



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

# **A fraude manifesta ou abuso evidente nas garantias bancárias à primeira solicitação**

**Uma questão de prova**

**Bárbara Saraiva Dias**

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2025





UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

# **A fraude manifesta ou abuso evidente nas garantias bancárias à primeira solicitação**

**Uma questão de prova**

Bárbara Saraiva Dias

Orientador: Maria de Fátima da Silva Ribeiro

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2025



*Trust, but verify.*  
*Ronald Reagan (1987)*

## AGRADECIMENTOS

Aos meus Orixás.

Aos meus pais e ao meu padrasto, por todas as manifestações de amor, apoio, confiança e por me permitirem sonhar sem limites.

Às minhas irmãs, por fazerem todos os dias valer a pena.

Aos meus avós, pelo amor imensurável que me transmitiram durante toda a minha vida, em todos os momentos.

À Enide Seixas, à Ana Portugal, à Beatriz Carvalho e à Mariana Rangel, pelo apoio incondicional nos dias de maiores dúvidas e receios, pelos momentos inesquecíveis e pelas noites de estudo infindáveis que, no fundo, permitiram que a Universidade se tornasse Casa.

Ao Tiago Almeida, pela paciência, por estar sempre presente, mesmo quando fisicamente longe, por ter sempre tempo para me ouvir. Enfim, pela nossa amizade.

À minha orientadora, Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro, por ter aceite a orientação da minha Dissertação e pelos conselhos, compreensão e apoio demonstrado ao longo da elaboração da mesma.

Ao Baltasar Santana, por me fazer feliz!

*Em especial, ao meu bisavô, Manuel Neto, sei que está orgulhoso.*

## **Resumo**

Num quadro de acentuado interesse prático, marcado pela internacionalização das trocas comerciais e pela necessidade de reforçar a confiança entre as partes contratantes, as garantias bancárias autónomas à primeira solicitação destacam-se enquanto verdadeiras impulsionadoras da economia e dos negócios.

Assim sendo, pretendemos com o presente estudo abordar algumas questões do respetivo regime jurídico, em particular, no que concerne à exceção de fraude manifesta ou abuso evidente, como meio de defesa do garante na recusa legítima do pagamento após interpelação pelo beneficiário.

Para alcançar um resultado digno, mais do que densificarmos as noções gerais de fraude e de abuso, a justificação da existência desta exceção e a sua importância no âmbito prático, entre outros tópicos, já oportunamente escrutinados pela doutrina e pela jurisprudência, consideramos importante aprofundar o tipo de prova admissível e as suas implicações em dois momentos. Em primeiro lugar, após a solicitação ao garante por parte do beneficiário e, em segundo, quando o devedor garantido requer a aplicação de uma providência cautelar adequada a paralisar os efeitos decorrentes da interpelação.

**Palavras-chave:** garantia bancária autónoma; cláusula à primeira solicitação; abuso de direito; fraude; prova líquida e inequívoca; deveres do garante; providências cautelares

## **Abstract**

In a context of great practical interest, marked by the internationalization of trade exchanges and the need to strengthen trust between contracting parties, autonomous first-demand bank guarantees stand out as a real drivers of the economy and business.

Bearing this in mind, with this study, we intend to address some issues of the respective legal regime, in particular regarding the exception of manifest fraud or clear abuse, as a means of defence for the guarantor, in the legitimate refusal of payment after being demanded by the beneficiary.

In order to achieve a worthy result, rather than merely elaborating the general notions of fraud and abuse, the justification for the existence of this exception and its practical importance, among other topics, already scrutinised in due course by doctrine and case law, we considered it important to delve deeper into the type of admissible evidence and its implications at two points. Firstly, after beneficiary's request to the guarantor and, secondly, when the guaranteed debtor requests the application of an appropriate precautionary measure to paralyse the effects resulting from the demand.

**Keywords:** autonomous bank guarantee; first demand clause; abuse of right; fraud; clear and unequivocal evidence; guarantor's duties; precautionary measures

## Índice

Advertências	11
Lista de siglas e abreviaturas	12
Introdução	13
Capítulo I – Introdução as Garantias Autónomas	14
1. Garantia das Obrigações	14
2. Contextualização histórica	15
Capítulo II – Enquadramento da figura	17
1. Estrutura da operação	17
1.1 A relação jurídica entre o devedor e o credor	17
1.2 A relação jurídica entre o devedor do contrato base e o garante	17
1.3 A relação jurídica entre o garante e o beneficiário da garantia	18
2. A causa do contrato de garantia autónoma	21
3. Caracterização	22
3.1 Autonomia como característica essencial	22
3.2 Automaticidade como característica eventual	25
3.2.1 Garantia bancária autónoma à primeira solicitação a pedido acompanhado de documentação	28
3.2.2 Garantia bancária autónoma à primeira solicitação a pedido justificado	29
Capítulo III – Meios de defesa do garante	30
1. Recusa legítima do pagamento por parte do garante	30
2. A importância do dever de informar e de analisar a solicitação	31
3. Exceções oponíveis pelo garante ao beneficiário segundo a doutrina	34
4. A exceção de fraude manifesta ou abuso evidente	36
4.1 Noções gerais	36
4.2 A necessidade desta exceção	40
4.3 Uma questão de prova	42
5. Compatibilidade com o recurso às providências cautelares	47
5.1 Medida da prova	48

5.2 Meios de prova _____	50
Conclusão _____	53
Bibliografia _____	55
Síntese de Jurisprudência _____	57

## **Advertências**

Para a referência das obras citadas em notas de rodapé, adotámos o sistema de citação da American Psychological Association (APA), pelo que as indicações observam a ordem autor, data da obra e página.

As decisões jurisprudenciais são citadas pela indicação do Tribunal, da data de emissão e do Relator(a). A integralidade das informações relativas a tais acórdãos, considerados pertinentes para a investigação realizada, encontra-se disponível no final da dissertação, numa lista específica elaborada para esse fim.

Deve entender-se que estas decisões jurisprudenciais constam da base de dados organizada pelo DGSJ, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

## Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
Al.	alínea
AR	Assembleia da República
Art.	artigo
Arts.	artigos
CC	Código Civil
Cf.	conforme
CRP	Constituição da República Portuguesa
C. Com.	Código Comercial
CPC	Código de Processo Civil
<i>i.e</i>	isto é
n.º	número
p.	página
pp.	páginas
R.	Relator/(a)
RGICSF	Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras
ss.	seguintes
séc.	século
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
URDG	Uniforme Rules for Demand Guarantees
v.	ver
v.g	verbi gratia
vs.	versus
vol.	volume

## Introdução

Na presente dissertação, propomo-nos analisar a exceção de fraude manifesta ou abuso evidente, contraposta pelo garante perante o beneficiário, no contexto de uma garantia bancária autónoma à primeira solicitação, uma vez que os contornos da sua invocabilidade não são lineares.

Para nós, é inegável o papel fundamental assumido por tais garantias no contexto das relações comerciais, tomando de empréstimo as palavras do Juiz inglês Kerr, “*the lifeblood of international commerce*”.

Todavia, apesar de proporcionarem aos operadores económicos inúmeras vantagens, em virtude das suas características *sui generis* – autonomia e automaticidade, a verdade é que, decorridas várias décadas do seu surgimento e do consecutivo labor por parte da doutrina e da jurisprudência, ainda existem discórdias quanto ao preenchimento de determinados conceitos e meios de defesa invocáveis perante solicitações abusivas ou fraudulentas.

Assim, num primeiro momento, propomo-nos enquadrar as garantias em estudo no cenário das Garantias das Obrigações, abordando, sucessivamente, o seu contexto histórico, a sua estrutura operacional e os seus traços caracterizadores.

Num segundo momento, iremos abordar problemas específicos desta modalidade de garantia, que, quer pelo recurso a conceitos indeterminados quer pela sua importância na prática comercial e ausência de regime legal, comumente, suscitam dificuldades ao intérprete, dúvidas ao julgador e conseqüente insegurança jurídica às partes contratantes.

Para o efeito, partimos duma exposição sobre a legitimidade da recusa do pagamento; de seguida, tecemos algumas considerações sobre o dever de informar e analisar a solicitação por parte do garante, e tipificamos algumas exceções oponíveis ao beneficiário.

Entrando no ponto nevrálgico do nosso trabalho, passamos à análise dos conceitos de fraude manifesta e do abuso evidente; depois, voltamo-nos para os pressupostos de admissibilidade desta exceção, procedendo a uma apreciação aprofundada dos meios de prova admitidos.

Culminamos este trabalho, com a apreciação da compatibilidade desta figura jurídica com o regime dos procedimentos cautelares, colocando em destaque as posições jurisprudenciais assumidas.

## Capítulo I – Introdução as Garantias Autónomas

### 1. Garantia das Obrigações

No Direito português, o cumprimento geral das obrigações é garantido por todo o património do devedor suscetível de penhora e, por sua vez, as garantias especiais implicam um reforço objetivo<sup>1</sup> dessa garantia geral, de forma a assegurar o cumprimento das obrigações<sup>2</sup>, garantindo que o credor receba o seu crédito.

Ora, na garantia geral, o credor nunca terá a certeza de ver o seu crédito satisfeito, apenas a expectativa de que, quando for exigível, os bens que integram o património do devedor serão suficientes, podendo, não obstante, fazer-se valer dos meios de conservação da garantia patrimonial, de forma a ver satisfeito o seu crédito.

Por sua vez, a generalidade da doutrina subdivide as garantias especiais em garantias reais e pessoais<sup>3</sup>.

Deste modo, as garantias pessoais vão implicar a vinculação secundária<sup>4</sup> de um terceiro ao cumprimento de determinada obrigação e as garantias reais importam a afetação de um direito real sobre uma coisa do devedor ou de terceiro como garantia do direito do credor<sup>5</sup>, atribuindo-se preferência do credor sobre os demais na satisfação do seu crédito.

Quanto às garantias pessoais, as mais tradicionais no nosso ordenamento jurídico são o aval, a fiança e a garantia autónoma. Nesse sentido, e apesar de figuras distintas, passam a existir, além do devedor, uma ou mais pessoas, que se obrigam ao cumprimento pontual da obrigação com os seus próprios patrimónios, reforçando deste modo o cumprimento da obrigação.

A nossa análise incidirá precisamente sobre as garantias autónomas, enquanto garantias atípicas, por serem admitidas ao abrigo do princípio da liberdade contratual, previsto no art. 405.º do CC e não através de uma regulamentação legal específica.

---

<sup>1</sup> COSTA, M. J. de A. (2009), p. 881

<sup>2</sup> *Ibidem*

<sup>3</sup> Esta subdivisão não deve ser percecionada de forma exclusiva, existem outras garantias especiais. Todavia, para o presente trabalho, cingir-nos-emos a esta subdivisão. Para um maior desenvolvimento das restantes, *vide* VASCONCELOS, L. M. P de (2023), pp. 62 a 75

<sup>4</sup> COSTA, M. J. de A. (2009), p. 881

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 883

## 2. Contextualização histórica

Os primeiros estudos acerca dos contratos de garantia autónoma remontam aos finais do séc. XIX e são atribuídos a RUDOLF STAMMLER<sup>6</sup>, que estabeleceu na sua obra *Der Garantievertrag* a distinção clara entre uma garantia acessória do crédito (fiança, mandato de crédito) e uma garantia autónoma relativamente ao crédito (*Garantievertrag* ou contrato de garantia propriamente dito).

Em consequência da expansiva aceitação por parte da doutrina e da jurisprudência, a *Garantievertrag* evoluiu para uma fórmula mais apurada, a *Bankgarantie*, que permitia que o Beneficiário recebesse a quantia estipulada, não só em caso de incumprimento, mas também quando a obrigação do devedor não tivesse chegado a existir ou se tivesse tornado impossível<sup>7</sup>.

Todavia, em Portugal, apenas na segunda metade do séc. XX, surgiram as primeiras publicações relacionadas com o tema, em decorrência do desenvolvimento económico gerado pelo fim da II Guerra Mundial, acentuando-se após a crise petrolífera de 1973<sup>8</sup>. Nesse contexto, emergiu a necessidade de encontrar mecanismos que acelerassem as trocas comerciais o que, diante de um cenário marcado pela incerteza, tensão e desconfiança no plano internacional, só seria possível através do fortalecimento da segurança entre os agentes económicos.

Esta necessidade evidenciou-se e mantém-se até aos dias de hoje, fruto do crescente desenvolvimento do mercado nacional e internacional, onde os agentes celebram contratos vultuosos e de execução demorada, essencialmente nas áreas de construção civil, fornecimentos de bens manufacturados e serviços, *engineering* e cooperação industrial<sup>9</sup>, sem conhecimento seguro quanto à honorabilidade e solvabilidade dos seus parceiros comerciais.

Foi neste cenário que a garantia autónoma se destacou e destaca, por se apresentar como uma solução mais eficiente, célere e segura em relação a outros tipos de garantias, em virtude das suas características, que a tornam especialmente apta a proteger o credor<sup>10</sup>.

Deste modo, a solução encontrada com vista a reforçar a garantia geral – o património do devedor – passou por conseguir que um banco de sólida reputação assegurasse a boa execução do contrato (*Garante*), a pedido de um contraente (*Devedor*)

---

<sup>6</sup> CORTEZ, F. (1992), pp. 515 e 519 a 522

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 521

<sup>8</sup> PINHEIRO, J. D. (1992), p. 427

<sup>9</sup> *Ibidem*

<sup>10</sup> CORDEIRO, A. M. e CORDEIRO, A. B. M. (2023), p. 798

e a favor de outro (*Beneficiário*), através da entrega de uma quantia pecuniária previamente acordada, perante a prova de incumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação do devedor ou, noutra modalidade, imediatamente, sem levantar quaisquer objeções, logo que solicitado pelo beneficiário dessa garantia<sup>11</sup>.

Desde então, as garantias em análise passaram a ser denominadas garantias bancárias autónomas, em virtude de, na *praxis comercial*, se ter verificado que eram estas as instituições que frequentemente desempenhavam o papel de garantes neste contexto<sup>12</sup>.

Atualmente, muito embora a garantia autónoma se mantenha resultado da liberdade contratual e das necessidades comerciais, face ao risco associado a este negócio jurídico, o nosso ordenamento reservou exclusivamente a sua emissão às instituições de crédito ou a sociedades financeiras, nos termos do disposto nos arts. 8.º/2 e 4.º/1 al. b) do RGICSF<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> PINHEIRO, J. D. (1992), pp. 418 e 419

<sup>12</sup> MARTINEZ, P. R. e PONTE, P. F. da (2006), p. 118

<sup>13</sup> CORDEIRO, A. M. e CORDEIRO, A. B. M. (2023), pp. 808 e 811

## Capítulo II – Enquadramento da figura

### 1. Estrutura da operação

Antes de passarmos à análise do objeto central da nossa dissertação, cumpre, em sede de contextualização da figura, fazer uma breve análise daqueles que são os fatores que propiciam a preferência desta garantia em relação às suas congêneres, nomeadamente, a sua estrutura operacional e os seus traços caracterizadores.

Quando nos referimos à estrutura negocial da operação, falamos da existência de pelo menos três relações contratuais diversas, porém relacionadas entre si – a clássica estrutura triangular, nas palavras de GALVÃO TELLES<sup>14-15</sup>.

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

Nesta primeira relação jurídica, é celebrado o contrato base (ou principal)<sup>16</sup> entre aqueles que assumem as posições de devedor garantido e de credor beneficiário, do qual decorrem as obrigações garantidas.

Assim, mediante o contrato principal, geralmente envolvendo valores vultuosos e de execução demorada, o devedor obriga-se não só ao fornecimento de certos bens, serviços ou a executar determinada obra, mas também a conseguir que *“um banco de sólida reputação internacional (...) se vincule a prestar a garantia, numa determinada modalidade e por um valor fixado, a favor do credor”*<sup>17</sup>, ficando a celebração do contrato suspensivamente condicionada a essa concretização<sup>18</sup>.

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

Por sua vez, tendo as partes acordado na obrigatoriedade do devedor prestar uma garantia autónoma, é celebrado um contrato entre o devedor ordenante e o banco, através do qual, este último se vincula a celebrar com o credor da obrigação garantida o contrato de garantia autónoma, recebendo uma comissão em contrapartida.

---

<sup>14</sup> Cf. TELLES, I. G. (1988), p. 289

<sup>15</sup> Contudo, não se esgota nesta possibilidade; nas negociações internacionais, é comum verificar-se uma estrutura composta por quatro contratos, *vide* VASCONCELOS, L. M. P. de (2023), p. 145 nota 381

<sup>16</sup> Pode assumir natureza variável, como, compra e venda, empreitada, transferência de tecnologia, mútuo ou cooperação industrial. Cf. CORTEZ, F. (1992), p. 518

<sup>17</sup> Cf. CORTEZ, F. (1992), p. 524

<sup>18</sup> VASCONCELOS, L. M. P. de (2023), p. 144

Em relação à natureza jurídica deste contrato, perfilhamos da posição assumida pela doutrina majoritária<sup>19-20</sup>, que o reconhece como um contrato de mandato sem representação, regido pelos arts. 1178.º e 1180.º do CC e 231.º e 266.º do C.Com.

De modo sucinto, é através deste contrato que o devedor incumbe o garante de celebrar o contrato de garantia com o beneficiário, vinculando-se, nesses termos, à prática de um ato jurídico (art. 1157.º do CC). A realização deste ato ocorre por conta e no interesse do devedor mandante, na medida em que todos os efeitos jurídicos provenientes da celebração deste contrato irão repercutir-se na sua esfera jurídica. Assim, o garante mandatário fica obrigado a agir diligentemente com vista à satisfação dos interesses do mandante<sup>21</sup> e este último, por sua vez, fica obrigado a reembolsar o valor despendido no por parte do garante (art. 1182.º do CC).

No entanto, é um mandato sem representação, porquanto o garante age em nome próprio (art. 1180.º do CC), vinculando-se a uma obrigação própria e independente “*cujo cumprimento só a ele pode ser exigido pelo beneficiário (...), assumindo assim as obrigações decorrentes do ato que celebra, cujos efeitos não se produzem deste modo, directamente na esfera jurídica do mandante (...)*”<sup>22</sup>.

### **1.3 A relação jurídica entre o garante e o beneficiário da garantia**

Por último, temos a celebração do contrato de garantia, por meio do qual o garante banco assume uma obrigação própria, vinculando-se a prestar ao beneficiário a garantia autónoma, nos exatos termos acordados com o devedor garantido<sup>23</sup>.

Através deste contrato, o garante obriga-se a entregar uma determinada quantia pecuniária quando interpelado pelo beneficiário, consoante a apresentação de prova do incumprimento ou cumprimento defeituoso por parte do devedor ou tão-somente quando este o solicite, sem que possa opor-lhe quaisquer exceções que derivem da relação jurídica base, bem como da relação de mandato<sup>24-25</sup>.

---

<sup>19</sup> Neste sentido, entre outros, *vide* JARDIM, M. (2002), pp. 55 e 56, COSTA, M. J. A. e MONTEIRO, A. P. (1986), p. 19, BRANCO, M. C. (1993), p. 75, CORTEZ, F. (1992), pp. 527 e 528 e CORREIA, F. (1982), p. 248

<sup>20</sup> Em sentido diverso, por exemplo, MARGARIDA LIMA REGO (*in* REGO, M. L. (2015), pp.215 e 216) considera estar em causa um contrato a favor de terceiro, por sua vez, GALVÃO TELLES (*in* TELLES, I. G. (1988), p. 289) enquadra-o no âmbito dos contratos de prestação de serviços.

<sup>21</sup> Para um melhor entendimento, *vide* JARDIM, M. (2002), pp. 54 e 55

<sup>22</sup> Cf. CORTEZ, F (1992), pp. 527 e 528

<sup>23</sup> VASCONCELOS, L. M. P. de (2023), p. 144

<sup>24</sup> JARDIM, M. (2002), pp. 60, 61 e 65

<sup>25</sup> Contudo, como veremos adiante, esta regra comporta desvios.

Quanto a esta relação jurídica, a doutrina debate-se com a sua qualificação e a forma exigida.

Em primeiro lugar, é imperativo concordar com a doutrina maioritária<sup>26</sup> que qualifica este contrato como sendo um negócio jurídico de natureza bilateral, embora seja um contrato não sinalagmático, na medida em que não dá lugar a obrigações recíprocas. Isto porque são necessárias duas declarações de vontade (do garante, em prestar a garantia, e do beneficiário, ao aceitá-la) para a celebração do contrato, apesar de apenas decorrerem obrigações para o banco – a entrega da quantia pecuniária.

Ora, na realidade nem seria plausível aceitar a possibilidade de se tratar de um negócio jurídico unilateral, como defende PESTANA VASCONCELOS<sup>27</sup>.

Desde logo porque vigora entre nós o princípio da tipicidade dos negócios jurídicos unilaterais (art. 457.º do CC), de tal modo que, considerando a inexistência de norma interna que regule esta matéria, a sua celebração tornar-se-ia inadmissível em Portugal, uma vez que se trata de um negócio jurídico atípico.

Existe ainda uma outra questão, que não podemos deixar de mencionar, relativa à forma que o negócio deve revestir.

Como aponta, e bem, MENEZES LEITÃO<sup>28-29</sup>, o risco assumido por ambas as partes é distinto. Este contrato reveste uma certa imprevisibilidade e complexidade para o banco, por tal, é imperativo, para este ilustre Autor, que o garante adote a forma escrita, de modo a acautelar a sua vinculação à garantia autónoma. Simultaneamente, defende que a mesma exigência não deve ser imposta ao beneficiário, porque, muitas vezes, a aceitação por parte do beneficiário até ocorre tacitamente.

Segundo os arts. 219.º e 234.º do CC, a aceitação pode revestir forma tácita “quando (...) a própria natureza ou circunstâncias do negócio, ou os usos tornem dispensável a declaração de aceitação”; *in casu*, decorre das próprias circunstâncias contratuais, visto que a concretização do contrato principal depende de determinado banco prestar a garantia bancária autónoma a favor do beneficiário. Assim, depois do beneficiário condicionar a celebração do contrato principal à existência da prestação de

---

<sup>26</sup> Esta posição é apoiada por Autores como FERRER CORREIA, GALVÃO TELLES, ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO. Cf. CORTEZ, F. (1992), p. 529

<sup>27</sup> Vide VASCONCELOS, L. M. P. de (2023), p. 147

<sup>28</sup> LEITÃO, L. M. (2018), p. 145

<sup>29</sup> No mesmo sentido, EVARISTO MENDES (*in* MENDES, E. (1995), p. 457) e JANUÁRIO DA COSTA GOMES (*in* GOMES, M. J. da C. (2000), p. 443)

uma garantia por meio de um banco e, tendo este último emitido uma carta de garantia, esta deve ser percebida como uma verdadeira proposta contratual<sup>30</sup>. De tal modo que o beneficiário não precisa de declarar expressamente que aceitou a proposta do garante, bastando-lhe a sua conduta refletir a intenção de aceitar a proposta, *i.e.*, dando início ao contrato principal.

Já outros Autores<sup>31</sup> defendem que, não existindo nenhuma disposição legal que regule esta figura, não pode ser imposta uma exigência de forma a adotar. Deste modo, aplicando o regime geral dos negócios jurídicos ao abrigo da liberdade contratual (art. 219.º do CC), as partes contratantes não são obrigadas a oficializar a sua relação através de um documento escrito.

Não obstante compreendermos o pensamento do Autor *suprarreferido*, não cremos que deva ser imperativa a obrigação do banco emitir um documento escrito, de tal modo que a sua não realização acarrete a nulidade da declaração.

Por motivos de segurança jurídica, concordamos que a existência de um documento escrito relativamente à declaração do garante será o mais aconselhável, no entanto, não podemos ignorar, quando avaliamos tal figura, que se trata de uma “*criação pura dos participantes do comércio internacional – aceite pela generalidade da doutrina e jurisprudência*”<sup>32</sup>, sem qualquer regime legal.

Acresce ainda o facto de a entidade que, supostamente, estaria obrigada a emitir a sua declaração por intermédio de documento escrito ser um profissional da área do contrato em causa, pelo que, partindo da sua experiência profissional, deve adotar a conduta que melhor proteja a sua posição ou assumir os riscos inerentes a outra escolha.

---

<sup>30</sup> CORTEZ, F. (1992), p. 529

<sup>31</sup> Tais como ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE (*in* MARTINEZ, P. R e PONTE, P. F. da (2006), p. 135) e MÓNICA JARDIM (*in* JARDIM, M. (2002), p. 242)

<sup>32</sup> Cf. CORTEZ, F. (1992), p. 530

## 2. A causa do contrato de garantia autónoma

Durante algum tempo, questionou-se a admissibilidade das garantias autónomas no nosso ordenamento jurídico, em razão do que a própria característica da autonomia implica e da inadmissibilidade da abstração fora dos casos permitidos por lei. Não obstante, esta incerteza está ultrapassada e, atualmente, esta figura é pacificamente aceite enquanto negócio causal<sup>33-34</sup>.

Creemos ser relevante, para uma melhor compreensão do tema principal, explicar de que forma é possível existir uma relação de causalidade entre as obrigações assumidas, sem comprometer a respetiva autonomia<sup>35</sup>.

Afirma a doutrina que a independência é instrumental, na medida em que está ao serviço da causa do próprio contrato<sup>36</sup>. Ora, a causa do contrato de garantia consiste, precisamente, em assegurar uma obrigação procedente do contrato principal. Desta forma, o contrato de garantia sempre terá como fundamento o contrato base, de tal modo que, *“este último contrato constitui pressuposto do primeiro – a sua causa, hoc sensu”*<sup>37</sup>.

Bem assim, não só a finalidade económico-social deste contrato, a sua causa, o seu escopo reside em garantir um determinado contrato principal, como a sua função está objetivada na própria carta de garantia e nos contratos que a precedem<sup>38</sup>. Assim, o facto de o contrato de garantia autónoma se abstrair, em regra, das vicissitudes decorrentes do contrato principal, não faz deste um contrato abstrato, sem causa.

Ao invés, entendemos que a perspetiva da autonomia pode ser reforçada pela causalidade existente, na medida em que os contratos são de tal ordem independentes entre si que nem todas as vicissitudes do contrato base repercutem no contrato de garantia, apenas em casos extremamente limitados<sup>39</sup> por imposição de determinados postulados à autonomia privada, se justifica afetar a validade e subsistência do contrato de garantia.

---

<sup>33</sup> VASCONCELOS, L. M. P de (2023), p. 147

<sup>34</sup> Num entendimento contrário e isolado, *vide* PATRÍCIO, S. (1983), pp. 677 e ss

<sup>35</sup> Sobre esta ponderação, v. Ac. do TRP de 9/12/2013 (R. Carlos Querido)

<sup>36</sup> CORTEZ, F. (1992), p. 535

<sup>37</sup> CORREIA, F. (1982) pp. 249 e 250

<sup>38</sup> COSTA, M. J. A. e MONTEIRO, A. P. (1986), p. 21

<sup>39</sup> Decorrem de normas do próprio ordenamento jurídico, incompatíveis com a estipulação de que o pagamento da garantia é devido em qualquer circunstância, nomeadamente quando a obrigação garantida não exista ou a sua pretensão se apresente manifestamente inadmissível. Cf. MARTINEZ, P. R e PONTE, P. F. da (2006), pp. 123 e 124

### 3. Caracterização

#### 3.1 Autonomia como característica essencial

O traço característico da garantia autónoma enquanto garantia pessoal é, tal como o nome indica, a autonomia da obrigação assumida pelo garante em relação às obrigações que decorrem do contrato base, bem como do contrato de mandato<sup>40</sup>.

Com efeito, a caracterização desta garantia como autónoma deverá partir de uma contraposição da mesma com outra figura afim – a fiança, prevista no art. 627.º do CC<sup>41</sup>.

Ora, tanto a fiança como a garantia autónoma visam reforçar a garantia geral das obrigações, entendida como o conjunto de bens penhoráveis do devedor, que respondem efetivamente por determinadas dívidas<sup>42</sup>. No entanto, o ponto de afastamento reside essencialmente no traço característico da fiança – a acessoriedade<sup>43</sup>.

Em sede dos elementos essenciais da fiança, vigora o princípio da acessoriedade e da subsidiariedade<sup>44</sup>.

Assim, num primeiro momento, falaremos de uma obrigação ligada funcional e materialmente ao crédito garantido, de tal modo que a obrigação do fiador é moldada pela obrigação principal<sup>45</sup>. Isto significa que a garantia deve revestir o conteúdo da mesma (art. 634.º do CC), em toda a sua dimensão, cobrindo a mora e a culpa do devedor. Todavia, nada impede que as partes estipulem ser menos onerosa do que a obrigação do devedor (art. 631.º/1 do CC).

Além disso, a fiança deve seguir a forma exigida para a obrigação principal (art. 628.º do CC). Consequentemente, a invalidade da obrigação principal importa a invalidade da fiança (art. 632.º/1 do CC), bem como a sua extinção determina a extinção da obrigação do fiador (art. 651.º do CC)<sup>46</sup>.

Por fim, o fiador pode opor os meios de defesa próprios da relação de fiança, mas também aqueles que competem ao devedor (art. 637.º do CC)<sup>47</sup>.

---

<sup>40</sup> BASTOS, M. B. (2010), p. 526

<sup>41</sup> Por economia de espaço, optámos pela comparação com esta figura, por ser aquela que, na prática, melhor nos permite evidenciar a autonomia das garantias em estudo, no entanto, não se ignora a existência de outras relevantes, como o aval, o depósito de dinheiro, o seguro-caução ou o crédito documentário, *vide* JARDIM, M. (2002), pp. 169 a 243

<sup>42</sup> PINHEIRO, J. D. (1992), p. 423

<sup>43</sup> Sobre a distinção, v. Ac. do STJ de 29/04/2008 (R. Nuno Cameira)

<sup>44</sup> CORDEIRO, A. M. e CORDEIRO, A. B. M. (2023), pp. 798 e 799

<sup>45</sup> SILVA, J. C. da (1996), p. 334

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 334 e 335

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 334

Num segundo momento, a obrigação será, por via de regra, subsidiária da obrigação garantida<sup>48</sup>, na medida em que a obrigação do fiador só se tornará exigível quando todos os bens do devedor tenham sido executados e/ou não sejam suficientes.

Dito isto, por lógica, a acessoriedade seria o antónimo de autonomia, no entanto, acreditamos ser bastante duvidoso “(...) *que a autonomia corresponda ao inverso conceitual, à face negativa, da acessoriedade*”<sup>49</sup>, pelo que se torna necessária uma análise mais aprofundada da situação.

A doutrina tem entendido que, se a obrigação do garante é própria e independente em relação à obrigação garantida, não poderá ser atingida pelas diversas vicissitudes que possam afetar esta última.

Para estes Autores<sup>50</sup>, a constituição da obrigação autónoma de garantia não depende da validade da obrigação do devedor, *a contrario* do art. 632.º do CC.

Além disso, o garante autónomo não goza da faculdade concedida no art. 637.º do CC, isto porque a finalidade da celebração deste tipo contratual é gerar uma garantia mais robusta, que não se deixe afetar pelas vicissitudes da relação principal.

Com efeito, as condições são mais onerosas para o garante do que para o devedor principal, visto que ao fiador será lícito recusar o cumprimento, enquanto o credor não fizer prova do incumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação principal, além de poder invocar os meios de defesa próprios da relação de fiança, bem como os que competem ao devedor (art. 637.º do CC). Por sua vez, o beneficiário da garantia autónoma está, em regra, dispensado de tal prova<sup>51</sup> e (o garante) não pode, como sucede na fiança, invocar os meios de defesa decorrentes da relação principal e/ou de mandato<sup>52-53</sup>.

No entanto, parece ser difícil, considerando o sistema jurídico português, não questionar como é que a existência e a validade da obrigação do garante não dependem da existência e da validade da obrigação principal, se esta última dá causa à primeira, já que a sua função é a de garantir a obrigação principal, sendo este o seu fim económico-social, à semelhança do que ocorre na fiança.

---

<sup>48</sup> A subsidiariedade é uma característica eventual, visto que o fiador pode afastar o seu efeito, renunciando previamente ao benefício da excussão prévia.

<sup>49</sup> Cf. CORTEZ, F. (1992), p. 533

<sup>50</sup> Nesse sentido, *vide* VASCONCELOS, L. M. P. de (2023), p. 150, PINHEIRO, J. D. (1992), p. 424 e BASTOS, M. B. (2010), p. 527

<sup>51</sup> PINHEIRO, J. D. (1992), p. 424

<sup>52</sup> VASCONCELOS, L. M. P. de (2023), p. 142

<sup>53</sup> Com o mesmo entendimento, v. Ac. do TRP de 21/01/2016 (R. Inês Moura)

Consideramos que a melhor doutrina a seguir é aquela que admite alguma margem de acessoriedade nas garantias autónomas, na medida em que a autonomia não signifique inoponibilidade de todas as exceções exteriores ao contrato de garantia, mas antes *“a não invocabilidade pelo garante de vicissitudes verdadeiramente controvertidas da relação jurídica garantida ou do contrato de mandato para recusar o cumprimento da sua obrigação”*<sup>54</sup>.

Assim, em primeiro lugar, deve existir acessoriedade extintiva, na medida em que, se o credor tiver sido satisfeito pelo devedor principal através do regular cumprimento das obrigações, deve considerar-se extinto o débito do garante, sob pena de haver um enriquecimento indevido por parte do beneficiário<sup>55</sup> e, também, porque a causa para a existência da obrigação do garante se extinguiu<sup>56</sup>.

Em segundo lugar, julgamos ser de admitir alguma acessoriedade acerca da existência e da validade da obrigação principal. Por exemplo, imaginando que o contrato base é declarado nulo ou inexistente por sentença transitada em julgado, que sentido faria manter o garante adstrito ao cumprimento, se a obrigação que se pretende garantir é de forma definitiva e indiscutível, inexistente ou nula<sup>57</sup>?

Na nossa perspetiva, não é indiferente traçar uma fronteira entre a dúvida e a certeza, se *“a inexistência ou a invalidade da obrigação garantida são um dado adquirido, indiscutível, a obrigação de garantia não se pode manter porque perde a sua própria causa, pelo que não pode o garante deixar de invocar as respetivas exceções. Se, pelo contrário, a inexistência ou invalidade não são certas, o garante também não as pode alegar para deixar de cumprir a sua obrigação”*<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> Cf. CORTEZ, F. (1992), p. 535

<sup>55</sup> BASTOS, M. B. (2010), p. 528

<sup>56</sup> Nesse sentido, v. Ac. do TRP de 11/07/2018 (R. Judite Pires)

<sup>57</sup> CORTEZ, F. (1992), p. 534

<sup>58</sup> Cf. CORTEZ, F. (1992), pp. 534 e 535

### 3.2 Automaticidade como característica eventual

No seio das garantias bancárias autónomas, existe ainda uma relevante distinção que importa referir – toda a garantia bancária autónoma possui autonomia em relação à obrigação principal, mas nem todas possuem automaticidade.

A possibilidade de uma garantia possuir carácter automático depende da vontade das partes, refletida mediante a inclusão no contrato de garantia bancária autónoma de uma cláusula “à primeira solicitação”. Deste modo, aplicando o critério da automaticidade, emergem dois tipos de garantias bancárias autónomas<sup>59</sup>.

Por um lado, as simples, que embora sejam autónomas em relação à existência, validade ou exceções oponíveis ao crédito garantido, tal não desobriga o beneficiário de comprovar os factos que legitimam o seu acionamento, ou seja, os factos constitutivos do seu direito<sup>60</sup> (*i.e.* incumprimento, não cumprimento pontual, cumprimento defeituoso por parte do devedor ou qualquer “*evento cujo risco originou a promessa do garante se verificar*”<sup>61</sup>). Assim, ao contrário da fiança, há uma derrogação da regra da acessoriedade neste tipo de garantia.

Por outro lado, existem as garantias bancárias autónomas à primeira solicitação que além de se caracterizarem por todos os elementos presentes nas garantias autónomas simples, se distinguem pela produção de um efeito imediato de dispensa da verificação do fundamento material legitimador da solicitação, bastando a mera interpelação do beneficiário<sup>62</sup> para colocar o garante numa posição de (quase) sujeição a efetuar o pagamento.

Assim sendo, parece-nos claro que as principais divergências entre estas modalidades residem ao nível da exigibilidade e na prova do direito<sup>63</sup>.

Quanto ao primeiro, nas garantias autónomas automáticas, a exigibilidade apenas depende da interpelação do beneficiário<sup>64</sup>, dispensando-o de demonstrar o seu direito, ao contrário do que sucede nas garantias autónomas simples.

Simultaneamente, como o cumprimento da obrigação fica condicionado à mera solicitação, também se verifica uma inversão do ónus da prova (art. 342.º/1 do CC) em

---

<sup>59</sup> Sobre a distinção, v. Ac. do STJ de 21/06/2018 (R. Hélder Almeida)

<sup>60</sup> VASCONCELOS, L. M. P. de (2023), p. 148 e LEITÃO, L. M. (2018), p. 143

<sup>61</sup> Cf. CORREIA, A. F. (1989), p. 253

<sup>62</sup> CORTEZ, F. (1992), p. 545

<sup>63</sup> *Ibidem*, pp. 536 e 537

<sup>64</sup> Como veremos adiante, podem existir alguns requisitos adicionais, no entanto, o Banco não pode discutir ou questionar como se de provas se tratassem.

relação ao evento que legitima o direito de crédito contra o garante<sup>65</sup>. Assim, diferente das garantias autónomas simples, em que o beneficiário não terá direito à quantia pecuniária se não for capaz de provar o seu direito, na modalidade à primeira solicitação incumbe antes ao garante alegar e demonstrar, através de determinado tipo de prova<sup>66</sup>, que a prestação solicitada não lhe é devida, por desacompanhar a causa e o fim para o qual as partes pensaram estipulação da cláusula. A legitimidade da sua recusa dependerá, então, da prova que consiga fazer da não verificação dos fundamentos materiais do direito de crédito do beneficiário.

Dito isto, importa referir o seguinte: o facto de o beneficiário estar dispensado de provar a ocorrência do evento que legitima o seu direito ao crédito não dispensa a ocorrência real do mesmo, ou seja, o evento legitimador do acionamento da garantia tem necessariamente de ocorrer. Doutro modo, a solicitação violará a proibição do abuso de direito e o dever, decorrente do contrato de garantia celebrado com o garante, de pautar as suas condutas com correção e lisura, conforme dita o princípio da boa-fé<sup>67</sup>.

Com efeito, é inegável que a celeridade, segurança e eficácia envolvidas e propiciadas por esta figura jurídica conferem inúmeras vantagens para todos os envolvidos, em especial ao credor beneficiário e ao garante.

Quanto ao primeiro, a oposição desta cláusula permite afastar, na maioria das vezes, o risco de eventuais litigâncias sobre a ocorrência do evento que legitima a solicitação. Assim, ficando o beneficiário dispensado de provar o seu direito, há um corte na “(...) última cadeia que ainda prendia a sua garantia à litigância sobre a relação jurídica de base (...)”<sup>68</sup>, o que significa, para si, uma dupla proteção.

Na verdade, a possibilidade de o beneficiário não receber a quantia já diminuí substancialmente em razão da própria natureza autónoma da garantia face às relações subjacentes, que, segundo um *princípio de inoponibilidade*<sup>69</sup>, impede o garante de opor ao beneficiário quaisquer meios de defesa derivados das outras relações<sup>70</sup>. Ademais, com

---

<sup>65</sup> MARTINEZ, P. R. e PONTE, P. F. da (2006), p. 141

<sup>66</sup> Note-se que o conhecimento desta prova por parte do garante, nos termos explicados oportunamente no capítulo seguinte, pode advir do garantido, no prazo previsto para o efeito, mas também poderá ser do conhecimento do próprio garante, aquando da solicitação e está sujeita a exigências específicas.

<sup>67</sup> Cf. JARDIM, M. (2002), p. 297

<sup>68</sup> Cf. CORTEZ, F. (1992), p. 537

<sup>69</sup> JARDIM, M. (2002), p. 274

<sup>70</sup> VASCONCELOS, L. M. P. de (2023), p. 151

a inclusão desta cláusula, passa a poder solicitar a entrega da quantia, sem ter o ónus de provar que o evento garantido se verificou.

Ao mesmo tempo, também é do maior interesse dos bancos celebrar este tipo de contratos. Enquanto garantes, as instituições bancárias sabem que vão lidar com grandes números e também sabem que nem sempre serão chamados a pagar o valor acordado, porque o acontecimento futuro é incerto, que permite desencadear o acionamento da garantia, pode nem verificar-se<sup>71</sup>.

Deste modo, como assinalam MENEZES CORDEIRO e BARRETO MENEZES CORDEIRO, os bancos procedem à emissão de garantias com cautela, calculando, em abstrato, o número de casos que serão chamados a pagar e em que medida lograrão recuperar os fundos adiantados, sendo muito comum que constituam contragarantias<sup>72-73</sup>.

Concomitantemente, cobram uma comissão pelas garantias emitidas, que é calculada de forma a colmatar os prejuízos e, simultaneamente, a “assegurar (...), na gíria bancária, uma margem de adequada rendibilidade dos capitais envolvidos”<sup>74</sup>. Dessa maneira, mesmo que a garantia nunca venha a ser executada, a instituição bancária obtém lucro apenas pela sua emissão.

Acresce ainda, tal como vimos, que, quando o banco aceita ser garante sem embargo de a garantia revestir a modalidade simples ou à primeira solicitação, a relação entre o garante e o beneficiário é independente das restantes relações conexas<sup>75</sup>. Também esta circunstância é, tendencialmente, vantajosa para o garante, na medida em que atinge uma posição de neutralidade (quase) total, que lhe permite excluir-se de eventuais litígios entre o credor beneficiário e o devedor garantido, pelo que, em regra, paga “de olhos fechados” e recebe o reembolso “de olhos fechados”<sup>76</sup>.

Por fim, ainda que numa posição mais frágil, o devedor também encontra vantagens, designadamente a conclusão do negócio que subjaz ao contrato de garantia.

Como explicámos, é comum que a efetivação do contrato principal se encontre condicionada à prestação de uma garantia bancária autónoma à primeira solicitação. Nesses casos, o que o credor procura é, desde logo, segurança e profissionalismo. Ora, apenas um garante possuidor de uma robustez económica e financeira tendencialmente

---

<sup>71</sup> CORDEIRO, A. M. e CORDEIRO, A. B. M. (2023), p. 809

<sup>72</sup> *Ibidem*

<sup>73</sup> Para um maior desenvolvimento das contragarantias, *vide* MARTINEZ, P. R e PONTE, P. F. da (2006), pp. 133 e 134

<sup>74</sup> CORDEIRO, A. M. e CORDEIRO, A. B. M. (2023), pp. 809 e 810

<sup>75</sup> PINHEIRO, J. D. (1992), p. 420 e MARTINEZ, P. R. e PONTE, P. F. da (2006), p. 122

<sup>76</sup> Cf. CORTEZ, F. (1992), pp. 537 e 538

ilimitada é capaz de assegurar essas necessidades, mitigando as fragilidades relacionadas com o instituto, em especial, no que concerne à expectativa do beneficiário.

Logicamente, quanto mais credível for a entidade maior a probabilidade de o credor beneficiário confiar na capacidade de o devedor garantido honrar as obrigações previstas no contrato base. E, em simultâneo, também deduz que, na pior das hipóteses, em caso de incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato, os seus interesses nunca ficam desprotegidos.

Porém, apesar das vantagens conferidas, a cláusula à primeira solicitação pura é consideravelmente mais arriscada para o garante. De forma a salvaguardar a sua posição e a evitar situações de solicitação fraudulenta ou abusiva, como melhor analisaremos no capítulo III, é comum que a esta modalidade de garantia se associe um pedido de documentação ou de justificação.

### **3.2.1 Garantia bancária autónoma à primeira solicitação a pedido acompanhado de documentação**

Atendendo ao risco que a garantia bancária autónoma à primeira solicitação acarreta para o garante, é comum que este salogue a sua posição, mediante acordo com o beneficiário de que, no momento em que este eventualmente tenha de acionar a garantia, deverá juntar determinados documentos provenientes ou emitidos por terceiros que validem o seu pedido<sup>77</sup>.

Ora, esta exigência não implica que esta cláusula perca o seu carácter autónomo e/ou automático. Tudo depende do tipo de documentos e do alcance que as partes desejem dar à sua verificação<sup>78</sup>.

Assim, não será impensável que a garantia se mantenha autónoma, na medida em que o garante não poderá opor, em regra, ao beneficiário quaisquer exceções derivadas da relação principal ou de mandato<sup>79</sup>. No entanto, a sua modalidade dependerá da força que esses documentos assumam. Será simples, quando os documentos a apresentar visem provar o cumprimento defeituoso ou o incumprimento por parte do devedor garantido<sup>80</sup>. Ou, automática, quando a entrega de documentos não permita ao garante indagar sobre o

---

<sup>77</sup> MARTINEZ, P. R. e PONTE, P. F. da (2006), p. 132 e LEITÃO, L. M. (2018), p. 147

<sup>78</sup> CORDEIRO, A. M. e CORDEIRO, A. B. M. (2023), p. 805

<sup>79</sup> BRANCO, M. C. (1993), p. 77

<sup>80</sup> JARDIM, M. (2002), p. 84

cumprimento ou incumprimento do contrato base, criando apenas a convicção de que determinado facto se produziu<sup>81</sup>.

Nesse caso, sendo solicitado a pagar e tendo sido entregues os documentos acordados, o garante deve verificar se o pedido foi realizado corretamente e, de seguida, efetuar o pagamento, sem requerer provas ou realizar investigações sobre a veracidade dos factos.

### **3.2.2 Garantia bancária autónoma à primeira solicitação a pedido justificado**

Por sua vez, as partes podem prever não a apresentação de documentos, mas de uma declaração escrita justificativa por parte do beneficiário, especificando a verificação do evento previsto no contrato que permite desencadear o acionamento da garantia (v.g., quais as obrigações decorrentes do contrato base incumpridas pelo devedor<sup>82</sup>).

Esta possibilidade evita que o beneficiário execute uma garantia quando está em causa uma situação de incumprimento ou cumprimento defeituoso diversa daquela que as partes acordaram no texto da garantia.

No entanto, não é por isso que perde o seu carácter autónomo e automático, isto porque, além de não poder opor, em regra, as exceções referidas no ponto anterior, o facto de tomar conhecimento do motivo concreto que leva o beneficiário a acionar a garantia não constitui um ónus da prova por parte do beneficiário<sup>83</sup>, impossibilitando o garante de invocar discórdia em relação à justificação para se obstar ao pagamento<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> *Ibidem*, pp. 91 e 250

<sup>82</sup> PINHEIRO, J. D. (1992), p. 426

<sup>83</sup> JARDIM, M. (2002), pp. 90, 91 e 250

<sup>84</sup> BRANCO, M. C. (1993), pp. 76 e 77

## Capítulo III – Meios de defesa do garante

### 1. Recusa legítima do pagamento por parte do garante

Como fomos expondo ao longo da nossa análise, a aposição de uma cláusula à primeira solicitação num contrato de garantia bancária autónoma eleva esta característica intrínseca a um “estado de pureza máxima”<sup>85</sup>. Mas significará isto que estamos perante uma garantia ilimitada que deve ser paga sem qualquer indagação?

Parece-nos certo afirmar que a escolha das partes nesta modalidade de garantia reflete a sua vontade de favorecer a posição do beneficiário. Reflexo disso, são os contornos facilitadores da exigibilidade e do ónus da prova, que o desoneram de provar a verificação do fundamento material, bastando-lhe a mera solicitação para desencadear a obrigação de entrega imediata da quantia pecuniária garantida.

No entanto, será compatível com o nosso ordenamento jurídico uma garantia assente nesta lógica imperiosa de ‘primeiro paga, depois discute’? Será admissível um poder totalmente arbitrário que vincule o garante, independentemente das circunstâncias subjacentes, a prestar o pagamento?

Podemos adiantar que, muito embora seja necessário respeitar a autonomia e a automaticidade determinadas pelas partes contratantes, sob pena de desvirtuarmos o próprio sentido da garantia, acreditamos que, isso não pode implicar a fomentação de solicitações impróprias ao objetivo da celebração do contrato, por isso, o garante não só pode como, em certos casos, deve invocar determinadas exceções para legitimar a recusa do cumprimento da garantia a que se vinculou<sup>86</sup>.

Assim sendo, a autonomia e a automaticidade da garantia bancária não podem ser percecionadas de forma absoluta, mas antes limitada<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Cf. CORTEZ, F. (1992), p. 595

<sup>86</sup> Sobre a distinção entre as causas que pode recusar e as que deve recusar, *vide* JARDIM, M. (2002), pp. 279 a 282

<sup>87</sup> CORTEZ, F. (1992), p. 596

## 2. A importância do dever de informar e de analisar a solicitação

Como vimos, no momento em que ocorre a solicitação do pagamento, surge na esfera jurídica do garante uma obrigação de efetuar a entrega da quantia a que se vinculou.

Nessa etapa, o banco deve adotar uma posição tendencialmente neutra, concentrando-se na função de garantia à qual se comprometeu, evitando envolver-se em discórdias que surjam entre o garantido e o beneficiário, inclusive de forma a proteger a sua reputação comercial.

Concomitantemente, emergem quatro deveres para o garante, fundamentados na própria relação de mandato existente entre si e o devedor<sup>88</sup>: (i) o dever de informar o garantido quando é feita a solicitação de pagamento; (ii) o dever de verificar a conformidade do pedido com as condições pré-determinadas no próprio texto da garantia; posteriormente, (iii) o dever de recusar o pagamento, quando assim deva proceder; ou (iv) após, apurar a conformidade, o dever de pagar ao beneficiário.

Como aponta MÓNICA JARDIM, decorre da própria letra da lei – art. 1161.º do CC – a obrigação de o garante mandatário zelar pelos interesses do garantido mandante, visto que todos os atos que adotar irão repercutir os seus efeitos sobre a esfera jurídica do garantido<sup>89</sup>.

Isto ocorre porque, embora seja o garante que efetua o pagamento numa primeira fase, é para o garantido que o acionamento da garantia implica um verdadeiro sacrifício patrimonial – numa fase subsequente, terá de efetuar o reembolso do que o garante tiver despendido no cumprimento da garantia, ademais das comissões e juros pagos.

O problema surge, como veremos, quando o pedido advém de uma solicitação indevida. Nesses casos, o dever de informar assume um papel de destaque. No momento em que ocorre a solicitação, tratando-se de uma cláusula à primeira solicitação, que pela sua natureza permite a dispensa da verificação do fundamento material, dificilmente o garante estará em condições, por si só, de discernir se se trata de uma situação em que tem a obrigação de recusar o pagamento.

Desta feita, é ao informar o garantido de que ocorreu a solicitação que pode obter informações fundamentais que lhe permitam agir em consonância com os deveres assumidos com o contrato de mandato<sup>90</sup>, sem descuidar da obrigação a que se vinculou.

---

<sup>88</sup> JARDIM, M. (2002), p. 59

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 254

<sup>90</sup> SILVA, J. C. da (1996), p. 343 nota 25

Por esse motivo, na nossa ótica, não podem proceder os argumentos defendidos por alguns Autores<sup>91</sup> de que o dever de informar por parte do garante compromete a essência e as finalidades basilares da própria garantia bancária autónoma à primeira solicitação – *i.e.*, a eficácia e a celeridade que as partes desejaram garantir ao beneficiário. Ou, ainda, que seria desprovido de interesse prático, uma vez que o ordenante não dispõe de qualquer direito a vetar a solicitação<sup>92</sup>.

Pelo contrário, somos da opinião de que não só o dever de informação é perfeitamente compatível com a natureza da garantia bancária autónoma automática<sup>93-94</sup>, como advém de um dever intrínseco às finalidades do contrato de mandato, subjacente entre o banco garante e o devedor garantido.

Veja-se, mesmo quando se trate de uma cláusula à primeira solicitação, existe um período entre a interpelação e o momento em que o garante efetivamente paga.

Este período existe para que o banco possa apreciar devidamente o pedido – dever de análise da conformidade do pedido<sup>95</sup>, nomeadamente, a (in)existência dos documentos ou justificações requeridas, a temporaneidade dos prazos, verificar a forma de solicitação, etc., de forma a garantir os interesses do garantido, *i.e.*, evitando que o pagamento seja efetuado mesmo quando não é devido.

Em simultâneo, deve considerar-se este intervalo de tempo mais do que suficiente para que o garantido tome conhecimento e, considerando tratar-se de uma solicitação indevida, reaja tempestivamente contra tal solicitação<sup>96</sup>, apresentando prova líquida e inequívoca, capaz de demonstrar o seu carácter fraudulento ou abusivo, surgindo para o garante o dever de recusar o pagamento e/ou, desencadeando um procedimento cautelar, requerendo medidas que impeçam a produção dos efeitos decorrentes da solicitação<sup>97</sup>.

---

<sup>91</sup> Esta é a visão defendida pelo autor KLEINER (*in* DOHM, J. (1986), p. 82 *apud*. JARDIM, M. (2002), p. 253)

<sup>92</sup> Posição defendida por VASSEUR (*in* VASSEUR (1990), p. 200 *apud*. JARDIM, M. (2002), p. 253)

<sup>93</sup> Nesse sentido, por todos, *vide* DOHM, J. (1986), pp. 82 e 83, BONELLI, F. (1991), pp. 5 e ss e PORTALE, G. (1988), pp. 9 e 22 *apud*. JARDIM, M. (2002), p. 253

<sup>94</sup> Em alguns casos, como quando o banco se encontre perante, por exemplo, uma garantia caducada ou que não preencha os requisitos exigíveis, não se afigura necessário que informe logo o garantido, porque, nesses casos, sobrepõem-se automaticamente um dever de recusa. No entanto, se decidir não efetuar o pagamento, sem informar o garantido, deve dar-lhe conhecimento desse facto depois porque continua adstrito a mantê-lo a par das vicissitudes. Cf. JARDIM, M. (2002), pp. 253 e 254

<sup>95</sup> Em conformidade com os arts. 19.º e 27.º das ICC Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG 758).

<sup>96</sup> Ressalta-se que também esta posição adotada por nós se configura compatível com os arts. 16.º e 22.º das URDG 758.

<sup>97</sup> JARDIM, M. (2002), pp. 327 a 353 e EPIFÂNIO, M. do R. (1998), pp. 348 e 349

Nesse sentido, importa referir que, o banco garante não será responsabilizado pela não deteção de determinados tipos de desconformidades, v.g., falsificações, autenticidade dos documentos, suficiência ou outros defeitos não aparentes<sup>98</sup>, se atuar com cuidado e dentro dos parâmetros da boa-fé, visto não lhe ser exigível a produção de qualquer tipo de prova, nem que proceda a quaisquer investigações, mas, tão-somente, uma análise diligente da conformidade<sup>99</sup>.

Assim, pelo facto de o devedor garantido estar numa situação de maior fragilidade e pelas obrigações que emergem da relação de mandato entre este e o garante, consideramos que, se este pagar numa situação em que, manifestamente, deveria ter recusado o cumprimento da obrigação por se tratar de uma situação abusiva ou fraudulenta, não deve ser reembolsado pelo cumprimento “*das obrigações contraídas em execução do mandato*” (art. 1182.º do CC), já que não zelou pelos interesses do mandatário, *i.e.*, o pagamento efetuado numa solicitação indevida não é compatível com o cumprimento das obrigações assumidas, mas antes uma violação dos deveres acessórios de proteção que, em conjunto com o princípio da boa-fé, o obrigavam a recusar o pagamento<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> Neste sentido, CALDERALE (*in* CALDERALE, A. (1992), p.703 *apud*. JARDIM, M. (2002), pp. 260 e 261)

<sup>99</sup> v. Ac. do STJ de 21/03/2023 (Manuel Capelo), decide que o garante não tem qualquer ónus de investigar os factos que possam sedimentar a fraude ou o abuso.

<sup>100</sup> MARTINEZ, P. R. e PONTE, P. F. da (2006), p. 144

### 3. Exceções oponíveis pelo garante ao beneficiário segundo a doutrina

Tomando de empréstimo as sábias palavras de FERRER CORREIA<sup>101</sup>, seguir o regime à letra das garantas bancárias à primeira solicitação importaria na prática um “*rigor draconiano*”, incompatível com os pilares do nosso ordenamento jurídico.

O ideal será, portanto, estabelecer um equilíbrio entre os limites à autonomia e à automaticidade, de forma a mitigar os perigos inerentes aos abusos e fraudes cometidos pelo beneficiário, dissimulados sob a veste da garantia bancária autónoma à primeira solicitação, sem que com isso se reduza esta figura a uma espécie de “*accessorietá mascherata*”<sup>102</sup>.

Por tal, a doutrina tem procurado tipificar algumas exceções, que funcionam como “*válvulas de ventilação de justiça*”<sup>103</sup>, situadas numa linha ténue entre as vantagens que esta garantia proporciona às partes contratantes, sem abdicar da conformidade com princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico e a necessidade de impedir que uma figura jurídica seja um incentivo ao cometimento de factos ilícitos, relacionados com fraudes ou falsificação de documentos<sup>104</sup>.

No quadro da execução de uma garantia autónoma automática, valerão sempre ao garante as exceções decorrentes do próprio contrato de garantia, nomeadamente, quando a interpelação tenha sido efetuada de forma irregular, por insuficiência formal e, ainda, por incompatibilidade com o estipulado no texto da garantia. A esta última corresponderá a falta de uma declaração expressa exigida pelo texto de garantia, a não indicação, quando lhe era exigível, dos fundamentos que determinam a execução da garantia ou quando omita a apresentação de documentos que constituam condição *sine qua non* da respetiva execução<sup>105</sup>. Mas também poderá ser o caso de um beneficiário que solicite quantia diversa daquela que foi garantida, mormente, uma quantia superior<sup>106</sup>.

Por sua vez, fundamentando-se na natureza causal da garantia, o garante poderá recusar o pagamento quando o contrato base não tenha sido celebrado<sup>107</sup>, ou, tendo sido, seja declarado nulo ou anulável<sup>108</sup>, por circunstâncias não relacionadas com o contrato base, o que por inerência significa que a garantia perdeu o seu sentido de existência.

---

<sup>101</sup> CORREIA, A. F. (1982), p. 256

<sup>102</sup> Na expressão de RESCIGNO e PORTALE (*in* PORTALE, G. B. (1990) p. 40 *apud*. CORTEZ, F. (1992), p. 596)

<sup>103</sup> Cf. SILVA, J. C. da (1996), p. 343

<sup>104</sup> Assim dispôs o Ac. do STJ de 5/07/2012 (R. Abrantes Geraldês)

<sup>105</sup> BRANCO, M. C. (1993), p. 79 e JARDIM, M. (2002), pp. 90 e 249

<sup>106</sup> PINHEIRO, J. D. (1992), p. 449

<sup>107</sup> JARDIM, M. (2002), p. 275

<sup>108</sup> Sobre exemplos práticos deste entendimento, *vide* JARDIM, M. (2002), p. 275

Ademais, será lícito recusar o pagamento quando a garantia tenha caducado<sup>109</sup>. Também, para alguns Autores<sup>110</sup>, quando a solicitação seja efetuada por um cessionário e não pelo beneficiário inicial, existindo impedimento expresso previsto no contrato, não tendo sido prestado consentimento prévio por parte do garante ou quando a transferência do direito de garantia não ocorra em conjunto com a cessão do crédito garantido, obstando à manutenção da conexão entre beneficiário e credor do contrato base.

Finalmente, também lhe assiste a possibilidade de invocar a compensação em relação ao beneficiário<sup>111</sup>.

Já no que concerne às exceções derivadas da relação principal e do contrato de mandato, a regra é a da inoponibilidade das mesmas por parte do garante ao credor beneficiário<sup>112</sup>. Tais limitações são decorrências essenciais para preservar o traço da autonomia, que caracteriza a figura jurídica em estudo.

No entanto, tem-se entendido que esta regra deve ceder perante circunstâncias excepcionais, designadamente, quando comprometam princípios fundamentais da ordem jurídica portuguesa<sup>113</sup>.

De especial relevância prática, a doutrina fala-nos das situações que configurem (i) abuso evidente ou fraude manifesta quando o beneficiário solicita o pagamento e (ii) quando o contrato base se revela contrário à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes (art. 280.º do CC).

---

<sup>109</sup> MARTINEZ, P. R. e PONTE, P. F. da (2006), p. 142 e LEITÃO, L. M. (2018), p. 148

<sup>110</sup> Em sentido positivo, *vide* JARDIM, M. (2002), p. 277 e PINHEIRO, J. D. (1992), p. 451. Assumindo uma posição contrária, *vide* MARTINEZ, P. R. e PONTE, P. F. da (2006), p. 137

<sup>111</sup> Por todos, *vide* BASTOS, M. B. (2010), p. 533, JARDIM, M. (2002), p. 277, PINHEIRO, J. D. (1992), p. 451 e EPIFÂNIO, M. do R. (1998), p. 347

<sup>112</sup> PINHEIRO, J. D. (1992), p. 449 e SILVA, J. C. da (1996), p. 340

<sup>113</sup> MARTINEZ, P. R. e PONTE, P. F. da (2006), p. 141

## 4. A exceção de fraude manifesta ou abuso evidente

### 4.1 Noções gerais

A prática de atos abusivos ou fraudulentos por parte dos beneficiários e a consequente dificuldade em proteger tempestivamente o devedor garantido – que, como veremos, é na maioria das vezes o verdadeiro lesado – constitui, atualmente, “(...) o atentado mais sério contra a operacionalidade e credibilidade das garantias bancárias autónomas automáticas”<sup>114</sup>.

Por tal, parece-nos fundamental analisar o que concretiza uma situação de fraude ou abuso, no plano das exceções oponíveis pelo garante e se, nesse contexto, a distinção dos conceitos acarreta, ou não, alguma relevância prática.

A doutrina não é uníssona quanto a esta questão.

Desde logo, a imprecisão do conceito de fraude acarreta, como efeito necessário, uma considerável flutuação terminológica<sup>115</sup>, em virtude da inexistência de um preceito firme de “*fraude à lei*”<sup>116</sup>. Em consequência, alguma doutrina tem procurado delimitar a fraude relativamente a outras figuras jurídicas, com larga tradição, como o abuso de direito. Pelo contrário, este último encontra-se expressamente regulado no art. 334.º do CC, consistindo num excesso manifesto dos “*limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito*”.

Com efeito, a questão coloca-se no seguinte plano: deve entender-se a fraude como uma figura jurídica autónoma no Direito Português ou, por outro lado, enquanto conceito absorvido pela figura do abuso de direito (art. 334.º do CC)?

A resposta a esta pergunta tem uma implicação prática pertinente para o nosso tema: a prova.

Vejamos.

---

<sup>114</sup> Cf. CORTEZ, F. (1992), pp. 595 e 596

<sup>115</sup> Para uma contextualização histórica da fraude à lei e da sua evolução jurídica, vide ANTUNES, A. F. M. (2018), pp. 15 a 136

<sup>116</sup> ANTUNES, A. F. M. (2018), p. 73

Entre nós, CALVÃO DA SILVA pronunciou-se pela inutilidade de distinguirmos os conceitos de fraude e de abuso de direito. Muito embora reconheça as suas diferenças, defende que o fim perspectivado em relação às garantias em estudo é satisfeito com o recurso ao princípio da proibição do abuso de direito (art. 334.º do CC), independentemente da intenção ou consciência que o beneficiário disponha quando solicita o pagamento.

Justificou, então, o estimado Autor que “(...) a exigência de fraude (*fraud in the transaction*) é própria da *common law*, que não conhece a teoria geral do abuso de direito (...). Já na *civil law* o mesmo resultado alcança-se pelo princípio (da proibição) do abuso de direito do beneficiário da garantia, em nome da justiça material”<sup>117</sup>.

No mesmo sentido, FERRER CORREIRA<sup>118-119</sup> contempla que qualquer solicitação efetuada pelo beneficiário, reveladora de um carácter manifestamente anormal em razão aos fundamentos que permitam acionar a garantia, está abrangida pelo art. 334.º do CC. Isto justifica-se, na medida em que o instituto do abuso de direito se revela mais abrangente que a aplicação do princípio da fraude, incluindo-o<sup>120</sup>. Deste modo, o elemento constitutivo, *i.e.*, intenção subjacente à conduta do beneficiário, não será objeto de prova, já que, o art. 334.º do CC não exige a verificação de uma conduta negligente ou dolosa.

Numa perceção completamente distinta, ANA ANTUNES<sup>121</sup> considera que a ausência de um preceito explícito relativo à fraude à lei, enquanto figura geral, não lhe retira a merecida relevância jurídica.

Esta possibilidade assenta na aceitação de um princípio geral de proibição de atuação em fraude que, muito embora não se encontre escrito, subsiste pela sua relevância jurídica se suster num elemento normativo extratextual e transpositivo, implícito pela ideia-diretriz da “*inadmissibilidade de comportamentos fraudulentos*”<sup>122</sup>, inexigindo-se, por isso, uma previsão legal concreta.

---

<sup>117</sup> Cf. SILVA, J. C. da (1996), p. 344

<sup>118</sup> CORREIA, A. F. (1982), p. 256

<sup>119</sup> Com o mesmo pensamento, *vide* BASTOS, M. B. (2010), p. 552 e 546

<sup>120</sup> Também este é o entendimento perfilhado pelo STJ, a título de exemplo, no Ac. de 21/04/2010 (R. Maria dos Prazeres Beleza), “(...) esta fraude – que, em direito positivo português, se reconduz à figura do abuso de direito, previsto e sancionado no artigo 334º do Código Civil –, aceite como meio de defesa do garante, é a que “resulta da ausência de direito do beneficiário tendo em conta o contrato base”.

<sup>121</sup> ANTUNES, A. F. M. (2018), pp. 84, 213 e 234

<sup>122</sup> ANTUNES, A. F. M. (2018), pp. 236 e 240

Nesta perspetiva, a fraude, deve ser reconhecida como um instituto jurídico, no campo da patologia dos atos jurídicos, diferente do abuso de direito, projetando-se como limite autónomo do ordenamento jurídico, aplicável ao exercício da autonomia privada, por exigência do próprio sistema<sup>123</sup>.

Consequentemente, afigura-se possível afirmar um conceito técnico de fraude à lei, distinto da tradicional visão acolhida pela generalidade da doutrina<sup>124</sup>, preenchendo cinco elementos nucleares<sup>125</sup>:

De forma sucinta, falamos: (i) da existência de uma pluralidade de atos jurídicos, que da sua combinação, e por não serem vedados pela lei, (ii) resultam numa aparência de licitude (provocada); reveladora de (iii) uma operação jurídica complexa, visto que todos e cada um dos atos e negócios jurídicos celebrados objetivam a prossecução de um efeito unitário<sup>126</sup>, que corresponde a um (iv) resultado final ilícito ou, por outras palavras, não autorizado pelo Direito.

Deste modo, é implícita a existência de uma norma contornada, ou seja, ao invés de obtermos diretamente um resultado final ilícito através de um negócio contraventor, dá-se um desvio, por via dum negócio intermédio, em abstrato válido, que mais não faz do que criar uma aparência inócua de licitude, neutralizando a aplicabilidade de uma ou mais regras vinculativas<sup>127-128</sup> ou, aceitando-se essa posição, de regras negociais<sup>129</sup>.

Importa-nos tecer algumas considerações práticas.

Em primeiro lugar, a principal diferença entre as figuras reside na consciência e na vontade. Para existir fraude tem de se verificar um resultado pretendido, por sua vez, no abuso de direito, essa consciência de resultado pode não se verificar.

---

<sup>123</sup> *Ibidem*, pp. 247, 237, 246 e 243

<sup>124</sup> Segundo a Autora, a posição tradicional alude à fraude como sinónimo de dolo, para uma melhor concretização, *vide* ANTUNES, A. F. M. (2018), p. 76

<sup>125</sup> Para uma noção da construção completa destes elementos, *vide* ANTUNES, A. F. M. (2018), pp. 226 a 232

<sup>126</sup> Cumpre referir que, no seguimento desta perspetiva, é neste elemento que reside a ‘intenção de artifício’, enquanto exigência de um esquema jurídico preordenado, reflexo da vontade das partes em contornar a lei e que não se confunde com a tradicional ideia de malícia, dano ou causa de prejuízo. Cf. ANTUNES, A. F. M. (2018), p. 230

<sup>127</sup> ASCENSÃO, J. de O. (2003), p. 329 *apud*. ANTUNES, A. F. M. (2018), p. 143 nota 364

<sup>128</sup> ANTUNES, A. F. M. (2018), pp. 144 e 145

<sup>129</sup> *Ibidem*, pp. 165 a 170

Deste modo, quando o beneficiário interpela o garante, está convicto de que o direito à prestação da garantia lhe assiste e pode ser exercido, no entanto, a forma como exerce pode revelar-se abusiva, nomeadamente, por excesso no que reivindica em benefício próprio, desconsiderando os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito, sem que com isso pretenda defraudar a lei ou terceiros.

Já na fraude à lei, o resultado pretendido é fraudulento quando o beneficiário programa alcançar um benefício que não lhe é devido, de acordo com as condições negociais e, neste caso, não haverá abuso porque inexistente um direito a ser reivindicado<sup>130</sup>. Mas também pode ser fraudulento quando a solicitação represente um meio de prejudicar terceiros. No abuso, não se pressupõe esse prejuízo, apenas a forma como é exercido o direito pode significar um esforço excessivo para terceiros<sup>131</sup>.

Em segundo lugar, concordamos que é necessário reservar um espaço de aplicação da fraude à lei, no entanto, isso não esgota nem se sobrepõe à figura do abuso de direito, que possui um âmbito de aplicação amplo e, como referiu FERRER CORREIA, pode incluir a fraude. Na prática, isso ocorre quando, por exemplo, o beneficiário exerce o direito de forma fraudulenta, o que implica que também age de forma abusiva<sup>132</sup>.

Por fim, considerar a autonomia da figura da fraude à lei, nos termos apresentados por ANA ANTUNES, implica para o garante e, sobretudo, para o garantido uma agravante do ónus da prova. Assim, quando pretendam demonstrar uma solicitação indevida, mesmo que se abduque da demonstração do *animus fraudandi*<sup>133</sup>, a verificação dos seus elementos nucleares implica uma construção de prova mais complexa. Doutro modo, o abuso de direito sempre será de mais fácil comprovação, já que basta demonstrar objetivamente o uso anormal do direito, “*equiparando-se a existência de dolo ao abuso*”<sup>134</sup>.

---

<sup>130</sup> Nesse sentido, v. Ac. do TRL de 21/02/2013 (Ezagüy Martins) relaciona a existência de fraude à “ausência de direito do beneficiário tendo em conta o contrato base”.

<sup>131</sup> Sobre a concretização dos conceitos v. Ac. do STJ de 14/10/2004 (R. Araújo Barros), associando a fraude a “*manobras tendentes a enganar o garante*”.

<sup>132</sup> Note-se, segundo MENEZES CORDEIRO (in CORDEIRO, A. M. (2017), p. 271) a ilegitimidade referida no art. 334.º do CC não deve ser perspectivada como “é ilícito” ou “não é permitido”, mas antes uma expressão da falta de uma qualidade específica, que habilite o sujeito de agir no âmbito de um certo direito, pelo que podem incluir-se condutas fraudulentas.

<sup>133</sup> Cf. ANTUNES, A. F. M. (2018), pp. 312 a 316

<sup>134</sup> Cf. GOMES, F. (1994), p. 181

## 4.2 A necessidade desta exceção

Como dissemos, compete ao garante recusar o pagamento, sob pena de perder o seu direito de regresso sobre o garantido, quando a solicitação do beneficiário enferme de fraude manifesta ou abuso evidente. Isto é ponto assente na doutrina e jurisprudência, tanto nacional quanto internacional.

Importa agora compreendermos a razão subjacente a esta exceção, ou seja, entender que fundamentos permitem relativizar a autonomia destes contratos, bem como em que termos pode ser invocada pelo garante.

Desde logo, é consensual a perspetiva de que a autonomia das garantias bancárias não é ilimitada, nem a sua automaticidade reveste um poder arbitrário ou um direito potestativo que o beneficiário adquire com a celebração do contrato de garantia, podendo acioná-lo como, quando e sempre que assim entender.

Dessa forma, como apontam MENEZES CORDEIRO e BARRETO MENEZES CORDEIRO<sup>135</sup>, se a garantia bancária à primeira solicitação não encontrasse quaisquer limitações, deixaria de assegurar uma obrigação para passar a ser um mero financiamento ao beneficiário.

O primeiro limite que este tipo contratual encontra é não poder colidir com os princípios cogentes de um determinado ordenamento jurídico. Segundo ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO<sup>136</sup>, tratar-se-á do princípio geral da boa-fé (art. 762.º do CC) e da proibição do abuso de direito (art. 344.º do CC) que devem ser respeitados, não podendo as garantias autónomas automáticas violá-los grosseiramente.

Assim, o beneficiário do contrato de garantia deverá pautar as suas condutas de forma leal e adequadas ao bom cumprimento das suas obrigações contratuais, o que significa que uma solicitação fraudulenta ou abusiva representa o contrário do que estes princípios imperam.

Também, no direito comparado, o fundamento positivo desta exceção existe e resultará *“do princípio da boa-fé, dos usos do comércio, do abuso de direito, da exceptio doli, da regra fraus omnia corrumpit ou da teoria dos deveres de proteção de terceiro”*<sup>137</sup>.

Em simultâneo, não podemos esquecer a relação causal que existe entre o contrato base e de garantia. Assim, ainda que independentes entre si, a sua causa reside na função

---

<sup>135</sup> CORDEIRO, A. M. e CORDEIRO, A. B. M. (2023), p. 807

<sup>136</sup> Cf. COSTA, M. J. A. e MONTEIRO, A. P. (1986), pp. 20 e 21

<sup>137</sup> Cf. GOMES, F. (1994), pp. 185 e 186, de acordo com BENATTI.

de garantir o contrato base, sendo esse o seu fim económico-social, o que implica que determinadas vicissitudes que afetem o contrato base devem considerar-se comunicáveis com de garantia.

Com efeito, não sendo a autonomia ilimitada, os próprios limites que lhe são impostos também não são absolutos ou, doutro modo, frustrar-se-ia o objetivo da garantia<sup>138</sup>.

Não podemos descurar que as partes pretenderam celebrar um contrato de garantia bancária autónoma à primeira solicitação com todas as suas decorrentes implicações, nomeadamente, tendo consciência do risco que isso significa para o devedor garantido, mas mesmo assim, consagrando o pagamento célere ao beneficiário por mera interpelação ao garante.

De facto, apenas em casos excecionais se pode admitir a legitimidade da recusa por parte do garante, casos esses que a doutrina e a jurisprudência têm procurado tipificar<sup>139</sup>.

Desta forma, o garante não poderá recusar o cumprimento da obrigação quando lhe suscitem dúvidas acerca do carácter fraudulento ou abusivo da solicitação; exige-se que se manifeste de forma inequívoca, designadamente, quando o garante tenha em seu poder prova líquida e irrefutável da fraude ou abuso do beneficiário ao acionar a garantia<sup>140</sup>.

No entanto, se os factos apresentados forem objeto de discussão, o garante deve entregar a quantia garantida ao beneficiário, sendo as controvérsias discutidas, numa fase subsequente, entre as partes do contrato base<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> CORTEZ, F. (1992), p. 598

<sup>139</sup> Para um desenvolvimento completo, *vide* JARDIM, M. (2002), pp. 274 a 278

<sup>140</sup> Nesse sentido, v. Ac. do STJ de 21/04/2010 (R. Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), determinou que a fraude ou abuso tinha de ser “(...) evidente, clamorosa e manifesta (citado artigo 334º), de tal forma que ignorá-la, em nome da autonomia da garantia, ofenderia princípios fundamentais da ordem jurídica.”

<sup>141</sup> JARDIM, M. (2002), p. 291, BASTOS, M. B. (2010), p. 546 e VASCONCELOS, L. P. (2023), p. 155

### 4.3 Uma questão de prova

Conforme já aludido *supra*, a doutrina admite pacificamente que o garante só poderá recusar o pagamento do montante acordado, escudando-se com o comportamento abusivo ou fraudulento do beneficiário ao acionar a garantia, quando disponha de factos tão evidentes que “*firmam os olhos*”<sup>142</sup>, pois, doutro modo, negar-se-ia o carácter operacional da cláusula à primeira solicitação.

A este respeito, as questões de exigência de prova líquida e inequívoca apenas relevam quando estão em causa garantias bancárias autónomas automáticas<sup>143</sup> que dispensam o beneficiário de provar a verificação do fundamento material. Assim, quando for necessário demonstrar o carácter indevido do acionamento da garantia, tem-se entendido que é necessária uma prova qualificada, capaz de justificar a oposição do garante em relação à solicitação do beneficiário.

Contudo, à medida que vamos adentrando nos desenvolvimentos doutrinários, mais duvidoso se afigura qual a forma adequada de preencher o conceito de prova ‘líquida’, ‘pronta’, ‘manifesta’, ‘inequívoca’ e ‘irrefutável’.

Resta-nos agora analisar as três correntes doutrinárias que emergem da necessidade de esclarecer quais critérios devem moldar a prova do carácter abusivo ou fraudulento da solicitação.

A primeira corrente, acolhida maioritariamente entre nós, considera que, para a fraude ou o abuso serem invocados pelo garante, devem existir provas líquidas e prontas, de tal modo que se torne óbvio para o garante o seu dever de recusar o pagamento.

Segundo MÓNICA JARDIM<sup>144</sup>, será prova líquida ou inequívoca aquela que permita percepcionar com imediatez, segurança e clareza a fraude ou o abuso perpetrado pelo beneficiário; e, por outro lado, a prova será pronta quando não for necessário proceder a medidas de instrução, produzir provas suplementares ou ouvir terceiros para demonstrar a existência de fraude ou abuso.

---

<sup>142</sup> Nas palavras de ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO (*in* COSTA, M. J. A. e MONTEIRO, A. P. (1986), p. 21)

<sup>143</sup> Tratando-se de uma garantia bancária autónoma simples, o beneficiário tem o ónus da prova de que ocorreu o facto constitutivo do seu direito, por isso, enquanto o beneficiário não provar, o garante poderá legitimamente recusar o cumprimento da sua obrigação. Cf. LEITÃO, L. M. (2018), pp. 146 e 147 e BASTOS, M. B. (2010), pp. 540, 553 e 554

<sup>144</sup> JARDIM, M. (2002), p. 292

Deste modo, a legitimidade de recusa do garante fica condicionada à apresentação de meios de prova específicos, como documentos<sup>145</sup> que permitam uma segura e imediata interpretação ou, em casos mais complexos, laudos arbitrais ou sentenças judiciais transitadas em julgado<sup>146</sup>. Na sua falta, o garante fica impedido de dispor deste meio de defesa, devendo cumprir a sua obrigação.

No mesmo sentido, FÁTIMA GOMES<sup>147</sup> e JORGE DUARTE PINHEIRO<sup>148</sup> consideram que não é admissível que o garante apresente um qualquer tipo de meio de prova, do mesmo modo que não pode invocar simples suspeitas de que a execução da garantia é indevida assim, releva sobretudo a prova documental, bem como uma decisão judicial transitada em julgado ou uma decisão arbitral satisfazem a exigência da ‘prova líquida e pronta’. Para GALVÃO TELLES<sup>149</sup>, a alegação por parte do garante de que se trata de uma solicitação indevida só é possível quando a sua conduta se reveste de manifesta má-fé, *i.e.*, “(...) não oferecendo a menor dúvida, por decorrer com absoluta segurança de prova documental em poder do banco”. Por sua vez, FERRER CORREIA admite a recusa por parte do garante quando lhe for apresentada sentença transitada em julgado que determine a inexistência do crédito garantido, mas também quando existam condições de “provar cabalmente que o beneficiário exige o pagamento apesar de saber, positivamente, que o facto em questão (...) se não verificou”, elucidando que, “a não verificação do evento é um facto evidente por si, ou notório”<sup>150</sup>. Já ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO<sup>151</sup> oferecem um exemplo prático da prova documental, *v.g.*, a posse por parte do garante de um certificado de desalfandegamento da mercadoria do país de destino. Ainda outros Autores, como CASTELO BRANCO, CALVÃO DA SILVA, PESTANA DE VASCONCELOS e SIMÕES PATRÍCIO<sup>152</sup> consideram a suficiência da prova documental para que o garante possa opor legitimamente a recusa.

---

<sup>145</sup> Também esta é a posição acolhida pela maioria da jurisprudência, como exemplo, o Ac. do TRP de 9/12/2013 (R. Carlos Querido) considerou que a recusa válida do pagamento depende de prova documental “segura e irrefutável da fraude na interpelação”.

<sup>146</sup> JARDIM, M. (2002), p. 293

<sup>147</sup> GOMES, F. (1994), pp. 174 e 181

<sup>148</sup> PINHEIRO, J. D. (1992), pp. 451 e 452

<sup>149</sup> Cf. TELLES, I. G. (1988), pp. 289 e 290

<sup>150</sup> Cf. CORREIA, A. F. (1982), p. 257

<sup>151</sup> COSTA, M. J. A. e MONTEIRO, A. P. (1986), p. 21

<sup>152</sup> BRANCO, M. C. (1993), p. 79, SILVA, J. C. da (1996), pp. 343 e 344, VASCONCELOS, L. P. (2023), p. 155 e PATRÍCIO, S. (1983), pp. 709 e 710

Por outro lado, existe uma corrente doutrinal mais restrita<sup>153</sup>, que limita os meios de obtenção da prova, admitindo o não pagamento por parte do garante quando este disponha de uma sentença transitada em julgado que fundamente a sua recusa.

Importa ter em atenção, apesar da doutrina maioritária admitir esta possibilidade pelo seu efeito vinculante, não limita o garante apenas a este tipo de prova.

Consideramos que, no mais das vezes, seria impraticável, desprotegendo o garante, v.g., não existindo no momento em que é efetuada a solicitação, dificilmente surgirá no período de que o garante dispõe para analisar a conformidade da solicitação, pelo que, na sua falta, mesmo que conhecesse o carácter abusivo ou fraudulento da solicitação, acabaria sempre obrigado a efetuar o pagamento.

Por fim, emerge uma terceira corrente doutrinal da qual se destacam dois autores, a nível internacional, GAROFALO e, a nível nacional, MIGUEL BASTOS, que se posicionam pela admissibilidade de todos os meios de prova, colocando a questão quanto à medida da prova<sup>154</sup>.

Este entendimento parece inspirar-se na doutrina anglo-saxónica que admite todos os meios de prova legalmente previstos para fundamentar a recusa legítima do garante, desde que evidencie inequivocamente a “*fraud beyond reasonable doubt*”<sup>155</sup>.

Com efeito, esta teoria tece duras considerações em relação às correntes doutrinárias que admitem a restrição dos meios de prova, invocando, desde logo, a inadmissibilidade de derrogações ao regime probatório geral<sup>156</sup>.

No mesmo sentido, GAROFALO<sup>157</sup>, ainda que aborde a questão da *exceptio doli*, considera que tal alteração corresponde, do ponto de vista probatório, a uma “*profunda e arbitraria alteração do sistema vigente*”<sup>158</sup> que não é aceitável nem se justifica.

Além disso, MIGUEL BASTOS refere que a não admissão de todos os meios de prova priva o garante de uma defesa adequada, sendo este um direito fundamental, constitucionalmente consagrado no art. 20.º/1 e 4. Ainda, sendo matéria sujeita a reserva relativa da AR (art. 165.º/1 al. b) e 17.º da CRP), a sua derrogação não poderá depender de uma construção doutrinal, nem se encontram quaisquer normas que sustentem a exigência de uma demonstração, a partir de provas líquidas, do carácter materialmente

---

<sup>153</sup> Esta teoria não encontra acolhimento entre nós, mas foi defendida por GIORGIO MEO (*in* MEO, G. (1986), pp. 450 e ss *apud*. JARDIM, M. (2002), p. 292)

<sup>154</sup> BASTOS, M. B. (2010), p. 548

<sup>155</sup> *Ibidem*, citando ROLAND BERTRAMS

<sup>156</sup> *Ibidem*

<sup>157</sup> GAROFALO, L. (1996), pp. 656 e ss *apud*. JARDIM, M. (2002), pp. 291 e 292 nota 524

<sup>158</sup> *Ibidem*

infundado da solicitação do beneficiário<sup>159</sup>. Quando muito, poderia ser admissível uma restrição, na pendência da celebração de um qualquer hipotético contrato probatório (art. 345.º do CC)<sup>160-161</sup>, mediante o qual as partes previamente estipulavam a sua vontade em restringir os meios de prova.

Por fim, o Autor considera que a doutrina que consagra uma restrição aos meios de prova abre uma brecha contra a defesa eficaz perante os comportamentos mais abusivos e fraudulentos que, pelo seu carácter premeditado e oculto, se tornam mais difíceis de provar de forma líquida e pronta<sup>162</sup>.

Contudo, importa referir que esta corrente doutrinal não nega a importância da prova documental, simplesmente, não restringe a possibilidade de recurso a todos os meios de prova<sup>163</sup>.

Deste modo, para esta corrente doutrinal a recusa será lícita sempre que a prova disponível evidencie que a solicitação resulta da não aplicação manifesta ou evidente das normas, que fundamentam os direitos que lhe são contratualmente atribuídos, ou da aplicação manifesta de normas que obstem à atribuição desses direitos<sup>164</sup>.

Na nossa humilde opinião, e salvo o devido respeito pelas posições discordantes, cremos que assiste razão à doutrina maioritária, que faz depender a legitimidade da recusa à apresentação de prova documental, sentença transitada em julgado, decisão arbitral ou facto notório – na posse do garante no momento da solicitação ou disponibilizado pelo garantido dentro do prazo razoável que o garante dispõe para analisar a solicitação<sup>165</sup>.

Entendemos que admitir qualquer meio de prova seria demasiado penoso para o banco que, desempenhando uma mera função de avaliar a bondade da solicitação do beneficiário em conformidade com o texto da garantia e com a (eventual) informação prestada pelo garantido, não pode nem deve desempenhar funções semelhantes às apreciações judiciais, *v.g.*, interpretando o depoimento das partes ou testemunhas.

A este respeito, parece-nos pertinente aludir à prova da fraude à lei, *suprarreferida*. Sendo certo que o garante tem que dispor de prova líquida e pronta, capaz de fundamentar

---

<sup>159</sup> BASTOS, M. B. (2010), p. 549 nota 93

<sup>160</sup> BYDLINSKI, P. (1990), p. 174 *apud*. BASTOS, M. B. (2010), p. 548

<sup>161</sup> Pela sua inadmissibilidade, *v. Ac. do TRP de 11/01/2024 (R. Paulo Duarte Teixeira)*

<sup>162</sup> BASTOS, M. B. (2010), p. 549

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 550

<sup>164</sup> *Ibidem*

<sup>165</sup> Sobre a suficiência da prova apresentada pelo garantido *vs.* o dever de recusa do garante, *v. Ac. do STJ de 21/03/2023 (Manuel Capelo)*.

a recusa da sua prestação, esta restrição aos meios de prova acarreta, necessariamente, uma dificuldade na demonstração de que, com a prática de determinados atos jurídicos pré-ordenados, autonomamente válidos, o beneficiário pretendia obter um resultado global ilícito – *i.e.*, a solicitação indevida. Eventualmente, com a admissão de todos os meios de prova este resultado poderia ser demonstrado. cremos, no entanto, que o banco não é uma entidade competente para diligenciar todos os meios de prova e, a partir deles, apurar se se verifica ou não esta “*operação jurídica complexa*”<sup>166</sup>, seja pela exigência técnica que requer, seja pelo exclusivo dever de analisar a conformidade da solicitação, respeitando os parâmetros de boa-fé, porém, sem proceder a investigações.

Além disso, lembrando o exposto sobre o prazo razoável, que o garante dispõe para analisar a conformidade da solicitação, com os termos do contrato e as informações prestadas pelo garantido, parece-nos que a realização de diligências probatórias complementares importa, na relação contratual, uma delonga que as partes claramente pretendiam evitar, ou não teriam apostado uma cláusula à primeira solicitação.

---

<sup>166</sup> Nas palavras de ANA ANTUNES (*in* ANTUNES, A. F. M. (2018), p. 230)

## 5. Compatibilidade com o recurso às providências cautelares

Ora, muito embora tenhamos visto que existe um verdadeiro dever de recusa por parte do garante quando lhe é apresentada prova de forma manifesta, segura, evidente e inequívoca do caráter abusivo ou fraudulento da solicitação<sup>167</sup>, a verdade é que, na prática bancária, é raro as instituições cumprirem diligentemente este dever, optando a maioria das vezes por efetuar o pagamento<sup>168</sup>, quanto mais não seja para salvaguardarem o seu “*credit standing*”<sup>169</sup>.

Com efeito, entendemos que este dever não restringe a sua liberdade de escolha entre efetuar ou não o pagamento, o desfecho é que será diferente.

Surgindo para o banco este encargo e se, ainda assim, escolheu efetuar o pagamento, é-lhe vetada a possibilidade de mais tarde vir exigir o reembolso ao devedor – por tal, deve considerar-se um risco próprio, que assume ao satisfazer uma solicitação indevida, quando tinha em sua posse fundamentos legítimos de recusa. Nesses casos, restar-lhe-á reagir contra o beneficiário, através de uma ação para repetição do indevido (art. 476.º do CC)<sup>170</sup>.

A questão assume uma complexidade diversa quando pensamos em situações em que o garantido já tenha entregado antecipadamente determinadas quantias ou exista uma previsão de débito da conta corrente. Deste modo, com a aposição de uma cláusula à primeira solicitação, o garantido sabe que, acionada a garantia e satisfeita a obrigação, terá de reembolsar o garante do que houver despedindo também ‘à primeira solicitação’. Isto significa que, perante as duas situações *suprarreferidas*, e verificado um pagamento decorrente de uma solicitação manifestamente abusiva ou fraudulenta, ele fica à mercê da vontade do garante.

Pelo que, perante a inércia do garante face ao seu dever jurídico, ou, simplesmente, de forma a escudar a sua posição, partilhamos da opinião doutrinal<sup>171</sup> e jurisprudencial<sup>172</sup> de que o garantido poderá resguardar o seu património pessoal recorrendo a instrumentos de natureza cautelar, com o objetivo de (i) inibir o garante de pagar ou exigir o posterior reembolso, (ii) de requerer a apreensão judicial do crédito de garantia do beneficiário,

---

<sup>167</sup> JARDIM, M. (2002), p. 291

<sup>168</sup> CORTEZ, F. (1992), p. 601

<sup>169</sup> GOMES, F. (1994), p. 197 e CORTEZ, F. (1992), p. 600

<sup>170</sup> JARDIM, M. (2002), pp. 322 e 323

<sup>171</sup> Entre outros, *vide* MARTINEZ, P. R. e PONTE, P. F. da (2006), p. 146 e ss, JARDIM, M. (2002), pp. 327 e ss, EPIFÂNIO, M. do R. (1998), p. 349 e ss, SILVA, J. C. da (1996), pp. 344 e ss, COSTA, M. J. A. e MONTEIRO, A. P. (1986) pp. 20 e 21, CORTEZ, F. (1992), pp. 600 e ss, PINHEIRO, J. D. (1992), pp. 456 e ss

<sup>172</sup> Admitindo esta possibilidade, v. Ac. do TRL de 19/01/2010 (R. Roque Nogueira)

quando as exigências do caso assim o ditam e, ainda, (iii) de obstar à solicitação da quantia objeto de garantia ou de impedir que o beneficiário a aceite.

Ademais, como explicam ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE<sup>173</sup>, é do especial interesse do banco garante que a solicitação seja judicialmente reconhecida como abusiva ou fraudulenta, “(...) *sob pena de poder ser responsabilizado perante o garantido no caso de pagar, ou perante os beneficiários, na hipótese de recusar a liquidação. Deste modo, a decisão processualmente mais acertada será a opção pelo litisconsórcio voluntário passivo, dirigindo-se a providência cautelar simultaneamente contra o beneficiário da garantia e contra o banco prestador da mesma.*”

A questão coloca-se em duas fases, em primeiro, qual a medida da prova requerida para legitimar a aplicação de uma medida cautelar e, em segundo, quais os meios adequados para a atingir.

Vejam os por etapas.

## 5.1 Medida da prova

Vigora entre nós um princípio de subsidiariedade, por isso, não se aplicando nenhum dos procedimentos cautelares especificados na lei (arts. 377.º e ss do CPC), o devedor garantido pode socorrer-se do procedimento cautelar comum (art. 362.º/3 do CPC), devendo, para o efeito, preencher determinados requisitos.

Sucintamente, será pertinente recorrer ao procedimento cautelar sempre que alguém mostre “*fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito*”, requerendo uma “*providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado*” (art. 362.º/1 CPC), pelo que o prejuízo resultante da providência, segundo juízos de proporcionalidade, não pode exceder o dano que com a aplicação da medida se visou evitar (art. 368.º/2 CPC)<sup>174</sup>.

Outrossim, além dos pressupostos que demonstram o interesse processual, como sucede noutra qualquer providência cautelar, também estas estão dependentes de dois pressupostos específicos cumulativos: o *fumus bonis juris* e o *periculum in mora*.

Quanto ao primeiro, trata-se da aparência da existência do direito que se pretende acautelar, assim, é requerido ao devedor que apresente uma prova sumária do direito

---

<sup>173</sup> Cf. MARTINEZ, P. R. e PONTE, P. F. da (2006), p. 147

<sup>174</sup> Sublinhado nosso.

ameaçado (*summaria cognitio*), reveladora da probabilidade séria da existência do direito que clama (arts. 365.º/1 e 368.º/1 do CPC)<sup>175</sup>.

Por sua vez, o segundo elemento visa obstar o dano (eminência de lesão grave e de difícil reparo) proveniente da demora da tutela efetiva (arts. 365.º/1 e 368.º/1, *in fine*, do CPC)<sup>176</sup>. Assim, a prova deve consistir em factos simples e circunstâncias objetivas, ainda que meramente justificativas, e não em temores puramente subjetivos ou de simples conjectura do credor, sem qualquer correspondência na realidade<sup>177</sup>.

Dito isto, importa saber: como se compatibilizará a natureza urgente e provisória das medidas cautelares assentes num juízo de verosimilhança da “*probabilidade séria da existência do direito*”<sup>178</sup>, com os critérios de exigência de prova líquida? Ou, por palavras mais simples, deverá a suficiência da prova sumária ceder perante a autonomia e a automaticidade da garantia bancária?

A este respeito, não existe uma corrente doutrinal unânime, conseqüentemente, também a jurisprudência tem adotado diferentes posições quando chamada a pronunciar-se sobre a questão.

Entre nós, uma parte minoritária da jurisprudência<sup>179</sup> admite o decretamento de uma providência cautelar com base num mero juízo de probabilidade.

Segundo esta teoria, a exigência de prova líquida consagra uma flagrante alteração da lei processual, que se basta com a mera prova sumária para efeitos de concessão de providências cautelares, comprometendo, por isso, “*a função útil dos procedimentos cautelares, que se fundamentam na apreciação de indícios fortes da existência do direito invocado e graves prejuízos irreparáveis resultantes da não atendibilidade da pretensão*”<sup>180</sup>.

A par com esta posição, a jurisprudência maioritária entende que deve derogar-se o regime específico dos procedimentos cautelares em prol da exigência de uma prova líquida e irrefutável, ainda que, como veremos adiante, divirjam quanto aos meios de prova adequados a obtê-la.

---

<sup>175</sup> GONÇALVES, M. C. (2019), p. 183

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 215

<sup>177</sup> *Ibidem*, pp. 213 e 345

<sup>178</sup> Art. 368.º/1 do CPC

<sup>179</sup> Nesse sentido, v. Acs.: do TRL de 16/06/2011 (R. Ondina Carmo Alves), do TRP de 23/02/2012 (R. Maria Eiró), do TRL de 6/05/2014 (R. Manuel Ribeiro Marques) e do TRP de 2/10/2008 (R. Deolinda Varão)

<sup>180</sup> Cf. GOMES, F. (1994), p. 186

Como realça MÓNICA JARDIM<sup>181-182</sup>, se assim não fosse, a característica dominante destes contratos – a autonomia – ficaria excessivamente relativizada “(...) *caso nos bastássemos com uma prova meramente sumária ou indiciária com base na qual o juiz pudesse fazer um simples juízo de probabilidade*”.

Simpatizamos com esta última posição, que considera impreterível que o garantido obtenha ou disponha de prova inequívoca de que se trata de uma solicitação abusiva ou fraudulenta por parte do beneficiário, não sendo bastante a *summaria cognitio* da existência do direito do garantido a que a garantia não seja paga (*fumus boni juris*), nem a simples probabilidade de existência de uma lesão grave e dificilmente reparável decorrente do pagamento (*periculum in mora*).

## 5.2 Meios de prova

Chegados aqui, impõem-se-nos questionar agora: e quanto aos meios adequados a compor a prova líquida e irrefutável, será que devem existir limitações para o Tribunal?

A conceção mais holística, como anteriormente referimos, admite não só o decretamento da providência cautelar com base num mero juízo de probabilidade, como, além disso, concebe que se pode provar a necessidade de tutela cautelar a partir de todos os meios de prova legalmente admissíveis.

Em sentido diferente, emergiu um posicionamento jurisprudencial<sup>183</sup> que, embora julgando necessária a existência de prova líquida, defende a aplicabilidade das regras gerais de direito processual.

Desta forma, diferenciam-se por considerarem inadequado o decretamento de uma providência cautelar a partir de uma prova sumária face às características do contrato em estudo. No entanto, julgam que todos os meios de prova legalmente previstos, segundo o art. 367.º do CPC, são admissíveis e apropriados para que o Tribunal conheça da (in)existência da prova líquida e inequívoca e determine o (in)deferimento da medida cautelar.

A título de exemplo, o Ac. do TRP de 08/01/2024 (R. Eugénia Cunha), dispôs “(...) *a prova da fraude ou aproveitamento abusivo por parte do beneficiário (limite ao direito que da garantia resulta, a afastá-lo) tem de ser líquida, segura, irrefutável e pronta, a*

---

<sup>181</sup> Cf. JARDIM, M. (2002), p. 337

<sup>182</sup> No mesmo sentido, *vide* GOMES, F. (1994), p. 196 e SILVA, J. C. da (1996), p. 345 nota 31

<sup>183</sup> Neste sentido, v. Acs: do TRP de 25/01/2024 (R. Isabel Ferreira), do TRL de 6/05/2021 (R. Teresa Sandiães), do TRP de 11/01/2024 (R. Paulo Duarte Teixeira), do TRL de 25/10/2012 (R. Maria de Deus Correia), do TRP de 12/09/2024 (R. Isabel Ferreira), do TRL de 9/06/2016 (R. Teresa Pardal)

*gerar, na sua falta (...)*”, admitindo prova documental, testemunhal, declarações de parte e outras, “(...) *sendo todas elas admissíveis, por lícitas e pertinentes, e de admitir, sob pena de ilícita e desproporcionada restrição dos instrumentos de prova, com compressão do direito à prova e afetação do direito à tutela jurisdicional efetiva (...)*”.

Por fim, a maioria da doutrina<sup>184</sup> e a jurisprudência<sup>185</sup> aceitam que o regime deve ceder em virtude da certeza, liquidez e segurança<sup>186</sup> que esta figura promete no comércio jurídico, sobrepondo-se uma “*regra restritiva de direito jurisprudencial*”.

Desta forma, a prova líquida e irrefutável deve corresponder àquela que foi colocada à disposição do garante em momento prévio, quando, após a solicitação, estava obrigado a informar e a analisar a conformidade do pedido – o mesmo é dizer: prova documental, laudo arbitral, sentença transitada em julgado ou facto notório<sup>187</sup>.

A posição que, para nós, melhor satisfaz o equilíbrio entre a necessidade dos procedimentos cautelares, como forma de tutela da posição do garantido e do garante e, em simultâneo, o respeito pela autonomia e automaticidade dos contratos de garantia bancária é a que admite a legitimidade de todos os meios de prova perante o Tribunal.

Cumpre relembrar: anteriormente, posicionámo-nos ao encontro do entendimento da doutrina maioritária, que restringe os meios de prova que permitem obter uma prova pronta e irrefutável ou, por outras palavras, prova pré-existente, clara e inequívoca.

Neste caso, pelo contrário, acreditamos que a delimitação do conceito de prova ‘pronta e líquida’ pode assumir um contorno mais abrangente.

Ora, o entendimento da doutrina maioritária reconduz-se a uma lógica de que: se a prova apresentada pelo garantido for capaz de satisfazer o Tribunal, certamente, também será suficiente para o garante fundamentar o seu dever de recusa perante o beneficiário.

Esta perspetiva, na nossa opinião, não está de todo errada. Na maioria dos casos a prova documental revela-se suficiente porque, existindo o carácter abusivo ou fraudulento da solicitação de forma realmente evidente, dificilmente serão necessários outros meios

---

<sup>184</sup> Por todos, vide JARDIM, M. (2002), pp. 335 e 336, GOMES, F. (1994), p. 190, EPIFÂNIO, M. do R. (1998), p. 358 e CORTEZ, F. (1992), p. 603

<sup>185</sup> A título de exemplo, v. Acs: do TRL de 12/09/2024 (R. Adeodato Brotas), do TRL de 11/01/2022 (R. Isabel Salgado) e do TRL de 19/01/2010 (R. Roque Nogueira)

<sup>186</sup> A este respeito, FÁTIMA GOMES (in GOMES, F. (1994), p. 196) alerta que, se admitíssemos a aplicação do regime geral das providências cautelares a este tipo de garantia bancária seria “*o mesmo que estarmos a permitir ao ordenante um ato abusivo, um venire contra factum proprium, uma vez que este, ao ordenar ao banco a emissão da carta de garantia, sabia que estava a requerer a assunção de um compromisso só afastável em situações excepcionais, precisamente aquelas em que é possível identificar um ato de execução abusiva do beneficiário*”.

<sup>187</sup> JARDIM, M. (2002), pp. 335 a 337

de prova. No entanto, o Tribunal não pode ser perspectivado como um sujeito qualquer que decide controvérsias jurídicas. Dispõe de regras e princípios fundamentais, que visam garantir a efetividade da Justiça, em quaisquer casos que sejam chamados a dirimir. Por esse motivo, consideramos que, perante o Tribunal, devem ser admissíveis todos os meios de prova<sup>188</sup>.

O nosso entendimento parte da análise de duas premissas.

Em primeiro lugar, como dissemos, se o banco agir dentro dos parâmetros da boa-fé e com um cuidado razoável na apreciação da conformidade do pedido, não pode ser responsabilizado pela não deteção de determinados tipos de desconformidade, visto não existir para si um dever de investigar sobre a legitimidade da solicitação, apenas lhe assistindo o dever de informar da solicitação e de analisar a conformidade do pedido, de acordo com os termos previstos na carta da garantia, contrapondo com a informação providenciada pelo garantido – isto justifica a restrição dos meios de prova admissíveis, como a prova testemunhal ou depoimentos de parte.

Em segundo lugar, a verdade é que, para o Tribunal, existe um verdadeiro dever de investigação no apuramento da verdade material. Sendo esta providência cautelar (in)deferida com base num juízo de certeza, ao arrepio do tradicional juízo de verosimilhança, característico dos procedimentos cautelares, consideramos que não deverão excluir-se meios de prova que se afigurem essenciais à descoberta da verdade e da boa decisão (cautelar ou definitiva, por inversão do contencioso, nos termos do art. 369.º CPC), ao invés, devem estar sujeitos à livre apreciação pelo Juiz.

Deste modo, pela controvérsia e incerteza que rodeiam o preenchimento do conceito de prova líquida, defendemos que a sua aplicação pode divergir conforme se trate do banco garante ou do Tribunal, sem com isto negar a imprescindibilidade da prova documental para o decretamento da providência cautelar que vise paralisar os efeitos da solicitação da garantia bancária autónoma à primeira solicitação.

Acreditamos que, apenas desta forma, se compatibilizará a natureza da figura jurídica em estudo, com os nossos princípios fundamentais e ainda com o combate aos abusos mais censuráveis, por serem premeditados, mais requintados e ocultos.

---

<sup>188</sup> Na verdade, os demais meios de prova poderão revelar-se muito úteis, complementando ou confirmando a própria prova documental, perante o Tribunal. Cf. PINTO, A. M. (2010), p. 241

## Conclusão

Ao longo deste trabalho, procurámos observar com detalhe algumas questões que surgem em torno da operação de garantia bancária autónoma à primeira solicitação, em especial, no que concerne aos meios de defesa à disposição do garante.

Começámos por analisar os contornos complexos desta figura jurídica, afirmando as suas características intrínsecas e os motivos subjacentes à sua rápida difusão e utilização entre os operadores económicos. Tais motivos justificam a importância que esta garantia assumiu no desenvolvimento do comércio nacional e internacional, e que se mantém até aos dias de hoje, fundamentando assim a pertinência do nosso estudo.

Ora, se muitas vezes, as vantagens conferidas pela autonomia e automaticidade são o fator decisivo para que os agentes económicos escolham esta garantia e não outra, também não se ignora que a solidez e eficácia propiciadas por estas potencializam situações em que os beneficiários solicitam indevidamente a sua prestação.

Perante esses casos, como vimos, a doutrina e a jurisprudência defendem que as suas características não podem ser perspectivadas de forma ilimitada, abrindo espaço para a aplicação de “válvulas de ventilação da justiça”, a fim de evitar que esta figura se torne um instrumento potencializador de práticas ilícitas.

Uma dessas “válvulas” consiste em permitir ao garante recusar o cumprimento da sua obrigação, escudando-se na conduta abusiva ou fraudulenta do beneficiário, e, em simultâneo, confere a possibilidade ao garantido de recorrer à tutela cautelar.

Contudo, este tópico assumiu especial relevância quando nos debruçámos acerca da prova admitida para demonstrar uma situação de fraude ou abuso, visto que os seus pressupostos de evidência não estão definidos de modo linear. Por esse motivo, através da nossa exposição, procurámos explicar as perspetivas doutrinárias e jurisprudenciais e os fundamentos que cada uma emprega para demonstrar em que termos se pode ou não admitir a demonstração destas situações.

Num primeiro momento, como tivemos oportunidade de referir, acompanhamos o pensamento da doutrina maioritária, que faz depender a invocação da exceção de fraude ou abuso à disposição de prova pronta e irrefutável de que o pagamento não é devido.

Deste modo, a restrição dos meios de prova à sentença transitada em julgado, prova documental, laudo arbitral ou facto notórios, justifica-se por ser a solução que melhor salvaguarda os interesses das partes contratantes e os deveres assumidos pelo garante.

Já num segundo momento, a nossa posição foi no sentido de admitir a derrogação do regime específico dos procedimentos cautelares, que se limitam a decretar uma medida

cautelar com base na *summaria cognitio*, isto é, num juízo de mera probabilidade da existência do direito que carece de tutela (*fumus boni juris*). Atendendo à natureza autónoma e às finalidades subjacentes à celebração de um contrato de garantia nos moldes referidos na nossa investigação, não nos parece plausível a aplicação deste regime, devendo, ao invés, ceder face à exigência de prova líquida e irrefutável da solicitação fraudulenta ou abusiva.

Porém, também aqui a doutrina e a jurisprudência discordam quanto aos meios de prova que o Tribunal pode conhecer.

No nosso entendimento, a aceção que melhor satisfaz a preservação desta figura é aquela que admite a derrogação à medida da prova exigida, mantendo, no entanto, a possibilidade de preencher os pressupostos da prova líquida e irrefutável através de todos os meios de prova legalmente admissíveis.

Consideramos que uma visão contrária a esta não permitiria preservar a identidade autónoma e automática da garantia, colocando em causa a celeridade e a eficácia caracterizadora da figura em estudo. Ao mesmo tempo, esta posição não só não desprotege por completo o garantido e o garante face a eventuais abusos perpetrados por uma solicitação indevida, como permite uma harmonização com os princípios fundamentais dos nossos Tribunais, designadamente, o princípio da averiguação da verdade material e da livre apreciação da prova.

## **Bibliografia**

ANTUNES, Ana Filipa Morais (2018), *A Fraude à Lei no Direito Civil Português em especial, como fundamento autónomo de invalidade negocial*, Editora Almedina, Coimbra.

BASTOS, Miguel Brito (2010), *A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma on first demand*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, vol. III, Coimbra Editora.

BRANCO, Manuel Castelo (1993), *A Garantia Bancária Autónoma no âmbito das Garantias Especiais das Obrigações*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 53, vol. I.

CORDEIRO, António Menezes (2017), *Tratado de Direito Civil*, vol. V, Parte Geral, 3.<sup>a</sup> edição, reimpressão 2021, Editora Almedina, Coimbra.

CORDEIRO, António Menezes e CORDEIRO, A. Barreto Menezes (2023), *Direito Bancário I*, 7.<sup>a</sup> edição, Editora Almedina, Coimbra.

CORREIRA, António Ferrer (1982), *Notas para o estudo do contrato de Garantia Bancária*, in *Revista de Direito e Economia*, ano VIII, n.º 2, Universidade de Coimbra.

CORTEZ, Francisco (1992), *A Garantia Bancária Autónoma – alguns problemas*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52.

COSTA, Mário Júlio de Almeida (2009), *Direito das Obrigações*, 12.<sup>a</sup> edição, revista e atualizada, Editora Almedina, Coimbra.

COSTA, Mário Júlio de Almeida e MONTEIRO, António Pinto (1986), *Garantias Bancárias. O contrato de garantia bancária à primeira solicitação (parecer)*, in *Coletânea de Jurisprudência*, ano XI, tomo V.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário (1998), *Garantias bancárias autónomas – breves reflexões*, in *Juris et de Jure: Nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*, Publicações Universidade Católica.

GOMES, Fátima (1994), *Garantia bancária autónoma à primeira solicitação*, in *Direito e Justiça*, Volume VIII, tomo 2.

GOMES, Manuel Januário da Costa (2000), *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação do fiador*, Editora Almeida, Coimbra.

GONÇALVES, Marco Carvalho (2019), *Providências Cautelares*, 4.<sup>a</sup> edição, Editora Almedina, Coimbra.

JARDIM, Mónica (2002), *A Garantia Autónoma*, Editora Almedina, Coimbra.

LEITÃO, Luís Menezes (2018), *Garantias das Obrigações*, 6.<sup>a</sup> edição – reimpressão 2022, Editora Almedina, Coimbra.

MARTINEZ, Pedro Romano, e PONTE, Pedro Fuzeta da (2006), *Garantias de Cumprimento*, 5.<sup>a</sup> edição, Editora Almedina, Coimbra.

MENDES, Evaristo (1995), *Garantia Bancária. Natureza*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXXVII, n.º 4.

PATRÍCIO, José Simões (1983), *Preliminares sobre a Garantia on first demand*, À memória do Professor João de Castro Mendes, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 43, vol. III.

PINHEIRO, Jorge Duarte (1992), *Garantia Bancária Autónoma*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, vol. II.

PINTO, Alexandre Mota (2018), *Proteção cautelar contra execução abusiva de garantia bancária autónoma: entre a certeza de uma garantia forte e a verosimilhança da tutela cautelar*, Homenaje al Profesor D. Aurelio Menéndez Menéndez, in *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 49.

REGO, Margarida Lima (2015), *Garantias Bancárias e Seguros de Crédito e Caução*, in *Direito Bancário*, Centro de Estudos Judiciários (Coleção de Formação Contínua).

SILVA, João Calvão da (1996), *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*, Editora Almedina, Coimbra.

TELLES, Inocêncio Galvão (1988), *Garantia Bancária Autónoma*, in *O Direito*, ano 120, III-IV.

VASCONCELOS, Luís Pestana de (2023), *Direito das Garantias*, 4.<sup>a</sup> edição, Editora Almedina, Coimbra.

## **Síntese de Jurisprudência**

### **- Supremo Tribunal de Justiça**

Acórdão de 05 de julho de 2012, proferido no âmbito do Processo n.º 219/06.06TVPRT.P1.S1, Relator Abrantes Geraldês;

Acórdão de 21 de abril de 2010, proferido no âmbito do Processo n.º 458/09.2YFLSB, Relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza;

Acórdão de 29 de abril de 2008, proferido no âmbito do Processo n.º 08A380, Relator Nuno Cameira;

Acórdão de 14 de outubro de 2004, proferido no âmbito do Processo n.º 04B2883, Relator Araújo Barros;

Acórdão de 21 de junho de 2018, proferido no âmbito do Processo n.º 19051/10.0YYLSB-A.L1.S1, Relator Hélder Almeida;

Acórdão de 21 de março de 2023, proferido no âmbito do Processo n.º 5007/21.1T8FNC-A.L1.S1, Relator Manuel Capelo;

### **- Tribunal da Relação de Lisboa**

Acórdão de 06 de maio de 2021, proferido no âmbito do Processo n.º 3962/21.0T8LSB.L1-8, Relatora Teresa Sandiães;

Acórdão de 16 de junho de 2011, proferido no âmbito do Processo n.º 2304/10.5TVLSB-A.L1-2, Relatora Ondina Carmo Alves;

Acórdão de 09 de junho de 2016, proferido no âmbito do Processo n.º 29163/15.9T8LSB.L1-6, Relatora Teresa Pardal;

Acórdão de 25 de outubro de 2012, proferido no âmbito do Processo n.º 1482/12.3TVLSB-B.L1-6, Relatora Maria de Deus Correia;

Acórdão de 12 de setembro de 2024, proferido no âmbito do Processo n.º 5916/24.6T8LSB.L1-6, Relator Adeodato Brotas;

Acórdão de 11 de janeiro de 2022, proferido no âmbito do Processo n.º 21927/16.2T8LSB-A.L1-7, Relatora Isabel Salgado;

Acórdão de 19 de janeiro de 2010, proferido no âmbito do Processo n.º 2720/09.5TVLSB.L1-7, Relator Roque Nogueira;

Acórdão de 06 de maio de 2014, proferido no âmbito do Processo n.º 1315/13.3TVLSB.L1-1, Relator Manuel Ribeiro Marques;

Acórdão de 21 de fevereiro de 2013, proferido no âmbito do processo n.º 863/12.7TVLSB-A.L1-2, Relator Ezagüy Martins;

**- Tribunal da Relação do Porto**

Acórdão de 25 de janeiro de 2024, proferido no âmbito do Processo n.º 14390/23.3T8PRT.P1, Relatora Isabel Ferreira;

Acórdão de 11 de janeiro de 2024, proferido no âmbito do Processo n.º 14392/23.0T8PRT.P1, Relator Paulo Duarte Teixeira;

Acórdão de 12 de setembro de 2024, proferido no âmbito do Processo n.º 14390/23.3T8PRT.P2, Relatora Isabel Ferreira;

Acórdão de 8 de janeiro de 2024, proferido no âmbito do Processo n.º 14393/23.8T8PRT.P1, Relatora Eugénia Cunha;

Acórdão de 23 de fevereiro de 2012, proferido no âmbito do Processo n.º 598/11.8TVPRT.P1, Relatora Maria Eiró;

Acórdão de 9 de dezembro de 2013, proferido no âmbito do Processo n.º 2898/11.8YYPRT-A.P1, Relator Carlos Querido;

Acórdão de 21 de janeiro de 2016, proferido no âmbito do Processo n.º 487/13.1TVPRT.P1, Relatora Inês Moura;

Acórdão de 11 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo n.º 10935/14.8T8PRT.P1, Relatora Judite Pires;

Acórdão de 02 de outubro de 2008, proferido no âmbito do Processo n.º 0835046, Relatora Deolinda Varão;