

Garantias das Obrigações: Configuração das Garantias Especiais Atípicas

Eugênio Rosa de Araújo*

Sumário

1. Introdução. 2. Tutela da Personalidade: Dignidade Humana e Direito da Personalidade. 3. O Direito Fundamental à Livre Iniciativa. 4. O Princípio da Autonomia da Vontade: Liberdade de Celebração e de Estipulação. 5. Garantias Atípicas: o Caso da Garantia Bancária Autônoma. 5.1. A Garantia Bancária Autônoma. 5.2. Exceção de Não Cumprimento do Contrato. 5.3. Compensação. 5.4. Cláusula *Negative Pledge*. 5.5. Cláusula *Cross-Default*. 5.6. A Consignação de Receita em Garantia. 5.7. Cláusula *Step-in-Rights*. 5.8. *Covenant*. 6. Conclusão. Bibliografia.

Resumo

O presente trabalho, que trata das garantias atípicas das obrigações, pretende situar, de antemão, o tema no âmbito do direito comunitário, do ordenamento constitucional português e no campo da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa, da autonomia da vontade, desenvolvendo os contornos mais estreitos do seu regime jurídico, com destaque para os princípios correlacionados do Código Civil Português da liberdade de forma, boa-fé objetiva, ilicitude de condições, liberdade contratual e proibição do enriquecimento sem causa. Neste sentido, analisa alguns exemplos de garantias atípicas que se podem encontrar no tráfico jurídico, em especial as garantias bancárias autônomas à exceção de não cumprimento do contrato, a compensação, a cláusula *negative pledge*, a cláusula *cross-default*, a consignação de receita em garantia, a cláusula *step-in-rights* e a *covenant*.

Abstract

The present work, which deals with the atypical guarantees of obligations, intends to situate the subject in the field of community law, of the Portuguese constitutional order and in the field of the dignity of the human person, of free initiative, Developing the narrower outlines of its legal regime, with emphasis on the correlated principles of the Portuguese Civil Code of freedom of form, objective good faith, unlawful conditions, contractual freedom and prohibition of unjust enrichment. In this sense, it analyzes some examples of atypical guarantees that can be found in legal traffic, especially the autonomous bank guarantees, the exception of non-compliance with the contract, compensation, the negative pledge clause, the cross-default clause, Guarantee, the step-in-rights clause and the covenant.

* Juiz Federal – TRF-2/RJ.

Palavras-chave: Obrigações. Contratos. Garantias atípicas. Limitações. Exceção. Compensação. *Negative pledge*. *Cross-default*. *Step-in-rights*. *Covenant*.

Keywords: *Obligations*. *Contracts*. *Atypical guarantees*. *Limitations*. *Exception*. *Compensation*. *Negative pledge*. *Cross-default*. *Step-in-rights*. *Covenant*.

1. Introdução

O presente trabalho tem como foco as garantias especiais atípicas das obrigações, traçando os contornos elementares da autonomia da vontade, a começar pelos fundamentos da dignidade da pessoa humana insertos no Tratado de Lisboa e na Constituição da República de Portugal, nos quais se lastreiam a liberdade de estipulação e celebração dos negócios jurídicos.

Tal liberdade e autonomia expressam, na vertente do seu exercício, o direito de personalidade, na medida em que viabilizam um espaço de criação da própria personalidade humana, suas necessidades, seus desejos e sua persecução do estado de bem-estar, inerentes a qualquer ser humano.

Nesse diapasão, o direito de crédito recebe a proteção do direito, denominando-se garantia das obrigações, cujo conteúdo consiste em certificar ao credor os meios necessários para realizar seu direito no caso de seu descumprimento, a teor do disposto no art. 601 do Código Civil Português, segundo o qual a garantia geral é comum a todos os credores e consiste na possibilidade de estes se pagarem com o patrimônio do devedor.

Por outro lado, a garantia especial implica a preferência a um credor de ser pago preferencialmente antes dos demais credores, tais como a penhora e a preferência no caso de declaração de falência e que se sobrepõe à garantia geral já mencionada.

Acrescenta-se que as garantias especiais consistem em situações em que a posição do credor vem a ser um reforço que sobeja àquela que resulta da simples responsabilidade patrimonial do devedor¹, podendo-se afirmar que sempre haverá uma garantia especial quando existir algum reforço da posição jurídica do credor, em contraste com a posição de outros credores.

Ainda no campo das garantias especiais, serão pessoais caso haja um direito subjetivo com a finalidade de garantia ou um bem determinado objeto de prestação ou, ainda, numa coisa – caso em que a garantia especial será uma garantia real.

Assim, as garantias pessoais sujeitam um terceiro à execução de seu patrimônio, em caso de não cumprimento pelo devedor, como, por exemplo, a fiança e o aval²; as garantias reais, por outro lado, se visualizam pela possibilidade de o credor obter

¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. vol. II. p.303.

² Como observa Menezes Leitão, *op. cit.*, p.304: “Para esse efeito, os terceiros assumem uma obrigação própria, através da qual ficam subsidiária ou solidariamente responsáveis pelo cumprimento da obrigação do principal devedor”.

o pagamento preferencial do seu crédito pela venda de bens ou seus rendimentos. Constituem-se, por isso, em categoria de direitos reais de garantia, visto que oneram bens determinados, independentemente da sua titularidade, como, por exemplo, o penhor, a hipoteca, o privilégio e o direito de retenção.³

Ainda no campo das garantias de créditos, podemos identificar casos especiais de garantias, as quais não se reportam a quaisquer dos tipos já mencionados, a saber, a separação de patrimônios, a prestação de caução e a cessão de bens aos credores.

No presente trabalho, tratar-se-á dos contornos convencionais, constitucionais e legais das denominadas garantias especiais atípicas. Tais garantias não nos permitem o reenvio às garantias pessoais ou reais, pois não se *ubicam* em nenhuma das modalidades já referidas.

Como dito, o percurso será o de localizar a autonomia da vontade no ordenamento comunitário, no ordenamento constitucional português e no ordenamento legal português com ênfase nos preceitos do Código Civil Português, a teor dos artigos 219º (liberdade de forma), 223º (estipulação de forma especial), 227º (boa-fé objetiva), 271º (condições ilícitas ou impossíveis), 280º/281º (desconformidade com a lei), 335º (colisão de direitos), 405º (liberdade contratual) e 473º (enriquecimento sem causa) do referido diploma.

2. Tutela da Personalidade: Dignidade Humana e Direito da Personalidade

Desde já, é preciso destacar o caráter central da pessoa humana no âmbito do Direito Comunitário, bem como no ordenamento constitucional e infraconstitucional portugueses, os quais necessitam de interpretação e aplicação conjugada e sistemática, dentro do âmbito mais espraído do sistema protetivo da pessoa humana no continente europeu.

Sublinha-se, desde já, a redação do Tratado de Lisboa, que, em seu artigo 2º, afirma que:

A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade da pessoa humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos do homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.

³ Leitão, *op. cit.*, p.304, destaca que os credores titulares de garantias reais dizem-se credores preferenciais por oposição aos outros credores comuns ou quirografários.

No campo específico do ordenamento constitucional português, o art. 1º da Constituição da República Portuguesa diz que Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Consagrando a validade e eficácia internas do já citado Tratado de Lisboa, o art. 8º.4 da Constituição Portuguesa preceitua que as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas de suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo Direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático.

Oportuno, neste passo, frisar que a dignidade da pessoa humana não se confunde com os Direitos Fundamentais nem com os Direitos da Personalidade⁴.

A dignidade da pessoa humana ilumina e funda todo o ordenamento constitucional e infraconstitucional e se volta, basicamente, à promoção do mínimo

⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Teoria Geral*. Introdução. As pessoas. Os Bens. Direito Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. I. "A dignidade da pessoa humana implica que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ela justificados e impostos, que assegurem esta dignidade na vida social. Esses direitos devem apresentar um mínimo que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver a sua personalidade. Mas devem representar também um máximo, pela intensidade da tutela que recebem". "Assim se funda a categoria dos direitos da personalidade" p.59; "não há equivalência entre direitos fundamentais e direitos da personalidade. Antes de mais, a preocupação da abordagem é diferente. As constituições têm em vista particularmente a posição do indivíduo em face do Estado e provavelmente a do cidadão, que continua a ser destinatário de muitas previsões" p.61; "Na ordem jurídica portuguesa, o preceito fundamental da lei ordinária em matéria de direitos da personalidade é o art. 70 CC, cujo nº 1 determina: 'A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral'". p.65; "Este preceito contém um princípio preciso: o da generalidade da tutela da personalidade. Para que um direito de personalidade seja reconhecido, não é necessária específica proteção legal: basta que decorra da personalidade ontológica". p.65; "É essencial compreender que o preceito não se limita a qualquer noção formal de pessoa, pois então teríamos critério para demarcar o seu âmbito: é vicioso dizer que tudo o que respeita ou atinge uma pessoa singular é considerado violador da personalidade. A lei pressupõe a personalidade ética, especificando-as nas suas duas vertentes física e moral. Por isso, o art. 70 tem necessariamente de ser considerado como janela aberta no sistema positivo, pela qual se dá a intromissão dos conteúdos ónticos. A aplicação do artigo pressupõe uma permanente valoração à luz desses conteúdos". p.66; Em sentido semelhante, FERNANDES, Luis A. Carvalho, in: *Teoria Geral do Direito Civil*, vol I, 6ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012, que, ao discorrer sobre os direitos da personalidade, afirma: "Não basta afirmar a suscetibilidade de direitos (o poder de ser titular) envolvido na noção técnico-jurídica de personalidade, *qua tale*; o princípio, enquanto referido a uma mera qualidade jurídica, ficaria esvaziado de sentido, se lhe não fosse dado conteúdo significativo e útil, e uma inerente proteção, assegurando-se a cada pessoa jurídica – e pelo simples fato de o ser – um conjunto mínimo de direitos, inerente a essa qualidade e de que dela se torna imediatamente titular, ao adquirir personalidade". p.84; "Esses direitos, por serem mera projeção da imanente dignidade do homem, prendem-se, assim, com bens fundamentais da própria pessoa, desde logo no plano físico e moral, mas também no jurídico, para o princípio ganhar conteúdo significativo e plena eficácia no seu campo específico de atuação – o do Direito". p.84; "Pode-se assim afirmar que personificar o homem envolve o reconhecimento de um conjunto mínimo de direitos, de conteúdo fundamentalmente não patrimonial". p.84; "Esses, numa designação bastante corrente, são os direitos da personalidade, fórmula que tem a virtude de, por si só, chamar a atenção para o fato de se tratar de poderes jurídicos determinados pelos modos de ser fundamentais da pessoa". p.84; Em obra clássica, Pires de Lima e Antunes Varela, no *Código Civil Anotado*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1987. vol. I, afirmam sobre o art. 70 do Código Civil Português que: "O artigo limita-se a declarar, em termos muito genéricos e muito sucintos, a ilicitude das ofensas ou das ameaças à personalidade física ou moral dos indivíduos, sem descer à minuciosa referência analítica a que recorre por exemplo, o anteprojeto do Código Francês (arts. 151 e ss.); Mas daquela referência genérica pode, sem dúvida, inferir-se a existência de uma série de direitos (à vida, à integridade física, à liberdade, à honra, ao bom nome, à saúde, até ao repouso essencial à existência física etc.), que a lei tutela nos termos do nº 1 do artigo". p.104.

existencial da pessoa singular, pois se constitui no conjunto mínimo de direitos autônomos de que toda pessoa é titular, bem como são emanações da própria dignidade da pessoa.

Assim, a cláusula geral da dignidade da pessoa humana no ordenamento português assegura um tratamento ao semelhante que lhe garanta a possibilidade de prestações mínimas como saúde, educação, assistência social, trabalho, segurança e acesso ao Judiciário.

Tal preceito fundante da ordem constitucional ornamenta todo o ordenamento constitucional de forma positiva, impedindo atuação a ele contrária, bem como guiará a atuação da aplicação da lei e da produção legislativa.

Dizer dignidade na vida social significa a garantia de um mínimo que assegure um espaço para o desenvolvimento da personalidade e um máximo que lhe dê efetividade. Basta que a pessoa exista como personalidade ontológica para a fruição do direito à personalidade.

Disso resulta que a possibilidade de entabulação de negócios jurídicos atípicos encontra amparo no Tratado de Lisboa, na Constituição da República Portuguesa e no Código Civil, na vertente de possibilidade de atuação para fruição da dignidade da pessoa e do direito da personalidade na busca do mínimo existencial.

3. O Direito Fundamental à Livre Iniciativa

No ordenamento constitucional português, a livre iniciativa é, em primeiro lugar, mencionada como democracia econômica e princípio fundamental da república, conforme o art. 2º da C.R.P., reaparecendo como princípio da organização econômica no art. 80º, letra “c”, ambos da Carta Constitucional.

Sem embargo destes preceitos expressos, a leitura sistemática do texto nos leva a realizar interpretação conglobante de outros artigos da Constituição, tais como 9º, letras “a” e “d” (tarefas fundamentais do Estado para criar condições econômicas e promover o bem-estar e direitos econômicos), bem como os arts. 16º (âmbito e sentido dos direitos fundamentais), 26º.1 (desenvolvimento da personalidade), 61º.1 (liberdade de iniciativa privada), 82º.3 (setor privado como princípio da ordem econômica) e 86º.1 (incentivo a pequenas e médias empresas), os quais nos permitem afirmar que a livre iniciativa se constitui em direito fundamental acatado no ordenamento constitucional português, apto a gerar pretensões negativas de proteção contra o Estado e positivas de pretensões perante o Estado e terceiros.

De forma muito sucinta, pode-se afirmar que esta liberdade é o espaço de atuação na economia independente da compressão do Estado.

Essa liberdade – de iniciativa – será exercida na atividade econômica de produção, circulação, distribuição e consumo de bens e serviços, dentro do mercado, palco onde atuam os agentes econômicos que são o Estado, os empresários, os trabalhadores e os consumidores.

É evidente que, para que alguém se lance numa atividade lícita, é necessário que se tenha ciência da possibilidade de exercício da atividade, a que chamaremos de sensibilidade (saber que existe a possibilidade), bem como tenha acesso à atividade econômica eleita, a que chamaremos de acessibilidade (acesso ao desempenho da atividade econômica eleita para ser exercida).

Uma vez no exercício da atividade econômica, o agente deve desfrutar da faculdade de contratar ou não; deve poder escolher com quem contratar e que tipo de negócio efetuar, fixando o conteúdo do contrato, bem como podendo mobilizar o aparelho estatal para que se faça cumprir o avençado entre as partes.

Aqui fica patente que o direito fundamental da livre iniciativa se desdobra em: liberdade de investimento ou de acesso (direito à empresa), liberdade de organização e liberdade de contratação (direito de empresa)⁵.

⁵ In: MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Económico*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988: “O direito de livre iniciativa econômica privada é considerado agora, depois da revisão constitucional de 1982, como um autêntico direito fundamental e de um modo autônomo, sem ser colocado na dependência de um outro direito fundamental”. p.14; “Este direito compreende várias vertentes quais sejam a liberdade de criação de uma empresa e a de gerir autonomamente ou sem interferências externas”. p.141; “Já se conhecem contudo os limites que, para este direito fundamental, decorrem os princípios da reserva de empresa pública e da livre iniciativa dos poderes públicos”. p.141; “Conclui-se assim que não foi seu conteúdo máximo mas sim seu conteúdo mínimo que a Constituição consagrou tal direito fundamental”. p.141; “A concretização do direito de livre iniciativa econômica privada ou de livre empresa compreende a preservação do seu conteúdo múltiplo enquanto liberdade de acesso ao mercado e de exercício ou cessação da atividade empresarial”. p.142; “nenhum destes aspectos poderá ser eliminado em favor de outro; a manutenção de todos eles é condição necessária da afirmação do direito de livre empresa privada”. p.142; “Nesta conformidade, a defesa constitucional do direito de livre empresa privada implica claras tomadas de posição do legislador ordinário quanto a questões como as do condicionamento industrial e licenciamento dos estabelecimentos industriais, defesa da concorrência, regime de preços, proteção às pequenas e médias empresas e, de um modo geral, quanto à estratégia geral da política de fomento económico”. p.143; “Restrições ao seu regime, e para concluir, pode a lei levá-las a cabo, pois que se trata de direitos subjetivos alicerçados num princípio de valor que é o da dignidade da pessoa humana, e como tais virtualmente exclusivistas como aliás todos os valores éticos”. p.143; “O seu conteúdo oscila assim entre um máximo e um mínimo essencial. É neste último sentido que a lei os deve interpretar, de modo a viabilizar o seu tratamento jurídico sem esquecer o virtual concurso de outros direitos e valores. Descer abaixo daquele conteúdo mínimo é transformar a lei em serva do poder”. p.149; VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico*. A ordem económica portuguesa. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998: “Sabemos já que o legislador constitucional configura este direito como um direito fundamental dos cidadãos e que sua inserção formal nos direitos ‘sociais’ não prejudica a aplicação do regime dos ‘direitos, liberdade e garantias’, na medida em que a iniciativa económica privada é garantida como direito essencialmente ‘negativo’ ou ‘de defesa’, revestindo-se de natureza análoga aos ‘direitos, liberdades e garantias’ e beneficiando, assim, do regime destes (cf. art. 17º)”. p.164-165; “A liberdade de iniciativa económica privada tem o seu fulcro sensível na liberdade de empresa, quando esta se entenda nas suas três vertentes ou subliberdades: liberdade de investimento ou de acesso (direito à empresa), liberdade de organização e liberdade de contratação (direito de empresa)”. p.165; “A liberdade de investimento significa o direito que possui o titular de um capital de colocá-lo na atividade ou indústria que julgue conveniente. O investimento pode levar à criação de uma empresa, à aquisição de empresas já existentes ou ao aumento de capital dessas empresas. Em sentido negativo, esta liberdade significa o direito de retirar o capital investido quando o proprietário o julgue conveniente”. p.165; “A liberdade de organização é o direito de organizar livremente o processo de produção, isto é, definir objetivos, combinar os fatores de produção e dirigir a atuação das pessoas empregues na atividade empresarial”. p.165; “esta liberdade é inerente à atividade empresarial, pois esta consiste basicamente na combinação trabalho/capital para a obtenção de um produto. Ao empresário compete maximizar a produção, minimizando os custos, de modo a assegurar rentabilidade ao capital investido”. p.165; “A liberdade de contratação ou liberdade negocial significa o direito do empresário de escolher os seus fornecedores e os clientes dos seus produtos, assim como fixar o preço das mercadorias. Também significa a liberdade de contratação da mão de obra e a fixação de salários e de outras condições de

Claro que esta liberdade não é absoluta em face da conexão existente no interior do próprio ordenamento constitucional quando se tratar de atividade tipicamente estatal ou cooperativista, sendo certo que esta atividade será menos livre quanto mais intervenha o Estado, via intervenção direta na atividade econômica, ou que venha a sofrer abusos do poder econômico ou ainda que venha a exercer atividade objeto de monopólio (participação estatal na economia por exclusão da iniciativa privada).

Disso resulta que a liberdade de iniciativa, como direito fundamental, é plenamente aplicável às situações de contratação onde se estabelecem os princípios

trabalho". p.166; "[...] para que estes preceitos não entrem em contradição com os princípios fundamentais da constituição econômica, impõe-se uma interpretação contida destes preceitos, de modo que fique sempre a salvo a liberdade de empresa privada na sua dupla qualidade de direito subjetivo fundamental e de princípio ou garantia institucional da ordem econômica portuguesa". p.170; FRANCO, António L. Souza *et alii*. *A Constituição Económica Portuguesa*. Ensaio interpretativo. Coimbra: Almedina, 1993. "A iniciativa econômica privada (que tomaremos como prototípica) é, pois, um direito que consiste em tomar todas as iniciativas que sejam conformes ao ordenamento (a constituição e a lei) para produzir bens e serviços. Por vezes, identifica-se livre iniciativa com a liberdade de empresa (iniciativa empresarial), mas esta identificação não é inteiramente correta: a iniciativa econômica abrange todas as formas de produção, individuais ou coletivas, e as empresas são apenas as formas de organização com características substancial e formal (jurídica) de índole capitalista, normalmente contempladas, quando são privadas, como objeto principal ou exclusivo, pelo Direito Comercial. As formas não empresariais da iniciativa tendem a ser residuais em economias capitalistas, nas áreas de indústria e serviços; mas já são muito importantes no domínio do Direito Agrário, no qual também vigora a liberdade de iniciativa privada". p.196-197; SANTOS, António Carlos dos *et alii*. *Direito Económico*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2014: "O direito de iniciativa privada (art. 61º) é explicitamente considerado como um direito econômico e não apenas como um princípio de organização econômica. Trata-se direito independente do direito de propriedade, pesem embora as naturais conexões entre ambos, mas que goza de idêntica proteção (art. 17º e art. 18º CRP)". p.51; "Ele traduz a possibilidade de exercer uma atividade econômica privada nomeadamente através da liberdade de criação de empresas e da sua gestão. Compreende a liberdade de investimento ou de acesso a qual se traduz no direito de escolha da atividade econômica a desenvolver a liberdade de organização, ou seja, liberdade de determinação do modo como a atividade vai ser desenvolvida (incluindo a forma, qualidade e preços dos produtos ou serviços produzidos) e a liberdade de contratação ou liberdade negocial, que abrange a liberdade de estabelecer relações jurídicas e de fixar, por acordo, o seu conteúdo". p.51-52; MIRANDA, Jorge *et alii*. *A Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Ed., 2005: "Num primeiro momento, trata-se da liberdade de iniciativa em sentido estrito ou, de outra óptica, da liberdade de estabelecimento. É o direito de iniciar uma atividade econômica; o direito de constituir uma empresa; o direito que pode ser individual e que pode ser institucional, de organização de certos meios de produção para um determinado fim econômico". p.620; "No segundo momento, é o resultado da iniciativa e, ao mesmo passo, a condição da sua prossecução – a empresa – que ressalta. Trata-se agora da liberdade de empresa, do direito da empresa de praticar os atos correspondentes aos meios e fins predispostos e de reger livremente a organização em que tem de assentar. E este direito tem um caráter fundamentalmente institucional, mesmo quando, porventura, seja ainda uma empresa constituída por uma só pessoa: uma vez criada a empresa, ela adquire maior ou menor autonomia em relação àquele ou àqueles que a tenham constituído". p.621; GOMES CANOTILHO, J. J. *et alii*. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. vol. 1. "Ao reconhecer a liberdade de iniciativa econômica privada (nº 1), a Constituição considera-a seguramente (após a primeira revisão constitucional) como um direito fundamental (e não apenas como um princípio objetivo da organização econômica), embora sem a incluir diretamente entre os direitos, liberdades e garantias (beneficiando, porém, da analogia substantiva com eles, enquanto direito determinável e de exequibilidade imediata). Este entendimento constitucional do direito de iniciativa privada está em consonância com o estatuto da empresa e do setor privados no âmbito da 'constituição econômica". p.789; "A liberdade de iniciativa privada tem um duplo sentido, por um lado, na liberdade de iniciar uma atividade econômica (liberdade de criação da empresa, liberdade de investimento, liberdade de estabelecimento) e, por outro lado, na liberdade de organização, gestão e atividade da empresa (liberdade de empresa, liberdade do empresário, liberdade empresarial). No primeiro sentido, trata-se de um direito pessoal (a exercer individual ou coletivamente); no segundo sentido, é um direito institucional, um direito da empresa em si mesma. Ambas estas vertentes do direito de iniciativa econômica privada podem ser objeto de limites ou restrições mais ou menos extensos". p.790.

da autonomia da vontade e seus consectários lógicos da liberdade de celebração e de estipulação, os quais serão enfrentados em seguida.

4. O Princípio da Autonomia da Vontade: Liberdade de Celebração e de Estipulação

Em conexão com o postulado da dignidade da pessoa humana e o princípio do direito da personalidade, o princípio da autonomia da vontade implica o poder que as pessoas têm de dar leis a si próprias e de se regerem por elas, sendo neste espaço de liberdade que as pessoas podem atuar e reger seus interesses entre si da forma que entenderem por meio de negócios jurídicos.

Não se olvida que este espaço de liberdade não é absoluto e tem como limites as leis imperativas, a moral, os bons costumes e a ordem pública e as limitações naturais da natureza das coisas.

Assim, são os negócios jurídicos e não a lei que dão o regime às regulações estipuladas, no caso, o regime será traçado pela vontade das partes interessadas, veiculando a liberdade de celebrar, a liberdade de optar pelo tipo de contrato e a liberdade de fixação do conteúdo do negócio jurídico.⁶

⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. “Em sentido amplo, a autonomia excede o campo do Direito Privado, e abrange o conceito de autodeterminação do Direito Internacional Público e o poder constituinte no Direito Constitucional. A autonomia em sentido amplo é o poder que as pessoas têm de se dar leis para si próprias e de se reger por elas”. p.14. “Num sentido restrito, a autonomia privada pressupõe um espaço de liberdade em que as pessoas comuns podem reger os seus interesses entre si, como entenderem, através da celebração de negócios jurídicos ou de contratos e do exercício de direitos subjetivos, sem terem de se sujeitar a diretrizes de terceiros. Este espaço de liberdade não é absoluto e tem como limites os ditames da lei e da moral, e as limitações impostas pela natureza. Dentro deste espaço, as pessoas têm liberdade de se autorregere e de criar direito”. p.14. Tratando o negócio jurídico como ato de autonomia privada, assevera: “os negócios jurídicos são atos que põem em vigor as regulações queridas pelos seus autores. Como acentua Larenz, são os negócios jurídicos, e não a lei, que dão vigência às regulamentações estipuladas. Diferentemente do que sucede com os atos jurídicos simples e com os meros fatos jurídicos, no caso dos negócios jurídicos, não é a lei que determina unilateral e fixamente as consequências jurídicas. O regime jurídico e as consequências jurídicas dos negócios jurídicos são instituídas pelos próprios negócios. A causa eficiente é a autonomia privada, é o ato da autonomia privada, é a ação das partes e não a lei”. p.362. “A liberdade de celebração postula uma livre decisão por parte do autor de celebrar ou de não celebrar o negócio. O negócio é uma ação não vinculada, é uma manifestação do livre arbítrio da pessoa que se decide, que se determina, a interromper a inércia e a vincular de certo modo. Além da liberdade de celebrar, ou não, intervém também no negócio jurídico a liberdade de determinar o seu conteúdo. Na celebração do negócio, o papel do livre arbítrio não se confina à livre determinação quanto à sua celebração; o autor tem também o poder de determinar em que termos se quer vincular, qual o conteúdo da regulação que com o negócio vai se por em vigor, quais os moldes em que o negócio vai produzir modificações na sua esfera jurídica”. p.368. Quanto aos limites da iniciativa privada, leciona que: “A autonomia privada não significa a liberdade de estipulação de quaisquer conteúdos negociais. São vários os preceitos legais, no Código Civil, que limitam a liberdade de estipular o conteúdo dos contratos e dos negócios. Desde logo, o artigo 405º do Código Civil estatui em geral que a formação do conteúdo contratual deve conter-se ‘dentro dos limites da lei’. Ainda que geral, os artigos 280º, 294º e 398º a 401º do Código Civil limitam a liberdade de estipulação e submetem-na à lei, à moral, à ordem pública e à natureza. Noutros locais do Código e na demais legislação, as limitações à liberdade de fixação de conteúdos negociais são multidão, embora, em regra, se apliquem a domínios setoriais e muito específicos da vida negocial privada e, por vezes, pouco ou nada acrescentem às limitações mais genéricas já contidas no Código Civil”. p.374. Na dicção de José Engrácia Antunes, discorrendo sobre o princípio da liberdade contratual, assevera que: “Tal princípio jusprivatístico geral possui, desde logo, uma primeira dimensão: a liberdade de celebração dos contratos (*abschlußfreiheit*,

freedom of contract) consistente na faculdade de os sujeitos jurídicos livremente concluírem contratos ou recusarem a sua celebração”. p.125. Destaca o autor as exceções ao princípio: “Tais exceções consubstanciam-se em obrigações legais de contratar (*Abschlusszwan*), impostas por normas cogentes ou imperativas, que, suprimindo a autonomia e liberdade negocial dos sujeitos de diversos contratos mercantis (usualmente, o seu sujeito ativo, isto é, o empresário), fazem recair sobre estes um dever jurídico de os concluir”. Prossegue aduzindo que: “Os exemplos desta contratação mercantil forçosa ou obrigatória são inúmeros, multiplicando-se *ad nauseam usque*. É o caso dos numerosos contratos celebrados por empresas concessionárias de serviços públicos, os quais, independentemente de se tratar de empresa pública ou privada, estão impedidas de recusar a celebração de contratos com os utentes dos seus bens ou serviços que preencham os requisitos legais ou regulamentares exigidos”. p.127. Acrescenta, afirmando que: “O princípio da liberdade contratual possui ainda uma segunda dimensão fundamental: a liberdade de modelação ou estatuição dos contratos (*Inhaltsfreiheit*) consistente na faculdade conferida aos contraentes de fixar livremente o conteúdo ou os termos do contrato. Semelhante dimensão encontra também hoje relevantes exceções no domínio da contratação mercantil, traduzidas em regimes legais de controle do conteúdo contratual que visam essencialmente a assegurar os pressupostos de uma efetiva autodeterminação e igualdade das partes contraentes: estão, neste caso, o regime das cláusulas contratuais gerais. (LCCG, aprovada pelo Decreto-Lei nº 446/85, 25 de outubro) e do abuso de dependência econômica (art. 7º da LGC)” p.129. Arremata dizendo que: “O conjunto destes novos processos, alternativos e especiais, de contratação mercantil tem o significado de uma crise do modelo legal clássico da formação contratual previsto no Código Civil, tornando necessária uma reflexão sobre o verdadeiro alcance e atualidade dos paradigmas legais e dogmáticos tradicionais no âmbito do Direito Comercial: goste-se ou não da ideia, a verdade é que a formação e a celebração dos contratos mercantis mais relevantes e mais complexos deixaram, há muito, de se realizar segundo o modelo único e arquetípico previsto pelo legislador civil”. p.132. Segundo Mario Julio de Almeida Costa, dissertando sobre a liberdade contratual: “Do referido princípio derivam várias consequências: os contraentes são inteiramente livres, tanto para contratar ou não contratar, como na fixação do conteúdo das relações contratuais que estabelecem, desde que não haja lei imperativa, ditame de ordem pública ou bons costumes que se oponham (art. 405º) a declaração de vontade das partes não exige, via de regra, formalidades especiais (art. 219º) e pode ser expressa ou tácita (art. 217º)”. p.207. Prossegue afirmando que: “[...] convirá explicitar o pensamento legislativo que, no seu máximo âmbito, comporta analiticamente três aspectos. Assim: a liberdade de celebração quer dizer, é à iniciativa privada que pertence a decisão de realizar, ou não, o contrato; a liberdade de seleção do tipo contratual – no sentido de que cabe à vontade dos particulares a escolha do contrato a celebrar, tipificado na lei ou qualquer outro; e a liberdade de estipulação que se reconduz à faculdade de os contraentes modelarem, de acordo com os seus interesses, o conteúdo da espécie negocial eleita”. p.207. Pires de Lima e Antunes Varela, no seu *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1987 a fl. 355, lecionam que: “O princípio da liberdade contratual é uma aplicação da regra da liberdade negocial, sendo ambos eles um corolário do princípio da autonomia privada, só limitado, em termos gerais, nas disposições dos artigos 280º e seguintes (cfr. art. 398º) e, em termos especiais, na regulamentação de alguns contratos”. Prosseguem: “Em virtude da liberdade contratual, ninguém pode ser compelido à realização dum contrato. Esta regra também tem exceções. Há, por ex., obrigação de celebrar um contrato, se essa celebração for o conteúdo dum contrato preliminar, chamado contrato-promessa (cfr. arts. 410º e ss.)”. Aduzem que: “Pelo próprio texto do artigo, se verifica que o princípio da liberdade contratual se desdobra em vários aspectos, a saber: a) a possibilidade de as partes contratarem ou não contratarem, como melhor lhes aprouver; b) a faculdade de, contratando, escolher cada uma delas, livremente, o outro contraente; c) a possibilidade de, na regulamentação convencional dos seus interesses, se afastarem dos contratos típicos ou paradigmáticos disciplinados na lei (celebrando contratos atípicos) ou de incluírem em qualquer destes contratos paradigmáticos cláusulas divergentes da regulamentação supletiva contida no código civil”. Arrematam ao afirmarem que: “A liberdade contratual, no entanto, não é apenas reconhecida – diz logo no começo do nº 1 – ‘dentro dos limites da lei’”. E são cada dia mais numerosas e intensas as limitações que a lei põe à autonomia privada. Uma dessas limitações, visando à proteção do contraente mais fraco ou menos experiente, foi recentemente estabelecida, no domínio dos contratos de adesão, pelo Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro, que disciplina através de preceitos de natureza imperativa as chamadas cláusulas contratuais gerais”. (p.356). Importantes as lições de *Francisco Amaral*, em seu *Direito Civil*, Introdução. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.343 e ss., ao discorrer sobre a autonomia privada: “[...] poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, i.e., o poder de alguém dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento constituído pelo agente, diversa mas complementarmente ao ordenamento estatal”. “[...] constitui-se, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente em espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo e nessas condições, legisladores sobre seus

Neste sentido, é preciso destacar que são vários os preceitos que limitam a liberdade de estipular, podendo ser mencionados, numa relação meramente exemplificativa, os seguros obrigatórios de veículos, o casamento, as cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei nº 446/85) e o contrato-promessa.

Disso se constata que a liberdade de celebração, a liberdade do tipo contratual e a liberdade de estipulação sofrem a compressão da dignidade da pessoa humana, o direito da personalidade, a ordem pública, como limite de proteção à sociedade e aos bons costumes, como proteção da mentalidade datada de um povo, implicando que a atipicidade dos negócios jurídicos encontra um dique no Direito Comunitário, na Constituição da República, no Código Civil, especialmente nos artigos 219º, 223º, 227º, 271º, 280º, 281º, 335º, 405º e 473º bem como na legislação especial de cunho imperativo.

A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça já enfrentou o tema, destacando-se o seguinte julgado, *verbis*:

1. O regime jurídico da garantia bancária autônoma, à primeira solicitação (*on first demand*), é determinado pelas cláusulas acordadas e pelos princípios gerais dos negócios jurídicos (arts. 217º e ss. do CC) e dos contratos (arts. 405º e ss. do CC).

2. A função da garantia autônoma não é a de assegurar o cumprimento de um determinado contrato, mas antes a de assegurar que o beneficiário receberá, nas condições previstas nos termos da garantia, uma determinada quantia em dinheiro. E, por isso, perante uma garantia autônoma à primeira solicitação, de nada servirá vir-se esgrimir com argumentos retirados do contrato principal, pois a garantia tem fins próprios, autossuficientes, servindo, como diz Galvão Telles, como um simples sucedâneo de um depósito em dinheiro.

3. Contudo, mesmo no caso de tal garantia, deve impor-se a exigência de um limite, cuja violação implicaria um desrespeito de princípios basilares da ordem jurídica portuguesa e que o contrato em questão, mesmo dotado da referida autonomia, não pode pôr em causa.

próprios interesses". (p.347). "Os limites da autonomia privada são a ordem pública e os bons costumes. Ordem pública como conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado e as que, no direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica. E bons costumes como o conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios como o da lealdade contratual, da proibição de lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo etc." Na mesma toada, o clássico Inocêncio Galvão Telles, no seu *Direito das Obrigações*, 7ª ed., Coimbra: Coimbra Editora: "A liberdade, em princípio, refere-se ao se e ao como do contrato: se há de ser lembrado e como há de sê-lo. Dentro dos limites da lei, as partes são livres de celebrar, ou não, o contrato e de atribuir a este o conteúdo que lhes aprouver, fazendo figurar nele as cláusulas do seu agrado". p.62. "A determinação do conteúdo pode inclusivamente afastar-se dos modelos expressamente previstos na lei (contratos típicos), adotando fórmulas da sua inventiva ou apenas consagradas pelos usos ou pela prática (contratos atípicos). Podem também formar contratos resultantes da conjugação de cláusulas correspondentes a dois ou mais tipos regulados na lei (contratos mistos). O princípio da liberdade contratual está formulado no artigo 405º". (p.62).

Podendo o garante recusar o pagamento quando, comprovadamente, for manifesta a improcedência do pedido. Pois a autonomia da garantia bancária tem, desde logo, como limite, a ofensa dos princípios gerais de direito, como sejam os do abuso de direito, da boa fé e da confiança.

4. E está entre esses limites 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. Pois que a garantia autônoma à primeira solicitação vale somente para o negócio-base nela mencionado, não podendo o mesmo ser afetado com outros sujeitos, sem o consentimento do garante. (*grifo nosso*) (STJ 2ª Seção, Serra Baptista, 27/05/2010 – 25878-7)

Do que se verifica do ordenamento comunitário, constitucional e legal português, a autonomia da vontade, voltada à livre estipulação e celebração de negócios jurídicos, encontra parâmetros aptos à limitação da sua referida autonomia, em razão de postulados maiores e do prestígio de valores imperativos da ordem pública, os quais conferem uma circunscrição para os negócios atípicos, a exemplo da garantia autônoma bancária, e outras, como se verá no ponto seguinte.

5. Garantias Atípicas: o Caso da Garantia Bancária Autônoma

5.1. A Garantia Bancária Autônoma

O contrato de garantia bancária, não se encontrando previsto na legislação Portuguesa, é aquele pelo qual o banco que a presta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato-base), sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com esse mesmo contrato.

A garantia autônoma é uma figura triangular, supondo três ordens de relações jurídicas: (i) relação entre o garantido e o beneficiário (credor principal); (ii) relação entre o garantido e o garante (banco); (iii) relação entre o garante (banco) e o beneficiário (credor principal).⁷

⁷ Conforme anota Luis Manuel Teles de Menezes Leitão, no seu *Garantias das Obrigações*, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, a respeito das garantias especiais atípicas: “Desde sempre a doutrina reconheceu a existência de certas situações em que o credor possui um reforço da garantia geral, mas que não se reconduzem nem a garantias pessoais, nem a garantias reais, nem sequer às outras modalidades que autonomizámos de utilização de propriedade em garantia e garantias especiais sobre direitos ou sobre universalidades. Para alguns autores, trata-se de garantias eventuais, uma vez que o efeito de o credor se subtrair ao regime do concurso com outros credores aparece como resultado de um instituto, cuja função primordial não é propriamente a de atribuir uma garantia. Outros preferem falar em garantias indirectas. Preferimos, por nosso lado, falar em garantias especiais atípicas, em ordem a referir os institutos que, representando um reforço da posição dos credores, não se deixam reconduzir a nenhuma das modalidades acima referidas”. (p.279). *Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte*, em trabalho já clássico, *Garantias de Cumprimento*, Coimbra: Almedina, 1994, ao se referirem às garantias indirectas, asseveram que: “A imaginação dos interessados,

Nela estão em jogo três negócios jurídicos: (i) o contrato-base, em que são partes o garantido, o mandante da garantia e o beneficiário; (ii) o contrato qualificável como de mandato, mediante o qual o mandante incumbe o banco de prestar garantia ao beneficiário; e (iii), por último, o contrato de garantia, celebrado entre o banco e o beneficiário, em que o banco se obriga a pagar a soma convencionada logo que o beneficiário o comunique de que a obrigação garantida venceu e não foi paga e solicite o pagamento, sem possibilidade de invocar a prévia excussão dos bens do beneficiário ou a impossibilidade da obrigação por este contraída.

Entre as situações de garantia autônoma, figura a garantia *on first demand*, que se pode traduzir por uma promessa de pagamento à primeira interpelação ou solicitação, não podendo ser discutido o cumprimento ou incumprimento do contrato, bastando a interpelação do beneficiário da garantia, autonomia que a distingue, assim, da fiança.

A garantia autônoma à primeira solicitação vale somente para o negócio-base nela mencionado e, ocorrendo cessão da posição contratual pelo garantido, 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.

associada com a autonomia privada, permite criar um sem número de figuras jurídicas, mediante as quais se pode obter uma garantia de cumprimento de deveres obrigacionais. A multiplicidade das situações depende dos casos concretos, mas sempre se podem indicar dois institutos que, indiretamente, podem apresentar uma função de garantia de cumprimento". (p.84-85). Outro trabalho de relevo é o de *L. Miguel Pestana de Vasconcelos*. Direito das Garantias, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, leciona sobre as garantias atípicas que: "Grande parte das garantias são já antigas e estão previstas e reguladas na lei: exemplo claro é o da fiança. São garantias típicas. Outras vezes, são fruto da autonomia privada, da constante necessidade de se criarem figuras mais aptas aos fins que se pretendem alcançar e que aqui se ligam à tutela do crédito. A permanente criação de novas garantias é mesmo uma das características deste quadrante. Essas figuras, embora, por vezes com contornos bem fixados na prática negocial, não estão previstas e reguladas na lei, sendo, nessa medida, garantias (legalmente) atípicas. Contudo, como se deixou antever, são muito frequentemente socialmente típicas. Exemplo claro, entre nós, é a garantia autônoma à primeira solicitação". (p.70-71); Sobre as garantias autônomas, escreveu António Menezes Cordeiro em seu Manual de Direito Bancário: "A função de garantia autônoma não é, tanto, a de assegurar o cumprimento dum determinado contrato. Ela visa, antes, a assegurar que o beneficiário receberá, nas condições previstas no texto da própria garantia, uma determinada quantia em dinheiro. Por isso, perante uma garantia autônoma à primeira solicitação, de nada servirá vir esgrimir com argumentos retirados do contrato principal: a garantia tem fins próprios, autossuficientes, servindo, nas palavras de Galvão Telles, como um simples sucedâneo de um depósito em dinheiro. Mas não um equivalente perfeito, uma vez que, em casos de má-fé manifesta, ela pode ser bloqueada. Acessoriamente, a garantia autônoma tem ainda outras finalidades. Ela vem dar credibilidade ao mandante, mesmo no plano do contrato principal. Na verdade, no domínio das relações internacionais, as partes, muitas vezes, não se conhecem. Assim, quando surgem com garantias, elas sossegam-se mutuamente: isso significa que são conhecidas nas respectivas praças e que, pelo menos nelas, uma instituição bancária reconhecida se responsabiliza. Logo, é de se presumir que sejam capazes de honrar a obrigação principal. Um segundo aspecto, acessório mas importante, tem a ver com o papel financeiro das garantias: pelo atalho da garantia, o garante concede fundos ao mandante, entregando-os diretamente ao beneficiário. Tudo visto, resta constatar que a garantia autônoma é um negócio muito enérgico, que requer uma série de cuidados por parte dos intervenientes. O mandante vê-lhe escapar o controle do pagamento. Assim, ele poderá ter de assistir, impotente, ao pagamento, pelo garante, de uma quantia que ele poderia reter e que, depois, ele terá de reembolsar, com juros e comissões, ao próprio garante. O garante, por seu turno, assume uma responsabilidade que terá de honrar, mesmo quando descubra que o mandante não oferece a necessária confiança. Por isso – em regra – a garantia autônoma é prestada mediante contragarantias idóneas ou através de esquemas que tornem comportável o risco que representa." p.764-765.

Neste sentido, esclarecendo os contornos da garantia, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, em arestos insertos no dgsi.pt, sob a rubrica, garantia bancária autónoma, esta se aperfuiçoa como garantia atípica e submetida ao pálio do art. 405 do Código Civil, *verbis*:

I) *O contrato de garantia autónoma é um negócio atípico, inominado, que o princípio da liberdade contratual – art. 405º, nº 1, do Código Civil – consente. Com base nesse contrato, o garante, em regra um Banco, obriga-se a pagar a um terceiro beneficiário certa quantia, verificado o incumprimento de um contrato-base, sendo mandante ou ordenante o devedor nesse contrato.*

II) *A independência do contrato de garantia autónoma em relação ao contrato-base é um dos traços distintivos da garantia bancária e uma das características que lhe conferem autonomia, que na fiança não existe por esta ser caracterizada pela acessoriedade. A característica da autonomia é mais patente quando a garantia deva ser prestada à primeira solicitação, “on first demand”.*

III) *Na garantia autónoma, o garante não pode, em regra, opor ao garantido (beneficiário) os meios de defesa ou as exceções decorrentes das relações credor-devedor no contra-base, ao invés do que sucede na fiança, aí o fiador pode opor ao credor, não só os meios de defesa que lhe são próprios, como também os que competem ao devedor/afiançado.*

IV) *O pagamento à 1ª solicitação (on first demand), assumido pelo garante, implica a sua obrigação de pagar ao beneficiário a indenização objeto da garantia, não podendo opor-lhe quaisquer exceções reportadas à relação principal (contrato-base), a menos que haja evidentes e graves indícios de atuação de má fé, nela se incluindo a conduta abusiva do direito.*

V) *Valendo a garantia autónoma durante o período de vigência do contrato-base e não podendo o garante invocar as relações entre credor e devedor nesse contrato, não se compreende que o garante, quando interpelado pelo beneficiário, possa invocar que a garantia caducou pelo simples fato de este, ante o incumprimento do devedor/ordenante, tenha exigido o pagamento da garantia após a cessação do contrato-base.*

VI) *In casu, a exigência da garantia, depois de cessado o contrato-base, está justificada pela necessidade de, entre o credor e o devedor no contrato-base ter sido acordado que haveria um prazo para acerto*

de contas, após a revogação do contrato, o que seria decisivo para que o credor/beneficiário da garantia pudesse exigir ao garante a quantia devida pelo incumprimento.

VII) Não se afigura lesiva da boa fé que, na ausência de qualquer prazo para que o beneficiário reclamasse do garante o seu direito, se deva considerar que existe um prazo de caducidade no contrato de garantia para o exercício do direito do beneficiário, sobretudo, se, como é inerente aos contratos em causa (credor-devedor no contrato-base e na relação entre o ordenante e o garante), o beneficiário, além de ter um fundamento para não reclamar logo o *quantum* da garantia, mais não pede que aquilo que, inquestionavelmente, resulta do incumprimento pelo devedor no contrato-base reportado ao tempo por que este vigorou.

VIII) Com a celebração do contrato de garantia autônoma, nenhum crédito *nasce* no momento da celebração do contrato para o *beneficiário*, mas não deixa de existir um seu direito subjetivo logo que verificado o incumprimento do ordenante/devedor, o que implica a sua *proteção*, 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.

IX) O não exercício do direito pelo beneficiário em relação ao garante, na vigência do contrato, ante o incumprimento evidenciado pelo devedor-ordenante que só pôde ser quantificado após a cessação do contrato-base, não demonstra ter havido por parte de beneficiário abuso evidente nem manifesta fraude ou lesão do princípio da boa fé, pelo que a recusa do garante exprime incumprimento do contrato de garantia. (*grifo nosso*) STJ, 7279/08, Rel. Fonseca Ramos, 6ª Seção, 20/03/2012.

Em síntese, não só a doutrina, mas também a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça⁸, percebem a garantia bancária autônoma como negócio atípico,

⁸ I – O contrato de garantia autônomo entronca a sua legalidade no princípio da liberdade contratual.

II – Será através de todas as cláusulas introduzidas na convenção negocial e da interpretação do sentido das declarações de vontade das partes que o contrato de garantia acabará por ser caracterizado (qualificado) de fiança ou de garantia bancária.

III – Tanto a garantia autônoma como a fiança têm um traço comum: estão vinculadas a uma função garantia; mas a garantia é autônoma, porque é independente da validade e subsistência do contrato-base, ao passo que a fiança é acessória, porque subordinada a essa validade e subsistência.

IV – A garantia autônoma assegura ao beneficiário determinado resultado, desde que o beneficiário diga que o não obteve da outra parte, sem que o garante possa opôr ao beneficiário as exceções de que o garantido pode prevalecer-se.

deixando claro que a autonomia da vontade na vertente de celebração de negócios que não estejam tipificados expressamente em lei se submetem aos postulados gerais dos ordenamentos que dialogam em fontes diversas, demonstrando que não há um critério absoluto de formulação absolutamente livre para as garantias atípicas.⁹

V – A recusa de pagamento por parte do garante só pode ter lugar desde que este esteja na posse de prova líquida de um comportamento abusivo do beneficiário. (*grifo nosso*). STJ 086426, *Mirabela Gusmão*, 23/03/1995.

I. Com base no contrato de garantia bancária autônoma, o garante, em regra um Banco, obriga-se a pagar a um terceiro – beneficiário – certa quantia, verificado o incumprimento de um contrato-base, sendo mandante ou ordenante (preferimos “ordenante” a “ordenador”) o devedor nesse contrato, sem que o garante possa opor ao beneficiário (credor no contrato-base) quaisquer exceções reportadas ao contrato fundamental.

II. A autonomização em relação ao contrato-base é um dos traços distintivos da garantia bancária e uma das características que lhe conferem autonomia, que, na fiança, não existe por esta ser caracterizada pela acessoriedade. A característica da autonomia é mais patente quando a garantia deve ser prestada à primeira solicitação, “*on first demand*”.

III. Dada a característica da autonomia, o garante, sendo a garantia bancária autônoma à primeira solicitação, não pode socorrer-se de meios de defesa senão os decorrentes do próprio contrato de garantia.

IV. A garantia bancária pode ser automática ou não automática. Sendo automática, em regra, à primeira solicitação (mas podendo não revestir esta modalidade), o garante deve pagar, não podendo discutir ou fundamentar a recusa, reportando-se ao contrato-base, como, no caso, entrar a discutir se houve, ou não, incumprimento do contrato-base.

V. Na garantia à primeira solicitação, o garante bancário está obrigado a pagar, em face da autonomia, à potestividade e à automatidade do contrato, mas esta obrigação não é incompatível com a exigência de prova do incumprimento do ordenante.

VI. A fronteira entre a *garantia automática* ou *não automática* não passa pela consideração de que naquela, o beneficiário pede ao garante e este, sem mais, deve pagar, por contraponto à garantia não automática em que o garante pode, reportando-se ao contrato de garantia, questionar se o pressuposto da sua responsabilidade se verifica, mormente, no caso em que se *acertou* que o pedido de pagamento contemplado na garantia ficava dependente de prova, não de fatos relacionados com o contrato-base (em relação ao qual o garante é alheio), mas em relação ao contrato de garantia.

VII. Na fiança, em função da sua característica da acessoriedade – art. 627º, nº 2, do Código Civil – não existe o efeito automático de responsabilização do fiador ante o incumprimento *lato sensu* do afiançado, porque o fiador, só renunciando ao benefício da excussão prévia – arts. 638º e 640º a) do Código Civil – e assumindo a qualidade de obrigado principal, ou principal pagador, deixa de poder opor ao credor os meios de defesa deste.

VIII. Exercendo o correcorrente a atividade profissional bancária, não pode, como se leigo fosse, prevalecer-se de qualquer equivocidade das suas declarações, sabendo o contexto em que, como no caso, emite uma garantia solicitada pelo ordenante.

Não valendo como ultima ratio interpretativa a literalidade do texto, não é, contudo, razoável considerar que um Banco, quando presta uma garantia bancária, possa afirmar que prestou uma fiança, escudando-se no fato de o texto da garantia dizer que “se obriga como principal pagador” para sustentar que o que prestou foi uma fiança bancária, sendo que no texto utiliza as palavras “beneficiário” e “parte ordenadora”, que, segundo os usos bancários, são utilizadas quando se está perante garantia autônoma, figura diversa da fiança bancária.

IX. Na *garantia autônoma simples*, sendo ela condicionada e não absoluta, compete ao beneficiário a prova do incumprimento por parte do ordenante/devedor. Tendo o beneficiário executado o garante, pedindo o pagamento da garantia, compete ao executado a prova da inexistência de fatos que evidenciem o preenchimento do requisito de que depende o cumprimento do contrato de garantia.

X. Da junção do contrato promessa, da declaração emitida pelo ordenante e do contrato de garantia, não resultando, desde logo, uma situação de incumprimento pontual das obrigações do ordenante, não se pode afirmar que tais documentos “importem constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias, cujo montante seja determinado ou determinável por simples cálculo aritmético...”, como exige o citado art. 46º c) do Código de Processo Civil, na redação aplicável e, por isso, não dispõe o exequente/beneficiário de título executivo. (*grifo nosso*) STJ 526/12, Rel. Fonseca Ramos, 6ª Seção, 25/11/2014.

⁹ Na lição autorizada de *Pedro Pais de Vasconcelos*, em seu *Contratos Atípicos*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, p.216-217: “Dentro dos contratos atípicos devem distinguir-se desde logo os que são completamente diferentes dos tipos contratuais legais e os que não são. Os contratos atípicos podem ser completamente diferentes dos tipos contratuais legais. São os contratos atípicos puros, que a literatura em língua alemã designa como ‘*sui juris*’, ‘*sui generis*’ ou ainda ‘*eigener Art*’. Não é fácil imaginar e criar um contrato que não tenha nada dos tipos já reconhecidos na lei ou na prática. No entanto, nada impede, em princípio, que

5.2. Exceção de Não Cumprimento do Contrato

No que concerne à exceção de não cumprimento do contrato, cujo preceito relativo se encontra no art. 428 e seguintes do Código Civil, considera Luis Menezes Leitão (nota *op. cit.*, p.280) que, embora a exceção não se possa considerar uma garantia típica, “acaba por desempenhar, numa menor medida, a mesma função das garantias de cumprimento”.

Isto se dá porque a parte pode se recusar ao cumprimento de sua contraprestação, enquanto a parte adversa não cumprir sua parte no contrato.

Nesse diapasão, Menezes Leitão assinala que “enquanto a outra parte não efetuar a que lhe cabe, implica que aquela seja uma posição superior a dos credores comuns em relação à satisfação do seu crédito, desempenhando assim o *exceptio* não apenas uma função coercitiva, mas também uma função de garantia” (nota *op. cit.* p.280).

Neste sentido, são os seguintes acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça:

I – A exceção de não cumprimento do contrato é a faculdade que, nos contratos bilaterais, cada uma das partes tem de recusar a sua prestação enquanto a outra não realizar ou não oferecer a realização simultânea da sua contraprestação.

II – Tendo havido estipulação de prazos diferentes para o cumprimento das prestações, a limitação constante da parte inicial do art. 428º, nº 1, do CC, aplica-se apenas ao contraente que esteja obrigado a cumprir em primeiro lugar, continuando a ser admissível para o outro o recurso à exceção de não cumprimento, não entrando em mora se não realizar a sua prestação enquanto a sua contraprestação não for realizada.

III – Esta exceção também se aplica às situações de cumprimento defeituoso ou de incumprimento parcial da prestação contratual.

assim aconteça. Tem acontecido com alguma frequência a importação de tipos contratuais originários de outros sistemas e que são muito diferentes de tudo quanto está consagrado tipicamente quer na lei quer na prática. Tal tem sucedido com contratos que são típicos no sistema anglo-americano como, por exemplo o *'leasing'*, o *'factoring'*, o *'franchising'* e que, em grande parte dos ordenamentos europeus continentais, são legalmente atípicos, embora socialmente típicos. Em Portugal, a maior parte deles foi já tipificada na lei. Estes contratos encontram, quer na prática, quer na literatura da especialidade, abundantíssima matéria para a referência do tipo social normativo e para o processo de comparação que permite a analogia e, com ela, a qualificação e a concretização da disciplina, na interpretação e na integração. Estes contratos só legalmente são contratos atípicos puros. Socialmente, nem sequer são atípicos. Na maior parte dos casos, os contratos atípicos não são puros; são construídos a partir de um ou mais tipos, que são combinados ou modificados de modo a satisfazerem os interesses contratuais das partes. Estes são os chamados contratos mistos. Na prática, quase todos os contratos atípicos são mistos. Os contratos mistos não são um *'tertium genus'* em relação aos contratos típicos e aos atípicos nem uma categoria intermédia; os contratos mistos são atípicos, embora estejam mais próximos dos típicos do que os contratos típicos puros”.

IV – Nos casos referidos em IV, o alcance da exceção de não cumprimento do contrato deve ser feito em conformidade com o princípio da boa fé e a possibilidade de recurso ao abuso de direito, por forma a que o alcance da exceção de não cumprimento seja proporcional à gravidade da inexecução.

V – Se o preço total da obra era de € 190 000 e a parte retida correspondia ao valor de € 50 000, valor de um prédio dado em pagamento, esta não é excessiva quando os defeitos da obra exigiam uma intervenção em todos os compartimentos do edifício. (4871/07.1TBRRG.G1.S1, 7ª Seção, Rel. Granja da Fonseca, 22/01/2013, unanimidade.)

I. No contrato de empreitada relativo a imóveis de longa duração, tem o dono da obra a obrigação de respeitar dois prazos, com vista a obter a eliminação de defeitos, denunciando-os: um, de cinco anos, durante os quais “pode descobrir defeitos” (prazo de garantia supletiva), outro, de um ano, a partir do conhecimento (descoberta).

Tendo em conta as regras do ônus probatório, cabe ao empreiteiro, enquanto A./Reconvinte, arguir a exceção da caducidade, com vista a obstar ao reconhecimento do direito dos AA., RR./Reconvintes, à eliminação dos defeitos invocados.

Porém, tendo sido respeitados estes dois prazos por parte do dono da obra, irreleva na decisão o incumprimento da sua obrigação de indicação de data precisa da descoberta do vício.

II. É perfeitamente invocar a *exceptio* no contrato de empreitada.

A referência legal à inexistência de prazos diferentes não é obstáculo. Com efeito, o que a lei pretende é que o excepcionante não se encontre obrigado a cumprir antes da contraparte, o que significa que a diversidade de prazos apenas obsta à invocação da *exceptio* pelo contraente que primeiro deve efetuar a prestação, mas já não impede o outro de opô-la.

III. No caso de incumprimento parcial, o alcance da *exceptio* deve ser proporcional à gravidade da inexecução, sob pena de abuso do direito.

IV. Procedendo a *exceptio*, só a partir do cumprimento integral da sua obrigação é permitido ao A./empreiteiro exigir juros dos RR./donos da obra, caso estes não se expliquem atempadamente. (571/2002. P1.S1, 1ª Seção, Relator Urbano Dias, 20/10/2010, unanimidade)

5.3. Compensação

Noutro giro, cumpre destacar a compensação como garantia atípica, como bem assinalou Menezes Leitão (nota *op. cit.* 280), com propriedade, que:

A compensação possui igualmente uma função de garantia das obrigações na medida em que, para além de facilitar a extinção dos créditos, evitando a realização dos pagamentos, assegura ao credor um meio suplementar de realização do seu crédito, já que ele pode ser extinto, não apenas pelo pagamento, mas através da declaração de compensação com o contra-crédito que sobre ele tem o devedor. (nota – *op. cit.*, p. 280)

O Supremo Tribunal de Justiça, nesse passo, já se pronunciou com os seguintes julgados:

- 1) Tal como prevê o artigo 847º do Código Civil, a compensação é uma forma de extinção das obrigações quando os obrigados são simultaneamente credor e devedor, operando-se o que, em linguagem coloquial, se apoda de “encontro de contas”.
- 2) Então, o compensante, se demandado (ou interpelado) para cumprir exonera-se do seu débito através da realização do seu crédito, na mesma lide.
- 3) A compensação legal ali prevista não é automática mas sempre potestativa, por depender de uma declaração de vontade, ou pedido, do titular do crédito secundário.
- 4) Esse pedido surge pela via da reconvenção se o crédito do demandado for superior ao do demandante mas sê-lo-á por exceção peremptória se o contra-crédito for de montante inferior ao pedido.
- 5) São pressupostos da compensação legal a validade do crédito principal e uma reciprocidade creditícia.
- 6) São requisitos do instituto a exigibilidade, em sentido forte (não mera expectativa, nem resultante de obrigação natural), do contra-crédito, a sua titularidade pelo compensante e a homogeneidade dos créditos, sendo irrelevante a sua iliquidez.
- 7) Impedem a extinção por compensação os créditos do Estado (ou outra pessoa coletiva de direito público), salvo exceção legal, a sua impenhorabilidade e a proveniência de fatos ilícitos dolosos (neste dois últimos casos exceto se ambos o forem).

8) O fato ilícito tanto pode, para este efeito, ser gerado no âmbito da responsabilidade contratual como no da responsabilidade aquiliana.

9) O juízo de causalidade numa perspectiva meramente naturalística de apuramento da relação causa-efeito insere-se no plano puramente factual insindicável pelo Supremo Tribunal de Justiça, nos termos e com as ressalvas dos artigos 729º, nº 1, e 722º, nº 2, do Código de Processo Civil.

10) Assente esse nexó naturalístico, pode o Supremo Tribunal de Justiça verificar da existência de nexó de causalidade, que se prende com a interpretação e aplicação do artigo 563º do Código Civil.

11) O artigo 563º do Código Civil consagrou a doutrina da causalidade adequada, na formulação negativa nos termos da qual a inadequação de uma dada causa para um resultado deriva da sua total indiferença para a produção dele, que, por isso mesmo, só ocorreu por circunstâncias excepcionais ou extraordinárias.

12) De acordo com essa doutrina, o fato gerador do dano só pode deixar de ser considerado sua causa adequada se se mostrar inidóneo para o provocar ou se apenas o tiver provocado por intercessão de circunstâncias anormais, anômalas ou imprevisíveis.

13) O disposto nos artigos 916º e 917º do Código Civil é aplicável apenas à venda de coisas defeituosas, que não à denúncia de danos causados pela mora no cumprimento de contratos de compra e venda.

14) O abuso de direito, que dispensa o "*animus nocendi*", tem por base a existência de um direito subjetivo na esfera jurídica do agente, já que tem como principal escopo impedir que a estrita aplicação da lei conduza à notória ofensa do sentimento jurídico socialmente dominante, comportando duas modalidades: "*venire contra factum proprium*" e situações de desequilíbrio, como sejam o exercício danoso inútil, a atuação dolosa e a desproporção grave entre o exercício do e o sacrifício por ele imposto a outrem. (2226/07-7.TJVN.F.P1.S1, 11/01/2011, 1ª Seção, Relator Sebastião Póvoas)

I – A compensação é uma forma de extinção das obrigações em que, no lugar do cumprimento, como sub-rogado dele, o devedor opõe o crédito que tem sobre o credor (art. 847º do CC).

II – A compensação legal ali prevista não é automática, mas sempre potestativa por depender de uma declaração de vontade, ou pedido, do titular do crédito secundário.

III – Para que a extinção da dívida por compensação possa ser oposta ao credor, exigem-se a verificação dos seguintes requisitos:

a) a existência de dois créditos recíprocos; b) a exigibilidade (forte) do crédito do autor da compensação; c) a fungibilidade e a homogeneidade das prestações; d) a não exclusão da compensação pela lei; e, e) a declaração de vontade de compensar.

IV – A referida exigibilidade pressupõe que se configure um direito de crédito, decorrente de uma obrigação civil, vencida, incumprida e ainda não extinta.

V – Isso não ocorre quando, como no caso vertente, o crédito invocado depende de uma condenação, a proferir em processo penal, de pessoas singulares e decorrente atribuição de uma indenização à ré, a pagar solidariamente pelos seus autores materiais, pela autora e outra pessoa coletiva, pelo deve o mesmo ser tido como incerto, hipotético, não dando direito ainda à ação de cumprimento ou à execução do patrimônio do devedor, nem habilitando, quem o invoca, a obter a respectiva compensação. (11148/12.9 YIPRT-A. L1.S1, 1ª Seção, Paulo Sá, 01/07/2014, unanimidade)

5.4. Cláusula *Negative Pledge*

Instigante tema é o da garantia atípica denominada “Cláusula *negative pledge*”.

Com efeito, tal garantia gera uma obrigação de não fazer, no sentido de que o devedor deverá se abster de onerar seu patrimônio com outras garantias reais ou pessoais.

Para Menezes Leitão, trata-se de:

[...] uma garantia fraca, na medida em que não garante ao credor qualquer direito sobre bens presentes ou futuros do devedor, pelo que, em caso de violação da garantia, não se permite ao credor afetado opor a sua posição aos outros credores, mas apenas obter do devedor uma indenização ou, eventualmente, a exigibilidade antecipada de cumprimento (nota *op. cit.* p.284).

5.5. Cláusula *Cross-Default*

Destaca o Prof. Menezes Leitão a garantia atípica da cláusula *cross default*, em sua obra (nota *op. cit.* p.284), lecionando que:

A cláusula *cross default* determina conseqüentemente que o cumprimento da obrigação perante um dos credores desencadeie um efeito dominó, permitindo a reação imediata de todos os outros credores. Mas, para além disso, representa uma garantia

da *par conditio creditorum*, evitando que a estipulação de prazos de vencimento das obrigações impeça os outros credores de exigir atempadamente o cumprimento (nota *op. cit.* p.281).

5.6. A Consignação de Receita em Garantia

No que concerne à garantia atípica da consignação de receita em garantia, alerta o Prof. Menezes Leitão (nota *op. cit.* p.285) que tem sido corrente o uso de consignação de receitas de determinado negócio de devedor para garantia do cumprimento de uma obrigação, tais como receitas de filmes ou de estádios de futebol.

Como ilustração pertinente ao tema, deve ser mencionada no ordenamento jurídico brasileiro a recente Lei nº 13.155/2015, que, no seu art. 4º, §6º, considera como receitas dos clubes de futebol, as referentes a transmissão e de imagens, receitas de patrocínios, publicidade, luva e *marketing*, receitas com transferências de atletas, receitas de bilheteria e receitas das atividades sociais dos clubes de futebol.

5.7. Cláusula *Step-in-Rights*

Dita cláusula refere-se ao direito de intervenção e assunção de controle de determinado projeto e consiste no direito do credor de intervir no controle e na administração da sociedade, com a finalidade de resolver determinados inadimplementos e/ou falhas da sociedade do projeto, regularizando as atividades do empreendimento, além de preservar as garantias e contratos do projeto.

Tal garantia tem como finalidade que o financiador possa garantir a integridade do empreendimento como um todo, podendo, inclusive, em situações extremas, preparar o empreendimento para venda por meio da excussão das garantias oferecidas pelo devedor.

5.8. *Covenant*

Trata-se de garantia atípica, que consiste no fato de que as obrigações de fazer ou não fazer, denominadas *covenants*, fornecem importante garantia ao financiador, haja vista que compõem uma disciplina exigente à sociedade do projeto, podendo o financiador monitorá-la diretamente.

Em preciso verbete no seu glossário de Administração Pública, Paulo Cesar Fulgêncio esclarece que:

Covenant – constitui um sistema de garantia indireta, próprio de financiamentos, representado por um conjunto de obrigações contratuais acessórias, positivas ou negativas, ou seja, é um compromisso ou promessa em qualquer contrato formal de dívida, reconhecido em lei, protegendo os interesses do credor e

estabelecendo que determinados atos devem, ou não, cumprir-se, podendo ser compromissos restritivos ou obrigações de proteção. (Rio de Janeiro: Mauad, 2007. p.175)

6. Conclusão

À guisa de inventário das ponderações alinhavadas a respeito dos negócios atípicos, como produto da autonomia da vontade, vê-se que o *iter* a ser percorrido para sua configuração deve levar em linha de consideração o Tratado de Lisboa, a Constituição da República Portuguesa e a ordem legal interna do Código Civil Português, bem como as leis especiais de caráter imperativo, as quais fornecem o ambiente de conformação e limitação dos referidos negócios.

Os contratos atípicos partem do exercício da autonomia da vontade, sempre com o olhar voltado para a dignidade da pessoa humana (mínimo existencial) e do Direito da Personalidade (espaço de desenvolvimento livre da personalidade), os quais compõem os valores e princípios delimitadores da vontade negocial autônoma.

Destacou-se o princípio da ordem econômica da livre iniciativa como direito fundamental ao lançamento à uma atividade econômica lícita, também visualizado sob a perspectiva do desenvolvimento livre da personalidade, bem assim da autonomia da vontade, nas vertentes da liberdade de celebração e estipulação.

De outra banda, a jurisprudência portuguesa, pela mão do Supremo Tribunal de Justiça, no caso da garantia bancária autônoma, vem no mesmo sentido de esclarecer que a autonomia da vontade sofre conformação ao sistema como um todo, onde encontra sua força normativa e seus limites, cuja inobservância poderá gerar a nulidade da avença.

Bibliografia

ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Contratos I*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANASTÁCIO, Gonçalo. *Tratado de Lisboa anotado e comentado*. Coimbra: Almedina, 2012.

ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora. vol. I, 1997; vol. II, 1998.

ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos Contratos Comerciais*. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O Direito*. Introdução e Teoria Geral. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. *Teoria Geral*. Direito Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. vol. I, 2010; vol. II, 3ª ed., 2010; vol. III, 2ª ed., 2010.

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes *et alii*. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. vol. 1.
- CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito Bancário*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- _____. *Tratado de Direito Civil Português*. Tomo IV. Coimbra: Almedina, 2010. vol. II.
- COSTA, Mario Júlio de. *Direito das Obrigações*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- _____. *Noções Fundamentais de Direito Civil*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- DANZ, Erich. *A Interpretação dos Negócios jurídicos*. Trad.: Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1941.
- FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil*. Lisboa: Universidade Católica Editora. vol. I, 6ª ed., 2012; vol. II, 5ª ed., 2014.
- FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais*. Teoria geral e Aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- FRAGA, Luis Alves. *Metodologia da Investigação*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015.
- FRANCO, António L. Souza *et alii*. *A Constituição Económica Portuguesa*. Ensaio interpretativo. Coimbra: Almedina, 1993.
- FULGÊNCIO, Paulo Cesar. *Glossário de Administração Pública*. Rio de Janeiro: Mauad, 2007, verbete *covenant*.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- _____. *Transformações Gerais do direito das Obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1980.
- LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014. vol. I, 13ª ed., 2016; 9ª ed., vol. II; vol. III, 10ª ed., 2015.
- _____. *Direitos Reais*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- _____. *Garantia das Obrigações*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- _____. *O Enriquecimento Sem causa no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005.
- LIMA, Pires de. *Código Civil Anotado*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. vol. I.
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Garantias de Cumprimento (Estudo teórico-prático)*. Coimbra: Almedina, 1994.
- MIRANDA, Jorge *et alii*. *A Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

- MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.
- MONCADA, Luis S. Cabral de. *Lições de Direito civil*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- _____. *Direito Económico*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988.
- NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da Pessoa Humana*. Coimbra: Almedina, 2015. vol. I.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de Direito dos Contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- PONTE, Pedro Fuzeta. *Garantias de Cumprimento*. Coimbra: Almedina, 1994.
- PORTO, Manuel Lopes. *Tratado de Lisboa anotado e comentado*. Coimbra: Almedina, 2012.
- PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. 19ª ed. Quidjuris, 2015.
- _____. *Código de Processo Civil*. 32ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.
- _____. *Código Civil*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- PRATA, Ana. *Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 2016.
- _____. *Verbetes "crédito" e "garantia"*. Dicionário Jurídico. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1990.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.
- SANTOS, António Carlos dos et alii. *Direito Económico*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- SANTOS, Filipe Cassiano dos. *Direito Comercial Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. vol. I.
- TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos Contratos em Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- _____. *Direito das Obrigações*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*. vol. I, 10ª ed., 2000; vol. II, 7ª ed., 2003. Coimbra: Almedina.
- _____. *Código Civil Anotado*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. vol. I.
- VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *Direito das Garantias*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- _____. *Contratos Atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico*. A ordem económica portuguesa. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito Comercial*. Teoria Geral do Contrato. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Jurisprudências

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo nº 25878/07.3 yylsb - A.L1.S1, 2ª secção, Relator Serra Batista, julgamento em 25/05/2010, unanimidade. <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/11abe277ae566bb1802577340035df90?OpenDocument>. Acessado em: 27/12/2016.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo nº 7279/08 TBMAL.P1.S1, 6ª secção, Relator Fonseca Ramos, julgado em 20/03/2012, unanimidade. <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/11abe277ae566bb1802577340035df90?OpenDocument>. Acessado em: 27/12/2016.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo nº 086426 JSTJ00026890, Relator Miranda Gusmão, julgamento em 23/03/1995, unanimidade. <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5783feb0691284e1802568fc003b3845?OpenDocument>. Acessado em: 27/12/2106.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo nº 526/12.3 TBPVZ - A.P1.S1, Relator Fonseca Ramos, julgamento em 25/11/2014, unanimidade. <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2a668ee728231b0380257d9c003f1d55?OpenDocument>. Acessado em: 27/12/2016.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo nº 571/2002.P1.S1, Relator Urbano Dias, julgamento em 26/10/2010, unanimidade. <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/92c08f4e45b4842d802577cf00398be8?OpenDocument>. Acessado em: 16/03/2017.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo nº 2226/07 – 7TJVNF.P1.S1, Relator Sebastião Póvoas, julgamento em 11/01/2011, unanimidade. <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/70facfcb82cd53d6802578150057a56f?OpenDocument>. Acessado em: 16/03/2017.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo nº 11148/12.9YIPRT-A.L1.S1, 1ª. Secção, Relator Paulo Sá, julgamento em 01/07/2014, unanimidade <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/30dda26db90a26df80257d0900359d06?OpenDocument>. Acessado em: 16/03/2017.