



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

ESCOLA DE LISBOA

A GARANTIA AUTÓNOMA. EXCEÇÕES À AUTONOMIA – A PROVA NAS SITUAÇÕES DE ABUSO EVIDENTE

Mestrado Forense

MARIA CABRAL FERNANDES

N.º 142 721 100

Sob a Orientação da Professora Doutora ANA TAVEIRA DA FONSECA

JULHO, 2023

ÍNDICE

I. Introdução.....	6
II. Enquadramento da figura:	11
1. Funcionamento, estrutura e admissibilidade da Garantia Autónoma	11
2. A Autonomia: Os seus diferentes graus.....	15
3. A causa do contrato de garantia autónoma e o fim da aposição de cláusulas de pagamento à primeira solicitação.....	19
3.1. A causa do contrato de garantia autónoma.....	20
3.2. O fim das cláusulas de pagamento à primeira solicitação	22
III. As situações de recusa lícita do pagamento da prestação pelo garante, em especial as situações com fundamento na relação base.....	25
1. Generalidades.....	25
IV. A Fraude Manifesta ou abuso evidente enquanto situação de recusa lícita da prestação pelo garante.....	29
1. Aspetos gerais: Noção de Fraude e Abuso.....	29
2. A justificação desta exceção. Os pressupostos.....	32
3. A evidência ou carácter manifesto da situação abusiva ou fraudulenta.	34
4. O problema da evidência da situação abusiva no recurso à tutela cautelar.....	41
5. A visão da jurisprudência portuguesa na demonstração da evidência da situação de abuso ou fraude.....	47
V. Conclusões	53
1. Apreciação Crítica.....	53
2. Síntese conclusiva	55
VI. Bibliografia:.....	58

Lista de abreviaturas:

Ac. – Acórdão.

Acs. – Acórdãos

Al. - Alínea

Art. – Artigo

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil

C. Com. – Código Comercial

cfr. – Conforme

CNDCI - Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

CPC – Código do Processo Civil

GA- Garantia Autónoma

Ibid. – *Ibidem*

Id. – *Idem*

NCPC – Novo Código do Processo Civil

Op. Cit. - *Opus citatum*

PGR – Procuradoria-Geral da República

p. – Página

pp.- Páginas

RDES – Revista de Direito e Estudos Sociais

RDJ – Revista de Direito e Justiça

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vol.- Volume

I. Introdução

Esta dissertação parte da análise à figura da garantia autónoma, cujo nascimento é apontado para o ano de 1886 e para a obra publicada por RUDOLF STAMMLER. O autor alemão procurou distinguir os contratos de garantia acessórios da obrigação principal (como a fiança e o mandato de crédito) dos contratos de garantia independentes ou autónomos que, fundados na liberdade contratual, tinham uma eficácia superior, por força da sua autonomia¹. É com este estudo que a *Garantievertrag* ocupa lugar no pensamento jurídico da época e começa a ser estudada não só na Alemanha como noutros países.

Em Portugal, só na segunda metade do século XX surgem os primeiros estudos relacionados com o tema², coincidindo estes com o fim da segunda guerra mundial e com o desenvolvimento económico que o fim da guerra despoletou. Este desenvolvimento económico pós-guerra determinou a necessidade de encontrar mecanismos que permitissem, por um lado, acelerar as trocas comerciais, no comércio internacional e, por outro, oferecer segurança aos agentes económicos. Segurança esta reclamada por constrangimentos que o desenvolvimento do mercado internacional fez surgir: o desconhecimento dos parceiros comerciais, da sua honorabilidade e solvabilidade.

A Garantia Bancária Autónoma aparece, neste contexto, como o instrumento capaz de dar uma resposta eficaz a estes problemas, graças às suas características.

Por se tratar de uma garantia autónoma e, portanto, independente da relação de base, não era afetada pelas vicissitudes desta decorrentes e, por isso, era considerada uma garantia mais sólida e robusta que as garantias acessórias, como a fiança. Nestas, a acessoriedade permitia que o garante pudesse lançar mão a meios de defesa relacionados com a obrigação garantida, o que deixava o credor numa posição mais débil.

¹ FRANCISCO CORTEZ, “A Garantia Bancária Autónoma” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 52, julho de 1992, p. 320 e 321.

² Em Portugal, os primeiros trabalhos incidentes nesta figura são da autoria de VAZ SERRA que escreveu a obra “Fiança e figuras análogas” em 1957 e de MOTA PINTO, cuja obra “Cessão da posição contratual” remonta a 1970.

Por outro lado, ao contrário das garantias reais, este tipo de garantia apresentava uma maior rapidez no pagamento ao credor, sobretudo na sua vertente à primeira solicitação, uma vez que as garantias reais ficavam muitas vezes dependentes de execução judicial e de elevados custos de transação³.

Além disso, ao contrário do que sucedia em garantias como o depósito bancário, aqui, o devedor não entregava ao garante qualquer valor patrimonial para assegurar o direito do credor⁴, o que levava a que a GA fosse de preferir em relação a este tipo de garantias, dado que, na maioria das vezes, o devedor não dispunha das quantias necessárias para garantir a obrigação por esse meio.

Por fim, é ainda de referir que sendo uma garantia, normalmente⁵ prestada por um banco do estado do credor, ou com reconhecimento internacional, o risco de incumprimento ou insolvência da parte devedora, de quem em regra o credor tinha um conhecimento escasso, estava salvaguardado. Esse fator acabava por contribuir para a realização de operações comerciais que, se não fosse este tipo de garantia, não se efetivariam⁶.

Todos estes motivos promoveram um incremento na utilização desta figura, que até hoje continua a ser um recurso seguro ao dispor dos agentes económicos. A eficácia

³ MIGUEL BRITO BASTOS, “A recusa Lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma «on first demand»” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, volume III, Coimbra Editora, 2010, p. 525.

⁴ FRANCISCO CORTEZ, *op. Cit.*, p. 565.

⁵ O nome “Garantia Bancária Autónoma” aponta para que seja prestada por um Banco, o que na maior parte das vezes acontece. Não obstante, existe outra possibilidade, sendo que, como refere PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Garantias Bancárias” in *Estudos em Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*, volume II, separata, p. 266: “Não obstante grande parte das garantias serem prestadas por bancos, tem-se verificado que, por vezes, a posição de garante é assumida por uma companhia de seguros, funcionando o seguro como garantia autónoma.”

⁶ LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, cit., p. 138 e 139.

e segurança que conferia aos direitos dos beneficiários⁷ levou, inclusive, a que fosse apelidada de “sangue da vida comercial internacional”.

Fica, pois, evidente que quer do lado do devedor, quer do lado do credor existem múltiplas vantagens que conduzem a que as respetivas posições sejam mais bem salvaguardadas através do recurso a este tipo de garantia. No entanto, podem questionar-se os benefícios da contratualização deste tipo de garantias para o garante. Este, por oposição aos outros intervenientes, fica colocado numa posição em que os riscos por si assumidos, quando comparados, por exemplo, com os do fiador são agravados, sobretudo nas hipóteses em que a garantia estipulada tem aposta uma cláusula de pagamento à primeira solicitação⁸. Porém, a esse respeito temos de atentar no facto de o garante, nestas operações, ser, em regra, uma instituição bancária que, além de ter direito a ser reembolsada pelo devedor no caso da soma objeto vir a ter de ser paga ao credor, tem usualmente direito a uma remuneração, uma comissão de banco⁹, residindo aí a sua vantagem com esta operação.

Esta breve comparação risco/benefício com outras garantias das obrigações justifica o porquê de a GA se ter assumido, no quadro da globalização do comércio, como uma opção apetecível aos olhos dos agentes económicos, o que se traduziu no enorme estudo a que foi sujeita. Ainda assim, o facto de se tratar de uma figura de criação doutrinária e jurisprudencial, que foi alvo de tratamento legislativo em muito poucos países¹⁰ leva a que surjam problemas atinentes ao seu funcionamento, muitos deles decorrentes da sua característica fundamental, a autonomia.

Autonomia esta que, por um lado, é o fator diferenciador que leva a que se recorra a este mecanismo, mas por outro, conduz muitas vezes a situações de abuso relacionadas,

⁷ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, 3.^a Reimpressão, Almedina, 2014, p. 537.

⁸ MIGUEL BRITO BASTOS, *op. Cit.*, p. 525.

⁹ PESTANA DE VASCONCELOS, *op. Cit.*, p. 139.

¹⁰ A antiga Checoslováquia no código de comércio internacional checoslovaco, a antiga República Democrática da Alemanha, na lei sobre os contratos económicos internacionais e a antiga República da Jugoslávia na lei sobre obrigações e contratos de 1978. Cfr. FRANCISCO CORTEZ, *op. Cit.*, p. 522.

precisamente, com o facto de ao garante não ser, em regra, permitido lançar mão aos meios de defesa decorrentes da relação principal. Esse pressuposto leva a que o credor, aproveitando-se dessa inoponibilidade procure obter resultados que de outra forma nunca conseguiria alcançar. O aproveitamento da autonomia, vulgarmente feito a par de um aproveitamento da automaticidade, quando a garantia agrega em si ambas, consubstancia situações de um verdadeiro abuso ou de verdadeira fraude.

Tais situações são o princípio de estudo desta dissertação. Situações juridicamente intoleráveis e que colocam em contraposição dois valores jurídicos: por um lado, a proteção da característica principal da figura em apreço – a autonomia da garantia– e, por outro, a proteção de princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico como a boa-fé e a proibição do abuso de direito.

Não é controvertido o facto destas situações terem de ser combatidas e para tal terem de ser abertas exceções à autonomia, que se apresentam como verdadeiras válvulas de ventilação da justiça¹¹ e se traduzem na possibilidade de o garante recusar licitamente o pagamento da garantia. Contudo, as condições que têm de estar reunidas para poder ser feito este “levantamento da autonomia”¹² não são abordadas em uníssono nem na doutrina, nem na jurisprudência. É assim, desde logo, no que toca a saber de que forma deve ser feita prova de tais situações de abuso, necessária à paralisação do normal funcionamento da GA.

Deste modo, queremos que esta dissertação permita analisar esta exceção à autonomia, derivada das situações de abuso e as várias conceções relativas à operacionalização da mesma e à prova que se entende ter de ser feita da situação fática subjacente.

Neste seguimento, propomo-nos fazer uma análise por aquele que tem sido o entendimento dos tribunais portugueses a este respeito, procurando perceber, dentro das

¹¹JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Estudos de Direito Comercial (pareceres)*, Almedina, 1999, p. 342.

¹² Expressão utilizada por PESTANA DE VASCONCELOS em: PESTANA DE VASCONCELOS, *op. Cit.* p. 148.

diferentes correntes doutrinárias que existem, qual aquela que tem sido acolhida na nossa jurisprudência e se têm existido alterações no entendimento seguido pelos tribunais.

Destarte, começaremos por caracterizar a garantia autónoma, quer no que toca à sua estrutura e funcionamento, quer no que concerne à sua admissibilidade, ao seu fim e à sua causa, perspectiva que nos parece ser essencial para compreender o “levantamento da autonomia” nas situações de fraude ou abuso.

Em seguida, passaremos para uma análise mais profunda das situações de fraude ou abuso, caracterizando os elementos que devem estar reunidos para que estas se verifiquem e o modo como têm de ser demonstradas. Partindo desta exposição, começaremos a análise pela jurisprudência e pelos traços gerais por ela seguidos.

Finda esta análise, será destinado um capítulo à apreciação crítica do tema, sem que isso prejudique que ao longo do trabalho sejam feitos apontamentos às diferentes questões abordadas, e a uma conclusão que sumarie as respostas encontradas com a investigação feita.

II. Enquadramento da figura:

1. Funcionamento, estrutura e admissibilidade da Garantia Autónoma

Antes de passarmos à análise do objeto central desta dissertação não podemos deixar de procurar contextualizar a garantia autónoma, fazendo alusão àquelas que são as suas características, a sua estrutura e o seu modo de funcionamento.

Afirma GALVÃO TELLES, na tentativa de definir a GA que esta é a garantia pela qual o banco (o garante) que a presta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de alegada inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato base), sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com esse mesmo contrato¹³. Nas palavras de EVARISTO MENDES, a garantia autónoma visa proporcionar determinado resultado ao beneficiário, desde que este afirme não ter obtido da outra parte o prometido, sem que o garante possa apreciar o bem ou mal fundado desta alegação, ou seja, sem que possa opor ao beneficiário as exceções de que pode prevalecer-se o garantido¹⁴. Esta garantia assegura, portanto, o cumprimento íntegro e pontual da obrigação principal, a que está originariamente vinculado o devedor¹⁵.

Trata-se, conseqüentemente, de uma garantia especial e pessoal, cujo funcionamento pressupõe, necessariamente¹⁶, a existência de três¹⁷ relações jurídicas:

¹³ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Garantia Bancária Autónoma*, edições Cosmos, Lisboa, 1991, p. 22

¹⁴ EVARISTO MENDES “Garantias Bancárias. Natureza” in *separata de Revista de Direito e de Estudos Sociais*, outubro- dezembro – 1995, Ano XXXVII (X da 2.ª série), n.º 4, p. 453.

¹⁵ Cfr. Ac. TRP 23.02.2012 (Maria Eiró).

¹⁶ Só esta estrutura permite acautelar os efeitos que as partes procuram. Neste sentido PESTANA DE VASCONCELOS, *op. Cit.*, pp. 141 e 142.

¹⁷ A verdade é que, em certos esquemas negociais a relação é quadrangular. Isso acontece quando entre o garante, normalmente da nacionalidade do credor, e outro banco, normalmente da nacionalidade do devedor, é estabelecido um contrato de garantia nos termos do qual o segundo tem de entregar ao primeiro a quantia que este teve de entregar ao credor, na sequência do acionamento da garantia. Trata-se de uma situação onde existe uma pluralidade de garantias autónomas. Tal estrutura, mais complexa, não tem particular relevância para o tratamento do tema principal desta dissertação, pelo que vamos cingir-nos à clássica estrutura triangular. Do mesmo modo, não vamos abordar a figura da contragarantia, vulgarmente

uma relação base, estabelecida entre o devedor e o credor, uma relação estabelecida entre o devedor e o garante e, por fim, a relação de onde emerge, verdadeiramente, a GA, estabelecida entre o garante e o credor¹⁸.

Da primeira relação jurídica emerge o contrato celebrado entre credor e devedor. Este contrato pode ser um contrato da mais variada índole, uma compra e venda, uma empreitada, entre outros. Será deste contrato que vai nascer a obrigação que vai ser garantida. Por se tratar, usualmente, de um contrato que envolve elevados montantes, as partes acordam a obrigatoriedade do devedor prestar uma garantia autónoma, dentro de determinadas condições, ficando, muitas vezes, os efeitos deste contrato suspensivamente condicionados a essa efetivação¹⁹.

Por outro lado, a segunda relação jurídica é aquela de onde nasce o contrato celebrado entre o devedor e o garante. Este tem como conteúdo a estipulação da obrigação do garante celebrar o contrato de garantia autónoma com o credor, mediante determinados termos, aí fixados, e uma contrapartida dada pelo devedor. Este contrato é, tendencialmente, um contrato de mandato sem representação, regido pelos artigos 1178.º e 1180.º do CC e 231.º e 266.º do C. Com.. Assim, o garante celebra este contrato por conta e no interesse do devedor do contrato base, mas age em nome próprio e vincula-se a uma obrigação própria e independente²⁰. Além disso, estamos, normalmente, perante um contrato de adesão²¹.

confundida com a situação decorrente da existência de uma pluralidade de garantias autónomas. A contragarantia resulta de uma exigência por parte daquele que presta a garantia autónoma, segundo a qual o garante, sendo acionado pagamento da garantia, pode ressarcir-se, reclamando esse montante àquele que prestou a contragarantia, cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *op. Cit.*, p. 275.

¹⁸ Na doutrina encontramos vários termos para designar os intervenientes nestas três relações negociais. O devedor é apelidado de exportador, dador da ordem ou ordenante e o credor de importador, beneficiário e garantido. De modo a haver uma padronização e uma melhor compreensão procuraremos utilizar sempre que possível os termos: credor, devedor e garante.

¹⁹ Cfr. PESTANA DE VASCONCELOS, *op. Cit.*, p. 140.

²⁰ MÓNICA JARDIM, *op. Cit.*, pp. 55 e 56.

²¹ *Ibid.*, p. 56.

Por último, a terceira relação jurídica é aquela de onde resulta o contrato celebrado entre o garante e o credor e de onde vai nascer a garantia autónoma. O garante, usualmente, envia a carta de garantia ao credor, que ao aceitá-la, de forma expressa ou tácita, origina o nascimento da garantia. Não obstante, no contrato base seja feita menção à necessidade de contratualização de uma garantia deste tipo e até se mencione a entidade que a prestará e, no contrato de mandato fique claro o tipo e as características da garantia que tem de ser acordada, só com a efetiva celebração deste terceiro contrato podemos afirmar a existência de uma garantia autónoma. Isto conduz a que a medida da obrigação de pagamento do garante se determine unicamente em função das condições estipuladas no contrato de garantia²² e não nas condições previstas nos outros contratos.

Note-se que a garantia autónoma pode assumir diferentes modalidades consoante o tipo de contrato base que esteja em causa garantir. Assim, temos as garantias de oferta, que visam assegurar a manutenção de uma oferta²³, as garantias de reembolso que visam assegurar que aquele que pagou antecipadamente parte do preço do contrato base será restituído no caso da contraparte não cumprir e, por fim, as garantias de boa execução, que visam assegurar a correta execução da obrigação emergente do contrato base²⁴.

Um aspeto que foi em tempos muito discutido prendia-se com perceber se o negócio jurídico de onde emerge a garantia autónoma era um negócio bilateral, ou um negócio unilateral. Tal dúvida decorria do facto deste negócio criar para o garante a obrigação de garantia, sem que para o credor resultasse qualquer obrigação. Atualmente, é pacificamente aceite que estamos perante um contrato, ainda que seja um contrato não sinalagmático²⁵. Este contrato não só resulta das liberdades de celebração e de estipulação do garante e do credor, como só produz efeitos devido à conjugação das duas vontades²⁶. E, por isso, a proposta contratual do garante, que se materializa na carta de garantia, tem

²² MÓNICA JARDIM, *op. Cit.*, p. 65.

²³ LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Garantia das Obrigações*, Almedina, 6.ª edição, 2019, p. 142.

²⁴ LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pp. 145 e 146.

²⁵ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *op. Cit.*, p. 27.

²⁶ JORGE DUARTE PINHEIRO, “Garantia Bancária Autónoma” in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1992, 52, pp. 430 e 431.

sempre de ser aceite. Todavia, tal aceitação não tem de obedecer a forma escrita, dado que este negócio não está sujeito a forma especial, podendo ser tácita²⁷.

Ademais, a qualificação deste negócio jurídico como unilateral violaria o princípio da tipicidade dos negócios jurídicos unilaterais do direito português²⁸, uma vez que não está tipificado como unilateral. Aliás, este negócio não está sequer sujeito tratamento legislativo no nosso ordenamento jurídico.

Note-se, porém, que o facto de nunca ter havido tratamento legislativo desta figura em Portugal, não prejudica a sua admissibilidade e isto porque, a GA é, nas palavras de FERRER CORREIA, uma pura criação dos participantes da vida dos negócios²⁹ e encontra fundamento no princípio da liberdade contratual e da autonomia privada³⁰, previsto no artigo 405.º do CC.³¹ É, pois, um negócio legalmente atípico que, contudo, já foi alvo de tentativas de uniformização, corporizadas nas Regras Uniformes sobre as Garantias Contratuais aprovadas em 1978 e nas Fórmulas Normalizadas para a Emissão de Garantias Contratuais, aprovadas em 1982 pela CNUDCI. Ainda assim, e apesar de aplicáveis por meio dos usos bancários, estes diplomas uniformizadores nunca foram transpostos para o ordenamento jurídico português³². Mais tarde, foi criada a Convenção das Nações Unidas sobre as Garantias Independentes e as *Stand-by Letters of Credit*, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas com a resolução 50/48 de dezembro de 1995. Porém, Portugal nunca chegou a aderir a esta Convenção, ainda que tenha sido emitido parecer favorável do conselho consultivo da PGR.

²⁷ Cfr. CORTEZ, FRANCISCO, *op. Cit.*, p. 529.

²⁸ CORREIA, A. FERRER, “Notas para o estudo o contrato de Garantia Bancária” in *Temas de Direito Comercial e de Direito Internacional Privado*, p. 12

²⁹ *Ibid.*, p. 11.

³⁰ EVARISTO MENDES, *op. Cit.* p. 463.

³¹ Neste sentido também o ac. TRL de 11 de dezembro de 1990 (Santos Monteiro), que veio concluir pela admissibilidade do contrato de garantia autónoma automática.

³² PEDRO ROMANO MARTINEZ, *op. Cit.*, p. 276.

2. A Autonomia: Os seus diferentes graus

Agora que fizemos uma breve introdução à figura objeto deste estudo cumpre abordar mais pormenorizadamente aquele que é o seu traço distintivo: a autonomia. É esta característica que, por um lado, faz com que a garantia autónoma seja, em certas situações, a escolhida para assegurar o cumprimento de determinadas obrigações, em detrimento de outras figuras, mas que, por outro, conduz a que da sua operacionalização resultem alguns problemas, nomeadamente situações de abuso do credor.

A autonomia faz com que a obrigação do garante não se molde na obrigação garantida e seja independente desta³³. E a consequência mais importante desta independência é a inoponibilidade pelo garante ao credor das exceções fundadas na relação principal, de que se pode prevalecer o devedor³⁴. O garante fica impossibilitado de lançar mão dos meios de defesa do devedor para assim se escusar a cumprir a sua obrigação de garantia³⁵.

Ainda que de forma bastante generalista, afirma PINTO MONTEIRO que fica vedada a invocabilidade pelo garante de quaisquer objeções sobre a subsistência ou a validade do crédito³⁶. Por conseguinte, fica impedido de recorrer a uma alegação de nulidade, anulação ou resolução do contrato base para se furtar ao cumprimento da sua obrigação. Do mesmo modo, não pode recorrer a meios de defesa decorrentes da relação existente entre ele e o devedor, ou seja, decorrentes do contrato de mandato. Nesta medida, os únicos meios de defesa passíveis de serem utilizados são os decorrentes do próprio contrato de garantia³⁷.

³³ LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *op. cit.*, p.146.

³⁴ FRANCISCO CORTEZ, *op. Cit.*, p. 532.

³⁵ Como veremos esta ideia fulcral, ainda assim, comporta exceções.

³⁶ MONTEIRO, PINTO, *Clausula Penal e Indemnização*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra (1990), p. 273.

³⁷ LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *op. cit.*, p.146.

A autonomia cria independência da obrigação de garantia em relação à obrigação garantida, pelo que a dependência genética e funcional³⁸ que caracteriza as garantias acessórias, não está presente na garantia autónoma. Porém, existe dependência extintiva, já que, não obstante nem todas as causas de extinção da obrigação de base conduzam à extinção da obrigação de garantia, pelo menos a situação de cumprimento da obrigação garantida, implica essa dependência³⁹, fazendo extinguir a obrigação de garantia.

Afirma, contudo, MIGUEL BRITO BASTOS, com muita pertinência, que a conformação de obrigações contratuais como autónomas ou acessórias de outras posições jurídicas é uma opção das partes dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento. Assim, o grau de autonomia da obrigação do garante será variável consoante o que as partes houverem estipulado⁴⁰⁻⁴¹. Efetivamente, dentro de uma situação de autonomia pode o conteúdo do contrato de garantia comportar vários graus.

Por conseguinte, podemos afirmar que a autonomia atinge o seu grau máximo, quando ao contrato de garantia autónoma é aposta uma cláusula de pagamento

³⁸ Dependências estas presentes nas obrigações acessórias. Existe dependência genética quando a validade da obrigação de garantia depende da validade da obrigação garantida e dependência funcional quando o garante pode opor ao credor os meios de defesa que competem ao devedor. *Cfr.* CALVÃO DA SILVA, *op. Cit.*, p. 334.

³⁹ JORGE DUARTE PINHEIRO, *op. cit.*, p. 427.

⁴⁰ MIGUEL BRITO BASTOS, *op. cit.*, p. 527.

⁴¹ Porém, o Autor refere também que, para que exista uma verdadeira obrigação de garantia autónoma têm de verificar-se certos “momentos de independência”, sem os quais deixa de poder utilizar-se com propriedade a expressão garantia autónoma. Assim, a validade da obrigação de garantia não poderá ficar dependente da validade da obrigação decorrente do contrato de base, nem poderá o garante gozar da totalidade dos meios de defesa do garantido, situações em que a obrigação do garante assumiria de forma clara traços de acessoriedade.

automático⁴²⁻⁴³⁻⁴⁴. Nestas situações, afirma FRANCISCO CORTEZ, que a GA atinge a sua fórmula mais apurada⁴⁵. E este tipo de considerações justificam-se tendo em conta que nesta hipótese, às características típicas da autonomia junta-se o facto de o beneficiário ficar isento de provar o seu direito, quando solicita que lhe seja paga a soma objeto da garantia⁴⁶. Com a aposição de uma cláusula de pagamento à primeira solicitação ao contrato de garantia, as partes criam uma obrigação condicionada não pela verificação do caso de garantia material, mas apenas pela mera solicitação do beneficiário⁴⁷.

Na garantia automática, o credor tem apenas de exigir o pagamento nos termos estipulados no contrato de garantia, que podem ir da exigência de uma mera solicitação, à exigência de que o pedido se faça com justificação documental, por exemplo com a entrega de um relatório de um perito, ou de uma decisão judicial ou arbitral, situação em que a automaticidade se perde quase totalmente⁴⁸. Em qualquer caso, não se exigindo a prova do direito do credor, corta-se a última cadeia que ainda prendia a garantia autónoma à litigância sobre a relação jurídica de base⁴⁹, ficando o credor duplamente protegido.

⁴² MÓNICA JARDIM, *op. cit.*, p. 147.

⁴³ Importa dar nota de que se vislumbra em alguma doutrina uma certa confusão entre aquilo que é a garantia autónoma e aquilo que é a garantia autónoma automática. Atente-se que a garantia automática não é mais que uma modalidade da garantia autónoma, onde a autonomia é levada ao extremo.

⁴⁴ Note-se que o carácter automático da garantia não impede que ao garante seja concedido um prazo para analisar a pretensão e tomar posição. Neste sentido JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre a Circulabilidade do Crédito Emergente de Garantia Bancária Autónoma ao Primeiro Pedido* in Estudos de Direito das Garantias, vol. I, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 193 e ss.

⁴⁵ FRANCISCO CORTEZ, *op. cit.*, p. 538.

⁴⁶ O que conduz a que se apelide este tipo de garantia autónoma de garantia à primeira solicitação, ou à primeira interpelação (em inglês: *on first demand*).

⁴⁷ MIGUEL BRITO BASTOS, *op. cit.*, p. 545.

⁴⁸ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A garantia bancária à primeira solicitação – sua autonomia e instrumentalidade. Anotação ao acórdão do STJ de 5 de junho de 2003” in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Lisboa, ano XLIV (2003), Verbo, Lisboa, n.º 3 e 4, p.116.

⁴⁹ FRANCISCO CORTEZ, *op. cit.*, p. 539.

Entre uma GA simples e uma GA automática existem, portanto, duas diferenças consideráveis. A primeira ao nível da exigibilidade do pagamento da garantia, uma vez que, na garantia automática, a exigibilidade do pagamento fica somente dependente da solicitação feita pelo credor⁵⁰, não se exigindo que este demonstre o seu direito, como sucede nas garantias simples.

E a segunda situa-se, precisamente, ao nível da prova do direito⁵¹, havendo uma inversão do ónus da prova, nas garantias automáticas. Isto porque, na garantia simples é ao credor que incumbe a prova do seu direito, sem a qual não há lugar ao pagamento. Ao passo que, na garantia automática, o credor tem unicamente de solicitar o pagamento e é o garante quem tem de demonstrar que não se encontram verificados os pressupostos materiais do direito do credor, querendo contrariar a sua pretensão. Não o demonstrando, não pode furtar-se ao pagamento.

Resulta claro desta caracterização que a garantia autónoma à primeira solicitação transforma a GA, por si só mais robusta que a generalidade das garantias, numa garantia ainda mais eficaz. Tal conduz a que alguns autores afirmem que tudo se passa como se o garante tivesse depositado à ordem do credor o montante objeto da garantia⁵²⁻⁵³. Ao mesmo tempo, é também uma garantia mais célere, permitindo que o credor obtenha a soma objeto da garantia, assim que a solicita.

Não obstante as referidas vantagens, esta modalidade de garantia autónoma acarreta maiores custos para o devedor, que na hora de contratar com o garante tem de pagar uma comissão mais elevada.

⁵⁰ Ainda que como referimos possam ser estipulados requisitos adicionais como a justificação documental.

⁵¹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *op. cit.*, p. 281.

⁵² ALMEIDA COSTA / PINTO MONTEIRO, “Garantias Bancárias – O contrato de Garantia à primeira solicitação”, *separata da Coletânea de Jurisprudência- tomo V- 1986*, p. 20.

⁵³ Claro está que esta afirmação não é rigorosa, uma vez que na garantia autónoma tem sempre de se desencadear o processo de pagamento de garantia que, por sua vez, pode ser paralisado, algo que não acontece no depósito à ordem do credor.

Além disso, comporta perigos relacionados com possíveis atuações abusivas do credor que, sob a égide da celeridade e simplicidade da operação, pode fazer solicitações ilícitas. Afirma MENEZES LEITÃO que estas garantias acarretam um risco elevadíssimo para o sujeito que assume a posição de garante⁵⁴. E se esse risco⁵⁵ pode ser atenuado, por exemplo, com exigências de apresentação de prova documental no momento da solicitação, acabar com ele é impossível⁵⁶, sendo o mesmo inerente à automaticidade. Contudo, pode ser combatido, nomeadamente, permitindo-se ao garante a recusa lícita do pagamento, em determinadas circunstâncias.

3. A causa do contrato de garantia autónoma e o fim da oposição de cláusulas de pagamento à primeira solicitação

Já falámos dos traços característicos da garantia autónoma e das suas modalidades, quer ao nível do contrato garantido, quer ao nível da garantia em si prestada. Cumpre agora, ainda em sede de contextualização da figura, fazer uma breve análise à causa e função do contrato de garantia autónoma. Esta análise parece-nos profícua na compreensão das já mencionadas exceções à autonomia da garantia, designadamente das situações em que ao garante é, excepcionalmente, permitido recusar o pagamento da garantia, na presença de uma situação de fraude ou abuso.

Parece-nos, igualmente, pertinente, a par da análise à causa e função do contrato de garantia autónoma, fazer uma abordagem ao fim das estipulações de pagamento à primeira solicitação. Com efeito, é nas situações de automaticidade da garantia que maiores problemas se levantam de fraude ou abuso no acionamento da garantia. Assim, perceber o fim que leva à introdução deste tipo de estipulações nos contratos de GA

⁵⁴ LUÍS MENEZES LEITÃO, *op.cit.*, p. 151.

⁵⁵ Não significa isto que os mesmos não existam nas situações de garantia autónoma simples, mas tão só que as cláusulas à primeira solicitação os elevam manifestamente.

⁵⁶ *Cfr.* A. FERRER CORREIA, *op. Cit.*, p. 21.

permitirá delimitar as situações em que travar o exercício automático do pagamento da garantia não entra em confronto com o fim dessas cláusulas.

3.1. A causa do contrato de garantia autónoma

Por estarmos presentes a uma garantia autónoma e àquilo que essa autonomia acarreta, a discussão sobre se este negócio é um negócio jurídico causal ou abstrato esteve durante muito tempo no plano central das discussões doutrinárias sobre esta figura. Digase, porém, que na doutrina portuguesa é hoje pacífico que estamos perante um negócio causal. Afirma esta doutrina que, não obstante a independência própria da garantia autónoma, tal independência é apenas instrumental, no sentido de estar ao serviço da causa do próprio contrato⁵⁷. E a causa do contrato de garantia reside, precisamente, em assegurar a obrigação emergente do contrato base. A causa é o escopo de garantia⁵⁸. O garante assume, pelo contrato de garantia, a obrigação de isentar o credor de danos inerentes à verificação do não cumprimento do contrato base, pelo contraente devedor⁵⁹.

Acrescenta GALVÃO TELES, procurando clarificar algumas dúvidas⁶⁰, que a causalidade deste contrato deriva do facto da função de garantia estar necessariamente objetivada no contrato de garantia. Fazendo, assim, com que este negócio só possa ser utilizado em função da sua causa e não de qualquer outra⁶¹, ao invés do que sucede nos negócios abstratos. Não basta, pois, o facto de a garantia autónoma ter a sua justificação no contrato base. Isto porque, se essa circunstância bastasse para afirmarmos que o contrato de garantia autónoma é um negócio causal, então, no limite, todos os negócios jurídicos o seriam, já que, salvo situações anómalas, essa finalidade prática existe sempre.

⁵⁷ FRANCISCO CORTEZ, *op. Cit.*, p. 535.

⁵⁸ Cfr. A. FERRER CORREIA, *op. Cit.*, p. 12

⁵⁹ *Ibid*, p. 13.

⁶⁰ Dúvidas, que aqui não vamos expor dada a unanimidade da doutrina nesta matéria, mas que FRANCISCO CORTEZ expõe de forma clara na sua obra, *vide* FRANCISCO CORTEZ, *op. Cit.*, p. 580.

⁶¹ Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *op. Cit.*, pp. 27 e 28.

Assim sendo, e por muito que possam ser apontadas outras funções ao contrato de garantia autónoma, como uma função indemnizatória⁶²⁻⁶³ ou uma função de pagamento, a sua função principal não deixa de ser a função de garantia da obrigação de base⁶⁴ dado que, só no caso do evento previsto (incumprimento do contrato base) ocorrer, se transita do mero plano da garantia para o da execução da obrigação de pagar⁶⁵. A obrigação de colocar ao dispor do credor a soma objeto da garantia não é, por conseguinte, a função principal deste contrato.

Afirma, assim, FRANCISCO CORTEZ que a autonomia da garantia é instrumental em função da causa da mesma. Não significa isto dizer que a autonomia da garantia fica subalterna à causa do contrato. Se tal acontecesse não poderíamos afirmar com propriedade estarmos perante uma garantia autónoma. Mas, é precisamente esta causa que não permite desligar os dois contratos e que implica que, pela existência dessa conexão, a autonomia não seja absoluta e, em determinadas situações, tenha de ser “levantada”⁶⁶.

Esta relatividade da autonomia em função da causa da garantia, se assim se pode caracterizar, leva a que, em determinadas situações, as regras de que os vícios do contrato base não afetam o contrato de garantia e de que ao garante não é lícito lançar mão dos meios de defesa do devedor, sejam excecionadas. Por exemplo, leva a que, em situações de abuso evidente ou fraude manifesta do credor, o garante possa licitamente recusar o pagamento da garantia. Sobre estas situações abstermos-nos de, para já, tecer mais considerações, uma vez que serão abordadas mais adiante neste estudo. Importa apenas concluir que o contrato de GA, embora marcado pela autonomia, é um negócio causal e

⁶² LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *op. cit.*, p.147.

⁶³ Neste sentido também o ac. TRP 23.02.2012 (Maria Eiró): “A obrigação é indemnizatória, sendo devida mesmo que o incumprimento não seja imputável ao credor”.

⁶⁴ Cfr. A. FERRER CORREIA, *op. Cit.*, p. 12.

⁶⁵ *Ibid*, p. 13.

⁶⁶ Expressão utilizada em PESTANA DE VASCONCELOS, *op. cit.*, p.148.

essa causalidade tem consequências no exercício dos direitos emergentes do contrato de garantia.

3.2.O fim das cláusulas de pagamento à primeira solicitação

A causa de qualquer contrato de garantia autónoma reside, portanto, no escopo de garantia. Ainda assim, importa fazer uma análise às situações de GA à primeira solicitação.

A aposição de uma cláusula de pagamento automático nestes contratos levou a que doutrina internacional⁶⁷ afirmasse que a função das garantias bancárias autónomas automáticas seria uma função de liquidez⁶⁸. Tal afirmação sustentava-se na ideia de que do contrato de GA à primeira solicitação decorre a obrigação do garante pagar ao credor, assim que este solicite, independentemente de se ter verificado o caso de garantia material ou não⁶⁹.

Neste sentido, no seio da doutrina portuguesa, embora não o afirme de forma explícita, encontramos MENEZES CORDEIRO⁷⁰. Não obstante aceitar que esta garantia goza de uma certa acessoriedade, o autor defende que perante uma garantia autónoma à primeira solicitação de nada servirá vir esgrimir argumentos retirados do contrato principal, já que, a função desta garantia não é tanto assegurar o cumprimento de um determinado contrato, mas antes assegurar que o beneficiário receberá nas condições previstas no próprio texto da garantia, uma determinada quantia em dinheiro.

⁶⁷ BURKARD SCHRODER, “Regress und Ruckabwincklung bei der Bankgarantie auf erstes Anfordern: die Rückforderung unbegründeter Garantiezahlungen unter besonderer Berücksichtigung des fiduziarischen Sicherungscharakters der Forderungsgarantie” München: Beck, 2003, pp. 125 e ss, *apud* MIGUEL BRITO BASTOS, *op. cit.*, pp. 542 e 543.

⁶⁸ MIGUEL BRITO BASTOS, *op. cit.*, p. 542.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, Almedina, 3.^a edição, p. 643.

Esta ideia de alocar à garantia autónoma à primeira solicitação uma função de liquidez poderá estar relacionada com a dissociação que alguma doutrina faz, por vezes de forma confusa, entre a garantia autónoma simples e a garantia autónoma à primeira solicitação, como se de dois tipos de obrigações de garantia diferentes se tratassem.

Não compreendemos assim. Como referimos são duas modalidades de GA, sendo a garantia automática uma variante onde a autonomia é elevada ao seu nível máximo e onde os riscos relativos à pertinência da solicitação de pagamento do credor são alocados ao garante⁷¹. Ou seja, também aqui, o fim do contrato de garantia não deixa de estar na alocação dos riscos decorrentes do não cumprimento do contrato base pela contraparte. Simplesmente, nesta modalidade à primeira solicitação, essa transferência de riscos é maior, já que, por estarmos perante uma garantia onde a solicitação do seu pagamento não implica a prova do direito do credor, também os riscos relativos à pertinência da solicitação do credor são transferidos para a pessoa do garante. O garante concentra em si o risco do incumprimento do contrato base pelo devedor e o risco da desconformidade da solicitação de pagamento do credor.

A definição do fim das garantias autónomas à primeira solicitação nestes termos conduz a que, nas situações em que o pagamento da garantia não acompanha a causa e o fim da mesma, por exemplo, por serem situações abusivas ou fraudulentas, se aceite que o garante possa libertar-se das amarras da autonomia, sendo-lhe permitindo lançar mão dos meios de defesa do devedor⁷².

Pois bem, se se seguisse a tese segundo a qual a função destas cláusulas está na liquidez e que o que se espera com a sua estipulação é que o garante coloque à disposição do beneficiário uma dada quantia pecuniária, que este poderá solicitar sempre que desejar, ainda que posteriormente a deva restituir, então, tais possibilidades de paralisar a

⁷¹ STEFAN ARNOLD, “Die Bürgschaft auf erstes Anfordern im deutschen und englishchen Recht”, *Tubingen*, 2007, p. 208 *apud* MIGUEL BRITO BASTOS, *op. Cit.*, p. 543.

⁷² Nos termos que serão explicitados oportunamente.

pretensão do credor com a solicitação abusiva de pagamento da garantia ficariam, desde logo, vedadas⁷³⁻⁷⁴.

Por outro lado, olhando para as cláusulas de pagamento à primeira solicitação como um mecanismo de reforço da garantia temos de aceitar a paralisação da pretensão fraudulenta do credor, através da recusa do pagamento pelo garante. Se dúvidas não existem quanto à não verificação dos pressupostos materiais da solicitação do beneficiário, isto é, quanto ao incumprimento do contrato base, então o fim do direito ao pagamento automático não se opõe a esta paralisação, pelo contrário, fundamenta-a⁷⁵.

Ainda assim, o respeito pela causa do negócio e pelo fim das estipulações de pagamento à primeira solicitação é um valor que tem de estar em constante compatibilização com o valor da autonomia da garantia. Tal significa, que não é qualquer dúvida quanto à verificação dos pressupostos materiais da solicitação da garantia pelo credor, que pode conduzir à aceitação desta recusa do pagamento pelo garante. E isto porque, uma tal aceitação levaria a que a garantia autónoma automática, de automática nada tivesse. Por conseguinte, a doutrina e a jurisprudência têm sido muito estritas na delimitação dos pressupostos que têm de estar preenchidos para haver recusa lícita do pagamento pelo garante, como adiante veremos.

⁷³ MIGUEL BRITO BASTOS, *op. Cit.*, p. 544.

⁷⁴ Na lógica do “*paga primeiro, processa depois*”.

⁷⁵ MIGUEL BRITO BASTOS, *op. Cit.*, p. 544.

III. As situações de recusa lícita do pagamento da prestação pelo garante, em especial as situações com fundamento na relação base

1. Generalidades

Referimos no primeiro capítulo que uma das consequências inerentes à existência de autonomia numa obrigação de garantia se traduz na necessária restrição dos meios de defesa que o garante pode opor ao credor beneficiário. Porém, no segundo capítulo afirmámos que a desvinculação entre a obrigação de garantia autónoma e a obrigação base, nunca é total, tendo em conta que o contrato de garantia autónoma é um negócio causal e a sua causa reside na garantia do cumprimento da obrigação emergente do contrato base, isto é, na alocação dos riscos inerentes ao não cumprimento da obrigação emergente da relação de base.

Nesta medida, cumpre agora olhar para as consequências dessa independência não absoluta, designadamente para as situações em que, não obstante a regra geral nos diga que o garante não pode lançar mão aos meios de defesa do devedor, o recurso a esses meios de defesa é permitido, a recusa do pagamento da soma objeto da garantia é lícita e a não entrega da prestação acordada ao beneficiário deixa de consubstanciar uma situação de incumprimento. Como afirma MIGUEL BRITO BASTOS, a autonomia não afasta todos os possíveis fundamentos de licitude da recusa da prestação pelo garante⁷⁶ e são esses fundamentos de recusa ou “exceções” que vamos analisar.

Em primeiro lugar, não afasta as exceções decorrentes da relação de garantia⁷⁷, por serem os meios de defesa próprios daquela relação contratual. E esses meios de defesa são por exemplo: a não verificação do caso de garantia material⁷⁸, ou como nos diz FERRER CORREIA ser notória ou evidente a não verificação do evento⁷⁹ que permite o acionamento da garantia. Falamos, igualmente, da caducidade da garantia⁸⁰ ou de não ser

⁷⁶ *Ibid*, p. 533.

⁷⁷ cfr. MÓNICA JARDIM, *op. Cit.*, p. 274.

⁷⁸ cfr. MIGUEL BRITO BASTOS, *op. Cit.*, p. 533.

⁷⁹ FERRER CORREIA, *op. Cit.*, p. 12.

⁸⁰ MIGUEL BRITO BASTOS, *op. Cit.*, p. 533.

o apelo da garantia feito em tempo útil⁸¹ e, de igual modo, da insuficiência formal da solicitação⁸²⁻⁸³, isto é, não ser a solicitação feita de forma regular⁸⁴, ou de agir o beneficiário em desconformidade com os termos do título da garantia⁸⁵. Enquadram-se aqui, ainda, as situações de extinção da obrigação base, por exemplo por cumprimento, por compensação⁸⁶, ou por dação em cumprimento ou dação *pro solvendo*. Também a invalidade do contrato de garantia por causa não relacionada com o contrato base é fundamento de recusa e, por fim, a circunstância da solicitação ser feita por um cessionário e não pelo credor beneficiário, numa hipótese em que a cessão do crédito não esteja prevista⁸⁷, ou numa situação em que o garante não tenha dado o consentimento na cessão⁸⁸.

Além de todas estas situações, temos a situação de não materialização de nenhum dos riscos assumidos pelo garante, referida por MIGUEL BRITO BASTOS como a mais elementar exceção. Defende o autor que o garante não se responsabiliza por todos os riscos associados à frustração das expectativas do credor, mas tão-só por aqueles que estejam abrangidos pelo acordo, o que significa que não se materializando nenhum dos riscos assumidos pelo garante e verificando-se outros que não foram assumidos, então, o

⁸¹ DOHM *apud* MÓNICA JARDIM, *op. Cit.*, p. 274.

⁸² MIGUEL BRITO BASTOS, *op. Cit.*, p. 533.

⁸³ Exceção que tem de ser averiguada tendo em conta o estipulado no contrato de garantia e, à partida, terá maior repercussão nas garantias simples, que nas automáticas, uma vez que aqui pode ser suficiente a mera solicitação.

⁸⁴ DOHM, *Les Garanties Bancaires dans le commerce international*, Editions Staempfli e Cie SA, Berne, 1986, pp. 107 e ss, *apud* MÓNICA JARDIM, *op. Cit.*, p. 274.

⁸⁵ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *op. Cit.*, p. 31.

⁸⁶ KLEMENS PLEYER, “Republique fédérale d’Allemagne” in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, p. 189 e ss; CANARIS, “Bankvertragsrecht”, *Walter de Gruyter*, Berlim, Nova York, 1988, pp. 773 e ss; PORTALE, “Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia” in *Banca, Borsa e Titoli di Crédito*, Milano, 1985, Fasc. I, pp.184 e ss; BONELLI todos citados por MÓNICA JARDIM, *op. Cit.*, p. 274 e, no mesmo sentido, MIGUEL BRITO BASTOS, *op. Cit.*, p. 533

⁸⁷ MÓNICA JARDIM, *op. Cit.*, p. 274.

⁸⁸ PORTALE, *op. cit. apud* MÓNICA JARDIM, *op. Cit.*, p. 266

garante não tem de cumprir a sua obrigação, podendo e devendo recusar o cumprimento da sua prestação⁸⁹.

Já no que respeita às exceções decorrentes dos outros dois contratos que compõem a relação triangular que conforma a garantia autónoma, a regra é, como vimos, a da sua inoponibilidade. No que toca à obrigação estabelecida entre o devedor e o garante, leia-se emergente do contrato de mandato, diz-nos alguma doutrina que a regra é excecionada nas situações em que o crédito da garantia decorre, desde logo, do contrato celebrado entre o ordenante-promissário e o garante-promitente, podendo este último opor ao credor todos os meios de defesa derivados daquele contrato, nos termos do artigo 449.º do CC⁹⁰.⁹¹ Além dessa situação, não será possível lançar mão de meios de defesa decorrentes do contrato de mandato celebrado entre o garante e o devedor.

No que concerne ao recurso aos meios de defesa decorrentes da relação de base, ou de *valuta*, importa dizer, em primeiro lugar, que ao abrigo da autonomia privada e da liberdade contratual pode o próprio contrato de garantia estipular que determinadas exceções decorrentes do contrato base sejam consideradas, situação em que, naturalmente, o garante pode lançar mão dessas exceções.

Além disso, tem-se entendido, que a regra da inoponibilidade deve ser excecionada algumas vezes, exceções sem as quais estaria a abrir-se a porta ao desrespeito de princípios basilares da ordem jurídica portuguesa⁹².

⁸⁹ MIGUEL BRITO BASTOS, *op. Cit.*, pp. 536 e 537.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 534.

⁹¹ Em sentido contrário encontramos quem defenda que nesta situação não temos uma verdadeira GA, sendo a estrutura formada pelos três contratos indispensável para que se possa falar numa garantia deste tipo. Veja-se PESTANA DE VASCONCELOS, *op. Cit.*, p.141.

⁹² MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *op. Cit.*, p. 281.

Desde logo, a inoponibilidade é excecionada nas situações em que o contrato de base nunca tenha sido celebrado⁹³, inexistir a obrigação subjacente⁹⁴ ou o contrato base seja nulo ou tenha sido anulado⁹⁵, situações em que, por inerência, se extingue a obrigação de garantia. Todas estas situações se justificam tendo em conta a já estudada relação de causalidade entre o contrato de base e o contrato de garantia.

A doutrina fala-nos, particularmente, nas situações em que a causa da garantia é ilícita⁹⁶, isto é, situações em que o contrato base é ilícito, acarretando a ilicitude da causa, a ilicitude da garantia⁹⁷. Estão em causa, por exemplo, situações de ilicitude do contrato base por contrariedade à ordem pública⁹⁸ ou aos bons costumes⁹⁹

A propósito da invalidade do contrato de garantia, por o contrato base ser inválido, diz-nos MIGUEL BRITO BASTOS que nem todos os tipos de ilicitude do contrato base relevam para efeitos de recusa lícita do pagamento da soma objeto da garantia pelo garante e, por isso, a aplicação analógica de normas invalidantes do contrato base ao contrato de garantia terá sempre de ser analisada perante o caso concreto. A regra geral não pode ser a da nulidade do contrato de garantia, por o contrato de base ser nulo, mas tão só a da nulidade do contrato de garantia por serem imediatamente aplicáveis a este as mesmas normas que conduzem à invalidade do contrato de base¹⁰⁰, posição com a qual concordamos inteiramente.

⁹³ MÓNICA JARDIM, *op. Cit.*, p. 274.

⁹⁴ SIMÕES PATRÍCIO, “Preliminares sobre a garantia «on first demand»” in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 43, vol. III, dez. de 1983, p. 716.

⁹⁵ MIGUEL BRITO BASTOS, *op. cit.*, p. 534.

⁹⁶ PORTALE, *apud* MÓNICA JARDIM, *op. cit.*, p.284.

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ BENATTI defende que a ofensa à ordem pública só é suscetível de fundar uma recusa lícita pelo garante quando houvesse ofensa à ordem pública internacional, cfr. BENATTI, FRANCESCO, “Il contratto autonomo di garanzia” in *Banca, Borsa e Titoli di Crédito*, Milano, 1982, Ano XXXV, Fasc. II, p. *apud*. SIMÕES PATRÍCIO, *op. cit.*, p. 708.

⁹⁹ ALMEIDA COSTA / PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁰ MIGUEL BRITO BASTOS, *op. cit.*, p. 536.

Por fim, a doutrina é clara em enunciar como causa de exceção e de recusa lícita do pagamento da garantia pelo garante, a situação de fraude manifesta ou abuso evidente do credor beneficiário. É certo que a admissibilidade desta exceção é construída de formas variáveis e os autores que abordam esta questão elencam, por vezes de forma mais abrangente e outras vezes de forma menos abrangente, as condições a preencher de modo a fazer operar esta exceção. É precisamente sobre essas condições de operacionalidade que nos vamos debruçar, começando por fazer uma introdução a esta exceção de fraude manifesta e abuso evidente.

IV. A Fraude Manifesta ou abuso evidente enquanto situação de recusa lícita da prestação pelo garante.

1. Aspetos gerais: Noção de Fraude e Abuso.

A fraude e o abuso cometidos pelos credores beneficiários das garantias bancárias autónomas constituem o atentado mais sério contra a operacionalidade e a credibilidade destas garantias¹⁰¹. Este problema coloca-se com maior acuidade, como já tivemos oportunidade de referir, nas garantias bancárias automáticas, onde a autonomia é elevada ao seu limite máximo. Estas situações acontecem, precisamente, na sequência de o credor beneficiário estar isento de fazer prova do seu direito e, de forma ainda mais expressiva, quando essa solicitação, além de livre da prova do direito também está isenta de outras formalidades, como por exemplo, a entrega de documentação.

Para começarmos esta abordagem cumpre perceber em que se traduz uma situação de fraude ou abuso e se, quando a doutrina fala em fraude e abuso se refere ao mesmo tipo de situações, ou não. Neste sentido, importa identificar os traços típicos de uma situação de fraude e de uma situação de abuso.

¹⁰¹ FRANCISCO CORTEZ, *op. Cit.*, pp. 595 e 596.

A alusão a estas duas figuras pode ser encontrada em variada doutrina internacional, que as diferencia¹⁰², defendendo que a via do abuso, e a via da fraude são dois caminhos distintos ao dispor do garante para travar a pretensão do credor.

Mediante o caminho que o garante escolha, o tipo de fundamentação e prova que o garante fica obrigado a apresentar para fazer vingar a sua pretensão de recusa lícita é também diferente. Ao alegar uma situação de fraude terá de provar a intenção do beneficiário em obter um benefício para si, ao passo que, invocando uma situação de abuso, terá apenas de provar a ausência do direito que a garantia deve assegurar¹⁰³.

A figura da fraude não é, porém, uma figura típica do direito português. Ao invés, o nosso sistema jurídico contempla, unicamente, a figura do abuso de direito que, como mencionámos, é uma figura que tem na sua génese pressupostos de aplicação diferentes da primeira. Perante esta circunstância, encontramos doutrina nacional que pura e simplesmente defende que não se deve fazer apelo à figura da fraude e doutrina que embora lhe faça apelo, o faz a partir de uma *conceção extensiva de fraude manifesta*. Vejamos.

FERRER CORREIA defende que as situações de abuso e as situações de fraude se distinguem, sendo a fraude um instituto típico da *Common Law*. Já nos países latinos e na Alemanha, partes da família jurídica da *Civil Law* existe o equivalente princípio do abuso de direito¹⁰⁴. Refere o mencionado autor que, não obstante figuras equivalentes, a aplicação do princípio da fraude é mais restrita que a aplicação do princípio do abuso de direito¹⁰⁵. No mesmo sentido CALVÃO DA SILVA, que defende que os contornos da figura da fraude são diferentes dos da figura do abuso¹⁰⁶. Esta corrente assenta na ideia de que

¹⁰² Por exemplo SIMONT e BRUYNELL, autores mencionados em MÓNICA JARDIM, *op. Cit.* p. 289.

¹⁰³ STOUFFLET, JEAN “La Garantie bancaire à première demand” in *Journal du Droit International*, ano 1987, pp. 280 e 281 *apud* MÓNICA JARDIM, *op. Cit.* p. 289.

¹⁰⁴ Em sentido idêntico o ac. STJ de 21.04.2010 (Maria dos Prazeres Beleza) afirmando que a fraude em Direito positivo português se reconduz à figura do abuso de Direito, previsto e sancionado no artigo 334.º do CC.

¹⁰⁵ FERRER CORREIA, *Op. Cit.*, p. 23.

¹⁰⁶ CALVÃO DA SILVA, *op. Cit.* pp. 342 e ss.

o instituto da fraude pressupõe uma intenção do agente, tendo como elemento constitutivo o dolo do credor beneficiário¹⁰⁷. Já o abuso não pressupõe nenhum elemento subjetivo, nem dolo, nem negligência do credor beneficiário. Assim, para haver abuso do credor beneficiário de uma GA basta, em concreto, que o credor solicite o pagamento da prestação objeto da garantia de forma objetivamente anormal, nomeadamente em contrariedade com o fim que as partes atribuíram a esse direito, aquando da celebração do contrato¹⁰⁸. Essa anormalidade no exercício do direito é apreciada objetivamente, sem ter de olhar-se ao estado subjetivo do agente, neste caso do credor beneficiário.

Partindo da distinção entre as duas figuras, a doutrina portuguesa que toma tal diferença como pressuposto, não nos fala em situações de fraude manifesta, considerando incorreto fazê-lo,¹⁰⁹ mas apenas em situações de abuso evidente e má-fé patente, sustentadas no ordenamento jurídico português pelos princípios gerais da boa-fé e da proibição do abuso de direito¹¹⁰.

Encontramos, ainda assim, doutrina que, concordando que para se operacionalizar esta exceção não tem de apurar-se ou provar-se um estado subjetivo do credor, ao contrário do primeiro entendimento mencionado, não vê prejuízo em utilizar-se a figura da fraude. E isto por considerar que a noção restritiva de fraude se encontra hoje ultrapassada, podendo considerar-se existir uma situação de fraude sempre que o recurso à garantia viole de forma evidente o equilíbrio de interesses efetivado pela operação comercial entre o mandante (devedor) e o beneficiário (credor),¹¹¹ sem que tenha de existir comprovação de uma intenção fraudulenta pelo beneficiário. Aliás, tem sido patente a equiparação que a própria jurisprudência europeia tem tentado fazer entre a

¹⁰⁷ BERTRAMS, ROLAND, *Bank Guarantees in International Trade*, 4ª Ed. 2013 *apud* MIGUEL BRITO BASTOS, *op. Cit.*, p. 551.

¹⁰⁸ MIGUEL BRITO BASTOS, *op. Cit.*, p. 552.

¹⁰⁹ MIGUEL BRITO BASTOS, *op. Cit.*, p. 551.

¹¹⁰ FERRER CORREIA, *Op. Cit.*, p. 22.

¹¹¹ POULET, YVES, “La jurisprudence ecente em Maitière de Garanti Bancaire dans les contrats internationaux” in *Banca, Borsa e Titoli di Crédito*, Milano, 1982, Ano XLV, Fasc. III, pp. 409 e ss, *apud* FRANCISCO CORTEZ, *op. Cit.*, p. 599.

fraude e o abuso, com o claro fim de fazer excluir a subordinação da oponibilidade da exceção de fraude à existência de uma intenção do credor em provocar um dano ao devedor.¹¹²

Não importa aqui tomar posição quanto à discussão sobre se se deve lançar mão da figura da fraude quando falamos desta exceção, que pode ser utilizada pelo garante para travar o cumprimento da sua obrigação de forma lícita. Importa, antes, deixar claro que, quer seguindo a doutrina que defende que no sistema jurídico português não existe a figura da fraude e, por isso, apenas se pode fazer uso da figura do abuso, quer seguindo a doutrina que defende poder falar-se em fraude, tendo em conta a conceção extensiva de fraude manifesta, quando se fala desta exceção de abuso evidente ou fraude manifesta, nunca se aponta para uma exigência de verificação de um estado subjetivo do credor. Nas palavras de FÁTIMA GOMES, é pouco importante saber qual é o estado subjetivo do beneficiário, equiparando-se a existência de dolo ao abuso¹¹³.

Assim, existe uma situação de abuso evidente quando não se encontrem verificados os pressupostos materiais da pertinência da solicitação pelo beneficiário, tal falta de pertinência não for passível de dúvidas e, ainda assim, o beneficiário solicitar a execução da garantia¹¹⁴.

2. A justificação desta exceção. Os pressupostos.

Agora que esta questão introdutória ficou esclarecida cumpre perceber a razão de ser desta exceção, isto é, perceber o que fundamenta a que nestas circunstâncias se “levante”¹¹⁵ ou “relativize”¹¹⁶ a autonomia, sobretudo em circunstâncias em que a

¹¹² Cfr. PORTALE, “La Garanzie Bancaire Internazionali (Questioni)” in *Banca, Borsa e Titoli di Crédito*, Milano, 1990, Ano XLIII, Fasc. I, p. 22 *apud* FRANCISCO CORTEZ, *op. Cit.*, p. 600.

¹¹³ FÁTIMA GOMES, “Garantia Bancária Autónoma à primeira solicitação” in *Revista Direito e Justiça*, vol. VIII, Tomo 2, 1994, p. 181.

¹¹⁴ MIGUEL BRITO BASTOS, *op. cit.*, p. 546.

¹¹⁵ Expressão utilizada em LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *op. Cit.* p. 148.

¹¹⁶ Expressão utilizada em FRANCISCO CORTEZ, *op. cit.*, p. 595.

autonomia da garantia contratualizada foi elevada ao seu estado máximo, com a aposição de uma cláusula de pagamento à primeira solicitação.

Diz-nos a doutrina, de forma unânime, que esta exceção encontra fundamento, precisamente, no facto da autonomia não ser absoluta. E não é absoluta, em primeiro lugar, pela causalidade existente entre a obrigação base e a obrigação de garantia, que consideramos ser um aspeto fundamental neste estudo¹¹⁷. Em segundo lugar, não é absoluta porque existem princípios cogentes no ordenamento jurídico que devem ser respeitados, não podendo as garantias autónomas automáticas violá-los grosseiramente¹¹⁸. Estes princípios traduzem-se, designadamente, na proibição do abuso de direito (artigo 334.º do CC) e na boa fé no cumprimento das obrigações e no exercício dos direitos (artigo 762.º do CC)¹¹⁹.

Neste sentido, ROMANO MARTINEZ, que afirma existirem limites máximos, do ponto de vista jurídico que a garantia autónoma, mesmo quando acordada com a cláusula de pagamento à primeira solicitação, não pode ultrapassar, sob pena de colidir com os princípios que enformam a ordem jurídica portuguesa¹²⁰.

Com base nestas premissas, a doutrina é clara em admitir estas exceções à autonomia e, por conseguinte, a recusa lícita do pagamento pelo garante, sem as quais entraríamos numa legitimação da violação dos referidos princípios, não suportável.

Note-se, porém, que se a autonomia da garantia tem limites, também estes “limites” não são absolutos.¹²¹ As partes quiseram contratualizar uma garantia bancária autónoma, com todas as consequências inerentes a essa estipulação e, além disso, em muitos casos, quiseram contratualizar uma cláusula de pagamento à primeira solicitação, pelo que, só em casos extremos será de admitir que se trave o normal funcionamento da

¹¹⁷ Ver supra, capítulo II.3.

¹¹⁸ CORREIA, A. FERRER, *op. cit.*, p. 22.

¹¹⁹ FRANCISCO CORTEZ, *op. cit.*, p. 598.

¹²⁰ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *op. cit.*, p. 283.

¹²¹ FRANCISCO CORTEZ, *op. Cit.*, p. 598.

garantia. Uma visão mais flexível esvaziaria o conteúdo da obrigação de pagamento automático e não é de supor que as partes tenham querido estipular cláusulas normativas estéreis¹²².

Assim, não basta que exista uma situação aparentemente abusiva ou fraudulenta. Ela tem de ser inequívoca, tem de entrar pelos olhos a dentro¹²³.

Quando enunciamos que esta exceção ao normal funcionamento da garantia decorre de situações de fraude manifesta ou abuso evidente, devemos ter presente que o ser uma situação “manifesta” ou “evidente” é pressuposto sem o qual não podemos afirmar haver exceção. Se assim não fosse, estar-se-ia a violar a essência da garantia autónoma, pelo que, não existindo certeza de fraude ou abuso, o garante deve pagar, sendo a questão posteriormente resolvida entre as partes da relação base.¹²⁴ Só deste modo se respeitam os traços identitários da garantia em causa.

3. A evidência ou carácter manifesto da situação abusiva ou fraudulenta.

É unânime na doutrina a exigência de que a ocorrência de abuso ou fraude na solicitação da garantia seja evidente, para que possa dar lugar à recusa lícita do pagamento da garantia pelo garante. Exige-se que estas situações sejam manifestas, inequívocas, que firam os olhos¹²⁵. Porém, quando tentamos averiguar, de forma concreta, de que modo se concretiza esta exigência de certeza da situação de abuso, percebemos que existe discordância na doutrina. Discordância esta que podemos tentar catalogar em três grandes entendimentos.

Um primeiro que associa a exigência de certeza a uma restrição de meios de prova para demonstrar o abuso. Um segundo que aponta antes para uma maior exigência no que

¹²² Cfr. MIGUEL BRITO BASTOS, *op. Cit.*, p. 544.

¹²³ ALMEIDA COSTA / PINTO MONTEIRO, *op. Cit.*, p. 20.

¹²⁴ PESTANA DE VASCONCELOS, *op. Cit.* p. 151.

¹²⁵ MÓNICA JARDIM, *op. Cit.*, p. 291.

à medida da prova respeita. E, por fim, um último entendimento que associa as exigências de evidência do caráter abusivo da solicitação pelo garante, unicamente à aplicação do Direito. Vejamos em concreto as especificidades de cada um.

O primeiro entendimento referido é aquele que inquestionavelmente mais aceitação tem no nosso ordenamento jurídico. Associa a fraude e o abuso evidentes à necessidade de existirem provas líquidas e inequívocas, que permitam a percepção imediata e segura dessas situações, tornando-as óbvias¹²⁶.

Ou seja, para esta tese, a evidência da situação abusiva traduz-se no facto de estar comprovada por via de meios de prova específicos, vistos como mais robustos que, não existindo, impedem o garante de lançar mão deste meio de defesa, ficando o mesmo obrigado a cumprir com a sua obrigação de pagamento da garantia.

Note-se, contudo, que mesmo dentro deste primeiro entendimento encontramos diferentes posições que corporizam a necessidade de prova pronta e líquida com exigências diferentes, desde uma posição mais restritiva a uma posição mais abrangente.

De um ponto de vista mais restritivo apresenta-se o entendimento segundo o qual a fraude ou o abuso deveriam resultar de sentença transitada em julgado¹²⁷. Este entendimento não só é extremamente exigente, como coloca grandes obstáculos ao garante. Pense-se, por exemplo, numa situação de garantia à primeira solicitação onde, dificilmente, existe uma sentença transitada em julgado à data da solicitação abusiva de pagamento e onde, naturalmente, o garante não está em condições de propor uma ação em tribunal para ver reconhecida a situação abusiva, precisamente por existir no contrato

¹²⁶ *Ibid*, p. 292.

¹²⁷ Neste sentido, GIORGIO MEO, *Fideiussioni bancaire e garanzie a prima richiesta: le tutele cautelari*, pp. 450 e ss, *apud* MÓNICA JARDIM, *op. cit.*, p. 291.

de garantia uma cláusula de pagamento automático, que o impele a pagar primeiro e a discutir depois¹²⁸.

Ainda assim, esta posição restritiva não teve acolhimento significativo na doutrina portuguesa que, não obstante enveredar de forma clara pelo entendimento favorável à restrição dos meios de prova, fá-lo de uma forma menos drástica. Destarte, defende antes, que a prova do abuso evidente deve ser feita por meio de prova documental de segura e imediata interpretação¹²⁹. Neste sentido GALVÃO TELLES, que afirma ser necessário que a situação abusiva decorra com absoluta segurança de prova documental em poder do banco¹³⁰ e igualmente CASTELO BRANCO¹³¹, CALVÃO DA SILVA¹³², bem como PESTANA DE VASCONCELOS¹³³ que afirma ter de ser apresentada prova documental líquida e inequívoca do abuso. Já MENEZES CORDEIRO afirma ser necessário um abuso grave e a correspondente prova líquida e irrefutável de que assim é, entendendo-se por líquida aquela prova que é imediata, não dependendo de subtis apreensões, por exemplo, um documento que demonstre o pagamento¹³⁴. Em igual sentido pronuncia-se MÓNICA JARDIM¹³⁵, defendendo que a prova documental de segura e imediata interpretação é suficiente, satisfazendo plenamente as exigências de prova pronta (pré-constituída) e líquida (inequívoca). Acrescenta, porém, que nos casos em que o abuso decorra de factos complexos, que não consigam ser provados por simples documento, será de exigir que a prova se faça por laudo arbitral ou sentença judicial transitada em julgado. A autora

¹²⁸ É certo que se reconhece que o garante dispõe de um período razoável para analisar a pretensão, mas este nunca é suficiente para se intentar uma ação em tribunal. Hipótese que, aliás, vai contra a essência da garantia automática.

¹²⁹ Expressão utilizada em MÓNICA JARDIM, *op. Cit.*, p. 293.

¹³⁰ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *ob. Cit.*, p. 32.

¹³¹ MANUEL CASTELO BRANCO, “A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 53. Vol. I, 1993, p. 79.

¹³² CALVÃO DA SILVA, *op. Cit.*, pp. 342 e ss.

¹³³ PESTANA DE VASCONCELOS, *op. Cit.* p. 151.

¹³⁴ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Tomo X, Almedina, Lisboa, 2015, p. 570.

¹³⁵ MÓNICA JARDIM, *op. Cit.*, p. 293.

defende ainda, em sentido coincidente com FERRER CORREIA¹³⁶, que as únicas situações em que se dispensa o garante da apresentação de prova pronta e líquida para recusar licitamente o pagamento são aquelas em que a fraude ou o abuso decorrem de factos públicos e notórios¹³⁷.

Por outro lado, encontramos setores da doutrina que não apontando diretamente para a exigência de prova documental, o fazem indiretamente. É o caso de PINTO MONTEIRO e ALMEIDA COSTA que afirmam ser necessária a apresentação de prova líquida e inequívoca da má fé patente, sem contestação, a tal ponto que a fraude do beneficiário fira a vista. Embora não concretizem tais exigências, os autores oferecem como exemplo as situações em que o garante tem em sua posse um certificado de desalfandegamento da mercadoria do país de destino, em seu poder¹³⁸. No mesmo sentido, ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE¹³⁹ referem, apenas, ser necessária prova concludente.

À delimitação dos contornos da evidência da situação abusiva foi dada resposta diferente, sobretudo nos ordenamentos jurídicos pertencentes à família da *Common Law*. Aqui é pacífico que a evidência da falta de fundamento material da solicitação do beneficiário se reconduz à medida da prova e não aos meios de prova¹⁴⁰ apresentados. Assim, a doutrina anglo-saxónica orienta-se, antes, pela máxima segundo a qual será lícito ao garante recusar o pagamento sempre que a fraude seja provada *beyond reasonable doubt*¹⁴¹. Consequentemente, qualquer meio de prova é suscetível de ser apresentado e suscetível de desencadear a recusa lícita pelo garante, na medida em que permita criar uma convicção segura, de onde não resultem dúvidas, da situação abusiva ou fraudulenta. Conclui-se, portanto, que para esta segunda tese, o parâmetro da evidência da situação abusiva a ser analisado é o da medida da prova.

¹³⁶ Cfr. FERRER CORREIA, *Op. Cit.*, p. 23.

¹³⁷ MÓNICA JARDIM, *op. Cit.*, p. 293.

¹³⁸ ALMEIDA COSTA / PINTO MONTEIRO, *op. Cit.*, p. 21

¹³⁹ PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, 5.^a edição, Coimbra, Almedina (2006), p. 143.

¹⁴⁰ MIGUEL BRITO BASTOS, *op. Cit.*, p. 548.

¹⁴¹ ROLAND BERTRAMS, *op. Cit. apud* MIGUEL BRITO DE BASTOS, *op. Cit.*, p. 265.

Tanto a primeira posição que assenta na restrição aos meios de prova, como a segunda que assenta no reforço das exigências da medida da prova são posições que partem de derrogações ao regime probatório geral.

Ora, esta situação, para uma corrente doutrinária que tem recebido apoio crescente, não é admissível, por várias ordens de ideias. Em Portugal, o seu precursor é MIGUEL BRITO BASTOS, que afirma que o apelo a derrogações ao regime probatório geral esbarra em argumentos sólidos¹⁴².

O primeiro argumento prende-se com o facto não existir no nosso sistema jurídico, qualquer norma que sustente a exigência de uma demonstração, através de provas líquidas, do carácter materialmente infundado da solicitação do credor¹⁴³. No mesmo sentido, alinha-se o autor italiano GAROFALO¹⁴⁴, citado por MÓNICA JARDIM. Perante teses defendidas em Itália, em circunstâncias semelhantes ao que é defendido no sistema jurídico português, entende que não só a exigência de prova pronta e líquida não é requisito da oponibilidade da *exceptio doli* em geral, como que, do ponto de vista probatório, tal exigência não deve ser aceite, pois implica uma profunda e arbitrária alteração do sistema normativo vigente. Defende, ainda, o autor que não pode sustentar-se a admissibilidade de uma alteração substancial num instituto, ou a introdução de um princípio oposto aos que dominam o campo probatório, como forma de eliminar a aleatoriedade inerente a um processo, cujo êxito depende da prova apresentada e do período de tempo necessário à sua produção¹⁴⁵.

Para estes autores, a referida alteração ao regime probatório só seria admissível por via da estipulação de um contrato probatório¹⁴⁶, que a maioria dos contratos de

¹⁴² MIGUEL BRITO BASTOS, *op. Cit.*, p. 548.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ GAROFALO, *Per un applicazione dell' exceptio doli generalis romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, pp. 656 e ss *apud* MÓNICA JARDIM, *op. Cit.*, p. 293.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ Neste sentido PETER BYDLINSKI, *Modern Kreditsicherheiten*, p.174 *apud* MIGUEL BRITO BASTOS, *op. Cit.*, p. 548.

garantia autónoma não consagra. Por isso mesmo, esta corrente doutrinária sustenta que a suscetibilidade de exigência de prova líquida, no sentido de prova decorrente de determinados meios de prova tidos por mais “fiáveis” deve deixar-se cair¹⁴⁷.

CANARIS, por sua vez, responde a estas críticas afirmando que não existe qualquer limitação no facto das partes não estipularem um contrato probatório que justifique as exigências de prova líquida. Por conseguinte, defende que o fundamento da restrição aos meios de prova admissíveis se encontra, não na autodeterminação das partes, mas no desenvolvimento judicial do Direito¹⁴⁸.

MIGUEL BRITO BASTOS refuta, porém, este pensamento dizendo que, em primeiro lugar, tais ideias entram numa difícil área de fundamentação de pertinência do desenvolvimento judicial do Direito. E isto porque, a restrição aos meios de prova admissíveis constitui uma restrição ao direito à prova, previsto no artigo 20.º, n.º 1 e 4 da CRP. Por se tratar de uma intervenção num direito fundamental, esta matéria encontra-se no âmbito da reserva de competência relativa da Assembleia da República, nos termos do artigo 17.º e 165.º, n.º 1, al. b)¹⁴⁹ da CRP, o que impede que se fale em desenvolvimento judicial do Direito.

Em segundo lugar, afirma autor português que a tese de CANARIS apenas cobre parte do problema que a restrição aos meios de prova coloca. Deixa sem resposta a dificuldade que resulta de se excluir a possibilidade de recusa lícita por abuso do credor exatamente nas situações em que o abuso é mais gritante¹⁵⁰, visto que, quanto mais refinado for o comportamento abusivo do beneficiário, mais difícil será prová-lo de um modo líquido¹⁵¹.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ CANARIS, “Bankvertragsrecht”, *Walter de Gruyter*, Berlim, Nova York, 1988, p. 773 *apud* MIGUEL BRITO BASTOS, *op. Cit.*, p. 549.

¹⁴⁹ MIGUEL BRITO BASTOS, *op. Cit.*, p. 549.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ KOZIL HELMUT, *Der Garantievertrag*, Wien, 1981, p.63 *apud* MIGUEL BRITO BASTOS *op. Cit.*, p. 549.

Este entendimento, crítico das teses que assentam na ideia de que a exigência de evidência do abuso está intrinsecamente relacionada a uma derrogação ao regime probatório geral, seja no sentido de uma restrição dos meios de prova, ou de uma maior exigência da medida da prova, responde de modo diferente à necessidade de corporização do conceito de “abuso evidente e fraude manifesta”.

Deve a título prévio esclarecer-se que esta doutrina não se desvincula da exigência de uma situação manifesta ou evidente de abuso, para que possa haver recusa lícita pelo garante. Porém, não aceita que a evidência só possa atingir-se através de “provas líquidas e concludentes”. Entende, antes, que a evidência da situação abusiva está exclusivamente relacionada com questões de Direito.¹⁵² Assim, será lícita a recusa sempre que a falta de cabimento material da solicitação feita pelo credor resulte da não aplicação manifesta ou evidente das normas que fundamentam os direitos que lhe são contratualmente atribuídos ou da aplicação manifesta de normas que obstem à atribuição desses direitos.¹⁵³

Afirmam, ainda, os precursores desta tese, que a doutrina que sustenta a necessidade de apresentação de “provas líquidas”, no sentido de uma restrição aos meios de prova, entra numa invulgar confusão entre o preenchimento do *Tatbestand* do exercício abusivo de posições jurídicas e a demonstração desse preenchimento. Defendem que está contido na noção de provar algo, que essa prova existe independentemente do modo como é produzida, pelo que só é correto falar em demonstrar aquilo que existe.¹⁵⁴

Neste seguimento, conclui MIGUEL BRITO BASTOS que é natural que a clareza de aplicação de uma norma ao caso concreto dependa dos factos que se tenham dado por provados. No entanto, para esse fim estão disponíveis todos os meios de prova legalmente admissíveis e não só aqueles que consubstanciam “provas líquidas”¹⁵⁵.

¹⁵² MIGUEL BRITO BASTOS, *op. Cit.*, p. 550.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*

Havendo um caso difícil, em que surjam dúvidas relativamente à aplicação de determinada norma ao caso, então, a recusa da prestação pelo garante não será admissível, ficando as situações controvertidas reservadas para um eventual processo de repetição do que haja sido indevidamente prestado.¹⁵⁶⁻¹⁵⁷

Note-se que este entendimento não nega que com meios de prova tidos por mais robustos, a análise à não aplicação evidente das normas que fundamentam os direitos do credor ou à aplicação evidente de normas que obstem à atribuição desses direitos pode ser facilitada, em comparação com circunstâncias em que a prova é feita por via de meios probatórios mais voláteis. Certo é que, esta corrente não limita, à partida, os meios de prova suscetíveis de demonstrarem esses factos, nem a medida de prova exigida. É aí que reside a grande diferença para com os primeiros entendimentos mencionados.

4. O problema da evidência da situação abusiva no recurso à tutela cautelar.

De forma coesa, a doutrina tem vindo a admitir¹⁵⁸ a possibilidade do devedor do contrato base poder recorrer à tutela cautelar, em concreto aos procedimentos cautelares não especificados, diante de uma situação abusiva ou fraudulenta evidente.

A defesa do recurso à tutela cautelar pelo devedor tem por base entender-se ser prática demonstrada que os garantidos, usualmente bancos, para defesa da sua reputação internacional, preferem pagar logo que interpelados pelo credor. Isto para não sofrerem as consequências reputacionais decorrentes do não cumprimento, que entendem serem maiores que a perda do direito de regresso sobre o devedor.

Neste sentido, muitas vezes, as instituições bancárias, enquanto garantidos, não procuram, nem analisam elementos probatórios em seu poder, que evidenciem eventuais

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ Que se justifica, uma vez mais, pela lógica do “paga primeiro, discute depois”.

¹⁵⁸ Note-se que o recurso aos procedimentos cautelares nestas situações não está isento de críticas. A esse propósito veja-se FRANCISCO CORTEZ, *op. cit.*, pp. 602 e 603.

situações de fraude ou abuso¹⁵⁹, por não colocarem sequer a hipótese não proceder ao pagamento da garantia.

Sendo, assim, raros os casos em que o garante pretende cumprir o dever¹⁶⁰ que sobre si impende de recusar a soma objeto da garantia¹⁶¹, o entendimento dominante vai no sentido de que o devedor pode tutelar a sua posição através do recurso aos procedimentos cautelares. Quer para impedir o garante de proceder ao pagamento da garantia, obrigando-o a opor a respetiva exceção, quer para impedir o credor de executar ou receber a garantia, podendo, ainda, dirigir-se a ambos os fins.

MÓNICA JARDIM fala-nos em três tipos de providências cautelares que podem ser decretadas. Uma primeira com o fim de inibir o garante de pagar ou de exigir o reembolso. Um segunda dirigida a apreender judicialmente o crédito que o beneficiário detém sobre o garante e, por fim, uma terceira que vise obstar à solicitação da soma ou inibir o credor de aceitar a soma¹⁶². Acrescentam PINTO MONTEIRO e ALMEIDA COSTA que este poder do devedor-garantido em bloquear a execução da garantia respeita uma exigência formal, tendo o devedor de instaurar em tribunal o respetivo procedimento cautelar. Não basta, pois, por força da independência entre o contrato de mandato e o de garantia, dar ao garante ordem nesse sentido¹⁶³.

Nesta sede colocam-se duas questões com pertinência para o tema que acabámos de tratar no subcapítulo anterior. A primeira está em perceber se para o procedimento cautelar vingar, também deve ser apresentada pelo devedor prova líquida da situação abusiva, à semelhança da exigência que é feita pela generalidade da doutrina nas situações em que o garante procura recusar o pagamento.

Em segundo lugar, e respondendo de forma afirmativa à necessidade de apresentação de prova líquida, pergunta-se como se concretiza esta exigência quando

¹⁵⁹ FRANCISCO CORTEZ, *op. cit.*, p. 601.

¹⁶⁰ Sobre a recusa do pagamento como dever *vide* MÓNICA JARDIM, *op. cit.*, p. 279.

¹⁶¹ MÓNICA JARDIM, *op. cit.*, p. 327.

¹⁶² MÓNICA JARDIM, *op. Cit.*, p. 293.

¹⁶³ ALMEIDA COSTA / PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 21.

falamos de procedimentos cautelares. Se falamos numa exigência de demonstração da situação abusiva apenas por via de determinados meios de prova, como a prova documental, ou se, por outro lado, esta exigência de liquidez visa derrogar o regime probatório geral dos procedimentos cautelares, não bastando a apreciação sumária pelo tribunal (*sumario cognitio*) e a demonstração da mera aparência do direito (*fumus boni iuris*) do devedor, para travar o acionamento e pagamento da garantia.

A respeito da primeira questão deve dizer-se que o entendimento dominante tem ido no sentido de que o sucesso do recurso à tutela cautelar deve depender da apresentação de prova pronta e líquida.¹⁶⁴ Para fundamentarem esta exigência, afirma MÓNICA JARDIM que os tribunais estrangeiros se sustentam na tese de PORTALE, segundo a qual a exigência de um nível probatório acrescido resulta de uma regra restritiva de direito jurisprudencial¹⁶⁵, imposta pela função de segurança e liquidez da garantia autónoma¹⁶⁶.

Já a propósito da segunda questão, isto é, da corporização das exigências de prova líquida para fazer vingar os procedimentos cautelares, resulta claro que a doutrina dominante aponta para um reforço nas exigências da medida da prova. Por outro lado, associa esse reforço de exigências da medida da prova à necessidade de demonstração da situação de fraude através de meios de prova específicos, à semelhança do que defende para efeito de recusa lícita pelo garante. Assim, o entendimento generalizado vai no sentido de que só pode ser dada resposta à exigência acrescida ao nível da medida da prova, se oferecida prova através de certos meios probatórios prontos e líquidos, de imediata compreensão.

Cumprе referir que no sistema jurídico português, o regime probatório dos procedimentos cautelares é menos restrito que o regime comum. Tal decorre expressamente do artigo 365.º, n.º 1 do CPC, que preceitua que o requerente deve oferecer prova sumária do direito ameaçado e justificar o receio da lesão. Nas palavras de TEIXEIRA DE SOUSA, a tutela cautelar é qualitativamente distinta daquela que exige uma

¹⁶⁴ *Ibid*, p. 335.

¹⁶⁵ FRANCISCO CORTEZ, *op. Cit.*, p. 601.

¹⁶⁶ MÓNICA JARDIM, *op. Cit.*, p. 336.

prova *stricto sensu* dos factos relevantes¹⁶⁷, bastando-se com a *sumario cognitio* do tribunal e com um *fumus boni iuris*.

Porém, nem assim, a nossa doutrina maioritária deixa de defender que a medida de prova exigida neste tipo de procedimentos cautelares é acrescida. Vejamos.

Afirma PESTANA DE VASCONCELOS que o uso destes meios (tutela cautelar) não pode deixar de ter em conta a natureza da garantia e a necessária carga probatória para o banco garante não cumprir. Tendo em conta estarmos perante uma garantia autónoma, as exigências a este nível têm de ser superiores, tendo a prova de ser imediatamente disponível, clara e sólida¹⁶⁸.

No mesmo sentido, MÓNICA JARDIM¹⁶⁹ afirmando, que no âmbito da garantia autónoma, sempre que requerida uma providência cautelar deve ser exigida prova pronta e líquida, sendo insuficiente o *fumus bonus iuris*. Defende a autora que o contrário equivaleria a negar a especificidade que se tem procurado salientar neste tipo de garantias, a autonomia, a qual não se coaduna com o deferimento de providências cautelares, senão em situações excepcionais. Defende, ainda, que outro entendimento levaria a que o acionamento da tutela cautelar fosse relativizado, pelo que só assim se nega ao devedor aquilo que o garante também não pode obter por via de contestação à solicitação.

MENEZES LEITÃO afirma em sentido idêntico que a providência cautelar só pode ser decretada se existir prova clara e indubitável da existência de fraude ou for evidente o abuso, não sendo suficiente um mero juízo de probabilidade resultante de uma prova sumária¹⁷⁰. E, de igual modo, PINTO MONTEIRO e ALMEIDA COSTA referem que o êxito final destas medidas depende da prova inequívoca do comportamento abusivo do credor beneficiário¹⁷¹.

¹⁶⁷ TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o NCPC*, Almedina, Lisboa, 1997, p. 228.

¹⁶⁸ PESTANA DE VASCONCELOS, *op. Cit.* p. 151.

¹⁶⁹ MÓNICA JARDIM, *op. Cit.*, p. 335.

¹⁷⁰ MENEZES LEITÃO, *op. Cit.*, p. 148.

¹⁷¹ ALMEIDA COSTA / PINTO MONTEIRO, *op. Cit.*, p. 21.

ALEXANDRE MOTA PINTO¹⁷² olha de forma diferenciada para o resultado probatório exigido e os meios probatórios aceites. Assim, afirma em primeiro lugar, que é necessário um abuso evidente ou manifesto para paralisar o pedido de execução da garantia, pelo que não bastará um simples juízo de probabilidade ou verosimilhança. Defende ainda ser necessário que a demonstração efetiva do abuso seja “líquida”, “inequívoca” ou “irrefutável”. Nestes termos o devedor tem de demonstrar, em termos muito próximos da certeza, a veracidade da sua afirmação de que o pedido de execução da garantia é abusivo.

Ainda assim, e no que aos meios de prova admissíveis respeita, defende o autor que a maior exigência quanto ao resultado probatório refletir-se-á nos meios de prova que o tribunal deve aceitar. Assim, deve aceitar-se, unicamente, prova documental, a não ser que o tribunal forme a sua convicção com base em factos notórios (artigo 412º, nº 1, do C.P.C.), não sendo de aceitar, portanto, outros meios de prova, como prova pericial ou testemunhal. Contudo, defende o autor, que em situações em que os factos reveladores do abuso assumam contornos mais complexos, não deve excluir-se *a priori* a possibilidade de recurso à prova testemunhal e pericial, como meio complementar para confirmar a prova documental, pelo que, a este respeito, ainda que de forma muito singela, o autor flexibiliza a sua posição.

No seio da doutrina portuguesa não encontramos posições expressamente contra estas visões restritivas relativamente ao decretamento das providências cautelares para paralisar o funcionamento da GA. Contudo, as críticas tecidas por alguma doutrina à derrogação do regime probatório geral a propósito das hipóteses de recusa lícita do garante¹⁷³, por maioria de razão, têm aqui aplicabilidade. Aliás, em sede de tutela cautelar, a derrogação das regras probatórias é particularmente evidente, tendo em conta, como

¹⁷² ALEXANDRE MOTA PINTO, *Proteção Cautelar contra execução abusiva de Garantia Bancária Autónoma: entre a certeza de uma Garantia forte e a verosimilhança da Tutela Cautelar*, in [*art018.pdf \(uria.com\)](#), p. 241.

¹⁷³ Ver supra pp. 27 e ss.

referido, que o regime probatório é um regime mais flexível e excecional relativamente ao regime probatório geral.

De todo o modo, encontramos doutrina estrangeira que se manifesta contra este entendimento restritivo, defendendo que o mesmo pretende corrigir a lei processual que consagra a suficiência da prova sumária para efeitos de concessão de providências cautelares¹⁷⁴. Neste sentido, o autor italiano TOMMASEO, citado por MÓNICA JARDIM, afirma que a exigência feita pela jurisprudência da apresentação de provas líquidas e, em particular, documentais para o sucesso do decretamento das providências cautelares é precipitada, sendo apenas necessária a mera plausibilidade do direito. Por conseguinte, a tutela cautelar deve ser concedida não pela existência de provas líquidas, mas pela convicção criada no juiz de que tais provas existem e estão disponíveis para o garante¹⁷⁵.

Pergunta-se, ainda, sobre a possibilidade de num procedimento cautelar deste tipo, poder dispensar-se o requerente de instaurar a ação principal, através do requerimento de inversão do contencioso, previsto no artigo 369.º, n.º 1 do CPC.

Ora, em primeiro lugar, sabendo que para que possa haver inversão do contencioso, a providência decretada tem de ser adequada à composição definitiva do litígio, terá sempre de haver uma análise casuística ao tipo de garantia prestada e à situação concreta do abuso¹⁷⁶, de modo a aferir-se se é possível essa composição definitiva, ou não.

Partindo do pressuposto que essa composição definitiva do litígio é possível, então, para a doutrina que defende não ser suficiente um *fumus boni iuris* e ter de ser apresentada prova clara e sólida do abuso, a convicção segura da existência do direito já estará criada no tribunal, sem a qual, a providência nunca poderia ter sido decretada. Por

¹⁷⁴ HEINZE, MULBERT, DOHM e SCHONLE citado em MÓNICA JARDIM, *op. Cit.*, p. 335.

¹⁷⁵ TOMMASEO, *Autonomia negoziale e tutela giurisdizionale nei rapporti di garanzia a prima richiesta*, p.16 *apud* MÓNICA JARDIM, *op. Cit.*, p. 337.

¹⁷⁶ ALEXANDRE MOTA PINTO, *op. Cit.*, p. 241.

consequente, nada obstará a que, se requerida, a inversão do contencioso seja concedida¹⁷⁷.

Por outro lado, entendendo-se que neste tipo de procedimentos não há que aumentar as exigências do regime probatório, então, terá de fazer-se uma análise à matéria de facto provada no procedimento cautelar, no sentido de aferir se existe convicção segura da existência do direito acautelado. Só mediante essa análise, bem como da análise ao preenchimento dos demais pressupostos da inversão do contencioso, poderá concluir-se pela dispensa do requerente intentar a ação principal ou não. Sendo certo que, se essa convicção segura da existência do direito não estiver criada, não está o requerente (devedor) desonerado de intentar a ação principal, onde terá de fazer prova do seu direito, atendendo às exigências probatórias do processo declarativo.

Cumpra agora, depois da abordagem feita ao entendimento da doutrina no que a estes temas respeita, passar à abordagem destas questões feita pela jurisprudência portuguesa nos casos que chegam aos tribunais superiores, solicitando uma resposta no meio de todas estas controvérsias.

5. A visão da jurisprudência portuguesa na demonstração da evidência da situação de abuso ou fraude.

As controvérsias geradas pela figura que aqui estudamos, em particular relacionadas com as questões probatórias que se suscitam a propósito das pretensões abusivas dos credores ao acionarem o pagamento da garantia, têm sido debatidas pela jurisprudência nacional ao longo dos anos.

Pela análise de vários arestos é possível chegar a algumas conclusões gerais que passamos a identificar.

¹⁷⁷ Neste sentido ALEXANDRE MOTA PINTO, *op. Cit.*, p. 242.

Em primeiro lugar, à semelhança do que resulta evidente na doutrina, também na jurisprudência existe uma grande imprecisão terminológica. A isto soma-se o facto de em muitas decisões se fazer apelo a conceitos indeterminados, sem que se procurem concretizar os mesmos. A título de exemplo, em vários acórdãos é feita referência à necessidade de ser apresentada “prova líquida e inequívoca” sem que na verdade exista preocupação em decifrar estes conceitos. A verdade é que muita jurisprudência parte do princípio de que essa prova líquida e inequívoca está diretamente relacionada com o meio de prova documental, à semelhança do que faz a doutrina. Porém, como veremos, existem outros entendimentos jurisprudenciais que não vão nesse sentido e, não obstante defenderem a necessidade de apresentação prova evidente das situações de abuso para, por um lado, poder haver recusa lícita do pagamento da soma objeto pelo garante e, por outro, o devedor da relação base poder lançar mão da tutela cautelar, não concretizam essa exigência com a necessidade de apresentação de prova documental.

Pudemos, igualmente, observar que a maioria das decisões judiciais que tratam esta discussão sobre as exigências probatórias referem-se a situações em que se discute o recurso à tutela cautelar pelo devedor. Efetivamente, são problemas derivados do decretamento ou não decretamento de providências cautelares aqueles que, por via de recurso, chegam aos tribunais superiores e não tanto problemas de recusa lícita do pagamento pelo garante¹⁷⁸.

Para uma melhor compreensão destas conclusões gerais, passemos a uma análise concreta aos entendimentos jurisprudenciais que conseguimos identificar.

No que toca a problemas de recusa lícita pelo garante, o entendimento maioritário vai no sentido de que “para que possa proceder a objeção do banco baseada no abuso de direito, é necessário que o mesmo seja flagrante, manifesto e evidente, não oferecendo a menor dúvida, por decorrer com absoluta segurança de prova documental apresentada, recaindo sobre o banco garante o ónus de apresentar prova segura e irrefutável da fraude

¹⁷⁸ O que poderá justificar a afirmação feita no subcapítulo anterior no sentido de que o garante, normalmente, não pretende cumprir o dever que sobre si impende de travar a pretensão abusiva do credor, o que leva a que seja o devedor a discutir tais pretensões.

na interpelação feita pelo beneficiário”¹⁷⁹. Alicerçada na doutrina majoritária que faz, igualmente, referência a esta exigência, a jurisprudência invoca a autonomia como fator impeditivo à colocação de reservas no pagamento, a não ser que a recusa se fundamente em elementos inequívocos constantes de prova documental, que previamente hajam sido fornecidos ao garante¹⁸⁰.

No STJ o entendimento perfilhado tem sido, igualmente, muito restritivo. Ainda assim, damos nota que, nesta instância, muitas decisões fazem menção à necessidade de apresentação de prova segura e irrefutável, sem que explicitamente reconduzam essa exigência à prova documental¹⁸¹. Contudo, apoiam-se em opiniões doutrinárias defensoras de tal exigência e, por isso, indiretamente acabam por ser seguidoras dessa tese.

Em sentido menos restritivo e, portanto, tendente à aceitação de que a evidência do abuso não está necessariamente relacionada com a apresentação de prova documental, ou de outros meios de prova, ainda mais restritivos, a jurisprudência é escassa, tal como é a doutrina. Não obstante, o TRP, em aresto de 23.02.2012 vem de forma inovadora defender que “a prova líquida, pronta e inequívoca pode extrair-se de qualquer meio de prova permitido em direito e não apenas da prova documental, sendo, por isso, possível o recurso a prova testemunhal”¹⁸². Importa referir que esta decisão assenta nas opiniões de MIGUEL BRITO BASTOS, cujo artigo escrito a respeito deste tema tem de considerar-se como o ponto de partida para uma alteração no modo como os tribunais encaram estas questões. E isto porque, o autor vem estabelecer a distinção entre a necessidade de evidência das situações abusivas ou fraudulentas e a necessidade dessa evidência ser provada através de meios de prova específicos, ou com exigências na medida da prova acrescidas. Estabelecendo essa distinção, defende, antes, a necessidade de haver uma

¹⁷⁹ Ac. TRP de 09-12-2013 (Carlos Querido).

¹⁸⁰ Ac. TRP de 10-04-2008 (Freitas Vieira).

¹⁸¹ Acs. STJ de 05-07-2012 (Abrantes Galdes), de 27-05-10 (Serra Batista), de 13-04-11 (Moreira Camilo) e de 20-03-12 (Fonseca Ramos) e, ainda, de 21-04-2010 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza).

¹⁸² Ac. TRP de 23-02-2012 (Maria Eiró).

aplicação evidente das normas que fundamentam o direito do credor beneficiário ou não, consoante aquilo que haja sido provado.

Não significa isto que a partir desta altura, tenha havido uma inflexão do sentido das decisões judiciais, que continuaram a alicerçar-se na doutrina tradicional e a fazer uso das expressões de “prova líquida, inequívoca e concludente”, sem as procurar densificar. Porém, é notório que a partir deste momento, este entendimento doutrinário passou a ser considerado na jurisprudência portuguesa.

Já a propósito dos casos de recurso à tutela cautelar pelo devedor diante de uma solicitação abusiva do credor para pagamento da garantia, os tribunais têm sido chamados a pronunciar-se quanto às mesmas questões que se colocam a propósito da recusa lícita do garante. Por um lado, sobre a forma como a situação abusiva tem de ser demonstrada, por outro, sobre se o regime probatório dos procedimentos cautelares deve ser derogado nestes casos de GA, em favor de uma maior rigidez na medida da prova.

Esta segunda questão relaciona-se com o facto de, como referido, o regime geral da tutela cautelar assentar em três pressupostos fundamentais: que haja probabilidade séria da existência do direito, do qual deve ser feita prova sumária, que haja fundado receio da lesão e que seja dificilmente reparável essa lesão.¹⁸³ A discussão coloca-se, pois, ao nível do primeiro pressuposto e de saber se basta a demonstração da probabilidade séria da existência do direito invocado¹⁸⁴, ou se aqui as exigências probatórias, em relação à medida da prova, devem ser reforçadas, fugindo-se ao regime geral da tutela cautelar.

Em primeiro lugar, cumpre referir que, à semelhança do que a afirmámos a propósito da recusa lícita do garante, a jurisprudência maioritária segue a tese que defende uma restrição aos meios de prova admissíveis, tal como resulta elucidativo do seguinte excerto: “impende sobre o requerente cautelar, que pretenda obstar ao acionamento de garantia bancária autónoma, o ónus de alegar e provar, através de prova pronta e líquida, ou seja, através de prova documental inequívoca que o beneficiário da garantia ao

¹⁸³ J. A. PAIS DE AMARAL, *Direito Processual Civil*, 15.ª edição, Almedina, Lisboa, 2020, p. 40.

¹⁸⁴ Neste caso, o direito a ver travada a pretensão do credor.

pretender o seu acionamento esteja a atuar de forma fraudulenta ou abusiva”¹⁸⁵. Do mesmo modo, muitos arestos partem para a exigência de que o mandante apresente prova líquida e inequívoca de fraude manifesta ou abuso evidente do beneficiário, sem explicitarem em que é que isso se traduz, verdadeiramente¹⁸⁶.

Mais uma vez, num plano francamente mais reduzido encontramos decisões que se encaminham no sentido de que a prova líquida e inequívoca pode extrair-se de qualquer meio de prova permitido em direito e não apenas da prova documental, sendo, por isso, possível o recurso à prova testemunhal¹⁸⁷, por exemplo, meio de prova que é, tendencialmente, excluído pela doutrina e jurisprudência. Neste sentido, o ac. do TRL de 25.10.2012 que afirmou a legalidade da audição de uma testemunha no procedimento cautelar, invocando que, no que respeita à prova líquida e inequívoca, não se vê que possa ser produzida de outro modo, que não pelas formas legalmente previstas, designadamente testemunhal e documental¹⁸⁸.

Quanto ao segundo problema identificado, da eventual derrogação do regime probatório dos procedimentos cautelares, a jurisprudência diverge. Por um lado, há decisões que vão no sentido de que em sede cautelar não é de aceitar um simples *fumus boni iuris*. Defendem, na esteira de PESTANA DE VASCONCELOS, que estando em causa o cumprimento de um contrato de garantia, cuja característica dominante é a autonomia, o deferimento de providências não pode existir senão em situações excecionais, uma vez que a autonomia seria excessivamente relativizada, caso nos bastássemos com uma prova sumária ou meramente indiciatória, com base na qual o juiz pudesse fazer um simples juízo de probabilidade¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Ac. TRL, de 19-04-2018 (Ondina Carmo Alves).

¹⁸⁶ Por exemplo o Ac. STJ, de 14-10-2004 (Araújo Barros).

¹⁸⁷ Ac. TRP, de 23-02-2012 (Maria Eiró).

¹⁸⁸ Ac. TRL, de 25-10-2012 (Maria de Deus Correia).

¹⁸⁹ Ac. TRL, de 21-02-2013 (Ezagury Martins). No mesmo sentido o Ac. STJ de 21-04-2010 (Maria dos Prazeres Beleza), Ac. STJ de 14-10-2004 (Araújo Barros), Ac. TRL 23-02-2010 e, ainda, ac. TRE de 26-02-2015 (Conceição Ferreira).

Encontramos em sentido contrário algumas decisões que entendem que a autonomia da garantia não pode fazer alterar o regime próprio dos procedimentos cautelares, pelo que as exigências de prova líquida e inequívoca não podem deixar de ser vistas no contexto da apreciação da prova do procedimento cautelar - *sumario cognitio*¹⁹⁰. Alicerçam-se estas decisões no pressuposto de que embora o procedimento cautelar assente em prova sumária, isso não significa que esta seja uma prova aligeirada e irrefletida, sendo antes séria e competente, além de que, só no momento da apreciação da prova se pode ajuizar da qualidade das provas e não em momento anterior¹⁹¹. Do mesmo modo refere o TRL em decisão de 11.05.2023 que a lei determina que o receio deve ser fundado, ou seja, apoiado em factos que permitam afirmar, com objetividade e distanciamento, a seriedade e atualidade da ameaça e a necessidade de serem adotadas medidas tendentes a evitar o prejuízo. Não bastam simples dúvidas, conjeturas ou receios meramente subjetivos ou precipitados, assentes numa apreciação ligeira da realidade¹⁹².

Ademais, estas decisões partem do pressuposto de que para se aceitar uma exigência acrescida em matéria de prova teria de existir um procedimento cautelar específico que contemplasse essa exigência, o que não acontece no nosso ordenamento jurídico¹⁹³. Neste sentido, o acórdão da Relação de Lisboa de 13.10.2009 entendeu ser o pedido de decretamento da providência atendível sempre que no processo cautelar, com as limitações probatórias daí inerentes, a falta de cabimento da pretensão do credor resultasse evidenciada de forma indiciária.¹⁹⁴

Ainda assim, temos de mencionar que esta última abordagem não é, de maneira nenhuma, expressiva na nossa jurisprudência.

¹⁹⁰ Ac. TRP, de 23-02-2012 (Maria Eiró).

¹⁹¹ Ac. TRL, de 13.10.2009 (Ana Resende).

¹⁹² Ac. TRL, de 11.05.2023 (Gabriela Fátima Marques).

¹⁹³ Aliás, como referido, esta figura não foi, de todo, alvo de tratamento legislativo no nosso ordenamento jurídico.

¹⁹⁴ Ac. TRL, de 13.10.2009 (Ana Resende).

V. Conclusões

1. Apreciação Crítica

Chegados ao fim da análise doutrinária e jurisprudencial da questão objeto deste trabalho, cumpre agora fazer uma análise crítica da mesma.

A garantia bancária, eventualmente, por se tratar de uma figura que não é legalmente típica, tem a si associadas indiscutíveis incertezas, designadamente ao nível dos pressupostos necessários à paralisação de uma pretensão abusiva do credor no acionamento da garantia.

No nosso ponto de vista, a génese dessa situação está na falta de rigor com que se trata esta figura e, em particular, na despreocupação evidente quer da doutrina, quer da jurisprudência em traçar os limites daquilo que efetivamente tem de ser protegido quando falamos na paralisação da pretensão abusiva do garante.

O que está em causa é a proteção da autonomia da garantia. Porém, pudemos perceber pela análise feita que é hoje assente que o contrato de garantia autónoma é um negócio causal e, por isso, a autonomia que caracteriza este tipo de garantias não permite desligá-las por completo do contrato de onde emerge a obrigação garantida.

Ora, aquilo que a autonomia reclama é que se procure preservá-la ao máximo, salvaguardando-se a intenção das partes na sua contratualização, sobretudo nas situações em que a garantia é acordada à primeira solicitação. Situações estas que, como vimos, se pautam por elevar a autonomia da garantia ao seu grau mais apurado. Esta compatibilização de valores, por um lado, a preservação da autonomia, e por outro, o respeito pela causalidade, conduz a que apenas em situações em que da factualidade subjacente resulte um abuso evidente, manifesto, se permita paralisar o normal funcionamento da garantia.

É, pois, indiscutível que a situação fática alegada para paralisar a pretensão abusiva tem de ser manifesta, impondo uma inquestionável salvaguarda da posição do garante e do devedor. Contudo, consideramos incompreensível a correlação estabelecida por alguma doutrina entre a exigência de uma situação de abuso que seja evidente, manifesta,

que “entre pelos olhos a dentro” e a circunscrição dos meios de prova passíveis de serem utilizados ou o apertar de exigências ao nível da medida da prova. E mais incompreensível se torna quando falamos de situações de recurso à tutela cautelar pelo devedor.

Acompanhamos o pensamento supramencionado de MIGUEL BRITO BASTOS e de alguma jurisprudência no sentido de que as exigências de evidência do abuso respeitam unicamente à situação fática subjacente e não aos meios de prova admissíveis ou à medida da prova exigida.

Assim, a prova da evidente ou manifesta situação de abuso do credor deve, a nosso ver, poder ser feita por via de todos os meios de prova que o garante ou o devedor tenham ao seu dispor e atendendo às exigências de medida de prova impostas por lei, que sabemos serem menos apertadas quando falamos em procedimentos cautelares. Nestas situações é, no nosso ponto de vista, de aceitar um *fumus boni iuris*, isto é, que a prova da mera aparência do direito permita travar o pagamento da garantia.

É certo que a evidência da situação fática abusiva resultará com mais clareza nas hipóteses em que o garante ou o devedor tenham ao seu dispor meios de prova tidos por mais robustos e que têm, desde logo, maior força probatória, como é o caso da prova documental. Não negamos que nessas hipóteses a intenção paralisadora da pretensão do credor possa ser alcançada de forma mais eficaz, por a situação abusiva ficar demonstrada de modo mais célere e claro.

Porém, em qualquer caso, a conclusão sobre se há ou não abuso evidente só posteriormente à produção da prova e no momento de subsunção dos factos ao Direito pode ser retirada. E, por isso, aquilo que não pode acontecer é limitarem-se, de modo preliminar, as hipóteses de defesa do garante e do devedor quando confrontados com o abuso do credor, através de restrições relativas aos meios de prova suscetíveis de serem apresentados ou à medida da prova exigida. Aliás, perfilhamos as críticas apresentadas por MIGUEL BRITO BASTOS quanto às consequências que um entendimento contrário ao defendido por nós pode acarretar, desde logo, o facto de se estar a excluir a paralisação da pretensão do credor nas situações em que o abuso é mais refinado.

Por conseguinte, com o devido respeito pelos ilustres autores que defendem o contrário, assim como a jurisprudência que os segue, não podemos deixar de considerar, assente em tudo aquilo que temos vindo a discutir, que o garante pode recusar licitamente o pagamento da garantia, quando por via de qualquer meio de prova consiga demonstrar uma situação fática, que no processo de subsunção dos factos ao Direito permita concluir de modo evidente pelo abuso do credor e não permita que se levantem dúvidas sobre a licitude dessa recusa.

Por outro lado, no que ao devedor da relação de base respeita, pode, igualmente, este lançar mão de qualquer meio de prova, nos mesmos termos do garante, para em sede cautelar travar a pretensão abusiva do credor.

Acresce que aqui, os factos que permitem concluir por uma situação de abuso deverão, naturalmente, ser apreciados à luz do regime legal dos procedimentos cautelares, devendo o devedor oferecer prova sumária do direito ameaçado, cuja mera aparência deve ser demonstrada, e justificar o receio da lesão, sem que exista qualquer razão para adotarmos uma maior firmeza nesta apreciação.

Uma visão contrária a esta seria violadora do princípio da igualdade e isto porque, não consideramos, que a autonomia desta garantia seja fator que, singularmente, permita diferenciar a proteção dada aos agentes económicos quando atuam sob este tipo de garantias ou sobre outros, pelo menos da forma como a doutrina o ensaia. É certo que a autonomia restringe os meios de defesa de que podem socorrer-se o garante e o devedor perante um abuso do credor. Mas não restringe, dentro desses já limitados meios de defesa oponíveis, o modo como pode ou não ser feita a prova do abuso.

2. Síntese conclusiva

Neste trabalho procuramos sintetizar e clarificar as distintas posições doutrinárias e jurisprudenciais que se alinham na resposta à concretização das exigências de evidência de uma situação de abuso do credor beneficiário de uma GA, para paralisação da sua pretensão de pagamento da garantia.

Começámos por descrever a garantia alvo deste estudo, afirmando os seus traços identitários e as razões pelas quais é uma garantia atrativa aos olhos dos operadores económicos, razões que levam a que tenha assumido a importância que assumiu com o desenvolvimento do comércio internacional e que ainda hoje lhe é reconhecida. E é essa relevância no comércio que justifica este estudo. A robustez da garantia autónoma leva a que seja da maior pertinência procurar estudar e dar resposta às circunstâncias que podem enfraquecer a figura, nomeadamente, a propensão para o abuso dos credores. Escudados nas vestes da autonomia, os credores estão aparentemente mais aptos a conseguirem fazer vingar pretensões abusivas e, em resposta a isso, a doutrina, como vimos, com base na causalidade da garantia bancária autónoma, na sua função e no fim das cláusulas de pagamento à primeira solicitação, quando contratualizadas, vem permitindo a abertura de “válvulas de ventilação da justiça”, de modo a evitar que esta figura se revele o cenário ideal para abusos impunes.

Uma dessas “válvulas” está na permissão que se dá ao garante de recusar licitamente o pagamento da garantia perante uma situação de abuso, necessariamente evidente, e a possibilidade que se confere ao devedor de recorrer à tutela cautelar, nas mesmas situações e com o mesmo fim paralisador da pretensão abusiva. Porém, pudemos observar como os pressupostos da evidência da situação abusiva não estão claramente definidos nem na doutrina, nem na jurisprudência, salientando-se, desde logo, três grandes entendimentos no que respeita à prova que pode e deve ser feita da situação fática abusiva.

Procurámos explicar esses entendimentos e demonstrar o sentido que a doutrina e jurisprudência portuguesas tendem maioritariamente a seguir, sentido esse que, como tivemos oportunidade de referir em sede de apreciação crítica, não perfilhamos.

A nossa posição vai no sentido de que a prova da evidência da situação abusiva não tem de ser limitada. Limitados são já os casos em que se permite ao garante e ao devedor oporem-se ao normal funcionamento de uma GA. Assim, deve admitir-se que o garante e o devedor, por um lado, recorram aos meios de prova que têm ao seu alcance e, por outro, que a produção da prova seja feita nos termos permitidos pela lei processual civil, com as particularidades conhecidas no que concerne aos procedimentos cautelares.

Neste sentido, afirmámos que não consideramos defensável a existência de um regime excecional de prova nos procedimentos cautelares que tenham por objeto garantias autónomas. E isto porque, não só não existe qualquer procedimento cautelar especial que determine esse apertar de exigências probatórias, mas também porque, seguimos o entendimento segundo o qual a prova produzida em sede cautelar não é uma prova aligeirada e irrefletida, sendo séria e competente, não colocando em causa os traços típicos deste modelo de garantia.

Por conseguinte, entendemos que deve deslocar-se para o plano da subsunção dos factos ao Direito o problema de perceber se estamos ou não perante uma situação abusiva evidente e, por isso, intolerável, que abra portas à paralisação da execução da garantia.

Nos últimos dez anos têm sido visíveis as tentativas da doutrina e também da jurisprudência em aprofundar as respostas a estas questões. Ainda assim, não o suficiente para pôr fim à divergência existente no sentido das decisões judiciais. Face o exposto, é do maior interesse que esta problemática continue a ser estudada para que os contornos do funcionamento desta garantia fiquem claros e a sua robustez característica não se dissipe, continuando a ser vista como “sangue do comércio internacional”.

VI. Bibliografia:

ANTUNES, ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, 3.^a Reimpressão, Almedina, Lisboa, 2014.

BASTOS, MIGUEL BRITO, “A recusa Lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma «on first demand»” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, volume III, Coimbra Editora, 2010.

BRANCO, MANUEL CASTELO, “A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 53. Vol. I, 1993.

CARAMELO, ANTÓNIO SAMPAIO, “A garantia bancária à primeira solicitação – sua autonomia e instrumetalidade. Anotação ao acórdão do STJ de 5 de junho de 2003” in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Lisboa, ano XLIV (2003), Verbo, Lisboa, n.º 3 e 4, pp. 87-137.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Bancário*, Almedina, 3.^a edição, 2006.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil*, Tomo X, Direito das Obrigações, Garantias, Almedina, Lisboa, 2015.

CORREIA, A. FERRER, “Notas para o estudo o contrato de Garantia Bancária” in *Temas de Direito Comercial e de Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1989.

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA/ MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, “Garantias Bancárias – O contrato de Garantia à primeira solicitação (parecer)”, in *separata da Coletânea de Jurisprudência*, Ano XI, Tomo V, 1986.

CORTEZ, FRANCISCO, “A Garantia Bancária Autónoma” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 52, 1992.

GOMES, FÁTIMA, “Garantia Bancária Autónoma à primeira solicitação” in *Revista Direito e Justiça*, vol. VIII, Tomo 2, 1994.

GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA, *Sobre a Circulabilidade do Crédito Emergente de Garantia Bancária Autónoma ao Primeiro Pedido* in Estudos de Direito das Garantias, vol. I, Almedina, Coimbra, 2004.

JARDIM, MÓNICA, *A Garantia Autónoma*, Almedina, Coimbra, 2002

PAIS DE AMARAL, JORGE AUGUSTO, *Direito Processual Civil*, 15.^a edição, Almedina, Lisboa, 2020.

LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Garantia das Obrigações*, Almedina, Lisboa, 6.^a edição, 2019,

MARTINEZ, PEDRO ROMANO / PONTE, PEDRO FUZETA DA, *Garantias de Cumprimento*, 5.^a edição, Almedina, Coimbra, 2006.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, “Garantias Bancárias” in *Estudos em Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*, volume II, separata, Direito Bancário, Almedina, Coimbra, 2002.

MENDES, EVARISTO, “Garantias Bancárias. Natureza” *separata de Revista de Direito e de Estudos Sociais*, outubro- dezembro – 1995, Ano XXXVII (X da 2.^a série), n.º 4

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Clausula Penal e Indemnização*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 1990.

VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL PESTANA DE, *Direito das Garantias*, Almedina, 3.^a edição, 2019.

PINHEIRO, JORGE DUARTE, “Garantia Bancária Autónoma” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 52, vol. II, 1992.

PATRÍCIO, JOSÉ SIMÕES – “Preliminares sobre a Garantia On First Demand”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 43, vol. III, 1983.

PINTO, ALEXANDRE MOTA, *Proteção Cautelar contra execução abusiva de Garantia Bancária Autónoma: entre a certeza de uma Garantia forte e a verosimilhança da Tutela Cautelar*, disponível em: [art018.pdf \(uria.com\)](#)

SERRA, ADRIANO VAZ, “Fiança e figuras análogas”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 71 (1957)

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Estudos de Direito Comercial (pareceres)*, Almedina, 1999

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Estudos sobre o Novo Código do Processo Civil*, Almedina, Lisboa, 1997.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Garantia Bancária Autónoma*, edições Cosmos, Lisboa, 1991.