



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

FACULDADE DE DIREITO DO PORTO

A GARANTIA AUTÓNOMA – A EXCEÇÃO POR FRAUDE OU ABUSO DE DIREITO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ÁREA DE DIREITO DA EMPRESA E DOS NEGÓCIOS

MANUEL LUIS DUARTE COSTA

Nº 345013045

Sob a Orientação da Dr.^a PAULA PONCES CAMANHO

JUNHO 2015

*Dedico aos meus queridos pais, avós e irmão
por tudo o que são e me
ensinam cada dia a ser.*

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	4
A. NOÇÕES PRELIMINARES	7
I. Noção	7
II. Admissibilidade não legalmente tipificada.....	8
III. A exigência de forma.....	10
IV. Relações jurídicas.....	11
1. Credor <i>versus</i> Devedor	11
2. Devedor <i>versus</i> Garante	11
3. Garante <i>versus</i> Credor	12
B. CARACTERIZAÇÃO	13
I. Características próprias do contrato de garantia	13
II. A autonomia como característica essencial	13
III. A automaticidade como característica eventual	18
C. A EXCEÇÃO POR FRAUDE OU ABUSO DE DIREITO	23
I. Doutrina	24
II. Posição adotada.....	30
III. Procedimentos cautelares	38
CONCLUSÃO	42
BIBLIOGRAFIA	44
OUTRAS MONOGRAFIAS REFERENCIADAS	47
JURISPRUDÊNCIA REFERENCIADA	49

ABREVIATURAS

Ac. – *Acórdão*

Al. – *Alínea*

Art.(s) – *Artigo(s)*

BMJ – *Boletim do Ministério da Justiça*

CC – *Código Civil*

CCI – *Câmara de Comércio Internacional*

Cfr. – *Conferir*

Cit. – *Citado*

CJ – *Coletânea de Jurisprudência*

CNUDCI – *Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional*

CPC – *Código de Processo Civil*

DL – *Decreto-Lei*

Ob. – *Obra*

P. – *Página*

PP. – *Páginas*

RDE – *Revista de Direito e Economia*

ROA – *Revista da Ordem dos Advogados*

SS. – *Seguintes*

STJ – *Supremo Tribunal de Justiça*

Vol. – *Volume*

INTRODUÇÃO

Rudolf Stammler. É sobre este autor germânico que recaem os louros da primeira abordagem teórica à figura que nos propomos estudar, julgando assim meritório dedicar-lhe as primeiras palavras. Através de trabalho publicado em 1886, “*Der Garantievertrag. Eine Civilistische Abhandlung*”, o autor fala da *Garantievertrag*, distinguindo as garantias acessórias de uma obrigação principal das garantias independentes de uma obrigação principal que, tendo em conta também a sua atipicidade, encontram a sua admissibilidade na autonomia privada.

Entre nós, as primeiras abordagens doutrinárias à figura da garantia autónoma foram realizadas por Vaz Serra em 1957 e, mais tarde, por Mota Pinto em 1970¹, sendo ainda de enunciar os Acórdãos da Relação do Porto de 13 de Novembro de 1990 e da Relação de Lisboa de 11 de Dezembro de 1990² que foram marcantes na jurisprudência nacional ao abordarem o problema da admissibilidade da garantia autónoma na ordem jurídica portuguesa, mesmo nas hipóteses em que lhe é aposta a cláusula *on first demand*.

No entanto, é com o desenvolvimento do comércio internacional que se dá após a Segunda Guerra Mundial e principalmente a partir de 1973, com o aumento dos preços do petróleo³ e conseqüente globalização dos mercados, que a utilização desta figura no mercado jurídico se intensificou. Com efeito, os agentes envolvidos num negócio, nomeadamente o importador e o exportador, sendo de países diferentes muito dificilmente tinham como aferir da honorabilidade, da capacidade técnica e da situação patrimonial do outro contraente, pelo que estas relações se concebiam sobre um terreno bastante pantanoso⁴. Vem assim a garantia autónoma destacando-se como sendo a garantia mais adequada e competente dentro do leque possível para fazer face a tais riscos, devido às suas inúmeras vantagens como são a sua sólida segurança, facilidade

¹ Vaz Serra; “Fiança e figuras análogas”; Mota Pinto, “Cessão da posição contratual” *apud* Mónica Jardim, “A Garantia Autónoma”, p. 14.

² Ambos em CJ, XV, 1990, T. V., pp. 187 e ss. e 135 e ss., respetivamente.

³ Cfr. Mónica Jardim, *ob. cit.*, pp. 17 a 19; Almeida Costa/Pinto Monteiro, “Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação”, pp. 18 e 19.

⁴ Cfr. Ferrer Correia, “Notas Para o Estudo do Contrato de Garantia Bancária”, p. 247; Menezes Cordeiro, “Manual de Direito Bancário”, p. 765.

em ser ativada e notória celeridade. Sobrepõe-se assim às garantias tradicionais⁵, apresentando-se como um dos meios “mais adequados a assegurar ao credor a célere satisfação do seu interesse patrimonial, sem que isso acarrete para o devedor os elevados custos de oportunidade envolvidos na imobilização de dinheiro em depósito a favor do credor”⁶.

Tudo isto se deve em grande parte à sua característica essencial (a autonomia) que impossibilita o garante de um contrato de garantia opor ao beneficiário do mesmo as vicissitudes provenientes quer do contrato base, que se visa garantir, quer do contrato celebrado entre ele e o ordenante. Evitam-se, assim, em grande medida, os custos inerentes a uma situação de litigância, especialmente num plano internacional. Daí que se apresenta assertiva a famosa expressão do juiz inglês John Kerr que identificou a garantia autónoma como *the lifeblood of international commerce*⁷.

A mecânica desta garantia pessoal, que é uma verdadeira criação doutrinal e jurisprudencial, admissível com base no princípio da autonomia privada previsto no artigo 405º do CC, é operada num conjunto de relações triangular⁸ em que num contrato (chamado de ora em diante contrato base) o credor (beneficiário), para contratar com o devedor (ordenante), obriga-o a encontrar alguém cuja solvabilidade financeira não seja dúbia⁹ que emane uma garantia pessoal a seu favor com as características próprias da garantia autónoma. Seguidamente irá o devedor procurar um garante, incumbindo-o de

⁵ “A fiança, que fraqueja devido à sua essencial acessoriedade, o aval que não responde devido à sua dependência natural em relação a certos títulos de crédito e limitada autonomia e o depósito de valores que se revela, pelo congelamento de riqueza que implica, um instrumento claramente antieconómico.” - Francisco Cortez, “A Garantia Autónoma – Alguns Problemas”, p. 518. Pelo que as garantias tradicionais apresentavam-se “demasiado rígidas e pesadas para poderem ser moldadas ao ritmo do crescimento económico” – António Sequeira Ribeiro, “A garantia bancária autónoma à primeira solicitação: algumas questões”, p. 290.

⁶ Cfr. Peter Mülbart, “Missbrauch von Bankgarantien und einstweiliger Rechtsschutz”, p. 1 *apud* Miguel Brito Bastos, “A Recusa Lícita Da Prestação Pelo Garante Na Garantia Autónoma *On First Demand*”, p. 525.

⁷ Proferida no âmbito do caso “R. D. Harbottle v. Westminster Ltd.”, em 1978, citado por diversos autores entre os quais José Engrácia Antunes, “Os Contratos Bancários”, p. 130.

⁸ Vamos abordar a figura na sua forma menos complexa a nível relacional, não nos debruçando sobre as garantias autónomas indiretas onde se passa a um conjunto de relações quadrangular, frequente nas relações comerciais internacionais, em virtude da intervenção de um segundo garante – sobre este tema *vide* Mónica Jardim, *ob. cit.*, p. 77 a 84.

⁹ Por isto, e também por se verificarem mais no comércio internacional onde as quantias em causa são avultadas, é que normalmente estas figuras são prestadas por bancos, fazendo com que a mesma seja vulgarmente conhecida por garantia bancária.

tal tarefa, sendo entre estes estabelecida uma relação de mandato. Finalmente, irá o escolhido garante emitir a garantia autónoma a favor do beneficiário.

Há ainda que atentar à garantia autónoma automática, que é aquela que se apresenta dotada com a cláusula *on first demand*, conferindo-lhe maior celeridade e eficácia. É sobre este mecanismo que recaem em grande parte as escolhas dos agentes. No entanto, a mesma traz consigo inúmeros riscos chegando a ser enunciado, nas palavras de Ferrer Correia¹⁰, o seu “rigor draconiano” já que coloca o garante, e consequentemente o devedor, numa situação frágil perante possíveis condutas abusivas do beneficiário, que poderá levar ao receio das partes em enveredar por este tipo de garantias.

É por esta suscetibilidade em sofrer comportamentos abusivos por parte do beneficiário que a garantia autónoma apresenta que a doutrina e a jurisprudência vêm, em uníssono, admitir exceções à autonomia da garantia em respeito pelos princípios basilares do ordenamento jurídico. Poderá, assim, o garante recusar o pagamento da soma objeto de garantia fundamentando-se em vicissitudes provenientes do contrato base. São elas: a exceção da ilicitude da causa por ofensa à ordem pública ou aos bons costumes e a exceção de fraude e abuso de direito do beneficiário.

É esta última que se apresenta como o ponto nevrálgico deste trabalho, sendo meritório analisar também a suscetibilidade de existência de procedimentos cautelares com o escopo de salvaguardar devidamente os interesses do devedor que assim poderá evitar comportamentos abusivos do beneficiário.

Para tal, e atendendo a todas as matérias aqui vagamente abordadas, dividimos o nosso trabalho em três partes. Na primeira parte trataremos do tema das garantias autónomas na sua índole geral, na segunda parte caracterizaremos este contrato e na terceira parte abordaremos o cerne deste tema – a exceção por fraude ou abuso de direito.

¹⁰ Ferrer Correia, ob. cit., p. 256.

A. NOÇÕES PRELIMINARES

I. Noção

Sabendo embora que *in iure omnis definitio periculosa est*, cumpre ousar definir a garantia autónoma.

Estamos perante uma garantia autónoma quando uma entidade (garante), por norma (mas não exclusivamente) um banco, a troco de uma comissão e mandatado por um devedor (ordenante) de uma obrigação dita principal e cujo cumprimento se visa garantir, compromete-se, através de contrato, à entrega eventual de uma soma pecuniária previamente acordada ao credor (beneficiário da garantia) da dita obrigação principal, sem que possa opor qualquer tipo de objeção proveniente de qualquer vicissitude existente na relação base ou na relação estabelecida entre ele e o devedor. Essa entrega acontece logo que o credor prove o inadimplemento do contrato base por parte do devedor ou, tão-somente, quando o credor o interpelar para tal, dependendo da modalidade da garantia autónoma em causa tendo em conta o critério da automaticidade.

A garantia autónoma assume-se como uma garantia pessoal, sendo esta uma modalidade das garantias especiais, onde o património de pessoa que não o devedor responde ao lado do deste pelo incumprimento da obrigação. Com efeito, a garantia autónoma vem ganhando terreno às suas congéneres, surgindo associada a contratos de empreitada, de *engineering*, de fornecimento e de cooperação industrial, etc., que na sua larga maioria se traduzem em contratos de valores elevados celebrados entre agentes que, olhando principalmente para um contexto internacional, não possuem um conhecimento seguro quanto à solvabilidade, honra e compromisso da pessoa com quem contratam. Assim, o beneficiário ao contratar, por norma, com um banco elimina os riscos que a insolvência ou o incumprimento do devedor acarretam, por assegurar que nesses casos o banco se responsabilizará nada lhe podendo opor, fruto autonomia desta figura¹¹.

¹¹ Cfr. Luís P. Vasconcelos, “Direito das Garantias”, pp. 126 e 127 e 136 e 137.

II. Admissibilidade não legalmente tipificada

A garantia autónoma é uma criação da liberdade contratual e que encontra fundamento no princípio da autonomia privada previsto no art. 405º do CC.

Em virtude do forte ascendente da garantia autónoma muito se refletiu acerca da necessidade de tipificação legal da mesma. A verdade é que foram poucos os países que o fizeram, optando a grande maioria por tratar a garantia autónoma como um tipo contratual dotado de tipicidade social e jurisprudencial¹².

Em sentido oposto, surgem o Canadá e os Estados Unidos da América que proibiram a prestação de garantias de cumprimento de uma obrigação de um terceiro por parte das instituições financeiras e empresas com funções similares. Não obstante, prontamente as mesmas instituições arranjam forma de não ficarem em desvantagem no plano internacional prestando as *Stand-by Letters of Credit* que em muito se assemelham às garantias autónomas¹³.

Porém, e face à crescente utilização da figura, mormente nas relações económicas verificadas num plano global, e com vista a combater as compreensíveis incertezas que estas relações acarretam, as instituições internacionais sentiram a necessidade de redigir diplomas com o intuito de harmonizar juridicamente este tipo de contratos.

É assim que em 1991, com a publicação nº 458, a CCI aprovou o texto das *Uniform Rules for Demand Guarantees*, que são aplicáveis apenas às garantias autónomas com a cláusula *on first demand* no âmbito das relações internacionais, que acabaram por ser atualizadas em 2010 com a publicação nº 758, fruto da aceitação que estas tiveram no mercado internacional. Isto depois de uma tentativa que não logrou sucesso em 1978, com a publicação nº 325, em que as respetivas regras ignoravam por completo a garantia autónoma com a cláusula *on first demand* e colocavam sérias dúvidas sobre se as garantias aí tratadas eram acessórias ou autónomas. Resta dizer que estas regras são aplicáveis por via dos usos bancários, mas não têm carácter obrigatório pelo que as partes podem optar pela sua não aplicação.

¹² Portale, “Le Garanzie Bancarie Internazionali (Questioni)”, p. 1 *apud* Mónica Jardim, ob. cit., p. 22.

¹³ Mónica Jardim, ob. cit., p. 22; Romano Martinez/Fuzeta da Ponte, “Garantias de Cumprimento”, pp. 137 e 138.

A GARANTIA AUTÓNOMA – A EXCEÇÃO POR FRAUDE OU ABUSO DE DIREITO

Por sua vez, a CNUDCI, após longos anos de trabalho, submeteu à Assembleia Geral um projeto que a mesma adotou, com a Resolução 50/48 de Dezembro de 1995, e abriu à assinatura e adesão de seu nome “Convenção das Nações Unidas sobre as Garantias Independentes e as *Stand-by Letters of Credit*”, encontrando-se a mesma em vigor desde Janeiro de 2000.

Portugal não aderiu a esta convenção apesar do parecer favorável do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República¹⁴, emitido em 19 de Dezembro de 1996, onde se pode ler: “a) afigura-se não existir qualquer óbice constitucional ou legal a que Portugal assine a Convenção das Nações Unidas sobre garantias independentes e letras de crédito de *Stand-by*; b) o conteúdo da Convenção corresponde, fundamentalmente, às regras que a jurisprudência de vários países e a prática internacional têm arquitectado para os contratos em questão; c) a maior parte das normas da Convenção têm, aliás, natureza supletiva, podendo ser afastadas pela vontade das partes; d) a figura da garantia independente ou autónoma, embora não prevista como instituto de âmbito geral, na lei portuguesa, tem sido considerada admitida na ordem jurídica do nosso país, pelas doutrina e jurisprudência praticamente unânimes, enquanto contrato inominado, fundado na autonomia da vontade das partes (...)”.

Em caso de conflito entre as *Uniform Rules for Demand Guarantees* e a Convenção das Nações Unidas, há que atentar à sua natureza jurídica: as primeiras terão que ceder perante as segundas já que estas são de natureza legal e aquelas são de natureza contratual.

Resta dizer que há menção a garantias autónomas na lei como é o caso da garantia autónoma de boa execução¹⁵, cuja admissibilidade se encontra prevista no Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas¹⁶, onde, no seu artigo 114º/1, se estipula o seguinte: “A caução será prestada por depósito em dinheiro ou em títulos emitidos ou garantidos pelo Estado, ou mediante garantia bancária ou seguro-caução, conforme escolha do adjudicatário”.

¹⁴ Parecer de 19 de Dezembro de 1996, com a referência I001391996, em <http://www.dgsi.pt>.

¹⁵ Também conhecida por *performance bond* que é aquela onde o garante assegura ao beneficiário a correta execução da obrigação do devedor, que neste caso será a realização de uma obra.

¹⁶ DL nº 18/2008, de 29 de Janeiro.

III. A exigência de forma

A atipicidade do contrato de garantia autónoma tem levantado sérias dúvidas quanto à exigência de forma escrita nos mesmos. Por se traduzir num negócio jurídico atípico o mesmo segue o regime geral previsto no Código Civil, onde está presente o princípio da liberdade de forma do art. 219º do CC.

Apesar de se tratar de um contrato consensual¹⁷, não se encontrando a sua validade dependente da verificação de forma especial, parece-nos que será do interesse de todas as partes a elaboração de um documento escrito onde conste o contrato de garantia autónoma, tendo em conta a complexidade e os riscos normais deste tipo de contratos.

A própria jurisprudência¹⁸ e grande parte da doutrina¹⁹ vão neste sentido. Perfilhamos da opinião de Luís P. Vasconcelos²⁰ ao afirmar que a exigência de forma para estes contratos se apresenta como necessária *de iure constituendo*, mas a verdade é que parece difícil sustentar a sua exigência *de iure constituto*.

Face ao exposto, parece-nos que andam bem os agentes envolvidos ao promoverem na esmagadora maioria das vezes a celebração deste contrato por escrito, no que à declaração do garante²¹ diz respeito, mas não ousamos arguir inexoravelmente a invalidade do mesmo por falta de forma escrita por considerarmos que se trata de um contrato consensual.

¹⁷ Mónica Jardim, ob. cit., p. 103 e Jorge Duarte Pinheiro, “Garantia Bancária Autónoma”, p. 431.

¹⁸ O Ac. da Relação de Lisboa de 7/12/1994 (Lopes Pinto) diz mesmo que “o contrato de garantia tem de ser reduzido a escrito (...)” – todos os acórdãos referenciados, salvo menção em contrário, foram consultados em <http://www.dgsi.pt>.

¹⁹ Entre outros, Luís Menezes Leitão, “Garantia das Obrigações”, p. 128, que apesar de reconhecer as dificuldades inerentes ao tema inculca que é essencial que a declaração do garante esteja prevista num documento escrito; Romano Martinez/Fuzeta da Ponte, ob. cit., p. 135, defendem que a garantia autónoma segue o regime geral dos negócios jurídicos mas veem como “difícilmente concebível a total inexistência de documentos escritos a titular a situação jurídica”; Mónica Jardim, ob. cit., que apesar de reconhecer como usual a garantia autónoma revestir forma escrita “por razões de ordem prática e por força do carácter literal da garantia que impõe, por um lado a expressão escrita da promessa de pagamento e, por outro, que a obrigação do garante seja definida apenas com base nos termos da carta por si enviada ao beneficiário” (p. 130), assume que a “validade (da garantia autónoma) não depende de uma determinada forma” (p. 242).

²⁰ Luís P. Vasconcelos, ob. cit., p. 130.

²¹ Quanto à declaração de aceitação do beneficiário não se exige forma especial, podendo a aceitação ser meramente tácita (217º e 234º do CC) – neste sentido *vide* Menezes Leitão, ob. cit., p. 128.

IV. Relações jurídicas

A garantia funda-se num contrato base que a mesma visa garantir. É nesse contrato que muitas das vezes o credor acorda com o devedor que este fica obrigado a encontrar um garante que venha a garantir o cumprimento do contrato.

De seguida o devedor irá acordar através de contrato com o garante que este fica compelido em emitir uma garantia a favor do credor, a troco de compensação a ser paga pelo devedor, salvaguardando ainda o direito de regresso contra o devedor no caso de a garantia ser ativada.

Por último, o garante enviará a carta de garantia para o credor, que se traduz no contrato de garantia autónoma onde estão elencadas todas as cláusulas do mesmo e é através da interpretação dessa carta que sabemos se estamos perante uma garantia bancária simples ou com a cláusula *on first demand*, qual o prazo de duração da garantia, qual o valor da quantia a ativar e em que moldes deve ser feito o pagamento, etc.

Vamos analisar então sumariamente cada uma das relações.

1. Credor versus Devedor

É o contrato celebrado entre estes agentes que fundamenta a garantia autónoma, sendo que a causa deste último reside na função de garantir aquele. A natureza do contrato celebrado entre o devedor e o credor é indiferente face à garantia autónoma pelo que pode ser de diversa índole: um contrato de compra e venda, de empreitada²², de cooperação industrial, etc.

O que não é indiferente é o facto de ser neste contrato que, maior parte das vezes, o devedor se obriga perante o credor a encontrar um garante. Esta obrigação pode até ser uma verdadeira condição suspensiva onde o credor exige, como pressuposto para contratar, a emissão prévia da garantia.

2. Devedor versus Garante

É um contrato celebrado entre o devedor (ordenante) da relação base com um garante, em que este se obriga a emitir uma garantia ao credor (beneficiário), a troco de uma retribuição e salvaguardando o direito a ser reembolsado pelo devedor, ficando vinculado a deveres como o de informar o devedor de que o beneficiário solicitou a

²² A julgar pela jurisprudência são estes contratos que geram o maior número de garantias autónomas – a exemplo *vide* Ac. STJ de 21/11/2006 (Paulo Sá), Ac. Relação do Porto de 02/10/2008 (Deolinda Varão), Ac. Relação de Lisboa de 15/06/2010 (Luís Espírito Santo).

garantia, o dever de recusar a garantia quando a isso está obrigado e o dever de verificar se a solicitação está conforme o exigido no contrato de garantia.

No mundo bancário, onde estas garantias têm maior expressão, trata-se de um verdadeiro contrato de adesão, porquanto, as cláusulas estão previamente fixadas e depois irá o ordenante aderir às mesmas.

Por último resta dizer que os sujeitos acordam um contrato de mandato sem representação, previsto e regulado no art. 1180º CC, já que o garante emite a garantia mandatado pelo ordenante mas assume uma obrigação independente²³.

3. Garante *versus* Credor

É nesta relação que surge o contrato de garantia²⁴ onde o garante assume uma obrigação própria, onde se compromete a entregar ao beneficiário a soma objeto de garantia a troco de prova do inadimplemento ou cumprimento defeituoso por parte do devedor ou tão-somente quando haja simples interpelação para o efeito, dependendo do tipo de garantia em causa.

²³ Neste sentido vem a doutrina maioritária – entre outros, *vide* Castelo Branco, “A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma *on first demand*”, p. 75; Luís P. Vasconcelos, *ob. cit.*, p. 128; Mónica Jardim, *ob. cit.*, p. 55; Francisco Cortez; *ob. cit.*, p. 527. E também a jurisprudência maioritária – por exemplo *vide* Ac. STJ 19/12/2001 (Ferreira Ramos); Ac. Relação do Porto 02/10/2008 (Deolinda Varão).

²⁴ Colocamo-nos ao lado da doutrina maioritária ao avaliar a garantia autónoma como um verdadeiro contrato. Neste sentido, entre outros, *vide*: Mónica Jardim, *ob. cit.*, p. 101; Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 431; Francisco Cortez, *ob. cit.*, p. 528; Almeida Costa/Pinto Monteiro, *ob. cit.*, p. 19.

B. CARACTERIZAÇÃO

I. Características próprias do contrato de garantia

Já referimos que uma das características deste contrato reside no facto de ser um contrato consensual. A par desta, o contrato de garantia autónoma é ainda: um contrato inominado por não ter *nomen iuris*, que “o princípio da liberdade contratual – art. 405º do Código Civil – admite, porque não violador das normas abertas dos arts. 280º e 294º do Código Civil”²⁵; não sinalagmático porque gera obrigações apenas para uma das partes; e gratuito porque na relação com o beneficiário (que se consubstancia na relação do contrato de garantia autónoma) é o garante que se obriga à entrega da quantia pecuniária previamente acordada e objeto de garantia ao beneficiário que a recebe com plena consciência e vontade sem necessitar de sacrifício correspondente²⁶.

II. A autonomia como característica essencial

Da definição de garantia autónoma ressalta desde logo o seu carácter autónomo. É esta característica que, como já se referiu supra, contribui para a forte ascensão desta garantia no meio jurídico, mormente no comércio internacional.

A obrigação despoletada pelo contrato da garantia é autónoma quer quanto à obrigação do contrato base²⁷, cujo cumprimento se visa garantir, quer quanto ao contrato de mandato estabelecido entre o ordenante e o garante. Significa isto que, ao contrário do que acontece na fiança²⁸, fruto do seu princípio da acessoriedade, ao

²⁵ Ac. STJ de 25/11/2014 (Fonseca Ramos).

²⁶ Sobre estas classificações dos contratos *vide* Carlos Alberto da Mota Pinto, “Teoria Geral do Direito Civil”, pp. 385 e ss.

²⁷ Mesmo que o contrato de garantia faça menção ao contrato base. Como lemos na al. a) do art. 5º das Regras Uniformes da Publicação nº 758: “A reference in the guarantee to the underlying relationship for the purpose of identifying it does not change the independent nature of the guarantee.”

²⁸ Por economia de espaço não poderemos diferenciar detalhadamente a garantia autónoma de outras figuras que lhe estão próximas por força da sua função ou estrutura, como é o caso do aval, da fiança, do depósito de dinheiro, do crédito documentário. Não obstante, cumpre referir que na prática jurídica é com a fiança que a garantia autónoma mais se confunde.

Com efeito, ambas se apresentam como um reforço da garantia geral das obrigações, que se traduz no património do devedor, e como garantias pessoais já que se “traduzem em direitos de créditos ao serviço de outros direitos de crédito” – cit. Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 423.

beneficiário são inoponíveis pelo garante os meios de defesa conferidos ao ordenante e as vicissitudes provenientes do contrato base²⁹, pelo que o garante só se poderá socorrer dos meios de defesa emergentes do contrato de garantia para se ilibar ao pagamento da quantia previamente acordada, salvo escassas exceções como as que serão alvo deste trabalho. Significa também que o mesmo garante não poderá invocar exceções inerentes ao contrato de mandato celebrado entre ele e o ordenante, como é o caso do não pagamento por parte do ordenante da compensação devida ao garante, da insolvência do ordenante, etc.³⁰.

A obrigação do fiador, como diz o próprio artigo 627º/2 CC, é acessória da obrigação que visa garantir, ou seja, da que é estabelecida entre o devedor e o credor. Significa isto que a “existência e conteúdo da obrigação principal condicionam a obrigação do fiador, que tem por fim assegurá-la” – cit. Vaz Serra, ob. cit., p. 21. Se esta padecer de algum vício que a torne inválida ou for extinta, o mesmo fim estará reservado para a obrigação da fiança. Fruto do predito, fácil é de perceber que na fiança o fiador tem a possibilidade de opor ao credor todos os meios de defesa que o devedor possui, nomeadamente, os provenientes da obrigação estabelecida entre este e o credor. Esta é a diferença de fundo entre a fiança e a garantia autónoma, já que esta é independente/autónoma da relação que visa garantir. Como nos diz Antunes Varela, o desenvolvimento da garantia autónoma relaciona-se com “(...) o calcanhar de Aquiles da fiança (...)” – “Das Obrigações em Geral”, p. 514.

Porém, em termos práticos, a tarefa de distinguir estas duas garantias não se afigura fácil, exigindo do intérprete do contrato um cuidado redobrado na leitura e análise do mesmo, nomeadamente no tipo de expressões utilizadas. “Será através de todas as cláusulas introduzidas na convenção negocial e da interpretação do sentido das declarações de vontade das partes que o contrato de garantia acabará por ser caracterizado (qualificado) de fiança ou de garantia bancária” – Ac. STJ de 23/03/1995 (Miranda Gusmão). Assim, e atendendo à regra plasmada no artigo 236º do CC, na interpretação dos contratos prevalecerá, em regra, a vontade real do declarante sempre que for conhecida do declaratório – 236º, nº 2 do CC. “Nos casos em que o declaratório não conhece a vontade real do declarante, o artigo 236º consagra uma teoria objetivista da interpretação, mitigada por restrições de índole subjetivista: o sentido da declaração negocial é aquele que seria apreendido por um declaratório normal, ou seja, medianamente instruído e diligente, colocado na posição do declaratório real, em face do comportamento do declarante” – Ac. STJ de 22/05/2014 (Granja da Fonseca).

Em caso de dúvida devemos presumir que estamos perante um contrato de fiança – neste sentido *vide* Luís Menezes Leitão, ob. cit., p. 126. Com efeito, é o artigo 237º do CC que estabelece qual a interpretação que devemos ter dos contratos em caso de dúvida. Tanto a fiança como a garantia autónoma são contratos gratuitos pelo que devemos aplicar o regime menos gravoso para o disponente, que fácil é de ver que se trata da fiança.

²⁹ “The undertaking of a guarantor to pay under the guarantee is not subject to claims or defences arising from any relationship other than a relationship between the guarantor and the beneficiary”, como se pode ler no art. 5º das Regras Uniformes.

³⁰ Aqui a autonomia também se traduz no facto do ordenante não ter poder para impedir o garante de cumprir a sua obrigação em pagar a soma objeto de garantia – cfr. Almeida Costa/Pinto Monteiro, ob. cit., p. 20. Como veremos infra, o que o ordenante poderá fazer é tentar impedir que o garante proceda ao pagamento através de procedimentos cautelares.

Esta característica pode causar dúvidas em saber se a garantia autónoma constitui um negócio causal ou um negócio abstrato. A doutrina nacional vem praticamente em unísono identificar este contrato como um negócio causal³¹, com a qual concordamos. A sua causa reside na sua função de garantir o contrato base, sendo este o seu fim económico-social, a espelho do que acontece com a fiança.

Outra manifestação da autonomia reside no facto de na garantia autónoma a obrigação assumida pelo garante se traduzir, apenas e só, numa prestação pecuniária, não lhe sendo exigida que possua o mesmo conteúdo da obrigação que se visa garantir, que poderá ser a prestação de, por exemplo, assegurar a qualidade de um determinado bem³². Como nos dizem Romano Martinez e Fuzeta da Ponte “a garantia representa, portanto, uma determinada soma em dinheiro, independentemente da natureza da obrigação assumida. O garante, perante o credor, responsabiliza-se pelo pagamento de uma obrigação própria e não pelo cumprimento de uma dívida alheia (do garantido); não se trata tanto de garantir o cumprimento de uma obrigação do devedor, mas antes de assegurar o interesse económico do credor beneficiário da garantia (...) o garante constitui-se devedor de uma obrigação própria, ainda que relacionada com a dívida do garantido”³³, o que nos leva a acompanhar as doudas palavras de Mónica Jardim, porquanto, esta garantia possui uma natureza “manifestamente ressarcitória” já que o “garante assume, assim, uma obrigação de indemnização”³⁴. Mas, sublinhe-se, difere do regime geral das obrigações em três pontos: primeiro, a obrigação de indemnização é prestada mesmo que o incumprimento não seja imputável a culpa ao devedor; segundo, a quantia destinada a ser entregue é previamente fixada pelo que a mesma se abstrai da extensão do dano efetivamente sofrido; e, por último, porque se trata de uma obrigação de indemnização independente das vicissitudes da relação base.

³¹ Entre outros *vide* Romano Martinez/Fuzeta da Ponte, ob. cit., p. 129; Luís P. Vasconcelos, ob. cit., p. 131; Galvão Telles, “Garantia Bancária Autónoma”, p. 288; Almeida Costa/Pinto Monteiro, ob. cit., p. 21; Menezes Cordeiro, “Manual de Direito Bancário”, p. 764. Em sentido contrário *vide* Simões Patrício, “Preliminares Sobre a Garantia *On First Demand*”, pp. 677 e ss.

³² Cfr. Francisco Cortez, ob. cit., p. 531.

³³ Romano Martinez/Fuzeta da Ponte, ob. cit., p. 125.

³⁴ Mónica Jardim, ob. cit., pp. 230 e 231. No mesmo sentido cfr. Luís P. Vasconcelos, ob. cit. p. 134.

Dúvidas se colocam em saber se esta característica é suficientemente forte para, perante uma alteração das condições do contrato base, manter o contrato de garantia inalterado ou se terá que ser o mesmo automaticamente adaptado.

Defendemos que o contrato de garantia não deve ser automaticamente modificado sendo que para tal é necessário o consentimento do garante³⁵. Com efeito, é a independência da garantia autónoma face à obrigação base que a torna numa figura apetecível para o beneficiário colocando o garante numa situação de maior risco, apesar de para o mesmo serem reconhecidas inúmeras vantagens³⁶. O garante, aquando da celebração do contrato de garantia é conhecedor do risco que assume por conhecer as condições presentes no contrato base cujo cumprimento visa garantir. É com base nessas condições que o mesmo forma a sua vontade e cria o contrato de garantia.

Defender que uma alteração das condições do contrato base acordada entre as partes do mesmo conduz à modificação automática das condições do contrato de garantia, para além de se consubstanciar num erro de semântica por ir contra aquilo que se entende por autonomia, parece-nos que coloca o garante numa situação bastante vulnerável. Desta forma, e no caso de se verificar tal situação, deve o garante dar o seu assentimento sob pena de se considerar desvinculado da garantia por alteração dos riscos inerentes à obrigação assumida.

Diferente será se essa modificação superveniente do contrato base se dever a uma alteração anormal das circunstâncias que levaram à decisão do garante em celebrar o contrato de garantia com o beneficiário. Neste panorama, somos da opinião que deverá ser aplicado, quer pelo garante quer pelo ordenante, o regime geral da modificação do contrato por alteração das circunstâncias previsto no artigo 437º do CC. Assim, quando ocorre um acontecimento imprevisível, superveniente e extraordinário ao ponto de alterar os pressupostos iniciais do contrato base, sobre os quais a vontade do garante e do ordenante em contratar foi fundamentada, deve ser conferido a estes

³⁵ Neste sentido, entre outros, *vide* Mónica Jardim, ob. cit., pp. 117 e ss., Romano Martinez/Fuzeta da Ponte, ob. cit., p. 129.

³⁶ Posição que, como observa Jorge Duarte Pinheiro, ob. cit., p. 424, prevê até condições “mais onerosas para o garante que para o devedor principal: a invalidade da obrigação garantida não determina a da garantia; o garante não pode invocar os meios de defesa que assistam ao devedor principal na relação com o credor principal”.

agentes a possibilidade de modificar o contrato segundo juízos de equidade ou, em última instância, de resolver o contrato³⁷ por impossibilidade absoluta definitiva³⁸.

Por sua vez, o contrato de garantia autónoma pode ser livremente alterado pelas partes do contrato – beneficiário da garantia e garante. Assim, para que tal modificação aconteça não será necessário o aval do ordenante, pois, este não é parte.

Porém, se não houver uma alteração concordante com a vontade do ordenante, os seus direitos e obrigações perante o beneficiário e o garante não serão afetados precisamente por causa da autonomia presente no contrato de garantia, pois o garante ao celebrar o contrato de garantia com o beneficiário atua por conta do ordenante mas assume uma obrigação própria, cujos efeitos não resvalam para a esfera do ordenante³⁹.

Conforme podemos ver, o princípio da autonomia não possui carácter absoluto, sendo perceptível uma certa dose de acessoriedade⁴⁰. Calvão da Silva, referindo-se à fiança, distingue a dependência genética (a validade da fiança depende da validade do contrato que constitui a obrigação principal – art. 632º/1 CC), a dependência funcional (o fiador pode opor ao credor os meios de defesa que competem ao devedor – art. 637º/1 CC) e a dependência extintiva (a extinção da obrigação principal determina a extinção da obrigação do fiador – art. 651º CC)⁴¹. Sabemos que o garante se obriga a prestar determinada quantia pecuniária em caso de incumprimento do ordenante nas suas obrigações para com o beneficiário, ou seja, o cumprimento das mesmas por parte do devedor acarretará a extinção do débito do garante levando ao fim da garantia.

³⁷ Neste sentido *vide* Romano Martinez/Fuzeta da Ponte, ob. cit., p. 147; Ac. Relação de Lisboa de 17/05/2012 (Fátima Galante).

³⁸ Neste sentido *vide* Antunes Varela, ob. cit., p. 66; que nos ensina que para que a obrigação se extinga “é necessário, segundo a letra e o espírito da lei, que a prestação se tenha tornado verdadeiramente impossível, seja por determinação da lei, seja por força da natureza (caso fortuito ou de força maior) ou por ação do homem. Não basta que a prestação se tenha tornado extraordinariamente onerosa ou excessivamente difícil para o devedor, como pode suceder com frequência nos períodos de mais acentuada inflação monetária ou de súbita valorização de certos produtos”.

³⁹ O n.º 4 do artigo 8 da Convenção das Nações Unidas sobre as Garantias Independentes e as *Stand-by Letters of Credit* vai no mesmo sentido: “La modificación de una promesa no afectará los derechos y las obligaciones del solicitante (o de una parte ordenante) o de un confirmante de la promesa, a menos que esa persona consienta en la modificación”.

⁴⁰ Miguel Brito Bastos, ob. cit., p. 527.

⁴¹ Cfr. Calvão da Silva, “Garantias Acessórias e Garantias Autónomas”, p. 334.

É assim perceptível que a dependência extintiva está presente na garantia autónoma. Isto não significa que toda e qualquer causa de extinção da relação de base leva à extinção da garantia, como está previsto no artigo 651º do CC, mas apenas que se a causa dessa extinção for o correto e integral cumprimento das obrigações do contrato base por parte do devedor, ao beneficiário não assiste a possibilidade de exigir ao garante o acionamento da garantia (podendo, no entanto, ser esta dependência extintiva mais abrangente se assim as partes o acordarem).

É sobre um dos limites à autonomia que recai o tema do nosso trabalho, nomeadamente aquele onde a conduta do beneficiário na solicitação da soma objeto de garantia se apresenta como abusiva ou fraudulenta por violar princípios basilares do direito.

Atente-se porém que com a aposição da cláusula *on first demand* na garantia os riscos assumidos pelas partes aumentam drasticamente, havendo maior tendência para ocorrerem situações abusivas e fraudulentas.

Procuremos, então, perceber porquê.

III. A automaticidade como característica eventual

Chega a hora de falar da garantia autónoma mais frequentemente utilizada: a garantia autónoma *on first demand*.

A inclusão de uma cláusula *on first demand* leva a autonomia da garantia autónoma “a um estado de pureza máxima”⁴². Mas, atente-se que autonomia e automaticidade são coisas distintas. A primeira é característica congénita da garantia autónoma, sem ela estaríamos perante uma garantia acessória; a segunda, por estar dependente da vontade das partes, é uma característica eventual da garantia autónoma.

A garantia bancária simples para ser ativada de modo a satisfazer o beneficiário exige primeiro que o mesmo faça prova do inadimplemento do devedor ou do “evento cujo risco originou a promessa do garante se verificar”⁴³.

Por sua vez, na garantia autónoma *on first demand* é aposta uma cláusula que confere ao beneficiário o direito de exigir a prestação da garantia sem que para tal tenha

⁴² Francisco Cortez, ob. cit., p. 595.

⁴³ Ferrer Correia, ob. cit., p. 253.

de produzir qualquer tipo de prova. A simples interpelação do beneficiário é bastante para receber a prestação a que tem direito, sem que o garante possa exigir qualquer prova da ocorrência do evento.

Há assim uma inversão do ónus da prova (342º/1 do CC). O mesmo recai sobre o devedor, porquanto, é este que depois terá de fazer prova, em ação a ser proposta posteriormente, de que a solicitação do beneficiário não era legítima. Afirmamos tal sucedâneo porque quando o garante paga à primeira solicitação terá direito a ser reembolsado nos mesmos moldes pelo devedor⁴⁴. Não se pense com isto que esta garantia não se encontra vinculada à ocorrência do evento que dá azo à legitimidade da solicitação, como é o caso do incumprimento do contrato base por parte do ordenante. Só com a verificação deste evento é que o beneficiário tem o direito de solicitar a garantia “que, depois de exercido, faz nascer na sua esfera jurídica um direito de crédito face ao garante”, pelo que se o beneficiário solicitar sem que tenha ocorrido esse evento “viola a proibição do abuso de direito e o dever, para ele derivado do contrato de garantia, de comportar-se, face ao garante, com correção e lisura de acordo com a boa-fé”⁴⁵.

As diferenças entre estas duas figuras residem assim no carácter da exigibilidade e na inversão do ónus de prova. Não nos parece rigoroso dizer que a diferença reside no facto de nas garantias autónomas automáticas a entrega da soma objeto de garantia ao beneficiário ter de ser feita imediatamente, existindo até uma expressão que sói utilizar-se na gíria bancária “paga-se primeiro, discute-se depois”⁴⁶. Na verdade, é reconhecido ao garante um lapso temporal com o fim de lhe dar a oportunidade de analisar a legitimidade do pedido⁴⁷. Essa expressão parece dar a ideia de que o garante nem os

⁴⁴ Neste sentido *vide* Jorge Duarte Pinheiro, ob. cit., p. 443, “Na garantia autónoma, o banco paga sem discutir. Em compensação, o devedor paga ao banco também sem discutir. Em seguida, o devedor, se quiser reaver uma parte ou o todo do que despendeu, entende-se com o credor”.

⁴⁵ Mónica Jardim, ob. cit., p. 297.

⁴⁶ Almeida Costa e Pinto Monteiro, ob. cit., p. 19.

⁴⁷ Neste sentido *vide* Mónica Jardim, ob. cit., p. 255, ao reconhecer o dever do garante avisar o ordenante que a quantia foi solicitada, e que esse mesmo dever deve ser cumprido durante o tempo concedido ao garante para análise da legitimidade do pedido. Este reconhecimento é importante porque pode evitar uma lide litigiosa já que o ordenante ao ser informado, e no caso de possuir prova de que cumpriu o contrato base ou que o mesmo se tornou impossível de fazer cumprir por conduta imputável ao credor, poderá informar o garante entregando-lhe toda a documentação necessária de forma a legitimar a sua recusa em prestar a garantia. Também neste sentido vem o artigo 20º das

próprios vícios do contrato de garantia poderia obstar face à solicitação, o que não é verdade. Há que ter em conta que o que as partes procuram com a emanação desta cláusula é a criação de uma garantia mais célere, robusta e simples; e não a criação de uma cláusula laxista capaz de abrir espaço a situações abusivas, apesar do perfeito conhecimento das partes acerca do maior risco existente com a colocação de uma cláusula *on first demand* no contrato de garantia.

Esta cláusula traz consigo inúmeras vantagens mormente na perspetiva do beneficiário. Com efeito, a mesma afasta à partida o risco de litigância sobre a ocorrência do evento que legitima a solicitação, ou seja, “(...) ao isentar-se o beneficiário da prova (...) corta-se a última cadeia que ainda prendia a garantia à litigância sobre a relação jurídica de base”, levando a autonomia ao seu “estado mais puro”⁴⁸. O beneficiário estará assim duplamente protegido: a autonomia faz com que diminua a probabilidade de não a receber a quantia já que as vicissitudes do contrato base não lhe são oponíveis, e a automaticidade faz com que o mesmo possa exigir a todo o tempo porque não impende sobre ele nenhum gasto em provar o evento.

Para o garante há também vantagens porque fica numa posição de absoluta imparcialidade. Nestas condições o agente poderá “lavar as suas mãos” na boa-fé do beneficiário mantendo-se à parte de eventuais questões entre credor e devedor, daí que o mesmo paga de “olhos fechados ao primeiro para depois ser reembolsado de olhos fechados pelo segundo”^{49/50}.

Quem se encontra na posição mais débil é o devedor. É sobre este que recaem grande parte dos riscos. Mas, é pertinente plagar a pergunta formulada por Jorge Duarte

Publicação nº 758 da CCI ao dizer: “If a presentation of a demand does not indicate that it is to be completed later, the guarantor shall, within five business days following the day of presentation, examine that demand and determine if it is a complying demand (...)”. Por sua vez a “Convenção das Nações Unidas sobre as Garantias Independentes e as Stand-by Letters of Credit” no artigo 16º/2 diz: “De no haberse dispuesto otra cosa en la promesa o de no haberse acordado lo contrario en otra parte por el garante/emissor y el beneficiario, el garante/emissor dispondrá de un plazo razonable, pero que no excederá de siete días laborales contados a partir del día de recepción de la reclamación y de cualquier documento que la acompañe, para: a) Examinar la reclamación y cualquier documento que la acompañe; b) decidir si efectúa o no el pago; c) Si la decisión es de no pagar, notificársela al beneficiario”.

⁴⁸ Francisco Cortez, ob. cit., p. 537.

⁴⁹ Galvão Telles, ob. cit., p. 283.

⁵⁰ Mesmo que o devedor tenha advertido o garante para este não proceder ao pagamento da soma objeto de garantia, por entender que a solicitação não era legítima, mas tal entendimento não seja partilhado pelo garante, deverá, ainda assim, pagar ao garante – neste sentido Ac. Relação de Coimbra 11/12/1990 (Santos Monteiro).

Pinheiro⁵¹: “(...) não será tão onerosa, ou até mais, a posição do devedor que presta caução por meio de depósito de dinheiro, garantia especial tido como perfeitamente legal (623º/1 CC)?”⁵².

É pela existência de altos riscos que os agentes vêm exigindo uma justificação documental como pressuposto para a legitimidade da solicitação. O que leva a que dentro da garantia autónoma automática haja a garantia autónoma automática justificada e a garantia autónoma automática documentária. Na primeira é exigido uma descrição minimamente minuciosa realizada pelo beneficiário sobre a ocorrência do evento, sem que tenha que ser acompanhada de prova; na segunda exige-se que a solicitação venha acompanhada de documentos, por exemplo, relatório realizado por perito previamente definido que enuncie a ocorrência do evento que fundamente a pretensão do beneficiário.

Para encerrar este ponto, cumpre distinguir esta figura da fiança à primeira solicitação. A inclusão no contrato de uma cláusula em que se afirme que o garante se obriga a pagar à primeira solicitação era, *per si*, esclarecedora do tipo de garantia, havendo uma presunção *iuris et de iure*. Perante tal situação, era notório que estávamos perante uma garantia autónoma automática⁵³. O que não é necessariamente verdade.

Com a inclusão de tal cláusula num contrato de fiança o credor obtém um resultado semelhante ao beneficiário de uma garantia autónoma automática: o fiador terá que pagar assim que interpelado, não podendo invocar naquele momento vicissitudes da relação de garantida. Esta cláusula é conhecida como *solve et repete*. Porém há que ter em conta que ao contrário do que acontece na garantia autónoma, na fiança, mesmo possua esta cláusula, não se prescinde da acessoriedade pelo que a mesma continua enleada à relação base. O que cláusula *solve et repete* tão simplesmente significa é que o fiador terá de pagar e só posteriormente poderá reclamar através de

⁵¹ Jorge Duarte Pinheiro, ob. cit., p. 443.

⁵² Em comparação com o depósito de dinheiro a garantia autónoma apresenta logo à partida uma vantagem relevante: o dinheiro em causa continuará do lado do devedor pelo que se evita o inconveniente da imobilização da riqueza. Almeida Costa/Pinto Monteiro, ob. cit., p. 20, apresentam o problema “como se o banco, no momento que se obrigou perante o beneficiário, tivesse depositado à ordem deste o montante estipulado na garantia”.

⁵³ Neste sentido *vide* Ferrer Correia, ob. cit., p. 252; Almeida Costa/Pinto Monteiro, ob. cit., p. 23.

A GARANTIA AUTÓNOMA – A EXCEÇÃO POR FRAUDE OU ABUSO DE DIREITO

uma ação a devolução do pagamento se o mesmo foi indevido⁵⁴. Assim, enquanto na garantia autónoma automática a legitimidade para opor tal ação pertence ao devedor, na fiança à primeira solicitação a legitimidade pertencerá ao fiador.

Pelo exposto, e apesar das diferenças entre as duas figuras, a garantia autónoma automática perdeu a sua patente de exclusividade, onde bastava a inclusão de uma alínea que falasse em pagamento à primeira solicitação para se presumir de forma inilidível que estaríamos perante uma garantia autónoma.

⁵⁴ Neste sentido *vide* Romano Martinez/Fuzeta da Ponte, ob. cit., 110 e 111; e Mónica Jardim, ob. cit., pp. 184-200.

C. A EXCEÇÃO POR FRAUDE OU ABUSO DE DIREITO

O cerne deste trabalho dá-se com a solicitação do beneficiário da soma objeto de garantia. Neste momento restam ao garante duas opções: pagar ou não pagar. Já enunciámos que uma das consequências da autonomia reside no facto de o garante só poder não pagar com fundamento em epidemias provenientes da própria garantia.

Será tal afirmação absoluta? Não comportará tal característica exceções? Será admissível ao garante não pagar ou a autonomia deste contrato apresenta-se em modos tais que a recusa do garante em entregar a soma alvo de garantia levará sempre à sua responsabilidade civil contratual?

Conforme já foi referido, a autonomia não possui carácter absoluto. Saber quais os limites existentes da característica responsável pelo encanto dos agentes afigura-se como um dos temas mais inquietantes.

Não nos podemos deixar apaixonar cegamente pela independência do contrato de garantia face aos restantes contratos a ponto de permitir abusos dos agentes envolvidos. Devemos, sim, admitir soluções com a preocupação de eliminar aquilo que a autonomia desta garantia, em larga escala, parece abrir terreno – situações abusivas e desrespeitosas dos ditames da boa-fé. Principalmente quando estamos perante uma garantia autónoma automática. Porém, aprez alertar que tais soluções deverão ser sempre justificadas com um cuidado metuculoso e elevada ponderação de forma a não extravasar a singularidade que caracteriza esta garantia, sob pena de a tornar acessória⁵⁵.

Como foi referido, o princípio da inoponibilidade vigora em absoluto face ao contrato de mandato. Porém, no contrato de garantia, *per si*, vigora o princípio da oponibilidade pelo que os vícios referentes a este, que nas palavras de Manuel Castelo Branco se intitulam por exceções literais⁵⁶, são invocáveis a todo o tempo.

No que concerne ao contrato base, para quem defende, como nós, o carácter causal da garantia autónoma, assume que o mesmo estará invariavelmente ligado ao contrato de garantia “para a vida e para a morte”⁵⁷. É por isto que se apresenta como

⁵⁵ Como diz Ferrer Correia: “Eliminar os riscos é impossível, mas atenuá-los é viável, sem atentar contra a essência do instituto” – “Notas para o estudo da garantia bancária”, p. 21 *apud* Francisco Cortez, ob. cit., p. 596.

⁵⁶ Aquelas exceções que “não derivam do contrato base mas do texto da própria garantia” – Castelo Branco, ob. cit., p. 79. Falamos aqui dos casos em que, por exemplo, o beneficiário ao solicitar a prestação da garantia não o faz na forma estipulada no contrato de garantia ou quando o faz já fora do prazo estabelecido no contrato de garantia.

⁵⁷ Francisco Cortez, ob. cit., p. 596.

idóneo afirmar que a autonomia não é absoluta, contendo exceções ao princípio da inoponibilidade do contrato base.

As exceções passíveis de conduzirem a uma recusa lícita do garante com fundamento em vicissitudes provenientes do contrato base são apresentadas pela doutrina e jurisprudência de forma pacífica. São elas: a exceção de ilicitude da causa por ofensa à ordem pública e aos bons costumes⁵⁸ e a exceção por fraude ou abuso de direito.

É sobre as tempestades e marés que estas últimas alimentam que nos atrevemos a navegar.

I. Doutrina

Este limite à autonomia é consensualmente aceite pela doutrina devido aos “princípios cogentes de todo e qualquer ordenamento jurídico, que devem ser respeitados, não podendo as garantias automáticas violar grosseiramente os referidos princípios”⁵⁹. Princípios que não são passíveis de ser derogados pela vontade das partes e que, como regras imperativas que são, têm de ser obrigatoriamente respeitados. Falamos do princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações e do princípio (da proibição) do abuso de direito plasmados nos arts. 762º/2 e 334º do CC, respetivamente.

Vejamos o que nos dizem alguns autores acerca desta exceção.

Michel Vasseur⁶⁰ apresenta tipos de comportamentos que levam a que o garante possa recusar a entrega da soma pecuniária alvo de garantia com fundamento nesta exceção. Esses comportamentos dão-se quando: o beneficiário solicita o pagamento da garantia arguindo que não recebeu as mercadorias mas o garante tem em seu poder

⁵⁸ É uma exceção que resulta do próprio *ius cogens*, que está naturalmente acima da regra na inoponibilidade presente nestas garantias e cuja aplicação não pode ser afastada pela vontade das partes fruto do seu carácter imperativo. Assim, sendo o contrato de garantia um negócio causal, no caso do contrato base violar os princípios basilares da ordem pública (artigo 280º/2 do CC), o contrato de garantia quinará por consequência. Falamos aqui dos casos em que, por exemplo, o contrato base tem como objeto o tráfico de droga, o tráfico de pessoas, um crime. Seria atroz se a ordem jurídica aceitasse meios que visassem garantir tais atos. Perante estes casos apresenta-se lícita a recusa de prestação da garantia por parte do garante. Para mais desenvolvimentos *vide* Mónica Jardim, ob. cit., pp. 283 e ss; Francisco Cortez, ob. cit., pp. 604 e ss.

⁵⁹ Almeida Costa/Pinto Monteiro, ob. cit., p. 20.

⁶⁰ Michel Vasseur, “Garantie Indépendante” *apud* Jorge Duarte Pinheiro, ob. cit., pp. 445 a 447.

certificado de desalfandegamento ou decisão judicial transitada em julgado dando prova de que o contrato base se encontra cumprido; o garante tem em seu poder cópia de atestado elaborado por perito acordado pelas partes de que o contrato base foi escrupulosamente cumprido, não obstante o beneficiário ter solicitado a prestação da garantia; há decisão judicial transitada em julgado julgando nulo o contrato base, desde que a mesma nulidade não resulte por violação do ordenamento jurídico do devedor; e ainda quando a fraude ou o abuso de direito possam ser provados de forma imediata, no momento da solicitação do beneficiário, não se afigurando necessárias a produção de diligências ulteriores.

Manuel Castelo Branco⁶¹ diz-nos, citando Menezes Cordeiro, que a recusa é lícita quando o *banco*⁶² “tenha conhecimento de fraude, de má-fé evidente (...)”. Afirma ainda que a recusa para ser lícita carece de prova documental, de tal forma patente que não poderá oferecer a menor dúvida sobre a existência da fraude.

Os casos que o autor oferece como exemplos provêm de uma tipificação de decisões jurisprudenciais realizada por Franco Bonelli e que se dividem em 3 grupos, a saber: “excepção do cumprimento da relação principal”; “excepção da resolução por facto não imputável ao devedor” e a “excepção de incumprimento do beneficiário”.

José Maria Pires⁶³ cinge-se ao regime da garantia *on first demand*, não fazendo a distinção com a garantia autónoma simples. Partilha da opinião de Galvão Telles⁶⁴ em que o garante terá de pagar sem discutir e igual comportamento terá de ter o ordenante face ao dever de reembolsar aquele, pelo que o ónus de provar e demandar judicialmente o beneficiário por qualquer vício praticado pertence ao ordenante. Porém, o autor reconhece um limite a esta mecânica, que se baseia na violação dos princípios da boa-fé e do abuso do direito por parte do beneficiário, pelo que o banco deverá recusar o

⁶¹ Castelo Branco, ob. cit., p. 79 e ss.

⁶² Como já referimos supra assumir que o garante é um banco é uma prática comum dos vários autores relacionada com o facto de esta garantia ser maioritariamente por estes prestada.

⁶³ José Maria Pires, “Direito Bancário”, pp. 281 e ss.

⁶⁴ Galvão Telles, ob. cit., p. 283.

pagamento na observância de tais situações, através da exceção de fraude manifesta ou do abuso de direito evidente⁶⁵.

Partilhando a mesma ideia deste autor, a defender que a automaticidade não é absoluta, temos Francisco Cortez⁶⁶. Aquando da sua abordagem ao tema das exceções ele faz menção aos “limites à autonomia” e aos “limites à automaticidade”, no entanto, o autor não problematiza tal destrição, retirando-se que o mesmo apenas versa sobre a garantia automática. O autor reconhece que o “carácter quase mágico” das garantias automáticas é suscetível de dar azo a “exigências injustificadas de pagamento da garantia feitas pelo beneficiário de má-fé ao banco emitente da garantia”, e que são precisamente estes “abusos e fraudes cometidos pelo beneficiário, sob a proteção da automaticidade, que constituem nos nossos dias o atentado mais sério contra a operacionalidade e a credibilidade desta garantia”.

Pelo exposto, no caso de estarmos perante um comportamento desleal traduzido na má-fé do beneficiário no cumprimento do contrato base e na solicitação abusiva por parte deste, o garante deverá recusar tal pretensão, sob pena de perder o direito de reembolso que possui face ao devedor.

Porém, como observa o autor, este limite não é absoluto contendo também ele uma limitação: para que tal direito, ou melhor, dever, seja reconhecido ao garante, terá que a fraude ser manifesta ou o abuso ser evidente pelo que a mera suspeita não se afigura suficiente. Logo, a mesma conduta tem de estar em condições de poder ser demonstrada através de prova líquida e inequívoca.

Simões Patrício⁶⁷ fala em dolo, má-fé e abuso do direito como motivações para originar o direito do garante em recusar o pagamento. Para tal, é necessário que o garante esteja na titularidade de prova líquida, capaz de evidenciar esse comportamento abusivo.

No caso de a fraude ser manifesta, o poder do garante em recusar a prestação da garantia consubstancia-se num verdadeiro dever que, caso o garante não rejeite o

⁶⁵ Citando para tal Almeida Costa/Pinto Monteiro, porquanto, “o banco pode, e deve mesmo, recusar-se a pagar a garantia, em caso de fraude manifesta, de abuso evidente por parte do beneficiário”, ob. cit., p. 20.

⁶⁶ Francisco Cortez, ob. cit., pp. 597 e ss.

⁶⁷ Simões Patrício, ob. cit., pp. 709 e 710.

pagamento da soma objeto de garantia, fará pender sobre o ordenante o direito de se opor ao dever de reembolso por virtude da relação de mandato.

Como exemplos de situações passíveis de serem liminarmente rejeitadas com fundamento nesta exceção, o autor apresenta os casos em que o beneficiário solicita a prestação da garantia apesar de o contrato já se encontrar cumprido⁶⁸; ou, quando a solicitação do beneficiário apenas se verificar quanto a bancos de certa nacionalidade por razões de ordem política⁶⁹; e ainda, na garantia de reembolso, quando o garante está em condições de provar a restituição pelo mandante da quantia adiantada.

Romano Martinez e Fuzeta da Ponte⁷⁰ versam também sobre as garantias autónomas com a cláusula *on first demand*, afirmando que mesmo nestes casos a autonomia possui limites “cuja violação implicaria um desrespeito de princípios basilares da ordem jurídica portuguesa”.

Incultam os autores, que o garante deve recusar o pagamento da soma objeto de garantia se possuir “prova concludente” de que houve manobras tendentes a enganá-lo por parte do beneficiário. Nestas condições estaremos perante uma situação de fraude que, consubstanciando-se numa *exceptio doli*, leva a que a predita rejeição de cumprimento se torne lícita invocando-se o dolo do beneficiário.

Ainda relacionado com o tema que nos propomos aqui a tratar, e nas palavras dos autores, está a possibilidade de recusa do garante com base na “exceção de cumprimento pontual do contrato de garantia”. Esta exceção verifica-se nos casos em que, com base em prova concludente, se demonstra que deixou de ser lícito exigir ao devedor o cumprimento do contrato ou que este já o tenha cumprido corretamente.

Veem aqui também um dever do garante em rejeitar a prestação da garantia. Se o garante não recusar, defraudando os deveres a que está vinculado por força da relação de mandato, “permite que o devedor garantido recorra à exceção de não cumprimento, à resolução do contrato ou simplesmente que reclame uma indemnização pelos prejuízos sofridos”. Se porém o garante não tinha motivos para fundamentar essa recusa

⁶⁸ “Afirmção do beneficiário de que a mercadoria não chegou, dispondo porém o garante de documentos de consignação” – p. 710.

⁶⁹ Referindo-se à decisão do Presidente do Tribunal de Comércio de Bruxelas, em 6/04/1982, versando sobre um caso em que o beneficiário apenas solicitava a quantia a certos bancos consoante a sua nacionalidade (*in casu*, americana) obedecendo a ordens políticas das autoridades iranianas – p. 710.

⁷⁰ Romano Martinez/Fuzeta da Ponte, ob. cit., pp. 145 e ss.

e a solicitação tenha sido indevidamente exigida imputando-se tal à conduta do beneficiário, este último, “além da eventual repetição do indevido, deverá indemnizar o devedor pelos prejuízos que essa conduta lhe acarretou”.

Calvão da Silva⁷¹ vê nas exceções “válvulas de ventilação de justiça” em ordem a evitar situações de abuso que as garantias autónomas *on first demand* acabam por facilitar e que podem mesmo levar a que as partes receiem promovê-las. Desta forma, o autor admite a arguição das exceções com fundamento em excussões manifestamente abusivas ou fraudulentas.

Coloca-se a par da doutrina maioritária a defender que sobre o garante recai um “dever de bloquear ou paralisar a garantia e recusar o pagamento”. O autor também exige “prova líquida, uma prova qualificada, segura e inequívoca da conduta fraudulenta ou abusiva do credor, que a doutrina maioritária requer documental”, acabando por reconhecer também as hipóteses em que o conhecimento do garante do carácter abusivo pode provir de facto notório⁷².

Mónica Jardim⁷³ fundamenta o dever de recusa do garante quando este tem em seu poder prova líquida e preexistente da fraude ou do abuso de direito, sem que seja necessário a produção de mais diligências, pelo que se exige “que a fraude ou o abuso de direito sejam manifestos, inequívocos, que firam os olhos”. A mínima dúvida sob o carácter fraudulento/abusivo da solicitação deve aniquilar a pretensão do garante em recusar o pagamento da prestação.

Sempre que o beneficiário solicitar o pagamento da quantia sem que ainda tenha ocorrido o evento de que está dependente o contrato de garantia para efetivo acionamento, violará o dever de boa-fé, a que está vinculado por força do contrato de garantia⁷⁴, e a proibição do abuso de direito, fundamentando um comportamento negativo por parte do garante. Isto, mesmo nos casos em que o contrato de garantia está dotado de uma cláusula *on first demand*, pois, a mesma, nas palavras da autora, não

⁷¹ Calvão da Silva, ob. cit., pp. 342 e ss.

⁷² No mesmo sentido, entre outros, vide Ferrer Correia, ob. cit., p. 257.

⁷³ Mónica Jardim, ob. cit., pp. 278 e 288-312.

⁷⁴ “(...) é este contrato que é a fonte do dever de boa-fé que vincula o beneficiário a assumir um comportamento leal e correcto no confronto do garante e que torna inadmissível uma solicitação fraudulenta ou abusiva (...)” – p. 296.

transfere para a esfera jurídica do beneficiário “um poder arbitrário e ilimitado e, embora nada tenha de provar, é evidente que, caso não ocorra o evento previsto no contrato (...), não se torna titular do direito de solicitar a entrega da soma objeto da garantia”. Tal fraude ou abuso só poderá ser provada com referência a factos que enformam do próprio contrato base, pelo que há aqui uma limitação da autonomia.

Luís P. Vasconcelos⁷⁵ vem no mesmo seguimento de Mónica Jardim ao considerar que há abuso de direito quando, de uma forma inequívoca e passível de se comprovar através de prova pronta e líquida, os pressupostos materiais – aqueles que provêm da relação base – não se verificam, apesar dos pressupostos formais – próprios do contrato de garantia – se verificarem.

Assim, o recurso à figura do abuso de direito com vista à recusa da prestação não se apresenta como um limite puro da autonomia porque não são diretamente invocadas as vicissitudes da relação base, mas antes manifestam-se indiretamente através da via do abuso de direito, por força da ligação entre o contrato de garantia e o contrato base⁷⁶.

Para este, havendo dúvidas sobre os factos que podem justificar a exceção de fraude ou abuso de direito, o garante deverá “primeiro pagar, discutir depois”, e o ordenante deverá ter idêntico comportamento face ao garante. Cumprindo-se este norte, a testilha, a existir posteriormente, terá como agentes o ordenante e o beneficiário.

Miguel Brito Bastos⁷⁷ analisa o tema estabelecendo a distinção entre garantias autónomas simples e garantias autónomas automáticas. Para o autor, muitos casos apresentados pela doutrina como situações de abuso de direito em garantias autónomas simples não o são. Fala aqui, por exemplo, dos casos em que o ordenante cumpriu escrupulosamente o contrato base ou quando o cumprimento já não é devido e ainda assim o beneficiário vem solicitar o pagamento. Nestes casos o autor explica que o beneficiário está a solicitar algo a que não tem direito e a que, conseqüentemente, o garante não está obrigado a cumprir. São verdadeiros “limites do direito” e não de

⁷⁵ Luís P. Vasconcelos, ob. cit., pp. 136 e ss.

⁷⁶ Interpretando assim as palavras de Canaris e Larenz – Cfr. K. Larenz/C. W. Canaris, “Lehrbuch des Schuldrechts”, 64, p. 79; e, C. W. Canaris, “Bankvertragsrecht”, pp. 775-776 *apud* Luís P. Vasconcelos, ob. cit., pp. 137 e 138.

⁷⁷ Miguel Brito Bastos, ob. cit., p. 532 e ss.

“limites ao exercício do direito”. As situações de abuso de direito apenas se sucedem nas situações em que o contrato atribui *prima facie* ao beneficiário o direito ao pagamento nos moldes em que a solicitação é realizada. Reconhece que a paralisação da garantia se dá por factos decorrentes do contrato base, existindo “um aproveitamento das exceções da relação de valuta por força do abuso de direito”; não querendo tal significar que qualquer exceção passível de ser arguida pelo ordenante o possa também ser pelo garante. Para que tal aconteça é necessário que a perturbação identificada na relação base seja de tal modo grave que infete a solicitação por violação dos princípios da boa-fé⁷⁸.

No tocante à garantia *on first demand* se a solicitação for realizada ilicitamente, o autor defende que é sobre o garante que recaem os *litigation costs and risks*, pelo que este terá de demandar o beneficiário com base numa ação de enriquecimento sem causa e será ele a ter o ónus de provar tal conduta. Nestas garantias, para que a recusa do garante com base na exceção de abuso de direito seja lícita, é necessário que o beneficiário solicite a ativação da garantia apesar de não ser passível de dúvidas que os pressupostos materiais não se encontram preenchidos.

II. Posição adotada

Antes de ousarmos tomar parte, cumpre esclarecer algumas expressões utilizadas pela doutrina.

Em que se traduz a fraude manifesta e o abuso evidente? Do que se trata afinal a prova líquida? Qual o meio de prova capaz de lotar o conceito de prova líquida?

Stoufflet⁷⁹ afirmava que apesar da fraude e o abuso de direito serem figuras diferentes, ambos convergiam na cura: demonstrar que o beneficiário não era titular de nenhum direito para se fazer valer. Assim, este último podia optar pelos dois regimes de forma a evitar o pagamento da garantia: se escolhesse o caminho do abuso de direito teria de provar diretamente a ausência do direito cuja execução a garantia deve assegurar; se escolhesse o caminho da fraude teria que provar a intenção do beneficiário em prejudicá-lo.

⁷⁸ Como exemplo o autor dá o caso em que o beneficiário manifesta a sua intenção de não cumprir o contrato base e ainda assim solicita ao garante o pagamento da soma objeto de garantia.

⁷⁹ Jean Stoufflet, “La garantie bancaire à première demande”, pp. 280 e 281 *apud* Mónica Jardim, ob. cit., p. 289.

Jurgen Dohm⁸⁰ inculta que no caso de existência de fraude manifesta o beneficiário atua com intenção de prejudicar o ordenante ou de obter para si uma vantagem patrimonial a que não tem direito; e no caso de abuso manifesto o autor dá os seguintes exemplos como passíveis de originar tal situação: quando o beneficiário solicita a prestação da garantia e as partes do contrato base deixaram claro que o mesmo era um ato simulado; quando uma decisão judicial transitada em julgado declara como inexistente o crédito garantido; quando estamos perante uma garantia de honorabilidade de oferta e o beneficiário solicita a garantia apesar de ter adjudicado a obra a outro agente que não o ordenante; entre outros.

Discordando da necessidade de provar o elemento subjetivo do comportamento do beneficiário e conseqüentemente a existência de comportamentos culposos do beneficiário surge Portale⁸¹, com a perspectiva de que bastará a demonstração da falta do elemento objetivo, ou seja, a manifesta ausência do direito do beneficiário. Refere ainda que a jurisprudência europeia equipara as duas situações com o claro objetivo de “fazer excluir a subordinação da oponibilidade da exceção à existência de intenção do beneficiário de provocar um dano ao mandante”⁸².

Yves Pouillet⁸³ demonstrou que foi já abandonada pela jurisprudência uma conceção restritiva de fraude, sendo que hoje é aceite uma noção extensiva do conceito de fraude manifesta. Assim, nas palavras do autor, “existe fraude manifesta quando o recurso à garantia viola de forma evidente o equilíbrio de interesses efetivado pela operação comercial entre o mandante e o beneficiário”.

Calvão da Silva⁸⁴, por sua vez, afirma que “a exigência de fraude⁸⁵ (*fraude in transaction*) é própria da *common law*, que não conhece a teoria geral do abuso de

⁸⁰ Jurgen Dohm, “Les Garanties Bancaires Dans Le Commerce International”, pp. 107 e 108 *apud* Mónica Jardim, ob. cit. pp. 269 e 270.

⁸¹ G. Portale, ob. cit., p. 21 *apud* Mónica Jardim, ob. cit., p. 289.

⁸² *Idem*, p. 21 *apud* Francisco Cortez, ob. cit., p. 600.

⁸³ Yves Pouillet, “La jurisprudence récente en matière de garantie bancaire dans les contrats internationaux”, p. 397 e ss. *apud* Simões Patrício, ob. cit., p. 711.

⁸⁴ Calvão da Silva, ob. cit., p. 344.

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”.

Afirmando que a fraude “em direito positivo português se reconduz à figura do abuso do direito, previsto e sancionado no artigo 334º do Código Civil”, temos o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Abril de 2010 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza)⁸⁶.

Dúvidas não existem quanto à admissibilidade desta exceção no ordenamento jurídico. Como fundamento da mesma tem-se invocado no direito comparado a boa-fé, os usos honestos do comércio, o abuso de direito, a *exceptio doli* ou a regra *frau omnia corrumpit* e a teoria dos deveres de proteção a favor de terceiros⁸⁷.

Pela nossa parte, vamos de encontro com a doutrina maioritária nacional expressa fundamentando a exceção de fraude ou do abuso de direito na necessidade de não violar princípios cogentes do ordenamento jurídico. Esses princípios são o da proibição do abuso de direito, presente no artigo 334º do CC, e o da boa-fé, presente no artigo 762º/2 do CC, que permitem ao garante recusar o pagamento da garantia autónoma através da exceção da fraude ou do abuso de direito.

Este último princípio está associado à obrigatoriedade das partes procederem de forma leal, correta e honesta no cumprimento dos contratos, não só impedindo comportamentos ímprobos como impondo deveres de colaboração entre as partes desde o início da relação contratual e que perdura para além do término da mesma. O beneficiário, tal como todos os outros agentes, encontra-se vinculado a este princípio no contrato base, na sua relação com o ordenante, e no próprio contrato de garantia, não podendo agir de má-fé. Falamos aqui da boa-fé na sua vertente objetiva, ou seja, a que se apresenta como uma regra de conduta⁸⁸. Caso alguém exorbite esta forma de agir, procede a um ato ilícito pelo que terá de indemnizar os lesados pelos danos causados podendo vir a sofrer mais consequências sancionatórias.

⁸⁵ Em que há discussão em saber se há “necessidade de um comportamento doloso, da suficiência de um uso (objectivamente) anormal do direito ou da ausência manifesta do direito do beneficiário” – *Idem*, p. 344.

⁸⁶ No mesmo sentido *vide* Ac. STJ de 24/04/2010 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza) e Ac. Relação de Lisboa de 07/05/2009 (Márcia Portela).

⁸⁷ Cit. Simões Patrício, *ob. cit.*, p. 709 e 710.

⁸⁸ Cfr. Abílio Neto, “Código Civil Anotado”, pp. 751 a 755; Menezes Cordeiro, “Da boa fé no Direito Civil”, vol. I, pp. 527 a 660.

É também a vertente objetiva do princípio da boa-fé que se encontra presente no artigo 334º do Código Civil, que positiva o princípio proibição do abuso de direito, a par dos bons costumes e do fim social ou económico. O abuso de direito dá-se quando o titular de um direito executa-o ilegitimamente, excedendo manifestamente “os limites impostos pela da boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”⁸⁹. O nosso ordenamento jurídico adota a conceção objetivista do princípio da proibição do abuso de direito que proclama a não obrigatoriedade de demonstração do *animus nocendi* do beneficiário da garantia, pelo que não se procura qualquer elemento subjetivo referente à conduta do beneficiário, bastando que a mesma exceda de forma evidente os limites prescritos no preceito⁹⁰. Assim, mesmo que o beneficiário não tenha noção da falta de fundamento manifesto da sua pretensão, a mesma será passível de ser excecionada com base neste mecanismo.

Mas a fraude e abuso de direito, *per si*, não bastam para conferir legitimidade ao garante para recusar a prestação da garantia. Segundo a doutrina e jurisprudência maioritária, é necessário que a mesma seja manifesta, que o abuso seja evidente, perceptível ao ponto de ferir os olhos.

Mas quando é que a fraude é manifesta ou o abuso de direito evidente? A doutrina maioritária, seguida por grande parte da jurisprudência, alude a questões de facto para distinguir esta exigência. Faz depender a verificação de fraude manifesta e abuso evidente de prova pronta e líquida do comportamento abusivo do beneficiário na posse do garante. A prova pronta e líquida é aquela que descortina automaticamente o comportamento do garante, fazendo com que não seja necessário “requerer a produção de provas suplementares, proceder a medidas de instrução, ou ouvir terceiros para estabelecer a fraude ou o abuso do beneficiário”⁹¹.

Alguns autores⁹² chegam a referir que a prova para ser pronta e líquida não pode deixar qualquer tipo de dúvida sobre a existência de fraude manifesta. A mínima dúvida retirará a legitimidade ao ato do qual poderia resultar a aniquilação da pretensão

⁸⁹ Artigo 334º do CC.

⁹⁰ Cfr. Ac. STJ de 28/06/2007 (Gil Roque); Abílio Neto, ob. cit., pp. 285 a 301; Menezes Cordeiro, “Da boa fé no Direito Civil”, vol. II, pp. 661 a 718.

⁹¹ Mónica Jardim, ob. cit., p. 292, que fala em prova preexistente.

⁹² Por exemplo Mónica Jardim, ob. cit., p. 291; Luís P. Vasconcelos, ob. cit., pp. 138 e 139.

ímproba do beneficiário⁹³. Se assim não fosse estar-se-ia a atentar contra a natureza própria das garantias autónomas, mormente na sua qualidade automática, já que o pagamento só seria efetuado após morosas lides judiciais, “quando o seu escopo é precisamente evitar essa situação”⁹⁴, esvaziando-se o carácter mágico envolto de tal criação social.

Saber qual o meio de prova suscetível de produzir prova líquida e pronta é um tema controvertido na doutrina. Existe uma vertente bastante restritiva, com a qual não concordamos, onde a fraude ou o abuso de direito têm de provir de sentença transitada em julgado para legitimar a recusa do garante. No outro polo defende-se que a fraude e o abuso de direito podem ser provados através de todos os tipos de meios de prova legalmente aceites.

No entanto, a doutrina⁹⁵ e a jurisprudência⁹⁶ maioritária têm uma visão diferente. Estas clamam que prova pronta e líquida é aquela que é feita através de prova documental capaz de, sem margem para dúvidas, demonstrar o abuso evidente ou a fraude manifesta; ou então quando o garante está em condições de ter o respetivo conhecimento através de facto notório ou público⁹⁷. Mónica Jardim⁹⁸ e Fátima Gomes⁹⁹ incultam ainda que só assim não é quando o caso se apresenta de elevada complexidade, pugnando aqui pela exigência de laudo arbitral ou sentença judicial transitada em julgado.

Não estamos de acordo.

A doutrina procede à derrogação do regime probatório geral¹⁰⁰ com fundamento nas características da figura da garantia autónoma, onde apenas com os preditos meios

⁹³ Ac. STJ 03/05/1994 (Miranda Gusmão).

⁹⁴ Almeida Costa/Pinto Monteiro, ob. cit., p. 21.

⁹⁵ Neste sentido *vide* Mónica Jardim, ob. cit., p. 293; Ferrer Correia, ob. cit., p. 22; Galvão Telles, ob. cit., p. 290; Calvão da Silva, ob. cit., p. 344; Luís P. Vasconcelos, ob. cit., p. 139.

⁹⁶ A título de exemplo: Ac. Relação do Porto de 02/10/2008 (Deolinda Varão), Ac. Relação do Porto de 09/12/2013 (Carlos Querido), AC. Relação do Porto de 04/11/2008 (Cândido Lemos), Ac. Relação de Lisboa 21/02/2013 (Ezaguy Martins).

⁹⁷ Neste sentido *vide* Ferrer Correia, ob. cit. p. 22; Mónica Jardim, ob. cit., pp 293 e 294;

⁹⁸ *Idem*, p. 293.

⁹⁹ Fátima Gomes, “Garantia bancária autónoma à primeira solicitação”, pp. 180 e 181.

¹⁰⁰ Que se verifica com ainda mais veemência nos casos em que a garantia autónoma é presentada com uma cláusula *on first demand*.

de provas “líquidos” é que poderão levar o garante a recusar o pagamento da quantia objeto de garantia e fazer uso da exceção por abuso de direito evidente ou fraude manifesta.

Porém, como observa Miguel Brito Bastos¹⁰¹, esta perspetiva da doutrina maioritário esbarra em contra-argumentos válidos. Observa primeiramente que esta restrição dos meios de prova para evidenciar o comportamento abusivo do beneficiário não possui qualquer tipo de apoio legal¹⁰². Poderiam ainda assim as partes, através de uma cláusula aposta no contrato de garantia, restringir os meios de prova concedidos ao garante, o que não se verifica na prática, mas dúvidas surgem em saber se a mesma não ofende o artigo 345º/2 do CC.

Para além disso, e como enunciam Bydlisnki¹⁰³ e Koziol¹⁰⁴, restringir os meios de prova àquela líquida, capaz de demonstrar o abuso evidente sem mais diligências, premiaria os mais astutos infratores, porquanto, “quanto mais premeditado e refinado o comportamento fraudulento do beneficiário fosse, tanto menos possível seria provar de um modo líquido esse abuso”¹⁰⁵.

Por esta via entendemos que o conceito de prova líquida, pronta e inequívoca abrange qualquer meio de prova suscetível de provar o abuso evidente ou a fraude manifesta. Até porque só no momento da apreciação da prova é que se poderá aferir a qualidade das mesmas e nunca em momento anterior¹⁰⁶.

Veja-se, por exemplo, o que Luís P. Vasconcelos¹⁰⁷ clama, a nosso ver exageradamente, nos casos em que o beneficiário solicita o pagamento da soma objeto de garantia por incumprimento do contrato base por parte do ordenante, não obstante o garante ter em sua posse um documento comprovativo do cumprimento do mesmo, nomeadamente, o certificado de desalfandegamento que prova que a mercadoria se encontra entregue e no local definido pelas partes. Mesmo aqui, o autor, e apesar de o

¹⁰¹ Miguel Brito Bastos, ob. cit., pp. 547 e ss.

¹⁰² Neste sentido vem também Peter Bydlisnki, “Moderne Kreditsicherheiten und zwingendes Recht”, p. 174, dizendo que “deve simplesmente deixar-se cair a exigência da susceptibilidade de prova líquida – ou seja lá como é chamada – a qual não encontra qualquer apoio legal!” – *apud* Miguel Brito Bastos, ob. cit., 548.

¹⁰³ Peter Bydlisnki, ob. cit., p. 179 *apud* Miguel Brito Bastos, ob. cit., p. 549.

¹⁰⁴ Helmut Koziol, “Der Garantievertrag”, p. 63 *apud* Miguel Brito Bastos, ob. cit., p. 549.

¹⁰⁵ Helmut Koziol, ob. cit., p. 63 *apud* Miguel Brito Bastos, ob. cit., p. 549.

¹⁰⁶ No mesmo sentido, e convergindo com o que este autor defende, *vide* Ac. Relação do Porto de 23/02/2012 (Maria Eiró).

¹⁰⁷ Luís P. Vasconcelos, ob. cit., p. 138.

garante estar em posse de prova documental, diz que a prova é insuficiente porque apenas demonstra que a mercadoria se encontra no local acordado, mas não prova que a mesma se encontra sem defeitos.

Não nos parece um resultado justo para o garante. A garantia autónoma, principalmente quando apetrechada com a cláusula *on first demand*, foi criada para oferecer aos agentes uma forma de contratar mais célere e robusta, e não foi criada com o fim de prejudicar os agentes ao debilitar as suas posições. O que importa aqui é verificar se o abuso de direito ou a fraude são perceptíveis e evidentes para um homem médio. É esta constatação que imputa no garante um dever de recusar a prestação da garantia. Para isso, qualquer meio de prova legalmente admissível é apto a arrazoar o garante.

A admitir uma solução diversa teríamos por obrigação que aceitar o sancionamento do garante, e correspondente obrigação de indemnizar o beneficiário, por ter rejeitado a execução da garantia quando, apesar de ser evidente a falta de fundamento material na solicitação para qualquer agente com o mínimo conhecimento das relações em causa, o mesmo não estivesse em condições de provar automaticamente por não ter em sua posse a designada prova pronta e líquida; apesar de conseguir prová-lo por outro meio.

Desta forma, temos que a recusa do garante em pagar a garantia é lícita quando a solicitação do beneficiário não cumpra manifestamente “as normas que fundamentam os direitos que lhe são contratualmente atribuídos”¹⁰⁸, permitindo-se ao garante fazer uso de todos os meios de prova legalmente admissíveis para fundamentar o abuso de direito evidente; sendo que aqui recai sobre o garante um dever de recusar¹⁰⁹.

Ainda sobre o tema que nos propomos estudar cumpre fazer uma breve referência ao dever de informação que impende sobre o garante aquando da solicitação do beneficiário e que em muito pode influenciar na correta trajetória da dinâmica desta figura.

¹⁰⁸ Miguel Brito Bastos, ob. cit. p. 550.

¹⁰⁹ No nosso entender o direito de o garante ser reembolsado, que por norma encontra-se previsto no próprio contrato de mandato que contém também a forma como deverá ser efetuado, decorre do artigo 1182º do CC, porquanto, o mandante deverá “reembolsá-lo do que este houver despendido nesse cumprimento”. Porém, nos casos em que o garante tem o dever de rejeitar, e não o faz, perderá este direito por não ter cumprido diligentemente o contrato de mandato.

Com efeito, quando o beneficiário solicita a prestação da garantia, recai sobre o garante um dever de informar o ordenante antes de cumprir a garantia. Podem ser apontadas críticas a esta nossa perspetiva como as que alegam que tal hipótese não possui justificação porque ao ordenante não é reconhecido direito de veto^{110/111}, e as que defendem que a aceitação deste dever iria atentar contra a natureza destas garantias autónomas, mormente nas *on first demand* pois o garante não iria fazer o pagamento conforme aquilo que tinham estipulado – à primeira interpelação¹¹².

Não concordámos com estes argumentos.

Seguimos os ensinamentos de Mónica Jardim¹¹³, fundamentando a existência deste dever de informação no facto de se ter celebrado um contrato de mandato entre o ordenante e o garante. Fruto do mesmo, a atividade gestória pertencerá ao garante mas o resultado repercute-se na esfera jurídica do ordenante. Por isto, é natural que o garante tenha o dever de informar o ordenante sobre todas as vicissitudes que se podem vir a manifestar na execução de mandato. E, para além disso, sobre o garante impende o dever de zelar pelos interesses do ordenante.

Com efeito, na maior parte das vezes, só com esta notícia é que o ordenante fica em condições de provar ao garante que a solicitação foi abusiva originando assim o dever para o garante de recusar a prestação da garantia e ainda de requerer uma providência cautelar com o fim de evitar que o garante pague a garantia, que o iniba de exigir o direito de reembolso no caso de pagar ou até que iniba o próprio beneficiário de receber quantia em disputa.

Na verdade, um garante dificilmente estará em condições de aferir o correto cumprimento do contrato base e conseqüente fraude ou abuso no pedido do beneficiário. Isto porque não compete ao garante nenhum dever de investigação minucioso do mesmo, competindo-lhe apenas uma análise competente dos pressupostos formais da

¹¹⁰ Neste sentido *vide* Michel Vasseur, “Droit Bancaire (Garantie indépendante)”, p. 200 *apud* Mónica Jardim, *ob. cit.*, p. 253.

¹¹¹ Concordámos em dizer que ao ordenante não lhe é conferido este poder, sendo o garante que terá de recusar por si, não devendo obedecer a nenhuma ordem infundada do ordenante. Porém, a nosso ver, a essência do dever de informar não se cinge à possibilidade de permitir um direito de veto ao ordenante.

¹¹² Quem assim argumenta vê como assertiva o tão badalado adágio da gíria bancária: “primeiro pagar, discutir depois”. Conforme já fomos referindo, não nos parece correta tal afirmação.

¹¹³ Mónica Jardim, *ob. cit.*, pp. 253-256.

solicitação¹¹⁴. Assim, a não ser no caso de estarmos perante uma fraude de tal modo manifesta ou perante um abuso de direito de tal modo evidente a ponto de ser perceptível imediatamente pelo garante, com o aviso ao ordenante da solicitação da garantia efetiva-se em larga medida o princípio (da proibição) do abuso de direito ou da fraude manifesta, já que é aqui que o ordenante vai informar o garante dos mesmos vícios ou fazer uso de um procedimento cautelar.

III. Procedimentos cautelares

Este subponto justifica-se porque é com base na exceção que nos propomos estudar que o mesmo tem fundamento. Trata-se de um mecanismo previsto para uso do devedor (ordenante) e que procura oferecer-lhe maior segurança.

Na prática, muitas das vezes, o garante, mesmo que sobre ele impenda o dever de recusa da prestação da garantia por solicitação abusiva do beneficiário, prefere pagar ao beneficiário para que não fique com a sua reputação conspurcada, principalmente quando o garante é um banco e que com a sua atitude possa colocar em causa o seu *credit standing*, procurando-se afastar assim das controvérsias que provenham do contrato base mesmo que isso desvaneça o seu direito a ser reembolsado pelo devedor¹¹⁵.

Como já afirmámos supra, o ordenante não tem o poder de com uma mera ordem obstar a que o garante cumpra a sua obrigação. Desta forma, preocupou-se a doutrina em encontrar soluções que visassem salvaguardar os interesses deste perante atos desleais do beneficiário e que não lhe são imputáveis. Sabemos que quando este dever desponta na esfera do garante, se este não o cumprir, perderá o direito a ser reembolsado pelo ordenante pelo que o mesmo já se encontra protegido. Porém, não nos podemos esquecer que não são poucas as vezes em que o direito de reembolso é operado automaticamente porquanto a quantia em causa é debitada na conta corrente do

¹¹⁴ Isto porque a solicitação só poderá ser aceite se estiver em harmonia com o estipulado no contrato de garantia (dentro do prazo, com os documentos necessários, etc.) e é ao garante que compete verificar isso mesmo – neste sentido *vide* Mónica Jardim, ob. cit., p. 257 e ss. Este dever provém do contrato de mandato.

¹¹⁵ Neste sentido *vide* Francisco Cortez, ob. cit., p. 601; Mónica Jardim, ob. cit., p. 327.

ordenante por assim estar previsto¹¹⁶. Também o garante retira benefício da promoção de uma providência cautelar por parte do ordenante, tendo todo o interesse “em que seja reconhecido judicialmente esse abuso, sob pena de poder ser responsabilizado perante o garantido no caso de pagar, ou perante os beneficiários, na hipótese de recusar a liquidação. Destarte, 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”¹¹⁷.

Pelo exposto, têm sido amplamente admitidas, quer pela jurisprudência¹¹⁸ quer pela doutrina¹¹⁹, providências cautelares com o escopo de impedir o beneficiário de solicitar ou receber a quantia, impedir o garante de pagar a soma objeto de garantia e impedir o garante de, após ter pago indevidamente a garantia, de exigir ou proceder ao reembolso¹²⁰.

Somos também a favor da admissibilidade de tal meio de defesa, porém em contornos diferentes da doutrina majoritária. Vamos por partes.

Primeiro devemos esclarecer que estamos perante uma providência inominada¹²¹ por a mesma não caber em nenhum dos modelos tipificados na lei processual¹²², pelo

¹¹⁶ Esta é uma forma que os garantistas têm de se salvaguardar perante, por exemplo, a insolvência do ordenante. Com este mecanismo o garante procura evitar que o seu direito ao reembolso não seja frustrado. Outro exemplo deste tipo de salvaguardas são garantias (reais, pessoais, etc.) que o garante exige do ordenante com vista a salvaguardar o seu direito, até porque, desse modo, em caso de insolvência do ordenante o garante não terá que ir a concurso de credores para se satisfazer.

¹¹⁷ Cit. Romano Martinez/Fuzeta da Ponte, ob. cit., p. 151.

¹¹⁸ Veja-se, a título de exemplo, Ac. Relação de Lisboa de 06/05/2014 (Manuel Marques), Ac. Relação de Lisboa de 12/11/1998 (Evangélista Araújo), Ac. Relação do Porto de 23/02/2012 (Maria Eiró), Ac. Relação do Porto de 28/04/2011 (Filipe Carço).

¹¹⁹ Entre outros, Romano Martinez/Fuzeta da Ponte, ob. cit., pp. 150 e 151; Mónica Jardim, ob. cit., pp. 327 e ss; Calvão da Silva, ob. cit., pp. 343 e ss; Almeida Costa/Pinto Monteiro, ob. cit., p. 21; Francisco Cortez, ob. cit., pp. 600 e ss; Simões Patrício, ob. cit., pp. 711 e ss.

¹²⁰ A própria Convenção das Nações Unidas sobre as garantias independentes e as letras de crédito *stand-by* preveem esta possibilidade no seu art. 20º sempre que seja muito provável que o garante tenha o direito a não pagar perante a solicitação feita ou suscetível de vir a ser feita pelo beneficiário. Assim, poderá o tribunal, com base em provas sólidas e imediatamente disponíveis e tendo em conta o risco de prejuízo grave que o devedor corre, ordenar uma providência cautelar que: impeça o beneficiário de receber a soma de objeto da garantia; bloqueie a utilização da soma objeto da garantia já entregue ao beneficiário.

¹²¹ Sobre isto *vide* Jorge Pais de Amaral, “Direito Processual Civil”, pp. 36 a 79.

¹²² Arts. 377º a 409º do CPC.

que devemos atender ao regime previsto nos artigos 362º e seguintes do mesmo código. Porém, há quem não pense assim.

A mesma doutrina majoritária que restringe os meios de prova e de que há pouco tratamos, vem também aqui em uníssono afirmar que o regime geral das providências cautelares inominadas deve ceder perante as características próprias desta figura, nomeadamente, a sua celeridade, segurança e eficácia, aplicando-se assim aquilo a que os autores chamam de “regra restritiva de direito jurisprudencial”¹²³ imposta pela função de segurança e liquidez da garantia. Assim, para o devedor fazer uso de uma providência cautelar só o poderá fazer nas mesmas situações em que o garante se encontre em condições de rejeitar a prestação da garantia.

Não perfilhamos dos mesmos argumentos.

Trata-se até de uma questão de coerência. Ao não aceitarmos uma asfixia dos meios de prova para legitimar recusa do garante em cumprir a prestação da garantia, não poderíamos vir aqui prever um regime mais penoso para o devedor do que o previsto anteriormente e do que o que está estipulado no regime geral dos procedimentos cautelares. Posto isto, vamos ao encontro com o que nos ensina o Ac. da Relação do Porto de 23/02/2012 (Maria Eiró)¹²⁴.

Devemos analisar a questão à luz das disposições que regem os procedimentos cautelares no direito positivo português. Diz-nos o artigo 362º/1 CPC: “Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado”.

O deferimento de uma providência está sujeita a dois pressupostos próprios: o *fumus bonus iuris* e o *periculum in mora*.

Quanto a este último, o escopo do procedimento cautelar é evitar o dano que a demora de uma decisão judicial pode trazer. Se faltar este perigo não estando o

¹²³ Francisco Cortez, ob. cit., p. 603; Mónica Jardim, ob. cit., p. 336.

¹²⁴ Que vem admitir a apresentação de prova testemunhal ao contrário de muitos autores que já referimos como é o caso de Jorge Duarte Pinheiro, ob. cit., p. 460, que afirma: “o princípio da autonomia da garantia não se coaduna com o deferimento de providências senão em situações excepcionais, decalcadas dos casos de recusa legítima da prestação. Deste modo, o depoimento do dador e a prova testemunhal são insuficientes. A chamada prova líquida é indispensável”. A admitir também a prova testemunhal *vide* Ac. Relação de Lisboa de 25/10/2012 (Maria de Deus Correia), Ac. Relação de Lisboa de 13/10/2009 (Ana Resende).

requerente do procedimento perante a iminência de sofrer um dano grave ou um dano dificilmente reparável, a providência não poderá ser decretada. Este pressuposto deve aproximar-se da certeza, sendo suficiente um julgamento de probabilidade forte e persuasiva, não correspondendo para tal à imposição de prova *stricto sensu*.

Já o *fumus bonis iuris* traduz-se na verosimilhança da existência de um direito, “na probabilidade séria da existência do direito”¹²⁵, que será mostrado através de prova sumária, pois, o procedimento cautelar é um mecanismo célere não se exigindo também prova *stricto sensu* sendo apenas necessária a aparência deste direito.

Assim, cremos que a análise da prova deve ser levada em conta neste contexto, obedecendo-se ao regime geral dos procedimentos cautelares, pelo que a prova pode extrair-se de qualquer meio de prova e não apenas da documental como grande parte da doutrina defende. Devemos ainda entender que o facto do procedimento cautelar assentar numa prova sumária “não significa de todo uma prova aligeirada e irreflectida, antes séria e competente. Acresce que só no momento da apreciação da prova se pode ajuizar da qualidade das provas se, se apresentam prontas e líquidas, e não em momento anterior, sendo certo que a lei não faz qualquer exigência (dir-se-ia que neste caso seria necessário um procedimento cautelar específico com esta exigência de prova)”¹²⁶. E não admitimos tal restrição mesmo nos casos em que estamos perante uma garantia autónoma com cláusula *on first demand*.

¹²⁵ Artigo 368º/1 do CPC.

¹²⁶ Cit. Ac. Relação do Porto de 23/02/2012 (Maria Eiró).

CONCLUSÃO

Esta figura é uma criação da liberdade contratual, que encontra fundamento no nosso ordenamento jurídico no artigo 405º do CC, e que tem na autonomia a sua característica essencial. É esta que influencia a escolha das partes porque torna a garantia mais célere, segura e eficaz em comparação com as garantias tradicionais. Significa que o contrato de garantia é independente das restantes relações em causa, assumindo o garante uma obrigação própria, que atinge o seu clímax com a aposição da cláusula *on first demand*.

As questões da admissibilidade de exceções a estas características surgem pela obrigatoriedade em se respeitar os princípios basilares do direito (*in casu*, princípio da boa-fé e da proibição do abuso de direito). Assim, admite-se a exceção de fraude ou abuso de direito quando o beneficiário solicita a prestação da garantia apesar de ainda não ter ocorrido o evento previsto na garantia, de o contrato já se encontrar cumprido pelo devedor ou de o incumprimento do contrato base se dever a facto imputável ao beneficiário.

Nessas situações, deve o garante recusar a prestação da garantia com base na exceção de fraude ou abuso de direito, desde que as mesmas sejam manifestas e evidentes para um homem médio com um conhecimento lúcido do contrato, sob pena de perder o seu direito a ser reembolsado pelo ordenante. A doutrina maioritária faz depender isto de prova pronta e líquida restringindo os meios de prova. Não concordámos defendendo que devem ser colocados ao dispor do garante todos os meios de prova passíveis de demonstrar a conduta do beneficiário. É verdade que a autonomia e celeridade são busfílis desta figura mas são elas que facilitam a existência de situações de fraude e abuso de direito. Quando eles contratam estão cientes do risco que vão assumir, mas para fazer face aos mesmos não nos parece justo limitar a procura da verdade.

Assim, também admitimos o uso por parte do ordenante de procedimentos cautelares com o objetivo de paralisar o pagamento da soma objeto de garantia em caso de abuso evidente ou fraude manifesta. Porém, discordamos da doutrina maioritária que

A GARANTIA AUTÓNOMA – A EXCEÇÃO POR FRAUDE OU ABUSO DE DIREITO

restringe os meios de prova pelo que o procedimento só poderá ser usado caso o ordenante esteja em posse de prova pronta e líquida. Não nos parece idóneo afastar o regime geral previsto para estas figuras com base na “regra restritiva do direito jurisprudencial”, que poderá acabar por beneficiar o infrator. A evidência da fraude manifesta ou do abuso de direito evidente deve ser aferida com base em questões de direito, não existindo qualquer razão para restringir os meios de prova.

BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Jorge Augusto Pais de Amaral – “Direito Processual Civil”, 12^a ed., Coimbra, Almedina (2015);
- ANTUNES, José Engrácia – “Os Contratos Bancários”, *Separata*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Almedina (2011);
- BASTOS, Miguel Brito – “A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma on first demand”, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Vol. III, Coimbra Editora (2010), pp. 525 a 555;
- BRANCO, Manuel Castelo – “A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações”, Revista da Ordem dos Advogados (1993), 53, pp. 61 a 83;
- CORDEIRO, António Menezes – “Da boa fé no Direito Civil”, vol. I e II, Coimbra, Almedina (1985);
- CORDEIRO, António Menezes – “Manual de Direito Bancário”, 4^a ed., Coimbra, Almedina (2012);
- CORREIA, António Ferrer – “Notas para o Estudo do Contrato de Garantia Bancária”, Revista de Direito e Economia (1982), VIII, pp. 247 a 258;
- CORTEZ, Francisco – “A garantia bancária autónoma- alguns problemas”, Revista da Ordem dos Advogados (1992), 52, pp. 513 a 609;
- COSTA, Mário Júlio de Almeida e António Pinto Monteiro – “Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação”, Coletânea de Jurisprudência, XI (1986), T. V, pp. 15 a 34;
- GOMES, Maria de Fátima Morais – “Garantia bancária autónoma à primeira solicitação”, Direito e Justiça (1994), vol. VIII, tomo 2, pp. 119 a 210.
- JARDIM, Mónica – “A Garantia Autónoma”, Coimbra, Almedina (2002);

- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – “Garantia das Obrigações”, 4ª ed., Coimbra, Almedina (2012);
- MARTINEZ, Pedro Romano e Pedro Fuzeta da Ponte – “Garantias de Cumprimento”, 5ª ed., Coimbra, Almedina (2006);
- NETO, Abílio – “Código Civil Anotado”, 18ª ed., Lisboa, Ediforum (2013);
- PATRÍCIO, José Simões – “Preliminares sobre a Garantia *On First Demand*”, Revista da Ordem dos Advogados (1983), 43, pp. 677 a 718;
- PINHEIRO, Jorge Duarte – “Garantia Bancária Autónoma”, Revista da Ordem dos Advogados (1992), 52, pp. 417 a 465;
- PINTO, Carlos Alberto da Mota Pinto – “Teoria Geral do Direito Civil”, 4ª ed., Coimbra Editora (2005);
- PIRES, José Maria – “Direito Bancário”, Vol. II, As Operações Bancárias, Lisboa, Rei do Livros (1995);
- RIBEIRO, António Sequeira – “A garantia bancária autónoma à primeira solicitação: algumas questões”, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. II, Direito Bancário, Almedina, (2003), pp. 289 a 426.
- SERRA, Adriano Vaz – “Fiança e figuras análogas”, Boletim do Ministério da Justiça, nº 71 (1957), pp. 19 e ss.;
- SILVA, João Calvão da – “Garantias Acessórias e Garantias Autónomas”, Estudos de Direito Comercial (Pareceres), Coimbra, Almedina (1996), pp. 331 a 361;
- TELLES, Inocêncio Galvão – “Garantia Bancária Autónoma”, O Direito, Ano 120 (1988), pp. 275 a 293;
- VARELA, João de Matos Antunes – “Das obrigações em geral”, vol. II, 7ª ed., Coimbra, Almedina (2006);

**A GARANTIA AUTÓNOMA – A EXCEÇÃO POR FRAUDE OU
ABUSO DE DIREITO**

- VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de – “Direito das Garantias”, 2ª ed., Coimbra, Almedina (2013).

OUTRAS MONOGRAFIAS REFERENCIADAS

- BYDLISNKI, Peter – “Moderne Kreditsicherheiten und Zwingendes Recht”, Archiv für die civilistische Praxis (1990);
- CANARIS, Claus-Wilhelm – “Bankvertragsrecht”, 3ª ed., Vol. I, Walter de Gruyter, Berlim, Nova Iorque (1988);
- CORREIA, António Ferrer – “Notas para o estudo da garantia bancária”, Temas de direito comercial e direito internacional privado, Coimbra (1989);
- DOHM, Jurgen – “Les Garanties Bancaires Dans Le Commerce International”, Editions Staempfli (1986);
- KOZIOL, Helmut – “Der Garantievertrag”, Wien (1981);
- LARENZ, Karl e Claus-Wilhelm Canaris – “Lehrbuch des Schuldrechts”, II Band, Besonderer Teil, 2. Halbband, C. H. Beck, Munique (1994);
- MÜLBERT, Peter O. – “Missbrauch von Bankgarantien und einstweiliger Rechtsschutz. Die Dogmatischen Grundlagen der Bankgarantie *auf erstes Anfordern* und ihre Behandlung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes”, Tübingen (1985), Mohr;
- PINTO, Carlos Alberto da Mota – “Cessão da Posição Contratual”, Atlântida Editora, Coimbra (1970);
- PORTALE, Giuseppe – “Le Garanzie Bancaire Internazionali (questioni)”, BBTC (1988), I;
- POULLET, Yves – “La jurisprudence récente en matière de garantie bancaire dans les contrats internationaux”, em Banca, Borsa e Titoli di Credito (1982);
- STAMMLER, Rudolf – “Der Garantievertrag. Eine civilistische Abhandlung”, AcP 69 (1886);
- STOUFFLET, Jean – “La Garantie Bancaire à Première Demande”, Journal du Droit International (1987);

**A GARANTIA AUTÓNOMA – A EXCEÇÃO POR FRAUDE OU
ABUSO DE DIREITO**

- VASSEUR, Michel – “Droit Bancaire (Garantie indépendante)”, Recueil Dalloz Sirey (1990);

- VASSEUR, Michel – “Garantie Indépendante”, Encyclopédie Dalloz, Répertoire de Droit Commercial, III, Paris (1974).

JURISPRUDÊNCIA REFERENCIADA

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra 11/12/1990 (Santos Monteiro);
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça 03/05/1994 (Miranda Gusmão);
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7/12/1994 (Lopes Pinto);
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23/03/1995 (Miranda Gusmão);
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12/11/1998 (Evangelista Araújo);
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça 19/12/2001 (Ferreira Ramos);
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21/11/2006 (Paulo Sá);
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/06/2007 (Gil Roque);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 02/10/2008 (Deolinda Varão);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 04/11/2008 (Cândido Lemos);
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07/05/2009 (Márcia Portela);
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13/10/2009 (Ana Resende);
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24/04/2010 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza);
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15/06/2010 (Luís Espírito Santo);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28/04/2011 (Filipe Carço);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23/02/2012 (Maria Eiró);
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17/05/2012 (Fátima Galante);
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25/10/2012 (Maria de Deus Correia);

**A GARANTIA AUTÓNOMA – A EXCEÇÃO POR FRAUDE OU
ABUSO DE DIREITO**

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa 21/02/2013 (Ezaguy Martins);
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09/12/2013 (Carlos Querido);
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 06/05/2014 (Manuel Marques);
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22/05/2014 (Granja da Fonseca);
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25/11/2014 (Fonseca Ramos).