

PRELIMINARES SOBRE A GARANTIA
«ON FIRST DEMAND»

*À memória do
Prof. João de Castro Mendes*

Pelo Dr. José Simões Patrício

I

INTRODUÇÃO

Remonta a um trabalho de R. STAMMLER, «Der Garantievertrag», publicado em 1886 a propósito de alguns casos qualificados pela doutrina do direito comum no âmbito da «indemnitatis promissio», a distinção dos contratos de garantia em duas espécies: os acessórios duma obrigação principal, caso da fiança e do mandato de crédito, e os independentes ou autónomos, que prescindem de qualquer liame com outra relação jurídica.

Na relação de motivos do BGB foi acolhida esta mesma distinção, e daí que tanto a doutrina germânica — seguida pela holandesa e pela austríaca — como a jurisprudência tenham começado a figurar a promessa de terceiro como garantia «a sé stante», *Garantievertrag*, novo tipo contratual que implicava uma obrigação abstracta, como logo se passou a entender, cujo fundamento se achava na autonomia privada ou, mais concretamente, na liberdade contratual.

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

Mas também nos mercados internos se faz bastante uso destes contratos, por exemplo no respeitante a concursos de empreitadas públicas, até mesmo sem directa dependência dum pressuposto carácter abstracto das obrigações assumidas. Este último (segundo G. MOLLE) é o caso da «garantie de bonne fin» ou «de bonne exécution», conhecida na prática em França e que pode correlacionar-se, tanto nesse país como na Bélgica e no Luxemburgo, com o contrato chamado «port-fort», mediante o qual o garante promete ao credor que um terceiro cumprirá certo acto, em termos não acessórios de outra relação constituída. Por outro lado (como informa BENATTI), em toda uma série de diplomas promulgados na Itália em 1978 e 1979, integrando o que por vezes se chama o «direito da crise» — leis especiais respeitantes à intervenção financeira do Estado a favor do I. R. I., de institutos bancários e de grandes empresas em situação difícil, bem como em débitos contraídos por empresas intervencionadas (sob administração extraordinária) — prevê-se que os apoios ou garantias públicas tenham por contrapartida a prestação de garantias incondicionais, ou seja, de acordo com um desses textos legais: «la garanzia diventa automaticamente operante, senza obbligo di preventiva escusione del debitore, *su semplice comunicazione* di inadempienza dell'obbligato».

Foi contudo na praxe do comércio internacional alemão subsequente à última grande guerra que as garantias autónomas adquiriram o relevo que hoje conhecem, a ponto de existir acerca delas um «fenómeno jurisprudencial» clássico, tanto na Alemanha como nos Estados Unidos (na expressão de POULLET). Nos países latinos tal fenómeno é bem mais recente, e pôde afirmar-se por exemplo que na Itália os estudos concer-

nentes a estas garantias puras vão ainda no início (BENATTI). De todo o modo (à mesma segundo POULLET), mau grado serem bastante diminutos os litígios judiciais comparados com o grande número de garantias emitidas — aliás, parece que estatisticamente só 1% de todas as garantias bancárias dão lugar a controvérsias — ampliou-se bastante nestes últimos três anos o dito fenómeno jurisprudencial.

A garantia pura, abstracta ou automática desempenha efectivamente, hoje, um papel de grande importância nas relações económicas internacionais, enquanto verdadeiro instituto *standard*, ainda que possa não constituir necessariamente, segundo pretendeu Kerr, juiz inglês, em decisão de 1977, o «lifeblood» do comércio externo... São primacialmente três (como resume BENATTI) as vantagens práticas apresentadas por estas garantias:

— elas oferecem a mesma segurança do depósito de caução — aliás, em vez de «garantia» usa-se às vezes, como homónimo, «caução» — sem importar, como esta, a deveras inconveniente imobilização de riqueza forçosamente resultante do facto de estarem tipicamente envolvidas somas pecuniárias muito avultadas (cfr. C. BORGHESE e L. ARGENTI);

— o beneficiário, além de ter em suas mãos um poderoso meio de constante pressão psicológica sobre o devedor (que assim velará pelo cumprimento pontual de todo e qualquer dever contratual que lhe incumba), pode exigir a prestação sem ter o ónus da provar o fundamento da sua pretensão, evitando os riscos económicos que podem afectar o contrato-base (garantido), bem como a necessidade de recorrer a um processo, judicial ou arbitral, dispendioso, incerto e quiçá moroso;

— por parte do garante, porque deve pagar logo que simplesmente o beneficiário o interpele, sem ter o direito de lhe opor quaisquer excepções, existe ainda a vantagem de legitimamente poder em princípio ignorar as relações entre o devedor seu mandante e o beneficiário, para além de ser poupado a investigações — envolvendo p. ex. peritagens tecnológicas complicadas — de todo fora da respectiva esfera de actividade. Isto pode revelar-se muito importante quando se tenha em conta (segundo nota POULLET) que os bancos preferem

garantias não-acessórias, em contraste com as seguradoras que optam por garantias acessórias cujo protótipo é a caução.

São, pois, fundamentalmente os fins e os valores da circulação dos bens e da segurança do tráfico jurídico, aqueles que as garantias abstractas se prestam a servir. É uma segurança (ou abstracção) tanto maior quanto possa afirmar-se (como BENATTI) que não é apenas a função clássica da garantia autónoma que é aqui desempenhada — «destacando» o negócio de garantia da relação subjacente — antes também a de eliminar o perigo de excepções relativas aos pressupostos mesmos que legitimam a pretensão do pagamento do garante. Daí que este deva prestar a soma garantida à *première demande* do beneficiário, sem mais.

Ao que pode acrescentar-se (segundo uma ideia cara a POULLET) a função de «reequilíbrio natural dos interesses complementares das partes na convenção», ou duma «partilha de riscos» entre elas...

É porém evidente que o interesse relevante, dentre todos, é o do credor ou beneficiário da garantia o qual fica ao abrigo, repete-se, do risco de incumprimento conexo com circunstâncias, até inimputáveis ao devedor, como qualquer das já antes aventadas.

II

TIPOS DE GARANTIA

Podem apontar-se (como faz ainda BENATTI na base das Regras Uniformes da CCI, de 1978) três principais tipos de garantia abstracta ou autónoma:

— *bid bonds*, também ditas em inglês «tender-guarantees» («Offerte-garantie», em holandês), «garanties de soumission», garantias de subsistência da oferta — ou, talvez antes, da prestação material que é objecto da operação económica — exigidas ao concorrente a certa empreitada e mediante as quais um banco ou uma seguradora se obrigam a pagar determinada soma pecuniária no caso de o concorrente não subscrever o contrato ou não prestar a garantia da respectiva boa execução;

— *performance bonds* (segundo a terminologia inicialmente específica das seguradoras, em contraposição às «*performance guarantees*», próprias da banca), «*garanties de bonne exécution*» por cujo intermédio o garante se obriga a efectuar ao beneficiário uma prestação, acaso o mandante não cumpra pontualmente as suas obrigações, ou prestações, contratuais. Registam-se dois subtipos na prática: as que se resolvem num pagamento em espécie, garantias portanto a 100 % (próprias das «*bonding companies*» inglesas e americanas) e as que se resolvem num pagamento indemnizatório (mais vulgares na prática bancária e que em regra orçam os 10 % da obra);

— *repayment guarantees*, «*garanties de remboursement*» onde o banco ou a seguradora garantem a restituição do recebido pelo beneficiário, do mandante, se não forem executadas as prestações a respeito das quais foi realizada essa antecipação.

À primeira vista simililar das antecedentes, poderia ainda referir-se a «*garantie de retenue*» — *retention money bond*, em inglês — e, algo próximo dela, o «*maintenance bond*» pelo qual é assegurado (e evitado, na prática, ao adquirente) o pagamento dumha parte, em geral 5 %, do preço, entre a recepção provisória e a recepção definitiva dumha obra, também geralmente de engenharia civil (fábrica chave na mão, p. ex.).

As regras e práticas uniformes elaboradas e reconhecidas pela Câmara de Comércio Internacional («*Regras e Práticas Relativas às Garantias Contratuais*», doc. n.º 460/228—470/329, broch. n.º 325, de 20 de Junho de 1978) não aludem, todavia a esse «*retention money bond*». O mesmo se diga relativamente à *completion guarantee*, forma particular assinalada por alguns autores à garantia de boa execução e que tem por objecto prolongá-la — como condição da continuação dos pagamentos do dono da obra — para além do respectivo termo final, quando os trabalhos cuja execução se garante não hajam terminado entretanto. — Também, aliás, as legislações internas prevêm, como é o caso das leis italiana (1974) e francesa (1971), estas últimas subespécies de garantias.

Mas as formas mais usadas são realmente as três inicialmente sublinhadas, e tanto externa como internamente. Na

verdade (nota POULLET) a maior parte das legislações europeias concernentes a obras públicas prevê a emissão desses tipos principais de garantias.

Ater-se-á porém a exposição subsequente à garantia de perfeita execução, que acima foi referida em segundo lugar. Ter-se-ão presentes, pressupondo a respectiva equivalência, cláusulas encontradas recentissimamente nas relações de empresas portuguesas (subempreiteiras) com outras do Médio Oriente. Assim, estipulou o Banco *A*, em 1978, que

We hereby guarantee and undertake irrevocably to be responsible as securities to refund to you upon your first demand in writing a sum up to U.S. \$323,170... against your written declaration that *B* has failed to fulfil his contractual obligations.

Mais explicitamente ainda, o Banco *C*, também português, subscreveu em 1979, como contragarante, a cláusula seguinte:

We hereby guarantee *D* for a sum of SR 3,600,000... being guarantee for repayment of 20 % payment advanced on the total of SR 18,600,000, value of sub-contract for the execution of 2,000,000 cubic meter earthworks...

...and we undertake to pay you this amount on first demand from you, irrespective of any objection made by the guaranteed party or other party.

III

LEGALIDADE DESTAS GARANTIAS

Se, como ficou brevemente referido, nos direitos germânicos tem sido pacificamente aceite o contrato autónomo, ou autonomizado, de garantia, é porque aí tem guarida o instituto do negócio abstracto. E este, por seu turno, é admitido pela jurisprudência na base da autonomia contratual, consagrada no § 305.º do BGB. De tal modo, como já se escreveu, a dis-

cussão travada naqueles sistemas jurídicos acerca do carácter abstracto ou concreto destes tipos de garantia «incide apenas sobre a respectiva disciplina, mas é irrelevante a propósito da sua validade» (BENATTI).

Segundo VAZ SERRA pôs em evidência entre nós, no direito comum antes de meados do séc. XIX considerava-se ineficaz o negócio abstracto, sem embargo de no direito romano clássico ele ter tido uma larga importância. Depois, a jurisprudência e a doutrina germânicas orientaram-se no sentido de aceitar determinados contratos (p. ex. o reconhecimento do saldo duma conta-corrente, a promessa de dívida, a letra de câmbio, etc.) como negócios abstractos; o 9.º congresso de juristas alemães pronunciou-se mesmo, em 1871, pela validade do negócio abstracto em geral. Assim, o § 780.º do BGB acolheu-o também, regulando a promessa abstracta de dívida. O mesmo fazem o Código suíço e o Código helénico.

Também nalguns direitos latinos foi em determinado sentido aceita a figura do negócio abstracto, como, relativamente à promessa ou reconhecimento de dívida ou pagamento, é o caso da França (art. 1132.º do Código de Napoleão) e da Itália (art. 1938.º, também do Código Civil). Trata-se, porém, de mera concessão aos benefícios da abstracção contratual, por isso que o omitirem as partes a causa do negócio apenas *inverte o ónus probatório* dela, transferindo-o do credor para o devedor, mas não dispensa — sob pena de nulidade, por carência de um dos requisitos ou pressupostos do contrato — a existência da relação fundamental (= causa).

Do ponto de vista doutrinal, sem pôr em dúvida que o fundamento da admissão como figura genérica do negócio abstracto é o princípio da autonomia da vontade, discute-se se este princípio pode considerar-se bastante ou se, pelo contrário, é precisa uma norma legal que permita expressamente o negócio abstracto, uma vez que a segurança por este indubitavelmente conferida ao tráfico e aos direitos é obtida à custa do perigo real de se facilitar o enriquecimento sem causa. Desde Bähr (1885) e passando por juristas eminentes como Savigny, Windscheid e Zitelmann, a opinião dominante no direito alemão é favorável à tese da total liberdade de celebra-

ção destes contratos; mas não sem algumas resistências, como a de Von Tuhr, Saleilles, etc. É diversa a perspectiva das doutrinas italiana e francesa que acham não bastar a afirmação do princípio da autonomia privada, devendo-se pelo contrário subordinar esta à exigência legal de que o negócio tenha uma causa: art. 1325.º-2 do Código Civil italiano e art. 1108.º do Código francês.

Estas as posições *genéricas* doutrinariamente assumidas quanto à validade do negócio abstracto. Agora, *quanto em concreto às garantias bancárias puras*, será de afirmar o mesmo?



Que se saiba, apenas dois países — aliás tradicionalmente preocupados com uma clara regulamentação jurídica do respectivo comércio externo — oferecem soluções legislativas acabadas para a questão posta: a Checoslováquia, nos arts. 672.º e segs. do seu Código de comércio internacional de 4-12-1963, e a RDA, no § 255.º da lei sobre os contratos económicos internacionais, de 5-2-1976. Ambos os diplomas mandam aplicar subsidiariamente as regras dos créditos documentários geralmente observadas nas relações internacionais — «na medida (diz o texto checo) em que a natureza da garantia bancária o permita» — e o diploma germânico, além dessas, algumas respeitantes à fiança.

Deve notar-se, por outro lado, que a legislação bancária norte-americana (Canadá e Estados Unidos) *proíbe* directamente às instituições de crédito, bem como a empresas com funções similares, a subscrição de «performance bonds»; aliás, é comum nesses países a proibição de prestar garantias, exarada nos estatutos de sociedades — o que talvez não as impeça, contudo, de praticar actos desses isoladamente... Isto tudo não quer dizer que os bancos norte-americanos não acabem por prestar garantias ao perfeito cumprimento de obrigações de terceiros, *maxime* no domínio da construção civil e caracteris-

ticamente, não no mercado interno, mas em relação ao Médio Oriente. Fazem-no todavia através da emissão de *standby letters of credit*, nesses casos pagáveis (também, como as garantias de que ora se trata) «upon simple demand».

Os bancos americanos chegam assim — aparentemente sem dificuldade (como notam EISEMANN e BONTOUX; sobre a combinação prática de «bonds» e cartas de crédito, v. KUNZ) — ao mesmo resultado que os congêneres europeus, bem como as seguradoras do seu país (conquanto os empresários não dêem preferência a estas, com as quais têm menor relacionamento) que regularmente subscrevem *garantias* propriamente ditas — «performance bonds» — destinadas a assegurar o cumprimento das obrigações dos respectivos clientes. Por consequência, pode dizer-se que são equivalentes as finalidades de cada um destes tipos negociais práticos e que o seu regime é também substancialmente coincidente. Aliás, como parece ser o entendimento de obra recente de B. KOZOLCHYK (resumida na rev. «International Banking Law» de Abril de 1983), talvez seja lícito ver na carta de crédito *standby* o género que abarca todas as espécies de garantias documentárias de pagamento ou reembolso...

Por último, e talvez mais curiosamente visto o que sobre o direito alemão já antes foi sumariamente referido, não será destituído de algum interesse aludir à bem recente opinião expressa na RFA por J. NIELSEN (segundo o resumo da cit. revista, n.º de Janeiro de 1983), contestando a distinção entre a garantia «on first demand», como garantia incondicional, e as garantias condicionais, distinção que entre os autores seus compatriotas é «communis opinio». Para ele, umas e outras devem colocar-se ao nível dos créditos documentários e todos podem ligar-se ao contrato de base que, no caso de ser ilegal, ilícito, inexistente, etc., fundamentará o accionamento do beneficiário da garantia como injustamente ou sem causa enriquecido; e, se tal pedido preceder o da quantia garantida, nem sequer chegará a funcionar o princípio — também geralmente aceite como característico do regime da garantia incondicional — de pagar primeiro e reclamar depois («solve et repete»)...



Veja-se todavia mais de perto quais têm sido em anos recentes os tipos de resposta à questão posta em concreto, por parte da doutrina; à jurisprudência será feita alguma referência a seguir.

Figura-se possível distinguir três grupos principais de opiniões: A) — os que resolvem a questão sem necessitarem de optar entre abstracção e carácter concreto do negócio; B) — os que expressamente afirmam tratar-se dum negócio concreto; C) — e os que, aceitando embora a abstracção, optam por considerar válida a garantia. — Passar-se-ão portanto em sumária revista, de imediato, cada uma destas respostas.

A) — *Consideração da ordem pública*

Numa primeira abordagem poderão ocorrer hesitações quanto à relação de garantia em si mesma. O garante «à première demande» coloca-se em situação debitória muito mais crítica e onerosa do que a do devedor principal. Este, na verdade, pode em regra opor ao beneficiário da garantia, seu credor, todas as excepções e outros meios de defesa que se baseiem na relação jurídica fundamental — e, assim, pode eventualmente retardar ou até recusar definitivamente a prestação; mas, no caso de ter sido prestada uma garantia da mencionada espécie, o garante tem de pagar logo que e pelo simples facto de o credor lho exigir, bastando como «prova» do direito deste a sua própria e discricionária afirmação de que existe incumprimento: declaração de vontade disfarçada de declaração de ciência. Em suma: *o garante responde em termos mais onerosos do que o devedor principal*; inclusive, responderá sempre e mesmo em hipóteses em que o devedor não responderia!

Ora, visto o carácter de acessoriedade conatural a toda a garantia, é deveras chocante um resultado como este, que vem a eliminar praticamente a mesma característica da acessorie-

dade. Pode até perguntar-se com muita legitimidade se na ordem jurídica será reconhecida aos contratantes a faculdade de estipularem tal regime, quer dizer, se a *ordem pública* não o impedirá.

A resposta afirmativa poderia fundar-se no princípio — ou, noutra perspectiva, no afloramento aí dum princípio geral — contido no art. 631.º do nosso Código Civil: é *reductível*, conquanto algo contraditoriamente «não nula», a fiança que exceder a dívida principal ou for contraída em condições mais onerosas que as dessa dívida. Este princípio, que há-de valer por certo quanto menos em relação a quaisquer outras garantias pessoais, pode sem grande esforço ser considerado de ordem pública, tanto porque (tecnicamente) a lei o sanciona com a redutibilidade, como (materialmente) porque traduz a fundamentalidade do valor protegido, a saber, que a simples garantia nascida ao lado duma obrigação não redunde em *maior* dívida principal ou directa, representando um *novo* ou suplementar enriquecimento (injusto) do credor. Locupletamento que realmente pode haver-se como ilícito, desde logo porque o credor obterá *mais* do que é seu direito (contratual) no caso de o devedor principal não cumprir; isto, por hipótese, para além até das próprias cláusulas penais (lícitas) que onerem tanto o devedor directo como o garante... — Não deixará efectivamente de repugnar que um determinado equilíbrio de prestações e posições ou posicionamentos contratuais, livre e igualmente desenhado e engendrado pelas partes originariamente contratantes, venha depois a ser totalmente subvertido quando for chamado a cumprir um terceiro que apenas veio afiançar uma dessas posições, colocando-se *ao lado* do respectivo titular passivo.

Idêntico a este parece ser, em face do art. 1941.º do «Codice Civile», o raciocínio de PORTALE, bem como os de MARINI, FAVARA, etc. (cits. por MOLLE).

Mas, como é notado (A. cit.), talvez essa argumentação prove demais. O próprio legislador o demonstra quando admite que a obrigação do fiador sobreviva à anulação, em certos casos, da obrigação principal: art. 632.º-2 do nosso Código Civil.

Em tais hipóteses é a lei mesma que abre mão da acessoriedade e do respectivo relevo fundamental ou de ordem pública.

Seja ou não assim, e portanto mesmo que seja de opinar-se no sentido da ordem pública, parece que se situa em momento anterior a esse a verdadeira questão jurídica suscitada pelas garantias «first demand». Efectivamente, o que deve ser indagado é se as partes contratantes podem estipular uma qualquer obrigação, p. ex. a de garantia, em termos «destacados», autónomos — p. ex., ainda, porque destinados a operar *para além* (não-acessoriedade) da dívida subjacente — e independentes da *causa* por que se obrigam.

B) — *Tese do negócio concreto*

Cai-se pois, necessariamente, no problema da abstracção da garantia «sub specie» e da sua admissibilidade legal. Ora, quanto a isso, não falta quem afirme tratar-se dum negócio concreto ou causal, ou talvez antes, possuidor duma causa juridicamente relevante.

Alguns começam por destringer cautelosamente, como coisas bem distintas que são, a acessoriedade da garantia e a sua abstracção; é o que recomendam M. VASSEUR e certa doutrina austríaca. Façam ou não essa advertência, porém, muitos apontam explicitamente uma *causa*, em sentido próprio ou não, para o contrato de garantia.

Assim, o mesmo VASSEUR alude como justificação ou causa da garantia o contrato de base que é garantido; o mesmo admite p. ex. S. VELU. Outros apelam a uma noção subjectiva de causa, entendendo-a como a... vontade contratual. E BENATTI, por seu turno, tenta distinguir entre duas funções do requisito legal, genérico, da causa: por um lado assegurar a seriedade da promessa; por outro, controlar a sua licitude — conferindo então, pelo que respeita à primeira, todo o relevo possível à confiança (*fidúcia*) depositada pelo promissário na promessa que lhe é feita e concluindo que *sob esse aspecto* — tendo em conta que os interesses em causa merecem tutela

jurídica de acordo com os modernos cânones de valoração sócio-económica — o negócio é causal.

Destas opiniões se poderá ainda aproximar a de G. STOLFI o qual, partindo embora da nulidade da garantia (fiança) autónoma, defende a conversão do negócio numa promessa de facto de terceiro. — Ao que já se observou que a promessa de facto de terceiro não é uma «*fattispecie*» contratual autónoma mas sim um «*fragmento*» de «*fattispecie*» destinado a entrar em contratos da mais variada espécie, com causa própria; que a intenção prática das partes na promessa de facto de terceiro prevista na lei diverge do fim prosseguido no «*Garantievertrag*»; etc.

Relegando para momento ulterior uma crítica global destas posições, convém contrapor-lhes desde já o restante sector da doutrina.

C) — *Tese da abstracção*

Ainda que não se pudesse inteiramente afirmar, com Y. POULLET (que, porém, foi um dos respectivos animadores científicos), que «desde o colóquio de Tours a questão da legitimidade da garantia automática não mais se pôs», o certo é que a generalizada convicção de que se está perante um *negócio abstracto* não tem impedido a doutrina e a jurisprudência — mesmo nos países que não acolhem nas suas legislações tal figura genérica — de aceitarem a validade do «*Garantievertrag*».

Esta aceitação é explicitamente fundada no facto de se tratar dum contrato «largamente utilizado na prática dos negócios, particularmente em função do incremento das trocas internacionais e do crédito» — como decidiu o tribunal de recurso de Milão, em 5-3-1980. E também os autores consideram amiúde que na Europa ocidental a garantia autónoma aparece efectivamente como um «tipo contratual *de origem social ou jurisprudencial*» (BENATTI).

De tal *realismo* dão expressiva conta os próprios juristas que se inclinam para a natureza concreta do negócio de garantia. É por exemplo o caso de POULLET: «a natureza abstracta da garantia automática está longe de ser evidente», pelo menos

quando se adopte uma definição objectiva de causa e se pondere que, se tal garantia não supõe a existência mesma duma obrigação susceptível de ser cumprida, «necessita no mínimo de que exista uma *operação económica real*» (sob pena — como diz a doutrina alemã para o caso de simulação — de ser nula); de todo o modo, mesmo que seja um acto abstracto, impõe-se maior «indulgência» na aplicação dos preceitos civis: «a garantia automática [será] um acto abstracto, mas, na medida em que... corresponde às *exigências da vida comercial*, deve ser valido»...

PORTALE («apud» BENATTI e, ao que este informa, com reiterada e até «acrítica» aceitação geral) distingue por seu lado — ao que se supõe em obra de 1980 ou 1981 — entre o *fundamento* do negócio e o seu *escopo*, desde que se esteja perante hipóteses assimiláveis às previstas no Código Civil italiano, art. 1530.º (crédito documentário irrevogável), nas quais se entenda que apenas o fim visado pelas partes, e não o fundamento ou justificação do negócio, cai dentro do mesmo negócio. Então, «para tornar causal este contrato [o «*Garantievertrag*»] basta a declaração nele do escopo de garantia e que de qualquer modo seja feita pelas partes referência à relação fundamental, que valha para justificar a obrigação do garante.»



Acabadas de referir estas posições doutrinárias, não será porventura de menor utilidade percorrer sumariamente a jurisprudência estrangeira dos anos mais recentes (largamente reportada por POULLET). É o que passa a fazer-se de seguida.

A natureza causal ou abstracta da garantia pura não tem inquietado de forma alguma os tribunais anglo-saxónicos, que optam todavia pela abstracção. Muito pragmaticamente, como seria de esperar, o postulado da jurisprudência inglesa tem sido que «it is a risk a businessman has to take»...

A jurisprudência germânica — que, segundo ficou dito, parte de lei consagradora do acto abstracto — releva occasio-

nalmente a abstracção. E entende-a como a independência da responsabilidade do garante relativamente à do devedor principal, justificando-se isso pela função, «o sentido e o fim» da garante bancária.

Nos países latinos, pode-se começar por referir a jurisprudência italiana. Ela não duvida que o negócio em causa é de natureza abstracta; mas não deixa de seguir um raciocínio paradoxal enquanto justifica a abstracção da garantia pela... sua causa: «a inoponibilidade das excepções concernentes à relação principal é um elemento [«momento»] essencial da causa típica (inominada) do contrato de garantia pura» — lê-se p. ex. nos considerandos da decisão de 15-6-78 do tribunal de Milão.

Por seu turno, a jurisprudência belga integrava-se até há pouco na corrente que igualmente contemporiza com a natureza abstracta da garantia, ao não deduzir dela a nulidade do negócio; isto, embora a respectiva Cassação ainda em 1969 condenasse os actos abstractos não previstos por lei. Mas o tribunal de recurso de Bruxelas, em 3-12-81, reconheceu validade e atribuiu natureza causal à garantia «à première demande», considerando como causa a «vontade do garante de cumprir a sua obrigação para com o mandante, designadamente tendo em vista perceber as comissões que por este lhe são devidas» (definição, esta, que permitiu a S. VELU afirmar justamente... a natureza abstracta da garantia!).

Enfim, os tribunais franceses têm afirmado, com a respectiva doutrina, a natureza concreta da garantia autónoma e identificam a causa desta, quer objectivamente — a operação comercial de base — quer subjectivamente — «o desejo e a vontade» do exportador de realizar a mesma operação. É porém de assinalar que este assim afirmado carácter causal visa (segundo nota POULLET) justificar certos limites à abstracção: entende-se p. ex. que a rescisão ou o desaparecimento da operação garantida conduzem à extinção da garantia.

Em suma (afirma ainda POULLET), persistem na jurisprudência muitas incertezas quanto à natureza da garantia autónoma, quanto à definição de causa e quanto às consequên-

cias do reconhecimento da sua natureza causal; mas pode notar-se que:

- «os partidários da teoria do acto abstracto consagram a abstracção da garantia automática sem poderem explicar os respectivos limites»;
- «os partidários da teoria da causa, sem porem em dúvida a abstracção da garantia, procuram justificar e até aumentar os limites da abstracção»...

Crê-se que estas autorizadas conclusões (frise-se que Y. POULLET apresentou em 1982, em Lovaina, uma tese sobre «A abstracção da garantia bancária automática») põem suficientemente em destaque a *confusão de conceitos* opostos (abstracção e causa) e/ou as *limitações* sentidas na prática quanto à operância de princípios clássicos. Isso mesmo acontece, como ficou apontado, com a doutrina jurídica respeitante às garantias sob apreciação.

IV

A QUESTÃO NO DIREITO PORTUGUÊS

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

Mas, antes ainda de se procurar discutir a aplicabilidade deste ou de outros preceitos da lei civil à figura sob análise, importa sem dúvida tentar apreender na sua (possível) pureza

qual o sentido da proibição dos negócios abstractos. Isto impor-se-á desde logo pela supramencionada circunstância de a jurisprudência e a própria doutrina jurídica incorrerem com lamentável frequência em confusões de certa monta a propósito da natureza abstracta ou concreta do negócio em causa...

Uma vez mais terá de enfatizar-se, porém, que as presentes notas representam apenas uma simples aproximação à problemática envolvida; e por mais de uma razão assim tem de ser, tendo em conta quem as subscreve. Por isso, ainda a propósito desta questão prévia ora enunciada, não se produzem mais do que breves e até superficiais apontamentos.

A categoria jurídica conhecida por negócio abstracto é, segundo um autêntico lugar comum, dos mais áduos, complicados e equívocos temas da teoria geral do negócio jurídico. Verifica-se porém na doutrina muita concordância quanto a definir a abstracção por referência à *causa* do negócio de que se trata: negócio abstracto será deste modo, simplificando, o negócio abstraído da sua causa («Enciclopedia del Diritto»).

Deveria, é certo, assentar-se num adequado conceito de causa; mas é justamente aí que se começam a erguer dificuldades e equívocos — como, de resto, já ficou em parte demonstrado mais acima. Assim, por exemplo, a filosofia aristotélica distingue entre causa final (o interesse prosseguido pela vontade), causa material (ou conteúdo) e causa eficiente (a própria vontade). Na doutrina jurídica (cfr., entre nós, V. TABORDA FERREIRA) distingue-se igualmente entre a causa-função, a causa subjectivamente entendida (vontade: fim-meio) e a causa-motivo (objectiva).

Chegar-se-ia demasiado longe, ou porventura a lado nenhum, se se entrasse na dilucidação e crítica destas concepções... Mas poderá reter-se talvez que, na mencionada acepção de causa final, o que releva é o *interesse* juridicamente atendeável prosseguido pela *vontade* das partes.

Neste sentido, negócio abstracto será, praticamente, aquele em que à parte credora não pode ser oposta qualquer excepção baseada na carência ou na irregularidade do seu interesse na prestação prometida. — Em tese, é claro que as doutrinas individualistas, como aliás a moral puramente externa, formal ou

farisaica, podem bastar-se com a simples manifestação ou sentido da vontade das partes; ao contrário, quem pretenda ancorar o direito a rectos fundamentos éticos, não deixará de inquirir sempre acerca dos interesses «regulados» pela vontade privada, isto é, acerca da justificação axiológica do negócio jurídico (cfr. J. CASTRO MENDES).

Uma coisa é realmente certa: há sempre uma causa em todo o negócio jurídico e, mesmo alguma dependência do regime jurídico quanto a essa causa. «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 opostas todas as excepções baseadas na causa» (A. VAZ SERRA).

É uma tal separação, *abstracção* «hoc sensu», do convénio causal — isto é, da convenção relativa ao fim do negócio (que, sem embargo, pode e deve considerar-se como integrante do conteúdo do mesmo negócio: nesta medida ele é sempre causal) — é tal «destacamento» da causa (-fim de novação, de liberalidade, de garantia...) que vem a caracterizar o negócio dito abstracto. — Assim, a doutrina entende que «a falta de causa... afecta a eficácia do negócio abstracto, mas não a sua validade como declaração de vontade. Por isso, uma específica acção de nulidade, pela falta de causa, não se dá contra o negócio abstracto, mas só a pretensão por enriquecimento sem causa, que não se dirige contra a declaração em si, mas contra os seus efeitos lesivos» (A. cit.).

Isto posto, não fique sem referência explícita a seguinte e diversa consideração.

Foi expressamente ponderado (ainda pelo cit. A.) que «o sistema dos direitos francês e italiano [a saber: a mera inversão do ónus da prova sobre a causa, que é posto a cargo da parte devedora por a lei *presumir* a existência de causa] não difere praticamente muito do seguido nos direitos alemão e suíço, nos quais a promessa de dívida não é somente um meio de prova, mas uma fonte de obrigação, cujos efeitos podem ser eliminados com a acção ou excepção de enriquecimento (...)».

Quer dizer: existe *uma certa equivalência* entre as soluções adoptadas, pois a razão de ser da eventual restituição do indevido tem por fundamento, no primeiro caso, a *nullidade* do negócio e, no segundo, o *enriquecimento* injustificado (porque, não obstante se admitir a irrelevância da causa, não se tolera a sua ausência pura e simples).

De todo o modo, e exactamente pelo que se acaba de expor, o *requisito* legal da causa — repetir-se-á agora, porventura com algum exagero terminológico — *existe sempre*. O que sucede, apenas, é que, nos casos em que a lei admite, ou genérica ou pontualmente, a celebração de negócios abstractos, *destaca-se* a pretensão do credor da relação subjacente, impedindo-se ao devedor a invocação de vícios ou quaisquer meios de defesa baseados nessa relação fundamental. — É o que emblematicamente se passa com os negócios cambiários, *maxime* ao colocar-se o portador mediato — só este — ao abrigo da invocação de «excepções fundadas sobre as relações pessoais» do devedor com outros subscriptores do título (art. 17.º da respectiva Lei Uniforme). Mas, sintomaticamente, já não assim se de portador imediato se tratar ou, mais sintomaticamente ainda, se existir *má fé* do portador...

Conclui-se facilmente de quanto precede que:

- a abstracção negocial redonda mais propriamente em *destacar* o regime do acto em causa das eventuais imperfeições (mas não, por certo, da inexistência) da relação material subjacente;
- tal não significa, nem (do ponto de vista conceitual) que o negócio abstracto deixa em absoluto de ter causa, nem (do ponto de vista do respectivo regime jurídico) que a *técnica* da abstracção não conheça *limitações* — e, desde logo, a da má fé ou do abuso de direito;
- repugna a uma concepção ética material e é positivamente vedado pelo nosso direito que na liberdade contratual se envolva a faculdade genérica de celebrar negócios abstractos.

A *ratio legis* desta última solução funda-a positivamente a doutrina (CASTRO MENDES p. ex.) na exigência de um fim lícito do negócio jurídico — art. 281.º do Código Civil — e dum interesse digno da protecção legal — art. 398.º-2 do mesmo diploma, preceito aliás respeitante à liberdade contratual — bem como no já comentado art. 458.º Neste preceito demonstra bem a lei quanto lhe repugna abstrair da causa do negócio; e tanto que a mesma lei *presume* existir uma causa, exactamente nos casos contados — *numerus clausus* do art. 457.º — em que se diria mais fácil admitir a abstracção: os casos de negócio unilateral.



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

Será porém forçosa uma tal conclusão relativamente às garantias internacionais «on first demand»?

Começando pelo segundo dos argumentos expendidos, deverá notar-se que a vigência subsidiária do direito privado comum (contemporâneo) na esfera mercantil é algo de pouco coadunável com a própria génese histórica (medieval) do direito comercial, enquanto disciplina que se formou «sem nada dever ao direito romano, a não ser algumas regras técnicas gerais, nem ao direito canónico que tratava desprezivelmente o comércio»; não deve por isso estranhar-se que tenham aparecido no princípio de Oitocentos comercialistas a reclamar uma jurisdição de equidade. Todavia o movimento da codificação logo a seguir empreendida teve por consequência colocar o direito comercial sob o domínio do direito civil — e a tal ponto

que os juristas modernos se esforçam por explicar as práticas comerciais mediante a respectiva subsunção aos princípios gerais do direito civil, como sucede com as noções de sociedade e mandato, com as marcas, com as garantias reais sobre o estabelecimento, etc. (G. RIPERT).

É facto porém que a natureza especial do direito comercial — por relação com o direito comum que é o civil — veio a determinar a aceitação, generalizada nos dias de hoje, da sua *autonomia* dogmática, do espírito próprio ou particular das respectivas instituições, quer as que desde o início com ele apareceram, quer as mais recentes. — Daí, sem dúvida, que na doutrina pátria se concorde (p. ex. FERRER CORREIA e F. OLAVO; assim também, expressamente, J. GARRIGUES) que, apesar de subsidiária, a lei civil *não é fonte de direito comercial*: quando se aplica no âmbito deste é ainda enquanto direito civil e apenas porque — mediante o recurso à analogia por assim dizer «interna», a que se reporta o cit. art. 3.º do Código Comercial — não é possível integrar a lacuna dentro do espírito *próprio* e do método *específico* do direito comercial... Aliás (observa pertinentemente GARRIGUES), sendo materialmente o direito mercantil especial em relação ao direito civil, redundaria em autêntico *contrasenso* converter o geral em fonte do especial.

Pode mesmo afirmar-se (A. cit.) que «o princípio de que 'a norma mercantil precede a civil' substitui os clássicos dogmas jurídicos: 'lex posterior derogat priori, lex specialis derogat generali'».

Concretizando um pouco, e exactamente a propósito de um dos institutos acima evocados, defende-se que o conceito civil de sociedade («contrato» descrito na lei civil — art. 980.º — porém omissos enquanto tal na lei comercial) só poderia introduzir-se no terreno das relações mercantis, subsidiariamente, se o autorizasse a especificidade e autonomia destas, o «carácter pioneiro do direito comercial»; caso contrário, pode e *deve* — como explicitamente afirma, a propósito, FERRER CORREIA — prescindir-se neste caso da aplicação da lei civil, adoptando, para preencher a lacuna do direito comercial, uma noção mais lata e apropriada de sociedade.

Vem-se aludindo à especialidade da regulamentação comercial genericamente considerada. Poderia ainda observar-se que a argumentação vale *a fortiori* para as operações que, mais especialmente até do que as comerciais, dependem dos usos e caracteres próprios da profissão bancária; é mesmo, segundo ficou dito logo de início, de garantias tipicamente (conquanto não exclusivamente) bancárias que se trata agora. — Intui-se imediatamente que, *na estrita medida em que esteja perante garantias bancárias* «on first demand», o jurista terá na maior conta a natureza especialíssima do direito bancário e consequentemente não transporá para este, de ânimo leve, regras e princípios do direito comum.

Pode talvez objectar-se a tudo isto que o argumento primeiro invocado da ordem pública constitui um verdadeiro limite aos desenvolvimentos, possíveis em abstracto, da ideia que vem sendo exposta: como invocar o espírito mais livre, menos formalista e mais instável do direito comercial para no seu seio obstar à applicabilidade subsidiária dum princípio de interesse e ordem pública como, por suposto, é a proibição do negócio abstracto?

Não se pode deixar de reconhecer muita pertinência à objecção. Em tese, não sofre grande dúvida que os princípios de ordem pública não-de prevalecer sempre em qualquer ramo do direito. J. GARRIGUES, p. ex., afirma que «o direito comum precederá os usos do comércio quando contenha disposições de ordem pública que os usos não possam derogar (família, capacidade, etc.)».

Mas convém sublinhar pelo menos duas coisas. Em primeiro lugar, a ordem pública tradicional — da cidade, da família, do grupo — foi historicamente considerada estranha ao âmbito das transacções comerciais, especulativas quase por definição; e, se realmente se desenvolveu no direito comercial uma *outra* ordem pública, a ordem pública económica — com vincados traços característicos essencialmente diversos dos da ordem pública clássica, segundo a doutrina corrente — não é menos certo que a relativa juventude do direito mercantil «confere ao intérprete uma liberdade que ele não teria [em sede] de direito civil. Esse o grande interesse que do ponto de vista

científico apresenta o direito comercial» (G. RIPERT). Em segundo lugar, não é certamente descabido — antes pelo contrário — recorrer à analogia, para que remete o citado art. 3.º, com toda a amplitude em geral admitida para a integração de lacunas, sejam quais forem o ordenamento ou o ramo jurídico em que se registem as mesmas lacunas.

Assim, desde logo, há-de ser lícito o recurso tanto à «analogia legis» restrita como à *analogia iuris*, a que não deixa de reportar-se o mencionado art. 3.º do Código Comercial ao aludir — *antes* de remeter para o direito civil — aos casos análogos da lei mercantil.

Na verdade, se for substancial a similitude das relações sócio-económicas estabelecidas ou dos fins e interesses específicos prosseguidos, como outros já positivamente regulados, impor-se-á indubitavelmente o seu tratamento paritário, em vez ou *antes* de se adoptar o da lei civil. A menos que se pretenda fazer tábua rasa, por completo, da autonomia do direito comercial e, mesmo, dos termos em que a lei (comercial) admite a intervenção do direito comum (civil).

Não será forçado nem sequer apressado, já neste momento, ilustrar com um exemplo concreto a aplicação analógica dessa espécie: tome-se exactamente o caso das obrigações cartulares. Nada, por certo, mais conforme à necessidade de fácil, certa e rápida circulação de bens e valores, enfim à natureza e até mesmo à etiologia do direito mercantil (lembrem-se as letras de câmbio) do que o título por demais utilizado muito em particular no comércio internacional, que é a *carta de crédito*. Poderia falar-se, até mais nitidamente, apenas na velha letra de câmbio, no cheque, etc.; bastará porém referir aquele outro título.

Incorpora ele, tipicamente, um crédito documentário, literal e com certeza abstracto também. Esta obstracção, feita valer mesmo em face de burla do beneficiário, num caso concreto, menciona-a explicitamente a doutrina (EISEMANN e BONTOUX, bem como J. STOUFFLET).

Ora, nem por isso — ao que conste — foi contestada a sua validade jurídica (interna)... — Mas, se assim é e se os interesses e os fins visados com a garantia «à première demande»

são basicamente os mesmos, como acima se tenta justificar, porque não lhe estender analogicamente o mesmo regime ou tratamento desse negócio? «Rectius», porque não admitir liminarmente, por similitude, o seu carácter lícito?

Nem poderá talvez invocar-se, ao contrário de outras legislações, o silêncio absoluto do nosso direito positivo relativamente ao crédito documentário. É a própria lei definidora dos prazos, juros, renovações, etc. do crédito bancário — a saber, o Decreto-Lei n.º 344/78, de 17-11 — que alude explicitamente (art. 4.º-4) às aberturas de crédito documentário; e poderiam encontrar-se eventualmente outras mais refrências da lei, designadamente a propósito de algumas formas ou espécies concretas de crédito bancário.

Assim, a «analogia iuris» que antes se aventou não terá apenas uma justificação bastante plausível em disposições legais deste tipo, antes pode virtualmente *impor-se* ao intérprete como inteiro e absoluto imperativo legal-sistemático.

Daria aliás prova da mais crassa indiferença à exigências das hodiernas relações económicas internacionais quem se obstinasse em defender que a proibição *civil* do negócio abstracto se aplica à sobredita garantia. Nem será decerto por simples moda, supostamente atentatória dos antigos valores estabelecidos, que toda a jurisprudência e também a doutrina ocidentais patenteiam um *realismo* que bastas vezes não vê necessidade de invocar mais do que as praxes ou os ditames práticos das trocas internacionais.

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

Ninguém admitirá de boamente este resultado!

Trata-se provavelmente de um aspecto ou até refinamento da tendência, que pode observar-se nas relações económicas internacionais, para tornar mais abstractos e por isso mais seguros os próprios instrumentos tradicionais já caracterizados pela autonomia e abstracção relativamente às relações materiais subjacentes. — Pode aludir-se p. ex. ao chamado *forfaiting*, ou desconto «pro soluto», desenvolvido desde os anos sessenta. Através dele um exportador, PME em especial, mobiliza a médio prazo o seu crédito cedendo a terceiro («forfaiter») uma série de títulos cambiários que lhe endossa «sem recurso», alijando assim sobre o mesmo terceiro os riscos políticos («country risk») e comerciais da operação.

Haverá todavia alguns espíritos mais sensíveis que a tudo contraporão — um tanto ao geito do que já se afirmou a propósito do direito económico — que a invocação da mera prática internacional representa um intolerável «esmagamento do Direito pelos factos» que o raciocínio jurídico deve procurar, se não evitar, pelo menos esbater por todas as formas possíveis. Simplesmente, uma determinada *adaptação* da ordem jurídica às novas condições ou situações-de-facto da vida real, mesmo podendo parecer algo forçada e tendo sem dúvida carácter exógeno, é imposta — como se figurou antes — por *superiores* e ponderosas razões, a menor das quais não é de modo algum a viabilização pura e simples do comércio externo do País e, conseqüentemente, a satisfação de necessidades económicas e a prossecução de equilíbrios ou menores desequilíbrios cambiais.

A não ser assim — e pode até prescindir-se da demonstração, há pouco tentada, de que a hipotizada «acomodação» aos factos (bem reais!) tem cabal suporte jurídico, se não for até um *imperativo* legal — contradir-se-ia inclusivamente, em vez de o acatar, um dos fundamentos ou aspectos da *ratio legis* da proibição genérica do negócio abstracto.

Efectivamente, afirma-se que uma das normas que impedem as teses anticausalistas, entre nós, é a do art. 398.º-2 do Código Civil, ao exigir — maximamente a respeito dos contratos atípicos — que a prestação corresponda a «um interesse do credor, digno da protecção legal». Já se afirmou também em

face do correspondente preceito da lei italiana, e parece que acertadamente, que aí se exige verdadeiramente uma causa, mesmo para os negócios atípicos, e que tal exigência funciona como limite da autonomia privada. O que realmente justifica outra afirmação, de que se deu conta mais acima, segundo a qual não basta o princípio da liberdade contratual para se deduzir sem mais a possibilidade do negócio abstracto...

Simplesmente, para aquilatar do merecimento de tutela legal ou jurídica hão-de possuir-se alguns critérios de orientação. E um dos que gozam por certo de maior favor é o da *tipicidade social* manifestada pela difusão, na prática, do «tipo normativo» em causa. Se determinado contrato alcança uma difusão apreciável, ainda que não uniforme nem forçosamente reiterada, com cláusulas e modelos ou formulários tornados de estilo e, ainda por cima, com alguma *consciência social* relativa à sua eficiência e bondade jurídica, estará o intérprete perante um índice praticamente infalível da mencionada «tipicidade social». Apenas terá nessa altura de averiguar — caso não queira deixar determinar a sua actividade e até o Direito pela mera prática social — se efectivamente são dignos de tutela jurídica os *interesses* prosseguidos pelas partes.

Esta é no fundo a lição de R. CLARIZIA, que pode resumir-se talvez nestes termos: é a causa que define o tipo negocial querido pelas partes (quando não se trate dum «Tatbestand» legal), sendo que a difusão prática de certo modelo negocial e das respectivas cláusulas «standardizadas» consente que se exprima já aquele juízo de mérito que a lei exige; isto, pelo menos ao nível social. Ao que o mesmo autor junta o seguinte: a causa «manifesta-se como função económico-individual adequada à função económico-social a que, em abstracto, o ordenamento jurídico confere tutela».

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



Admita-se agora, sem embargo da solução encontrada, uma certa delicadeza nessa opção pela viabilidade jurídico-mercantil da garantia autónoma, enquanto negócio abstracto.

Uma coisa efectivamente é a *prática comercial*, por mais espalhada que se encontre, e outra (não de todo coincidente em firmeza) a forma ou a lógica como essa prática logra acolhimento ou resposta no *discurso jurídico*. Passa-se a concretizá-lo muito sumariamente.

Quanto à consciência prática da necessidade da referenciada garantia, é deveras significativo o autêntico *contratetemunho duma entidade tão relevante (e «interessada») como é a Câmara de Comércio Internacional*.

De facto, numa atitude que POULLET não se cosbe de qualificar como *condenação*, a CCI elaborou em 1978 as Regras Uniformes sobre garantias contratuais com o fito de encorajar o recurso às garantias documentárias e não às garantias «on first demand». O respectivo grupo de trabalho (instituído em 1975, na sequência de preocupações já manifestadas em 1964 pela Comissão de técnicas e práticas bancárias) opinou que as Regras não poderiam suprimir o uso das mencionadas garantias. E a introdução do texto final — onde se alude ao propósito de «moralizar» a prática das garantias — esclarece não se ter julgado desejável incluir no articulado regras aplicáveis às garantias automáticas. Apontam-se, mesmo, os inconvenientes económicos que elas podem acarretar e afirma-se que em certas regiões entrou em declínio o recurso a elas... Posteriormente, a orientação da CCI a propósito das mesmas garantias pareceu ser a de elaborar uma espécie de código de boa conduta; e ainda bem recentemente (como noticiava a «International. Financial Law Rev.» de Dezembro de 1982) esse código foi redigido e posto à consideração geral (que não parece muito favorável até agora). Nele se exige, por exemplo, que o beneficiário exponha os fundamentos por que exige a execução da garantia...

Isto — que pode em boa medida e com não pouca razão vir a ser contraposto à tipicização social que há pouco se tentou pôr na base dum tratamento jurídico especial — não é contudo o que sentem outras instâncias internacionais.

No programa de trabalho da CNUDCI, por exemplo, encontrava-se inscrita em 1980 a elaboração de regras concernentes às aludidas garantias e aos créditos «standby». Desconhecendo-se, como se desconhece, o desenvolvimento que tal matéria pode ter conhecido nesse âmbito, sabe-se apenas que não deixou de ser sugerida a intervenção da CCI...

Também não se faz alusão explícita às garantias autónomas entre as condições do contrato internacional de obras de construção civil (*signant.* n.ºs 10 e 23 das condições gerais) na 3.ª edição que delas fez em 1977 a «Federation Internationale des Ingénieurs-Conseils».

Maior interesse, porventura, é o que fornece uma iniciativa legiferante das Comunidades Europeias. Realmente a Comissão encomendou ao Instituto Max-Planck um estudo comparativo sobre a fiança («cautionement») no direito dos Estados membros e, na base dele, adoptou logo em 2-3-79 um projecto de directiva de harmonização do direito das garantias pessoais. Aí se define como contrato de garantia

«o contrato pelo qual o garante se responsabiliza perante o beneficiário, isto é, o credor dum terceiro, a responder total ou parcialmente pelas perdas financeiras sofridas pelo beneficiário em resultado do incumprimento, por esse terceiro, duma obrigação presente ou futura, sendo a obrigação do garante independente da existência, da extensão, da validade ou do carácter executível da obrigação do terceiro».

Observa-se no entanto (p. ex. J. PARDON) que não só a eventual aplicação subsidiária das regras da fiança, como contrato acessório, mas também o espírito com que o tema foi abordado desde o início pela Comissão — postulando implicitamente a rejeição do princípio da autonomia da vontade — constituem «erros fundamentais» na concepção deste projecto

legislativo. E conclui-se, com mais acentuado cepticismo, que «il paraît... trop tôt pour s'engager dans un effort législatif alors que la matière est encore en pleine évolution» (A. cit.)...

Recorde-se ainda que existem pelo menos dois países em cuja legislação se encontra expressamente admitida a figura jurídico-internacional sob exame. E vários outros direitos prevêem igualmente no plano interno e em circunstâncias especiais a emissão de garantias independentes ou autónomas — como também foi observado de passagem.

Entra-se deste modo no plano do discurso e do tratamento jurídicos que de forma sensivelmente unânime respeitam, hoje em dia, às garantias. Pois, a esse propósito, *chegam a impressionar as tergiversações e os desencontros da doutrina e da jurisprudência*, como se viu e agora se passa a condensar.

Por um lado, os que afirmam estar-se perante um negócio abstracto deixam de o subsumir à clara proibição legal dessa espécie de actos, para o que se refugiam praticamente apenas nas necessidades (económicas) do comércio internacional — o que pode representar, concede-se, um saudável realismo ou pragmatismo, mas juridicamente e sem mais não fundamenta, por certo, a pretendida isenção legal.

Por outro lado, e hipoteticamente para não dar o flanco a tal «fraqueza» jurídica, muitas e conspícuas opiniões preferem negar a abstracção e buscar uma qualquer causa para o negócio — como, por exemplo, a... vontade das partes (cuja autonomia, porém, é exactamente *negada* pelas normas imperativas que se querem evitar!). Relembre-se que POULLET assinala a estas construções (causalistas) o objectivo prático de permitir, apesar de tudo, que as garantias deixem de valer juridicamente se a respectiva «causa» (contrato subjacente garantido) não existir ou for ilícita, ou se a pretensão do beneficiário for abusiva. Isto, contudo, não parece inviável — pelo menos na maioria dos casos — mesmo quando se defenda a abstracção do negócio, como incidentalmente ficou referido no lugar próprio...

Mas trata-se de matéria mais apropriadamente respeitante ao regime das garantias autónomas. Faz-se-lhe alusão, por isso, já de seguida.

V

REGIME JURIDICO APLICAVEL

Acabam de enunciar-se por alto as dificuldades intransponíveis com que se depara a concepção das garantias autónomas como negócios concretos.

Com efeito, não só funcionalmente na *intenção* das partes elas são autênticos negócios abstractos — destacados e independentes das relações comerciais que asseguram — como ainda a abstracção não consiste em suprimir a causa do negócio, antes apenas na *técnica* ou expediente jurídico de desligar (até certo ponto) a sorte do mesmo negócio da relação fundamental que lhe serve de causa. Até porque, na realidade (não hipócrita), há sempre uma causa subjacente aos contratos.

Mas, assente que se trata de negócios abstractos, há que decidir frontal e fundamentalmente se vale ou não, quanto às garantias automáticas internacionais, a proibição genérica do negócio abstracto, vigente no direito comum. Embora com pequenas dúvidas, ficou sugerida mais acima uma resposta negativa a essa questão.

Bem se vê aliás que uma solução afirmativa teria de defrontar-se, por seu turno, com sérios problemas a jusante. Pois, deflagrado o efeito da nulidade, absoluta e insanável, próprio dessa sujeição ao direito comum, surgiriam vários caminhos e opções a tomar: seria o contrato de garantia convertível numa fiança acessória (solução porventura mais natural, aliás prevista como regime subsidiário no projecto de directiva da CEE, se bem que — tal como parece fazer a doutrina espanhola, que todavia não se confronta com qualquer jurisprudência, seja em em que sentido for — possa defender-se a figura duma fiança não-acessória, na base de que a acessoriedade não é de ordem pública)? Converter-se-ia num vulgar, não automático, crédito documentário (como se viu ser a solução dos direitos positivos da RDA e da Checoslováquia)? Valeria antes como promessa de facto de terceiro (como defende STOLFI)? Tratar-se-ia, complexamente, dum «contrato inominado misto» (como propõe MOLLE)? Haveria tão só que o interpretar como inversão do

ónus da prova sobre a causa (segundo chegou a decidir em 7-8-79 o tribunal de comércio de Bruxelas, em aresto depois cassado)? Mas, neste caso, como iludir a taxatividade do art. 457.º do nosso Código Civil?

Questões intrincadas que pragmaticamente serão evitáveis — passe a nota de facilitação, realmente descabida numa rigorosa perspectiva jurídica — se o problema de fundo, o da admissibilidade legal da garantia abstracta, for resolvido subtraindo frontalmente a mesma garantia à disciplina civilista. — Porque assim se tentou fazer antes, e também porque já vão demasiado extensas as presentes notas, não se chegarão a analisar as referenciadas questões.



Cingir-se-á consequentemente esta exposição — entre vários outros problemas que pertinentemente seriam cabidos (lei aplicável à garantia, relações do garante com o respectivo mandante, *maxime* a possibilidade de este fazer obstáculo ao pagamento, duração da garantia, poderes do contragarante, etc.) — a dois temos do regime jurídico das garantias automáticas: A) — ilicitude da causa; B) — má fé ou abuso de direito no recurso do beneficiário à execução da garantia.

A) — *Ilicitude da causa*

Continuando a não passar destes meros apontamentos ou simples indicações dos problemas suscitados, começar-se-á por lembrar que, em geral e até entre aqueles que sufragam a tese da abstracção pura e simples, a doutrina admite a *nulidade* da garantia não apenas quando inexistente qualquer relação subjacente — o que sempre (mas só) foi defendido relativamente ao negócio abstracto, com base no enriquecimento sem causa — como também quando exista tal relação causal mas seja ilícita.

A invocabilidade desta exceção pelo garante não deveria porém reconhecer-se, na opinião de BENATTI, quando se tratasse de ilicitude por violação da *ordem pública interna* do Estado do garante; relevaria só, para ele, a ordem pública internacional. Isto porque de outra maneira se reconheceria relevância àquelas medidas ou riscos — como as *restrições cambiais*, o confisco de créditos estrangeiros, enfim as convulsões políticas — a que exactamente a garantia quis poupar o beneficiário.

Será pelo menos de duvidar que tal opinião valha para todos os efeitos e em todas as circunstâncias. Pois, mesmo que em todos os casos possa estabelecer-se nitidamente a fronteira entre ordem pública interna e internacional, nem sempre a relação subjacente envolve um risco, propriamente dito, *imprevisível* para o beneficiário da garantia. Focando apenas o primeiro dos exemplos evocados — a disciplina cambial — *id quod plerumque accidit* é que as relações económicas externas estão submetidas na generalidade dos Estados a condicionalismos vários, p. ex. autorização prévia. Aliás essas medidas são reconhecidas internacionalmente, e desde logo na medida em que os estatutos do FMI (art. 8.º-1 b) garantem o acatamento em qualquer Estado membro das medidas de restrição cambial promulgadas noutro Estado membro.

Supõe-se, de resto, que a observação doutrinal sob apreço tem em vista menos a regulamentação *comum e normal* de câmbios do que as medidas *políticas* — revolucionárias, até — inopinadas e injustificadas, senão mesmo dirigidas apenas contra um Estado em concreto, como recentemente sucedeu com o Irão e outros países árabes: cfr. *infra* uma decisão belga.

Dum ponto de vista mais especificamente jurídico, será ainda de observar que nem se vê, na maioria dos casos em que não se escolha concreta e previamente a lei aplicável, como seria praticável a sugestão de BENATTI. Realmente, valerá nesses casos a lei do país do garante — como consta de decisão arbitral de 19-9-79 da CCI, na sequência do art. 8.º das suas Regras uniformes — e se para mais for um tribunal nacional a conhecer da matéria, é praticamente certo que virá a ser reconhecida toda a ordem pública do mesmo país...

Perspectivando finalmente, mas não por último, a questão pelo nosso direito positivo, tem também de concluir-se pela relevância de toda e qualquer espécie de ordem pública. Por um lado, é isso o que deriva patentemente dos arts. 280.º-2 e 294.º do Código Civil. Por outro, confirmam-no normas explícitas da legislação cambial, como eram p. ex. a do art. 43.º do Decreto-Lei n.º 44 699, de 17-11-62, ou a do art. 17.º do Decreto-Lei n.º 47 918, de 8-9-67, e é hoje a do art. 48.º do Decreto-Lei n.º 227/83, de 27-5, das quais se conclui envolver a infracção cambial, também, a sanção civil da nulidade, salvo relativamente a «letras, livranças e cheques», e ainda assim com decisivas «nuances».

Em suma:

Se na operação garantida não tiverem sido observadas as normas cambiais — em particular as que estabeleçam alguma *conditio iuris*, como p. ex. a prévia autorização para a celebração dum contrato de empreitada: art. 12.º § 5.º do Decreto-Lei n.º 44 698, de 17-11-62 e n.º 2 c) do Despacho Normativo n.º 151/78, de 6-7 — não é nula apenas essa operação mas ainda a garantia prestada à sua boa e pontual execução, mesmo que o tenha sido com renúncia, expressa ou tácita, à respectiva acessoriedade.

As normas imperativas não podem ser afastadas, seja aberta seja veladamente (fraude à lei), pela vontade das partes. Ora, é apodíctico serem as normas de direito cambial, na sua maior parte, de carácter imperativo ou cogente.

B) — *Má fé na reclamação da garantia*

Também há unanimidade na doutrina (como diz BENATTI) quanto a poder o garante excepcionar o dolo, a má fé ou o abuso de direito verificados no recurso à garantia pelo beneficiário.

Aliás, isso mesmo tem de se reconhecer em geral face ao exercício abusivo de quaisquer direitos, legais ou contratuais. Como fundamento positivo dessa oposição, no que tange as garantias aqui estudadas, oferecem-se no direito comparado,

já a boa fé, já os usos honestos do comércio, já o abuso de direito, a «*exceptio doli*» ou a regra «*fraus omnia corrumpit*», já a teoria dos deveres de protecção a favor de terceiros, etc.

A recusa de pagamento com esta motivação pode ter lugar desde que o garante esteja na posse de *prova líquida* dum comportamento abusivo do beneficiário. — Como exemplo aponta-se a afirmação do beneficiário de que a mercadoria não chegou, dispondo porém o garante dos documentos de consignação; ou, na garantia de reembolso, o facto de o garante poder demonstrar a restituição pelo mandante da quantia adiantada; ou ainda, como decidiu o presidente do tribunal de comércio de Bruxelas, em 6-4-1982 («*référé*» transcrito pela «*Revue de la Banque*» n.º 5/82, p. 683, e por «*International Banking Law*» de Jul. 83, p. 22), o facto de a reclamação do beneficiário apenas se verificar quanto a bancos de certa nacionalidade (americana), por directa ordem (política) das autoridades iranianas e, ainda por cima, tendo sido a interrupção dos fornecimentos garantidos justificada por convulsões políticas de resto objecto de «*arranjos*» posteriormente tentados pelas partes directamente envolvidas...

Nota-se porém, com POULLET, que se formou primeiro uma corrente jurisprudencial muito rigorosa (ou rigorista) adoptando uma *noção restritiva de fraude*, em termos p. ex. — como decidiram os tribunais ingleses em 1977 (cfr. rev. «*Bancaria*» 1978, p. 101) — de obrigar o Barclays Bank a honrar uma garantia que beneficiava certo importador líbio o qual, todavia, recusara abrir os créditos documentários contratualmente previstos para o pagamento do mandante (exportador britânico)! Mas actualmente verifica-se na jurisprudência, conquanto ainda não bem apreendida pela doutrina, uma «*tendência nítida para abandonar esta concepção restritiva e adoptar uma concepção extensiva da noção de fraude manifesta*» — e, assim, esta pôde ser deduzida pelo presidente do tribunal de comércio de Bruxelas, em 1980, da aparente colusão entre o beneficiário árabe e o subcontratante francês com vista a afastar do mercado uma sociedade belga, aparência de colusão por seu turno fundada no facto de os primeiros terem rom-

pido o contrato na mesma data e aparecerem... conjuntamente representados em juízo!

Porventura em consequência do acréscimo, na prática, de pretensões abusivas por parte dos beneficiários das garantias, (nota p. ex. a «European Law Letter» de Ago. 83 que as empresas britânicas têm perdido ultimamente muitas encomendas, por recearem ficar à mercê dos clientes que exigem garantias), encontra-se hoje ultrapassada a concepção restritiva inicial que — ilustrando com mais dois casos concretos — levou o Bundesgerichtshof alemão a qualificar, em 1962, uma «fiança à primeira reclamação» como mera fiança com obrigação de pagamento imediato sob reserva de ulterior reclamação; ou ainda em 1981 fez o tribunal de comércio de Antuérpia, perante uma cláusula de «paiement sur base d'une atestation...», contentar-se com a simples afirmação de não ter sido feita a prestação garantida (cfr. idêntica decisão dum tribunal francês de recurso, de 24-11-81, reportada na «International Financial Law Rev.» de Nov. 82, p. 44).

Hoje, segundo princípio enunciado por exemplo pela jurisprudência alemã, entende-se que *«existe fraude manifesta quando o recurso à garantia viola de forma evidente o equilíbrio de interesses efectivado pela operação comercial entre o mandante e o beneficiário»* (A. cit.).

Evidenciado a esta luz o dolo do beneficiário da garantia, afirma-se, o banco garante não tem só o poder mas ainda o *dever de recusar o pagamento*. Dever (ou ónus) cuja violação consente ao cliente-devedor-mandante opor-lhe que pagou mal e, por conseguinte, que não tem contra si direito de regresso...

Certo é que nisto se envolve e se pode até comprometer irremediavelmente a reputação internacional dum banco; e não é raro, infelizmente, dirigirem-se aos bancos portugueses, nestas emergências, ameaças em tal sentido da parte dos seus congêneres estrangeiros, credores e mais poderosos.

Mas não deixa igualmente de ser entendido que perante o abuso de direito do beneficiário o banco garante é obrigado — por virtude da sua relação com o cliente — a não pagar a garantia (decisão alemã de 21-1-81). De todo o modo é possí-

vel ao mandante obstar *preventivamente* à exigência de execução da garantia, ou ao correspectivo pagamento pelo garante, instaurando judicialmente — como soe acontecer já na prática de vários países — o adequado procedimento cautelar, «injunction» ou «référé», para convencer o beneficiário da sem-razão que lhe assiste. (Aí se tem — como parece defender o cit. J. NIELSEN — uma prova do limitado alcance da regra «solve et repete»).

A maior concretização destes pontos levaria demasiado longe a presente análise. Ficar-se-á agora, por isso, ainda a título de ilustração prática, pelos traços factuais genéricos da pretensão que foi apresentada a um dos bancos portugueses referido *supra* n.º II, parte final, pela empresa ou «joint venture» beneficiária de garantia subscrita por aquele. Em resumo, a mesma beneficiária:

- concluída a obra, concedeu à empreiteira portuguesa (mandante), de acordo aliás com o expressamente consignado no contrato de base, um prazo de 14 dias para correcção e substituição de defeitos entretanto manifestados;
- decorridos somente uns 4 a 7 dias, porém, accionou a garantia «first demand» prestada pelo banqueiro da mandante;
- na véspera da interpelação, comunicou por escrito (telex) à empreiteira que era «forçada» a executar a garantia devido a pressões e ameaças duma firma sua associada, que de resto nenhuma relação possuía com a empresa portuguesa;
- participou, então e depois, com técnicos seus, conjuntamente com técnicos portugueses, em inspecções e perícias «in loco», para determinar o nexo de causalidade das deficiências ocorridas depois da aceitação provisória da obra (muito anterior);
- actuou (segundo o alegado pela empresa nacional) em conclusão com a sua dita associada, ambas pretensamente à beira da falência, sendo que não haveria proporção entre o montante da garantia e o dos danos imputados a execução deficiente da empreitada.

Se um exame sumário, a efectuar pelo banco garante, poderia não averiguar cabalmente do último ou dos dois últimos «itens» — mas, em verdade, *nada* parece ter sido ao menos tentado... — o certo é que os outros foram *documentalmente comprovados*. E, quanto à matéria deles, não haverá qualificação mais branda do que a de má fé; abuso de direito a todas as luzes evidente, irrefragável ou *manifesto*.

VI

CONCLUSOES

Numa rápida visão de conjunto das observações introdutórias que precedem, tentar-se-ão sumariar as conclusões mais importantes que daí vieram decorrendo.

1.º

Conquanto também prevista no direito (administrativo) interno de alguns países, a garantia «on first demand» é hoje em dia largamente utilizada no comércio internacional, em particular com países árabes do Médio Oriente, como verdadeiro instituto *standard*.

Trata-se de garantia exequível mediante simples, imotivada ou potestativa comunicação, pelo beneficiário, do incumprimento da obrigação (principal) do mandante.

2.º

Com a prestação desta garantia, em especial quando do tipo *performance bond*, visa-se colocar o beneficiário (dono da obra, p. ex.) ao abrigo do risco de incumprimento do contrato de base — incumprimento quiçá inimputável ao devedor — proibindo o garante de invocar excepções relativas ao mesmo contrato de base.

3.º

Defrontam-se na doutrina fundamentalmente duas teses concernentes à admissibilidade legal deste negócio jurídico:

— a tese do negócio concreto ou causal, que evidentemente conduz a considerá-lo válido, ainda que não se afirme muito convicta e objectivamente o «quid» em que vem a consistir a causa;

— e a tese do negócio abstracto, que remonta ao «Garan-tievertrag» de STAMMLER mas que tem sido abraçada pelos juriconsultos dos próprios países latinos, que não arguem a nulidade do negócio basicamente por uma razão (confessada) de *realismo*, isto é, pelo facto de tal negócio corresponder às exigências do comércio internacional.

4.º

Também a jurisprudência estrangeira, incluindo a dos mencionados países latinos, tem seguido nos últimos anos duas linhas de orientação:

— ou defende que o negócio é abstracto *mas* não inválido, p. ex. em consideração da existência duma causa social inominada;

— ou aceita a natureza concreta do negócio, *mas* com a limitada finalidade de mitigar os efeitos duma (todavia presu-posta) abstracção do negócio e, por vezes, justificando-se com o apelo à mera vontade das partes como... causa do negócio.

5.º

Parece no entanto — *maxime* tendo em vista que é sempre obrigatória a verificação do requisito legal da causa: art. 398.º-2 do Código Civil — que estamos perante um verdadeiro negócio abstracto (até na própria intenção das partes), na estrita e corrente acepção de que o seu regime é destacado e autonomizado das eventuais imperfeições ou vícios (não todos, aliás) da relação subjacente.

6.º

Apesar disso, não é defensável a aplicação subsidiária (art. 3.º do Código Comercial), às garantias autónomas internacionais, da proibição legal do negócio abstracto, contida no art. 458.º do Código Civil.

Efectivamente, não só pode (deve) legitimamente aplicar-se por analogia o regime das cartas de crédito — possibilidade que, nos próprios termos do cit. art. 3.º, preclui o recurso ao direito comum — mas principalmente a aplicação subsidiária do direito civil repugnaria ao espírito e às características específicas — à autonomia — do direito comercial internacional.

7.º

Com isto fica prejudicada a consideração como normas ou princípios de ordem pública, tanto (hipoteticamente) da proibição legal da fiança excessiva — art. 631.º do Código Civil — como (seguramente) da proibição genérica do negócio abstracto — cit. art. 458.º

8.º

Acresce, positivamente, fornecerem os usos do comércio internacional e até a consciência («*opinio iuris*») dos seus agentes — ou mesmo da doutrina e da jurisprudência praticamente unânimes — a prova acabada duma *tipicidade social* que não pode deixar de fazer concluir pelo merecimento de tutela jurídica a que lapidariamente faz alusão o cit. art. 398.º-2 da lei civil.

9.º

O carácter abstracto do negócio de garantia não impede, contudo, que se reconheçam generalizadamente certos limites à ideia de completa autonomia relativamente ao contrato garantido.

Assim, desde logo, a garantia será nula *se inexistir* uma relação subjacente — como aliás defende, na base do enriquecimento *sem causa*, a teoria tradicional do negócio abstracto.

10.º

Uma segunda limitação — que, por certo, extravasa a estrita doutrina clássica da abstracção — traduz-se na relevância da *ilicitude* (que não apenas da inexistência) do negócio de base, a qual parece não dever limitar-se à feridência da ordem pública internacional.

11.º

Terceiro limite referenciado foi o do recurso *abusivo*, ou de má fé, à garantia por parte do beneficiário.

A par de uma concepção menos rigorosa de fraude, a que ultimamente se assiste, a doutrina e a jurisprudência têm igualmente admitido o dever, ou ónus, de os bancos garantes recusarem o pagamento quando seja evidente a má fé do beneficiário. E também se consente ao mandante (devedor principal) o uso de meios judiciais que preventiva ou cautelarmente obstem à execução da garantia.

12.º

Mau grado os esforços de certas instâncias internacionais, como a CEE e a CNUDCI, não só estão por definir rigorosamente, na doutrina e na jurisprudência, os contornos do complexo jurídico desta espécie de garantias, como também, e sintomaticamente, a Câmara de Comércio Internacional não ultrapassou ainda uma atitude já autorizadamente qualificada de condenatória das mesmas garantias.

REFERÊNCIAS

- A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, 1.º vol. (1973) e 2.º vol. (1968).
- A. VAZ SERRA, *Negócios abstractos*, «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 83.
- C. BORGHESE e L. ARGENTI, *Depositi e garanzie nel Medio Oriente: profili tecnici e valutari*, «Gazzetta Valutaria e del Commercio Internazionale», n.º 9, 1983.
- DIANE B. KUNZ, *Letters of credit backing bond issues*, «International Financial Law Rev.», Nov. 1982.
- F. PIRES DE LIMA e J. ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, 1.º vol. (3.ª ed., 1982).
- F. ELSEMANN e C. BONTOUX, *Le Crédit Documentaire dans le Commerce Extérieur* (1981).
- FRANCESCO BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, «Banca, Borsa e Titoli di Credito», XXXV (1982), fasc. 2.
- G. MOLLE, *In tema di contratto autonomo di garanzia*, «Bancaria», Dez. 1980.
- G. PORTALE, *Fideiussione e «Garantievertrag» nella prassi bancaria*, na obra colectiva «Le Operazioni Bancarie», 2.º vol. (1978).
- G. RIPERT e R. ROBLOT, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 1.º vol. (9.ª ed., 1977).
- HENRY LESGUILLONS, *Conclusion générale*, «Les Garanties dans les Contrats Internationaux» (Paris, 1981) — actas do Colóquio de Tours de Junho de 1980.
- J. CASTRO MENDES, *Direito Civil (Teoria Geral)*, 3.º vol. (1979).
- J. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, 1.º vol. (7.ª ed., 1976).
- J. STOUFFLET, *Banque — Crédit Documentaire*, «Jurisclasseur Commercial», vol. I.
- JEAN PARDON, *Organisations Internationales*, cit. «Les Garanties Bancaires...».
- MICHEL VASSEUR, *Rapport de synthèse: le droit des garanties bancaires dans les contrats internationaux en France et dans les pays de l'Europe de l'Ouest*, cit. «Les Garanties Bancaires...».
- RENATO CLARIZIA, *La causa di finanziamento*, «Banca, Borsa e Titoli di Credito», XXXV (1982), fasc. 4.
- SYLVIANE VELU, *Les garanties à première demande en droit belge*, cit. «Les Garanties Bancaires...».
- V. TABORDA FERREIRA, *Do Conceito de Causa dos Actos Jurídicos* (tese, 1946).
- W. C. GRAHAM e Q. C. JAN MATEJCEK, *The law and practice relating to the use of letters of credit and performance bonds in securing contractual performance in Canada and the United States*, cit. «Les Garanties Bancaires...».

Y. POULLET, *La jurisprudence récente en matière de garantie bancaire dans les contrats internationaux*, «Banca, Borsa e Titoli di Credito», XXXV (1982), fasc. 5; *Présentation et définition des garanties pratiquées en Europe*, cit. «Les Garanties Bancaires...».



Tivemos ensejo de conhecer, infelizmente apenas depois de estar composto o presente trabalho, os sumários policopiados que, para a disciplina de Direito Privado II e sob o título *Garantia Bancária Autónoma* (Lisboa, 1982/83), foram elaborados pelo Prof. I. GALVÃO TELES.

Configurando a garantia «on first demand» como um contrato *unilateral* ou não sinalagnático, esse A. considera-a uma obrigação *causal* — conquanto não no sentido que pelo menos os franceses costumam ligar a essa ideia e, sim, «porque tem uma função de garantia e essa garantia, que constitui a sua causa, está objectivada no respectivo contrato» — e, além disso, uma garantia *autónoma*, quer dizer, não acessória. Conclui assim, naturalmente, por julgar o princípio da liberdade contratual — art. 405.º do Cód. Civil — como base suficiente para a garantia autónoma.

Notar-se-á que aí se parte duma noção, a que não aderimos acima, de negócio abstracto como sendo aquele que «não está vinculado a uma causa única, achando-se estruturado de maneira a poder servir causas várias». Independentemente disso, e com o devido respeito, supomos que não aparece defrontado o óbice posto pelo art. 457.º do Cód. Civil.