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito*” (cf. artigo 334.º).

A garantia autónoma não está, assim, imune ao princípio da boa fé na execução dos contratos¹²³. Como já se referiu, a autonomia da garantia não se sobrepõe à boa fé, nem ao abuso de direito por parte do beneficiário da garantia¹²⁴.

viriam a ser pagas após longa controvérsia, quando existem precisamente para evitar dilações, deve ser-se muito restritivo e exigente na demonstração da quebra pelo beneficiário dos deveres acessórios de conduta, como a boa fé.”, Acórdão do STJ, de 12 de setembro de 2006, Proc. n.º 06A2211, (SEBASTIÃO POVOAS), in www.dgsi.pt.

¹²³ Sobre o conceito de boa fé Vide MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, 2001, (2.ª reimpr.).

¹²⁴ O Supremo Tribunal de Justiça já teve várias oportunidades de se pronunciar sobre esta questão, tendo considerado que mesmo no caso de uma garantia “on first demand” existem limites à execução da garantia bancária, devendo o garante “*recusar o pagamento se alcançar provar a manifesta improcedência do pedido ou se vier a demonstrar-se que a atitude do beneficiário, ao solicitar a garantia, constituiu uma situação líquida e inequívoca de patente má fé*” – Ac. do STJ, de 6 de Março de 2014, Proc. n.º 20900/01.0TVLSB.L1.S1 (SILVA GONÇALVES). Considerou, porém, “*muito limitados os motivos que podem ser invocados pelo garante para recusar o cumprimento da garantia, confinando-se à violação das regras da boa fé, ao abuso do direito ou à necessidade de evitar benefícios decorrentes de factos ilícitos, envolvendo fraudes ou falsificação de documentos, sendo generalizado o entendimento de que os factos pertinentes devem resultar de prova sólida e irrefutável, não bastando a formulação de meros juízos de verosimilhança sobre a ocorrência dos respectivos requisitos substanciais.*” – Ac. do STJ, de 15 de janeiro de 2013, Proc. n.º 49107/06.8YYLSB-A.L1.S1 (SEBASTIÃO PÓVOAS). Tendo concretizado que “*o cumprimento de garantias bancária on first demand não pode ser recusado mediante a mera invocação da pendência de um conflito jurisdicionalizado sustentado no contrato-base, sendo reservado para casos excepcionais, maxime quando, mediante prova segura e irrefutável, se revele a existência de fraude ou de violação flagrante das regras da boa fé*” – Ac. do STJ, de 5 de julho de 2012, Proc. n.º 219/06.06TVPRT.P1.S1 (ABRANTES GERALDES); “*A fraude ostensiva, clamorosa e evidente do beneficiário (abuso de direito), resultante da ausência de direito do beneficiário, pode ser invocada pelo garante que dela tiver prova líquida (documental) para recusar o pagamento que lhe é exigido, mesmo tratando-se de uma garantia autónoma*

O princípio da boa fé faz coexistir os deveres primários e os deveres acessórios de conduta (proteção, informação, lealdade). Estes deveres acessórios de conduta surgem no âmbito das relações especiais e impõe que tanto a atuação do credor, no exercício do seu crédito, como a do devedor, no cumprimento da obrigação, seja pautada pela lealdade, correção e colaboração recíproca.

Ao princípio da boa fé juntam-se o princípio dos bons costumes ou o do fim social e económico do direito, sendo ilegítimo exercer um direito em manifesto desrespeito pelos *“limites impostos pela boa fé, bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito”* (artigo 334.º do Código Civil) ¹²⁵¹²⁶.

Assim, o garante deve recusar o pagamento da quantia em causa no caso de abuso evidente, sob pena de perder o direito de regresso sobre o mandante.

Para o Supremo Tribunal de Justiça, para se considerar abuso de direito *“é necessário que o modo concreto do seu exercício, objectivamente considerado, se apresente ostensivamente contrário “à boa fé, (a)os bons costumes ou (a)o fim social ou económico” do direito em causa”*.¹²⁷

O Supremo Tribunal de Justiça considerou que integram situações de violação do princípio da boa fé e, nomeadamente, que consubstanciam atuações de abuso do os *“casos extremos de manobras tendentes a enganar o garante ou de procedimento abusivo do beneficiário, designadamente exigindo a garantia em caso de cumprimento pontual da obrigação do devedor”*.¹²⁸

que deva ser satisfeita à primeira solicitação” – Ac. do STJ, de 21 de abril de 2010, (MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA), cit., todos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹²⁵ JANUÁRIO GOMES afirma que o garante está *“obrigado a pagar ao primeiro pedido (on first demand) do beneficiário, salva a existência de um fundamento que, constituindo manifesta fraude ou abuso de direito, permita, excecionalmente, invocar uma recusa lícita de pagamento”*, in *Contratos Comerciais*, cit., 387.

¹²⁶ No que respeita aos pressupostos deste instituto, salienta BAPTISTA MACHADO que, *“a confiança digna de tutela tem de radicar em algo de objetivo: uma conduta de alguém que de facto possa ser entendida como uma tomada de posição vinculante em relação a dada situação futura. Para que a conduta em causa se possa considerar causal em relação à criação de confiança é preciso que ela direta ou indiretamente revele a intenção do agente de se considerar vinculado a determinada atitude no futuro”* in *Tutela da Confiança e Venire contra Factum Proprium*, in *Obra Dispersa*, vol. I, Braga, 1991, 416.

¹²⁷ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de novembro de 2009, Proc. n.º 09B0332 (MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA), disponível in www.dgsi.pt.

¹²⁸ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de outubro de 2004, Proc. n.º 04B2883 (ARAÚJO BARROS), disponível in www.dgsi.pt.

Como já foi referido, o Supremo Tribunal de Justiça também considerou que “a cessão da posição contratual por banda do dador da ordem, operada entre ele e um terceiro, com a anuência expressa do beneficiário e com o desconhecimento do garante” consubstancia causa legítima de recusa.¹²⁹

7.3. Acessoriedade extintiva pelo cumprimento

Determina o artigo 762.º, n.º 1, do Código Civil, que o devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado. Podemos, assim, definir o cumprimento de uma obrigação como a realização da prestação devida. Com a satisfação do interesse do credor a obrigação do devedor extingue-se e, em consequência, o devedor fica libertado. O regime do cumprimento das obrigações obedece a três princípios gerais: o princípio da pontualidade (cf. artigo 406.º, n.º 1, do Código Civil), o princípio da integralidade (artigo 763.º, n.º 1, do Código Civil) e o princípio da boa fé (artigo 762.º, n.º 2, do Código Civil).

Como já foi referido, o cumprimento produz, por um lado, em relação ao credor a extinção do seu crédito, como contrapartida da prestação recebida. E, por outro lado, em relação ao devedor, origina a liberação da sua obrigação. O cumprimento tem, assim, eficácia extintiva da obrigação a que respeita¹³⁰.

No contrato de garantia autônoma o garante obriga-se a pagar ao beneficiário um determinado valor, na eventualidade de se verificar determinada circunstância: o incumprimento ou o cumprimento defeituoso, por parte do devedor do contrato base. Ora, através do regular cumprimento das obrigações da relação base, extingue-se a obrigação do devedor perante o credor na relação principal e, conseqüentemente, a circunstância de que depende o dever do garante de realizar prestação da obrigação de garantia torna-se de impossível verificação. Por outras palavras: o cumprimento integral do contrato base faz caducar a obrigação de garantia, pois visando a garantia

¹²⁹ Cf. Acórdão do STJ, de 27 de maio de 2010, Proc. n.º 25878/07.3YYLSB-A.L1.S1, cit.

¹³⁰ Nem sempre é assim, em certos casos o cumprimento pode desencadear a sub-rogação do crédito (cf. artigos 589º e ss. do Código Civil). Nessas situações, o crédito não se extingue, transmite-se para o terceiro que realizou a obrigação, ficando o devedor vinculado perante este.

autónoma garantir o cumprimento de uma obrigação – assumida na relação principal –, cessando essa obrigação, cessa com ela a obrigação de garantia, pois a sua causa já não existe.

Atente-se ao exemplo de uma garantia autónoma prestada para garantir o pagamento do preço num determinado contrato de compra e venda de mercadorias em que o devedor paga, nas condições acordadas, o preço. Ora, sendo o pagamento (cumprimento) causa de extinção da obrigação (cf. artigo 762.º, do Código Civil), a obrigação garantida deixou de existir e a consequência é a caducidade da obrigação de garantia.

Em suma, deixando de existir o crédito do credor na obrigação principal (beneficiário da garantia), a garantia autónoma caduca, deixando de ter utilidade porquanto já não há crédito para garantir¹³¹. A circunstância de que depende a obrigação do garante pagar a quantia garantida tornou-se de verificação impossível.

Quando neste campo falamos de caducidade, referimo-nos à caducidade enquanto forma de cessação de um contrato¹³².

Como amiúde temos vindo a dizer, somos da opinião que existe uma dependência extintiva da garantia autónoma face ao contrato base.

Contudo, é uma dependência extintiva restrita, porquanto não opera como todas as causas de extinção da obrigação garantida (artigo 651.º do Código Civil), mas apenas com o correto e integral cumprimento das obrigações do contrato base por parte do devedor¹³³.

Assim, extinguindo-se a obrigação garantida, por cumprimento, não assiste a possibilidade ao beneficiário de exigir ao garante o pagamento do valor garantido e nessa medida, pode aquele legitimamente recusar o pagamento¹³⁴.

¹³¹ Neste sentido, *vide* JANUÁRIO GOMES, *in* *Assunção Fidejussória de dívida*, cit., 116 e Cf. MIGUEL BRITO BASTOS, *A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma “on first demand”*, cit., 527-528.

¹³² Como bem aponta ROMANO MARTINEZ, não podemos confundir a caducidade como forma de cessação de contratos com a caducidade de um direito por efeito do decurso do tempo (artigo 298.º e 328.º e ss. do Código Civil), apesar de existir “*alguma similitude relacionada com o decurso do tempo que pode justificar a aplicação criteriosa destes preceitos à caducidade do contrato*” – cf. *Da cessação do contrato*, Coimbra, 2006, 41.

¹³³ Limitaremos a nossa análise aos casos em que a obrigação é extinta pelo cumprimento, na medida em que o cumprimento é o meio privilegiado de satisfação do interesse do credor. Ficam de fora as outras causas de extinção das obrigações.

¹³⁴ No mesmo sentido, ROMANO MARTINEZ que inclui nas situações de recusa lícita do pagamento por parte do garante a “*exceção de cumprimento pontual do contrato garantido*”, desde que provada categoricamente *in Garantias Bancárias*, cit., 282 e MENEZES LEITÃO afirma que na modalidade da garantia autónoma “*à primeira*

O Tribunal da Relação de Lisboa já se pronunciou neste sentido, considerando que “*não obstante a automaticidade da garantia, isentando-se o beneficiário da prova do pressuposto do seu direito, não fica vedada ao garante a possibilidade de recusar a soma objeto da garantia em caso de fraude ou de abuso de direito do beneficiário, para além da hipótese de extinção da garantia por cumprimento ou outra causa similar (como, por exemplo, a dação em cumprimento e a compensação), resolução ou caducidade.*” (Sublinhado nosso)¹³⁵.

A acessoriedade extintiva da garantia autónoma deriva da sua causalidade. Ora, sendo a sua função garantir o cumprimento de uma obrigação, se essa obrigação se extingue, extingue-se com ela o meio que a garantia, pois nada mais há a garantir.

Somos da opinião que defender a subsistência da garantia autónoma, após o cumprimento da obrigação que aquela visava garantir, é admitir que a garantia autónoma é, afinal, abstrata. A garantia apesar de ser autónoma não se pode desligar da sua causa.

7.4. Prova

Como vimos, existem fundamentos que legitimam o garante a recusar o pagamento solicitado (abuso de direito e o cumprimento da obrigação garantida), não constituindo esse comportamento uma afronta ao direito do beneficiário.

Contudo, sendo a autonomia da garantia autónoma o seu traço distintivo e o motivo pelo qual foi acolhida pelos agentes no seio das relações comerciais, é perentório que se exija uma prova forte e indiscutível dos motivos da recusa¹³⁶.

solicitação”, “*verificados os pressupostos da garantia, o garante terá que satisfazer imediatamente a correspondente obrigação, sendo extremamente limitadas as exceções que pode invocar, que praticamente se reconduzem à extinção da garantia por cumprimento, resolução ou caducidade, e ainda à existência de fraude manifesta e abuso de direito por parte do credor*” in “Garantias das Obrigações”, cit., 153.

¹³⁵ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 6 de maio de 2014, proc. n.º 1315/13.3TVLSB.L1-1 (MANUEL MARQUES), disponível in www.dgsi.pt.

¹³⁶ GALVÃO TELLES exige que a “*má fé*” seja “*patente, não oferecendo a menor dúvida, por decorrer com absoluta segurança de prova documental (...)*”; *Garantia Bancária Autónoma*, cit., 289-290; ALMEIDA COSTA E PINTO MONTEIRO salientam que “*não basta a suspeita de fraude ou de abuso para impedir a entrega da garantia, logo que solicitada (...). Só é legítima a recusa de pagamento do Banco se – no momento em que o pagamento da garantia lhe for solicitado – o banco possuir prova inequívoca do abuso ou da fraude manifestas do beneficiário*”;

O Tribunal da Relação do Porto considerou que *“para que possa proceder a objecção do banco baseada no abuso de direito, é necessário que o mesmo seja flagrante, manifesto e evidente, não oferecendo a menor dúvida, por decorrer com absoluta segurança de prova documental apresentada, recaindo sobre o banco garante o ónus de apresentar prova segura e irrefutável da fraude na interpelação (para o pagamento) por parte do beneficiário.”* (sublinhado nosso)¹³⁷. E o Tribunal da Relação de Lisboa considerou que se impõe “casuisticamente, aferir da verificação desses pressupostos, cujo ónus de alegação e prova impende, inequivocamente, sobre o garante.”¹³⁸

Quando a falta de fundamento da pretensão do beneficiário da garantia autónoma não resulte de factos notórios, exige-se, ao garante, uma “prova líquida”.

A prova documental é obviamente adequada. Há, ainda, quem admita a prova pericial. Mais controversa é a questão da admissibilidade da prova testemunhal e a da possibilidade de valoração dos depoimentos das partes.

Quanto ao ónus da prova, impende sobre o garante o ónus de provar a legitimidade da sua recusa. No que concerne às regras gerais sobre o ónus da prova, opera o preceituado no disposto no artigo 342.º do Código Civil: àquele que invoca um direito, cabe fazer a prova dos factos constitutivos do mesmo (n.º 1) e a prova dos factos extintivos do direito, compete àquele contra quem a invocação é feita (n.º 2).

Assim, mediante prova da extinção da obrigação do contrato base – nos casos em que essa extinção comporta a caducidade da garantia - o garante não está obrigado a pagar o valor acordado ao beneficiário pois esse direito já não existe. No caso de a causa de extinção da obrigação ser o cumprimento o cumprimento será provado pelo recibo de quitação (artigo 786.º e 787.º, do Código Civil).

in O contrato de garantia à primeira solicitação, cit., 21; CALVÃO DA SILVA observa que *“todas as cautelas são poucas, e por isso se exige ao dador da ordem uma prova líquida, uma prova qualificada, segura e inequívoca da conduta fraudulenta ou abusiva do credor, que a doutrina maioritária requer documental”*; Garantias acessórias e garantias autónomas, consulta, *in Estudos de Direito Comercial* cit., 342-343; MÓNICA JARDIM refere *“prova documental de segura e imediata interpretação, pois esta prova satisfaz plenamente a exigência de prova pronta (preconstituída) e líquida (inequívoca)”*, *in A garantia autónoma*, cit., 293

¹³⁷ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 9 de dezembro de 2013, Proc. n.º 2898/11.8YYPR-T-A.P1 (CARLOS QUERIDO), disponível *in* www.dgsi.pt.

¹³⁸ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 31 de Maio de 2016, Proc. n.º 1065/14.3TVLSB.L1-1 (ISABEL FONSECA)

8. Tutela processual; em especial a tutela cautelar

8.1. Admissibilidade

Nos termos do artigo 2.º, n.º 2 do Código de Processo Civil, *“a todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação”*.

Porém, um processo judicial (ou arbitral) tem de seguir vários trâmites legais e tem sempre de garantir o cumprimento vários princípios, entre os quais o princípio do contraditório. Obviamente que o *iter* judicial demora o seu tempo. Assim, a função dos procedimentos cautelares é evitar a perda da utilidade do efeito prático-jurídico que o autor pretende entre o tempo que medeia a propositura da ação e a prolação da decisão que reconhece a existência do seu direito.

A finalidade do decretamento de uma providência cautelar é, assim, a obtenção de uma decisão provisória que acautele um determinado direito cujo decurso do tempo seria suscetível de ferir, muitas vezes, de forma irremediável.

Nos termos do artigo 362.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, *“sempre que alguém mostrar fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado”*.

Nessa conformidade, é legítimo ao devedor da relação principal servir-se dos procedimentos cautelares não especificados¹³⁹ com o propósito de i) impedir o beneficiário receba a quantia

¹³⁹ Existem procedimentos cautelares especificados e não especificados. Os procedimentos cautelares especificados são aqueles que o Código de Processo Civil expressamente prevê: a restituição provisória da posse (artigos 377.º a 383.º); os alimentos provisórios (artigos 384.º a 387.º); o arbitramento de reparação provisória (artigos 388.º a 390.º); o arresto (artigos 391.º a 396.º); o embargo de obra nova (artigos 397.º a 402.º) e o arrolamento (artigos 403.º a 409.º). Contudo, os procedimentos cautelares especificados não abrangem todas as situações existentes. Assim, ao abrigo do artigo 362.º, n.º 3, do Código de Processo Civil, é possível requerer uma providência cautelar comum não especificada quando se pretenda acautelar um risco de lesão não especialmente previsto por alguma das providências tipificadas. Não existindo um procedimento cautelar

garantida, *ii*) impedir que o garante pague o aludido valor e *iii*) impedir o garante de, após ter pago indevidamente a garantia, exigir ou proceder ao reembolso^{140 141}

O Supremo Tribunal de Justiça já teve, por diversas vezes, oportunidade para se pronunciar sobre esta temática, tendo considerado que *“a automaticidade da garantia on first demand não é, porém, absoluta, e a sua actuação ou execução automática, a possibilidade da sua exigência pelo beneficiário não pode ter-se como ilimitada: há, com efeito, no direito português, que estabelecer alguns limites à exigência da garantia, sempre que o imponham as regras da boa fé (art. 762.º, n.º 2, do C.Civil) ou o procedimento abusivo do beneficiário (art. 334.º do mesmo diploma)”* sendo, por isso *“admissível que, nas relações entre ordenador da garantia e beneficiário, aquele intente, em sede judicial, providências cautelares, ou mesmo acções, destinadas a impedir o garante de entregar a quantia pecuniária ao beneficiário ou este de a receber, desde que o mandante apresente prova líquida e inequívoca de fraude manifesta ou de abuso evidente do beneficiário.”*¹⁴².

8.2. Prova

As providências cautelares representam uma antecipação ou garantia de eficácia relativamente ao resultado do processo principal e assentam numa análise sumária (*summaria cognitio*) da situação de facto que permita concluir pela provável existência do direito e pelo receio de

especificado com a finalidade de impedir a entrega e/ou o recebimento da quantia garantida por garantia autónoma, o devedor da obrigação principal terá de lançar mão a uma providência cautelar não especificada de natureza inibitória dirigida à entidade bancária garante e ao beneficiário da garantia com a finalidade de impedir a entrega e o recebimento da quantia garantida, respetivamente.

¹⁴⁰ No já mencionado parecer de 19 de dezembro de 1996 (LUÍS DA SILVEIRA) afirma-se que as providências cautelares previstas no artigo 20.º da Convenção das Nações Unidas sobre as garantias independentes e as letras de crédito *stand-by* são compatíveis com a lei processual portuguesa.

¹⁴¹ Em sentido contrário, *Vide* PAIS DE VASCONCELOS que afirma que *“a confiança na garantia bancária autónoma tem sido também perturbada por providências cautelares (cujo decretamento pode ser revelador de deficiência grave de conhecimento do Direito Comercial por parte do julgador). A garantia bancária autónoma é um instrumento imprescindível para o saudável funcionamento do comércio e deve ser paga mediante mera solicitação do beneficiário.”* - cf. *Direito Comercial*, cit., 135.

¹⁴² Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de outubro de 2004, Proc. n.º 04B2883, cit.

que tal direito seja seriamente afetado ou inutilizado se não for decretada uma determinada medida cautelar.

Assim, nos termos do artigo 368.º, n.º 1 e 2, do Código de Processo Civil, para que uma providência cautelar não especificada possa ser decretada é necessário o preenchimento de alguns requisitos a saber: *i*) probabilidade séria da existência do direito (*fumus boni iuris*; *summaria cognitio*); *ii*) fundado receio de lesão¹⁴³ e *iii*) que o prejuízo resultante da providência não exceda o valor do dano que com ela se pretende evitar.

Em princípio, basta a aparência da existência do direito, exigindo-se apenas prova sumária (*summaria cognitio*). Face à sua natureza e fins, a providência cautelar não exige uma prova *stricto sensu*, apenas uma prova sumária do direito ameaçado, ou seja, a probabilidade séria da existência do direito alegado (artigos 365.º, n.º 3 e 368.º, n.º 1, do Código de Processo Civil.) Assim, no procedimento cautelar exige-se apenas, quando ao grau de prova, uma mera justificação, uma simples demonstração de que a existência do direito invocado é provável ou verosímil, sendo, por isso, suficiente, a aparência desse direito, ou seja, basta um *fumus boni iuris*.

Ora, a autonomia da garantia autónoma é a sua característica fundamental. Nessa conformidade, por um lado, o deferimento de uma providência cautelar não pode deixar de ser excecional e reservado apenas a situações de violação flagrante e inequívoca das regras da boa fé ou de cumprimento integral da obrigação garantida. E, por outro, impõe-se que seja apresentada uma prova que demonstre inequivocamente a situação de abuso de direito ou do cumprimento integral da obrigação garantida.

Se assim não acontecer, consubstanciará uma violação do princípio da autonomia da garantia autónoma e, no caso das garantias à primeira solicitação, se desvirtuará por completo a natureza automática daquele tipo de garantia.

Como não podia deixar de ser, os tribunais nacionais superiores têm sido muito restritivos no que concerne à admissão de medidas cautelares para travar a execução de garantias autónomas. Por exemplo, o Tribunal da Relação de Lisboa confirmou o indeferimento de providências cautelares destinadas a travar a execução de uma garantia autónoma, porquanto “*para que seja decretada providência cautelar não especificada impõe-se a verificação da existência, muito provável, de um*

¹⁴³ O objetivo concreto da providência é, como se disse, evitar o dano proveniente da delonga da tutela da situação jurídica, evitando o denominado *periculum in mora*.

*direito que se tem por ameaçado, bem como o fundado receio que alguém cause lesão grave e dificilmente reparável a tal direito, antes que seja proferida decisão de mérito em ação proposta ou a propor” para além de que, “a natureza autónoma da garantia on first demand, inculca a sua atuação ou execução automática, mas essa automaticidade, não é absoluta, admitindo-se a instauração de providências urgentes e provisórias, destinadas a impedir o garante de entregar a quantia ao beneficiário, ou este de a receber, desde que seja apresentada prova líquida e inequívoca de fraude manifesta ou do abuso evidente do beneficiário”*¹⁴⁴.

O Supremo Tribunal de Justiça considerou admissível que *“nas relações entre ordenador da garantia e beneficiário, aquele intente, em sede judicial, providências cautelares, ou mesmo ações, destinadas a impedir o garante de entregar a quantia pecuniária ao beneficiário ou este de a receber, desde que o mandante apresente prova líquida e inequívoca de fraude manifesta ou de abuso evidente do beneficiário”* (sublinhado nosso)¹⁴⁵.

Por seu lado, o Tribunal da Relação de Lisboa, considerou que o *“decretamento de tais providências cautelares pressupõe ainda a apresentação de prova - inequívoca, pronta, líquida ou irrefutável -, não bastando a formulação de um juízo de verosimilhança semelhante ao que o artigo 387.º do CPC prescreve para outras situações de periculum in mora”*¹⁴⁶. E, mais recentemente, decidiu que *“no âmbito da garantia autónoma, sempre que a providência cautelar seja requerida como forma de obstar a um aproveitamento abusivo da posição do beneficiário, deve ser exigida prova pronta e líquida, sendo, pois, insuficiente a consideração do simples fumus bonus iuris, típico das providências cautelares, sob pena de violação da essência da garantia autónoma à primeira solicitação.”*; mais *“a fraude manifesta e o abuso evidente implicam a prova pronta e líquida, sendo que, a prova é pronta (preconstituída) quando não se mostra necessário requerer a produção de provas suplementares e é líquida (inequívoca) quando permite a percepção imediata e segura da fraude ou do abuso, tornando-os óbvios.”*¹⁴⁷

¹⁴⁴ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de abril de 2010, Proc. n.º 14881/09.9T2SNT-A.L1-6, (FÁTIMA GALANTE), in www.dgsi.pt.

¹⁴⁵ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de outubro de 2004, proc. n.º 04B2883, cit.

¹⁴⁶ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23 de fevereiro de 2010, proc. n.º 5714/09.7TVLSB.L1-7 (ABRANTES GERALDES), disponível in www.dgsi.pt.

¹⁴⁷ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8 de setembro de 2015, proc. n.º 74/14.7T8LSB.L1-7 (ROQUE NOGUEIRA), disponível in www.dgsi.pt.

De facto, tendo em consideração a excecionalidade dos fundamentos que legitimam a recusa do garante – imposta pela autonomia da garantia autónoma – e a finalidade do procedimento cautelar: travar em tempo útil o pagamento reclamado pelo beneficiário, é imperativo exigir-se uma prova sólida e quase “à prova de bala”. Só assim é possível preservar intacta a autonomia da garantia autónoma.

III. CONCLUSÕES

As fragilidades das garantias clássicas começaram a travar e amordaçar o comércio, mormente internacional. A rapidez e a diversidade de intervenientes apelavam a um tipo de garantia que, para além de forte e sólida, fosse flexível. Nesse contexto, surgiu a garantia autónoma, fruto da autonomia privada e da liberdade contratual.

A verdade é que o legislador não acompanhou esta realidade e não regulou a garantia autónoma, não gozando esta figura de tipicidade legal, apesar de ser um tipo social.

É um tipo negocial social, pois é uma figura comum no tráfego jurídico e as suas características estão consolidadas.

A garantia autónoma tem uma estrutura trilateral e pode ser definida como o negócio pelo qual alguém (o garante, em regra um banco) se obriga a pagar a um terceiro (o beneficiário) determinada quantia em dinheiro, mediante pedido do beneficiário, no caso de verificação das condições definidas no contrato de garantia, em regra o incumprimento ou o cumprimento defeituoso do contrato base. Nesse contrato base são partes o ordenante da garantia (devedor) e o beneficiário da garantia.

A garantia autónoma é, tal como a fiança, uma garantia especial e pessoal. É especial porque acresce à garantia comum geral a todos os credores e pessoal na medida em que, para além do património do devedor, responde também o património de um terceiro à relação base.

Ao contrário da fiança – que é acessória – a garantia autónoma é autónoma em relação ao contrato base. Esta característica é, sem dúvida, o seu traço característico e o motivo pelo qual os agentes económicos a privilegiam como meio de garantia nas relações comerciais. A autonomia é exponenciada quando é aposta uma cláusula “à primeira solicitação” ou “*on first demand*”.

Apesar da automaticidade ser frequente, é uma característica eventual da garantia autónoma. A automaticidade da garantia autónoma rege-se pela máxima “paga-se primeiro e depois discute-se”. Nessa conformidade, o garante deve pagar após interpelação nesse sentido.

A autonomia da garantia impede que o garante invoque, em seu proveito, quaisquer meios de defesa relacionados com o contrato base, podendo apenas valer-se dos que decorrem do próprio contrato de garantia.

Contudo, apesar de ser autónoma, a garantia autónoma não é abstrata. Ela está dependente de uma causa. A sua causa é a função de garantir o cumprimento de uma obrigação.

Vigorando no nosso ordenamento jurídico o princípio da causalidade e sendo a autonomia uma característica fundamental da garantia autónoma, muito se discutiu sobre a abstração da garantia autónoma. Contudo, apesar da fundamentação não ser sempre coincidente, a doutrina e a jurisprudência nacional aceitam a validade das garantias autónomas (mesmo das automáticas) no ordenamento jurídico nacional, qualificando-as como negócios causais

Porém, a autonomia da garantia autónoma não é inabalável. Existe uma prevalência dos princípios fundamentais da ordem jurídica portuguesa sobre a autonomia privada e a liberdade contratual e, conseqüentemente, sobre a autonomia da garantia.

Por outro lado, a autonomia da garantia é ainda suscetível de ser ferida também por algumas vicissitudes da obrigação do contrato base. A garantia autónoma possui acessoriedade extintiva. Apesar de ser uma acessoriedade extintiva restrita – limitada à extinção por cumprimento da obrigação do devedor originário – não deixa de ser uma acessoriedade e, como tal, belisca a sua autonomia. Na verdade, cumprida a obrigação garantida, a garantia autónoma caduca.

Assim, é legítimo ao garante recusar o pagamento da garantia autónoma, após solicitação do beneficiário, nos casos de abuso e direito por violação da boa fé e nos casos em que a obrigação do contrato base foi integral e pontualmente cumprida.

Estas observações são também pertinentes quanto à rainha da autonomia: a garantia autónoma automática. A própria automaticidade das garantias é esbatida pelas Regras da CCI que consagram ao garante um prazo razoável para tomar a decisão de pagar ou não pagar. Nesse prazo, deverá o garante examinar cuidadosamente todos os documentos enviados pelo beneficiário para poder decidir se paga ou não paga. Esta não é uma mera análise formal, mas de mérito. Para além disso, tem-se reconhecido o dever do garante em consultar o ordenante da garantia sobre a execução da garantia.

Cabe ao garante o ónus de provar a sua legitimidade através dos meios de prova idóneos, sendo a prova documental o meio de prova privilegiado.

Para além do descrito, é possível requerer uma providência cautelar para se obstar à execução de uma garantia autónoma, mesmo que seja automática. Contudo, exige-se uma prova

líquida e imbatível da violação manifesta e ostensiva do princípio da boa fé ou do cumprimento do contrato base, não bastando a formulação de um juízo de aparência e a prova sumária.

Será que os limites à execução da garantia autónoma significam, afinal, um certo grau de acessoriedade na garantia autónoma?

Apesar de ser autónoma, a garantia autónoma comporta uma acessoriedade: a extintiva, apesar de restrita.

Para além das situações descritas, proliferam decisões dos tribunais superiores que legitimam a recusa do pagamento pelo garante no caso de abuso do direito e até por cumprimento da obrigação da relação base.

Não estarão estes limites a ter um efeito corrosivo do núcleo da garantia autónoma? Não estarão as garantias autónomas, ao contrário da razão para as quais foram criadas, a enfraquecer?

Somos da opinião que a garantia autónoma não é totalmente autónoma e independente em relação ao contrato base. A verdade é que nem poderia ser, pois uma autonomia absoluta seria sinónimo de abstração. A garantia autónoma acaba por estar intrinsecamente ligada à obrigação que visa garantir, pois só assim é que é possível caracteriza-la como um negócio causal.

A garantia autónoma tem a autonomia que a causalidade permite.

IV. BIBLIOGRAFIA

- Almeida, Ferreira de, *Contratos II – Conteúdo – Contratos de Troca*, Coimbra, 2007
- Almeida, Ferreira de, *A função económico-social na estrutura do contrato*, in Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques, Coimbra, 2007
- Andrade, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica - Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*, Vol. II, Coimbra, 1998 (reimp.)
- Antunes, Ana Morais, *A causa do negócio jurídico no direito civil*, Lisboa, 2016
- Antunes, Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, 2009
- Ascensão, Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral*, II, 2.ª edição, Coimbra, 2003
- Ascensão, Oliveira, *Direito Comercial – Títulos de crédito*, III, Lisboa, 1992
- Bastos, Miguel Brito, *A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma “on first demand”*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume III, Coimbra, 2010
- Branco, Manuel Castelo, *A garantia bancária autónoma*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 53, Vol. I, abril 1993
- Brito, Alves de, *Seguro-Caução. Primeiras Considerações sobre o seu regime e natureza jurídica*, in Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques, Coimbra, 2007, 388-490
- Brito, Maria Helena, *O contrato de concessão comercial*, Coimbra, 1990
- Coelho, Pereira, *Contratos Complexos e Complexos Contratuais*, 1.ª Edição, Coimbra, 2014
- Coelho, Pereira, *Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico*, in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Vol. II, A Parte Geral do Código Civil e a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, 2006,
- Cordeiro, Menezes, *Tratado de Direito Civil*, Vol. X, Coimbra, 2015
- Cordeiro, Menezes, *Tratado de Direito Civil*, Vol. II, 4.ª edição, Coimbra, 2014
- Cordeiro, Menezes, *Manual de Direito Bancário*, 3.ª edição, Coimbra, 2006
- Cordeiro, Menezes, *Tratado de Direito Civil*, I, Parte Geral, Tomo I, 3.ª edição, Coimbra, 2005
- Cordeiro, Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, 2001, 2.ª reimp
- Cordeiro, Menezes, *A privatização da sociedade financeira portuguesa, Regras sobre reprivatizações, responsabilidade pelo prospeto, culpa in contrahendo, vícios ocultos das empresas reprivatizadas*, Lisboa, 1995

- Correia, Ferrer, *Lições de Direito Comercial*, Lisboa, 1994 (reimp.)
- Correia, Ferrer, *Notas para o estudo do contrato de garantia bancária*, in *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, 1989, 9-24
- Cortez, Francisco, *A garantia bancária autónoma – alguns problemas*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 52, Vol. II, julho 1992
- Costa, Almeida / Monteiro, Pinto, *Garantias bancárias, O contrato de garantia à primeira solicitação* (parecer) in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XI, 1986, T.5
- Duarte, Rui Pinto, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra, 2000
- Epifânio, Maria do Rosário, *Garantias bancárias autónomas – Breves reflexões* in *Juris et De jure – nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*, 1998
- Fernandes, Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, - Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, II, 5.^a edição, Lisboa, 2010
- Gomes, Januário, *Assunção Fidejussória de dívida – Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coimbra, 2000
- Gomes, Januário, *A fiança no quadro das garantias pessoais. Aspectos do regime*, in *Estudos de Direitos das garantias*, 1, 2004, 7-48
- Gomes, Januário, *Estudos de direito das garantias*, Vol. I, Coimbra, 2004
- Gomes, Januário, *Garantias bancárias no Código dos Contratos Públicos – Breves Notas*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. III, Coimbra, 2010, 505-524
- Gomes, Januário, *Estudos de direito das garantias*, Vol. II, Coimbra, 2010
- Gomes, Januário, *Contratos Comerciais*, Coimbra, Coimbra, 2012
- Jardim, Mónica, *A garantia autónoma*, Coimbra, 2002
- Jorge, Pessoa, *Mandato sem representação*, Coimbra, 2001 (reimp.)
- Júnior, Santos, *Especialização e mobilidade temática do direito comercial internacional como disciplina de mestrado*, Coimbra, 2009
- Leitão, Menezes, *Garantias das obrigações*, 2.^a edição, Coimbra, 2008
- Leitão, Menezes, *Cessão de créditos*, Coimbra, 2005
- Lima, Pires e Varela, Antunes, *Código Civil Anotado*, Coimbra, 4.^a edição, 1987
- Machado, Baptista *Tutela da Confiança e Venire contra Factum Proprium*, in *Obra Dispersa*, Vol. I, Braga, 1991

- Martinez, Romano, *Da cessação do contrato*, 2.^a edição, Coimbra, 2006
- Martinez, Romano, *Garantias Bancárias*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. II, Coimbra, 2002
- Martinez, Romano / Ponte, Fuzeta da, *Garantias de cumprimento*, Coimbra, 4.^a edição, 2003
- Mendes, Castro, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, Edição Revista, Lisboa, 1995
- Mendes, Evaristo, *Garantia Bancária. Natureza*, in RDES, XXXVII, 1995
- Monteiro, Pinto, *Cláusula penal de indemnização*, Coimbra, 1999
- Patrício, Simões, *Preliminares sobre a garantia* (on first demand), Revista da Ordem dos Advogados, Ano 43, Vol. III, dezembro 1983, 677-718
- Pinheiro, Duarte, *Garantia bancária autónoma*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 52, Vol. II, julho 1992, 443
- Ribeiro, Sequeira, *Garantia bancária autónoma à primeira solicitação: algumas questões*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, II, Coimbra, 2002
- Serra, Vaz, *Negócios Abstractos, Considerações gerais. Promessa ou reconhecimento de dívida e outros atos*, in BMJ, fevereiro de 1959, n.º 83
- Serra, Vaz, *Fiança e figuras análogas*, BMJ 71, 1957, 19-330
- Silva, Calvão da, *Direito Bancário*, Coimbra, 2001
- Silva, Calvão da, *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*, Coimbra, 1999 (reimp.)
- Telles, Galvão, *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra, 2002
- Telles, Galvão, *Garantia Bancária Autónoma*, in O Direito, Ano 120.º, 1988, III-IV (julho-dezembro)
- Trindade, Cláudia, *Limites da autonomia e da automaticidade da garantia autónoma: em especial da prova da falta de fundamento material da solicitação*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, II, Coimbra, 2013
- Varela, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, II, 7.^a edição, Coimbra, 1997 (Reimp.)
- Vasconcelos, Pedro Pais de, *Contratos atípicos*, 2.^a edição, Coimbra, 2009
- Vasconcelos, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.^a edição, Coimbra, 2005
- Vasconcelos, Pestana de, *Direito das Garantias*, Coimbra, 2010