

A INDEMNIZAÇÃO PELO SACRIFÍCIO  
(SEU SENTIDO É ALCANCE)

António Augusto Neves do Espírito Santo Costa

DA SEGURANÇA SOCIAL À FINANCEIRIZAÇÃO  
DAS PENSÕES DE REFORMA

Marta Raquel Gouveia Coimbra

A APLICAÇÃO DA “EXCEPTIO DOLI”  
NA GARANTIA AUTÓNOMA  
“À PRIMEIRA SOLICITAÇÃO”

Catarina Luísa Gomes Santos

A RESPONSABILIDADE POR DÍVIDAS  
NO DOMÍNIO TOTAL

Tiago Daniel Mendes Plácido

# Colecção Estudos

## Instituto do Conhecimento AB

N.º 5

2016

António Augusto Neves do Espírito Santo Costa  
Marta Raquel Gouveia Coimbra  
Catarina Luísa Gomes Santos  
Tiago Daniel Mendes Plácido

  
ALMEDINA

  
ABREU  
ADVOGADOS  
INSTITUTO DO CONHECIMENTO AB

**PRÉMIO IAB 2015**

# A aplicação da “*exceptio doli*” na garantia autónoma “à primeira solicitação”

**CATARINA LUÍSA GOMES SANTOS**

*Aprovada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Ciências Jurídico-Civilísticas),  
Junho de 2013*

*Orientador: Professor Doutor Jorge Sinde Monteiro*

## **Nota Prévia**

O presente estudo corresponde ao texto apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), em Outubro de 2012, e defendido em 18 de Junho de 2013, perante o Júri constituído pelo Professores Doutores Jorge Sinde Monteiro (Orientador), Filipe Albuquerque Matos e Mónica Jardim (Arguente), para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas.

Foram introduzidas apenas algumas correções de natureza formal, assim como a referência aos correspondentes artigos do Código de Processo Civil atualmente em vigor, aprovado pela Lei nº 41/2013, de 26 de Junho.

## Abreviaturas

<b>Art.</b>	Artigo
<b>BBTC</b>	Banca, Borsa e Titoli di Credito
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CCI</b>	Câmara do Comércio Internacional
<b>CIRE</b>	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
<b>CJ</b>	Coletânea de Jurisprudência
<b>CNUDCI</b>	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
<b>CPC</b>	Código de Processo Civil
<b>CPEREF</b>	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência
<b>CRP</b>	Constituição da República Portuguesa
<b>NCPC</b>	Novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 41/2013, de 26 de Junho
<b>PGR</b>	Procuradoria-Geral da República
<b>RDE</b>	Revista de Direito e Economia
<b>RDES</b>	Revista de Direito e Estudos Sociais
<b>ROA</b>	Revista da Ordem dos Advogados
<b>STJ</b>	Supremo Tribunal de Justiça
<b>TRL</b>	Tribunal da Relação de Lisboa
<b>TRP</b>	Tribunal da Relação do Porto
<b>TRC</b>	Tribunal da Relação de Coimbra
<b>URDG</b>	Uniform Rules For Demand Guarantees

## APRESENTAÇÃO

Embora já consensualmente considerada como um contrato típico do comércio internacional<sup>1</sup>, cuja importância prática é de tal ordem que, nas expressivas palavras do juiz inglês KERR, representa “*the lifeblood of international commerce*”<sup>2</sup>, a garantia autónoma, sobretudo na modalidade “à primeira solicitação”, continua, porém, a ser fonte de incertezas e dúvidas no que concerne à aplicação de concretos aspetos da correspondente disciplina jurídica, não obstante o labor doutrinal e jurisprudencial de décadas.

Num quadro de acentuado interesse prático da utilização da garantia autónoma no hodierno contexto de “aldeia global”, marcado pela internacionalização das trocas comerciais, pretendemos, com o presente estudo, abordar algumas das questões do respetivo regime jurídico, em particular no que concerne à excussão da garantia e às vias de reação pelas quais o garante pode obstar a uma solicitação abusiva, com especial enfoque para a utilização do instituto da “*exceptio doli generalis*”.

É nosso propósito demonstrar a indesmentível relevância da invocação da “*exceptio doli generalis*” no âmbito da garantia autónoma como instrumento apto a paralisar a eficácia de atuações cuja regularidade aparente oculta a material desconformidade com os deveres de correção e de lealdade exigidos no cumprimento das obrigações e indispensáveis ao salutar desenvolvimento do comércio jurídico.

Na senda de tal desígnio, iniciaremos o estudo com algumas considerações introdutórias breves, principiadas pela referência histórica à origem e posterior evolução da garantia autónoma, passando pela questão da admissibilidade da figura no ordenamento jurídico nacional, sem esquecer a referência ao movimento de codificação internacional de carácter institucional. Aludiremos ainda à noção de garantia autónoma simples e “à primeira solicitação”, às principais características e modalidades, concluindo pela enunciação das vantagens e perigos propiciados pela autonomia e pela automaticidade da

<sup>1</sup> FEDERICA FORLANI, “In tema di escussione abusiva di garanzia bancaria autonoma: tra exceptio doli ed opponibilità dei limiti oggettivi della dichiarazione di garanzia”, in *BBTC*, ano 2010, nº 3, Vol. 63, Fasc. 3, Parte 2, pp. 379-380.

<sup>2</sup> YVES POULLET, “La jurisprudence recente en matière de garantie bancaire dans les contrats internationaux”, in *BBTC*, 1982, III, p. 439.

garantia autónoma “*on first demand*” e pelas cláusulas de proteção adotadas com o intuito de obviar a excussões abusivas.

No Primeiro Capítulo, faremos a análise do quadro jurídico inerente à solicitação da garantia, referindo a existência de especiais deveres a cargo do garante em face do devedor garantido, a cumprir após a interpelação do beneficiário. Terminaremos este Capítulo pela indagação de qual o momento de constituição em mora e de qual a indemnização devida pelo garante em face do beneficiário no caso do incumprimento do dever de entrega da soma pecuniária, assim como os pressupostos da execução do contrato autónomo de garantia.

Posteriormente, no Capítulo II, encetaremos a análise da problemática da legítima recusa da excussão da garantia autónoma, tratando em primeiro lugar as exceções oponíveis pelo garante fundadas na relação de garantia, individualizando as hipóteses de irregularidade da interpelação, de invalidade do contrato autónomo de garantia, de caducidade da obrigação de garantia e de invocação da exceção pessoal de compensação. Concluir-se-á o referido Capítulo, questionando a existência de um dever de recusa pelo garante da entrega da soma pecuniária objeto da garantia e de quais as consequências do incumprimento de um tal dever.

No Capítulo III, daremos especial atenção à problemática da relevância das exceções relativas à relação fundamental no contrato autónomo de garantia, questionando a aptidão da “*exceptio doli generalis*” como instrumento ao dispor do garante para fundamentar a recusa do pagamento. Faremos uma breve contextualização histórica, recuando à “*exceptio doli generalis*” no contexto do Direito Romano Clássico, indagaremos qual o fundamento jurídico de tal instrumento de defesa, procurando divisar a utilidade da sua reintrodução no Direito atual. Nesta sequência, abordaremos a valia da “*exceptio doli generalis*” no âmbito da garantia autónoma, com especial enfoque na modalidade “à primeira solicitação”. Procurando recortar o âmbito de aplicação da figura no contrato autónomo de garantia, problematizaremos o modo pelo qual concretos eventos atinentes à relação jurídica garantida podem relevar através da “*exceptio doli*” e em face de que prova pode a mesma operar. Em concretização dos pressupostos enunciados, serão referidas algumas situações típicas de atuação da “*exceptio doli generalis*” no quadro da garantia autónoma, individualizadas pela doutrina e pela jurisprudência. Concluiremos problematizando

a afirmação da existência de um dever a cargo do garante no sentido da invocação da “*exceptio*” perante o beneficiário uma vez reunidos os pressupostos de atuação da mesma, e quais as eventuais repercussões do incumprimento de um tal dever no âmbito da relação garante – dador da ordem.

No último Capítulo, finalizaremos o nosso ensaio analisando a possibilidade de recurso pelo devedor garantido à tutela cautelar para proteção dos seus interesses. Referindo as objeções opostas à admissibilidade de tal recurso, questionaremos, em especial, a validade do “*pacto de non petendo*” alegadamente pressuposto pelo contrato autónomo de garantia na modalidade “à primeira solicitação”. Mencionaremos as concretas providências cautelares suscetíveis de mobilização pelo devedor, analisando os respetivos pressupostos de concessão, e abordando a problemática da qualidade da prova exigida para o decretamento da providência.

Por fim, e em jeito de conclusão, esboçar-se-á a síntese das principais considerações expendidas ao longo do percurso expositivo cursado.

## CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: ENQUADRAMENTO HISTÓRICO – CONCEPTUAL

### 1. Breve apontamento histórico: origem e evolução da garantia autónoma

Na Alemanha do final do Século XIX, rompendo com o paradigma tradicional da acessoriedade das garantias pessoais – cujo protótipo era representado pela fiança –, equacionou-se a criação de uma garantia sobre a qual não se repercutissem as vicissitudes da relação garantida, i.e., de uma “garantia autónoma”<sup>3</sup>.

Com efeito, a teorização inicial da garantia autónoma deve-se a RUDOLF STAMMLER – considerado “*o pai da garantia autónoma*” – que, no estudo intitulado “*Der Garantievertrag*”, publicado em 1886, partindo da figura romana

<sup>3</sup> Como informa MENEZES CORDEIRO, o dinamismo da vida económica e a tradição de lidar com obrigações “abstratas” (independentes da sua causa ou fonte) explica o facto de ter sido a Alemanha o berço da garantia autónoma – cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Das Cartas de Conforto no Direito Bancário*, Edições Jurídicas Lex, Lisboa, 1993, p. 48.

da “*indemnitas promissio*”<sup>4</sup>, traçou a distinção entre garantias acessórias e garantias independentes, adotando como critério a respetiva dependência/ independência relativamente à obrigação garantida<sup>5</sup>.

Na construção de STAMMLER, o contrato de garantia – “*Garantievertrag*” – é qualificado como um instituto jurídico independente, que enquadra conceptualmente a situação prática de alguém vincular-se por contrato a assumir total ou parcialmente o risco de uma empresa alheia, incluindo as suas obrigações, distinguindo-se um tal contrato quer da fiança – pela exclusão da acessoriedade –, quer do contrato de seguro – por ser, diferentemente deste, um contrato unilateral<sup>6</sup>.

Tendo sido consagrada na relação de motivos do BGB<sup>7</sup>, a referida construção dogmática dual perfilhada por STAMMLER foi igualmente acolhida com sucesso pela doutrina e jurisprudência alemãs, que a aplicaram para enquadrar juridicamente relações negociais insuscetíveis de enquadramento nas figuras tradicionais, v.g. na fiança, designadamente “*negócios em que um dos contraentes garantia certo resultado ou em que o garante renunciava previamente a invocar as exceções respeitantes ao devedor principal*”<sup>8</sup>.

No Pós II Guerra Mundial, acompanhando o exponencial incremento do comércio internacional alemão, verificou-se um crescente e acentuado recurso ao “*Garantievertrag*” como instrumento que permitia fazer face aos novos riscos inerentes às trocas comerciais entre contratantes de países diferentes, desconhecidos entre si, em virtude da autonomia da figura que tornava inoponíveis ao beneficiário as vicissitudes do contrato base<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Segundo MENEZES LEITÃO, para STAMMLER a garantia autónoma teria como antecedente a “*promissio indemnitas*” romana, figura caracterizada pela vinculação própria e independente do promitente com o fim de assegurar totalmente o risco da não realização da prestação, figura diversa dos negócios de intercessão, nos quais o intercedente se limitaria a assumir uma obrigação alheia. – cfr. MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 140.

<sup>5</sup> MÓNICA JARDIM, *A Garantia Autónoma*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 16-17.

<sup>6</sup> MENEZES LEITÃO, in op. cit., p. 140.

<sup>7</sup> JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, “Preliminares sobre a Garantia ‘on first demand’”, in *ROA*, 1983, p. 677.

<sup>8</sup> M. J. ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, “*Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação (Parecer)*”, in *CJ*, 1986, T. V, p. 18.

<sup>9</sup> JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, in op. cit., p. 678.



Assistiu-se, portanto, a uma verdadeira mudança de paradigma, abandonando-se a tradicional predileção pelo recurso às garantias reais e, em particular, à hipoteca<sup>10</sup>, que, apesar de oferecerem a segurança associada ao facto de não sofrerem a influência de eventuais variações ocorridas no património do garante<sup>11</sup>, implicavam um procedimento de execução sujeito a formalidades e delongas, designadamente judiciais, inconciliável com celeridade reclamada pelo comércio internacional em acelerado crescimento e expansão<sup>12</sup>. Os agentes económicos passaram, assim, a privilegiar a constituição de garantias pessoais, de entre as quais avultava a fiança, a qual, porém, mercê da sua natureza acessória, foi sendo preterida em favor de outras garantias de natureza pessoal não reguladas legislativamente – as designadas “garantias atípicas” – as quais, dotadas de independência em relação à obrigação fundamental, i.e., não sendo influenciadas pelas respetivas vicissitudes, eram prestadas por uma instituição bancária, uma seguradora ou uma *holding* institucional, que assim renunciava a invocar exceções relacionadas com o incumprimento ou o cumprimento defeituoso dos contratos garantidos<sup>13</sup>.

Deste modo, autonomizando a garantia da relação subjacente, os agentes económicos criaram um instrumento de funcionamento ágil, eficaz e seguro, assegurado por um garante dotado de solvabilidade, que assim se revelava apto a propiciar a celeridade e a gerar a confiança necessárias ao expedito desenvolvimento do comércio, com particular enfoque no quadro do comércio internacional, em que, conforme salienta CALVÃO DA SILVA, “os contratantes não se conhecem, não sabem da capacidade económico-financeira e patrimonial nem da honorabilidade de cada um”<sup>14</sup>.

E, desta forma, como ensinam ALMEIDA COSTA E PINTO MONTEIRO, a garantia autónoma passou a ser utilizada com frequência por Bancos e Companhias de Seguros, em resultado do que “*partindo do ‘Garantievertrag’ chega-se assim à ‘Bankgarantie’ que vem a ser definida como o contrato unilateral destinado*

<sup>10</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Das Cartas de Conforto...*, p. 46.

<sup>11</sup> MANUEL CASTELO BRANCO, “A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações”, in *ROA*, ano 1993, p. 70.

<sup>12</sup> MANUEL CASTELO BRANCO, in op. cit., p. 70; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Das Cartas de Conforto...*, cit., p. 46.

<sup>13</sup> MANUEL CASTELO BRANCO, in op. cit., p. 70; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Das Cartas de Conforto...*, cit., p. 46.

<sup>14</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 383.

*em regra a garantir a prestação do terceiro perante o credor beneficiário, em termos de assegurar a este último que receberá a prestação ou soma contratual estabelecida, e isto não só no caso de incumprimento do terceiro, mas igualmente quando a obrigação do devedor principal não chegou a existir ou se tornou posteriormente impossível*<sup>15</sup>.

A etapa seguinte no processo evolutivo da construção da figura dar-se-ia também sob o impulso dinamizador dos Bancos<sup>16</sup> que, procurando salvaguardar o seu prestígio, introduziram a cláusula “à primeira solicitação”, através da qual visaram suplantar a inconveniente necessidade de prova pelo beneficiário da situação de incumprimento do devedor garantido. Conferindo automaticidade ao funcionamento da garantia, que assim se torna acionável sem a exigência da prova dos respetivos pressupostos, a cláusula “*on first demand*” vincula o garante – normalmente um Banco<sup>17</sup> – a efetuar a entrega da soma de garantia logo que interpelado pelo credor beneficiário nesse sentido<sup>18</sup>.

Acresce que, segundo informa a doutrina, após o referido acelerado desenvolvimento da prática das garantias verificado no Pós II Guerra Mundial,

<sup>15</sup> M. J. ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, in op. cit., pp. 18-19.

<sup>16</sup> Como salientam Almeida Costa/Pinto Monteiro, a automaticidade da entrega da soma de garantia “*ocorre no interesse dos próprios Bancos, interessados em não vestir as ingratas vestes de “árbitro”, permanecendo alheios a disputas desse género*”. – cfr. M. J. ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, in op. cit., p. 19.

<sup>17</sup> MÓNICA JARDIM refere que “*a garantia bancária autónoma é a mais utilizada devido à solidez patrimonial tradicional e universalmente reconhecida aos Bancos e ainda ao menor custo que a garantia por estes emitida comporta*”, apesar de outras entidades poderem assumir o papel de garante autónomo, como as Seguradoras, sendo certo, porém, que não o fazem de forma sistemática em face dos riscos inerentes e bem assim da menor liquidez de fundos comparativamente com os Bancos, “*não estando estruturadas de forma a ter fundos imediatamente acessíveis que lhes permitam pagar num curto espaço de tempo grandes quantias de dinheiro*”. – cfr. MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 18, nota 13.

EVARISTO MENDES realça que, apesar de na prática, a garantia autónoma ser prestada por Bancos, qualquer pessoa poderá prestar tal tipo de garantia ao abrigo do princípio da liberdade contratual insito no artigo 405º do CC – cfr. EVARISTO MENDES, “Garantias Bancárias, Natureza”, in RDES, 1995, pp. 456-457. Porém, o mesmo Autor salienta que a jurisprudência francesa, ao contrário do que sucede com as garantias autónomas emitidas por estabelecimentos de crédito (garantias profissionais), revela alguma hostilidade para com aquelas em que o garante é um simples particular – cfr. EVARISTO MENDES, in op. cit., p. 464, nota 13.

<sup>18</sup> M. J. ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, in op. cit., p. 19; MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 17-18; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Garantias Bancárias Autónomas – Breves Reflexões*, *Juris et Jure*, Nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto, Universidade Católica Editora, Porto, 1998, p. 322.

a crise petrolífera de 1973 propiciou um incremento particular da utilização da garantia autónoma, porquanto o aumento de liquidez dos países produtores de petróleo gerou uma enorme procura de bens e serviços, sobretudo prestados por indústrias, empresas de construção, de fornecimento e de serviços em geral, oriundas dos países mais desenvolvidos e que viam nesse novo mercado uma alternativa ao mercado europeu, praticamente saturado. Neste contexto, a garantia autónoma passou a constituir instrumento preferencial na proteção dos credores/importadores dos países produtores de petróleo, enquanto compradores/donos de obra do contrato base, na contratação com os agentes económicos estrangeiros, devedores/exportadores, na qualidade de vendedores/empreiteiros dos contratos garantidos<sup>19</sup>. Conforme refere JORGE DUARTE PINHEIRO, “a garantia à primeira solicitação revelou-se o mecanismo ideal para superar desconfiças face ao Ocidente industrializado”<sup>20</sup>.

Apesar de a garantia autónoma ter como campo de aplicação preferencial o comércio externo, pelas razões de segurança, agilidade e eficácia sobretudo relevantes entre contratantes desconhecidos, a verdade é que também no comércio interno se pode constatar o recurso cada vez mais frequente à figura, com especial incidência na área da construção civil, dos fornecimentos, do *engineering*, da cooperação industrial, surgindo para cobrir contratos base de valor elevado e de execução temporalmente dilatada<sup>21</sup>.

Em suma, conforme sintetiza FRANCISCO CORTEZ, “as razões que fundamentam a criação deste novo tipo de garantia, que explica a sua rápida difusão e aceitação prática, resultam tanto de factores externos, como sejam o desenvolvimento do comércio internacional, as desvantagens do procedimento judiciário internacional e as ineficiências de outros tipos de garantia, como, e sobretudo, das próprias qualidades internas da garantia bancária autónoma: a sua sólida segurança, a sua enorme eficácia e a sua celeridade e aparente simplicidade, que geram confiança nos utilizadores”<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> MANUEL CASTELO BRANCO, in op. cit., p. 70; MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 19-20; JORGE DUARTE PINHEIRO, “Garantia Bancária Autónoma”, in ROA, Ano 52, Julho 1992, pp. 427-428.

<sup>20</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 428.

<sup>21</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 427.

<sup>22</sup> FRANCISCO CORTEZ, “A Garantia Bancária Autónoma – Alguns problemas”, in ROA, Ano 52, Julho 1992, pp. 517-518.

## 2. Consagração legal ou tipicidade social e jurisprudencial da garantia autónoma, sua admissibilidade no Direito Português e a relevância do movimento de codificação internacional

Não obstante a indesmentível e crescente importância prática no contexto das relações comerciais, a garantia autónoma não logrou ainda conhecer correspondente tratamento legislativo<sup>23</sup>.

Acresce que em alguns países, como os Estados Unidos da América, os Bancos não são autorizados a emitir garantias bancárias, razão pela qual foi necessário descobrir figuras sucedâneas, de que é exemplo a “*standby letter of credit*”, criada para possibilitar a prestação de uma garantia autónoma “encaipotada” e assim contornar a aludida proibição legal<sup>24</sup>.

Verificando-se que a consagração legislativa da garantia autónoma no Continente Europeu ocorreu predominantemente em países de Leste, ligados a regimes políticos de filosofia marxista-leninista, ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO justificam que a diferença relativamente aos países da Europa Ocidental se deve ao facto de naqueles “(…) a liberdade contratual não ter a função criadora que lhe é reconhecida nos sistemas ocidentais”<sup>25</sup>. FÁTIMA GOMES, por seu turno, considera que “(…) tal se deve à necessidade de garantir aos estrangeiros (entidades privadas ou públicas) um regime jurídico uniforme, predeterminado e cognoscível, apto a criar confiança nas relações internacionais, fomentando-as deste modo, e evitando incertezas possíveis ligadas às orientações políticas dos referidos Estados”<sup>26</sup>.

Deste modo, tendo nascido, nas palavras de FERRER CORREIA, como “*pura criação dos participantes na vida dos negócios*”<sup>27</sup>, PORTALE considera que “o contrato de garantia em todos os países europeus em que é privado de regulamentação

<sup>23</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 20 e 21.

<sup>24</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, p. 137; MANUEL CASTELO BRANCO, in op. cit., p. 67 e p. 75.

<sup>25</sup> M. J. ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, in op. cit., p. 18.

<sup>26</sup> FÁTIMA GOMES, “Garantia bancária autónoma à primeira solicitação”, in *Direito e Justiça*, 1994, Vol. VIII, tomo 2, nota 6, p. 126.

<sup>27</sup> A. FERRER CORREIA, “Notas para o Estudo do contrato da garantia bancária”, in *RDE*, ano VIII, nº 2, Julho / Dezembro, 1982, Universidade de Coimbra, ponto 3.

*legislativa deve ao menos ser considerado dotado de tipicidade social e jurisprudencial*”<sup>28</sup>. Em sentido convergente, BENATTI considera-o um “*tipo contratual de origem social ou jurisprudencial*”<sup>29</sup> e CALVÃO DA SILVA sublinha que a garantia autónoma, enquanto garantia pessoal atípica<sup>30</sup>, é resultado da *praxis* negocial bancária e financeira, constituindo um “*exemplo vivo da riqueza inventiva da prática e da autonomia privada*”, um verdadeiro “*deus ex machina*”<sup>31</sup>.

Em face do reconhecimento da inegável importância prática da garantia autónoma, a doutrina e a jurisprudência cedo empreenderam esforços no sentido de alicerçar a admissibilidade da figura, por um lado, buscando o respetivo fundamento normativo e, por outro, sindicando a sua conformidade com as normas imperativas do ordenamento jurídico.

Num primeiro plano, a doutrina<sup>32</sup> é unânime em reconhecer a admissibilidade do contrato autónomo de garantia porque fundado no princípio da liberdade contratual – corolário do princípio da autonomia privada, entre nós consagrado positivamente no art. 405º do CC – ao abrigo do qual é reconhecida a possibilidade de celebração de contratos inominados ou atípicos, ou seja,

<sup>28</sup> PORTALE, “Le garanzie bancarie internazionali (Questioni)”, in *BBTC*, 1988, I, p. 1.

PAIS DE VASCONCELOS considera que, para que possa ser tido como socialmente típico, o contrato tem de ter, na prática ou nos usos, um modelo de disciplina que seja também pelo menos tendencialmente completo, modelo regulativo esse, que é o tipo social propriamente dito e constitui a principal fonte e critério da integração dos aspetos não regulados nos correspondentes contratos. – cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 211.

Neste contexto, cumpre chamar à colação o Acórdão do STJ, de 5 de Julho de 2012, no qual foi expresso o entendimento segundo o qual “(...) a garantia bancária autónoma é uma forma contratual típica quanto à sua existência e atípica quanto à sua regulamentação”, considerando-se que “(...) o facto de não existir regulamentação interna sobre a referida garantia bancária não significa que se trate de um negócio jurídico atípico ou que ainda não tenha extravasado os limites de um ‘tipo contratual de origem social e jurisprudencial’”.

<sup>29</sup> FRANCESCO BENATTI, “Il Contratto Autonomo di Garanzia”, in *BBTC*, 1982, XLV, p. 176.

<sup>30</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 591. Em geral sobre o “tipo social”, cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, cit., pp. 59 e ss e RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos contratos*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 30 e ss.

<sup>31</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Estudos de Direito Comercial – Pareceres*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 336-338.

<sup>32</sup> M. J. ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, in op. cit., p. 21, 8; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, cit., p. 383.

de contratos sem expressa regulação legislativa<sup>33</sup>. Com efeito, a autonomia privada, que, na definição dada por MENEZES CORDEIRO, corresponde a um “*espaço de liberdade jurígena, atribuído pelo Direito, às pessoas, podendo definir-se como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos*”<sup>34</sup>, encontra como preferencial área de domínio o Direito das Obrigações<sup>35</sup>, surgindo contemplada no art. 405º do CC, no qual emergem claras a liberdade de celebração e a liberdade de estipulação contratual<sup>36</sup>.

A acrescer a tal fundamento jurídico de admissibilidade, a doutrina portuguesa reforça a validade do contrato autónomo de garantia pelo facto de a prestação a cargo do garante corresponder a interesses dignos de proteção legal, em conformidade com o exigido pelo nº 2 do art. 398º do CC<sup>37</sup>, em especial, conforme ensina MENEZES LEITÃO, harmonizando-se com o “*legítimo*

<sup>33</sup> RUI PINTO DUARTE, in op. cit., p. 17; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, p. 278; MANUEL CASTELO BRANCO, in op. cit., p. 75.

EVARISTO MENDES acrescenta como fundamentos a manifestação especial, não apenas da liberdade contratual, mas da liberdade negocial que a liberdade de empresa, *maxime* no caso da atividade bancária, implica, ou, ainda, tomar-se o instituto do aval como ponto de partida, modalidade especial de garantia pessoal de carácter autónomo juridicamente reconhecida. – cfr. EVARISTO MENDES, in op. cit., pp. 456-457.

<sup>34</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado do Direito Civil Português*, Parte Geral, Tomo I, 3ª edição, 2005, Almedina, Coimbra, p. 168. De acordo com o Autor, de um ponto de vista formal, a autonomia privada corresponde à impossibilidade de uma total e esgotante previsão legislativa de todos os efeitos concretos, assim remetendo para os operadores jurídicos a específica disciplina das relações jurídicas do dia-a-dia e, de um ponto de vista material, permitindo a concretização de liberdades económicas fundamentais, como sejam a de trabalho e a de empresa, concluindo que “*a autonomia privada, enquanto instituto civil geral, tem o papel de permitir a livre produção de efeitos jurídicos no campo do Direito privado, dominado pela igualdade e pela liberdade.*” Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., pp. 170-171.

<sup>35</sup> Como ensina MOTA PINTO, “*a liberdade contratual é a manifestação da autonomia da vontade no domínio dos contratos, permitindo aos particulares, no domínio da sua convivência com os outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respectivas relações jurídicas, procedendo ao auto governo da sua esfera jurídica desde logo pela realização de negócios jurídicos pelos quais ditam a regulamentação das suas relações, constituindo-as, modificando-as, extinguindo-as e modificando o seu conteúdo.*” – cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição actualizada, 12ª reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 104.

<sup>36</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, in op. cit., pp. 86-87.

<sup>37</sup> M. J. ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, in op. cit., p. 22; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, in op. cit., p. 330; MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 432.

*interesse do credor em assegurar a subsistência da obrigação do garante, mesmo nos casos em que não pode por qualquer razão demandar o devedor principal*<sup>38</sup>.

Num segundo plano, a doutrina maioritária pronuncia-se pela conformidade da garantia autónoma com o corpo de preceitos imperativos do ordenamento jurídico português. Desde logo, considerando o entendimento dominante no sentido da qualificação da garantia autónoma como um contrato – constituído pela proposta contratual materializada na carta de garantia que o Banco garante dirige ao beneficiário, a que se soma a aceitação deste último, e que, muitas vezes, reveste apenas forma tácita<sup>39</sup> –, contrato esse unilateral – porquanto do mesmo apenas emergem obrigações para o garante –, a sua admissibilidade não se mostra inquinada pelo princípio da taxatividade dos negócios jurídicos unilaterais previsto no art. 457º do CC<sup>40</sup>.

O contrato autónomo de garantia é, assim, qualificado pela doutrina predominante como um contrato atípico – que não corresponde a qualquer perfil ou tipo de negócio jurídico descrito na lei<sup>41</sup>, consistindo num tipo social

<sup>38</sup> MENEZES LEITÃO, in op. cit., p. 141.

<sup>39</sup> FERRER CORREIA justifica da seguinte forma a natureza contratual da garantia autónoma: “Efectivamente é perante um contrato que nos encontramos, a despeito de a aceitação do beneficiário assumir as mais das vezes a natureza de uma declaração tácita. De facto, aquela aceitação resulta, de modo inequívoco, do comportamento do interessado. Pois não foi ele quem pediu a inserção no contrato da cláusula de garantia? De resto, é frequente que logo aí se identifique o Banco a quem a garantia deverá ser solicitada. O passo seguinte consiste na efectuação da respectiva diligência e na remessa pelo Banco ao beneficiário da carta de garantia. A carta de garantia tem o significado jurídico de uma proposta contratual, cuja aceitação é indiciada, como vemos, por factos altamente concludentes”.- cfr. A. FERRER CORREIA, in op. cit., ponto 4. a).

De acordo com a noção oferecida por MOTA PINTO, no negócio jurídico bilateral “há, assim, uma oferta ou proposta e a aceitação, que se conciliam num consenso”. – cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, in op. cit., pp. 387 e 388.

<sup>40</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 101-103; FERRER CORREIA, in op. cit., pp. 10 e ss; GALVÃO TELLES, “Garantia bancária autónoma”, in *O Direito*, ano 120, 1988, p. 287; M. J. ALMEIDA COSTA/ /PINTO MONTEIRO, in op. cit., p. 19; JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 431; FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., p. 528; FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 157; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., pp. 328-330; GRAÇA L. MONTEIRO PRITCHARD, “Garantias bancárias autónomas”, in *Revista da Banca*, nº 18, Abril / Junho 1991, p. 141; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Das Cartas de Conforto...*, cit., p. 54.

<sup>41</sup> A. FERRER CORREIA, in op. cit., ponto 3.

PAIS DE VASCONCELOS refere que a distinção entre os contratos típicos e atípicos deve ser reservada para os casos em que o contrato tenha, ou não tenha, na lei ou na prática, um modelo típico de disciplina própria – PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, in op. cit., p. 208.



que não num tipo legal<sup>42</sup> –, inominado – que não tem *nomen iuris* –, não-real – não exigindo, para além das declarações de vontade das partes, a prática de determinado ato material (v.g. a tradição de uma coisa) –, não sinalagmático ou unilateral – na medida em que não dá lugar a prestações recíprocas, emergindo obrigações apenas para o garante –, de natureza gratuita – porquanto a comissão exigida pelo garante pela emissão da garantia é suportada pelo devedor garantido – e não formal – não estando sujeito a forma obrigatória e pré-determinada<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> É assim também no conjunto dos diversos ordenamentos jurídicos. Em Macau, porém, o contrato foi previsto e regulado no Código Comercial (arts. 942º e ss), o que constitui um importante auxiliar interpretativo vez que este Código é produto da ciência jurídica portuguesa. – cfr. PESTANA DE VASCONCELOS, *A Garantia Autónoma*, in Os 10 anos de investigação do CIJE, Estudos Jurídico-Económicos, Coordenação Glória Teixeira e Ana Sofia Carvalho, Almedina, Coimbra, 2010, p. 617, anotação 15.

<sup>43</sup> Para MÓNICA JARDIM o contrato de garantia autónoma é um contrato consensual, porquanto a respetiva validade não depende da observância de determinada forma, sublinhando, porém, que, em regra, reveste forma escrita por razões práticas e em respeito pelo carácter literal da garantia que impõe que a promessa de pagamento seja prestada dessa forma e que a obrigação do garante seja definida apenas com base nos termos da carta por si enviada ao beneficiário. – cfr. MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 103.

No mesmo sentido, ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE defendem que o contrato de garantia autónoma segue o regime geral dos negócios jurídicos, v.g., a liberdade de forma consagrada no art. 219º do CC, realçando, porém, ser dificilmente concebível a total inexistência de documentos escritos a titular a situação jurídica. – cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, in op. cit., p. 135.

LARENZ e CANARIS defendem, contra a jurisprudência e a doutrina dominante alemãs, que para as garantias autónomas, por se fundarem no princípio da liberdade contratual, sendo negócios atípicos, vigora o princípio da liberdade de forma. *Apud* EVARISTO MENDES, in op. cit., p. 457. Em sentido divergente, EVARISTO MENDES considera que, relativamente às garantias bancárias autónomas, por analogia com as garantias cambiárias, a forma escrita deve ter-se sempre por indispensável e, se prestadas por pessoas civis, defende que se justificam exigências no mínimo equivalentes à do aval cambiário, ou seja, a manifestação expressa e inequívoca revelando plena consciência do carácter autónomo da garantia e respetivo significado, exarada e, documento subscrito pelo garante, isto se a analogia com a fiança não requerer forma mais solene. Nos casos em que a garantia autónoma é prestada por Bancos, considerando que tal garantia bancária assume a configuração de um meio de concessão de crédito, este Autor considera ser de aplicar por analogia o regime do mútuo bancário (e mercantil). – cfr. EVARISTO MENDES, in op. cit., p. 473. MENEZES LEITÃO adota uma tese intermédia, defendendo que deverá ser exigida a forma escrita para a declaração do vinculado à garantia autónoma, mas já não assim relativamente à declaração de aceitação por parte do beneficiário, para a qual vigorará o princípio da liberdade de forma, (art. 219º CC), podendo inclusivamente a aceitação ser meramente tácita (art. 217º e 234º CC). – cfr. MENEZES LEITÃO, in op. cit., pp. 144-145.



De igual modo, considerada entre nós como um verdadeiro negócio jurídico causal, também por este prisma a validade da garantia autónoma não encontra obstáculo normativo no princípio da proibição dos negócios jurídicos abstratos que alguma doutrina vislumbra decorrer do art. 458º do CC. Com efeito, a doutrina maioritária pronuncia-se pela natureza causal da garantia autónoma, enquanto negócio que tem por base uma única causa nele objetivada, só a esta servindo, qual seja a função económico-social de garantir o contrato base, assegurando a cobertura de determinado resultado<sup>44</sup>, assumindo o risco pela sua não produção, caso que legitimará a excussão da garantia pelo beneficiário<sup>45</sup>. Assim, não se confundindo autonomia com abstração<sup>46</sup>, pode concluir-se que a garantia autónoma é causal, porque vinculada à prestação da garantia, e é autónoma, porque independente do contrato base<sup>47</sup>.

Por outro lado, a doutrina moderna considera que o princípio da acessoriedade da fiança não representa um inderrogável princípio de ordem pública, não se estendendo a outras garantias pessoais não cambiárias, o que desde logo resulta evidenciado pela previsão expressa de derrogações à regra da acessoriedade (cfr. art. 632º, nº 2 do CC)<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Porém, tal como salientam FÁTIMA GOMES e BONELLI, a causa do contrato de garantia autónoma não é garantir o cumprimento da obrigação do devedor, função essa que é típica da fiança, mas sim assegurar a satisfação do interesse do beneficiário, indemnizando-o na hipótese de se verificarem determinados eventos indicados no contrato de garantia, tais como o risco de não assinatura do contrato principal, o risco da falta de execução correta do mesmo ou o risco de não restituição das quantias adiantadas, ou seja, assegurando o pagamento de uma quantia pecuniária no caso de se verificar o risco consagrado como pressuposto do direito a executar a garantia. – cfr. FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 168 e FRANCO BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Giuffrè Editore, Milão, 1991, p. 27 e p. 56.

<sup>45</sup> FÁTIMA GOMES, in op. cit., pp. 164-167; M. J. ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, in op. cit., p. 21, 9; GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 512; MENEZES LEITÃO, in op. cit., p. 142; A. FERRER CORREIA, in op. cit., p. 250; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, cit., p. 387.

<sup>46</sup> Como salienta MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, para a doutrina maioritária, “autonomia e abstracção não são sinónimos, ou melhor, autonomia e causalidade não são antónimos”. – cfr. MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., p. 330.

<sup>47</sup> Diferentemente, a fiança é causal porque também vinculada à prestação da garantia, mas é acessória porque subordinada à validade da obrigação principal. – cfr. MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., p. 330; GALVÃO TELLES, in op. cit., p. 288.

<sup>48</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 439; JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., pp. 442 e 443; FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., p. 584.

E, especificamente no que concerne à cláusula de pagamento “à primeira solicitação”, foi expresso no Acórdão do TRL, de 13 de Dezembro de 1990, o entendimento segundo o qual “*se se tiver convencionado que o Banco tem de pagar ao beneficiário da garantia, à primeira solicitação, sem poder discutir razões para não o fazer, tal cláusula não ofende os bons costumes, não traduz abuso de direito e não ofende o sentimento jurídico geral*”<sup>49</sup>.

Resulta, desta forma, normativamente justificada a celebração de contratos autónomos de garantia, conclusão que de resto se impunha considerando a crescente difusão da figura e a sua importância na vida dos negócios. Aliás, como referem ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, de contrário, a “*privar-se os agentes económicos de um instrumento indispensável aos seus negócios*”, a eventual privação do recurso à garantia autónoma levaria “*à revolta dos factos contra o Código*”<sup>50</sup>.

Em sentido convergente com o reconhecimento da crescente importância prática da figura, com particular destaque no âmbito do comércio internacional, é de destacar o movimento institucional de codificação, de âmbito internacional, tendente à uniformização do regime jurídico aplicável às garantias independentes, empreendido pela Câmara do Comércio Internacional (CCI) e pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI).

Assim, em 1978 foram aprovadas pela CCI as Regras Uniformes sobre Garantias Contratuais (“*Uniform Rules for Contract Guarantees*” – URCG, Publicação nº 325) e em 1982 as “*Fórmulas Normalizadas para a Emissão de Garantias Contratuais*” (Brochura nº 406)<sup>51</sup>. Segundo informa MÓNICA JARDIM, tais regras, de adesão voluntária, não conheceram acolhimento significativo dos operadores económicos, por não regularem a garantia “*on first demand*”, aparentando ser exclusivamente aplicáveis às garantias dotadas de acessoriedade<sup>52</sup>. No entanto, apesar de não terem sido elaboradas especificamente para a garantia autónoma, foi-lhes sendo reconhecida alguma flexibilidade de forma a igualmente possibilitar a respetiva aplicação às garantias independentes<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> In *CJ*, 1990, pp. 134 e ss.

<sup>50</sup> M. J. ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, in op. cit., p. 21.

<sup>51</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 28.

<sup>52</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 28.

<sup>53</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 28.

Cumprindo consagrar um regime especificamente aplicável às garantias “à primeira solicitação”, em 1992 foram publicadas pela CCI as “Regras Uniformes para as Garantias ‘on demand’” (Publicação nº 458 – URDG 458)<sup>54</sup>, as quais, não revogando o uso das Regras de 1978, aplicam-se exclusivamente às garantias independentes e à primeira solicitação, sendo igualmente de aplicação voluntária<sup>55</sup>. De referir ainda que, apesar de terem como principal campo de aplicação o comércio internacional, podem igualmente ser adotadas para regular operações meramente internas<sup>56</sup>.

Em 1 de Julho de 2010, entrou em vigor um novo conjunto de regras emanadas pela CCI para as garantias independentes – Publicação nº 758 – aprovadas em 3 de Dezembro de 2009. As denominadas “URDG 758” substituem as “URDG 458” de 1992, e, como pode ler-se no Preâmbulo das novas “*ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*”, estas resultaram da necessidade sentida, com o decorrer dos anos e com o evoluir da contratação, de proceder a ajustamentos e clarificações ao texto daquelas outras que constituíram a primeira tentativa da CCI no sentido da codificação das garantias independentes<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Segundo JORGE DUARTE PINHEIRO, em face da fraca adesão quer do instituto da garantia acessória, quer do formulário sugerido pelas primeiras Regras Uniformes, a CCI promoveu a revisão das mesmas, revisão concluída em Abril de 1991 e cujo texto é apenas aplicável às garantias autónomas, com exclusão das acessórias, sendo aquelas entendidas como as garantias que “*pela sua natureza constituem negócios separados dos contratos em que possam estar baseadas*”. O Autor refere ainda que, pese embora a relutância com que algumas delegações receberam as novas Regras (v.g. a Japonesa, que pretendia que as regras disciplinassem exclusivamente garantias acessórias), “*parece claro a que a instituição de regulamentação, ainda que meramente supletiva, para as garantias autónomas, demonstra uma opção definitiva do mundo dos negócios por este tipo de garantia à primeira solicitação e pelo princípio do abandono da acessoriedade da garantia.*” – cfr. MANUEL CASTELO BRANCO, in op. cit., p. 71.

<sup>55</sup> O que se compreende considerando que a Câmara do Comércio Internacional é uma organização internacional não-governamental, de carácter privado. – cfr. MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 29.

ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE chamam a atenção para o facto de tais Regras, apesar de não transpostas formalmente para o ordenamento jurídico português, serem aplicáveis, por via dos usos bancários, às garantias bancárias “*cuja obrigação de pagamento por parte do garante resulta da simples interpelação escrita ou da mera exibição de documentos especificados na garantia, não sendo condicionada pela prova do incumprimento da relação comercial subjacente*”. – cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, in op. cit., p. 139.

<sup>56</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 29.

<sup>57</sup> No Preâmbulo das URDG 758 é possível ler-se ainda que tais Regras, constituídas por 35 artigos que estabelecem as obrigações e responsabilidades das partes no quadro de uma garantia

Por seu turno, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI) elaborou o projeto de Convenção sobre Garantias Independentes e Letras de Crédito *Stand-By* que viria a ser adotado pela Assembleia Geral através da Resolução 50/48 de 11 de Dezembro de 1995, tendo entrado em vigor em 1 de Janeiro de 2000<sup>58</sup>. A Convenção aplica-se aos compromissos internacionais<sup>59</sup> independentes<sup>60</sup>, assumidos por um Banco, instituição, ou pessoa, na qualidade de garante, de pagar ao beneficiário uma determinada soma em dinheiro, a pedido simples, ou sujeito à apresentação de documentos, dos quais resulte o carácter devido do pagamento em função do não cumprimento de uma obrigação ou de qualquer eventualidade, em virtude de um empréstimo, de um adiantamento de dinheiro, ou do vencimento de uma dívida do dador da ordem ou de outra pessoa<sup>61</sup>.

Em 19 de Dezembro de 1996, o Conselho Consultivo da PGR emitiu Parecer favorável à assinatura da Convenção das Nações Unidas sobre Garantias Independentes e Letras de Crédito *Stand By*<sup>62</sup>, porém, até ao momento, Portugal continua sem aderir à Convenção.

Por último, cumpre apenas salientar que, como ensina MÓNICA JARDIM, a serem suscitadas questões de compatibilidade entre as URDG da

independente, não visam apenas atualizar as “URDG 458”, resultando antes de um processo ambicioso que visou trazer para o Séc. XXI um novo conjunto de regras para as garantias independentes, mais claras, mais precisas e mais abrangentes, aproximando-se o respetivo clausulado, linguagem e estrutura dos adotados na UCP 600 (Regras da CCI para os créditos documentários).

<sup>58</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 32.

<sup>59</sup> Como tal considerados se os estabelecimentos de duas das pessoas envolvidas estão situados em Estados diferentes – cfr. art. 4º da Convenção.

<sup>60</sup> De acordo com o art. 3º da Convenção, o compromisso é independente se a obrigação do garante face ao beneficiário: a). Não depende da existência ou da validade de uma operação subjacente, nem de qualquer outro compromisso (como por exemplo uma letra de crédito *stand by*, uma garantia independente à qual se reporte uma confirmação ou uma contragarantia), ou b). Não está submetida a qualquer termo ou condição que não figure no próprio compromisso, nem a qualquer ato ou facto futuro e incerto, com a exceção de apresentação de documentos ou de um outro ato ou facto da mesma natureza suscetível de ser constatado pelo garante no exercício da sua atividade. Considerando o preceituado no respetivo art. 1º, a Convenção das Nações Unidas aplica-se a garantias independentes e letras de crédito *stand-by* desde que as mesmas não excluam a sua aplicação e desde que: a). O estabelecimento do garante no qual o compromisso foi assumido se situe em um dos Estados contratantes; ou b). As regras de Direito Internacional Privado levem à aplicação da legislação de um Estado contratante.

<sup>61</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 32.

<sup>62</sup> Parecer disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

CCI e a Convenção das Nações das Unidas sobre Garantias Independentes e Letras de Crédito *Stand By* – na hipótese de uma garantia autónoma sujeita às URDG por vontade das partes, que não exclua a aplicação da Convenção – a solução passará pela consideração da diferente natureza de ambas: contratual e legal, respetivamente<sup>63</sup>.

### 3. Noção, características gerais e modalidades da garantia autónoma

Sem ignorar o velho brocardo latino “*omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim ut non subverti possit*”<sup>64</sup>, e na certeza de que não saberemos sintetizar de melhor forma a noção de garantia autónoma, lançaremos mão da definição oferecida por MÓNICA JARDIM, nos termos da qual “*a garantia autónoma – também designada por garantia pura, abstracta, incondicional ou independente – pode definir-se como um tipo de garantia prestada por uma entidade (o garante), na maior parte das vezes um Banco – pelo que é normalmente designada por “garantia bancária autónoma” –, que se obriga a entregar, a pedido de um terceiro (o dador da ordem), uma pré-determinada soma em dinheiro ao beneficiário da garantia, assim que este o solicite, provando o incumprimento de determinado contrato por parte do terceiro – garantia autónoma simples –, ou imediatamente após a simples interpeção ao pagamento – garantia autónoma “à primeira solicitação” ou automática –, em qualquer dos casos sem que possam ser opostas ao beneficiário eventuais exceções decorrentes quer da relação entre dador da ordem e garante, quer da relação entre dador da ordem e beneficiário da garantia (relação jurídica cujo cumprimento é garantido)*”<sup>65</sup>.

A constituição de uma garantia autónoma direta – o esquema típico de constituição da garantia<sup>66</sup> – implica um processo triangular que coenvolve três relações jurídicas estabelecidas entre três sujeitos e que pressupõe a celebração de três contratos, a saber: *i*). a relação de atribuição, estabelecida entre o devedor

<sup>63</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 33.

<sup>64</sup> “*Em Direito Civil, toda definição é perigosa, e pouco há nela que não possa ser subvertido*” – Digesta 50.17.202.

<sup>65</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 13. Para outras definições de garantia autónoma *vide* GALVÃO TELLES, in op. cit., p. 283; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., p. 320; MENEZES LEITÃO, in op. cit., p. 139.

<sup>66</sup> Por este motivo, as considerações expendidas no presente estudo partirão do paradigma da garantia autónoma direta.

garantido, dador da ordem, e o credor beneficiário da garantia, no âmbito da qual é celebrado o contrato principal, *v.g.* empreitada, compra e venda, fornecimento, que constitui a causa da garantia e é frequentemente condicionado à prestação da garantia; *ii*). a relação de cobertura, estabelecida entre o devedor garantido, dador da ordem, e o garante, concretizada na celebração de um contrato<sup>67</sup> pelo qual o garante assume a obrigação de celebrar com a pessoa indicada pelo garantido o contrato de garantia autónoma, mediante o pagamento de uma comissão a que acresce o direito de ser reembolsado da quantia entregue ao beneficiário no caso de execução da garantia; *iii*). e a relação de execução, estabelecida entre o garante e o beneficiário da garantia, materializada na celebração do contrato autónomo de garantia<sup>68</sup>, nos exatos termos em que o garante se obrigou a celebrá-lo perante o dador da ordem, emergindo deste contrato para o garante a obrigação autónoma que tem como objeto uma soma em dinheiro<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> A doutrina diverge relativamente à qualificação jurídica deste contrato, parecendo-nos, todavia ser de rejeitar a qualificação como contrato a favor de terceiro, não só por entender-se que a garantia autónoma nasce do contrato de garantia propriamente dito, celebrado entre garante e beneficiário, mas também porque a autonomia deste contrato não se coaduna com a possibilidade conferida ao devedor pelo art. 449º do CC, aderindo-se ao entendimento propugnado pela doutrina maioritária, de acordo com o qual tal contrato constitui um contrato de mandato sem representação, porquanto, em conformidade com o teor do art. 1180º do CC, o garante obriga-se a celebrar, em nome próprio e por conta do ordenante, um negócio jurídico com o beneficiário, cujos efeitos não se produzem diretamente na esfera do mandante mas antes vinculam o garante que assume, assim, uma obrigação própria e independente. – cfr. MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., p. 327; M. J. ALMEIDA COSTA/A. PINTO MONTEIRO, in op. cit., p. 19; FERRER CORREIA, in op. cit., p. 248; PESTANA DE VASCONCELOS, *A Garantia Autónoma...*, cit., p. 616; FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., p. 528.

<sup>68</sup> Em regra, é o Banco que apresenta ao dador da ordem um modelo uniforme, em regra designado por “pedido de garantia bancária”, que representa um autêntico contrato de adesão, na medida em que, quem queira celebrar o contrato com o Banco, se limita a uma aceitação ou a uma rejeição pura e simples e em bloco, sem qualquer alternativa de debate. Tal documento configura habitualmente uma carta pela qual os devedores solicitam ao banco que “*em nosso nome e sob a nossa inteira responsabilidade, emitam uma garantia bancária no valor de ...*”, ao que se segue a identificação do credor beneficiário, a finalidade da garantia e as cláusulas contratuais gerais que definem os termos do contrato – cfr. FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., pp. 525 e 526. Em face de tal condicionalismo, deve entender-se como aplicável a tais contratos o DL 446/85, de 25 de Outubro, nas suas sucessivas alterações, relativo ao regime jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais. – cfr. MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., p. 327.

<sup>69</sup> M. J. ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, in op. cit., pp. 19 e 20, 4; MENEZES LEITÃO, in op. cit., pp. 145-146; JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 420; FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., p. 524; PESTANA DE VASCONCELOS, *A Garantia Autónoma...*, cit., pp. 614-615.

Tratando-se de uma garantia autónoma indireta ou “contragarantia”<sup>70</sup>, ao esquema negocial supra enunciado acresce outro plano de relações jurídicas, dando origem a uma estrutura quadrangular<sup>71</sup>, desenhada pela intervenção de um Banco intermediário, da nacionalidade do credor beneficiário, que lhe presta a garantia por ordem do Banco da nacionalidade do devedor, exigindo para tal a prestação de contragarantias por este Banco, as quais são acordadas em contrato celebrado entre os dois garantes, sendo a contrapartida suportada pelo devedor garantido<sup>72</sup>. Assim, numa garantia autónoma indireta, ao conjunto de relações pressuposto numa garantia autónoma direta acresce a que se estabelece entre o Banco da nacionalidade do devedor e o Banco da nacionalidade do credor que lhe presta a garantia<sup>73</sup>.

Ao passo que nas garantias autónomas simples, a entrega da soma pecuniária objeto da garantia depende da prova pelo beneficiário dos factos constitutivos do seu direito previstos no contrato de garantia como pressupostos do acionamento da mesma<sup>74</sup> – em regra o incumprimento ou o cumprimento

<sup>70</sup> FRANCISCO CORTEZ sublinha que a garantia autónoma indireta é particularmente utilizada no comércio internacional, para garantir operações de exportação, e designadamente na hipótese de o beneficiário ser um organismo do Estado ou se a legislação, v.g.nos países do Médio Oriente, proíbe que um Banco estrangeiro atue diretamente como garante de um beneficiário nacional. – cfr. FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., p. 544.

<sup>71</sup> A estrutura quadrangular em que se traduz a garantia indireta é sintetizada por MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO pela descrição das relações pressupostas: “(...) a relação entre o credor e o devedor (relação garantida), a relação entre o devedor e o primeiro banco, normalmente da mesma nacionalidade (esta banco é o contragarante), a relação entre o primeiro e o segundo banco (este banco é o garante) que celebram entre si dois contratos, um de mandato (em que o contragarante é mandante e o garante é mandatário) e um contrato de contragarantia (em que o primeiro banco é garante e o segundo é beneficiário); finalmente, a quarta relação estabelece a ligação entre o segundo banco (garante) e o credor (beneficiário), normalmente da mesma nacionalidade.” – cfr. MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., p. 328.

<sup>72</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, in op. cit., pp. 138-139.

<sup>73</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *A Garantia Autónoma...*, cit, p. 617. Sobre as implicações da autonomia no âmbito de uma garantia autónoma indireta cfr. MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 149-159.

<sup>74</sup> Sendo pressuposto da obrigação do garante que o acontecimento previsto – o não cumprimento das obrigações contratuais do fornecedor, do empreiteiro, do vendedor, o não pagamento do preço pelo comprador, a não restituição das somas adiantadas pelo armador ao construtor do navio – se tenha verificado, tratando-se de facto constitutivo do direito do beneficiário, ante uma garantia autónoma simples, e considerando o princípio da distribuição do ónus da prova contido no art. 342º, nº 1 do CC, o beneficiário terá de lograr fazer prova do mesmo. Usando a expressão de FERRER CORREIA, na garantia autónoma simples “o



defeituoso das obrigações a cargo do devedor e emergentes do contrato base –, nas garantias autónomas automáticas, ou “à primeira solicitação”, o garante tem de entregar a quantia à simples solicitação do beneficiário, sem que este tenha de produzir qualquer prova sobre o incumprimento do contrato garantido ou outros fundamentos do seu direito, bastando que o pagamento seja exigido em conformidade com os termos da garantia<sup>75</sup>.

Como refere FÁTIMA GOMES, a introdução da cláusula “à primeira solicitação” *“permite ao garante presumir que estão preenchidos os pressupostos de apelo à execução da garantia e consequentemente os pressupostos da sua responsabilização pela não verificação do resultado garantido”*<sup>76</sup>, pelo que, perante uma solicitação regular do beneficiário, o garante terá de entregar a soma objeto da garantia sem que este possa discutir ou contradizer a verificação do fundamento fáctico da interpelação, em termos tais de “pediu, pagou”<sup>77</sup>.

A contratação de uma garantia autónoma simples esgota-se na derrogação da regra da acessoriedade típica das garantias pessoais, através da atribuição de independência à obrigação assumida pelo garante – que é, assim, distinta da obrigação do devedor garantido –, caracterizando-se, pois, pela inoponibilidade ao beneficiário de eventuais exceções relacionadas quer com o contrato base, celebrado entre devedor garantido e credor beneficiário, quer com o contrato de mandato, celebrado entre devedor garantido e garante, admitindo apenas a invocação das exceções fundadas no próprio contrato autónomo de garantia<sup>78</sup>.

*beneficiário terá de provar que o evento cujo risco originou a promessa do garante se verificou realmente*” – cfr. FERRER CORREIA, in op. cit., p. 253.

<sup>75</sup> FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 134; A. PINTO MONTEIRO, *Sobre as Cartas de Conforto na Concessão de Crédito*, Ab Uno ad Omnes, 75 Anos da Coimbra Editora, p. 436; MENEZES LEITÃO, in op. cit., p. 143.

Nestes termos, porque o garante tem o dever de entregar a soma objeto da garantia ao primeiro pedido do beneficiário, sem poder exigir a prova da incumprimento do devedor e não obstante a eventual oposição deste, CALVÃO DA SILVA afirma que a cláusula *“on first demand”* é também designada de cláusula de “pagamento à primeira solicitação e sem exceções”. – cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, cit., p. 386.

<sup>76</sup> FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 176.

<sup>77</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, in op. cit., p. 136.

MÓNICA JARDIM refere tratar-se de um termo usado na gíria bancária para caracterizar o carácter automático do funcionamento da garantia autónoma *“on first demand”*. – cfr. MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 32.

<sup>78</sup> MENEZES LEITÃO, in op. cit., pp. 142-143.



Já a introdução de cláusula “à primeira solicitação” dota a garantia autónoma de automaticidade, assim afastando o risco de litigância entre garante e beneficiário que poderá verificar-se numa garantia autónoma simples e que se traduz na querela sobre a prova do direito do credor<sup>79</sup>, o que vale dizer que “*corta a última cadeia que ainda prendia a garantia autónoma à litigância sobre a relação jurídica de base*”<sup>80</sup>.

A autonomia é, portanto, característica essencial da espécie de garantia em análise, traçando a distinção relativamente a outras garantias pessoais, designadamente a fiança, porquanto aquela característica, por oposição à acessoriedade<sup>81</sup>, significa que a obrigação assumida pelo garante em virtude do contrato autónomo de garantia, “*além de não se moldar na obrigação garantida, é independente desta*”<sup>82</sup>, apresentando-se independente face ao contrato base, celebrado entre devedor/dador da ordem e credor/beneficiário<sup>83</sup>, a que acresce a independência face ao contrato de mandato, celebrado entre o garante/mandatário e o devedor principal/mandante<sup>84</sup>, de tal modo que o garante renuncia

<sup>79</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 86.

<sup>80</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 149.

<sup>81</sup> A acessoriedade, enquanto relação de dependência ou subordinação da obrigação de garantia relativamente à obrigação garantida, e cujo paradigma é representado pela fiança, manifesta-se, de acordo com a classificação tripartida perfilhada por CALVÃO DA SILVA, na dependência genética (não sendo válida a fiança se o não for a obrigação principal – art. 632º, 1 CC, salva a hipótese do nº 2), funcional (podendo o fiador opor ao credor os meios de defesa que competem ao devedor, salvo se forem incompatíveis com a obrigação do fiador – art. 637º, 1 CC, e sendo ineficaz perante este a renúncia daquele a qualquer um desses meios – art. 637º, 2 CC) e extintiva (pois extinta a obrigação principal, extinta fica a fiança, ou seja, a extinção da obrigação principal determina a extinção da fiança – art. 651º CC). – cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, cit., p. 380.

<sup>82</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *A Garantia Autónoma....*, cit., p. 621. Segundo informa este Autor, nos termos do preceituado no art. 947º, al. a) do Código Comercial de Macau, a garantia é autónoma “*quando a obrigação do garante em face do beneficiário não depende da existência ou validade do negócio subjacente, nem de qualquer outro contrato*”. – cfr. PESTANA DE VASCONCELOS, *A Garantia Autónoma....*, cit., p. 621.

<sup>83</sup> O que implica que, a título de exemplo, a não constituição da obrigação em relação ao devedor, a invalidade do contrato base por vício de fundo ou de forma, a sua extinção por impossibilidade de cumprimento, ou por compensação, não impeçam o beneficiário de acionar a garantia. – cfr. FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., p. 532.

<sup>84</sup> A significar, por um lado, que o garante não possa opor ao beneficiário eventuais exceções relativas a este contrato, como por exemplo a não constituição de garantias que o dador da ordem se obrigou a oferecer, a falta de pagamento das comissões e a insolvência daquele, e, por outro lado, a desnecessidade do acordo do dador da ordem para a modificação do contrato

a opor ao beneficiário quer as exceções derivadas da sua relação com o devedor garantido, quer as emergentes da relação fundamental<sup>85</sup>.

A automaticidade, por seu turno, sendo conferida pela introdução da cláusula “*on first demand*”, não representa uma característica essencial, mas tão-só eventual<sup>86</sup> da garantia autónoma, e que, conforme salienta ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO<sup>87</sup>, admite vários graus de intensidade, desde um grau máximo – na hipótese de o garante ter o dever de entregar a soma objeto da garantia com a pura e simples exigência do beneficiário feita nesse sentido, sem que este tenha de acompanhar a solicitação de qualquer prova, documento ou justificação –, passando por um grau intermédio – se aquando da interpelação o beneficiário tiver de descrever, ainda que de forma sucinta, o alegado incumprimento do devedor<sup>88</sup>, até ser reduzida a um grau mínimo – tratando-se de uma garantia que preveja como necessária a apresentação,

de garantia e o facto de o dador da ordem não poder impedir o garante de pagar a soma objeto da garantia, não relevando as eventuais instruções daquele relativamente à extinção ou não execução da garantia – cfr. MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 147

<sup>85</sup> MÓNICA JARDIM refere ainda, como implicações da autonomia a literalidade da obrigação assumida pelo garante, vinculada aos termos constantes do contrato de garantia, e bem assim o respetivo carácter irrevogável, pois de outra forma, admitir-se a sua revogabilidade seria conferir ao garante a possibilidade de extinguir ou modificar a garantia sem o acordo do beneficiário, o que, diga-se, sempre seria inadmissível à luz do princípio da imodificabilidade do contrato por vontade unilateral de uma das partes, consagrado entre nós no art. 406º, nº 1 do CC. – cfr. MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 38.

Neste sentido, as recentes URDG 758 dispõem no respetivo art. 4º, ponto b. que “*A guarantee is irrevocable on issue even if it does not state this*”. Todavia, como teremos oportunidade de analisar mais à frente neste estudo, a autonomia da figura aqui em análise não é absoluta, na medida em que o garante não só pode, como deve mesmo opor-se ao pagamento da garantia em caso de dispor de prova líquida de abuso evidente ou de fraude manifesta do beneficiário, sob pena de ficar prejudicado no seu direito ao reembolso, assim como do mesmo modo, pode o devedor obter providências cautelares destinadas a impedir o beneficiário de receber a garantia. A autonomia do contrato de garantia também cessa na hipótese de invalidade do contrato garantido por contrariedade à ordem pública ou aos bons costumes, situação em que a invalidade da causa acarreta a nulidade da garantia.

<sup>86</sup> A significar que “*todas as garantías autónomas são autónomas, mas que apenas aquelas que incluem a cláusula “de pagamento à primeira solicitação do beneficiário” são automáticas, sendo as restantes garantías autónomas simples.*” – cfr. FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., p. 535.

<sup>87</sup> ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A garantia bancária à primeira solicitação – sua autonomia e instrumentalidade”, in *RDES*, ano 44, 17, 2ª série, nº 34, ano 2003, pp. 115-116.

<sup>88</sup> O que facilita a eventual demanda do beneficiário pelo devedor em caso se solicitação abusiva da garantia.

juntamente com a solicitação, de um relatório pericial, de uma sentença ou de uma decisão arbitral de que resulte certificado o incumprimento do devedor<sup>89</sup>.

Alguma doutrina e jurisprudência perfilham o entendimento de acordo com o qual a cláusula “à primeira solicitação” surge como elemento necessário do contrato autónomo de garantia. Para EVARISTO MENDES, a cláusula “*on first demand*” é típica da garantia bancária autónoma, assumindo-se como “*elemento característico, necessário ou caracterizador*” da mesma, de tal forma que “*a garantia envolve a cláusula e a cláusula implica a existência da garantia bancária autónoma*”, em termos tais que, segundo este Autor, não é possível distinguir de forma cabal os efeitos próprios da autonomia e da automaticidade<sup>90</sup>.

Todavia, discordamos com tal posição e, na esteira de FRANCISCO CORTEZ, rejeitamos a sobreposição entre autonomia e automaticidade, as quais devem ser entendidas como características distintas – aquela essencial e esta meramente eventual – sem que entre elas vigore uma relação de necessária implicação<sup>91</sup>, desde logo porquanto a cláusula “*on first demand*” não é exclusiva das garantias autónomas, sendo reconhecida na *praxis* a figura da fiança à primeira solicitação, na qual a aludida cláusula tem o efeito limitado ao “*solve*

<sup>89</sup> A doutrina adverte que uma garantia desta espécie, para além de perder a sua automaticidade, perde também a própria autonomia, porquanto faz-se depender a entrega da soma objeto da garantia da verificação do incumprimento do contrato base que está na origem da prestação da garantia, assim se aproximando da fiança. – cfr. ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, in op. cit., p. 116.

Neste sentido, MÓNICA JARDIM defende que, se uma garantia exigir a apresentação de sentença ou laudo que condene o devedor por incumprimento do contrato base, daí resultará a perda da característica da autonomia, na medida em que tal sentença ou laudo pressupõem “*um processo prévio no qual o dador da ordem pode fazer valer as exceções derivadas do contrato garantido, de modo que a excussão da garantia fica condicionada às vicissitudes da relação subjacente*”. – cfr. MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 92.

<sup>90</sup> EVARISTO MENDES, in op. cit., pp. 455-456.

No Acórdão do STJ de 27.01.1993, constante do *BMJ*, 423, pp. 483 e ss., é afirmado, de forma reiterada, que a cláusula *on first demand* é característica da garantia bancária autónoma, levando à conclusão de que não podem ser celebradas garantias autónomas sem a aludida cláusula. Diferentemente, admitindo a garantia sem tal cláusula, pode citar-se o Acórdão do STJ de 23.03.1995, disponível in *CJ (STJ)*, 1995, T. I, pp. 137 e ss. – cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, in op. cit., p. 136, nota 328.

<sup>91</sup> FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., p. 539.

*et repetere*”, conservando a acessoriedade, que apenas é relegada para momento posterior, em sede de repetição do indevido<sup>92</sup>.

O que vem de ser dito não impede que se reconheça a valia indiciária da cláusula “*on first demand*” para efeitos de interpretação da vontade das partes<sup>93</sup>, pois apesar de este tipo de cláusula não ser exclusiva do contrato autónomo de garantia, na prática é-lhe frequentemente associada, sendo certo que, em conformidade com o preceituado no art. 236º do CC, em face de cada garantia sempre cumprirá determinar a concreta natureza do contrato celebrado, por meio da análise das respetivas cláusulas, e levando em consideração os usos comerciais eventualmente existentes<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> Neste sentido ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, em anotação ao Acórdão do STJ de 5.06.2003 – publicado in *CJ*, 2002, T. V, pp. 97 a 101 –, critica as asserções adotadas pelas instâncias recorridas, sublinhando ser incorreto afirmar que uma das características definidoras da garantia autónoma é a cláusula de “pagamento ao primeiro pedido” pois esta característica tem a ver com a automaticidade e não com a autonomia da garantia. De igual modo refere não ser correto afirmar, como fez o STJ no aludido aresto, que a cláusula de pagamento ao primeiro pedido se revela contraditória com a acessoriedade da fiança pois a prática contratual criou e pôs em circulação a fiança ao primeiro pedido. – cfr. ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, in op. cit., p. 117.

<sup>93</sup> ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO referem que “a dúvida (se se está perante uma fiança ou perante uma garantia bancária autónoma) deixa, porém de existir se o banco se compromete a pagar “à primeira interpelação.” – cfr. M. J. ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, in op. cit., p. 23. A este propósito, CALVÃO DA SILVA refere: “se as partes tivessem querido convencionar uma garantia autónoma e independente da relação de base, por certo que o teriam exprimido clara e abertamente, pela cláusula de pagamento à primeira solicitação (*on first demand*) ou outra de qualquer conteúdo equivalente, pois os termos daquela, apesar da sua standardização, não são sacramentais”. – cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Estudos...*, cit., p. 352.

<sup>94</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Estudos...*, cit., p. 353, nota 39.

No Acórdão do STJ de 30.10.2002, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), foram ponderados na qualificação da obrigação assumida pelo Banco garante como autónoma “o contexto fáctico provado”, o “sentido da declaração negocial insito no contrato” e a “função do negócio jurídico que as partes quiseram celebrar”.

De referir ainda que, no Acórdão do STJ de 22.03.2007, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), relativamente à interpretação de um contrato de garantia é referido expressamente que “(...) no âmbito interpretativo, há que ter em conta os seguintes princípios: a declaração negocial valerá de acordo com a vontade real do declarante, se ela for conhecida do declaratário (art. 236º, n.º 2, do Cód. Civil); não o sendo, valerá com o sentido que um declaratário normal, colocado na posição do declaratário real, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele (art. 236º, citado, n.º 1); nos negócios formais, a declaração não pode valer com um sentido que não tenha no texto do respectivo documento um mínimo de correspondência, ainda que imperfeitamente expresso (art. 238º, n.º 1, também do Cód. Civil).”

No que concerne às diferentes modalidades que a garantia autónoma pode assumir, a doutrina<sup>95</sup>, partindo de um critério finalístico<sup>96</sup>, distingue habitualmente os seguintes tipos: *i*). Garantias de oferta ou de honorabilidade da proposta (*bid bond*<sup>97</sup> ou *tender bond*) – utilizadas sobretudo na fase prévia à celebração do contrato base, visam assegurar que o devedor garantido manterá a proposta apresentada e, como tal, assinará o contrato e/ou providenciará pelas formalidades prévias de assinatura, de entre as quais pode constar a prestação de uma garantia de boa execução do contrato; *ii*). Garantias de boa execução do contrato<sup>98</sup> (*performance bonds* ou *performance-guarantee*, destinando-se a garantir o correto e pontual cumprimento das obrigações que impendem sobre o devedor garantido por força do contrato base; e *iii*). Garantia de reembolso ou restituição de pagamentos antecipados (*advance payment bond* ou *repayment-guarantee*), que, sendo especialmente utilizada em contratos-promessa com prestação de sinal, visa assegurar a restituição ao credor beneficiário das quantias que o devedor garantido tenha recebido se este faltar ao acordado<sup>99</sup>.

E, a tal propósito, em Acórdão datado de 21.04.2010, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), o STJ expressou o seguinte entendimento: “A interpretação literal reveste-se de particular relevância quando se pretende fixar o sentido com que um contrato de garantia autónoma deve ser interpretado, maxime de uma garantia autónoma à primeira solicitação.”

<sup>95</sup> M. J. ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, in op. cit., pp. 19 e 20; MENEZES LEITÃO, in op. cit., pp. 141-142.

<sup>96</sup> Segundo FRANCISCO CORTEZ, são possíveis três classificações da garantia autónoma, utilizando como critério o fim da garantia, o seu carácter direto ou indireto, e a sua automatidade. – cfr. FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., p. 541.

<sup>97</sup> Conforme informa CALVÃO DA SILVA, a terminologia inglesa das garantias, muito difundida na *praxis* comercial internacional, tem um valor sugestivo, não despido de significado. Sendo “*bond*” um ato formal pelo qual uma pessoa se compromete a pagar a outra determinada quantia de dinheiro, independentemente de uma “*consideration*”, aquele vocábulo sugere de imediato que as garantias têm valor de per si, valor autónomo não subordinado à relação principal garantida – cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, cit., p. 386.

<sup>98</sup> A relevância desta modalidade justifica que ao longo do presente estudo se tome a garantia de boa execução como paradigma da garantia autónoma, tratando-se, aliás, de orientação comum na doutrina – neste sentido, cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 422.

<sup>99</sup> JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, in op. cit., p. 680; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, cit., pp. 385-386; MANUEL CASTELO BRANCO, in op. cit., p. 72; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., p. 333; JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 422; M. J. ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, in op. cit., p. 20.

#### 4. As vantagens e os “perigos” da autonomia e da automaticidade

A doutrina é unânime em reconhecer as importantes vantagens que a garantia autónoma, sobretudo na sua modalidade “à primeira solicitação”, confere aos sujeitos coenvolvidos nas relações jurídicas pressupostas pela operação de garantia, tutelando “*com segurança e eficácia os direitos do beneficiário, sem prejuízo para o devedor e com vantagens evidentes para o garante*”<sup>100</sup>.

Particularizando: o credor beneficiário, para além de ter em seu poder um poderoso meio de coerção psicológica sobre o devedor garantido – que se sentirá pressionado a cumprir pontualmente todos os seus deveres contratuais –, sabe que receberá a soma pecuniária pré-determinada sem ter de provar o pressuposto do seu direito, nem o “*quantum*” dos prejuízos sofridos (operando-se a designada “liquidação prévia do dano”), e sem estar sujeito a discussões referentes à validade ou ao cumprimento do contrato base, beneficiando da solvabilidade do garante, que normalmente é um Banco ou uma companhia de seguros<sup>101</sup>.

O garante, por seu turno, beneficia de uma posição de estrita neutralidade<sup>102</sup>, sem ter de se imiscuir nas eventuais divergências entre credor e devedor fundadas na relação fundamental, assim evitando custos de informação e de procedimentos judiciais, sendo certo que, para além do direito a ser reembolsado pelo devedor garantido da soma paga ao credor beneficiário, auferir ainda, como contrapartida da garantia prestada, uma comissão que, no caso de uma garantia autónoma automática é superior, dado o maior risco assumido comparativamente a uma garantia autónoma simples<sup>103</sup>.

Já o devedor garantido, pese embora o facto de ser a parte onerada com os eventuais “*litigation costs and risks*”, porquanto, em regra<sup>104</sup>, terá de reem-

<sup>100</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 41.

<sup>101</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 39. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, cit., p. 386.

<sup>102</sup> Neutralidade essa que, no caso de uma garantia autónoma “à primeira solicitação” é praticamente absoluta, devendo efetuar a entrega da soma objeto da garantia após a simples solicitação do beneficiário, sem ter de assumir o papel de “árbitro” nas eventuais controvérsias entre devedor garantido e credor beneficiário. – cfr. MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 40; EVARISTO MENDES, in op. cit., pp. 455-456.

<sup>103</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 40.

<sup>104</sup> As exceções a este dever de reembolsar o garante serão analisadas mais à frente neste estudo. Não será de ignorar, porém, que o devedor garantido já terá feito repercutir no preço

bolsar de imediato o garante pela quantia paga ao beneficiário e só depois, sendo caso disso, reagir contra este, certo é igualmente que, ao oferecer uma garantia autónoma, atua em vantagem concorrencial com os outros operadores económicos que não consigam um garante que emita a garantia e, assim, gozando de um estatuto de credibilidade no mercado, logra celebrar negócios que de outra forma não seriam concluídos<sup>105</sup>. Com efeito, conforme salienta MENEZES CORDEIRO “a garantia autónoma dá credibilidade ao devedor do contrato base, pois o facto de este conseguir a respectiva emissão significa que é conhecido na respectiva praça e que, pelo menos nela, uma instituição reconhecida se responsabiliza, sendo de presumir por isso que o devedor do contrato base é capaz de honrar a obrigação principal”<sup>106</sup>.

A garantia autónoma “à primeira solicitação” – a modalidade mais difundida de garantia autónoma – assegura, nas palavras de ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, uma “segurança total: não só a garantia se desliga (porque autónoma) da relação principal (entre o beneficiário e o devedor), como igualmente se elimina o risco de litigância sobre a ocorrência ou não dos pressupostos que legitimam o pedido de pagamento pelo beneficiário. (...) Tudo se passa, tratando-se de uma garantia autónoma à primeira solicitação (...) como se o banco, no momento em que se obrigou perante o beneficiário, tivesse depositado à ordem deste o montante estipulado na garantia. Esta funciona assim como substituto de um depósito de dinheiro ou de valores à ordem do credor/beneficiário, sem os inconvenientes que a imobilização do dinheiro acarretaria, não podendo, porém, essa substituição, prejudicar o credor”<sup>107</sup>.

Com efeito, através da celebração de uma garantia autónoma, é assegurada a partilha dos riscos inerentes à operação económica e, assim, o “*reequilíbrio natural dos interesses complementares das partes na convenção*”<sup>108</sup>. Por outro lado, assegurando a tutela da confiança dos agentes económicos e imprimindo celeridade nas relações comerciais – aspetos com relevância acrescida no comércio internacional, onde se movem parceiros negociais desconhecidos – a garan-

da sua prestação os riscos de uma solicitação infundada e bem assim a comissão devida ao garante pela emissão da garantia. – cfr. MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 40.

<sup>105</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 40; EVARISTO MENDES, in op. cit., pp. 455-456.

<sup>106</sup> MENEZES CORDEIRO, *Das cartas de conforto...*, cit., p. 56.

<sup>107</sup> M. J. ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, in op. cit., pp. 19-20.

<sup>108</sup> YVES PULLET, in op. cit., p. 398.



tia autónoma “*on first demand*” favorece a circulação dos bens e a segurança do tráfico jurídico<sup>109</sup>.

#### 4.1. As cláusulas de proteção exigidas pelos devedores e pelos garantes

Pese embora as vantagens enunciadas *supra*, certo é que o concreto modo de funcionamento da figura em análise, – abstraindo das vicissitudes do contrato base, a que acresce, na modalidade automática, a obrigação de entrega imediata da soma pecuniária pré-determinada sem exigência da prova da verificação dos pressupostos materiais da excussão da garantia – potencia os riscos de solicitações infundadas.

Acautelando a hipótese de verificação de tais riscos associados à autonomia e, sobretudo, à automaticidade, os devedores garantidos exigem, por norma, ao credor beneficiário, para além da prestação de uma garantia autónoma que assegure o correto cumprimento da contraprestação a que este se encontre vinculado, outras garantias a executar em caso de solicitação abusiva da garantia autónoma, e até contragarantias do eventual crédito sobre o beneficiário por execução indevida da garantia, passando inclusivamente pela fixação de uma cláusula penal<sup>110</sup> acionável em caso de excussão abusiva<sup>111</sup>, ou até mesmo pela contratação de um seguro para o efeito<sup>112</sup>.

Neste propósito de desincentivar a excussão infundada da garantia, a doutrina destaca a conveniência da contratação de garantias automáticas justificadas ou documentais<sup>113</sup>.

Tratando-se de uma garantia autónoma “à primeira solicitação” justificada, o garante apenas terá de entregar a soma de garantia em face de uma declaração escrita do beneficiário na qual este afirme que se verificou o evento previsto no contrato de garantia como pressuposto da sua execução, sem que,

<sup>109</sup> JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, in op. cit., p. 680.

<sup>110</sup> Sobre a cláusula penal, cfr. A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Colecção Teses, Almedina, Coimbra, 1990.

<sup>111</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *A Garantia Autónoma*, cit., p. 631.

<sup>112</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 92.

<sup>113</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 90-91; MANUEL CASTELO BRANCO, in op. cit., pp. 76-77; ARMINDO SARAIVA MATIAS, *Direito Bancário*, Coimbra Editora, 1998, p. 118; GRAÇA L. MONTEIRO PRITCHARD, in op. cit., p. 143.



porém tenha prová-lo<sup>114</sup>. A CCI mostra-se favorável à adoção deste género de cláusulas, que assim permitem obviar a solicitações efetuadas por referência a eventos distintos dos previstos nos termos da garantia<sup>115</sup>.

ARMINDO SARAIVA MATIAS refere que a “*demande justifié*’ *permette éviter alguma ligeireza do credor e acautelar o regresso perante o garantido*”<sup>116</sup>. Na verdade, esta modalidade de garantia autónoma “à primeira solicitação” desincentiva eventuais comportamentos abusivos do beneficiário que, ao ter de declarar por escrito qual o fundamento da solicitação, sabe que fica vinculado ao que escreveu e será mais difícil “*encobrir a fraude com pretensos enganos*”<sup>117</sup>. Por outro lado, facilita também a defesa do devedor garantido em face do beneficiário, pois se este, ao solicitar a garantia, afirmar que aquele não cumpriu certa obrigação, a defesa do primeiro passará apenas por demonstrar que cumpriu a dita obrigação, estando dispensado de provar o integral cumprimento de todas as demais obrigações emergentes do contrato base. Ficando o beneficiário vinculado pela justificação oferecida aquando da solicitação, não poderá mais tarde invocar outra razão<sup>118</sup>. Saliente-se, porém, que o facto de o beneficiário ter de declarar a razão da solicitação da garantia não confere ao garante o direito de recusar o pagamento se eventualmente discordar com o motivo indicado, pois, na verdade, a justificação é essencialmente valiosa no quadro das relações entre devedor garantido e credor beneficiário reportadamente ao contrato base<sup>119</sup>.

Por seu turno, tratando-se de uma garantia autónoma automática documental, para que garante se constitua no dever de entrega da soma pecuniária pré-determinada, exige-se que o beneficiário apresente, aquando da solicitação, o(s) documento(s) exigido(s) no contrato de garantia e de cuja análise resulte a convicção<sup>120</sup> de que se encontra verificado o pressuposto de execução da garantia<sup>121</sup>.

<sup>114</sup> MANUEL CASTELO BRANCO, in op. cit., p. 77.

<sup>115</sup> MANUEL CASTELO BRANCO, in op. cit., p. 76.

<sup>116</sup> ARMINDO SARAIVA MATIAS, in op. cit., p. 118.

<sup>117</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 91.

<sup>118</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 91.

<sup>119</sup> MANUEL CASTELO BRANCO, in op. cit., p. 77.

<sup>120</sup> Convicção que advém da qualidade do autor dos documentos, v.g., um perito.

<sup>121</sup> MANUEL CASTELO BRANCO, in op. cit., p. 77.

Neste sentido, pretendendo evitar a excussão abusiva da garantia, as novas URDG 758 da CCI impõem, no respetivo art. 15º, que a solicitação da garantia seja acompanhada dos documentos previstos no respetivo contrato e que seja realizada por escrito, indicando o beneficiário em que sentido o devedor garantido não cumpriu as suas obrigações emergentes do contrato base.

## CAPÍTULO I: A EXECUÇÃO DA GARANTIA AUTÓNOMA

### 1. A solicitação da garantia

Uma vez verificado o pressuposto de execução da garantia, qual seja a não verificação do resultado garantido, o credor beneficiário encontra-se legitimado para interpelar o garante, solicitando a entrega da soma objeto da garantia<sup>122</sup>, devendo fazê-lo dentro do período de vigência da mesma.

Enquanto nas garantias autónomas simples, o beneficiário deverá acompanhar a solicitação da prova da verificação do risco assegurado, nas garantias autónomas “à primeira solicitação”, a simples interpelação feita nos termos previstos no texto da garantia é suficiente para fundar a execução da mesma, pressupondo-se a não ocorrência do resultado garantido<sup>123</sup>.

Porém, encontrando-se embora desonerado da prova dos pressupostos do direito ao pagamento da soma pecuniária, o beneficiário de uma garantia autónoma automática terá, ainda assim, de observar na solicitação da garantia os requisitos eventualmente previstos no respetivo clausulado.

Deste modo, tratando-se de uma garantia “à primeira solicitação” a pedido simples – “*simple demand guarantees*” – a execução da garantia basta-se com a mera interpelação do beneficiário ao pagamento, sem sequer ter

<sup>122</sup> A transmissão da ordem de pagamento deverá, em regra, ser feita por escrito, nada obstante, porém, a que seja efetuada por meios telemáticos ou eletrónicos, hipótese aliás contemplada no art. 14º das URDG 758. – cfr. FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 178.

<sup>123</sup> MANUEL CASTELO BRANCO, in op. cit., pp. 78 e 79.

de afirmar que ocorreu o evento previsto nos termos do contrato autónomo de garantia<sup>124</sup>.

Numa garantia “à primeira solicitação” motivada, o beneficiário, ao solicitar a entrega da soma objeto da garantia, tem de declarar que ocorreu o evento previsto no contrato autónomo de garantia (v.g. o incumprimento do contrato base), sem, todavia, ter de precisar a exata natureza do incumprimento alegado e sem ter de fornecer qualquer prova<sup>125</sup>.

Na garantia autónoma “à primeira solicitação” justificada, a interpelação do garante tem de ser justificada através de uma declaração do beneficiário, indicando quais os concretos motivos que permitem fundar a execução da garantia (v.g. quais as obrigações emergentes do contrato base que o devedor garantido deixou de cumprir), sem, todavia, ter de fazer prova dos mesmos<sup>126</sup>. Assim, se a execução da garantia depender de justificação, só em face dela o garante é obrigado a pagar, sendo certo, porém, que a justificação exigida não se confunde com a prova do pressuposto do surgimento do direito de executar a garantia<sup>127</sup>, nem confere ao garante o direito de discordar dos motivos apresentados<sup>128</sup>.

Por último, em face de uma garantia autónoma “à primeira solicitação” documental, a respetiva excussão é colocada na dependência da apresentação de determinados documentos especificados no texto da garantia provenientes ou emitidos por um terceiro<sup>129</sup>.

Conforme referido *supra*<sup>130</sup>, as garantias autónomas automáticas simples, por constituírem o garante no dever de entregar a soma de garantida ante a mera interpelação do beneficiário, prestam-se mais facilmente a excussões abusivas, e, por tal razão, são vistas desfavoravelmente pelas instâncias inter-

<sup>124</sup> FRANCO BONELLI, in op. cit., pp. 63-64.

Como refere SIMÕES PATRÍCIO, como prova do direito do beneficiário a executar a garantia basta a sua própria e discricionária afirmação de que existe incumprimento, qual “*declaração de vontade disfarçada de declaração de ciência*”. – cfr. JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, in op. cit., p. 686.

<sup>125</sup> JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, in op. cit., p. 686.

<sup>126</sup> FRANCO BONELLI, in op. cit., p. 64.

<sup>127</sup> FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 178.

<sup>128</sup> MANUEL CASTELO BRANCO, in op. cit., pp. 78 e 79.

<sup>129</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 249; FRANCO BONELLI, in op. cit., p. 66.

<sup>130</sup> Cfr. *supra*, o ponto 4. das nossas Considerações Introdutórias.

nacionais, designadamente pela CCI, que propugna pela aplicação de garantias justificadas, por facilitarem o controlo de tais situações<sup>131</sup>.

### 1.1. A declaração “prorrogar ou pagar”

A doutrina destaca a importância da denominada interpelação “prorrogar ou pagar” (“*prorrogez ou payez*”/“*extend or pay*”), bastante comum na prática internacional, referindo que a mesma, em regra, se destina a evitar a caducidade da garantia pelo decurso do respetivo prazo de vigência sem que o interesse do credor se mostre satisfeito, em termos tais que, em vez de solicitar a entrega da soma objeto da garantia, o beneficiário opta pela prorrogação do prazo de vigência da mesma<sup>132</sup>.

Como ensina PESTANA DE VASCONCELOS, a interpelação “*extend or pay*” é usada pelo credor beneficiário na hipótese em que, embora considerando que o devedor garantido se encontra em situação de incumprimento, esteja disposto a conceder-lhe um período de tempo adicional para que cumpra as obrigações emergentes do contrato base, desde que a vigência da garantia seja prorrogada por tal período<sup>133</sup>.

Refira-se que alguns Autores consideram que a solicitação “*extend or pay*” constitui indício do carácter abusivo da excussão da garantia, citando-se, a título de exemplo, ANGEL CARRASCO PERERA, que chega mesmo a qualificar de forma perentória tal solicitação como fraudulenta<sup>134</sup>. De modo diverso, a jurisprudência não tem entendido que tal declaração signifique, por si só, estar-se ante uma solicitação abusiva<sup>135</sup>.

A doutrina diverge ainda quanto à questão de saber se a declaração “prorrogar ou pagar” equivale ou não à solicitação da entrega da soma objeto da

<sup>131</sup> FRANCO BONELLI, in op. cit., pp. 64-65.

<sup>132</sup> ANTÓNIO SEQUEIRA RIBEIRO, *Garantia bancária à primeira solicitação, algumas questões*, in Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Volume II, Direito Bancário (estudos organizados pelos Professores Doutores António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes), Almedina, Coimbra, 2002, p. 367.

<sup>133</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *A Garantia Autónoma*, cit., p. 623.

<sup>134</sup> ANGEL CARRASCO PERERA, *Fianza, Accesoriedad y Contrato de Garantia*, La Ley, Madrid, 1992, p. 220.

<sup>135</sup> FRANCO BONELLI, in op. cit., pp. 122-123.

garantia. Segundo MÓNICA JARDIM, tal interpelação tanto é qualificada por uns como apelo à garantia, como é por outros entendida no sentido de não representar um pedido inequívoco de pagamento, constituindo a entrega da soma garantida como uma simples alternativa à não execução do pedido de prorrogação, do que resulta que a recusa deste pedido não teria como consequência a obrigatoriedade do pagamento<sup>136</sup>.

FRANCO BONELLI informa que, de forma a evitar que a solicitação do pagamento se faça já depois de decorrido o período de vigência da garantia, a doutrina sugere que o beneficiário use a seguinte fórmula: *“prorogate o pagate; indefeto di proroga accettata al più tardi entro il periodo di validità della garanzia in essere, la presente costituisce inequivoca e definitiva richiesta di entrega da soma objeto da garanzia”*<sup>137</sup>.

É de realçar que, em respeito pelo carácter autónomo do contrato de garantia relativamente ao contrato base, a prorrogação do prazo de vigência da garantia dependerá, sempre e necessariamente, do consentimento do garante, e isto mesmo que o devedor garantido esteja de acordo quanto à prorrogação. Com efeito, a alteração do período de vigência da garantia, enquanto modificação contratual, depende do acordo de vontade das partes do contrato de garantia, de modo que a garantia não se estenderá automaticamente em consequência do não cumprimento integral das obrigações emergentes do contrato base<sup>138</sup>.

Por outro lado, também ao garante será vedada a hipótese de prorrogar a vigência da garantia sem o consentimento do dador da ordem<sup>139</sup>, devendo – a menos que tal hipótese esteja expressamente prevista no contrato de garantia – informá-lo da interpelação de *“extend or pay”* feita pelo beneficiário e solicitar-lhe a respetiva anuência, que, a ser concedida, legitimará a prorrogação solicitada<sup>140</sup>.

<sup>136</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 250 e ss.

<sup>137</sup> FRANCO BONELLI, in op. cit., pp. 124-125.

<sup>138</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 116-117. Acolhendo este entendimento, no Acórdão do TRC de 30.01.2007, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), decidiu-se que: *“Assim sendo, não invocando nem demonstrando o Banco Apelante que tenha sido estabelecida, consensualmente com a Apelada (a devedora garantida), qualquer prorrogação do prazo de garantia para além de 13 de Dezembro de 1990, fica sem qualquer suporte fáctico ou jurídico a pretensão de continuidade dessa garantia enquanto elemento deduzido do comportamento do beneficiário da mesma, sendo certo que este por si só – ou até mesmo por acordo com o Banco – não dispõe de poder para alterar, uma vez estabelecido, o prazo de vigência da garantia”*.

<sup>139</sup> ANTÓNIO SEQUEIRA RIBEIRO, in op. cit., p. 369.

<sup>140</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *A Garantia Autónoma*, cit., p. 623.

Na hipótese contrária, ou seja, se o garante decidir prorrogar a garantia sem o consentimento do dador da ordem, este não ficará obrigado a pagar qualquer valor acrescido à comissão inicialmente estipulada, nem a responder pela constituição de fundos ou contragarantias implicadas pela prorrogação, nem sequer a manter as garantias prestadas a favor do garante como forma de assegurar o direito de este ser reembolsado após efetuar o pagamento. Nessa eventualidade, o dador da ordem manter-se-á apenas obrigado a reembolsar o garante se a solicitação do beneficiário se mostrar em conformidade com os requisitos exigidos para a entrega da soma objeto da garantia<sup>141</sup>. E assim é, uma vez que os direitos e obrigações do dador da ordem face ao garante não são afetados pela alteração da garantia – pois são apenas os que resultam do contrato de mandato celebrado –, logo, quando o garante pratica atos não compreendidos ou desconformes com os termos do mandato, atua para além do mandato (cfr. art. 1161º, al. a) do CC), pelo que não poderá fazer repercutir as consequências de tal atuação sobre o dador da ordem<sup>142</sup>.

O art. 23º das URDG 758 consagra a hipótese da interpelação “*extend or pay*”, prevendo, em síntese, que, se uma solicitação conforme incluir, como alternativa ao pagamento, a possibilidade de prorrogação do termo da vigência da garantia, o garante pode suspender o pagamento por um período que não exceda 30 dias de calendário, contados após a receção da solicitação, devendo informar de imediato o dador da ordem. Caso este não aceite a prorrogação, a solicitação que se mostre conforme com os termos da garantia deverá ser paga sem necessidade de qualquer outro apelo por parte do beneficiário<sup>143</sup>. Se for concedido o período de extensão, é considerada como retirada a solicita-

<sup>141</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 121. No mesmo sentido, PESTANA DE VASCONCELOS refere que, na hipótese de o dador da ordem não consentir na solicitada prorrogação, o garante não poderá efetua-la, porém, se o pedido de execução da garantia obedecer aos termos previstos no contrato, aí o garante terá de cumprir, e, para além de não incorrer em qualquer responsabilidade face ao dador da ordem, tem direito ao reembolso por parte deste, excetuando se colocar à sua disposição “*provas líquidas documentais de que a exigência do pagamento consiste num abuso do beneficiário*”. – cfr. PESTANA DE VASCONCELOS, *A Garantia Autónoma*, cit., p. 623.

<sup>142</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 121.

<sup>143</sup> Pode ler-se no ponto d. do art. 26 das URDG 758 que “*If no such period of extension is granted, the complying demand shall be paid without the need to present any further demand*”, o que significa que a declaração “*extend or pay*” representa uma solicitação de pagamento na hipótese de recusa da prorrogação, tendo o garante de efetuar a entrega da soma objeto da garantia sem necessidade de qualquer outra declaração do beneficiário, desde que se trate de uma “*complying*

ção do pagamento da garantia. Em qualquer caso, o garante poderá recusar a prorrogação, mesmo se requerida pelo dador da ordem, hipótese em que o pagamento deverá ser imediato.

## 2. Os deveres do garante perante a solicitação da garantia

Solicitado o pagamento da quantia pecuniária objeto da garantia, o garante encontra-se vinculado ao cumprimento de diversos deveres em face do dador da ordem, deveres esses que encontram fundamento jurídico no contrato de mandato existente entre ambos e cuja configuração se procurará explicitar *infra*.

### 2.1. O dever de informação do dador da ordem

Discute-se na doutrina se o garante que recebe a ordem do beneficiário para pagar deve informar disso o dador da ordem ou se poderá optar por não o fazer.

Rejeitando a afirmação de um dever de informação a cargo do garante, VASSEUR defende que o mesmo seria destituído de interesse prático pelo facto de o dador da ordem não ter direito de veto, enquanto KLEINER refere que tal vinculação dificultaria o normal e ágil desenvolvimento do contrato de garantia<sup>144</sup>, argumentos reforçados no âmbito de uma garantia autónoma “à primeira solicitação”, por entenderem resultar comprometido o dever de pagamento automático a cargo do garante<sup>145</sup>.

*demand*”, ou seja, desde que a solicitação seja efetuada em respeito pelos termos da garantia (cfr. art. 2º das URDG 758).

<sup>144</sup> Autores citados por MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 253, notas 419 e 420.

<sup>145</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 253.

Em sentido divergente, Autores como MÓNICA JARDIM<sup>146</sup>, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES<sup>147</sup>, BONELLI<sup>148</sup> e PORTALE<sup>149</sup>, defendem que o garante tem o dever de informar o dador da ordem da solicitação do beneficiário, dever esse que decorre da específica relação jurídica de mandato existente entre ambos e da qual resulta, por um lado, que como o destinatário final dos atos de gestão praticados pelo mandatário é o mandante, este deverá ser posto ao corrente de todos os factos relacionados com a execução do mandato e, por outro, que sobre o garante recai, na qualidade de mandatário, um dever de proteção dos interesses do dador da ordem seu mandante, emergente do princípio da boa fé contratual (art. 762º, nº 2 do CC), cuja salvaguarda pressupõe o cumprimento do aludido dever de informação.

Com efeito, se o garante der atempado conhecimento da solicitação do pagamento, o devedor garantido poderá preparar a defesa dos seus interesses, designadamente tentando negociar com o beneficiário a revogação do pedido; apresentando ao garante prova da natureza fraudulenta ou abusiva da solicitação, de forma a gerar o dever de recusa do pagamento; desencadeando um procedimento cautelar de que resulte a concessão de uma providência que iniba o garante de exigir o reembolso caso efetue o pagamento e/ou que iniba o beneficiário de receber ou de utilizar a soma objeto da garantia; ou até, pura e simplesmente, providenciando pela obtenção das quantias necessárias para reembolsar o garante em caso de legítima execução da garantia<sup>150</sup>.

A doutrina salienta que, mesmo tratando-se de uma garantia autónoma “à primeira solicitação”, o garante deve informar o dador da ordem de que o beneficiário solicitou o pagamento, podendo cumprir tal dever de informação durante o prazo de que dispõe para examinar o pedido de pagamento<sup>151</sup>.

<sup>146</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 253-254.

<sup>147</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre a mora do garante na garantia bancária autónoma – A propósito do Acórdão STJ 21-II-2002*, Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque, Vol. II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006, pp. 25 – 26

<sup>148</sup> FRANCO BONELLI, in op. cit., pp. 5 e ss.

<sup>149</sup> PORTALE, in op. cit., p. 9 e p. 22.

<sup>150</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 254; MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, in op. cit., pp. 25-26.

<sup>151</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 255; FRANCO BONELLI, in op. cit., pp. 17-20.



Neste sentido, do teor conjugado dos arts. 16<sup>o</sup><sup>152</sup> e 22<sup>o</sup><sup>153</sup> das URDG 758 da CCI resulta que o garante tem de cumprir dois deveres de informação perante a solicitação da soma objeto da garantia: tem de informar o dador da ordem da interpelação do beneficiário e tem de transmitir-lhe cópias da solicitação que se mostre conforme com os termos da garantia.

Por outro lado, a doutrina é unânime em afirmar que, para efetuar a entrega da soma objeto da garantia, o garante não tem de obter o consentimento prévio do dador de ordem<sup>154</sup>. Assim, a existência de um dever de informação a cargo do garante não implica o reconhecimento de qualquer limite à respetiva liberdade de decisão de efetuar o pagamento, desde logo porque a relação garante/beneficiário é autónoma face à relação dador da ordem/garante “e, conseqüentemente, o banco não tem o dever de não pagar só porque tal corresponde à vontade do dador da ordem que, lembramos, foi quem solicitou a emissão de uma garantia autónoma, por essência, irrevogável”<sup>155</sup>, sob pena de incumprimento do mandato conferido.

## 2.2. O dever de verificação da conformidade formal da solicitação

Reiterando as considerações já expendidas a este propósito, é certo que do contrato de mandato celebrado entre garante e devedor garantido emerge para o mandatário o dever de proteção dos interesses do mandante, dever esse pressuposto, desde logo, pelo princípio da boa fé na execução dos contratos e pelo respeito das específicas normas reguladoras do cumprimento

<sup>152</sup> “Art. 16<sup>o</sup> – Information about demand – The guarantor shall without delay inform the instructing party or, where applicable, the counter-guarantor of any demand under the guarantee and of any request, as an alternative, to extend the expiry of the guarantee. The counter-guarantor shall without delay inform the instructing party of any demand under the counter-guarantee and of any request, as an alternative, to extend the expiry of the counter-guarantee.”

<sup>153</sup> “Art. 22<sup>o</sup> – Transmission of copies of complying demand – The guarantor shall without delay transmit a copy of the complying demand and of any related documents to the instructing party or, where applicable, to the counter-guarantor for transmission to the instructing party. However, neither the counter-guarantor nor the instructing party, as the case may be, may withhold payment or reimbursement pending such transmission.”

<sup>154</sup> FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 179.

<sup>155</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 256.

das obrigações (cfr. o teor conjugado dos arts. 798º, 799º, 1 e 2, 487º, 2 e 762º, 2, todos do Código Civil)<sup>156</sup>.

Com efeito, não obstante a independência do contrato de garantia em face do contrato de mandato, cumpre sublinhar que o sacrifício económico decorrente do pagamento será repercutido a final sobre o património do devedor mandante, o que justifica que o garante, enquanto mandatário, atue diligentemente no cumprimento do dever de proteção dos interesses do mandante, e tenha, designadamente, o dever de verificação da conformidade da solicitação com os termos constantes do contrato de garantia (v.g. verificando a forma da interpelação, o prazo de vigência da garantia, os documentos exigidos, etc.)<sup>157</sup>.

Ainda a propósito do dever de verificação da conformidade da solicitação – que a doutrina defende que deve ser cumprido de forma diligente, embora sem cair num excessivo formalismo<sup>158</sup> – coloca-se a questão de saber se a solicitação deve obedecer ao princípio da estrita conformidade – “*strict compliance*” – ao texto da garantia, ou se bastará uma conformidade substancial – “*substancial compliance*”<sup>159</sup>. Defendendo a primeira tese, CALDERALE considera que a regra da “*substancial compliance*” implica um controlo formal menos rigoroso com risco para a intromissão do garante em questões relativas ao contrato base<sup>160</sup>. Já em defesa da regra da “*substancial compliance*”, BONELLI, por seu turno, critica a excessiva rigidez da regra da “*strict compliance*” por exigir uma estrita conformidade ao texto, conduzindo ao dever de recusa pelo garante mesmo em caso de simples erro tipográfico<sup>161</sup>.

A Convenção das Nações Unidas sobre as Garantias Independentes e Letras de Crédito *stand-by* estipula, no respetivo art. 16º, nº 1 – relativo à análise da solicitação e documentos que a acompanhem –, que tal exame deverá ser feito em conformidade com a norma de conduta mencionada no 1º parágrafo do art. 14º, a qual prevê que o garante, no cumprimento das obrigações assumidas no compromisso de garantia e no respeito da Convenção, deve agir de boa fé e com cuidado razoável, tendo em conta os padrões geralmente acei-

<sup>156</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 257 e nota 430.

<sup>157</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 257.

<sup>158</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 258.

<sup>159</sup> FRANCO BONELLI, in op. cit., p. 78, nota 13; MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 258, nota 431.

<sup>160</sup> *Apud* MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 258, nota 431.

<sup>161</sup> FRANCO BONELLI, in op. cit., p. 78, nota 13.

tes na prática internacional em matéria de garantias independentes e letras de crédito *stand-by*. Nesta norma é expressamente referido que o garante deverá determinar se os documentos estão em aparente conformidade – “*facial conformity*” – com os termos e condições do compromisso e se são coerentes entre si.

No mesmo sentido, o art. 19º das URDG 758 da CCI, com a epígrafe “*Examination*”, estipula, no respetivo ponto a., que o garante deve determinar a conformidade aparente da apresentação (“*whether it appears on its face to be a complying presentation*”). No ponto b., determina-se que os dados constantes dos documentos que acompanham a garantia devem ser examinados no contexto do documento, da garantia e das próprias URDG, sendo certo que, pese embora não se exija uma perfeita identidade, não deve existir contradição entre esses dados e os constantes de outros documentos exigidos ou da própria garantia. O ponto c. estabelece que, no caso de a garantia exigir a apresentação de um documento sem estipular se necessita de ser assinado, ou por quem deve sê-lo, ou qual o respetivo conteúdo, o garante deve aceitar o documento se o respetivo conteúdo aparentar cumprir a função do documento exigido pela garantia e, se o documento estiver assinado, qualquer assinatura deve ser aceite sem que se exija a indicação do nome ou qualidade do signatário. No ponto d. prevê-se que, na hipótese de ser apresentado um documento não exigido pela garantia ou não referido pelas URDG 758, o mesmo deverá ser desconsiderado e devolvido ao apresentante. O ponto e. determina que o garante não precisa de recalculiar os cálculos do beneficiário feitos de acordo com a fórmula indicada ou referida na garantia. Por último, o ponto f. estipula que o garante deve considerar como satisfeita a exigência de um documento como legalizado ou certificado se o mesmo contiver qualquer assinatura, sinal ou selo que aparente cumprir aquele requisito.

O que permite concluir que no âmbito de aplicação das URDG 758 o garante deve cingir-se a uma análise da correspondência formal ou aparente da solicitação e dos documentos que a acompanhem com os termos do contrato de garantia, não estando obrigado a verificar a regularidade material dos mesmos<sup>162</sup>.

<sup>162</sup> No âmbito das anteriores Regras Uniformes da CCI – as URDG 458 – vigorava a mesma regra da mera conformidade formal da solicitação e respetivos documentos. – cfr. MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 260.

Coerentemente com a regra da “conformidade formal”, o art. 27º das URDG 758 determina a exoneração – “*disclaimer*” – do garante com referência à efetividade dos documentos, referindo que o garante não é responsável pela forma, suficiência, exatidão, genuinidade, falsificação ou valor legal de qualquer assinatura ou dos documentos apresentados<sup>163</sup>.

Em suma, em linha de convergência com o entendimento maioritário, defendemos que o dever de verificação da conformidade da solicitação e dos documentos que a instruem deve cingir-se a um controlo formal, de aparente conformidade com os termos da garantia, não sendo exigível ao garante uma análise tal que permita detetar desconformidades como falsificações e outros defeitos que não sejam aparentes<sup>164</sup>.

### 2.2.1. A necessidade de o garante dispor de “prazo razoável” para analisar a solicitação

Como informa MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, não é prática comum fazer-se constar no texto da garantia qual o prazo de que o garante dispõe, após a interpelação, para tomar posição em relação à mesma, sendo certo que, tratando-se de uma garantia autónoma “à primeira solicitação”, a previsão de uma tal dilação pareceria desconforme com o carácter automático da garantia, que deve ser honrada de imediato<sup>165</sup>.

<sup>163</sup> Por seu turno, o art. 28º das URDG 758 consagra a exoneração do garante relativamente à transmissão e tradução, determinado no ponto a. que o garante não é responsável pelas demoras, perdas na transmissão, ou outros erros decorrentes na transmissão de qualquer documento, e no ponto b. que o garante não assume responsabilidade por erros na tradução ou interpretação de termos técnicos, podendo transmitir toda ou parte do texto da garantia sem o traduzir.

Por último, é de referir ainda o art. 29º das mesmas Regras prevê a exoneração por atos de terceiros, referindo que o garante que usa os serviços de um terceiro para levar a cabo as instruções recebidas do ordenante, fá-lo por conta e risco deste.

MÓNICA JARDIM, em crítica às normas correspondentes das anteriores URDG 458 – os respetivos arts. 12º e 14º –, considerou que as mesmas consagravam uma proteção excessiva a favor do garante, por considerar que, em tais hipóteses, “*o garante actuou negligentemente, fez uma má tradução ou uma má escolha de um terceiro e nem por isso responderá*”, entendimento que também sufragamos. – cfr. MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 260, nota 437.

<sup>164</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 260-261.

<sup>165</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre a mora do garante...*, cit., p. 21.

Ainda assim, a doutrina reconhece que, mesmo no caso de uma garantia autónoma “*on first demand*”, o garante deve dispor de um lapso de tempo adequado para que possa cumprir de forma diligente o dever de verificação da conformidade da solicitação<sup>166</sup>.

MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES considera que o prazo a dar ao garante não pode deixar de ser aquele que resultar de um juízo de razoabilidade, entendendo-se como prazo razoável aquele que resultar da especificidade de cada garantia prestada<sup>167</sup>. Deste modo, tal prazo “razoável” será mais dilatado, a título de exemplo, numa garantia autónoma “à primeira solicitação” documental cujos documentos revistam especial complexidade, ou no caso de uma garantia autónoma simples em que a menor pressão se reflete no tempo de resposta do garante, e, pelo contrário, será mais apertado perante garantias cujo pressuposto seja facilmente verificável, como por exemplo, o não pagamento de obrigações pecuniárias, nas quais bastará ao garante examinar a solicitação por referência aos termos da garantia e apurar junto do devedor garantido se a quantia está efetivamente em dívida<sup>168</sup>.

Neste âmbito, importa igualmente apelar à *lex mercatoria* – que constitui um indicador relevante das preocupações sentidas pelos operadores económicos a nível internacional, desde logo pela ampla adesão a regras que são de aplicação voluntária –, consensualmente entendida como consagrando uma disciplina que garante a adequada composição dos interesses envolvidos no esquema negocial da garantia<sup>169</sup>.

A Convenção das Nações Unidas sobre Garantias Independentes e Letras de Crédito *stand-by* refere expressamente, no respetivo art. 16º, nº 2, que o garante deve dispor de um prazo razoável para examinar a solicitação e os documentos que a acompanham, prazo esse que não deve exceder os sete dias úteis após a receção dos mesmos. Durante tal prazo, o garante deve não só verificar a solicitação e os documentos que a acompanham, mas também decidir se efetua ou não o pagamento e, caso decida não pagar, avisar o beneficiário da recusa.

<sup>166</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 258.

<sup>167</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre a mora do garante...*, cit., p. 26

<sup>168</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre a mora do garante...*, cit., pp. 26-27.

<sup>169</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre a mora do garante...*, cit., p. 22.

Por seu turno, as novas Regras Uniformes da Câmara do Comércio Internacional para as Garantias “*on demand*” – as URDG 758 – vêm precisar<sup>170</sup>, no respetivo art. 20º – com a epígrafe “*Time for examination of demand; payment*” –, que o garante dispõe de cinco dias úteis subsequentes à interpelação para examinar a conformidade da mesma, deixando claro que quando o garante determine que a solicitação é conforme, deverá pagar.

Assim, quer a doutrina, quer os textos internacionais, e mesmo a própria *praxis* das garantias, reconhecem que, ainda que a garantia autónoma seja também automática, o garante deve dispor de um prazo adequado para verificar a interpelação do beneficiário e para poder informar e consultar o seu cliente<sup>171</sup>.

### 2.3. O dever de entrega da soma de garantia

Decorrido o prazo “razoável” de que dispõe para examinar a interpelação do beneficiário, *maxime*, para aferir da conformidade formal ou aparente da mesma e dos documentos que a acompanhem com os termos do contrato de garantia, o garante deverá tomar a decisão de efetuar ou de recusar a entrega da soma objeto da garantia, consoante conclua, respetivamente, pela regularidade ou pela irregularidade do pedido apresentado – cfr. arts. 20º e 24º das URDG 758 e arts. 17º e 19º da Convenção das Nações Unidas sobre Garantias Independentes e Letras de Crédito *stand-by*.

<sup>170</sup> As anteriores URDG 458, no respetivo art. 10º, limitavam-se a conferir ao garante um “prazo razoável” para examinar a solicitação, sem, contudo, precisar o número de dias em concreto.

<sup>171</sup> Rejeita-se, pois, a argumentação segundo a qual não seria de incluir neste prazo o tempo necessário para que o garante consulte o devedor garantido porque esse constituiria um problema a que o beneficiário seria alheio, ser-lhe-ia *res inter alios*, não podendo, por isso, ser prejudicado no tempo do cumprimento pela consulta ao ordenante, que, relativamente ao contrato de garantia, seria terceiro. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES refere que tal entendimento que, quanto muito aceita como prazo razoável um período temporal para que o garante possa examinar a solicitação, *maxime* se instruída de documentos, não pode ser aceite porque “*desconsidera totalmente a estrutura trilateral da operação de garantia e o facto de o contrato de garantia ser um contrato causal que traz em si o fim de garantia, função essa que se encontra objectivada no contrato*”. – cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre a mora do garante...*, cit., pp. 29-30.

Assim, uma vez verificada a conformidade formal da solicitação com os termos da garantia, o garante deve efetuar o pagamento, a menos que se preveja um pagamento diferido<sup>172</sup>, desde logo conforme é expressamente admitido pelo art. 17º, nº 1 da Convenção das Nações Unidas sobre Garantias Independentes e Letras de Crédito *stand-by*, e, reitera-se, mesmo que o devedor garantido solicite ao garante a recusa, porquanto a obrigação por este assumida em virtude do contrato de garantia é uma obrigação própria que terá de cumprir sem poder, em princípio<sup>173</sup>, invocar as exceções decorrentes do contrato base<sup>174</sup>.

Não se verificando qualquer das hipóteses que legitimam a recusa da entrega da soma de garantia pelo garante<sup>175</sup>, tal recusa consubstanciará uma situação de incumprimento contratual, que o fará incorrer em responsabilidade civil contratual perante o beneficiário (cfr. arts. 798º e ss do CC), dando origem a uma obrigação de indemnização (cfr. arts. 562º e ss CC)<sup>176</sup>.

### 2.3.1. O momento da constituição em mora e a indemnização devida

Aqui chegados, cumpre agora determinar qual o concreto momento em que o garante se constitui em mora relativamente à obrigação de entrega da soma objeto da garantia e qual a indemnização devida pela “*mora debitoris*”.

Ora, segundo o disposto no nº 1 do art. 804º do CC, “*a simples mora constitui o devedor na obrigação de reparar os danos causados ao credor*”, determinando o nº 2 do mesmo preceito legal que “*o devedor considera-se constituído em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efetuada no tempo devido*”.

O art. 805º do CC consagra o momento da constituição em mora, prevendo, no respetivo nº 1, como princípio regra que “*o devedor só fica constituído em mora depois de ter sido judicial ou extrajudicialmente interpelado para cumprir*”, excecio-

<sup>172</sup> FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 178.

<sup>173</sup> As situações excecionais em que poderá fazê-lo serão objeto de análise *infra*, no Cap. III do presente estudo, para onde se remete.

<sup>174</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *A Garantia Autónoma*, cit., p. 627.

<sup>175</sup> Tais hipóteses de legítima recusa da entrega da soma de garantia serão abordadas *infra*, nos Caps. II e III do presente estudo, para onde se remete.

<sup>176</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 455. No mesmo sentido, cfr. o Acórdão do STJ datado de 01.07.2003, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

nando no nº 2 a afirmação da mora independentemente de interpelação ao cumprimento nos casos em que a obrigação tiver prazo certo, provier de facto ilícito ou se o próprio devedor impedir a interpelação (cfr. alíneas a), b) e c)).

Considerando a natureza recetícia da interpelação, poderia afirmar-se a possibilidade da constituição em mora a partir do momento em que é recebida a interpelação ou da mesma se tem conhecimento (cfr. art. 224º, nº 1 do CC)<sup>177</sup>. Neste sentido, no Acórdão do STJ de 30.10.2002<sup>178</sup>, foi expresso o entendimento segundo o qual a obrigação assumida pelo garante numa garantia automática se vence com a interpelação pelo beneficiário.

De acordo com MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES<sup>179</sup>, a contagem dos juros moratórios só pode ter lugar uma vez que se mostre decorrido um prazo razoável subsequente ao do momento da eficácia da interpelação, fundamentando a necessidade de tal prazo por três vias (as duas primeiras qualificadas pelo Autor como “vias civis” e a última como “via comercial”), seguidamente enunciadas:

- i) Numa primeira via, o Autor considera que a mera interpelação do beneficiário não constitui condição bastante para que possa afirmar-se a constituição da mora e a produção dos respetivos efeitos, porquanto é irrazoável exigir ao garante que cumpra de imediato, sendo certo que, mesmo inexistindo previsão legal ou contratual expressa, o princípio da boa fé sempre permitiria alicerçar a necessidade de o garante poder dispor de um prazo adequado para examinar a solicitação e avisar o ordenante.
- ii) Por outro lado, tendo por base o requisito da culpa do devedor consagrado como princípio geral no nº 2 do artigo 804º do CC, o Autor sublinha que pode não ser razoável exigir que o garante cumpra no dia imediatamente posterior ao da interpelação, mostrando-se, nessa hipótese, excluída a culpa do garante que cumpra mais tarde, mas ainda em prazo razoável. Excluída a culpa, soçobra a afirmação da mora do garante.

<sup>177</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre a mora do garante...*, cit., p. 29.

<sup>178</sup> Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>179</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre a mora do garante...*, cit., pp. 31-33.



iii) Por último, fazendo apelo à “*praxis*” bancária, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES destaca a existência de usos e práticas que conferem ao banco garante um tempo para analisar a solicitação do beneficiário e poder decidir-se pela entrega ou pela recusa da soma objeto da garantia.

Na esteira desta linha de pensamento, defendemos, tal como afirmado *supra*<sup>180</sup>, que o garante deve dispor de um prazo razoável para verificar a regularidade formal da solicitação do beneficiário, sendo certo que, se da análise realizada, resultar a conclusão da conformidade da mesma com os termos previamente acordados e previstos no contrato de garantia, deverá efetuar prontamente a entrega da soma de garantia. Decorrido aquele prazo sem que o garante efetue o pagamento ante uma solicitação conforme, deve entender-se que se constitui em mora<sup>181</sup>.

Por efeito da mora, o garante continua adstrito a efetuar a entrega da soma pecuniária previamente acordada, acrescida de juros de mora à taxa legal ou convencional.<sup>182</sup> Com efeito, tratando-se de uma obrigação pecuniária, a indemnização devida ao credor beneficiário corresponderá aos juros a contar do dia da constituição do devedor em mora, sendo devidos os juros legais, exceto se antes da mora for devido um juro mais elevado ou as partes tiverem convencionado um juro moratório diferente do legal – cfr. art. 806º, nºs 1 e 2 do CC.

A mora do garante segue o regime comum, podendo o beneficiário intentar uma ação de cumprimento e, em tal caso, a garantia autónoma valerá como título executivo contra o garante.

<sup>180</sup> Cfr. o ponto 2.2.1 do presente Capítulo.

<sup>181</sup> Segundo informa MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, em Acórdão datado de 21 de Novembro de 2002 – disponível em *CJ/STJ*, 2002, T. III –, o STJ considerou que, dado o lapso temporal decorrido entre o momento da interpelação (2-10-1996) e o do pagamento ao beneficiário da importância objeto da garantia (31-3-1999), “*a boa fé, que justificava algum tempo para o banco a fim de confirmar o incumprimento do devedor, já não poderia tolerar uma tão prolongada demora na informação e análise dos fundamentos e pressupostos do pedido do beneficiário*”, tendo condenado o Banco garante a pagar juros de mora a partir da data da interpelação. – cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre a mora do garante...*, cit., p. 20.

<sup>182</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, in op. cit., p. 143.

### 2.3.2. A garantia autónoma enquanto título executivo

Conforme dispõe o art. 45º, nº 1 do CPC<sup>183</sup>, “*toda a execução tem por base um título, pelo qual se determinam o fim e os limites da acção executiva*”. O título executivo constitui, assim, a base da execução, por ele se determinando o tipo de acção, o seu objeto (cfr. art. 45º, nº 2 do CPC)<sup>184</sup>, a legitimidade processual ativa e passiva (cfr. art. 55º do CPC)<sup>185</sup>, e em face do qual se verifica se estão preenchidos os requisitos da obrigação exequenda – a certeza, a liquidez e a exigibilidade (cfr. art. 802º do CPC)<sup>186-187</sup>.

Nos termos da alínea alínea c) do artigo 46º do CPC<sup>188</sup>, podem servir de base à execução “*os documentos particulares, assinados pelo devedor, que importem constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias, cujo montante seja determinado ou determinável por simples cálculo aritmético de acordo com as cláusulas dele constantes (...)*”. Ao abrigo desta norma, pode figurar como título executivo o contrato autónomo de garantia do qual conste a assunção pelo garante da

<sup>183</sup> Cfr. o correspondente art. 10º, nº 5 do NCPC.

<sup>184</sup> Cfr. o correspondente art. 10º, nº 6 do NCPC.

<sup>185</sup> Cfr. o correspondente art. 53º do NCPC.

<sup>186</sup> JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Executiva depois da Reforma*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 34-37.

<sup>187</sup> Cfr. o correspondente art. 713º do NCPC.

<sup>188</sup> No NCPC aboliu-se a referência aos documentos particulares enquanto títulos executivos, constando agora da alínea b) do art. 703º, nº 1, “*os documentos exarados ou autenticados, por notário ou por outras entidades ou profissionais com competência para tal, que importem constituição ou reconhecimento de qualquer obrigação*.” Parece, pois, que, à luz do NCPC, o contrato autónomo de garantia apenas poderá representar título executivo se constar de documento exarado ou autenticado, nos termos do aludido art. 703, nº1, al. b). De realçar, porém, quanto à aplicação no tempo deste novo regime, que, nos termos do art. 6º, nº 3 da Lei nº 41/2013, de 26 de Junho, “*O disposto no Código de Processo Civil, aprovado em anexo à presente lei, relativamente aos títulos executivos, às formas do processo executivo, ao requerimento executivo e à tramitação da fase introdutória só se aplica às execuções iniciadas após a sua entrada em vigor*”.

Relativamente aos contratos de garantia autónoma celebrados antes da entrada em vigor do NCPC, sublinhe-se a importância do Acórdão do Tribunal Constitucional nº 408/2015 – Processo nº 340/2015, publicado no Diário da República, 1.ª série, N.º 201 – 14 de outubro de 2015 –, que declarou, com força obrigatória geral, “*a inconstitucionalidade da norma que aplica o artigo 703.º do Código de Processo Civil, aprovado em anexo à Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, a documentos particulares emitidos em data anterior à sua entrada em vigor, então exequíveis por força do artigo 46.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Civil de 1961, constante dos artigos 703.º do Código de Processo Civil, e 6.º, n.º 3, da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, por violação do princípio da proteção da confiança (artigo 2.º da Constituição)*”.

obrigação de entregar ao beneficiário uma soma pecuniária pré-determinada ou determinável<sup>189</sup>.

Como informam PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, a jurisprudência portuguesa já se pronunciou no sentido da exigibilidade da junção com o contrato de garantia de cópia da carta de interpelação dirigida ao garante executado pelo beneficiário exequente para pagamento da quantia objeto da garantia, considerando que tais documentos (a carta da garantia e a carta de interpelação) constituem, em conjunto, o documento particular complexo que importa o reconhecimento pelo garante de uma obrigação pecuniária cabalmente determinada<sup>190</sup>, sendo certo, porém, que outras decisões judiciais consideraram como título executivo apenas o escrito particular que corporiza a garantia autónoma – que não necessariamente com a cláusula “à primeira solicitação”, sem qualquer exigência adicional de outro documento<sup>191</sup>.

Recentemente, algumas decisões dos Tribunais superiores<sup>192</sup> diferenciam a exequibilidade da garantia autónoma simples e da garantia autónoma “à primeira solicitação”, entendendo que, perante uma garantia autónoma automática, os documentos em que esta se encontre exarada permitem “*de per se*” fundar a execução. Porém, tratando-se de uma garantia autónoma simples, é exigida a prova complementar do título (cfr. art. 804º do CPC) relativamente aos factos que integram o pressuposto da excussão da garantia, *v.g.*, o incumprimento ou o cumprimento defeituoso das obrigações decorrentes da relação fundamental<sup>193</sup>.

<sup>189</sup> ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE referem que “*os instrumentos de garantia bancária emitidos pelos bancos com as assinaturas dos seus procuradores, pelos quais os bancos se responsabilizam a pagar às entidades beneficiárias, logo que solicitados, quantias em dinheiro até ao montante coberto pela garantia, são títulos executivos*”. – cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, in op. cit., p. 144

<sup>190</sup> Cfr. o Acórdão do TRP, de 13 de Outubro de 2000, disponível em *CJ*, 2000, T. IV, p. 214, referido por PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, in op. cit., p. 144.

<sup>191</sup> Cfr. o Acórdão do TRP, de 2 de Novembro de 2000, disponível em *CJ*, 2000, T. V, p. 177, citado por PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE in op. cit., p. 144, nota 346.

<sup>192</sup> Cfr. os Acórdãos do STJ datados de 13.04.2011 e 04.02.2010 e o Acórdão do TRL de 15.04.2010, todos disponíveis em *www.dgsi.pt*.

<sup>193</sup> Neste sentido, cfr. o recente Acórdão do STJ, de 22.05.2014, disponível em *www.dgsi.pt*, no qual pode ler-se: “*Resulta do exposto que a garantia dada à execução, sendo uma garantia autónoma, à primeira solicitação, constitui um título executivo, nos termos da alínea c) do artigo 46º do*

## CAPÍTULO II: AS EXCEÇÕES FUNDADAS NA RELAÇÃO DE EXECUÇÃO E AS EXCEÇÕES DIRETAS E PESSOAIS Oponíveis pelo GARANTE

No quadro da execução de uma garantia autónoma, assume importância nevrálgica a questão que se prende com a delimitação do conjunto das causas justificativas do não pagamento e as respetivas exceções que poderão ser opostas pelo garante para legitimar a recusa da entrega da soma objeto da garantia, assim desatendendo a solicitação do beneficiário.

Tratando-se de uma garantia autónoma “à primeira solicitação”, o problema assume particular delicadeza, pois o garante assumiu a obrigação de entregar a soma de garantia de forma automática logo que o beneficiário o solicite pela forma previamente acordada no contrato de garantia.

Salientando a importância de tal problemática, EVARISTO MENDES sublinha que *“de um adequado funcionamento do sistema neste ponto depende grandemente a eficácia do tipo de garantia em apreço e, ao mesmo tempo, um não desmesurado sacrifício dos interesses do ordenador da mesma e do próprio emitente”*<sup>194</sup>.

Com efeito, não será despidendo recordar a importância que a garantia autónoma – sobretudo na modalidade automática, alvo da predileção dos operadores económicos – reveste enquanto instrumento dinamizador das trocas comerciais, impulsionando assim a atividade económica. Tal aptidão é-lhe conferida pelas características que a distinguem das demais garantias especiais das obrigações – a autonomia e a automaticidade (esta meramente eventual) – razão pela qual o regime das exceções que legitimam a paralisação do funcionamento da garantia autónoma terá de ser necessariamente restrito, sob pena de, de outra forma, se conduzir ao enfraquecimento da figura, aniquilando as vantagens que propicia<sup>195</sup>.

*CPC, na redacção anterior à Lei n.º 41/2013. Ainda que, por mera hipótese, estivéssemos perante uma garantia bancária autónoma simples, isso não obstará à sua execução, pois o artigo 804º, n.º 1 do CPC, na redacção anterior à Lei 41/2013, admite a acção executiva quando a obrigação esteja dependente de condição suspensiva, contanto que o exequente prove documentalmente perante o Agente de Execução que a condição se verificou ou se efectuou.”*

<sup>194</sup> EVARISTO MENDES, in op. cit., pp. 464-465.

<sup>195</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *A Garantia Autónoma*, cit., p. 79.

Considerando a insensibilidade da garantia autónoma relativamente às vicissitudes do contrato base – independência que deve ser respeitada sob pena de desvirtuar a “*ratio*” da garantia –, por regra, perante a interpelação do beneficiário, será vedada ao garante a oponibilidade das exceções emergentes da relação entre credor beneficiário e devedor garantido, o mesmo sucedendo relativamente a eventuais exceções pessoais do garante mandatário em relação ao dador da ordem seu mandante, fundadas na relação de mandato. Tais resultados são decorrências necessárias do respeito pela autonomia que caracteriza a figura em análise.

Diferentemente, no que concerne às relações ente garante e credor beneficiário, ou seja, à relação jurídica de atribuição, materializada na concessão da garantia, o princípio regra não poderá deixar de ser o da oponibilidade das exceções daí emergentes. Como refere BONELLI<sup>196</sup>, ainda que no contrato de garantia conste uma renúncia genérica à oposição de exceções, assumindo o garante uma obrigação de pagamento “sem qualquer exceção”, tal renúncia – de carácter amplo e genérico – reporta-se apenas às exceções derivadas da relação fundamental, e já não às que decorram dos termos do contrato de garantia.

Vejamos de seguida algumas das hipóteses típicas que a doutrina refere como exceções decorrentes do contrato de garantia, e de outras relações entre garante e beneficiário, que, como tal, legitimam a recusa da entrega da soma de garantia.

## 1. A irregularidade da interpelação

Tal como salienta GALVÃO TELLES, “*o banco só tem de pagar o que consta do título de garantia e em harmonia com o teor respectivo*”<sup>197</sup>, a significar que a garantia apenas poderá ser invocada pelo beneficiário em conformidade com os seus próprios termos.

Por assim ser, sempre que a interpelação do beneficiário se apresente desconforme com os termos constantes do contrato de garantia, o garante poderá recusar, legitimamente, o pagamento solicitado. No entanto, conforme salientam ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO, não se devem “*sacralizar*” as

<sup>196</sup> FRANCO BONELLI, in op. cit., pp. 85-86.

<sup>197</sup> GALVÃO TELLES, in op. cit., p. 289.

fórmulas, inviabilizando a entrega da soma de garantia apenas porque o beneficiário, aquando da solicitação, “*não usou esta ou aquela palavra*”<sup>198</sup>.

A irregularidade da interpelação poderá decorrer, desde logo, de divergências relativamente ao clausulado da garantia. De entre as denominadas “exceções literais”, a doutrina<sup>199</sup> destaca: as hipóteses decorrentes do facto de a interpelação não revestir a forma exigida (v.g. a forma escrita); a falta de apresentação, pelo beneficiário, de uma declaração expressa exigida segundo o texto da garantia; a falta de indicação dos concretos motivos que determinam a execução da garantia, sendo tal indicação exigida pelo texto da garantia<sup>200</sup>; e, ainda, a falta de apresentação de documento exigido pelo texto da garantia e que constitua condição “*sine qua non*” da respetiva execução<sup>201</sup>.

Por outro lado, se o beneficiário reclama a entrega de um montante diferente daquele que é devido, desconsiderando, por exemplo, pagamentos parciais realizados, ou solicitando um montante superior ao previsto no contrato de garantia, também em tais hipóteses a interpelação enferma de irregularidade, que poderá ser validamente invocada pelo garante para recusar o pagamento nos termos solicitados<sup>202</sup>.

MÓNICA JARDIM destaca ainda que a interpelação do beneficiário deverá ser dirigida ao Banco, filial ou sucursal, identificados no contrato de garantia, salientando que o pedido de entrega feito a outra filial ou sucursal do Banco não será válido, e que, pese embora deva ser reencaminhado para a filial ou sucursal identificada no contrato, como a data de tomada de conhecimento que releva é a do conhecimento da sucursal indicada no contrato, se a solicitação for efetuada dentro do período de vigência da garantia mas só chegar ao

<sup>198</sup> M. J. ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, in op. cit., p. 29.

<sup>199</sup> MANUEL CASTELO BRANCO, in op. cit., p. 79; FRANCO BONELLI, in op. cit., pp. 78-83; JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 449.

<sup>200</sup> Será o caso das garantias autónomas motivadas, nas quais é exigida a declaração pelo beneficiário, aquando da solicitação, de que ocorreu o evento que preenche o caso de garantia material, ou a indicação dos motivos concretos que justificam a excussão da garantia.

<sup>201</sup> Nas garantias autónomas com justificação documental, a solicitação deve ser acompanhada de determinados documentos provenientes de um terceiro (o devedor ou um terceiro, que poderá ser, por exemplo, um perito).

<sup>202</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contratos em Especial*, 2ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996, p. 346; JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 449.

conhecimento da filial ou sucursal obrigada depois desse prazo, esta poderá recusar a entrega da soma objeto da garantia<sup>203</sup>.

A Autora inclui no conjunto das exceções decorrentes da irregularidade da interpelação do beneficiário em face dos termos da garantia a hipótese de não ter sido celebrado o contrato base em função do qual a garantia foi emitida, sublinhando que, apesar da autonomia do contrato de garantia relativamente ao contrato base, *“este é a sua fonte e a é a sua condição do ponto de vista económico, sendo nele que a garantia encontra o sentido da sua existência”*<sup>204</sup>. Deste modo, MÓNICA JARDIM defende que, se o beneficiário solicitar a entrega da soma de garantia sem que tenha sido celebrado o contrato base, o garante poderá resolver o contrato de garantia com fundamento na alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, *“uma vez que a manutenção do contrato afecta gravemente os princípios da boa fé e não está abrangida pela álea própria do contrato”*<sup>205</sup>. No mesmo sentido, SIMÕES PATRÍCIO considera que a inexistência do contrato base legitima a recusa de pagamento por parte do garante, por configurar nulidade da garantia<sup>206</sup>. A este propósito, no Acórdão do STJ de 22.03.2007<sup>207</sup> entendeu-se que, sendo a garantia autónoma constituída para obrigações futuras, considera-se sujeita à obrigação suspensiva de a relação a garantir vir a ser efetivamente celebrada, encontrando-se, como tal, na dependência da sua concretização, de tal forma que, não o sendo, a garantia não produzirá quaisquer efeitos, em harmonia com o preceituado no art. 270º do CC.

Por último, e ainda no quadro da problemática relativa à necessária conformidade da interpelação com os termos do contrato de garantia, cumpre referir a admissibilidade da modificação do teor deste último contrato por mútuo consentimento entre garante e beneficiário<sup>208</sup>, conquanto não seja fixada qualquer condição mais gravosa para o devedor garantido, para cuja esfera jurídica não poderá resultar qualquer agravamento<sup>209</sup>.

<sup>203</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 249, nota 409.

<sup>204</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 275-276.

<sup>205</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 277.

<sup>206</sup> JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, in op. cit., p. 707.

<sup>207</sup> Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>208</sup> A este propósito, cfr. o art. 11º das novas URDG 758, com a epígrafe “Amendments”.

<sup>209</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, in op. cit., pp. 140-141.

No recente Acórdão do STJ datado de 05.07.2012<sup>210</sup> admitiu-se a hipótese de alteração do contrato de garantia sem a intervenção do garante, se daí resultarem condições menos gravosas para este, podendo ler-se no respetivo sumário: *“Acordada e prestada uma garantia bancária on first demand, nada obsta a que, mediante acordo posterior, seja modificada a sua natureza, passando a mesma a ser exigível apenas quando se mostrem satisfeitas determinadas condições não previstas no contrato base. Desde que as condições estabelecidas sejam menos gravosas para o garante dos que a inicialmente estipuladas, a modificação pode resultar do acordo entre o credor e o devedor, sem intervenção do banco garante.”*

### 1.1. A hipótese da cessão do crédito de garantia

Como vimos, a solicitação da soma objeto da garantia deve respeitar os termos do contrato de garantia, nos quais se inclui, naturalmente, a própria pessoa do respetivo beneficiário.

Neste âmbito, a doutrina salienta que a interpelação tem de ser feita pelo beneficiário indicado no contrato autónomo de garantia, ou pelos seus órgãos, representantes ou mandatários, desde que façam prova dos necessários poderes de representação para efetuar tal pedido<sup>211</sup>.

Apesar de a doutrina estatuir como princípio regra decorrente da autonomia a inoponibilidade das exceções derivadas da relação entre credor beneficiário e devedor garantido, MÓNICA JARDIM perfilha o entendimento segundo o qual o garante poderá recusar, em certos casos, a entrega da soma de garantia através da alegação de exceções do próprio contrato de garantia reportadas a factos atinentes ao contrato base<sup>212</sup>.

<sup>210</sup> Disponível em *www.dgsi.pt*.

<sup>211</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 247.

<sup>212</sup> Para além das exceções que serão objeto de análise neste ponto, a Autora inclui ainda no conjunto das exceções oponíveis pelo garante decorrentes do contrato de garantia, mas com fundamento em factos da relação subjacente, a hipótese de o contrato base ser contrário à ordem pública ou aos bons costumes; o caso de o garante se encontrar no momento da solicitação na posse de prova líquida da fraude ou do abuso de direito do beneficiário; e a hipótese de alteração do contrato base, sem consulta do garante, que implique um agravamento substancial dos riscos por este assumidos. – cfr. MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 277-279.



Assim, a Autora entende que será legítima a recusa do garante se a interpelação ao pagamento for feita por um sujeito diverso daquele que surge indicado como beneficiário no contrato que se arrogue a qualidade de cessionário do direito de garantia, conquanto não seja prevista expressamente no clausulado do contrato autónomo de garantia a possibilidade de o beneficiário ceder o seu direito face ao garante<sup>213</sup>. E, por outro lado, ainda que a garantia preveja de forma expressa a possibilidade de cessão do direito do beneficiário, MÓNICA JARDIM considera que o garante poderá legitimamente recusar a entrega da soma de garantia ao novo beneficiário da garantia se a cessão do crédito de garantia não for acompanhada da cessão do direito de crédito derivado do contrato base<sup>214</sup>.

Deste modo, a Autora nega a possibilidade de cessão do direito de garantia quando não haja cessão do direito de crédito garantido<sup>215</sup>. De forma a assegurar o equilíbrio de interesses *ab initio* acordado entre as partes, e considerando a natureza ressarcitória da obrigação de garantia assumida pelo garante – que se responsabiliza pelo risco do incumprimento do devedor garantido, operando a soma de garantia uma função indemnizatória relativamente aos danos decorrentes de tal inadimplemento (a denominada “liquidação prévia do dano”) –, MÓNICA JARDIM defende que só deve ter legitimidade para executar a garantia aquele que esteja colocado na posição de poder sofrer danos decorrentes do não cumprimento do contrato base, pelo que “*titular do direito de garantia só pode ser o credor do contrato base*”<sup>216</sup>. Por isso, conclui que, nascendo o direito de garantia para reforçar determinado crédito, não pode ser transferido “*sem quebra do nexó teleológico essencial que o prende àquele vínculo creditício*”<sup>217</sup>, pois “*a sua causa impõe a coincidência no mesmo sujeito da posição de beneficiário e de credor do contrato base*”<sup>218</sup>.

Em sentido idêntico, PORTALE considera que o garante só está vinculado a efetuar a prestação a favor de outro sujeito que não o beneficiário originário, se esse outro sujeito tiver adquirido igualmente o crédito emergente do contrato

<sup>213</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 277.

<sup>214</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 277.

<sup>215</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 145-147.

<sup>216</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 146.

<sup>217</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 146.

<sup>218</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 277.

base, sendo em todo o caso indispensável que o garante, mediante proposta do beneficiário originário cedente, o aceite como novo titular da garantia<sup>219</sup>.

Idéia reforçada por JORGE DUARTE PINHEIRO, ao salientar que a pessoa do beneficiário não é de todo indiferente, desde logo porque a mera palavra do mesmo despoletará o pagamento da garantia<sup>220</sup>. O Autor considera como necessária a coincidência no mesmo sujeito da posição de beneficiário da garantia e de credor do contrato base, referindo que o automatismo do funcionamento da garantia (“à primeira solicitação”) pressupõe que, quando o beneficiário solicita o pagamento, alegando o incumprimento do devedor garantido, se presume que diz a verdade, que *“fala do que sabe”*<sup>221</sup>.

Este Autor informa que a doutrina alemã dominante advoga entendimento diverso, configurando como livremente cedível o crédito do beneficiário emergente do contrato de garantia, com base no argumento de que à Banca seria de todo indiferente a pessoa do beneficiário, pois, na maior parte das vezes, o contrato de garantia é celebrado entre sujeitos que não tiveram antes quaisquer relações e que só se conheceram através do dador da ordem, pelo que inexistente qualquer relação *intuitus personae* identificável no contrato de garantia que justifique que o garante só esteja interessado em prestar a garantia a favor de um determinado beneficiário e não de qualquer outro<sup>222</sup>.

Entre nós, PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE consideram que valem, neste âmbito, as regras da cessão de créditos previstas nos arts. 577º e ss do CC, das quais afirmam resultar que, a menos que a garantia disponha em sentido diverso, o beneficiário poderá livremente transmitir o direito emergente da garantia, dispensando-se a anuência quer do devedor garantido quer mesmo do próprio garante, até porque – referem os Autores – *“atenta a autonomia da garantia autónoma, não há sequer a ter em conta os limites à cessão das garantias, como o constante do artigo 727º, nº 1 do Código Civil, a propósito da hipoteca”*<sup>223</sup>. Estes Autores defendem, inclusivamente, que, excetuando convenção em contrário, nada obsta a que a cessão do crédito não seja

<sup>219</sup> PORTALE, “Nuovi Sviluppi del contratto autonomo di garanzia”, *BBTC*, 1985, I, pp. 181-182.

<sup>220</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 452.

<sup>221</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 451.

<sup>222</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 450. No mesmo sentido, cfr. FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 184.

<sup>223</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, in op. cit., pp. 141-142.

acompanhada da transmissão da garantia, atento o disposto no artigo 582º, nº 1 do CC, hipótese em que o credor inicial cede o seu crédito a terceiro garantindo a solvência do devedor nos termos do artigo 587º, nº 2 do CC e, por isso, não lhe transmite a garantia de que é beneficiário, que fará valer na eventualidade de o devedor não cumprir a obrigação perante o cessionário<sup>224</sup>.

ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, na esteira de BERTRAMS, distingue, na análise da hipótese da cessão da garantia autónoma, entre dois direitos que a garantia faz surgir na titularidade do beneficiário: o direito ao montante que poderá ou deverá ser pago ao abrigo da garantia e o direito de chamar a garantia<sup>225</sup>. Segundo o Autor, o primeiro é configurado como um direito de crédito futuro, condicionando à solicitação da garantia, sendo entendido como cedível, ainda que o contrato autónomo de garantia o não preveja expressamente. O segundo é qualificado como um direito potestativo de acionar a garantia por meio do qual o primeiro se torna efetivo – sendo designado por BERTRAMS pela expressão “*transfer of the guarantee*” (transmissão da garantia) –, mas cuja cessão não é de admitir, a menos que o contrato de garantia a autorize, pois daí decorre um substancial aumento do risco de chamamento indevido da garantia<sup>226</sup>.

<sup>224</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, in op. cit., p. 142, nota 342.

<sup>225</sup> ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, in op. cit., pp. 122 e ss.

<sup>226</sup> ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, in op. cit., pp. 123-124.

Nesta ordem de ideias, na ausência de estipulação expressa, a regra seria a transmissibilidade do crédito decorrente da garantia e a intransmissibilidade do direito de acionar a garantia. A garantia em si mesma considerada, em princípio, não se transmitiria. O que seria suscetível de transmissão seria o crédito futuro dela emergente no caso de ser acionada. Por assim ser, para efetuar uma solicitação de pagamento junto do garante, o transmissário deste crédito futuro necessitaria, naturalmente, da cooperação do beneficiário originário cedente, pois só este poderia efetuar o chamamento do montante exigível ao abrigo do contrato autónomo de garantia. Para contornar tal dificuldade, na prática, o cessionário do crédito decorrente da garantia obteria uma procuração irrevogável para, em nome do cedente, poder efetuar a interpelação.

ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO considera que a garantia autónoma encontra acolhimento no conceito de “garantias” constante do art. 582, nº1 do CC e que, como tal, a transmissão do crédito decorrente da garantia bancária autónoma deve ter-se por compreendido no termo “garantias” constante do art. 582º, nº 1 do CC. Por isso, o Autor defende que o crédito decorrente da garantia autónoma acompanha a cessão do crédito garantido, sendo transmitido como crédito futuro, que se ativará se e quando a garantia for acionada ou chamada, sendo certo que, como referido supra, se não for transmitido o direito potestativo de efetuar a solicitação da garantia, o cessionário estará para tal dependente do cedente que permanece

Na Convenção da Nações Unidas sobre Garantias Independentes e Letras de Crédito *stand-by* é feita a distinção entre a transferência do direito do beneficiário de solicitar o pagamento (art. 9<sup>o227</sup>) – que tem de ser autorizada pela garantia e consentida pelo garante – e a cessão da soma objeto da garantia (art. 10<sup>o228</sup>) – hipótese admitida, excetuando previsão contratual contrária, devendo ser notificada ao garante.

Por seu turno, as recentes URDG 758 da CCI, preveem, no respetivo art. 33<sup>o</sup>, quer a hipótese de transmissão da garantia, quer a hipótese de cessão do respetivo produto, dispondo que uma garantia é transmissível apenas se o indicar, em cujo caso pode transferir-se mais de uma vez pelo total da quantia disponível nesse momento (ponto a.), e que, ainda que a garantia preveja especificamente a sua transmissibilidade, o garante não está obrigado a transferi-la (ponto b.). Apenas o garante poderá transmitir a garantia a um novo beneficiário a pedido do atual beneficiário (ponto c.), exigindo-se para tal transmissão que o cedente apresente ao garante uma declaração assinada indicando que o novo beneficiário adquiriu todos os direitos e obrigações emergentes da relação subjacente (ponto d.). Os gastos da transferência serão por conta do transmitente, a menos que se convencie de outra forma quando

como beneficiário da garantia. Considera ainda o Autor que, face ao art. 582<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 1 do CC, nada obriga a que a transmissão do crédito decorrente da garantia (que, por força daquele preceito legal, acompanha a cessão do crédito garantido) seja objeto de uma notificação específica ao devedor – garante. No seu entendimento, o que tem de ser (*ex vi* do artigo 583<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 1 do CC) especificamente notificado ao respetivo devedor é a cessão do crédito principal (garantido). Quanto às garantias e outros acessórios do direito transmitido, esses acompanham, por força da lei (art. 582<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 1 do CC) o crédito principal. – cfr. ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, in op. cit., pp. 128-134.

<sup>227</sup> “Article 9 – Transfer of beneficiary’s right to demand payment: (1) The beneficiary’s right to demand payment may be transferred only if authorized in the undertaking, and only to the extent and in the manner authorized in the undertaking; (2) If an undertaking is designated as transferable without specifying whether or not the consent of the guarantor/issuer or another authorized person is required for the actual transfer, neither the guarantor/issuer nor any other authorized person is obliged to effect the transfer except to the extent and in the manner expressly consented to by it.”

<sup>228</sup> “Article 1 – Assignment of proceeds: (1) Unless otherwise stipulated in the undertaking or elsewhere agreed by the guarantor/issuer and the beneficiary, the beneficiary may assign to another person any proceeds to which it may be, or may become, entitled under the undertaking. (2) If the guarantor/issuer or another person obliged to effect payment has received a notice originating from the beneficiary, in a form referred to in paragraph (2) of article 7, of the beneficiary’s irrevocable assignment, payment to the assignee discharges the obligor, to the extent of its payment, from its liability under the undertaking.”

da transmissão (ponto e.), e, uma vez transmitida a garantia, a interpelação deve ser assinada pelo novo beneficiário (ponto f). O ponto g. admite a hipótese de cessão do crédito de garantia, ressalvando, porém, que o garante não estará obrigado a pagar ao cessionário se o não tiver aceite.

Quanto a nós, sufragamos o entendimento de MÓNICA JARDIM, considerando que o garante pode recusar a entrega da soma objeto da garantia sempre que ocorra a cessão do crédito derivado do contrato base desacompanhado da cessão do direito de garantia por falta de consentimento do garante, com a conseqüente extinção da garantia. Assim, sendo indispensável o consentimento do garante para a cessão do direito de garantia, este não logrará transmitir-se automaticamente com a transmissão do direito de crédito fundado no contrato base. E se o garante não for chamado a anuir na cedência da garantia, após a audição do devedor garantido, esta extinguir-se-á, a menos que tal possibilidade decorra expressamente do clausulado da garantia<sup>229</sup>. Pondera-se, desta forma, o risco acrescido que resulta da cessão da garantia em face do garante e, sobretudo, do devedor garantido, que deixaria de ter uma ação de repetição do indevido contra o beneficiário, fundamentada no incumprimento do contrato base, uma vez que quem efetuar a interpelação já não seria parte neste contrato<sup>230</sup>. Admite-se, porém, a cessão do direito de crédito emergente da garantia (*rectius*, o direito a receber a soma pecuniária que resultará da excussão da garantia), enquanto crédito futuro, sujeito à condição suspensiva da eventual futura interpelação, pois a legitimidade para acionar a garantia permanece na titularidade do beneficiário que, continuando a ser o credor do contrato base, verá repercutir sobre a respetiva esfera jurídica os danos resultantes do incumprimento e assim adquirirá o direito à entrega da soma de garantia, direito esse que tornará efetivo pela solicitação e posteriormente transmitirá ao cessionário<sup>231</sup>.

Por último, e porque ainda conxionada com esta problemática, não poderemos deixar de fazer referência à relevante questão de saber se, no caso de cessão da posição contratual do devedor no contrato principal (cfr. arts. 424<sup>o</sup> e ss CC), tal determina ou não a cessão da posição de dador da ordem face ao

<sup>229</sup> MÓNICA JARDIM, , in op. cit., p. 279.

<sup>230</sup> ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, in op. cit., pp. 123-124.

<sup>231</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 146-147.

garante ou, ao invés, se acarreta a extinção da garantia. A doutrina é unânime em entender que, com a cessão da posição contratual de devedor no contrato base não se cede necessariamente, nem por efeito da lei, a posição de ordenador, pois reconhece-se que a alteração da pessoa do dador da ordem numa garantia já prestada pode ocasionar um grave risco para o garante<sup>232</sup>, que terá de ser por este apreciado<sup>233</sup>.

Conclui-se, portanto, na esteira do entendimento maioritário, que, com a cessão da posição contratual de devedor no contrato base, extingue-se a garantia prestada, a menos o garante nesta consinta<sup>234</sup>. Com efeito, em face da aplicação analógica do regime estabelecido em sede de assunção de dívida, previsto no art. 599º, nº 2 do CC, a manutenção das garantias prestadas por terceiros exige o consentimento de quem as preste, sob pena de extinção.<sup>235</sup> A jurisprudência portuguesa tem perfilhado idêntico entendimento, como resulta da análise de vários Acórdãos recentes dos nossos Tribunais superiores, citando-se, a título de exemplo, os Acórdãos do STJ datados de 04.02.2010 e de 27.05.2010<sup>236</sup>.

<sup>232</sup> Como expressamente referido no Acórdão do STJ de 04.02.2010, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), “A cessão da posição contratual do devedor/dador da ordem pode acarretar para o garante uma alteração radical das razões porque assumiu a garantia. Até podia dar-se o caso, se não se extinguissem as garantias, de surgir um primeiro devedor solvente que legitimasse a entidade garante a ir para as garantias e este cedesse, depois, a sua posição, colocando aquela numa situação de vulnerabilidade que não tivera em conta.”

<sup>233</sup> FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 185; MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 279.

<sup>234</sup> VASSEUR considera que a cessão do contrato base, quer seja do lado do beneficiário ou do lado do dador da ordem, desobriga o garante. A garantia vale somente para o negócio base nela mencionado, não podendo ser afetado o negócio com diferente conteúdo ou com outros sujeitos. – *apud* JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 445.

Em sentido diverso, no Acórdão do STJ de 04.02.2010 foi decidido que “a cessão da posição contratual do beneficiário das garantias a terceiro, em que ficou reservado para o cedente o direito a continuar a exigir do devedor do contrato-base a satisfação do seu crédito e em que foi apenas este mesmo crédito que constituiu o objecto da cedência, não determina a extinção das garantias autónomas.”

<sup>235</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 279; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 405.

<sup>236</sup> Ambos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

## 1.2. As alterações ao contrato base

À partida, parece resultar do carácter independente da garantia autónoma que a obrigação do garante não será afetada por eventuais modificações introduzidas no contrato base.

Sublinhando o carácter autónomo da garantia, PORTALE rejeita que as modificações do contrato base possam repercutir-se na obrigação assumida pelo garante, excetuando se o contrato autónomo de garantia prever expressamente essa atendibilidade<sup>237</sup>.

Todavia, a doutrina maioritária, embora considerando que, em princípio, as alterações do contrato base não determinam a alteração dos termos da garantia autónoma, reconhece que o garante não deverá permanecer vinculado se ocorrer uma modificação do contrato base que determine um agravamento substancial dos riscos assumidos no compromisso de garantia, se para tal não tiver sido consultado<sup>238</sup>.

Assim, devem considerar-se inoponíveis ao garante as modificações do contrato base relativamente às quais não tenha sido informado e/ou não haja prestado o seu consentimento, o qual se tem por indispensável para a alteração das condições do contrato de garantia, *maxime* quanto aos pressupostos da respetiva excussão<sup>239</sup>. Com efeito, tal como salienta FÁTIMA GOMES, o garante, tendo assumido a responsabilidade pela produção de um determinado resultado, com base em determinados pressupostos, não pode ver esses pressupostos serem modificados ou acrescentados sem poder manifestar a sua posição concordante ou discordante, sob pena de resultar ferida a autonomia da garantia em análise, porquanto “*o que estaria em causa seria a alteração dos pressupostos de funcionamento da garantia relativos ao resultado garantido*”<sup>240</sup>. Em sentido concordante, JORGE DUARTE PINHEIRO advoga que “*a modificação substancial do contrato base extingue a garantia, emitida que foi para uma determinada regulamentação contratual e não para uma qualquer regulamentação nascida a propósito de certo contrato*”<sup>241</sup>.

<sup>237</sup> PORTALE, “Le garanzie...”, cit., pp. 13-14.

<sup>238</sup> FÁTIMA GOMES, in op. cit., pp. 161-162; MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 117-119 e p. 279.

<sup>239</sup> FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 161; JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 446; MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 119.

<sup>240</sup> FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 162.

<sup>241</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 452.

Ainda a este propósito, como advertem PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, sobrevindas dificuldades de cumprimento por parte do devedor garantido, ou até mesmo a sua insolvência<sup>242</sup>, não representarão uma alteração anormal das circunstâncias pressupostas pelo garante e pelo credor beneficiário na decisão de celebrar o contrato autónomo de garantia, sendo, como tal, insuscetíveis de legitimar a recusa da entrega da soma objeto da garantia<sup>243</sup>. Do carácter autónomo da obrigação de garantia face ao contrato de mandato, celebrado entre devedor garantido e garante, resulta, desde logo, que este terá de honrar o compromisso assumido perante o credor beneficiário ainda que se perspetive difícil ou inviável a efetivação da obrigação de reembolso pelo devedor seu mandante, designadamente em face da declaração de insolvência do mesmo<sup>244</sup>.

## 2. A invalidade do contrato autónomo de garantia

Reconhecendo que o garante apenas estará vinculado perante o beneficiário se a obrigação de garantia emergir de um contrato autónomo constituído validamente, a doutrina considera como legítima a recusa da entrega da soma objeto da garantia na hipótese de invalidade deste contrato decorrente, a título de exemplo, da incapacidade ou da falta de representação de quem subscreve a garantia, da indeterminabilidade do objeto, ou do erro na pessoa do declaratário<sup>245</sup>.

Neste âmbito, serão, pois, invocáveis pelo garante todas as causas gerais de invalidade dos negócios jurídicos que determinem a nulidade ou a anulabilidade do contrato de garantia, de onde decorrerão como consequências

<sup>242</sup> Sobre o regime insolvencial, à luz da aplicação do CIRE, no contexto da execução da garantia autónoma, cfr. PESTANA DE VASCONCELOS, *A Garantia Autónoma*, cit., pp. 632-633. Abordando a problemática da falência do devedor garantido, no quadro de aplicação do CPEREF, vide MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., pp. 359 e ss.

<sup>243</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, in op. cit., p.141.

<sup>244</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 147; PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, in op. cit., p.141.

<sup>245</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 275; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contratos em Especial*, cit., p. 346; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., p. 347; FRANCO BONELLI, in op. cit., pp. 86-87.



necessárias a inexistência da obrigação do garante e a licitude da recusa do pagamento.

### 3. A caducidade da obrigação de garantia

Sendo pacífico que a garantia apenas poderá ser executada de harmonia e no estrito respeito pelos precisos termos previstos no seu clausulado, a interpelação pelo beneficiário terá de conter-se dentro do período de vigência previsto, pelo que não poderá ser efetuada fora do limite temporal de vinculação do garante.

Assim, se a obrigação de garantia estiver sujeita a um termo inicial, a condição suspensiva, ou se a sua exigibilidade for definida em função da exigibilidade da obrigação do devedor garantido no âmbito do contrato base, antes desse momento não poderá ser solicitado o pagamento<sup>246</sup>.

Do mesmo modo, a garantia só poderá ser executada pelo beneficiário até à verificação do termo final da vigência da mesma, termo esse que poderá ser fixado no contrato autónomo de garantia por referência a uma data, a um evento ou, até mesmo, a um evento a ocorrer até determinada data<sup>247</sup>.

A verificação do termo final da vigência da garantia constitui, pois, fundamento legítimo para a recusa da entrega da soma pecuniária pelo garante, que assim poderá desatender a pretensão do beneficiário através da oposição da exceção de caducidade da garantia.

<sup>246</sup> MIGUEL BASTOS, *A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma “on first demand”*, in Estudos em Honra do Professor Doutor Sérvulo Correia, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 537.

<sup>247</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 108.

FÁTIMA GOMES informa que as garantias internacionais tendem a ter uma duração temporal indeterminada coincidente com a duração do contrato principal em função do qual foram prestadas, exceto se no contrato de garantia vier estabelecido um prazo de validade determinado, caso em que será este o prazo dentro do qual a mesma terá de ser executada. – cfr. FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 161.

MANUEL CASTELO BRANCO informa que têm surgido casos de dificuldade de interpretação do termo final aposto na garantia. Tais dificuldades emergem sempre que a lei do país do beneficiário negue valor a uma limitação temporal ao prazo de validade da garantia (casos da Índia, Brasil e Tailândia), consinta ao beneficiário uma prorrogação unilateral do prazo (casos do Irão e da Líbia) ou imponha prazos de prescrição legal inferiores ao prazo da garantia (casos da Turquia e da Grécia). – cfr. MANUEL CASTELO BRANCO, in op. cit., p. 78.

A este propósito, MÓNICA JARDIM salienta que não só a interpelação deverá ser efetuada pelo beneficiário antes do fim do prazo de vigência da garantia, como também deverá chegar ao conhecimento do garante antes do fim de tal prazo, de nada servindo ao beneficiário que faça a interpelação após a data da expiração da garantia argumentar que os factos que estiveram na base da solicitação ocorreram antes do fim de tal prazo, podendo, neste caso, o garante recusar a entrega da soma de garantia<sup>248</sup>. Daqui resulta que os riscos de delongas na transmissão, *v.g.* por via postal, da interpelação ficarão a cargo do beneficiário<sup>249</sup>.

Já P. ROMANO MARTINEZ e P. FUZETA DA PONTE propugnam um entendimento algo diverso, assente na distinção entre três momentos temporais no âmbito da execução da garantia, quais sejam: o período de vigência da mesma, o momento da constituição do direito do beneficiário em face da verificação do evento que constitui o seu pressuposto e o momento da interpelação<sup>250</sup>. Estes Autores defendem que a caducidade da garantia pelo decurso do respetivo prazo de vigência não implica necessariamente a extinção da obrigação do garante, que subsistirá, por exemplo, na hipótese de o direito do beneficiário ter nascido ainda no período de vigência da mesma, sendo, porém, a interpelação apenas efetuada após o decurso do prazo de caducidade da garantia<sup>251</sup>. De acordo com o entendimento propugnado pelos Autores, a menos que se preveja no contrato autónomo de garantia a coincidência entre a data de expiração da garantia e a data limite para que o beneficiário efetue a interpelação independentemente da data da ocorrência do facto que legitima o acionamento da garantia, o garante não poderá invocar a exceção de caducidade da garantia sem antes facultar ao beneficiário, mesmo após o decurso do prazo de vigência da mesma, a realização da interpelação, conferindo-lhe para tal um prazo razoável – cuja duração deverá ser fixada proporcionalmente à duração da garantia –, sendo porém de exigir que este

<sup>248</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 108-109, nota 179 e p. 275.

<sup>249</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., loc. cit.

<sup>250</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, in op. cit., p. 153.

<sup>251</sup> De forma a evitar eventuais querelas em tais situações, estes Autores sugerem que no contrato autónomo de garantia se preveja, para além da data de expiração da mesma, um período adicional para ser deduzida a interpelação do garante. – cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, in op. cit., pp. 151-152.

prove que só teve conhecimento do pressuposto da excussão da garantia em momento posterior ao termo final da mesma<sup>252</sup>.

*Quid iuris*, se o texto da garantia não prevê o termo final da respetiva vigência?

Nos termos do teor conjugado dos arts. 4º, 14º, 15º e 25º das URDG 758, a interpelação pode ser efetuada desde o momento da emissão da garantia, ou a partir de momento posterior nesta expressamente previsto, e até ao vencimento da mesma, sendo certo que, se não constar do contrato de garantia a data da respetiva expiração, a garantia extinguir-se-á decorridos três anos sobre a sua emissão.

A Convenção da Nações Unidas sobre Garantias Independentes e Letras de Crédito *stand-by* dispõe em sentido idêntico nos respetivos arts. 7º, 3, 11º, 1, d), e 12º, prevendo-se, porém, na alínea c) do art. 12º que, nada sendo convencionado acerca da duração da garantia, esta extinguir-se-á decorridos seis anos sobre a data da sua emissão.

MÓNICA JARDIM considera que, nos casos em que nada tenha sido convencionado relativamente à duração da garantia, não poderá entender-se que ao beneficiário assista o direito de exigir a todo o tempo o cumprimento da obrigação de entrega da soma objeto da garantia, mostrando-se inaplicável “*in casu*” o disposto no art. 777º, nº 1 do CC, nem que o garante, por seu turno, seja titular de um direito de denúncia geralmente associado a contratos de duração indeterminada<sup>253</sup>. Neste mesmo sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO defende que, tal como ao fiador de uma obrigação principal sem termo (cfr. art. 648º do CC), também ao garante autónomo será vedada a possibilidade de denunciar a garantia, assistindo-lhe somente o direito de exigir que o devedor garantido lhe preste, substitua, ou reforce, uma caução destinada a assegurar o reembolso da quantia que eventualmente será entregue ao beneficiário em caso de apelo à garantia, ou que diligencie no sentido de

<sup>252</sup> Estes autores referem o exemplo de uma situação em que, sem possibilidade de interpelação posterior ao termo de validade da garantia, esta não teria qualquer utilidade: a hipótese de o facto gerador do direito do beneficiário ao pagamento da quantia garantida ter ocorrido nas últimas horas do último dia de vigência da garantia. Nesse caso, dizem, é óbvio que a reclamação sempre ultrapassaria o período de vigência da garantia, mas não se pode dizer que o evento não estivesse coberto pela mesma. – cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, in op. cit., p. 153.

<sup>253</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 112-114.

o beneficiário acordar na extinção da mesma, para o que, em princípio, exigirá contrapartidas que poderão passar, por exemplo, pelo depósito de valores no montante da garantia<sup>254</sup>. No Acórdão do STJ de 20.03.2012, no qual foi apreciada a alegada exceção de caducidade de garantia, e em linha de convergência com esta tese, propugnou-se o entendimento segundo o qual “(...)se o atraso na reclamação pelo beneficiário causava prejuízo, poderia o garante interpelar o beneficiário para exercer o seu direito num prazo considerado razoável, ou exigir do ordenante o reforço de garantias, sob pena de se considerar que, não o fazendo no prazo concedido, renunciaria à garantia.”

Por último, cumpre ainda sublinhar que, tal como referido *supra*<sup>255</sup>, o credor beneficiário poderá procurar obviar à verificação da caducidade da garantia em função do decurso do respetivo prazo de vigência, através da solicitação “*extend or pay*”, sendo certo que, a ser desatendido o pedido de prorrogação da garantia, tal interpelação será qualificada como exigência de pagamento.

#### **4. A recusa da entrega da soma objeto da garantia ante uma solicitação irregular: dever ou “poder”? Consequências do pagamento**

MÓNICA JARDIM distingue, de forma inovadora, as hipóteses em que o garante pode recusar a entrega da soma objeto da garantia, e deve fazê-lo enquanto mandatário do devedor garantido, das hipóteses em que, podendo fazê-lo, não tem, porém, um qualquer dever emergente do contrato de mandato que o vincule a desatender a solicitação do beneficiário<sup>256</sup>.

A Autora inclui no grupo de casos em que o garante, podendo recusar o pagamento, tem, enquanto mandatário do devedor garantido, o dever de fazê-lo, a hipótese de a solicitação do beneficiário não ter sido feita nos termos do contrato de garantia, porque, a título de exemplo: a interpelação não foi acompanhada dos documentos exigidos no texto da garantia; a solicitação da soma objeto da garantia foi efetuada sem que tivesse sido celebrado o contrato base em função do qual a garantia foi emitida; a interpelação ocorreu após o termo final da vigência da garantia; a solicitação foi feita por alguém que se

<sup>254</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 450, nota 93.

<sup>255</sup> Cfr. Cap. I, ponto 1.1.

<sup>256</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 279-282.

intitula cessionário do direito de garantia, sem que no contrato autónomo de garantia esteja prevista a possibilidade de cessão do direito do beneficiário; e ainda, se a solicitação foi feita por alguém que afirma ter adquirido o direito de garantia mediante cessão não acompanhada de cessão do contrato base<sup>257</sup>.

A imposição de um dever de recusa da entrega da soma objeto da garantia perante uma solicitação irregular é justificada com base em dois argumentos: por um lado, do contrato de mandato celebrado com o devedor garantido emerge para o garante o dever de atuar com diligência, zelando pelos interesses do mandante<sup>258</sup> e, por outro, seria absurdo impor ao garante o dever de verificar se a solicitação foi feita nos termos do contrato, mas, simultaneamente, afirmar que este é livre de efetuar, por conta do mandante, o pagamento, mesmo quando a interpelação se apresente desconforme<sup>259</sup>.

Em consequência, se o garante pagou quando não só podia como devia não pagar enquanto mandatário do devedor garantido, coerentemente, não poderá exigir do seu mandante o reembolso da quantia entregue ao beneficiário, pois, nos termos do art. 1182º do CC, o mandante apenas tem o dever de assumir as obrigações contraídas pelo mandatário quando este age em execução do mandato, o que não ocorre em tais situações, em que “pagando mal” o garante não tem direito de reaver do devedor seu mandante o montante da prestação indevida<sup>260</sup>. Resta-lhe, portanto, reagir contra o beneficiário, propondo uma ação para repetição do indevido (cfr. art. 476º do CC), alegando ter cumprido uma obrigação que não existia em decorrência da irregularidade da interpelação<sup>261</sup>.

Já na hipótese de o contrato autónomo de garantia padecer de invalidade gerada por vícios exclusivamente relacionadas com este contrato, como a indeterminabilidade do objeto, o erro sobre a pessoa do beneficiário, o erro sobre os motivos, o dolo, etc., MÓNICA JARDIM considera que o garante

<sup>257</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 280.

<sup>258</sup> Neste sentido, no Acórdão do STJ de 21.04.2010, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), foi defendido o entendimento segundo o qual, verificando-se uma condição que, nos termos da garantia celebrada, confira ao garante o poder de recusar a entrega da soma pecuniária pré-determinada, este tem o dever de fazê-lo, porquanto “a regra da boa-fé na execução dos contratos impõe-lhe o dever de tomar na devida conta o interesse da contraparte na relação de mandato que funda a garantia.”

<sup>259</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 281.

<sup>260</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 321.

<sup>261</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 322-323.

pode recusar a entrega da soma objeto da garantia, sem que, contudo, esteja vinculado a fazê-lo perante o devedor garantido, inexistindo, em tais casos, um qualquer dever de recusa emergente do contrato de mandato<sup>262</sup>.

A Autora distingue, ainda, consoante a invalidade do contrato de garantia tenha resultado das instruções do devedor mandante, ou seja fruto da atuação do garante mandatário. Assim, se o contrato de garantia é inválido mas foi celebrado exatamente nos termos indicados pelo mandante, o garante pode recusar o pagamento mas não está vinculado pelo contrato de mandato a fazê-lo, pois, ou o devedor garantido o incumbiu de realizar por sua conta um negócio inválido, sendo por isso o contrato de mandato nulo porque legalmente impossível o seu objeto (*v.g.* a hipótese de indeterminabilidade do objeto do contrato de garantia), ou o contrato de mandato é inválido por se mostrar viciada a vontade do garante (*v.g.* a hipótese de erro por parte do mandatário garante sobre os motivos, se, por exemplo, aceitou o mandato e prestou a garantia na convicção de que o contrato base já tinha sido celebrado)<sup>263</sup>.

Já resultando a invalidade do contrato autónomo de garantia da inobservância pelo garante das instruções do devedor garantido (*v.g.* o mandante solicitou a prestação da garantia a favor de um sujeito mas o garante, por erro, celebrou o contrato de garantia com um sujeito diferente do indicado), o garante pode recusar o pagamento, mas não tem, face ao mandante, o dever de fazê-lo, porquanto não foi mandatado para a outorga de tal contrato e, ao celebrá-lo, não cumpre o contrato de mandato, não assumindo uma obrigação no interesse e por conta do mandante, mas sim por sua conta<sup>264</sup>.

Nestes casos em que o garante pode recusar a entrega da soma objeto da garantia, mas não tem o dever, enquanto mandatário, de o fazer, não emergirá para o devedor o dever de reembolso previsto no art. 1182º do CC, porquanto, as *supra* aludidas hipóteses correspondem a situações de invalidade do próprio contrato de mandato ou de atuação do garante à margem do mandato que lhe foi conferido<sup>265</sup>. Deste modo, o garante apenas poderá reagir contra o beneficiário requerendo a declaração de nulidade ou a anulação do contrato autónomo de garantia celebrado entre ambos, para que, em face da destruição

<sup>262</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 281.

<sup>263</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 281-282 e nota 505.

<sup>264</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 282.

<sup>265</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 321-322.

retroativa dos efeitos do negócio prevista no art. 289º do CC, seja o segundo obrigado a restituir tudo quanto haja recebido do primeiro<sup>266</sup>.

Por último, cumpre referir que, nos termos do ponto a. do art. 24º das recentes URDG 758, se o garante concluir pela desconformidade da solicitação do beneficiário, poderá, de acordo com o seu critério, decidir recusar o pagamento ou solicitar ao dador da ordem uma renúncia às discrepâncias, não ficando o garante vinculado pelo resultado da “consulta” feita à parte instrutora, pois, de acordo com o ponto c. do mesmo artigo, não se obriga a renunciar às discrepâncias de que enferme o requerimento. O ponto d. do art. 24º das URDG 758 e o art. 16º da Convenção das Nações Unidas sobre as Garantias Independentes e as Letras de Crédito *stand by* estipulam que, caso o garante decida recusar a entrega da soma objeto da garantia, deve avisar imediatamente o beneficiário, indicando os motivos da recusa (*v.g.* as concretas discrepâncias da solicitação), antes de terminar o quinto dia útil (art. 24º, d. URDG 758) ou o sétimo dia útil (art. 16º Convenção das Nações Unidas sobre as garantias independentes e as letras de crédito *stand by*) posterior à apresentação. De forma inovadora, o ponto f. do art. 24º das URDG 758 prevê que o garante que não dê conhecimento ao beneficiário da recusa da entrega da soma objeto da garantia, e de todas as discrepâncias com base nas quais esta é rejeitada, no prazo de cinco dias úteis após a solicitação, vê precludida a possibilidade de invocar a desconformidade da mesma e dos documentos que a acompanhem.

## **5. As exceções diretas e pessoais do garante em face do beneficiário: a exceção de compensação**

A doutrina admite como legítima a recusa da entrega da soma objeto da garantia não só na hipótese de invocação de exceções relativas aos termos do contrato autónomo celebrado, mas também mediante a oponibilidade de exceções diretas e pessoais do garante em face do beneficiário, *v.g.* a exceção de compensação<sup>267</sup>.

<sup>266</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 321-322 e nota 584.

<sup>267</sup> PORTALE, in op. cit., pp. 15-16; FRANCO BONELLI, in op. cit., p. 89; MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 121-123; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., p. 347; JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 451.

Com efeito, reconhece-se que, através da celebração do contrato de garantia, o garante apenas renuncia à invocação das exceções decorrentes do contrato base e do contrato de mandato, não renunciando a opor as exceções emergentes do próprio contrato de garantia ou de outras relações que mantenha com o beneficiário<sup>268</sup>.

A possibilidade de recusa da entrega da soma de garantia mediante a invocação da exceção de compensação permite ao garante contornar o risco de futuras e hipotéticas dificuldades na efetivação do direito de reembolso, subsequente à execução da garantia, em face do devedor seu mandante, ou, eventualmente em face do beneficiário<sup>269</sup>.

Como condições para a oponibilidade de tal exceção, exige-se, em primeiro lugar, que o garante seja titular de um crédito líquido sobre o beneficiário; em segundo lugar, que esse crédito originariamente pertença ao garante, excluindo, assim, a hipótese de compensação do crédito do beneficiário com um crédito que o devedor garantido tenha cedido ao garante, por considerar-se que tal seria lesivo da autonomia da garantia, redundando na oposição de exceções emergentes do contrato base; em terceiro lugar, que esse crédito seja compensável<sup>270</sup> nos termos dos arts. 847º e ss do CC, e, por último, que o garante não haja previamente renunciado a tal compensação<sup>271</sup>.

No mesmo sentido, o art. 18º da Convenção das Nações Unidas sobre Garantias Independentes e Letras de Crédito *stand-by* prevê que, salvo disposição contrária do compromisso ou convenção contrária entre garante e beneficiário, o garante pode eximir-se da obrigação de pagamento prevalecendo-se de um direito à compensação, exceto se invocar um crédito que lhe tenha sido cedido pelo dador da ordem.

<sup>268</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 123.

<sup>269</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 121-122

<sup>270</sup> ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, partindo da construção por si perfilhada que distingue entre o direito de crédito à soma da garantia e o direito potestativo de solicitar a garantia, sublinha, em anotação ao Acórdão do STJ de 05.06.2003, que, na hipótese em que o beneficiário transmita o direito de crédito (futuro) subjacente à garantia desacompanhado do direito potestativo de chamar a garantia, o garante não pode invocar a exceção de compensação para recusar o pagamento que o beneficiário (originário) lhe dirija, porquanto este apenas tem um direito potestativo, que não é um direito de crédito, sendo, como tal, insuscetível de compensação. – cfr. ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, in op. cit., pp. 135-136

<sup>271</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 123; JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 451; FRANCO BONELLI, in op. cit., p. 89.



Assim, afirmamos a legitimidade da invocação pelo garante da exceção pessoal e direta de compensação, que, como vimos, não belisca a autonomia da obrigação assumida, nem tão pouco equivale ao incumprimento da mesma, ressaltando MÓNICA JARDIM, que, por esta via, o garante apenas opta por uma concreta forma de pagamento traduzida na compensação, pois “*compensar é pagar*”<sup>272</sup>.

### CAPÍTULO III: A INVOCACÃO DA “EXCEPTIO DOLI” PELO GARANTE: A RELEVÂNCIA DAS EXCEÇÕES FUNDADAS NA RELAÇÃO FUNDAMENTAL

Como vimos, a garantia autónoma caracteriza-se pela independência da obrigação assumida pelo garante face às vicissitudes do contrato base. Porém, tal insensibilidade pode propiciar situações de excussão indevida pelo beneficiário, i.e., fazendo apelo à garantia sem que estejam verificados os pressupostos previstos no clausulado do contrato, *maxime*, sem que tenha ocorrido o risco que a garantia visa assegurar (v.g. o incumprimento do contrato base pelo devedor garantido).

Tratando-se de uma garantia autónoma “à primeira solicitação”, a independência estrutural e funcional da garantia é exponencial, assumindo o garante a obrigação de pagamento automático perante a simples interpelação do credor beneficiário, sem que este tenha de provar que estão verificados os pressupostos de excussão da garantia e sem margem para controvérsias ou dúvidas a suscitar pelo garante. Como facilmente se compreende, o automatismo do funcionamento da garantia autónoma “*on first demand*” gera, assim, um aumentado risco de apelo indevido pelo beneficiário. Nas expressivas palavras de CALVÃO DA SILVA, este “*é o preço da autonomia, a contraface da automaticidade de funcionamento da cláusula que atribui ao credor o direito de exigir o pagamento da garantia mediante simples declaração (não provada) do incumprimento da obrigação assegurada, sem contestação, pois ao garante são negadas as exceções relativas ao contrato base*”<sup>273</sup>.

<sup>272</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 123

<sup>273</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, cit., p. 387.

O mesmo Autor sublinha a importância de encontrar mecanismos que funcionem como “*válvulas de ventilação de justiça*”, de forma a evitar que a independência e a automaticidade da garantia autónoma “à primeira solicitação” originem resultados substancialmente iníquos, pois “*se frequentes e graves as injustiças inerentes ao funcionamento do ius strictum podem matar a galinha dos ovos de ouro, o mesmo é dizer desencorajar e desvalorizar o uso da cláusula “on first demand”*”<sup>274</sup>.

Neste conspecto, a doutrina e a jurisprudência maioritárias reconhecem que o garante pode recusar a entrega da soma objeto da garantia em caso de “dolo”, “má fé”, “fraude” ou “abuso de direito” do beneficiário ao solicitar a garantia<sup>275</sup>, divergindo, porém, quanto à determinação do concreto conteúdo significativo atribuído a tais expressões, designadamente quais as situações casuisticamente abrangidas pelas mesmas.

É neste contexto que, de forma a permitir ao garante a recusa da entrega da soma objeto de garantia nos casos em que a solicitação se apresente ferida de “fraude manifesta ou abuso evidente”, o recurso ao instrumento clássico da “*exceptio doli generalis*” surge como “válvula de ventilação” adequada à introdução na relação de garantia das exceções resultantes do contrato base, em face das quais a excussão se mostre desconforme com as exigências de justiça material sentidas em cada caso concreto.

Antes de entrarmos na análise da relevância, repercussões e respetivos pressupostos de funcionamento no campo específico da garantia autónoma, e a fim de possibilitar uma melhor compreensão da figura, façamos primeiro uma pequena excursão sobre a origem, fundamento e configuração da “*exceptio doli generalis*”.

## **1. Origem, fundamento jurídico e configuração atual da “*exceptio doli generalis*” conferida pelo princípio da boa fé em sentido objetivo**

Conforme ensina MENEZES CORDEIRO, a “*exceção de dolo*” é originária do Direito Romano Clássico, onde assumia um papel bifronte, permitindo ao defendente a paralisação da pretensão jurídica contra si invocada mediante

<sup>274</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, cit., p. 388.

<sup>275</sup> JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, in op. cit., p. 709.

a alegação do dolo do autor no momento da formação da situação jurídica (a “*exceptio doli praeteriti*” ou “*specialis*”) ou no próprio momento da discussão da causa (a “*exceptio doli praesenti*” ou “*generalis*”) <sup>276</sup>.

A “*exceptio doli specialis*”, traduzindo a constatação de que a declaração de vontade extorquida com dolo fere de invalidade todo o ato negocial, viria a perder autonomia na evolução posterior do Direito, sendo absorvida pela doutrina dos vícios na formação e exteriorização da vontade (cfr., entre nós, os arts. 253º, nº 1 e 254º, nº 1 do CC) e dando origem à “*culpa in contrahendo*” <sup>277</sup>.

Subsistiu a “*exceptio doli generalis*”, que beneficiava de uma ampla extensão casuística, operando a função de paralisar as pretensões jurídicas que, apesar de formalmente legítimas, representavam, à luz das várias relações jurídicas e dos acordos celebrados entre as partes, uma evidente iniquidade <sup>278</sup>.

Deste modo, a “*exceptio doli generalis*” tem a sua origem na antítese romanística entre o “*jus honorarium*” e o “*jus civile*”, funcionando como um “remédio” concedido pelo Pretor, de forma a permitir a paralisação de uma pretensão jurídica apresentada em juízo e que, embora abstratamente correta segundo o direito civil, em concreto, e no confronto das relações entre as partes, se mostrava iníqua <sup>279</sup>.

A “*exceptio doli generalis*” surgiu, assim, como instrumento de correção do “*jus civile*” usado pelo Pretor com fundamento nos princípios da boa fé e da “*natural aequitas*” <sup>280</sup>, permitindo a proteção contra as injustiças decorrentes da aplicação do Direito positivo, bem como “*contra os sofismos, os paralogismos (erro de pensamento que de má fé se empregam argumentos falsos com aparência de verdadeiros) e as subtilezas*” <sup>281</sup>. Do que resulta o importante papel da aludida exceção enquanto meio de autotutela do ordenamento jurídico, verdadeira

<sup>276</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., p. 199.

<sup>277</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 4ª reimpressão, 2011, Almedina, Coimbra, p. 722.

<sup>278</sup> ANDREA MONTANARI, “Garanzia autonoma ed escussione abusiva: nuove tendenze rimediali in una diversa prospettiva ermeneutica”, in *Europa e Diritto Privato*, nº 4, 2008, p. 995.

<sup>279</sup> FIORENZO FESTI, “L’ambito di applicazione ed i limiti dell’*exceptio doli generalis*”, in *Rivista Diritto del Commercio Internazionale*, 1994, p. 712.

<sup>280</sup> LUIGI GAROFALO, “Per un’applicazione dell’*exceptio doli generalis* in tema di contratto autonomo di garanzia”, in *Rivista di Diritto Civile*, ano 42, n. 5, 1996, p. 644; VICENZO MANNINO, “Considerazioni sulla “strategia rimediale”: buona fede ed *exceptio doli generalis*”, in *Europa e Diritto Privato*, nº 4, 2006, p. 1315.

<sup>281</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, cit., p. 723.

válvula de segurança que, ao temperar a rigidez do Direito positivo, tornava possível a evolução do Direito segundo as necessidades da sociedade e oferecia ao jurista uma perspectiva anti formalista do sistema<sup>282</sup>.

O fundamento da “*exceptio doli generalis*” – a que, doravante, aludiremos como “*exceptio doli*”, por uma questão de simplicidade – reside, portanto, no princípio da boa fé, justificando-se a sua utilização sempre que, em face da ponderação do caso concreto, tal princípio se mostre violado, o que poderá decorrer, *v.g.* quando do “*recurso a interpretações tendenciosas da lei, da utilização de particularidades formais das declarações de vontade ou do aproveitamento de incompleições em regras jurídicas, se pretenda obter vantagens não conferidas pela ordem jurídica e desde que tais práticas sejam consideradas contrárias à boa fé*”<sup>283</sup>.

Entre nós, a boa fé é perspectivada por MENEZES CORDEIRO como um dos cinco Institutos que conformam a designada Doutrina Geral do Direito Civil<sup>284</sup>, concretizando-se atualmente, e em função da evolução histórica que conheceu com origem na “*bona fides romana*”, num instituto subjetivo e num instituto objetivo. Assim, enquanto que a boa fé subjetiva opera em atenção a um estado do sujeito, concretizado em desconhecimento ou ignorância de certos factos (cfr. arts. 119º, nº 3; 243º, nº 2; 1260º, nº 1; 1340º, nº 4, todos do CC) ou em desconhecimento sem culpa ou ignorância desculpável (cfr. arts. 291º, nº 3 e 1648º, nº 1, todos do CC), ou ainda na (in)consciência de determinados fatores (cfr. art. 612º, nº 2, do CC)<sup>285</sup>, a boa fé objetiva atua

<sup>282</sup> PAOLA LAMBRINI, *Dolo Generale e Regole di Correttezza*, CEDAM, 2010, Padova, p. 13.

<sup>283</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, cit., p. 732.

<sup>284</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., p. 154.

<sup>285</sup> Conforme ensina MENEZES CORDEIRO a boa fé subjetiva pode ser usada em dois sentido diversos: – um sentido puramente *psicológico*, segundo o qual estaria de boa fé quem pura e simplesmente desconhecesse certo facto ou estado de coisas, por muito óbvio que fosse; – um sentido *ético*, de acordo com o qual só estaria de boa fé quem se encontrasse num desconhecimento não culposo, de modo que estaria de má fé quem, com culpa, desconheça aquilo que deveria desconhecer. A conceção ética postula a presença de deveres de cuidado e de indagação, por simples que sejam, sempre se exigiria ao agente uma consideração elementar pelas posições dos outros. Tal conceção tem como principal defensor BRUNS e de acordo com MENEZES CORDEIRO deve ser a perfilhada no direito português, à semelhança do ocorrido nos ordenamentos alemão e italiano, por várias ordens de razões, de entre as quais avultam o incentivar de deveres de cuidado e de diligência, premiando os diligentes, os dedicados e os argutos (pois, caso se adote a conceção puramente psicológica, são premiados os ignorantes, os distraídos e os egoístas) e possibilitar a praticabilidade do sistema, assim contornando a dificuldade prática de provar que determinado sujeito conhecia ou não determinado facto,

por apelo a princípios, regras ou ditames, a um modo de atuação dito “de boa fé”, impondo-se como regra de atuação que os sujeitos devem observar nas suas relações jurídicas (cfr. arts. 3º, nº 1; 227º, nº 1; 239º; 272º; 334º; 437º, nº 1; 762º, nº 2, todos do CC)<sup>286</sup>.

De acordo com este Autor, a boa fé objetiva tem concretização em outros cinco institutos: a *culpa in contrahendo* (cfr. art. 227º, nº 1 do CC), a integração dos negócios (cfr. art. 239º do CC), o abuso do direito (cfr. art. 334º do CC), a modificação dos contratos por alteração das circunstâncias (cfr. art. 437º, nº 1 do CC), a complexidade das obrigações (cfr. art. 762º, nº 2 do CC), sendo que todos eles afloram dois princípios que atuam como fatores de mediação entre a boa fé e o instituto considerado, quais sejam o princípio da confiança e o princípio da primazia da materialidade subjacente<sup>287</sup>.

Integrando o instituto do abuso de direito, enquanto fórmula geral de concretização do princípio da boa fé, para MENEZES CORDEIRO a “*exceptio doli*” constitui uma das cinco modalidades de comportamentos típicos abusivos<sup>288</sup>.

Na verdade, a doutrina identifica a “*exceptio doli generalis*” como emanção direta do princípio da boa fé em sentido objetivo, entendida como dever geral de correção e de lealdade recíproca, e que se impõe tanto ao sujeito ativo como ao sujeito passivo da relação contratual<sup>289</sup>, conforme resulta, entre nós, quer do art. 334º CC, que consagra o princípio da proibição do abuso de direito, quer do art. 762º, nº 2 CC, que impõe o dever de boa fé no âmbito obrigacional.

Assim, para além de um papel histórico-criador digno de registo – estando na origem de figuras jurídicas entretanto autonomizadas, como a compensação e o direito de retenção –, a “*exceptio doli generalis*” conserva o desempenho, enquanto figura geral, de uma importante função de paralisação de exercí-

adotando como critério o “dever saber”. Conclui o Autor que a boa fé subjetiva deve ser encarada em sentido ético em termos tais que só poderá invocar a boa fé quem, sem culpa, desconheça certa ocorrência – cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., pp. 181-182.

<sup>286</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., p. 180.

<sup>287</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., pp. 182-190.

<sup>288</sup> O Autor refere que da evolução da ciência do Direito resulta o apuramento de esquemas científicos de concretização dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais, operando como tipos característicos, e, no âmbito do abuso do direito, são autonomizáveis cinco tipos de atitudes abusivas: a *exceptio doli*, o *venire contra factum proprium*; as inalegabilidades formais; a *supressio* e a *surrectio*; o *tuo quoque* e o desequilíbrio no exercício. – cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., p. 191 e pp. 198 e ss.

<sup>289</sup> FIORENZO FESTI, in op. cit., p. 713.

cios abusivos de pretensões jurídicas<sup>290</sup>, funcionando como uma exceção de direito material<sup>291</sup> perentória, que impede de forma duradoura o exercício do direito paralisado, e por isso apresenta similitude a uma forma de extinção de pretensões, atuando de forma defensiva, apenas em face do exercício da pretensão<sup>292</sup>. Com efeito, a doutrina salienta que a “*exceptio doli*” é, provavelmente, de todos os institutos oriundos do Direito Romano, aquele que conheceu uma aplicação mais ampla e de maior longevidade<sup>293</sup>.

Aproveitando a riqueza da sua histórica plurissecular, a doutrina reconhece a relevância atual da “*exceptio doli*” enquanto instrumento que permite dar corpo à função remedial atribuída ao princípio da boa fé<sup>294</sup>, e, admitindo-se hoje que da violação deste princípio pode resultar não só a obrigação de reparação do dano, mas também a eliminação dos efeitos da atuação incorreta, a invocação da “*exceptio*” permitirá sancionar o exercício desleal com a ineficácia do ato<sup>295</sup>.

Em suma, em face dos ensinamentos de MENEZES CORDEIRO, e da demais doutrina referida a este propósito, aludiremos no âmbito do presente estudo à “*exceptio doli*” entendida como exceção de direito material perentória fundada no princípio da boa fé e que permite intercalar o exercício abusivo de posições jurídicas. Na esteira de WIEACKER<sup>296</sup>, utilizaremos o conceito de “*exceptio doli*” para designar a inadmissibilidade de um comportamento

<sup>290</sup> MENEZES CORDEIRO chama a atenção para as dificuldades na mobilização da *exceptio doli* enquanto fórmula genérica dotada de grande amplitude – segundo a qual “*sujeita-se à exceptio doli quem atentar contra a boa fé e na medida em que o faça*” – o que conduziu a que a sua utilização fosse regredindo à medida que se foram autonomizando outras modalidades mais precisas de condutas abusivas. – cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., p. 199-200 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, cit., pp. 728 e ss.

<sup>291</sup> O conceito de “exceção” em direito substantivo configura o mecanismo através do qual um sujeito vinculado por um dever pode recusar de forma lícita o seu cumprimento, distinguindo-se, portanto, do conceito de “exceção” processual, que opera através da alegação de factos que, independentemente dos factos invocados pelo Autor, impeçam o sucesso da ação. – cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, cit., pp. 719-720.

<sup>292</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, cit., pp. 734-738.

<sup>293</sup> PAOLA LAMBRINI, *Dolo Generale...*, cit., p. 11.

<sup>294</sup> VICENZO MANNINO, in op. cit., p. 1315.

<sup>295</sup> FIORENZO FESTI, in op. cit., p. 713.

<sup>296</sup> WIEACKER descobre três papéis na boa fé: concretizar o plano legal (*officium iudicis*), completá-lo *praeter legem* (*exceptio doli*) e transcendê-lo por exigências ético jurídicas (*contra legem*). – *apud* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, cit., p. 741, nota 359.

contrário à boa fé, mais especificamente como instrumento através do qual a boa fé exercita o seu papel de completar o plano legal “*praeter legem*”, porquanto a garantia autónoma é, entre nós, um contrato atípico sem regulamentação legal expressa.

Nesta medida, a “*exceptio doli*” permitirá fazer atuar a boa fé objetiva, entendida, segundo JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, enquanto padrão de atuação correta, honesta e leal na formação e no desenrolar de uma dada relação, fator de determinação dos efeitos de um vínculo obrigacional, desempenhando funções de concretização reguladora, de integração e também de delimitação<sup>297</sup>.

## **2. A aplicabilidade da “*exceptio doli generalis*” na garantia autónoma: a limitação da autonomia do contrato de garantia em face do contrato base e a limitação da automaticidade da cláusula “*solve et repete*”**

Conforme referido supra, com a celebração do contrato autónomo de garantia, o garante vincula-se ao cumprimento de uma obrigação de indemnização de carácter independente, que, enquanto tal, não se molda, quer quanto ao objeto, quer quanto aos pressupostos de exigibilidade, sobre a obrigação do devedor do contrato base, abstraindo da culpa do mesmo, das controvérsias inerentes à obrigação garantida e ainda da extensão do dano efetivamente sofrido pelo beneficiário<sup>298</sup>. Nisso reside a característica da autonomia, que marca a diferença da garantia autónoma relativamente às garantias pessoais acessórias.

Porém, reconhecendo-se que o carácter autónomo da garantia é propício a atuações de beneficiários menos escrupulosos que apelem à garantia de forma injustificada, a doutrina e a jurisprudência maioritárias reconhecem derrogações à normal insensibilidade da obrigação do garante perante as vicissitudes do contrato base, justificando a limitação da autonomia por recurso a vários

<sup>297</sup> Este Autor concretiza de forma notavelmente expressiva tais funções hoje reconhecidas à boa fé objetiva, nos seguintes termos: “*Pela boa fé objectiva se alcançam os modos correctos de efectuar a prestação e de exigir o seu cumprimento; preenche-se integrativamente o conteúdo vincutivo da relação e demarca-se certos limites do exercício legítimo do poder formalmente reconhecido pela ordem jurídica no quadro da cláusula geral da proibição do abuso de direito*” (JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 208).

<sup>298</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 297.



fundamentos, designadamente, a boa fé, o abuso de direito, a “*exceptio doli*” ou a regra “*fraus omnia corrumpit*”, os usos honestos de comércio, a teoria dos deveres de proteção a favor de terceiros, a vontade das partes que concilia a independência e a exceção, etc.<sup>299</sup>.

A explicação teórica da relevância das exceções relativas à relação fundamental no âmbito da relação de garantia propriamente dita foi ainda justificada por alguns Autores<sup>300</sup> com base numa “exceção de defeito de causa”, entendida como uma exceção inerente ao próprio contrato de garantia. Como informa BONELLI, tal construção dogmática, embora adequando-se aos casos em que o beneficiário apela à garantia apesar do correto cumprimento pelo devedor garantido das obrigações do contrato base, aí surgindo a excussão da garantia destituída de causa, já demonstra assinaláveis dificuldades em explicar outros casos em que a doutrina e a jurisprudência afirmam a possibilidade de opor a exceção de “dolo”, “fraude” ou “abuso”, como sejam os casos de extinção da obrigação do devedor garantido por impossibilidade superveniente não culposa ou imputável ao próprio beneficiário ou ainda por invalidade originária do contrato base<sup>301</sup>. Com efeito, em tais casos, falta o cumprimento da obrigação do devedor garantido, de forma que a atribuição patrimonial decorrente da excussão da garantia sempre encontraria justificação na respetiva causa, i.e., na realização do interesse do beneficiário<sup>302</sup>.

Superando tal dificuldade, a “*exceptio doli generalis*” surge como explicação universalmente válida para justificar a paralisação da garantia por referência a vicissitudes da relação subjacente tradutoras de “fraude”, “dolo” ou “abuso” do beneficiário, pois, apesar de não estar prevista de forma expressa em qualquer norma legal, decorre, como se disse, do princípio da boa fé e do dever geral de correção na execução dos contratos<sup>303</sup>.

Com efeito, no ordenamento jurídico português, resulta diretamente do princípio da boa fé no cumprimento das obrigações e no exercício dos direitos (cfr. art. 762º, nº 2 CC) e do princípio da proibição do abuso de direito (cfr. art. 334º CC) a vinculação do beneficiário, enquanto parte do contrato

<sup>299</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 295 e JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, in op. cit., p. 709.

<sup>300</sup> GRIPPO, DE SANNA e MASTROPAOLO *apud* FRANCO BONELLI, in op. cit., p. 126.

<sup>301</sup> FRANCO BONELLI, in op. cit., p. 127.

<sup>302</sup> FRANCO BONELLI, in op. cit., p. 127.

<sup>303</sup> FRANCO BONELLI, in op. cit., p. 127.



autónomo de garantia, a um dever de atuação correta e leal perante o garante, justificando-se que, caso viole esse dever e solicite a garantia de forma abusiva, o garante possa legitimamente recusar o pagamento<sup>304</sup>.

Neste contexto, a doutrina concede ao garante o recurso à “*exceptio doli generalis*”<sup>305</sup>, através da qual é permitida a oponibilidade de vicissitudes relativas ao contrato base<sup>306</sup>, em face das quais a solicitação surja como infundada, legitimando assim a paralisação dos efeitos da interpelação do beneficiário<sup>307</sup>. Reconhece-se, deste modo, que a autonomia do contrato de garantia face ao contrato base não é absoluta, e que tal possibilidade configura uma limitação da mesma<sup>308</sup>.

Assim, o abuso, o dolo ou a fraude manifestos – pressupostos materiais de actuação da “*exceptio doli*”, como será explicitado no ponto seguinte deste estudo – representam, segundo este entendimento, um limite intrínseco da autonomia<sup>309</sup>, pois, tal como explica MÓNICA JARDIM, apesar de, ao atuar de tal forma, o beneficiário violar o dever de boa fé que emerge do próprio contrato de garantia e que o vincula a assumir um comportamento leal e correto no confronto do garante, a afirmação e a necessária demonstração do

<sup>304</sup> FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., pp. 598; MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 297.

<sup>305</sup> ANDREA MONTANARI, in op. cit., p. 1008.

<sup>306</sup> ANDREA MONTANARI, in op. cit., p. 994.

Em sentido diverso, PAOLA LAMBRINI refere: “*Non si tratta – como sembrerebbe ritenere la giurisprudencia dominante – di un mezzo per tornare a dare indirettamente rilevanza, in via eccezionale e limitata, a fatti atinenti al rapporto fondamentale, bensì di uno strumento esperibile dal garante avverso possibili escussioni che risultino abusive in rapporto a circostanze, di qualunque tipo, sopravvenute, se non anche concomitante, rispetto alla conclusione del contratto.*” A Autora defende que a garantia autónoma um negócio abstracto, e, como tal, a “*exceptio doli generalis*” seria o instrumento de autotuleia do ordenamento indispensável sobretudo em face de negócios abstratos, concluindo: “*L’exceptio doli generalis non serve a temperare l’astrattezza della garanzia autonoma, ma è piuttosto strettamente connaturata a essa, come, inevitabilmente, a tutti i negozi che presentano profili di astrattezza.*” (“*Contratto autonomo di garanzia ed exceptio doli generalis*”, *Rivista de Diritto Civile*, XLIV, 1998, pp. 448-449).

<sup>307</sup> FIORENZO FESTI, in op. cit., p. 718.

<sup>308</sup> MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., p. 348; MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 295.

<sup>309</sup> FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., p. 598; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., p. 349. Como refere ANDREA MONTANARI, in op. cit., p. 1008, a autonomia jurídica do contrato de garantia não suprime todos os laços entre ele e o contrato base, surgindo evidenciado por meio da “*exceptio doli generalis*” o “paradoxo” ínsito na prévia aceitação formal e na sucessiva negação substancial do carácter autónomo da garantia em análise.

carácter abusivo ou fraudulento da solicitação faz-se por apelo a factos referentes ao contrato base<sup>310</sup>.

Mesmo tratando-se de uma garantia autónoma “à primeira solicitação”, a doutrina tem entendido que “*exceptio doli*” representa para o garante a possibilidade de não efetuar a entrega da soma objeto da garantia em face de uma solicitação que, embora correta em face da letra do contrato de garantia, resulte porém injustificada sob o plano da lealdade, em consequência de circunstâncias referentes à relação fundamental sobre a qual repousa, que a tornam substancialmente incorreta<sup>311</sup>. Assim, é unânime a afirmação de que mesmo as garantias automáticas devem obediência aos princípios cogentes do ordenamento jurídico, princípios esses consistentes na boa fé e na concretização oferecida pela proibição do abuso de direito<sup>312</sup> – fundamentos positivos da “*exceptio doli generalis*” – e que representam um limite ao funcionamento da cláusula “*solve et repete*”<sup>313</sup>, afirmando-se que, mesmo quando a garantia se reveste de automaticidade, o beneficiário não é titular de um poder arbitrário e ilimitado<sup>314</sup>.

No entanto, não serão despidendos os riscos de indeterminação e de insegurança associados à aplicação da “*exceptio*” como instrumento de paralisação do funcionamento da garantia autónoma. Neste contexto, advertindo-se que a indefinição dos concretos contornos de aplicabilidade da “*exceptio doli generalis*” pode fazer perigar os valores da segurança e da celeridade – tão

<sup>310</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 296.

<sup>311</sup> LUIGI GAROFALO, in op. cit., p. 651.

<sup>312</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 296; M. J. ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, in op. cit., p. 19; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Estudos...*, cit., p. 344; SIMÕES PATRÍCIO, in op. cit., p. 716; PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, in op. cit., p. 50.

Neste sentido, no Acórdão do STJ de 21.04.2010, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), foi expresso o entendimento segundo o qual “*tem-se por incontroverso que a autonomia da garantia se não sobrepõe à eventualidade de má fé ou abuso de direito por parte do beneficiário da garantia (ou do garante em relação à execução da contra-garantia). Como em geral resulta dos artigos 762º e 334º do Código Civil, também aqui a actuação das partes se deve pautar pelas regras da boa fé, sendo ilegítimo exercer um direito em manifesto desrespeito pelos “limites impostos pela boa fé, bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito” (artigo 334º). E igualmente se sabe que, nesta mesma linha, a doutrina e a jurisprudência aceitam como limite à autonomia destas garantias autónomas, mesmo das que devem ser satisfeitas à primeira solicitação, a fraude ostensiva, clamorosa e evidente do beneficiário, querendo assim significar que, em tal eventualidade, é legítimo ao garante que dela tiver prova líquida recusar o pagamento que lhe é exigido.*”

<sup>313</sup> ANDREA MONTANARI, in op. cit., p. 996; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., p. 349.

<sup>314</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 297.

importantes no comércio jurídico, e designadamente no contexto das trocas internacionais –, reconhece-se a necessidade de individualizar mecanismos que delimitem o respetivo campo de aplicação<sup>315</sup>.

Na ausência de uma tipificação consensual das concretas “*fattispecie*” de solicitações abusivas que permitam opor a “*exceptio doli*”, a sua aplicação tem sido circunscrita aos casos de “fraude ou abuso manifestos”, sustentados por prova líquida, que ofereça a perceção segura e imediata do carácter injustificado da interpelação<sup>316</sup>.

Compulsados os valiosos contributos da doutrina, resulta, em nosso entender, que a aplicação da “*exceptio doli generalis*” no contrato autónomo de garantia deve ser balizada em dois momentos: por um lado, o respeito pela autonomia da garantia limitará a relevância dos eventos fundados no contrato base suscetíveis de invocação, sendo certo que será o princípio da boa fé objetiva e, designadamente a concretização do mesmo oferecida pelo princípio do abuso de direito, a oferecer os respetivos critérios delimitadores. Por outro lado, tratando-se de uma garantia autónoma “à primeira solicitação”, a consideração pela automaticidade da cláusula “*solve et repete*” exigirá a apresentação de prova especialmente qualificada para a oponibilidade da “*exceptio*”. Desta forma, deve procurar assegurar-se a conciliação entre o respeito pela vontade das partes ao celebrar um contrato de garantia dotado de determinadas características e a introdução de “válvulas de respiração” de justiça material em casos de manipulação distorcida dessas mesmas características.

No entendimento propugnado, a invocação da “*exceptio doli*” no âmbito da garantia autónoma pressupõe, assim, um requisito material, traduzido na exceção de “fraude” ou “abuso” do beneficiário, cujos contornos são oferecidos pelo princípio da boa fé, delimitando os termos em que as concretas exceções fundadas na relação fundamental são passíveis de alegação pelo garante para recusar a entrega da soma de garantia, e um requisito de ordem formal, relativo à qualidade e à medida da prova do abuso ou da fraude do beneficiário, exigência que adquire particular acutilância no âmbito de uma garantia autónoma “*on first demand*”, ao permitir a derrogação do dever de pagamento imediato assumido pelo garante.

<sup>315</sup> ANDREA MONTANARI, in op. cit., p 996; FRANCO BONELLI, in op. cit., p. 129.

<sup>316</sup> ANDREA MONTANARI, in op. cit., p 996.

### 3. O pressuposto material: a exceção de “fraude” ou “abuso” do beneficiário na solicitação da garantia

Admitindo que, em certos casos, os eventos, originários ou supervenientes, relativos ao contrato base possam influenciar a relação de garantia e legitimar mesmo a recusa da entrega da soma objeto da garantia, a doutrina refere-se genericamente à exceção de “dolo”, “fraude” ou “abuso”<sup>317</sup>, permanecendo como duvidosos os concretos contornos de tal exceção, designadamente se releva o estado subjetivo do beneficiário na excussão da garantia e quais os eventos que permitem afirmar o carácter injustificado da solicitação.

Neste contexto, coloca-se a questão de saber se a invocação da “*exceptio doli*” dependerá da demonstração do carácter fraudulento ou doloso da solicitação, traduzido na utilização de manobras tendentes a enganar o garante e a prejudicar o devedor garantido, ou se bastará que surja como certa e incontestável a ausência de qualquer direito do beneficiário perante o devedor garantido com fundamento no contrato base<sup>318</sup>.

Com efeito, como refere CALVÃO DA SILVA, “*está instalada na doutrina e na jurisprudência a discussão acerca da existência da fraude, falando-se na necessidade de um comportamento doloso, da suficiência de um uso (objectivamente) anormal do direito ou da ausência manifesta do direito do beneficiário*”<sup>319</sup>.

Em França, a jurisprudência tentou distinguir entre o carácter abusivo e o carácter fraudulento do apelo à garantia, afirmando que só neste caso – caracterizado por manobras tendentes a provocar o engano da contraparte, com a intenção de causar-lhe prejuízo e/ou obter um benefício próprio – o garante deveria recusar a entrega da soma objeto da garantia e poderia ser inibido de a efetuar por conta do mandante<sup>320</sup>. Todavia, esta construção dual foi de imediato objeto de crítica, não logrando obter a adesão da doutrina internacional<sup>321</sup>.

STOUFFLET considera que a fraude e abuso de direito, mais do que dois caminhos legítimos de recusa do pagamento, são dois caminhos diferentes

<sup>317</sup> FRANCO BONELLI, in op. cit., p. 90 e p. 127.

<sup>318</sup> FRANCO BONELLI, in op. cit., pp. 90 e ss.

<sup>319</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Estudos...*, cit., p. 344.

<sup>320</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 289; FRANCO BONELLI, in op. cit., pp. 91-92.

<sup>321</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 289.

para caracterizar o facto de o beneficiário não ter nenhum direito para fazer valer em face do devedor garantido, i.e., duas vias alternativas para evitar o pagamento da garantia<sup>322</sup>. A diferença entre ambas residirá na prova a produzir, ou seja, se for invocada a fraude, terá de alegar-se e fazer prova do verdadeiro intuito do beneficiário no sentido de prejudicar o devedor garantido ou de obter um benefício para si; invocando-se o abuso de direito, terá de ser feita a prova da ausência do direito cuja execução a garantia visa assegurar<sup>323</sup>.

A mesma distinção entre as hipóteses de excussão abusiva e fraudulenta da garantia é operada na construção defendida por SIMONT e BRUYNELL, que consideram como distintivo entre ambas o facto de o beneficiário ignorar ou conhecer, respetivamente, o facto de não ter qualquer direito perante o devedor garantido, afirmando que a solicitação pode ser paralisada em qualquer dos casos<sup>324</sup>.

Em sentido diverso, para PORTALE a invocação da “*exceptio doli*” mostra-se sempre desligada do elemento subjetivo, pelo que a recusa do garante será legítima com a simples prova da objetiva falta do direito do beneficiário ao reclamar o pagamento, prescindindo-se da indagação acerca do concreto estado psicológico com que o faz<sup>325</sup>.

Como informa POULLET<sup>326</sup>, na doutrina e jurisprudência recentes destaca-se o abandono pela consideração do estado subjetivo do beneficiário, substituindo-se a “noção restritiva de fraude” por uma “conceção extensiva”, segundo a qual “*existe fraude manifesta quando o recurso à garantia viola de forma evidente o equilíbrio de interesses efetivado pela operação comercial entre o mandante e o beneficiário*”<sup>327</sup>.

No mesmo sentido, PONTIROLI considera que a noção de “fraude” em matéria de garantia autónoma foi adquirindo um conteúdo renovado e mais abrangente e que atualmente se identifica com a violação manifesta do arranjo de interesses estabelecido no contrato base<sup>328</sup>.

<sup>322</sup> *Apud* MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 289.

<sup>323</sup> *Apud* MÓNICA JARDIM, in op. cit., loc. cit.

<sup>324</sup> *Apud* FRANCO BONELLI, in op. cit., p. 92, nota 40 e MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 289.

<sup>325</sup> PORTALE, “Le garanzie...”, cit., p. 21; MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 289; FRANCO BONELLI, in op. cit., pp. 92-93 e nota 41.

<sup>326</sup> YVES POULLET, in op. cit., pp. 397 e ss.

<sup>327</sup> A expressão é de JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, in op. cit., p. 711.

<sup>328</sup> *Apud* MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 290.

E, segundo MÓNICA JARDIM, fenómeno idêntico ocorreu na jurisprudência norte-americana, que, após a revolução iraniana e com o crescente risco de solicitações indevidas, salientou a necessidade de adaptação do conceito de fraude às exigências de mercado, decidindo que o garante podia recusar o pagamento através da invocação da exceção de fraude manifesta sempre que o beneficiário viesse a obter com a excussão da garantia “*undue advantages*”<sup>329</sup>.

Entre nós, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO salienta a preferência pela expressão “abuso”, em vez de “fraude” ou “dolo”, assim desligando a oponibilidade da “*exceptio doli*” de qualquer subjectivização relativa ao apuramento da vontade e consciência do beneficiário, bastando a referência ao uso indevido da garantia<sup>330</sup>. No mesmo sentido, MÓNICA JARDIM, apesar de utilizar a expressão “fraude”, identifica-a em termos puramente objetivos, como resultando da “*ausência de direito do beneficiário tendo em conta o contrato base*”<sup>331</sup>, à semelhança, aliás, de PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, que consideram que “*no caso de ter havido manobras tendentes a enganar o garante, designadamente se resultar de prova concludente que o beneficiário da garantia não é titular de nenhum direito em face do devedor principal, torna-se lícita a recusa de cumprimento por parte do garante*”<sup>332</sup>.

A alusão à “fraude” na solicitação da garantia deve ser entendida como mera influência da terminologia provinda do direito anglo-saxónico, sem que, contudo, revista o mesmo conteúdo da “*fraud in the transaction*” da *common law*. Como salienta CALVÃO DA SILVA, “*naturalmente, a exigência de fraude (“fraud in the transaction”) é própria da common law, que não conhece a teoria geral do abuso de direito (cfr. v.g. § 5-114 (2) do Uniform Commercial Code dos E.U.A.). Já na civil law o mesmo resultado alcança-se pelo princípio (da proibição) do abuso de direito do beneficiário da garantia, em nome da justiça material*”<sup>333</sup>.

<sup>329</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 290-291.

<sup>330</sup> MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., pp. 349-350, nota 116.

<sup>331</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 301.

<sup>332</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, in op. cit., pp. 146-147.

<sup>333</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Estudos...*, cit., p. 344.

Assim, nos ordenamentos romano-germânicos, a exceção de “fraude” é reconduzível à figura do abuso de direito<sup>334</sup>, enquanto manifestação do princípio da boa fé, expressamente consagrado no art. 334º do CC<sup>335</sup>.

Por assim ser, o garante poderá opor a exceção de “fraude” ou, entre nós, do abuso de direito, desde que resulte evidenciado o elemento puramente objetivo traduzido na falta de fundamento material da solicitação feita pelo beneficiário, sem necessidade de qualquer indagação ou prova da existência de dolo ou de negligência por parte deste<sup>336</sup>.

A este propósito, julgamos relevante chamar à colação os doutos ensinamentos que a prestigiada doutrina nacional oferece em torno da figura do de abuso de direito.

Recusando a crítica de PLANIOL segundo a qual a expressão “abuso de direito” seria logomáquica ou contraditória – “*pois, ou se tem o direito e o exercício desse direito não pode deixar de ser legítimo ou se se considera ilegítimo um certo comportamento, então não pode ver-se nele o exercício de um direito*”<sup>337</sup> –, A. CASTANHEIRA NEVES refere que a fórmula aparentemente contraditória “abuso do direito” é antes a exata expressão da “*contradição entre o cumprimento da estrutura formalmente definidora de um direito e a violação concreta do fundamento que material-normativamente constitui esse mesmo direito*”<sup>338</sup>.

<sup>334</sup> Neste sentido, cfr. o Acórdão do STJ de 21.04.2010, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>335</sup> Conforme ensina MENEZES CORDEIRO, no Direito português, a base jurídico-positiva do abuso de direito reside no artigo 334º do CC, e dentro deste na boa fé, a qual exprime os valores fundamentais do sistema, de tal forma que dizer-se que no exercício dos direitos se deve respeitar a boa fé, equivale a exprimir a ideia que nesse exercício se devem observar os vetores fundamentais do próprio sistema que atribui os direitos em causa. – cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Do abuso de direito: estado das questões e perspectivas”, in *ROA*, 2005, Vol. II, pp. 378 e ss.

<sup>336</sup> MIGUEL BASTOS, in op. cit., pp. 551-552.

MIGUEL BASTOS, in op. cit., p. 552, refere ainda que, uma vez que a paralisação de posições jurídicas por via do abuso de direito não pressupõe qualquer elemento subjetivo referente a quem exerce o direito de modo ilegítimo, “*abusivo será o exercício do direito ao pagamento automático ainda que, sendo a falta de fundamento material da solicitação evidente para um homem médio, o beneficiário por alguma razão desconheça essa falta de cabimento, embora, como salienta a doutrina, tal seja uma situação difícil de conceber*”.

<sup>337</sup> *Apud* A. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto – Questão de direito ou o problema metodológico da jurisdição (Ensaio de uma reposição crítica)*, I – *A crise*, 1967, Coimbra, pp. 515-516.

<sup>338</sup> A. CASTANHEIRA NEVES, in op. cit., pp. 524-525.



De acordo com A. CASTANHEIRA NEVES, é considerado como abuso de direito o comportamento que, sem contrariar a estrutura formal-definidora de um direito, “*viole ou não cumpra no seu sentido concreto-materialmente realizado a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado*”<sup>339</sup>.

Na conceção postulada por COUTINHO DE ABREU, o abuso de direito pressupõe a disfuncionalidade do exercício do direito a que acresce a suscetibilidade de causar prejuízo significativo a outrem, explicitando que “*há abuso de direito quando um comportamento, aparentando ser exercício de um direito, se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação de interesses sensíveis de outrem*”<sup>340</sup>.

Para MENEZES CORDEIRO, a base ontológica do abuso de direito reside na disfuncionalidade de comportamentos jurídico – subjetivos que, embora ancorados em normas jurídicas permissivas, se mostrem dissonantes com o sistema jurídico globalmente considerado<sup>341</sup>, porque sujeitos a limitações

<sup>339</sup> De acordo com este Autor, cada direito subjetivo implicaria uma “*intenção axiológico-normativa*” suportada e traduzida pela sua estrutura formal, justificando-se o abuso pelo reconhecimento de “*princípios e exigências axiológico-jurídicas que vigoram acima e independentemente da lei – do seu conteúdo formal*”. – cfr. A. CASTANHEIRA NEVES, in op. cit., p. 524.

<sup>340</sup> COUTINHO DE ABREU, *Do Abuso de Direito – Ensaio de um critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*, Almedina, Coimbra, 1983, p. 43.

COUTINHO DE ABREU questiona, a propósito da formulação do art. 334º do CC – segundo o qual há abuso de direito quando se excedam manifestamente os limites impostos pela boa fé – se não seria mais congruente autonomizar os princípios da boa fé e do abuso de direito para evitar confusões, e aponta como critério de distinção o seguinte: o abuso de direito talhou-se para certos exercícios (embora aparentes) dos direitos (embora entendidos muito latamente), ao passo que o princípio da boa fé, “*apesar de se revelar principalmente em hipóteses típicas relacionadas com o exercício de direitos, não deixa de actuar também no cumprimento de obrigações*”, e prossegue: “*Mais, este princípio*” – boa fé – “*vale para todo o comportamento juridicamente relevante das pessoas*”. De acordo com o Autor, teria sido preferível que o art. 334º tivesse “*nascido mais criterioso*”, devendo, em todo o caso, e sempre que se esteja perante casos situados sob a alçada da boa fé, fazer-se as devidas discriminações, mesmo que se invoque o art. 334º. COUTINHO DE ABREU sugere ainda que “*era importante que o princípio da boa fé, com todo o seu alcance, tivesse uma genérica e convicta consagração no Código Civil*” para assegurar que a sua aplicação não se fizesse apenas a propósito dos casos dos artigos que a mencionem expressamente. – cfr. COUTINHO DE ABREU, in op. cit., pp. 61-63.

<sup>341</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Do abuso de direito...*, cit., p. 378.

Neste sentido, de acordo com VAZ SERRA, “*a ideia de abuso de direito pode muitas vezes estar incluída na violação da boa fé. É o que se dará em regra, no domínio contratual, onde as partes devem proceder segundo a boa fé: aí, o abuso do direito será frequentemente uma ofensa da boa fé devida. De modo que não valeria a pena falar aqui em abuso de direito, bastante o dever de boa fé para basear as soluções,*



decorrentes de princípios gerais como o da tutela da confiança<sup>342</sup> e o da primazia da materialidade subjacente<sup>343</sup>, ou seja, a uma regra de conduta segundo a boa fé. O Autor salienta que o instituto do abuso de direito deve ser entendido em termos puramente objetivos, i.e., sem depender da culpa ou de qualquer elemento subjetivo do agente, sendo certo, porém, que a presença ou a ausência de tais elementos poderão depois contribuir para definir as consequências do abuso<sup>344</sup>.

Consensual que se mostra a conceção do abuso de direito enquanto instituto objetivo, assim se desligando a oponibilidade da “*exceptio doli*” da demonstração da intenção de enganar ou de causar prejuízo na solicitação da garantia, conclui-se que a mesma poderá ser paralisada por via do abuso de direito se, apesar de verificados os pressupostos formais do apelo à garantia, não se verificarem os pressupostos materiais da mesma, ou seja, os que decorrem da relação entre o devedor garantido e o credor beneficiário<sup>345</sup>.

Como salienta MÓNICA JARDIM, na garantia autónoma, o direito do beneficiário face ao garante funda-se numa pretensão que tem origem num evento relacionado com o contrato base, de forma que, “*só quando tal evento ocorre é que ele se torna titular do direito potestativo de solicitar a soma objecto da garantia que, depois de exercido, faz nascer na sua esfera jurídica um direito de crédito face ao garante*”<sup>346</sup>.

Digna de destaque é a conceção restritiva de autonomia defendida por MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO<sup>347</sup>, afirmando que esta característica

*se é que a boa fé não é, por sua vez, uma aplicação da teoria do abuso de direito*”. – cfr. A. VAZ SERRA, *Abuso de Direito (Em matéria de responsabilidade civil)*, in *BMJ*, nº 85, pp. 265-266.

<sup>342</sup> Em homenagem ao princípio da tutela da confiança, os direitos devem ser exercidos de forma a não frustrar a expectativa e a confiança legitimamente geradas na contraparte. – cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., pp. 184-188.

<sup>343</sup> De acordo com MENEZES CORDEIRO, a ideia que aflora na regra da primazia da materialidade subjacente é a de que o Direito visa, através dos seus preceitos, a obtenção de certas soluções efetivas, pelo que se torna insuficiente a adoção de condutas que apenas na forma correspondam aos objetivos jurídicos, descurando-os, na realidade, num plano material. Assim, a boa fé exige que os exercícios jurídicos sejam avaliados em termos materiais, de acordo com as efetivas consequências que acarretam. – cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., pp. 189-190.

<sup>344</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., p. 197.

<sup>345</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *A Garantia Autónoma*, cit., p. 628, nota 53.

<sup>346</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 297.

<sup>347</sup> MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., pp. 352 e ss. No mesmo sentido, entre nós cfr. A. FERRER CORREIA, in op. cit., pp. 253 e 257; JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, in op. cit., p. 710; JORGE

apenas permite salvaguardar o direito do credor beneficiário de delongas decorrentes da invocação de exceções – não provadas, apenas questionadas – fundadas na relação subjacente<sup>348</sup>, pelo que, “*a contrario*”, será legítima a recusa do pagamento em todos os casos em que o garante dispuser de prova líquida de que o devedor não tem de pagar, pois inexistente qualquer razão que justifique que o garante pague aquilo que o beneficiário terá de restituir posteriormente ao devedor garantido<sup>349</sup>.

Neste mesmo sentido, FRANCISCO CORTEZ sublinha que a autonomia do contrato autónomo de garantia é simplesmente instrumental, no sentido de que está ao serviço da causa do próprio contrato, não podendo significar que sejam inoponíveis todas as exceções exteriores não relacionadas com a relação de garantia, mas antes, e apenas, a insusceptibilidade de invocação pelo garante de eventos do contrato base que sejam alvo de verdadeira controvérsia<sup>350</sup>.

Quanto a nós, aderimos ao entendimento propugnado pelos referidos Autores, que julgamos ser o que melhor se coaduna com o equilíbrio de interesses que a garantia autónoma visa assegurar<sup>351</sup>. Neste pressuposto, defendemos que, se resultar de forma inequívoca que o beneficiário não é titular de um qualquer direito em face do devedor garantido com fundamento no contrato base – e desde que a concreta vicissitude invocada (*v.g.* cumprimento pontual da obrigação, incumprimento não culposo imputável ao beneficiário ou resultante de “força maior”, invalidade do contrato base, etc.) não configure um dos riscos expressamente abrangidos pelo contrato autónomo de garantia – a solicitação do pagamento mostrar-se-á objetivamente desconforme com o fim visado pelas partes na celebração do contrato de garantia, sendo, como tal, abusiva, e suscetível de paralisação através da invocação pelo

DUARTE PINHEIRO, in op. cit., pp. 451-452; FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., p. 585; PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, in op. cit., pp. 146-147. Na doutrina internacional, cfr. FRANCO BONELLI, in op. cit., pp. 96 e ss.

<sup>348</sup> MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., p. 352.

<sup>349</sup> MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., p. 353. Neste mesmo sentido cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., pp. 451-452.

<sup>350</sup> FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., p. 535.

<sup>351</sup> Conforme doutamente entendido no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa datado de 17.05.2012, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), “*pode dizer-se que existe fraude, abuso ou má fé quando a interpelação for contrária ao equilíbrio da relação jurídica principal que a obrigação do garante visa garantir*”.

garante da “*exceptio doli*”<sup>352</sup>, e isto, independentemente do estado subjetivo do beneficiário, redundando inútil a indagação sobre a culpa e a intencionalidade na excussão da garantia<sup>353</sup>.

Com efeito, se o credor beneficiário solicita a garantia num circunstancialismo em face do qual resulte certo que deverá restituir posteriormente a quantia recebida, por se mostrar evidente a ausência de causa justificativa da pretendida atribuição patrimonial, tal conduta abusiva poderá ser paralisada através da oposição pelo garante da “*exceptio doli generalis*”, considerando o velho princípio latino “*dolo facit, qui petit quod redditurus est*”<sup>354</sup>.

Em suma, em nosso entender, nas hipóteses de manifesto e evidente exercício disfuncional da garantia, em que o beneficiário apenas formalmente surge como titular do direito à soma pecuniária, mostrando-se, na doura expressão de A. CASTANHEIRA NEVES, concretamente violado o “*fundamento que material-normativamente constitui esse mesmo direito*”<sup>355</sup>, a invocação da “*exceptio doli*” permitirá fazer atuar os princípios da boa fé e da proibição do abuso de direito, procedendo a um reequilíbrio contratual através da amenização da normal insensibilidade da garantia relativamente à relação fundamental<sup>356</sup>.

<sup>352</sup> Concordamos, assim, com MARCELLO MAGGIOLO, quando afirma que a “*exceptio doli*” “*potrebbe colpire la generalità degli abusi che si possono verificare, e non solo il caso in cui venga richiesto un secondo adempimento; nel contempo, esso sarebbe confinato alle ipotesi in cui si via la certezza relativa della frode, data da una prova qualificata*” (“La tutela degli obbliganti nelle garanzie a prima richiesta”, in *Rivista di Diritto Civile*, ano XXXVI, 1990, I, p. 434).

<sup>353</sup> Neste sentido, GAROFALO considera “*inutile l’investigazione sullo stato soggettivo dell’agente e quindi la ricerca, nel comportamento del medesimo, degli elementi (consapevolezza e intenzionalità) che plasmano il dolo*” – cfr. GAROFALO, in op. cit., p. 656.

<sup>354</sup> Paulus – L. 17. § 3. Dig. de Regulis juris – “*Age com dolo quem pede o que deve ser restituído.*” – cfr. PAOLA LAMBRINI, *Dolo Generale...*, cit., p. 47.

<sup>355</sup> A. CASTANHEIRA NEVES, in op. cit., pp. 524-525.

<sup>356</sup> Neste mesmo sentido, cfr. VICENZO MANNINO, in op. cit., p. 1315.

A invocação da exceção de “fraude” ou “abuso” no âmbito de uma contragarantia suscita particulares dificuldades em atenção à estrutura quadrangular pressuposta. O STJ apreciou recentemente esta questão, no Acórdão datado de 21.04.2010, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), cujo excerto, pela sua relevância, seguidamente se transcreve: “*Tratando-se de uma garantia indirecta ou contra-garantia, não se pode afirmar, em absoluto, que a fraude do beneficiário na execução da garantia “transforma, por si só, o pedido do banco garante de primeira ordem (garante) em relação ao contra-garante num pedido abusivo ou fraudulento”, como escreve Fátima Gomes, op. cit., pág. 131; nem tão pouco que não possa “existir fraude do garante sem que exista fraude do beneficiário (...) subsistindo razões aptas a justificar a recusa de pagamento pelo contra-garante” (pág. 182). Na realidade, no âmbito das contra-garantias, a fraude susceptível de ser oposta pelo contra-garante ao garante, tanto pode resultar*

### 3.1. Hipóteses de solicitação abusiva da garantia

Considerando a indefinição em torno do conteúdo da exceção de “abuso” ou “fraude”, e em concreto, sobre quais as vicissitudes relativas ao contrato base suscetíveis de invocação pelo garante para recusar a entrega da soma objeto da garantia, a doutrina tem envidado esforços no sentido de encontrar uma “tipologia de circunstâncias” que indiciem o carácter infundado da interpeção do beneficiário<sup>357</sup> e assim permitam a oponibilidade da “*exceptio doli*”.

#### 3.1.1. Cumprimento do contrato base

Segundo informa BONELLI, a maioria da jurisprudência entende que, quando resulte provado que o devedor garantido cumpriu pontual e corretamente as obrigações emergentes do contrato base, a solicitação da garantia surge como abusiva, podendo o garante recusar o pagamento<sup>358</sup>.

A recusa de pagamento apenas será legítima se o cumprimento do contrato base resultar demonstrado em termos certos e inequívocos, o que ocorrerá, por exemplo, em face de uma declaração emitida pelo próprio beneficiário na qual este reconhece o correto e integral cumprimento pelo devedor garantido, ou se tal cumprimento for certificado por terceiro imparcial ou por peritos judiciais, ou ainda se os elementos ao dispor do garante permitiam presumir com toda a segurança esse cumprimento, por dos mesmos resultar a inexistência de “genuína controvérsia” acerca do mesmo<sup>359</sup>. De outro modo, se o garante não se encontrar na posse de elementos que atestem o cumprimento integral do contrato ou se o cumprimento, ainda que evidenciado, for objeto

*de colusão entre o beneficiário e o garante (o garante satisfaz a garantia conluiado com o beneficiário, ou não obstante ter conhecimento – ou, eventualmente, devendo ter conhecimento – de que o beneficiário exigiu abusivamente a satisfação da garantia, e vem exigir o pagamento da contra-garantia, hipótese de dupla fraude), como ocorrer apenas em relação ao garante, que exige abusivamente a satisfação da contra-garantia (por exemplo, porque falsamente invoca ter-lhe sido solicitado o pagamento da garantia – o exemplo é de Mónica Jardim, op. cit., pág. 310).”*

<sup>357</sup> Tais casos foram tipificados por FRANCO BONELLI, numa recolha de decisões jurisprudenciais, cujo excursus seguiremos de perto, sem, contudo, deixar de fazer referência aos contributos oferecidos pela doutrina portuguesa – cfr. FRANCO BONELLI, in op. cit., pp. 96 e ss.

<sup>358</sup> FRANCO BONELLI, in op. cit., p. 96.

<sup>359</sup> MANUEL CASTELO BRANCO, in op. cit., p. 80; FRANCO BONELLI, in op. cit., pp. 106-109.

de litígio entre as partes do contrato base, tem-se entendido que não poderá ser paralisada a excussão da garantia<sup>360</sup>.

Como salienta PEDRO ROMANO MARTINEZ, sempre que resulte de prova concludente a demonstração do correto e integral cumprimento do contrato base, não é razoável que o garante continue obrigado a efetuar a prestação de garantia<sup>361</sup>. Em sentido idêntico, JORGE DUARTE PINHEIRO considera que impor-se ao garante a entrega da soma de garantia perante a solicitação do beneficiário que, de forma manifesta, nada tem a haver do devedor principal por via do contrato base, significa criar uma situação de enriquecimento sem causa, forçando o Banco a reclamar do dador da ordem o montante da garantia e, por sua vez, o dador da ordem a demandar o beneficiário para eliminar o locupletamento injusto, concluindo que “*não faz sentido receber o beneficiário aquilo que, à partida, se sabe não lhe caber*”<sup>362</sup>.

A este propósito, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES defende que, na hipótese de resultar demonstrado o cumprimento pelo devedor garantido das obrigações emergentes do contrato base, existe acessoriedade extintiva na garantia autónoma<sup>363</sup>. Segundo este entendimento, servindo o contrato autónomo de garantia a função de assegurar a satisfação do interesse do credor beneficiário na hipótese de o mesmo resultar frustrado pela verificação do evento pressuposto pelo funcionamento da garantia (v.g. o incumprimento do devedor), se esse interesse do credor é diretamente satisfeito pelo devedor garantido através do regular cumprimento do contrato base, extingue-se a obrigação do garante, pois a circunstância de que a mesma depende torna-se de impossível verificação. De outra forma, não poderia em rigor falar-se de uma garantia<sup>364</sup>.

<sup>360</sup> MANUEL CASTELO BRANCO, in op. cit., p. 80; FRANCO BONELLI, in op. cit., pp. 106-109.

<sup>361</sup> O Autor refere que para além da exceção do cumprimento pontual do contrato base, a dação em cumprimento ou compensação, também implicam a extinção da garantia – cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, in op. cit., p. 347.

<sup>362</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 451.

<sup>363</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 116.

<sup>364</sup> MIGUEL BASTOS, in op. cit., p. 528.

### 3.1.2. Incumprimento não imputável ao devedor: a culpa do beneficiário e a exceção de “força maior”

Se o devedor garantido incumpriu as suas obrigações emergentes do contrato base, o beneficiário estará legitimado a solicitar a entrega da soma objeto da garantia, por se mostrar verificado o pressuposto material do seu direito.

Coloca-se, porém, a questão de saber se o garante poderá recusar o pagamento, opondo a *“exceptio doli”*, na hipótese de o inadimplemento do devedor não lhe ser imputável, v.g. por dever-se a culpa do credor beneficiário ou resultar de circunstâncias ditas de “força maior”.

Resultando de prova líquida que o credor impediu dolosamente a realização da prestação devida pelo devedor, alguma doutrina confere ao garante a legitimidade para recusar o pagamento da garantia<sup>365</sup>, entendendo-se que, em tais casos, a solicitação da garantia é paralisável através da oposição da exceção de abuso de direito, configurando uma hipótese típica de comportamento abusivo na modalidade *“tuo quoque”*<sup>366</sup>. Segundo MENEZES CORDEIRO, a exceção de *“tuo quoque”*<sup>367</sup> corresponde a uma concretização do

<sup>365</sup> FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 173; DANIEL MEDINA ATAÍDE, *Mecanismos de defesa frente às reclamações abusivas ou fraudulentas das garantias independentes e sua perspectiva conferida pela boa fé objectiva* – Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas (Patrimonial), apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008, p. 47.

Interessante é a posição defendida por FÁTIMA GOMES, segundo a qual nos casos em que o incumprimento do contrato base pelo devedor se deve a um comportamento imputável ao beneficiário, o garante está legitimado a recusar o pagamento da garantia, mas tal não constitui uma verdadeira exceção à natureza autónoma do contrato de garantia, pois, nessa hipótese, não se verifica o pressuposto pré-estabelecido para a responsabilização do garante. – cfr. FÁTIMA GOMES, in op. cit., pp. 173-174.

<sup>366</sup> DANIEL MEDINA ATAÍDE, in op. cit., p. 47.

<sup>367</sup> De acordo com MENEZES CORDEIRO, *tuo quoque* (*“tuo quoque!”* – *“também tu!”*) terá sido a fórmula usada por César quando se apercebeu que o seu filho adoptivo *Brutus* estava entre os seus assassinos. Segundo o Autor, a exceção de *“tuo quoque”* postula o princípio de acordo com o qual é vedado àquele que viole uma norma jurídica tirar partido dessa violação, exigindo a outrem o acatamento das consequências daí resultantes, ideia que encontra acolhimento jurídico-positivo em diversas normas do Código Civil Português, destacando-se o art. 570º, nº 1 do CC, de acordo com o qual a culpa do lesado pode reduzir ou excluir a indemnização. MENEZES CORDEIRO aponta como hipótese típica do *“tuo quoque”* a violação do mesmo contrato, de que é exemplo a situação do senhorio que não fez reparações urgentes, daí resultando a inabitabilidade do locado, e depois tentou uma ação de despejo contra

princípio da primazia da materialidade subjacente<sup>368</sup>, na vertente da idoneidade valorativa, que, tutelando a harmonia do sistema, impede que “*alguém utilize a própria situação jurídica que tenha violado para, em função do seu ilícito, tirar partido contra outrem, sendo, por isso, contrário à boa fé, provocar um dano e exigir a outrem a sua reparação*”<sup>369</sup>.

Por apelo a tal princípio, julgamos ser legítima a paralisação da execução da garantia como forma de sancionar a conduta abusiva do credor beneficiário que, culposamente, obsta ao cumprimento pelo devedor da obrigação resultante do contrato base e, posteriormente, efetua a solicitação com fundamento nesse mesmo incumprimento a que deu causa.

Por outro lado, controversa se mostra a legitimidade da recusa do pagamento pelo garante na hipótese de o incumprimento do contrato base não ser imputável ao devedor, resultando de circunstâncias de natureza fortuita ou eventos de ditos de “força maior”<sup>370</sup>.

Com efeito, alguns Autores defendem que, mesmo nestes casos, o garante permanece adstrito ao compromisso de garantia assumido.

Para FÁTIMA GOMES, a causa da garantia autónoma é a assunção de determinados riscos, que tanto podem ser típicos como atípicos, defendendo a Autora que o garante assegura a obtenção de um determinado resultado tanto na hipótese de a sua não verificação ser imputável ao devedor garantido (risco típico), como também no caso de ficar a dever-se a fatores estranhos à vontade deste e à do credor, nomeadamente se resultar de situações políticas excecionais (risco atípico)<sup>371</sup>.

FRANCISCO CORTEZ, por seu turno, considera que, tal como acontece na “cláusula de garantia” – definida por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO como a cláusula “*através da qual o devedor assegura ao credor determinando resultado, assumindo o risco da não verificação do mesmo, qualquer que seja, em princípio a sua causa*”<sup>372</sup> – o

o arrendatário por falta de uso efetivo – cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., pp. 208-211 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Do abuso de direito...*, cit., pp. 359-361.

<sup>368</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., p. 211.

<sup>369</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., p. 189.

<sup>370</sup> Segundo POULLET, a apreciação judicial da “força maior” enquanto meio de defesa proliferou durante a revolução iraniana. – cfr. YVES POULLET, in op. cit., p. 425.

<sup>371</sup> FÁTIMA GOMES, in op. cit., pp. 173-174.

<sup>372</sup> Estabelecendo o confronto entre o contrato autónomo de garantia e a cláusula de garantia, A. PINTO MONTEIRO indica como ponto de contacto o facto de ambas operarem sem que



funcionamento do contrato autónomo de garantia dispensa o requisito da culpa do devedor enquanto pressuposto da responsabilidade civil<sup>373</sup>. Assim, segundo este entendimento, apesar de a obrigação do garante assumir natureza indemnizatória, esta obrigação mantém-se mesmo que o incumprimento do devedor lhe não seja imputável por resultar de um “caso fortuito” ou de “força maior”<sup>374</sup>.

Em sentido dissonante, parte da doutrina e alguma jurisprudência reconhecem ao garante a legitimidade de recusa da entrega da soma objeto da garantia em tais casos em que o evento garantido – *v.g.* o cumprimento do contrato base – tenha resultado frustrado em consequência de um evento imprevisível ou inevitável, cuja ocorrência extravasa o controlo do devedor garantido<sup>375</sup>.

Na conceção postulada por PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, se o incumprimento do devedor garantido se dever à imposição da proibição do comércio com certo país, tal constitui uma hipótese de alteração das circunstâncias (cfr. arts. 437<sup>o</sup> e ss CC), que justifica a recusa de cumprimento do compromisso assumido pelo garante<sup>376</sup>.

releve qualquer impossibilidade de cumprimento da obrigação garantida, distinguindo-se, porém, na medida em que a cláusula de garantia tem natureza acessória e é subscrita pelo devedor, ao passo que a garantia autónoma, sendo independente, é subscrita por um terceiro, em regra um Banco. – cfr. A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal...*, cit., pp. 271 e ss.

<sup>373</sup> FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., pp. 585 e ss. FRANCISCO CORTEZ atribui ao contrato autónomo de garantia uma tripla vantagem resultante da autonomia: “fazer o devedor responder – indiretamente através do garante que tem depois direito de regresso – ainda que o incumprimento não lhe seja imputável mas devido a circunstâncias fortuitas ou de força maior, recolhendo assim as vantagens da cláusula de garantia; operar uma liquidação prévia do dano dispensando o credor da sua prova, fazendo assim sua uma vantagem própria da cláusula penal; e finalmente, tornar, na prática, independentes a obrigação principal de prestar e a obrigação de indemnização (...)” – cfr. FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., pp. 589.

<sup>374</sup> FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., pp. 588-589; A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal...*, cit., p. 265, nota 547.

<sup>375</sup> No recente Acórdão do TRL de 17.05.2012, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), pode ler-se que “Os conceitos de facto fortuito ou de força maior aparecem associados quer na doutrina, quer na jurisprudência, a situações não imputáveis àquele que se encontra obrigado, por revestirem as características da imprevisibilidade, inevitabilidade ou irresistibilidade a determinada situação. Entende-se por facto fortuito aquele que é imprevisível e não querido pelo agente e que o impossibilita de agir de acordo com a sua própria vontade. Por sua vez, o caso de força maior está associado ao evento natural ou de acção humana que, embora pudesse prevenir-se, não poderia ser evitado, nem em si, nem nas suas consequências danosas, sobressaindo em todo ele a ideia de inevitabilidade.”

<sup>376</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, in op. cit., p. 348.



Neste âmbito, a jurisprudência estrangeira admitiu a exceção de força maior como fundamento da recusa do pagamento pelo garante nos casos em que foi introduzida alteração legislativa no país do credor beneficiário, proibindo a atividade privada objeto do contrato base, ou em que a ocorrência de eventos bélicos obstaculizou a realização pelo devedor garantido da prestação devida, mas já não assim na eventualidade de terem sido meros acontecimentos políticos a impedir o cumprimento do contrato base, por se entender que num contrato internacional estes riscos devem ser previstos pelas partes e são inerentes ao contrato, ou num caso de catástrofe agrícola<sup>377</sup>.

Quanto a nós, reconhecemos que a oponibilidade da exceção de evento fortuito ou de força maior que tenha determinado o incumprimento do devedor garantido apresenta dificuldades relacionadas não só com a indefinição de tais conceitos, mas também com a própria problemática conexas com o tratamento a conferir à distribuição do risco<sup>378</sup>.

Conforme bem salienta MIGUEL BASTOS, citando CANARIS, apenas em função da análise do texto de cada contrato autónomo de garantia será possível delimitar o conjunto dos concretos fundamentos que conferem legitimidade à recusa da prestação pelo garante, pela inversa determinação dos eventos consagrados como pressuposto da obrigação de garantia, i.e., “*das espécies e da amplitude de riscos contratualmente assumidos pelo garante*”<sup>379</sup>.

Aderindo a tal entendimento, julgamos que só em face de cada contrato será possível verificar se os casos ditos de “força maior” ou que revistam natureza fortuita são ou não cobertos pelo funcionamento da garantia. Se resultar expressamente do texto da garantia a sua inclusão, não há dúvida que o garante tem de pagar. Se o clausulado prever a exclusão de tais eventos do âmbito dos riscos assumidos pelo garante, incontroversa se mostrará de igual modo a legitimidade da recusa da entrega da soma de garantia perante a solicitação do beneficiário. Porém, na inexistência de qualquer disposição expressa do contrato de garantia relativamente a tais situações, entendemos que o garante poderá recusar o pagamento, opondo a “*exceptio doli*”, se tiver

<sup>377</sup> MANUEL CASTELO BRANCO, in op. cit., p. 80.

<sup>378</sup> MANUEL CASTELO BRANCO, in op. cit., p. 80; FRANCO BONELLI, in op. cit., pp. 110-115.

<sup>379</sup> CANARIS discorda do entendimento assumido pela maioria da doutrina alemã segundo o qual o garante autónomo assume os riscos por todos os “*ocazos atípicos*” – *apud* MIGUEL BASTOS, in op. cit., pp. 536-537.

na sua posse prova concludente da impossibilidade objetiva do cumprimento do devedor garantido, por daí resultar a extinção da obrigação, tratando-se de impossibilidade definitiva (cfr. art. 790<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 1 CC) ou, pelo menos, a sua suspensão, se a impossibilidade tiver carácter temporário (cfr. art. 792<sup>o</sup> CC). Em tais situações, revelando-se manifesto que o credor beneficiário não tem em face do devedor garantido qualquer direito “*ex*” contrato base, a solicitação surge como abusiva, porque desconforme com o equilíbrio de interesses da relação jurídica subjacente que a garantia visa assegurar<sup>380</sup>, e a deslocação patrimonial a favor do beneficiário mostra-se, assim, destituída de fundamento.

### 3.1.3. Incumprimento do credor

Outra das exceções fundadas na relação subjacente que tem sido aceite por várias decisões judiciais como causa de justificação da recusa do pagamento pelo garante reside na demonstração do incumprimento do contrato base pelo credor beneficiário<sup>381</sup>.

Tal exceção traduz as hipóteses de manifesto incumprimento do beneficiário, de declaração por este prestada afirmando que não está em condições de cumprir, da demonstração da modificação unilateral dos termos do contrato base por si empreendida, ou ainda do desrespeito pelas regras fiscais locais<sup>382</sup>.

Todavia, a procedência de tal exceção é colocada na dependência do oferecimento de prova segura quanto à verificação dos eventos que a fundamentam, de tal forma que, subsistindo genuína controvérsia acerca do sujeito contratual que se encontra em situação de incumprimento, ou sobre quem incumpriu em primeiro lugar as suas obrigações contratuais, a solicitação do beneficiário não será considerada abusiva, não podendo, pois, ser paralisada<sup>383</sup>.

<sup>380</sup> Neste mesmo sentido, no recente acórdão do TRL de 17.05.2012, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), entendeu-se que a situação de guerra que assola a Líbia desde Fevereiro de 2011 configura uma situação de força maior que justifica o não cumprimento dos contratos base de empreitada celebrados, apresentando-se a excussão da garantia abusiva porque contrária ao “*equilíbrio da relação jurídica principal que a obrigação do garante visa garantir*”.

<sup>381</sup> MANUEL CASTELO BRANCO, in op. cit., p. 80; FRANCO BONELLI, in op. cit., pp. 115-120.

<sup>382</sup> MANUEL CASTELO BRANCO, in op. cit., p. 81.

<sup>383</sup> FRANCO BONELLI, in op. cit., p. 119; MANUEL CASTELO BRANCO, in op. cit., p. 81.

### 3.1.4. A invalidade do contrato base. A violação da ordem pública ou dos bons costumes

MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO salienta a tendência crescente no sentido de se reconhecer a invalidade do contrato base como fundamento de recusa da entrega da soma de garantia ao beneficiário, entendendo-se não existir qualquer razão para “*o banco pagar no caso de o credor ter de restituir ao devedor tudo o que recebeu*”<sup>384</sup>.

A este propósito, discute-se na doutrina a repercussão da nulidade do contrato base por contrariedade à ordem pública ou ofensividade dos bons costumes (cfr. art. 280º, nº 2 do CC) na validade do próprio contrato autónomo de garantia.

Antes de mais, reconhecendo-se que traduzem realidades distintas, importa precisar os conceitos de bons costumes e de ordem pública.

MENEZES CORDEIRO considera compreendidas na noção de bons costumes as regras de comportamento sexual e familiar segundo as quais não são admissíveis negócios jurídicos que tenham por objeto prestações que envolvam relações familiares (com ressalva dos atos próprios do Direito da Família tipificados por lei) ou condutas sexuais (assim, será ofensivo dos bons costumes o negócio destinado a pagar favores íntimos), alargando ainda a noção de bons costumes a regras deontológicas formuladas por instâncias profissionais próprias, como advogados, médicos, jornalistas e banqueiros (a título de exemplo, será considerada contra os bons costumes a prática de exigir a familiares sem meios próprios fianças por valores exorbitantes)<sup>385</sup>. Em suma, para este Autor, os bons costumes envolvem as duas áreas referidas, ou seja, os códigos de conduta sexual e familiar e os códigos deontológicos, os quais, apesar de não serem objeto de explicitação legal, são facilmente identificáveis em cada momento social<sup>386</sup>.

A ordem pública, por seu turno, é entendida como englobando o complexo dos princípios e valores fundamentais que informam a organização política, económica e social da sociedade e que são, por isso, tidos como imanentes

<sup>384</sup> MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., p. 353.

<sup>385</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., pp. 708-709.

<sup>386</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., p. 709.

ao próprio sistema jurídico, revestindo natureza imperativa (“*ius cogens*”), inderrogáveis pela vontade individual<sup>387</sup>. MENEZES CORDEIRO refere como exemplos de contrariedade à ordem pública “*contratos que exijam esforços desmesurados ao devedor ou que restrinjam demasiado a sua liberdade pessoal ou económica, designadamente pela imposição de uma obrigação de não trabalhar ou pela assunção de garantias ‘in aeternum et omnibus’ e portanto sem limite de tempo e em dimensão indeterminável*”<sup>388</sup>.

A doutrina maioritária defende a legitimidade da paralisação da garantia autónoma nos casos em que o contrato base enferma de nulidade por violação da ordem pública ou dos bons costumes – *v.g.* um assassinio pago, um fornecimento de droga, venda de pessoas para a prostituição...<sup>389</sup> –, sustentando que a ilicitude da causa gera a ilicitude da garantia<sup>390</sup>. Assim, de acordo com este entendimento, considerando que a causa da garantia autónoma é o contrato base, ou a função de o garantir, sendo este ilícito pela contrariedade aos bons costumes ou à ordem pública, tal vício transmite-se e contamina o próprio contrato autónomo de garantia.

<sup>387</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, in op. cit., p. 342; A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 405; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª edição atualizada, Almedina, 2006, p. 254. Este último Autor refere como integrando a ordem pública, designadamente “*aquelas normas que estabelecem as regras fundamentais da organização económica, as que visam garantir a segurança do comércio jurídico e proteger terceiros, as que tutelam a integridade dos indivíduos e a independência da pessoa humana e protegem os fracos e os incapazes, as que respeitam à organização da família e ao estado das pessoas, visando satisfazer um interesse geral da colectividade, etc.*”. – cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, in op. cit., p. 254.

<sup>388</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., p. 711.

<sup>389</sup> Para PESTANA DE VASCONCELOS, uma vez que tais negócios, para além de contrários à lei, constituem ainda ilícitos criminais, não se verifica qualquer levantamento da autonomia, que deverá ser simplesmente negada em tais casos, recaindo sobre o garante o dever de recusa do pagamento. – cfr. PESTANA DE VASCONCELOS, *A Garantia Autónoma*, cit., p. 629, nota 54.

<sup>390</sup> M. J. ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, in op. cit., p. 22; A. FERRER CORREIA, “Notas para o Estudo...”, cit., p. 253; JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, in op. cit., p. 709; FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., p. 604; MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 281 e ss; PEDRO ROMANO MARTINEZ, in op. cit., p. 348.

Em sentido diverso, VASSEUR advoga que, sendo o contrato autónomo de garantia independente do contrato base, não lhe são comunicados os vícios de que este enferme – *apud* FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 171. FÁTIMA GOMES refuta tal entendimento, contrapondo que, em tais casos, o que fundamenta a invalidade do contrato autónomo de garantia não é a existência de qualquer acessoriedade relativamente ao contrato base, mas sim a violação de princípios de ordem pública. – cfr. FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 175.

Enquanto alguns Autores identificam na oponibilidade da ilicitude da causa um limite à regra da inoponibilidade pelo garante das exceções relativas à relação subjacente, num verdadeiro “levantamento do véu” da autonomia com fundamento no “*ius cogens*”<sup>391</sup>, para outros trata-se de uma exceção relativa ao próprio contrato autónomo de garantia e não ao contrato base, afirmando-se como ilícita a garantia cuja causa seja garantir um contrato com causa ilícita<sup>392</sup>. Segundo informa MÓNICA JARDIM, na doutrina italiana, a oponibilidade da exceção da ilicitude da causa é justificada por alguns Autores sem recurso ao “*ius cogens*”, considerando que, em face do teor do art. 1462º do Código Civil Italiano, a cláusula pela qual o garante renuncia à possibilidade de invocar exceções decorrentes do contrato base não abrange a inoponibilidade da nulidade da garantia, por não ser válida a renúncia à invocação da exceção de nulidade<sup>393</sup>.

Neste contexto de relevância da exceção de ordem pública referente à causa do contrato autónomo de garantia, parte da doutrina<sup>394</sup> distingue entre contratos base de carácter meramente interno e contratos base celebrados entre sujeitos oriundos de diferentes países, defendendo que, se no primeiro caso poderá ser considerado qualquer fundamento de ilicitude, tratando-se já de um contrato internacional apenas poderá relevar a violação da ordem pública internacional, não sendo suficiente a violação da ordem pública interna do Estado da lei competente para disciplinar o contrato base<sup>395</sup>.

<sup>391</sup> FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., p. 604. Como salienta FERRER CORREIA, “*acima da citada regra da inoponibilidade das aludidas exceções estão aqueles preceitos do ordenamento jurídico (...) que fazem parte do seu ius cogens*”. – cfr. A. FERRER CORREIA, “Notas para o Estudo...”, cit., p. 253.

<sup>392</sup> F. MASTROPAOLO, “Pagamento a prima richiest, limiti alla inopponibilit  delle eccezioni e problemi probatori”, in *BBTC*, 1990, p. 570 e ss.

<sup>393</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 285.

<sup>394</sup> BENATTI, MASTROPAOLO e VASSEUR – *apud* MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 285, nota 509.

<sup>395</sup> Tal posição limita a invocabilidade da exceção sempre que a garantia autónoma seja internacional aos casos em que o contrato base seja ilícito face ao ordenamento jurídico que o regula e face ao ordenamento jurídico do país do beneficiário e a causa da garantia (o contrato base ou a função de o garantir) seja ilícita face ao ordenamento que disciplina o contrato autónomo de garantia (ordenamento este que poderá ser distinto do que regula o contrato base e do ordenamento do país do beneficiário). Para estes Autores, sufragar tese contrária significaria frustrar a vontade das partes que, ao celebrar a garantia, pretenderam assegurar o crédito contra os riscos de certas medidas próprias de convulsões políticas, como

Em sentido oposto, outros Autores<sup>396</sup> sustentam que a licitude da causa deve ser aferida à luz da ordem pública interna do ordenamento jurídico competente para disciplinar o contrato autónomo de garantia, independentemente do carácter interno ou internacional do contrato base<sup>397</sup>. Esta tese, a que adere MÓNICA JARDIM, postula que a relevância de tal exceção deve ser perspetivada no plano da (i)licitude do contrato base enquanto elemento (causa) do contrato autónomo de garantia. Por assim ser, segundo a Autora, a (i)licitude da causa será, necessariamente, aferida à luz do mesmo ordenamento jurídico que regula o contrato de garantia de que aquela constitui elemento, ordenamento esse que, na ausência de estipulação expressa das partes, será o do Estado do garante, tal como dispõem os arts. 3º da Convenção de Roma e 43º das URDG 758 da CCI<sup>398</sup>.

Alguma doutrina – destacando-se FRANCISCO CORTEZ, FÁTIMA GOMES e PORTALE – ressalva da ilicitude da causa da garantia a violação de “lei económica” do país do devedor garantido, justificando que, sendo esta diversa da lei do país do credor beneficiário, este não tinha o dever de a conhecer<sup>399</sup>. Advogam estes Autores que tais hipóteses de violação de normas internas que não consagrem preceitos de ordem pública configuram riscos típicos abrangidos pela garantia autónoma.

Quanto a nós, somos de parecer que – excetuando a existência de disposição contratual que inclua tais hipóteses no conjunto de riscos abrangidos pelo compromisso de garantia – o garante poderá recusar o pagamento desde que resulte inequívoca a invalidade ou a ilicitude do contrato base, independentemente da concreta causa que a determine, por daí resultar a inexistên-

as restrições cambiais ou o confisco de créditos estrangeiros – cfr. MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 286; JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, in op. cit., p. 708; FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., p. 604.

<sup>396</sup> GAVALDA/STOUFFLET, PORTALE, LUCIEN SIMONT e CLAUDE MARTIN – *apud* MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 286, nota 511.

<sup>397</sup> Este entendimento permite que, perante um contrato de garantia internacional, o garante possa recusar a entrega da soma objeto da garantia sempre que o contrato base, apesar de lícito em face do ordenamento jurídico competente para o regular, seja porém contrário às regras e princípios dominantes no ordenamento jurídico competente para reger o contrato autónomo de garantia. – cfr. MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 286.

<sup>398</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 287.

<sup>399</sup> FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., pp. 606-607; FÁTIMA GOMES, in op. cit., pp. 174-175; PORTALE, in op. cit., pp. 182 e ss.

cia de qualquer direito “*ex*” contrato base que o beneficiário possa fazer valer face ao devedor garantido, configurando-se a interpelação como abusiva<sup>400</sup>.

No concreto caso de nulidade do contrato base decorrente de contrariedade à ordem pública ou ofensividade aos bons costumes, julgamos que a legitimidade da recusa do pagamento pelo garante decorrerá diretamente do desrespeito pelo “*ius cogens*”, não sendo necessário invocar a “*exceptio doli*” e o exercício abusivo do direito de chamamento da garantia<sup>401</sup>.

Acompanhando SIMÕES PATRÍCIO, entendemos ser de rejeitar a distinção operada por alguma doutrina entre ordem pública interna e ordem pública internacional<sup>402</sup>, considerando resultar do teor conjugado dos arts. 280º, nº 2 e 294º do CC o carácter inderrogável de todas as normas imperativas, ina-

<sup>400</sup> Neste mesmo sentido, cfr. FRANCO BONELLI, in op. cit., p. 122.

<sup>401</sup> Tecendo idêntica consideração, cfr. PESTANA DE VASCONCELOS, *A Garantia Autónoma*, cit., p. 629, nota 54.

<sup>402</sup> De qualquer modo, como ensinam Autores como FERRER CORREIA, BAPTISTA MACHADO e MENEZES CORDEIRO, a relevância da ordem pública internacional apenas se coloca perante a aplicação da lei estrangeira. Segundo MENEZES CORDEIRO, a noção de ordem pública internacional – cfr. art. 22º do CC – integra o caonjunto de princípios tão consistentes que não admitem a aplicação interna de normas de direito estrangeiro que os contraditem. – cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., p. 711.

FERRER CORREIA refere que, enquanto a ordem pública interna restringe a liberdade individual, a ordem pública internacional ou externa limita a aplicabilidade das leis estrangeiras, traduzindo, na expressão de HEGEL, “*o reduto inviolável do sistema jurídico nacional*”, a significar que cada Estado tem naturalmente os seus valores jurídicos fundamentais de que entende não dever abdicar e interesses que reputa essenciais e que, em qualquer caso, lhe incumbe proteger, de tal modo que a aplicabilidade da lei estrangeira definida por competente não será aplicada se essa aplicação lesar algum princípio ou valor básico do ordenamento nacional, tido por inderrogável, ou algum interesse de precípua grandeza da comunidade local – cfr. A. FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., pp. 405-406.

Como ensina BAPTISTA MACHADO, quando da aplicação da lei estrangeira resultar uma intolerável ofensa da harmonia jurídico-material interna ou uma contradição flagrante com os princípios fundamentais que enformam a sua ordem jurídica, o juiz nacional pode precluir a aplicação da lei estrangeira, opondo a exceção de ordem pública internacional ou reserva da ordem pública. Este Autor salienta que a ordem pública internacional apenas opera na ausência “*de uma genuína comunidade jurídica internacional, pois se todos os Estados estivessem subordinados aos mesmos princípios ético-jurídico fundamentais, é evidente que este problema não surgiria*”. – cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, in op. cit., p. 256.

Neste sentido, MENEZES CORDEIRO destaca que a convergência dos sistemas económicos e a generalização da tutela dos direitos humanos têm vindo a retirar relevância prática à ordem pública internacional. – cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., p. 711.

fastáveis pela vontade individual<sup>403</sup>, normas essas que instituem limitações ao exercício da autonomia privada – princípio ao abrigo do qual nasceu e se afirmou o próprio contrato autónomo de garantia –, circunscrevendo o “*espaço de liberdade jurígena*”<sup>404</sup> dentro do qual a autonomia pode atuar. Desta forma, salienta-se que a ressalva à liberdade contratual, expressamente prevista na parte inicial do art. 405º – “*dentro dos limites da lei*” –, significa precisamente que, como sublinha ANTUNES VARELA, “*para que o contrato goze da tutela que a lei lhe concede, não pode cada um dos contraentes ignorar os valores fundamentais que estão na base do sistema legislativo, nem as limitações destinadas imediatamente a salvaguardar as justificadas expectativas da outra parte e os legítimos interesses de terceiro*”<sup>405</sup>.

#### 4. O pressuposto formal: a prova “pronta e líquida” do carácter abusivo da solicitação

Conforme já aludido *supra*<sup>406</sup>, de forma a atenuar o risco de indeterminação e incerteza que a invocação da “*exceptio doli*” pode implicar na busca da justiça do caso concreto, a doutrina faz depender a legitimidade da recusa do pagamento pelo garante do carácter manifesto ou evidente do carácter abusivo da solicitação pelo beneficiário, ou seja, do “*uso distorto*” da garantia<sup>407</sup>.

Antes de mais, importa, contudo, precisar que – como bem salienta MIGUEL BASTOS<sup>408</sup> – a discussão que a doutrina trava em torno da exigência de prova especialmente qualificada, que traduza de forma evidente o carácter infundado do chamamento da garantia como pressuposto da legitimidade da recusa do pagamento, refere-se à garantia autónoma na sua modalidade automática ou “à primeira solicitação”.

Com efeito, tratando-se de uma garantia autónoma dotada da cláusula de pagamento “*on first demand*”, o garante assume a obrigação de entregar a soma objeto da garantia logo que o beneficiário o solicite, sem que este tenha

<sup>403</sup> JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, in op. cit., p. 709.

<sup>404</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., p. 168

<sup>405</sup> JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., pp. 230-231, nota 5.

<sup>406</sup> Cfr. o ponto 2. do presente Capítulo.

<sup>407</sup> FRANCO BONELLI, in op. cit., pp. 130-131.

<sup>408</sup> MIGUEL BASTOS, in op. cit., p. 540.



de fazer prova da verificação do evento previsto no contrato autónomo de garantia, pelo que o garante apenas poderá recusar o pagamento imediato se estiver na posse de prova que ateste o carácter infundado da interpelação. De outro modo, se não resultar de forma evidente o carácter abusivo da solicitação, o garante deverá efetuar a entrega da soma de garantia, resultando da aposição da cláusula “*solve et repete*”, a “*alocação dos riscos relativos à incerteza acerca da pertinência da solicitação*”, assim imprimindo uma assinalável função de liquidez à garantia autónoma<sup>409</sup>.

De outro modo, tratando-se de uma garantia autónoma simples, MIGUEL BASTOS refere que a legitimidade da recusa do pagamento pelo garante deixa de depender do carácter evidente ou manifesto da falta de fundamento da interpelação, porquanto o garante não se encontra vinculado pela obrigação de pagar “à primeira solicitação”, podendo, por isso mesmo, recusar a entrega da soma de garantia em todas as situações – evidentes ou duvidosas – de chamamento abusivo do beneficiário<sup>410</sup>.

Assim, aderindo a tal entendimento, consideramos que a invocação da “*exceptio doli*” pelo garante no âmbito de uma garantia autónoma dotada de automaticidade dependerá da verificação de um pressuposto de ordem formal, relativo à prova do carácter abusivo da solicitação (por nós entendido como pressuposto material da oponibilidade da “*exceptio*”<sup>411</sup>), permitindo a derrogação do dever de pagamento imediato assumido pelo garante.

A doutrina converge no entendimento segundo o qual a legitimidade da recusa do pagamento pelo garante não se basta com simples suspeitas, nem se compadece com eventuais dúvidas sobre o abuso de direito do beneficiário na solicitação da garantia, o qual tem de afirmar-se de forma manifesta, segura, evidente e inequívoca<sup>412</sup>, “*ferindo os olhos*”<sup>413</sup>, pois, de contrário, negar-se-ia

<sup>409</sup> MIGUEL BASTOS, in op. cit., pp. 542-543.

<sup>410</sup> MIGUEL BASTOS, in op. cit., pp. 553-554.

<sup>411</sup> Cfr. o ponto 3. do presente Capítulo.

<sup>412</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 291; EVARISTO MENDES, in op. cit., pp. 465; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, cit., p. 388.

Neste sentido, a Convenção das Nações Unidas sobre garantias independentes e letras de crédito *stand-by* prevê no respetivo art. 19<sup>o</sup> um conjunto de factos que constituem exceções à obrigação de pagamento pelo garante, exigindo-se, em todo o caso, que as mesmas se apresentem de forma “*manifest and clear*”.

<sup>413</sup> M. J. ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, in op. cit., p. 21.

a operatividade da cláusula de pagamento “à primeira solicitação”. Assim, perante uma garantia autónoma automática, se os factos que sustentam o carácter abusivo da solicitação forem objeto de discussão, assumindo natureza controvertida, na dúvida, o garante deverá efetuar o pagamento<sup>414</sup>, relegando a divergência para posterior contenda entre as partes do contrato base (segundo a máxima inerente à cláusula “*solve et repete*”, de “pagar primeiro e processar depois”).

É, porém, altamente controvertida a questão de saber quais os contornos que reveste esta prova, que se exige especialmente qualificada.

Segundo informa MÓNICA JARDIM, a doutrina maioritária defende que o chamamento abusivo da garantia tem de resultar evidenciado por meio de prova “pronta e líquida”<sup>415</sup>, entendendo-se como líquida ou inequívoca a prova em face da qual seja possível percecionar de forma imediata e segura o abuso do beneficiário, que assim surge como óbvio<sup>416</sup>, e como pronta ou preexistente a prova pré-constituída, não sendo necessário requerer a produção de provas suplementares, proceder a medidas de instrução ou ouvir terceiros para demonstrar o carácter abusivo da solicitação<sup>417</sup>. Apenas se dispensará a posse pelo garante de prova “pronta e líquida” para recusar legitimamente o pagamento se o abuso do beneficiário revestir a natureza de facto público e notório<sup>418</sup>.

A doutrina divide-se quanto à delimitação dos concretos meios de prova que podem ser utilizados para satisfazer a exigência da prova qualificada do carácter abusivo da interpelação. Alguns Autores defendem que o abuso de direito tem de resultar de sentença transitada em julgado<sup>419</sup>, enquanto outros,

<sup>414</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *A Garantia Autónoma*, cit., p. 630

<sup>415</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 291; M. J. ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, in op. cit., p. 21; FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., p. 598; JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, in op. cit., pp. 709-710; PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 132-133.

<sup>416</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 292; PORTALE, in op. cit., p. 22; MASTROPAOLO, in op. cit., p. 580

<sup>417</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 292; M. J. ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, in op. cit., p. 27; YVES POULLET, in op. cit., p. 410.

<sup>418</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 293-294; PORTALE, in op. cit., p. 22; FERRER CORREIA, “Notas para o Estudo...”, cit., p. 257.

<sup>419</sup> GIORGIO MEO, *apud* MÓNICA JARDIM, in op., p. 292, nota 527.

FÁTIMA GOMES entende que, quer as sentenças judiciais, quer as decisões proferidas por tribunais arbitrais constituem “prova líquida”, no sentido de constituírem meios de prova

numa posição diametralmente oposta, consideram que o carácter infundado da solicitação pode ser demonstrado por qualquer dos meios de prova legalmente admissíveis<sup>420</sup>. Numa posição intermédia, a doutrina maioritária exige prova documental<sup>421</sup>, “*de segura e imediata interpretação*”<sup>422</sup> – que afirmam satisfazer a exigência de prova pronta (pré-constituída) e líquida (inequívoca) –, ressaltando, porém, aqueles casos em que essa prova se mostre insuficiente em face da natureza particularmente complexa dos factos que traduzem o abuso de direito e em que será necessária a apresentação de laudo arbitral ou sentença judicial transitada em julgado<sup>423</sup>.

Defendendo que a demonstração do abuso do beneficiário no chamamento da garantia poderá ser efetuada por todos os meios de prova legalmente admitidos no sistema jurídico, GAROFALO rejeita que a invocação da “*exceptio doli*” no âmbito da garantia autónoma seja colocada na dependência de prova “pronta e líquida” do carácter infundado da solicitação, argumentando que, se tal exigência probatória não é requisito da oponibilidade da referida exceção em termos gerais, também o não deverá ser neste caso, sob pena de descaracterização da mesma, com a conseqüente necessidade de busca de outro

que atestem com toda a certeza a ocorrência de determinados factos, sem que se suscite na mente do intérprete e do julgador dúvidas sobre o sentido dos factos apresentados – cfr. FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 174.

<sup>420</sup> BOZZOLA e ANGEL CARRASCO PERERA, citados por MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 293, nota 528; LUIGI GAROFALO, in op. cit., pp. 656 e ss.

<sup>421</sup> SIMÕES PATRÍCIO refere como exemplo de prova líquida do carácter abusivo da solicitação, que legitima, portanto, a recusa do pagamento pelo garante, a hipótese de o beneficiário declarar que o devedor garantido incumpriu as suas obrigações, alegando p. ex. que a mercadoria transacionada não chegou, dispondo, porém, o garante dos documentos de consignação ou o certificado de desalfandegamento – cfr. JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, in op. cit., p. 710.

PESTANA DE VASCONCELOS discorda deste exemplo como expressando um caso de abuso evidente por parte do beneficiário, porque considera que o facto de este ter feito chegar às mãos do garante um certificado de desalfandegamento no local de destino apenas demonstra que a mercadoria chegou, mas nada prova que o contrato tenha sido pontualmente cumprido porque a mercadoria pode ter defeitos, caso em que a execução da garantia é legítima – cfr. PESTANA DE VASCONCELOS, *A Garantia Autónoma*, cit., p. 629, nota 57.

<sup>422</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 293; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, cit., p. 388; PESTANA DE VASCONCELOS, *A Garantia Autónoma*, cit., p. 630; GALVÃO TELLES, in op. cit., pp. 289- 290; A. FERRER CORREIA, “Notas para o Estudo...”, cit., p. 252; JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, in op. cit., p. 23, nota 47.

<sup>423</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 293.

fundamento normativo para legitimar a recusa do pagamento pelo garante nas hipóteses de excussão abusiva da garantia<sup>424</sup>.

Por outro lado, os Autores que recusam a limitação dos meios de prova a dispor do garante para a oponibilidade da “*exceptio doli*”, salientam também que impor-se tal restrição implicaria uma inadmissível derrogação do sistema probatório vigente, sem justificação, porquanto não poderá vislumbrar-se no contrato autónomo de garantia à primeira solicitação – sem ficcionar declarações negociais – qualquer “contrato probatório” (cfr. art. 345º do CC)<sup>425</sup>.

MIGUEL BASTOS refere, ainda, que a restrição dos meios de prova admissíveis representa uma limitação do direito fundamental à prova, que entende decorrer do art. 20º, nºs 1 e 4 da CRP, constituindo, como tal, matéria sujeita a reserva relativa da Assembleia da República (cfr. art. 165º, nº 1, b) e art. 17º, ambos da CRP)<sup>426</sup>. Este mesmo Autor destaca, na linha de KOZIOL e BYDLINSKI<sup>427</sup>, que exigir-se prova “pronta e líquida” do carácter abusivo do comportamento do beneficiário levaria a que a invocação da “*exceptio doli*” para legitimar a recusa do pagamento pelo garante não pudesse ser oposta precisamente nas hipóteses em que o abuso se traduz numa atitude premeditada e calculista, e, portanto, ainda mais censurável, apesar de insuscetível de demonstração de forma “líquida”<sup>428</sup>.

Em sentido convergente, no direito anglo-saxónico, a exigência do carácter manifesto ou evidente do abuso do beneficiário no chamamento da garantia coloca especial enfoque não aos concretos meios de prova suscetíveis de mobilização, mas antes na medida da prova, em termos tais que o garante apenas poderá recusar o pagamento da garantia perante uma “*fraud beyond reasonable*

<sup>424</sup> LUIGI GAROFALO, in op. cit., pp. 656 e ss.

<sup>425</sup> BYDLINSKY, *apud* MIGUEL BASTOS, in op. cit., p. 548.

<sup>426</sup> MIGUEL BASTOS, in op. cit., p. 549 e nota 93.

<sup>427</sup> Autores citados por MIGUEL BASTOS, in op. cit. pp. 549.

<sup>428</sup> Aderindo à posição de SCHRODER, MIGUEL BASTOS refere que a restrição dos meios de prova pode levar a resultados considerados como absurdos, exemplificando: “*nomeadamente à condenação do garante em indemnização por incumprimento contratual quando, sendo a falta de fundamento evidente para qualquer pessoa com um conhecimento superficial da execução da operação base, o garante não esteja, por não dispor de ‘provas líquidas’, em condições de provar essa falta de cabimento material no momento em que recusa a prestação, mas o consiga demonstrar posteriormente, quando se discute o incumprimento definitivo das suas obrigações*”. – cfr. MIGUEL BASTOS, in op. cit., p. 550.

*doubt*”, que poderá ser demonstrada por qualquer meio de prova, tese a que adere MIGUEL BASTOS<sup>429</sup>.

Na jurisprudência portuguesa verifica-se a adesão ao entendimento propugnado pela doutrina maioritária no sentido da exigência de prova pronta e líquida do abuso do beneficiário, identificada com a prova documental<sup>430</sup>, sendo, porém, de destacar o recente Acórdão do TRP de 23.02.2012, que, em “contra corrente”, aderindo à tese propugnada por MIGUEL BASTOS, considerou 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 admissível a prova testemunhal”*<sup>431</sup>.

A nosso ver, e salvo o devido respeito por opinião contrária, parece-nos ser de manter a exigência postulada pela doutrina dominante no sentido da demonstração do abuso do beneficiário através da posse pelo garante – no momento da solicitação<sup>432</sup> ou que lhe seja fornecida pelo devedor garantido no prazo “razoável” de que dispõe para analisar a interpelação efetuada<sup>433</sup> –, de prova “pronta e líquida”, bastando para tal a apresentação de prova documental. Julgamos que possibilitar a demonstração do abuso através de provas constituídas (v.g. prova testemunhal), geraria delongas incompatíveis com a cláusula de pagamento automático, através da qual as partes pretenderam imprimir celeridade ao funcionamento da garantia, acabando por desvirtuar a sua inegável função de liquidez e o princípio imanente de “pagar primeiro e discutir depois”<sup>434</sup>.

Assim, na linha da conceção tradicional, entendemos que a paralisação do funcionamento da garantia autónoma “*on first demand*” apenas deverá ser

<sup>429</sup> MIGUEL BASTOS, in op. cit., p. 548.

<sup>430</sup> Neste sentido cfr., entre outros, os Acórdãos do STJ de 14.10.2004, de 28.09.2006, de 22.03.2007, de 21.04.2010; os Acórdãos do TRL de 19.01.2010 e de 16.06.2011; e o Acórdão do TRP de 28.04.2011; disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>431</sup> Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>432</sup> Neste sentido, cfr. os Acórdãos do STJ de 30.10.2002 e de 21.04.2010, ambos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), podendo ler-se neste último que a disponibilidade pelo garante de prova líquida do carácter abusivo da interpelação do beneficiário deve ser aferida por referência ao momento em que é solicitado o pagamento, por não ser compatível “*com a exigência de que a fraude seja manifesta, para poder fundamentar a recusa de pagamento, a exigência de prova adicional àquela de o garante dispunha no momento da solicitação*”.

<sup>433</sup> Cfr. *supra*. o ponto 2.2.1. do Cap. I do presente estudo.

<sup>434</sup> Cfr. o Acórdão do STJ de 12.09.2006, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

admitida em termos restritos, desde que o carácter abusivo da solicitação do beneficiário resulte imediata, segura e inequivocamente demonstrado em face da prova ao dispor do garante, de forma que, a não ser assim, i.e., se houver controvérsia acerca dos factos alegados pelo devedor garantido como fundando o abuso de direito, o garante deverá pagar, remetendo a discussão para as partes do contrato base<sup>435</sup>, em sede de repetição do que tiver sido indevidamente prestado.

Deste modo, tendo presente a advertência de CALVÃO DA SILVA de que, perante uma garantia autónoma “à primeira solicitação”, “*na oposição da exceptio doli, todas as cautelas são poucas*”<sup>436</sup>, parece-nos ser este o entendimento que melhor se coaduna com o desejável equilíbrio entre o respeito pela essência da obrigação de pagamento automático, por um lado, e a necessidade de introduzir “válvulas de respiração” de justiça material no imediatismo do funcionamento da garantia, por outro. Só assim será possível assegurar a defesa equitativa dos diversos interesses coenvolvidos: o “*standing*” internacional dos Bancos garantes, os interesses dos utilizadores típicos, em regra de boa fé, o interesse geral na defesa da credibilidade e eficácia do instrumento de promoção do tráfico em análise, sem descuidar a proteção dos interesses do devedor garantido, ao evitar o pagamento face a uma solicitação infundada<sup>437</sup>.

## 5. O dever de opor a “*exceptio doli*”: fundamento jurídico e consequências do respetivo incumprimento

De forma a obviar ao pagamento em caso de abuso manifesto do beneficiário no chamamento da garantia, e uma vez que em regra o garante não terá na sua posse, aquando da solicitação, prova bastante da ausência do direito do credor perante o devedor garantido em função do contrato base – sendo-lhe ademais vedada a apreciação do mérito substancial do pedido do beneficiário<sup>438</sup> –, competirá ao garante, nos termos já *supra* abordados<sup>439</sup>, informar

<sup>435</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, cit., pp. 132-133.

<sup>436</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, cit., p. 388.

<sup>437</sup> EVARISTO MENDES, in op. cit., pp. 465-466.

<sup>438</sup> Cfr. *supra* o ponto 2.2. do Capítulo I do presente estudo.

<sup>439</sup> Cfr. *supra* o ponto 2.1. do Capítulo I do presente estudo.

o dador da ordem da solicitação do beneficiário antes da entrega da soma objeto da garantia<sup>440</sup>.

Resultando de forma inequívoca, em face dos elementos probatórios em posse do garante, o carácter abusivo da solicitação do beneficiário, a doutrina maioritária afirma que o garante pode, e mais do que isso, deve, opor a “*exceptio doli*”, recusando o pagamento da soma de garantia<sup>441</sup>.

Para estes Autores, o dever de recusa do pagamento que recai sobre o garante no caso de manifesto e evidente abuso do beneficiário, resulta do contrato de mandato celebrado e funda-se no princípio da boa fé que impõe ao mandatário deveres acessórios de conduta<sup>442</sup>, nos quais se compreende o dever de proteção<sup>443</sup> da pessoa, do património e, em geral, dos interesses, do seu mandante, tutelando a respetiva esfera jurídica, na qual se vai repercutir, a final, o sacrifício económico resultante da entrega da soma de garantia<sup>444</sup>.

Desta forma, estando na posse de prova “pronta e líquida” de que o beneficiário não tem qualquer direito resultante do contrato base em face do deve-

<sup>440</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 301-302.

<sup>441</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, cit., p. 389; MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 280 e pp. 298-301; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., pp. 348 e ss.

<sup>442</sup> Como informa ANTUNES VARELA, os deveres acessórios de conduta, embora não se confundindo com os deveres primários ou secundários de prestação, mostram-se essenciais ao normal e correto desenvolvimento da relação obrigacional em que a prestação se integra. Muitos dos deveres acessórios de conduta são consagrados de forma expressa no CC e em legislação avulsa, no entanto, todos eles encontram acolhimento jurídico-positivo no princípio geral consagrado no art. 762º do CC, por via do qual tanto o devedor no cumprimento da obrigação, como o credor no exercício do seu direito, devem proceder de boa fé. – cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., pp. 123-128.

MENEZES CORDEIRO adota a classificação tripartida oriunda da doutrina germânica, subdividindo os deveres acessórios de conduta em deveres de proteção, de informação ou esclarecimento e de lealdade. – cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, cit., pp. 603 e ss.

<sup>443</sup> De acordo com MENEZES CORDEIRO, os deveres acessórios de proteção vinculam as partes contratuais a, enquanto perdure o fenómeno contratual, evitar que no quadro da relação contratual sejam infligidos danos mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimónios. – cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, cit., p. 604.

<sup>444</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 298 – 301; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., p. 348, nota 107.

Sobre os deveres acessórios de conduta cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, cit., pp. 586 e ss e ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., pp. 123-128.

dor garantido seu mandante<sup>445</sup> e, na ausência de verificação de qualquer dos riscos assumidos no contrato de garantia, o garante, ao recusar o pagamento, cumpre o ónus que sobre si recai, enquanto mandatário, de proteger a esfera patrimonial do seu mandante, acautelando os riscos de este não lograr obter do credor beneficiário a restituição das quantias que este recebeu indevidamente em excussão da garantia e das quais aquele teve de reembolsar de imediato o garante. Alega-se inexistir qualquer fundamento que justifique que o garante entregue ao beneficiário aquilo que este terá posteriormente de restituir ao devedor garantido<sup>446</sup>.

Em sentido diferente, um entendimento minoritário, sublinhando a estrita neutralidade do garante e a independência entre a relação de mandato e a relação de garantia propriamente dita, rejeita a imposição de um dever de recusa do pagamento, mesmo verificados os pressupostos que permitam opor a “*exceptio doli*”, i.e., mesmo estando o Banco na posse de prova inequívoca do caráter abusivo da interpelação do beneficiário<sup>447</sup>. De acordo com esta posição, mesmo nas hipóteses de abuso manifesto do beneficiário no chamamento da garantia, é conferida liberdade de escolha ao garante, que deverá poder optar entre efetuar ou recusar a entrega da soma pecuniária. Todavia, se, em tal circunstancialismo, optar pela entrega da soma de garantia, em salvaguarda do seu prestígio e reputação no mercado internacional<sup>448</sup>, fá-lo-á por sua conta, com renúncia ao reembolso do devedor garantido, seu mandante<sup>449</sup>.

<sup>445</sup> Em caso de cumprimento do contrato base, alguma doutrina italiana considera que o mandante pode evitar a “*actio mandati contraria*” se informar o mandatário garante da extinção superveniente da prestação originária e, consequência, procedendo à resolução do mandato por justa causa, sendo certo que, na hipótese de o garante entregar a soma objeto da garantia, sem ter previamente informado o devedor da solicitação do beneficiário, tal atuação constitui um incumprimento do contrato de mandato que permite ao devedor/mandante optar por resolver o mandato ou por opor ao garante/mandatário a “*exceptio non adimpleti contractus*”. – cfr. ANDREA MONTANARI, in op. cit., p. 1025.

<sup>446</sup> MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., p. 353.

<sup>447</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 300.

<sup>448</sup> Conforme salienta EVARISTO MENDES, as instituições financeiras têm interesse em saldar de forma célere e expedita os compromissos de garantia assumidos, de forma a defender a seu “*standing*” internacional e, por inerência, a respetiva competitividade no mercado financeiro. – cfr. EVARISTO MENDES, in op. cit., p. 466.

<sup>449</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 300.



MÓNICA JARDIM critica esta conceção minoritária que, apesar de negar a existência de um dever de proteção dos interesses do devedor garantido a cargo do garante, assaca como consequência do pagamento, no caso de prova pronta e líquida do carácter abusivo da solicitação, a perda do direito de reembolso do montante entregue ao beneficiário. A Autora denuncia a intrínseca contradição inerente a tal posição, pois *“se o garante não está vinculado a qualquer dever de proteção da esfera jurídica do ordenante, porque não há-de poder exigir o reembolso mesmo nesse caso?”*<sup>450</sup>

Deste modo, deve entender-se, na esteira da doutrina maioritária, que a afirmação da existência do dever de proteção dos interesses do devedor garantido num contexto de solicitação manifestamente abusiva da garantia impõe ao garante, não a impossibilidade de efetuar o pagamento, mas apenas a não repercussão do pagamento que decida fazer na esfera jurídica do devedor garantido seu mandante, i.e., apenas impede *“a entrega da soma objecto da garantia a cargo do mandante”*<sup>451</sup>.

Ora, afirmando-se, na conceção adotada, a vinculação do garante a um dever de proteção da esfera patrimonial do devedor seu mandante, traduzida no dever de recusa do pagamento perante uma solicitação manifesta e inequivocamente abusiva do beneficiário, a consequência que resultará da violação desse dever será, naturalmente, a perda do direito de reembolso da quantia entregue em face do devedor garantido<sup>452</sup>.

Com efeito, o devedor garantido, enquanto mandante, apenas tem o dever de reembolsar o mandatário pelas quantias que este houver despendido no cumprimento das obrigações contraídas em execução do mandato (cfr. art. 1182º do CC)<sup>453</sup>, sendo certo que a entrega da soma de garantia numa hipótese de solicitação manifestamente abusiva não constitui cumprimento da obrigação assumida pelo garante mandatário em face do devedor seu mandante (cfr. art. 762º, nº 1 do CC), mas antes representa a violação do dever acessó-

<sup>450</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 300.

<sup>451</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit. p. 301; PORTALE, “Le garanzie...”, cit., p. 25.

<sup>452</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 455; JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, in op. cit., p. 71; MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 321.

<sup>453</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 455

rio de proteção que, por força do princípio da boa fé, vinculava o garante a recusar o pagamento<sup>454</sup>.

Por assim ser, o devedor garantido poderá opor ao garante que pagou mal e, em consequência, que não tem direito a ser reembolsado dos montantes indevidamente entregues ao beneficiário. Em tal hipótese, resta ao garante reagir contra o beneficiário, através da propositura de ação para repetição do indevido (cfr. art. 476º do CC), para tal invocando a realização da prestação com a intenção de cumprir uma obrigação que se mostrava inexistente, em resultado da falta de fundamento da solicitação do beneficiário, sem que existisse qualquer dever de ordem moral ou social sancionado pela justiça que desse lugar a uma obrigação natural e que sustentasse a prestação efetuada<sup>455</sup>.

Porém, nos casos em que o contrato base é ilícito por contrariedade à ordem pública e aos bons costumes do país cuja lei é competente para regular o contrato de garantia, MÓNICA JARDIM considera que o garante pode recusar a entrega da soma objeto da garantia, mas não tem face ao devedor garantido um qualquer dever decorrente do contrato base de recusar a dita soma<sup>456</sup>. Assim, segundo a Autora, o garante não está obrigado a recusar o pagamento em virtude do contrato de mandato porque, sendo o contrato base ilícito por ofender a ordem pública ou os bons costumes, o devedor garantido incumbiu-o de celebrar um contrato de garantia com uma causa ilícita, do que resulta a nulidade do contrato de mandato<sup>457</sup>.

Nestes casos, o garante não poderá reclamar do devedor garantido o reembolso dos montantes despendidos com base no instituto da gestão de negócios, pois, se por um lado, o garante não tinha o dever de recusar o pagamento porque o mandato era inválido, a verdade é que, podendo embora ter atuado

<sup>454</sup> Se o garante realiza o pagamento numa das situações aludidas *supra*, em que sobre si recaía o dever de recusa, considera-se que este cumprimento indevido configura uma situação de incumprimento do contrato de mandato celebrado com o devedor seu mandante, razão pela qual este poderá recorrer à exceção de não cumprimento, à resolução do contrato ou simplesmente reclamar uma indemnização pelos prejuízos sofridos. – cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, in op. cit., p. 149.

Sobre as consequências da violação dos deveres acessórios de conduta, cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., p. 127.

<sup>455</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 322-323; JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 455.

<sup>456</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 281.

<sup>457</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., loc. cit.

como gestor ao emitir a garantia, ao efetuar o pagamento não se conformou com o interesse do exportador, deste modo violando a obrigação imposta pelo art. 465º, a) do CC, do que resulta a perda do direito de reembolso, atento o teor do art. 468º, nº 1 do CC<sup>458</sup>.

Desta forma, nos casos em que o contrato de garantia se mostre ferido de invalidez em consequência da invalidez da respetiva causa, o garante que efetue o pagamento da soma de garantia apenas poderá reagir contra o beneficiário com fundamento no art. 289º do CC, resultando da declaração de nulidade ou da anulação do contrato autónomo de garantia a destruição retroativa dos respetivos efeitos, em consequência do que o beneficiário será condenado a restituir a soma pecuniária recebida<sup>459</sup>.

## **CAPÍTULO IV: A TUTELA CAUTELAR DO DADOR DA ORDEM FACE À EXECUÇÃO IRREGULAR OU ABUSIVA DA GARANTIA**

### **1. Admissibilidade**

Conforme referido anteriormente, do contrato de mandato celebrado entre garante e devedor garantido emerge para o primeiro um dever de proteção da esfera jurídico-patrimonial do segundo, fundado no princípio da boa fé (cfr. art. 762º, nº 2 do CC), em função do qual o garante se encontra vinculado pelo dever de recusar o pagamento ante uma solicitação irregular, e bem assim quando confrontado com uma solicitação que, em face de “prova pronta e líquida” na sua posse, configure um manifesto abuso de direito por parte do beneficiário<sup>460</sup>.

Todavia, constatando-se que, na prática, o garante, designadamente quando for uma instituição financeira, optará, as mais das vezes, por efetuar a entrega

<sup>458</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 322.

Diferentemente: JORGE DUARTE PINHEIRO considera que quando o contrato de mandato é inválido, ainda assim o garante poderá exigir do dador com base no instituto da gestão de negócios ou do enriquecimento sem causa. – JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., pp. 453-454.

<sup>459</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 323 e nota 584.

<sup>460</sup> Cfr., respetivamente, o ponto 4. do Cap. II e o ponto 5. do Cap. III.

da soma objeto da garantia, de forma a não comprometer o seu “*standing*” internacional, tal evidência fáctica leva ao reconhecimento da insuficiência da tutela do devedor traduzida na imposição ao garante do dever de recusar o pagamento perante uma solicitação irregular e do dever de opor a “*exceptio doli*” quando em poder de prova líquida do carácter abusivo da solicitação<sup>461</sup>.

Ora, atenta a independência do contrato de mandato em face do contrato de garantia, não bastará ao devedor garantido emitir uma ordem de não pagamento ao garante seu mandatário<sup>462</sup>, razão pela qual importa questionar se o devedor poderá defender-se da inércia do garante perante solicitações irregulares ou abusivas do beneficiário através do recurso a instrumentos de natureza cautelar que “bloqueiem” judicialmente a entrega da soma objeto da garantia.

A admissibilidade da tutela cautelar do devedor garantido no quadro do contrato autónomo de garantia é um tema assaz controverso, relativamente ao qual foram sendo esgrimidos argumentos de diversa ordem, erguidas e refutadas inúmeras objeções, sendo certo que, dada a limitação do presente estudo, apenas procuraremos seguidamente dar nota dos aspetos mais relevantes da contenda<sup>463</sup>.

Em primeiro lugar, começou por dizer-se que o devedor garantido não poderia lançar mão de um procedimento cautelar por não ser titular de um direito tutelável em face do garante<sup>464</sup>. Todavia, logo se contrapôs que, ao dirigir o procedimento cautelar contra o garante, o devedor garantido estaria a tutelar o seu direito correlativo ao dever de proteção a que aquele se encontra vinculado por força do contrato de mandato, e que, com fundamento axiológico no princípio da boa fé, o obriga a não compactuar com estados de sujeição à solicitação abusiva da garantia<sup>465</sup>.

Em segundo lugar, a possibilidade de o devedor garantido requerer uma providência cautelar que iniba o garante de efetuar o pagamento é rejeitada

<sup>461</sup> ANDREA MONTANARI, in op. cit., p. 998; MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 327.

<sup>462</sup> M. J. ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, in op. cit., p. 21.

<sup>463</sup> Expondo os vários argumentos e contra-argumentos, cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., pp. 456-462; FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., pp. 600-604; FÁTIMA GOMES, in op. cit., pp. 186-197; MÓNICA JARDIM, in op. cit. pp. 327-337; FRANCO BONELLI, in op. cit., pp. 133-149.

<sup>464</sup> FRANCISCO CORTEZ, in op. cit. p. 602; FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 191.

<sup>465</sup> FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., pp. 602-603; FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 191.

por alguns Autores<sup>466</sup> com fundamento na alegada inexistência do “*periculum in mora*”, sublinhando que o devedor garantido nunca poderá ser afetado por uma solicitação manifestamente abusiva, porquanto, uma vez que o garante se encontra na posse de provas “prontas e líquidas” do carácter infundado da solicitação, tem o dever de não pagar, e, se violar esse dever, decidindo efetuar a entrega da soma objeto da garantia, perderá o direito de ser reembolsado pelo devedor. Segundo esta posição, o pagamento, em si mesmo, não comporta uma lesão grave e dificilmente reparável da esfera jurídica do devedor garantido, cuja necessidade de tutela apenas surgirá em momento posterior ao da entrega da soma de garantia, i.e., quando o garante pretenda fazer valer o pretense direito de reembolso da mesma<sup>467</sup>. Só nessa ocasião se justificará que o dador da ordem requeira uma providência cautelar contra o garante para o impedir de exercer o reembolso<sup>468</sup>.

Tal entendimento é, porém, objeto de várias críticas. PORTALE destaca, por um lado, que à praxe bancária repugna a ideia de pagar, com meios próprios, a título de garantia, uma quantia que não será restituída pelo devedor garantido e, por outro, que a teoria que relega a tutela do ordenante apenas para o momento posterior ao pagamento esquece os casos em que o garante efetua o reembolso de modo automático (*v.g.* através de somas adiantadamente entregues pelo devedor ou debitando diretamente em conta corrente), assim como deixa sem proteção os casos de pagamento desculpável da garantia abusiva (p. ex., o beneficiário apresenta documentos falsos alegadamente comprovativos do seu direito)<sup>469</sup>.

Por sua vez, BONELLI destaca que se o devedor mandante tem o direito de ver reconhecido por sentença o dever de recusa do pagamento do garante em caso de excussão manifestamente abusiva da garantia, terá coerentemente

<sup>466</sup> Na doutrina germânica, HEINSIUS é apontado como defensor desta doutrina, e, na doutrina Italiana, avultam as posições defendidas por LOIACOMO, BOZZI e ANGELICI – *apud* MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 332, notas 599 e 600.

<sup>467</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 332-333; FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 191; JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 458; PORTALE, in op. cit., p. 47.

<sup>468</sup> BOZZI considera que faltará ao devedor interesse em agir numa eventual providência cautelar que requeira contra o garante para inibi-lo de efetuar a entrega da soma objeto da garantia, porquanto o seu prejuízo resulta não dessa entrega mas sim da posterior exigência do respetivo reembolso – *apud* FRANCO BONELLI, in op. cit., p. 143, nota 26.

<sup>469</sup> PORTALE, “Le garanzie...”, cit., pp. 48-49.

o direito a acautelar o efeito útil de uma tal decisão através do recurso à tutela cautelar<sup>470</sup>.

E ainda em sentido contrário à tese que defende a inadmissibilidade da concessão de uma providência cautelar que iniba o garante de efetuar o pagamento, DOHM<sup>471</sup> destaca a posição do garante que, decidindo, de acordo com o seu próprio juízo, não pagar, sem que esteja “protegido” por uma decisão judicial nesse sentido, enfrentará sérias dificuldades em explicar ao beneficiário o porquê da recusa (sobretudo se estiver em causa uma garantia autónoma automática), com o inerente prejuízo que daí poderá resultar para a sua reputação no mercado financeiro internacional.

Quanto a nós, aderimos à argumentação aduzida por PORTALE, BONELLI e DOHM, salientando a inegável importância prática que a concessão ao devedor garantido de uma providência cautelar que impeça o garante de pagar assume no quadro de uma solicitação que se antevê abusiva, sobretudo se o garante tiver ao seu dispor meios para efetuar o reembolso automático. Acresce que o decretamento de tal medida cautelar permitirá colocar em poder do garante provas prontas e líquidas, corroboradas por uma decisão judicial, dos fundamentos pelos quais este deverá recusar a entrega da soma objeto da garantia.

Em terceiro lugar, segundo alguma doutrina<sup>472</sup>, a concessão da tutela cautelar ao devedor garantido violaria o princípio da autonomia do contrato autónomo de garantia relativamente ao contrato base, tornando oponentes por essa via as exceções fundadas na relação subjacente<sup>473</sup>. Refutando tal argumento, dir-se-á que os casos em que a doutrina maioritária afirma a existência do dever de recusa do pagamento a cargo do garante – e em que, portanto, se admite a tutela do correspondente direito pelo devedor garantido através da via cautelar – são por um lado, as hipóteses de solicitações irregulares, nas quais estão em causa exceções literais reportadas diretamente à própria relação de garantia, sem beliscar a respetiva autonomia, e, por outro, as hipóteses de solicitações manifestamente abusivas, reconhecendo pacificamente a doutrina e a jurisprudência a exceção de abuso de direito do beneficiário como uma das

<sup>470</sup> FRANCO BONELLI, in op. cit., pp. 143-144.

<sup>471</sup> *Apud* MÓNICA JARDIM, in op. cit. p. 334.

<sup>472</sup> D. LOIACCONO citado por FRANCO BONELLI, in op. cit., p. 143, nota 24.

<sup>473</sup> PORTALE, “Le garanzie...”, cit., p. 34.

exceções à regra da normal insensibilidade da relação de garantia com referência aos eventos da relação fundamental<sup>474</sup>.

E, designadamente no quadro de uma garantia “*on first demand*”, desde cedo houve quem<sup>475</sup> defendesse que a automaticidade da garantia não admitia qualquer tipo de intervenção judicial, entendimento rejeitado pela doutrina e jurisprudência maioritárias, pelo menos perante uma solicitação efetuada pelo beneficiário com manifesto abuso de direito<sup>476</sup>.

Por último, cumpre destacar a posição defendida por alguns Autores<sup>477</sup>, no sentido de que, tratando-se de uma garantia autónoma automática, a inadmissibilidade do recurso pelo devedor garantido à tutela cautelar resulta de um alegado “*pactum de non petendo*”, através do qual o dador da ordem ao encarregar o garante de prestar uma garantia autónoma “à primeira solicitação” renuncia a contestar o bem fundado do pagamento que o garante faz e a recorrer ao tribunal para impedir esse pagamento, pelo que violar esse “pacto” traduziria um “*venire contra factum proprio*”<sup>478</sup>. No entanto, várias críticas são dirigidas contra tal conceção, considerando PORTALE que o “*pactum de non petendo*” representa uma ficção e que, mesmo a existir, sempre soçobraria ante uma solicitação ferida de manifesto abuso de direito por parte do beneficiário<sup>479</sup>, enquanto outros Autores afirmam a invalidade de uma cláusula de renúncia antecipada de recurso aos meios jurisdicionais por contrariedade à ordem pública<sup>480</sup>. No Direito Português, há ainda a referir que um tal “pacto”, pelo qual o devedor garantido renuncia previamente a recorrer aos meios cautelares, em todo e qualquer circunstancialismo, mostrar-se-á ferido de invalidade por violar de forma flagrante o princípio constitucional de acesso ao Direito e à tutela jurisdicional efetiva consagrado no art. 20º da CRP<sup>481</sup>.

Vencidas as objeções colocadas, a doutrina e a jurisprudência maioritárias reconhecem ao devedor garantido a possibilidade de obstar preventiva-

<sup>474</sup> FRANCO BONELLI, in op. cit., p. 143; MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 331-332.

<sup>475</sup> PLEYER e KLEIMER *apud* MÓNICA JARDIM, in op. cit. p. 329, nota 590.

<sup>476</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 329.

<sup>477</sup> NOBEL e KLEIMER *apud* MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 329, nota 591.

<sup>478</sup> FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 193; MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 329-330.

<sup>479</sup> PORTALE, in op. cit., p. 34. No mesmo sentido, cfr. MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 330-331.

<sup>480</sup> YVES POULLET, in op. cit., p. 418.

<sup>481</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 331.

mente à solicitação da garantia ou de impedir o respetivo pagamento através do recurso à via cautelar, assim contornando a inércia do garante no dever de oposição da “*exceptio doli*” e as consequências patrimoniais daí resultantes, até porque não são despiciendas as dificuldades e a aleatoriedade inerentes à ação de repetição do indevido com carácter internacional, a propor contra o beneficiário na eventualidade da entrega da soma de garantia<sup>482</sup>.

Neste mesmo sentido, a Convenção das Nações Unidas sobre Garantias Independentes e Letras de Crédito *stand-by* prevê, no respetivo art. 20º, a admissibilidade do recurso a medidas de natureza cautelar, sempre que se demonstre como altamente provável que, perante solicitação feita ou a efetuar pelo beneficiário, concorra uma das circunstâncias previstas nas alíneas a), b) e c) do art. 19º da mesma Convenção, as quais conferem ao garante o direito de recusar a entrega da soma objeto da garantia e que consistem, respetivamente, na inquestionável falta de verificação da contingência ou do risco abrangido pelo compromisso de garantia (al. a)), na declaração de invalidade da obrigação subjacente proferida por um tribunal judicial ou arbitral (excetuando se tal risco se encontrar coberto pela garantia – al. b)), e no cumprimento incontroverso da obrigação subjacente com plena satisfação do interesse do beneficiário (al. c)).

Verificando-se qualquer uma das circunstâncias previstas nas alíneas a), b) e c) do art. 19º da Convenção, o Tribunal, com base em provas sólidas e imediatamente disponíveis, decretará uma providência cautelar destinada a impedir o beneficiário de receber a soma objeto da garantia, o que inclui a ordem dirigida ao garante no sentido de reter tal montante (art. 20º, nº1, al. a)), ou uma providência cautelar que bloqueie a utilização da soma objeto da garantia já entregue ao beneficiário, tomando em consideração o grave prejuízo que poderá resultar para o devedor garantido se não se decretar tal medida (art. 20º, nº 1, al. b)). Acresce ainda que, nos termos do disposto no nº 3 do art. 20º, poderão ainda ser decretadas providências cautelares fora das hipóteses contidas nas alíneas a), b) e c) do art. 19º se a garantia for utilizada para fins delituosos.

<sup>482</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, in op. cit., p. 388; M. J. ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, in op. cit., p. 21.



Assim, em linha de convergência com a doutrina e a jurisprudência<sup>483</sup> maioritárias, concluímos pela admissibilidade da tutela cautelar no âmbito da garantia autónoma, mesmo na sua modalidade automática, reconhecendo ao devedor garantido o recurso a este meio jurisdicional para defesa dos seus interesses perante uma solicitação irregular ou manifestamente abusiva do beneficiário. Não se ignora, porém, que o recurso a esta via, pela qual o devedor garantido procurará obviar à entrega da soma objeto da garantia, representa, no quadro de uma garantia autónoma “*on first demand*” mais uma evidência do carácter limitado da regra “*solve et repete*”<sup>484</sup>. Porém, como veremos, precisamente para não desvirtuar o sentido da cláusula “à primeira solicitação”, os pressupostos de procedência da via cautelar são configurados, pela tese maioritária, de forma particularmente restritiva em salvaguarda do carácter autónomo e automático da garantia.

## 2. Modalidades de providências cautelares ao dispor do devedor garantido

No âmbito do Direito Processual Português, nenhum dos procedimentos cautelares especificados previstos e disciplinados nos arts. 393<sup>o</sup> e ss do CPC<sup>485</sup> – restituição provisória da posse, suspensão das deliberações sociais, alimentos provisórios, arbitramento de reparação provisória, arresto, embargo de obra nova e arrolamento – se mostra adequado à defesa dos interesses do devedor garantido. Em concreto, o arresto pressupõe o justo receio da perda da garantia patrimonial do crédito (cfr. art. 406<sup>o</sup> do CPC)<sup>486</sup>, e o arrolamento, por seu turno, funda-se no justo receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens

<sup>483</sup> Entre nós, cfr., a título meramente exemplificativo, o Acórdão do STJ de 14.10.2004, os Acórdãos do TRL de 19.01.2010, 23.02.2010, 14.12.2010 e 16.06.2011, e os Acórdãos do TRP de 28.04.2011 e de 23.02.2012, todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>484</sup> A admissibilidade do recurso pelo devedor garantido a providências cautelares destinadas a impedir a entrega e/ou o recebimento da soma objeto da garantia e a afirmação do dever de recusa do pagamento pelo garante em face de solicitações irregulares ou abusivas, constituem manifestações do movimento de relativização da automaticidade da garantia autónoma “*on first demand*”. Neste sentido, cfr. JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, in op. cit., p. 712 e Acórdão do STJ de 14.10.2004, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>485</sup> Cfr. os atuais arts. 377<sup>o</sup> e ss do NCPC.

<sup>486</sup> Cfr. o atual art. 391<sup>o</sup> do NCPC.

ou de documentos (cfr. art. 421º do CPC)<sup>487</sup>, ao passo que aquilo que o devedor garantido pretende é evitar que o seu património sofra as consequências de uma solicitação inatendível da garantia<sup>488</sup>.

Por assim ser, à luz do Direito Português, o devedor garantido terá de socorrer-se do procedimento cautelar comum, regulado nos arts. 381º e ss do CPC<sup>489</sup>, requerendo as providências cautelares não especificadas adequadas a impedir que o seu património venha a ser afetado na sequência de uma solicitação irregular ou manifestamente abusiva.

Vejamos, de seguida, quais as concretas modalidades de providências cautelares ao dispor do devedor garantido<sup>490</sup>.

## **2.1. Providência cautelar que iniba o garante de pagar ou de exigir o reembolso**

Apesar de o garante se encontrar vinculado, na qualidade de mandatário, pelo dever de proteção da esfera patrimonial do devedor seu mandante – dever acessório de conduta, com fundamento no princípio da boa fé, e que completa a relação do mandato –, também já referimos que as instituições bancárias garantantes optam, com relativa frequência, por aceder à excussão da garantia em nome da tutela do seu “*standing*” internacional, e isto não obstante terem em seu poder prova “pronta e líquida” do abuso de direito do beneficiário ou resultar dos próprios termos da garantia a irregularidade da solicitação.

Neste contexto, será de grande utilidade que o devedor possa lançar mão de uma providência cautelar que determine a inibição de pagamento por parte do garante e/ou a proibição de o garante exigir o reembolso da quantia paga, designadamente proibindo-o de debitar a conta do devedor principal pelas quantias pagas ao beneficiário<sup>491</sup>.

<sup>487</sup> Cfr. o atual art. 403º do NCPC.

<sup>488</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 459.

<sup>489</sup> Cfr. os atuais arts. 362º e ss do NCPC.

<sup>490</sup> Apenas tomaremos como referência o modelo de garantia autónoma direta.

Sobre as providências cautelares requeridas no âmbito de uma garantia indireta, vide MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 347-350.

<sup>491</sup> FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 191.

Assim, o sentido da providência cautelar a decretar será o de inibir o garante de entregar a soma objeto da garantia apenas e tão só “*a carico del mandante*”<sup>492</sup>, ou seja, por conta do devedor garantido, e, conseqüentemente, no caso de desobediência à providência decretada, a inibição de exigir ao mandante o reembolso das quantias entregues ao beneficiário por conta do garante. A significar que o garante poderá naturalmente, em salvaguarda do seu “*standing*” internacional, decidir efetuar o pagamento ao beneficiário mesmo perante uma solicitação irregular ou abusiva, porém, caso o decida fazer, não lhe será legítimo fazer repercutir o sacrifício económico correspondente na esfera jurídica do devedor garantido<sup>493</sup>.

Por outro lado, como salienta DOHM<sup>494</sup>, o facto de o garante se encontrar vinculado por uma providência que o iniba de efetuar a entrega da soma objeto da garantia, não obstante tal dever de recusa decorresse já do conhecimento do carácter irregular ou abusivo da solicitação do beneficiário, salvaguarda a sua reputação internacional.

De todo o modo, reconhecendo-se que o recurso generalizado a medidas deste género constitui um fator de desprestígio para os Bancos garantes, estes procuram evitar ser colocados na situação incómoda de ter de optar entre o direito ao reembolso e o seu “*standing*” internacional, mediante a inclusão de determinadas cláusulas nos contratos que celebram com os devedores mandantes, cláusulas essas cuja legalidade é questionada pela doutrina<sup>495</sup>. Aparentam-se como exemplos, a cláusula pela qual o garante se arroga o direito de entregar a soma objeto de garantia sem disso informar o devedor garantido e a cláusula de renúncia prévia do ordenante ao recurso a providências cautelares enquanto forma de obstaculizar o pagamento.

Tais cláusulas serão, as mais das vezes, redigidas previamente pelo garante e “impostas” ao devedor garantido, sem possibilidade de negociação em termos práticos, considerando o estado de “sujeição” em que este se encontra, pois, se as não aceitar, não logrará obter a emissão da garantia, indispensável

<sup>492</sup> PORTALE, “Le garanzie...”, cit., p. 23.

<sup>493</sup> Neste sentido opinam MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 339; FRANCO BONELLI, in op. cit., p. 137; PORTALE, “Le garanzie...”, cit., p. 25.

<sup>494</sup> *Apud* MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 334.

<sup>495</sup> FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 187; MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 339-341.

à celebração do contrato base<sup>496</sup>. Assim, sempre que se integrem num contrato de mandato regulado pelo Direito Português, encontrar-se-ão sujeitas à aplicação do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais (DL n.º 446/85, de 25 de Outubro, cuja redação mais recente foi conferida pelo DL n.º 323/2001, de 17 de Dezembro).

Em face de tal diploma, a primeira cláusula é apontada como violando a norma inderrogável da boa fé (arts. 12.º, 15.º e 16.º do referido Diploma), por contrariar o interesse do devedor garantido no conhecimento atempado da solicitação do beneficiário, de modo a poder adotar as medidas necessárias à defesa da sua esfera patrimonial<sup>497</sup>.

A segunda cláusula é considerada inválida pelas mesmas razões pelas quais se rejeita a admissibilidade do alegado “*pactum de non petendo*”<sup>498</sup>, não vinculando o devedor garantido, que goza do direito constitucionalmente garantido de recorrer aos meios judiciais para tutelar os seus legítimos direitos e interesses (art. 20.º da CRP), pelo que, mesmo tendo “aceite” uma cláusula deste género, poderá requerer ao Tribunal que decrete a providência cautelar apta a proteger a sua esfera patrimonial<sup>499</sup>.

MÓNICA JARDIM refere ainda um terceiro tipo de cláusula contratual geral que os garantes introduzem nos contratos de mandato celebrados com os ordenantes, de forma impossibilitar que estes obstaculizem o pagamento da soma de garantia: a cláusula pela qual é conferida ao garante a possibilidade de ceder a qualquer terceiro, e a qualquer momento, a sua posição contratual no contrato de mandato<sup>500</sup>. Desta forma, o garante, assim que suspeitasse que o devedor garantido se prepararia para tomar medidas destinadas a impedir a entrega da soma de garantia, transferiria a sua posição contratual a uma sucursal estrangeira, que efetuará o pagamento antes que o ordenante pudesse diligenciar pela paralisação da solicitação do beneficiário. A Autora considera que uma tal cláusula padece de invalidade, à luz do Direito Português, porquanto nos termos da alínea l) do art. 18.º do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, são absolutamente proibidas as cláusulas contratuais gerais

<sup>496</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit. p. 339.

<sup>497</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 340.

<sup>498</sup> Cfr. supra o ponto 1. do presente Capítulo.

<sup>499</sup> FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 187.

<sup>500</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 341.

que “*consagrem, a favor de quem as predispõem, a possibilidade de cessão da posição contratual, de transmissão de dívidas ou de subcontratar, sem o acordo da contraparte, salvo se a identidade do terceiro constar do contrato inicial*”<sup>501</sup>.

Reconhecendo a invalidade de tais cláusulas, que visam coartar o acesso do devedor garantido à tutela cautelar contra o garante, consideramos que deverá reconhecer-se que aquele possa requerer uma providência cautelar destinada a impedir a entrega da soma de garantia por sua conta, com a consequente inibição da exigência do respetivo reembolso.

Nesta sequência, coloca-se, porém, a questão de saber o devedor garantido terá de aguardar pela solicitação do beneficiário para intentar o procedimento cautelar destinado ao decretamento da providência cautelar que impeça o pagamento e/ou o reembolso, ou se poderá fazê-lo ainda em momento anterior.

A doutrina maioritária considera que o procedimento cautelar deve, por princípio, ser instaurado apenas em momento posterior à solicitação do beneficiário, pois só então se poderá avaliar se o garante está ou não obrigado a pagar e, consequentemente, se o devedor garantido está ou não obrigado a reembolsar o garante da quantia que venha a ser entregue em cumprimento da interpelação. Porém, reconhece-se a possibilidade de se requerer a providência ainda antes da solicitação, desde que o devedor garantido prove que cumpriu as suas obrigações do contrato base e que, portanto, o beneficiário não é titular de um qualquer direito perante si, mas que, apesar disso, tenciona executar a garantia<sup>502</sup>.

## **2.2. Providência cautelar tendente à apreensão judicial do crédito de garantia do beneficiário em relação ao garante**

A doutrina italiana admite de forma consensual a possibilidade de o crédito de garantia – ou seja, o crédito que o beneficiário tem em face do garante –, ser alvo do denominado “*sequestro conservativo*” – figura típica do direito italiano –,

<sup>501</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., loc. cit.

<sup>502</sup> MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., p. 358; JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 461; MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 338.

pelo devedor garantido, para tutela de um direito de crédito de que seja titular em face do credor beneficiário e que não diga respeito ao contrato base<sup>503</sup>.

É, todavia, controversa a admissibilidade de “sequestro” do crédito de garantia para tutela do direito à indemnização dos danos que o devedor garantido receia vir a sofrer na sequência de uma solicitação abusiva da garantia autónoma.

FÁTIMA GOMES rejeita tal possibilidade, salientado que, perante uma solicitação abusiva do beneficiário, o crédito do devedor garantido mostra-se destituído de consistência patrimonial<sup>504</sup>. A Autora denuncia a falta de objeto do “sequestro”, pois se esta figura visa atingir um crédito do beneficiário contra o garante, ao invocar-se a execução indevida da garantia e o indevido pagamento efetuado pelo garante, isso significa que o beneficiário já não tem nenhum crédito em relação ao garante, pois foi satisfeito quando este pagou a garantia indevidamente executada<sup>505</sup>.

JORGE DUARTE PINHEIRO<sup>506</sup> e MÓNICA JARDIM<sup>507</sup>, por seu turno, na linha de pensamento de PORTALE<sup>508</sup>, consideram que a falta de objeto do “sequestro conservativo” se deve à simples constatação de que, numa hipótese de solicitação manifestamente abusiva da garantia, o beneficiário não é, em rigor, titular de qualquer direito sobre o garante que possa ser alvo de tal medida. Seria, com efeito, até contraditório requerer a apreensão de um crédito de garantia e, simultaneamente, negar a sua existência.

Do exposto resulta que, à luz do entendimento sufragado pela doutrina maioritária, à qual aderimos, o “sequestro conservativo” não surge como instrumento cautelar suscetível de ser utilizado pelo devedor garantido para defesa da sua esfera patrimonial no caso de uma solicitação abusiva do beneficiário, por, neste caso, inexistir um qualquer direito de crédito passível de apreensão judicial. Porém, embora rejeitando-se a admissibilidade de uma providência cautelar semelhante ao “*sequestro conservativo*” italiano, será pos-

<sup>503</sup> PORTALE, “Le garanzie...”, cit., p. 31; FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 188; JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 456.

<sup>504</sup> FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 188.

<sup>505</sup> FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 188.

<sup>506</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 456.

<sup>507</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 344.

<sup>508</sup> PORTALE, “Le garanzie...”, cit., p. 32.

sível, ao abrigo do art. 381º do CPC<sup>509</sup>, requerer-se o sequestro de somas eventualmente antecipadas ao garante para garantia da efetivação da obrigação de reembolso ou de documentos que o beneficiário tenha em seu poder e que deva apresentar ao garante no momento da interpelação<sup>510</sup>.

### **2.3. Providência cautelar que obste à solicitação da soma objeto da garantia ou que iniba o beneficiário de aceitá-la**

À primeira vista, no plano dos princípios, nada parece obstar a que o devedor garantido possa intentar um procedimento cautelar inominado contra o beneficiário da garantia para impedi-lo de solicitar e/ou de aceitar a soma objeto da garantia<sup>511</sup>.

Porém, uma análise mais detalhada das diversas relações jurídicas pressupostas no esquema negocial da garantia autónoma suscita fundadas interrogações sobre a legitimidade processual ativa do devedor garantido para um procedimento cautelar desse tipo. Com efeito, se é certo que da relação jurídica existente entre o devedor e o credor reportada ao contrato base emerge para o segundo o dever de atuar de acordo como princípio da boa fé contratual, certo é também que o devedor é, na verdade, parte estranha ao contrato de garantia celebrado entre garante e credor beneficiário, o que permite questionar da sua legitimidade para requerer uma providência cautelar que incida sobre uma relação jurídica relativamente à qual é terceiro<sup>512</sup>.

A doutrina que nos parece mais acertada, e à qual aderimos, é sintetizada na linha de pensamento de BONELLI<sup>513</sup>, distinguindo entre solicitação irregular e solicitação abusiva.

Assim, perante uma solicitação irregular, ou seja, desconforme com os termos do contrato de garantia celebrado, o devedor garantido não terá legitimidade para requerer uma providência cautelar contra o beneficiário para

<sup>509</sup> Cfr. o atual art. 362º do NCPC.

<sup>510</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 461; MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 351.

<sup>511</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, cit., p. 389; PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, in op. cit., p. 150.

<sup>512</sup> FRANCO BONELLI, in op. cit., p. 156; MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 344.

<sup>513</sup> FRANCO BONELLI, in op. cit., pp. 156-159.

inibi-lo de solicitar ou aceitar a quantia pecuniária objeto da garantia, porquanto, não sendo parte na relação material controvertida garante/beneficiário, carece desde logo de legitimidade para propor a ação principal tendente à declaração da inexistência do direito à soma objeto da garantia, decorrente da irregularidade da interpelação<sup>514</sup>.

De modo diferente, se o beneficiário solicitar a garantia (ou se preparar para fazê-lo) em claro abuso de direito, ao devedor garantido já deverá ser reconhecida legitimidade para requerer uma providência cautelar para inibi-lo de efetuar a interpelação e/ou de receber a soma pecuniária objeto da garantia, na medida em que dispõe igualmente de legitimidade ativa para propor a ação principal contra o beneficiário de que o procedimento cautelar será dependência e cujo efeito útil este visará assegurar, ação essa destinada à declaração de inexistência de qualquer direito do credor perante si fundado do contrato base<sup>515</sup>.

### 3. A conveniência do litisconsórcio passivo

A doutrina salienta que as providências cautelares requeridas exclusivamente contra o beneficiário não conferem adequada proteção dos interesses do devedor garantido, sobretudo se aquele residir num país estrangeiro relativamente ao qual não existam convenções internacionais que assegurem o reconhecimento e a execução dos procedimentos cautelares<sup>516</sup>, o que redundará, muitas vezes, na ausência de valor prático de tais providências<sup>517</sup>.

Por outro lado, se a providência cautelar é requerida unicamente contra o beneficiário, sempre relevará o risco de que este, desconsiderando a decisão judicial, interpele o garante – que não foi parte processual no procedimento cautelar – para honrar o compromisso de garantia<sup>518</sup>, risco agravado no caso

<sup>514</sup> FRANCO BONELLI, in op. cit., p. 157; MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 345.

<sup>515</sup> FRANCO BONELLI, in op. cit., pp. 157-158; MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 345.

<sup>516</sup> No quadro da Comunidade Europeia, vigora o Regulamento (CE) nº 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, que veio substituir a Convenção de Bruxelas de 1968.

<sup>517</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 346.

<sup>518</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, in op. cit., p. 150.



de se tratar de um não nacional, pois, em face do princípio da territorialidade da norma penal, não temerá a sanção pelo desrespeito da sentença<sup>519</sup>.

A acrescer a tais dificuldades de ordem pragmática, impõe-se constatar que o que o devedor garantido pretende, em última análise, não é tanto que o beneficiário não solicite ou não receba a soma pecuniária, mas sim que o garante não realize o pagamento por sua conta, ficando impedido de exigir-lhe o reembolso na eventualidade de decidir efetuar a entrega da soma objeto da garantia, razão pela qual as providências requeridas contra o garante são as mais utilizadas<sup>520</sup>.

Destarte, consideramos, na linha de PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, que a solução processualmente mais segura será a preferência pelo litisconsórcio (voluntário) passivo (cfr. art. 27º do CPC)<sup>521</sup>, intentando-se o procedimento cautelar simultaneamente contra o beneficiário da garantia e contra o garante<sup>522</sup>, requerendo que o primeiro seja intimado a abster-se de acionar a garantia autónoma e de receber a soma pecuniária correspondente e que o segundo, por seu turno, seja intimado a não efetuar o pagamento por conta do devedor garantido, vindo precluída a possibilidade de exigir o reembolso no caso de optar pela entrega da soma objeto da garantia.

#### **4. Pressupostos de concessão da providência – o juízo de “*summaria cognitio*” ou a exigência de “prova pronta e líquida”?**

À luz do direito processual civil Português, o decretamento da providência cautelar comum ou inominada (cfr. art. 381º do CPC)<sup>523</sup> estará dependente da verificação dos seguintes requisitos<sup>524</sup>:

<sup>519</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 346.

<sup>520</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 346-347.

<sup>521</sup> Cfr. o atual art. 32º do NCPC.

<sup>522</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, in op. cit., p. 151.

<sup>523</sup> Cfr. o atual art. 362º do NCPC.

<sup>524</sup> PAIS DO AMARAL, *Direito Processual Civil*, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, p. 25.

- o denominado “*fumus boni iuris*”, ou seja, a aparência do direito, traduzida na probabilidade séria da existência do direito invocado pelo requerente (cfr. art. 384º, nº 1<sup>525</sup> e art. 387º, nº 1, 1ª parte<sup>526</sup>, ambos do CPC);
- o “*periculum in mora*” consistente no fundado receio de que, na pendência da ação principal, o direito invocado sofra lesão grave e de difícil reparação (cfr. art. 384º, nº 1<sup>527</sup> e art. 387º, nº 1, *in fine*<sup>528</sup>, ambos do CPC);
- ausência de providência cautelar nominada que se adeque ao caso concreto (cfr. art. 381º, nº 3 do CPC)<sup>529</sup>;
- que o prejuízo resultante da concessão da providência para o requerido não exceda o dano que com a mesma o requerente pretende evitar (cfr. art. 387º, nº 2 do CPC)<sup>530</sup>.

De modo semelhante, na doutrina italiana, ANDREA MONTANARI defende que a procedência da “ação inibitória” (ex art. 700º do CPC Italiano) depende de dois requisitos: por um lado, o “*fumus boni iuris*”, integrado pela alegação de factos dos quais resulte provável a violação pelo garante do dever de proteção inerente ao contrato de mandato e que emerge do conhecimento do carácter ilegítimo da solicitação do beneficiário; e, por outro lado, o “*periculum in mora*”, representado pela irreparabilidade do prejuízo que derive da execução da garantia, prejuízo esse que tem sido identificado pelos tribunais italianos na dificuldade sentida pelo devedor garantido em intentar a ação de repetição do indevido contra o beneficiário, em função de contingências ambientais, geográficas ou políticas<sup>531</sup>.

Destinando-se a evitar o perigo da demora da normal tramitação da ação principal<sup>532</sup>, o procedimento cautelar apresenta uma estrutura mais simpli-

<sup>525</sup> Cfr. o atual art. 365º, nº 1 do NCPC

<sup>526</sup> Cfr. o atual art. 368º, nº 1, 1ª parte, do NCPC.

<sup>527</sup> Cfr. o atual art. 365º, nº 1 do NCPC.

<sup>528</sup> Cfr. o atual art. 368º, nº 1, *in fine*, do NCPC.

<sup>529</sup> Cfr. o atual art. 362º, nº 3 do NCPC.

<sup>530</sup> Cfr. o atual art. 368º, nº 2 do NCPC.

<sup>531</sup> ANDREA MONTANARI, in op. cit., p. 999 e nota 24.

<sup>532</sup> Com a providência cautelar pretende acautelar-se a sobrevivência de um bem ou direito até à decisão final da ação principal, de forma a evitar que a situação de facto se altere em

ficada e célere<sup>533</sup>, do que resulta que o juiz não tenha a mesma exigência na apreciação dos respetivos requisitos comparativamente com a decisão da ação principal, pois em causa está apenas a emissão de um juízo provisório, sendo certo que o juízo definitivo será dado no âmbito daquela ação<sup>534</sup>. Deste modo, para que a providência cautelar inominada seja decretada, o juiz empreenderá uma apreciação sumária – “*summaria cognitio*” – da existência do direito, bastando-se com a aparência desse direito – “*fumus boni iuris*”<sup>535</sup>.

Todavia, tratando-se de uma providência cautelar requerida no âmbito de uma garantia autónoma com fundamento no abuso de direito do beneficiário na solicitação da garantia, a doutrina e a jurisprudência maioritárias defendem que a concessão da mesma deve ser colocada na dependência da apresentação de prova “pronta e líquida” do carácter abusivo da interpelação<sup>536</sup>. Desta forma, os apologistas de tal entendimento justificam que o respeito pela natureza autónoma da garantia e pelo carácter automático do respetivo funcionamento (no caso de uma garantia autónoma “*on first demand*”) impõe

termos tais que a sentença que venha a ser proferida naquela ação perca toda ou parte do seu efeito útil. – cfr. Acórdão do TRP de 28.04.2011, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>533</sup> A indispensável celeridade dos procedimentos cautelares justifica que os mesmos revistam a natureza de processos urgentes (o que implica, por um lado, a precedência sobre os atos dos demais processos não urgentes, e, por outro, a não suspensão dos prazos em férias judiciais, cfr., respetivamente, os arts. 382º, nº 1 CPC – atual 363º do NCPC –, e 144º, nº 1, *in fine*, CPC – atual art. 138, nº 1, *in fine*, do NCPC), que nunca haja lugar a citação edital (art. 385º, nº 4 do CPC – atual art. 366º, nº 4 do NCPC), e que devam ser decididos, em 1ª instância, no prazo máximo de 2 meses, ou se o requerido não tiver sido citado, de 15 dias (cfr. art. 382º, nº 2 do CPC – atual art. 363º, nº 2 do NCPC). – cfr. PAIS DO AMARAL, in op. cit., pp. 30-31.

<sup>534</sup> “Não se exige a prova completa sobre a existência da situação jurídica que se pretende acautelar. Essa exigência não seria compatível com a celeridade própria da providência cautelar e, além disso, constituiria uma repetição da prova que terá de ser exigida na acção principal.” – cfr. PAIS DO AMARAL, in op. cit., p. 31.

Neste mesmo sentido, pode ler-se no Acórdão do TRP de 28.04.2011, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), o seguinte entendimento: “Uma das características das providências cautelares é a provisoriedade ou interinidade. Constituem um meio conducente à emissão de um juízo provisório de composição da relação material controvertida, eventualmente invertível na decisão final (art. 383º, nº 4).”

<sup>535</sup> PAIS DO AMARAL, in op. cit., p. 31,

<sup>536</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 335,

Na jurisprudência nacional, considerando insuficientes a “*summaria cognitio*” e o “*fumus boni iuris*” para a concessão de tais providências e exigindo a apresentação de prova “pronta e líquida” do abuso de direito do beneficiário na solicitação da garantia, cfr., a título exemplificativo, o Acórdão do STJ de 14.10.2004, os Acórdãos do TRL de 19.01.2010 e de 23.02.2010 e o Acórdão do TRP de 28.04.2011, todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

o carácter excecional do recurso à tutela provisória de urgência como forma de paralisar a execução de uma garantia que se pretende ágil e expedita, razão pela qual procuram limitar a concessão de tais providências às situações em que pode ser invocada pelo garante a “*exceptio doli*”<sup>537</sup>.

Assim, exigindo que o devedor garantido apresente prova “pronta e líquida”<sup>538</sup> do carácter abusivo da solicitação do beneficiário, i.e., prova pré-constituída e inequívoca, a doutrina maioritária recusa a admissibilidade da prova testemunhal e do depoimento de parte para fundar o deferimento de providências cautelares destinadas a impedir o normal desenvolvimento da garantia<sup>539</sup>.

Para justificar a derrogação das regras gerais de direito processual que esta teoria comporta, designadamente ao limitar os meios de prova ao dispor do requerente de uma providência cautelar, negando a concessão da providência com base em juízos de probabilidade e verosimilhança, fala-se na afirmação de uma “regra restritiva de direito jurisprudencial” imposta pela função de segurança e de liquidez da garantia autónoma<sup>540</sup>.

Em sentido divergente, alguma doutrina opõe que a defesa de tal concessão restritiva põe em causa a função útil dos procedimentos cautelares, que se fundamentam na apreciação de indícios fortes da existência do direito invocado e graves prejuízos irreparáveis resultantes da demora da ação principal<sup>541</sup>.

Tal entendimento minoritário logrou acolhimento no recente Acórdão do TRP de 23.02.2012<sup>542</sup>, no qual, admitindo-se o recurso à via cautelar no quadro de uma garantia autónoma, é defendido que a admissibilidade dos meios de prova e a respetiva análise terão de ser empreendidas no contexto típico das providências cautelares, rejeitando-se as limitações propugnadas pela aludida “regra restritiva de direito jurisprudencial”. A tese propugnada

<sup>537</sup> FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 190; MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 352; JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 460; PESTANA DE VASCONCELOS, *A Garantia Autónoma...*, cit., p. 630; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, cit., p. 389.

<sup>538</sup> Sobre o significado de “prova pronta e líquida” do carácter abusivo da solicitação da garantia *vide supra* o ponto 4. do Cap. III.

<sup>539</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, in op. cit., p. 460.

<sup>540</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., pp. 335-336; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in op. cit., p. 358; FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 190; FRANCISCO CORTEZ, in op. cit., p. 603.

<sup>541</sup> Assim informa FÁTIMA GOMES, in op. cit., p. 186.

<sup>542</sup> Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

pelo referido aresto é justificada da seguinte forma: “*Entendemos 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. E, no caso concreto, deverá ser vista no contexto de apreciação da prova do procedimento cautelar – summaria cognitio. É que, embora o procedimento cautelar tenha por base uma prova sumária, isso não significa de todo uma prova aligeirada e irreflectida, antes séria e competente. Acresce que só no momento de apreciação da prova se pode ajuizar da qualidade das provas, se se apresentam prontas e líquidas, e não em momento anterior, sendo certo que a lei não faz qualquer exigência (dir-se-ia que neste caso seria necessário um procedimento cautelar específico com esta exigência de prova).*”

Em nosso modesto entender, a tese maioritária, que restringe a concessão da tutela cautelar que paralise o funcionamento da garantia autónoma à apresentação de prova “pronta e líquida” do carácter infundado da solicitação, é a que melhor se coaduna com o necessário respeito pelas características da autonomia e da automaticidade<sup>543</sup>. Na verdade, consideramos que o deferimento de tais providências cautelares – que excecionam a independência e a automaticidade da garantia visadas pelas partes – deve depender de uma prova especialmente qualificada que confira ao julgador um elevado grau de certeza, pois, de outro modo, a aceitar-se tais limitações ao normal desenvolvimento do esquema da garantia com base em meros juízos de probabilidade da existência de um direito e da sua lesão, tal redundaria na negação das especificidades da figura, conduzindo a uma excessiva relativização da autonomia e a um aniquilar da importância prática da cláusula “*solve et repete*”. Como doutamente salienta MÓNICA JARDIM, só assim se evitará que o devedor garantido obtenha pela via cautelar o que o garante não pôde obter em por via da contestação à solicitação<sup>544</sup>.

<sup>543</sup> Nos termos do preceituado no art. 20º, nº 1 da Convenção das Nações Unidas sobre garantias independentes e letras de crédito *stand-by letters*, o decretamento da providência cautelar requerida pelo devedor garantido exige provas sérias e imediatamente disponíveis (“*immediately available strong evidence*”).

<sup>544</sup> MÓNICA JARDIM, in op. cit., p. 337.

## CONCLUSÕES

Aqui chegados, cumpre elaborar a síntese das principais ideias que resultaram do nosso percurso expositivo desenvolvido em torno da problemática da aplicação da “*exceptio doli generalis*” no âmbito da garantia autónoma, e em especial, na sua modalidade “à primeira solicitação”.

Deste modo, tendo presente as considerações tecidas ao longo do presente estudo, podemos enunciar as seguintes conclusões:

O contrato autónomo de garantia, contrato socialmente típico cuja admissibilidade radica no princípio da liberdade contratual, é caracterizado pela independência entre as diversas relações jurídicas coenvolvidas no esquema negocial da garantia. Da autonomia, enquanto característica essencial da garantia em análise, resulta vedada ao garante – por princípio e por oposição à acessoriedade da fiança – a oponibilidade em face do beneficiário das exceções fundadas quer no contrato base, celebrado entre devedor garantido e credor beneficiário, quer daquelas que se reportem ao contrato de mandato, celebrado entre devedor garantido e garante.

A automaticidade – conferida pela cláusula “à primeira solicitação” – assume natureza meramente eventual, não sendo característica indissociável, nem sequer exclusiva, do contrato autónomo de garantia, desde logo podendo também ser aposta na fiança. Enquanto na garantia autónoma simples o beneficiário terá de provar a verificação do pressuposto material da execução da garantia, na garantia autónoma “à primeira solicitação” bastará que efetue a interpelação em conformidade com os termos do contrato para que seja devido o pagamento pelo garante.

A interpretação de cada contrato – atento o respetivo clausulado e usos comerciais aplicáveis – é essencial para determinar a concreta natureza da obrigação de garantia, i.e., se se trata de uma garantia acessória ou autónoma, se simples ou à primeira solicitação.

A garantia autónoma, sobretudo na modalidade “à primeira solicitação”, mercê das características da autonomia e da automaticidade, propicia inegáveis vantagens para todos os operadores económicos envolvidos – credor beneficiário, devedor garantido e garante –, conferindo celeridade, segurança e eficácia nas trocas comerciais, com particular incidência no comércio internacional, que constitui o seu palco de eleição.

Solicitado o pagamento da quantia pecuniária objeto da garantia, o garante encontra-se vinculado ao cumprimento de diversos deveres em face do dador da ordem, deveres esses que encontram fundamento jurídico no princípio da boa fé contratual (art. 762º, nº 2 do CC), que completa o contrato de mandato existente entre ambos e do qual emerge o dever de proteção dos interesses do mandante. Assim, efetuada a solicitação, o garante tem o dever de informar de forma expedita o devedor garantido, de forma a permitir que o mesmo prepare a defesa da sua posição. Acresce o dever de verificação da conformidade formal da solicitação, que deve ser cumprido de forma diligente e em prazo razoável. Decorrido o prazo “razoável” de que dispõe para examinar a interpelação do beneficiário, o garante deverá tomar a decisão de efetuar ou de recusar a entrega da soma objeto da garantia.

Findo o prazo para examinar a interpelação e avisar o devedor garantido, se o garante não efetuar o pagamento perante uma solicitação conforme, deve entender-se que se constitui em mora, sendo devidos juros moratórios.

A recusa do pagamento perante uma solicitação conforme consubstanciará uma situação de incumprimento, que fará incorrer o garante em responsabilidade civil contratual perante o beneficiário (arts. 798º e ss do CC), dando origem a uma obrigação de indemnização (arts. 562º e ss CC). O beneficiário poderá intentar uma ação executiva e, em tal caso, o contrato autónomo de garantia valerá como título executivo contra o garante, ao abrigo do art. 46º, c) do CPC<sup>545</sup>. Perante uma garantia autónoma automática, os documentos em que esta se encontre exarada permitem “*de per se*” fundar a execução. Porém, tratando-se de uma garantia autónoma simples, é exigida a prova complementar do título (cfr. art. 804º do CPC<sup>546</sup>) relativamente aos factos que integram o pressuposto da excussão da garantia.

A renúncia do garante à invocação de exceções ao pagamento, pressuposta na celebração de um contrato autónomo de garantia, não abrange as exceções fundadas na relação de execução, sendo legítima a recusa da entrega da soma pecuniária perante uma solicitação feita em desconformidade com os termos da garantia – por revestir forma diversa da prescrita ou ser realizada

<sup>545</sup> Cfr. *supra*, as considerações expendidas na nota de rodapé 190.

<sup>546</sup> Cfr. o atual art. 715º do NCPC.

fora do prazo de vigência previsto –, ou ainda na hipótese de invalidade do próprio contrato de garantia.

Verificando-se a irregularidade da solicitação do beneficiário, o garante está vinculado, perante o devedor garantido, ao cumprimento do dever de recusa do pagamento como concretização do dever, enquanto mandatário, de proteger de forma diligente os interesses do seu mandante, razão pela qual a entrega da soma de garantia em tal circunstancialismo implicará que o garante não possa exigir o reembolso ao dador da ordem de uma quantia entregue em violação do mandato.

Excepcionalmente, o garante poderá fundamentar a recusa da entrega da soma de garantia por apelo a factos emergentes do contrato base. Através do recurso ao instrumento clássico da *“exceptio doli generalis”*, como “válvula de ventilação” ao serviço da boa fé e da proibição do abuso de direito, justificar-se-á a limitação da autonomia e a paralisação da obrigação de pagamento automático em face das exigências de justiça material sentidas em cada caso concreto.

A *“exceptio doli generalis”* poderá ser invocada pelo garante perante uma solicitação abusiva do beneficiário, que ocorrerá nas hipóteses de não verificação do pressuposto material de apelo à garantia e de inexistência de qualquer direito do credor beneficiário em face do devedor garantido *“ex”* contrato base, e, em qualquer caso, independentemente do estado subjetivo do beneficiário. Em tais hipóteses de solicitação ferida de abuso de direito, a oposição da *“exceptio doli”* pelo garante permite impedir de forma preventiva a efetivação de uma transferência patrimonial injustificada a favor do beneficiário.

No caso de nulidade do contrato base decorrente de contrariedade à ordem pública ou ofensividade aos bons costumes, a legitimidade da recusa do pagamento pelo garante decorre diretamente do desrespeito pelo *“ius cogens”*, não sendo necessário invocar a *“exceptio doli”* e o exercício abusivo do direito de chamamento da garantia.

A legitimidade da recusa do pagamento pelo garante não se basta com simples suspeitas, nem se compadece com eventuais dúvidas sobre o abuso de direito do beneficiário na solicitação da garantia, o qual tem de afirmar-se de forma manifesta, segura, evidente e inequívoca, *“ferindo os olhos”*, pois, de contrário, negar-se-ia a operatividade da cláusula de pagamento “à primeira solicitação”.



O carácter manifesto do abuso do beneficiário no apelo à garantia terá de resultar de prova “pronta e líquida”, bastando para tal a apresentação de prova documental. Deve rejeitar-se a demonstração do abuso através de provas constituídas (v.g. prova testemunhal), sob pena de delongas incompatíveis com a cláusula de pagamento automático, desvirtuando a sua inegável função de liquidez e o princípio imanente de “pagar primeiro e discutir depois”.

Resultando incontroversamente demonstrado o carácter abusivo da solicitação da garantia, afirma-se que a existência do dever de proteção dos interesses do devedor garantido impõe ao garante o dever de oposição da “*exceptio doli generalis*”. A violação de tal dever implicará, como consequência natural, a perda do direito de reembolso em face do dador da ordem da quantia indevidamente paga ao credor beneficiário. Do que resulta que a verificação dos pressupostos de invocação da “*exceptio doli*” não determinam a impossibilidade para o garante de efetuar o pagamento, mas apenas a não repercussão do pagamento que decida fazer na esfera jurídica do devedor garantido seu mandante.

Admite-se a possibilidade de recurso pelo devedor garantido à tutela cautelar como forma de obstar preventivamente à solicitação da garantia e/ou de impedir o respetivo pagamento, acautelando a eventual inércia do garante no cumprimento do dever de oposição da “*exceptio doli*” e as consequências patrimoniais daí resultantes.

O procedimento cautelar deve, por princípio, ser instaurado apenas em momento posterior à solicitação do beneficiário, podendo sê-lo, excepcionalmente em momento anterior, desde que o devedor garantido prove que o beneficiário não é titular de um qualquer direito perante si com fundamento no contrato base, e que, no entanto, tenciona executar a garantia.

No pressuposto de legitimidade do recurso à tutela cautelar, tratando-se de uma solicitação abusiva, legitima-se que o devedor garantido possa intentar um procedimento cautelar inominado requerendo o decretamento de uma providência cautelar que iniba o garante de efetuar o pagamento por sua conta, impedindo que efetive o reembolso no caso do pagamento.

O devedor garantido poderá, ao abrigo do art. 381<sup>o</sup> do CPC<sup>547</sup>, requerer o sequestro de somas eventualmente antecipadas ao garante para garantia da

<sup>547</sup> Cfr. o atual art. 362<sup>o</sup> do NCPC.

efetivação da obrigação de reembolso ou de documentos que o beneficiário tenha em seu poder e que deva apresentar ao garante no momento da interpelação. Mas já não será possível requerer o “*sequestro conservativo*” do crédito de garantia no caso de uma solicitação injustificada, pois nesse caso inexistente, em rigor, um qualquer crédito suscetível de apreensão judicial.

No caso de uma solicitação ferida de abuso de direito, admite-se que o devedor garantido possa requerer uma providência cautelar contra o beneficiário para inibi-lo de efetuar a interpelação e/ou de receber a soma pecuniária, por dispor de legitimidade para a ação principal, destinada à declaração de inexistência de qualquer direito do credor perante si fundado no contrato base. Diferentemente, perante uma solicitação irregular, o devedor garantido não terá legitimidade para requerer uma providência cautelar contra o beneficiário para inibi-lo de solicitar e/ou de aceitar a quantia pecuniária, porquanto, não sendo parte na relação material controvertida garante/beneficiário, carece desde logo de legitimidade para propor a ação principal destinada à declaração da inexistência do direito à soma objeto da garantia, decorrente da irregularidade da interpelação.

A concessão da providência cautelar requerida pelo devedor garantido dependerá da demonstração dos requisitos previstos nos arts. 381º e ss do CPC<sup>548</sup> e, em especial, do “*periculum in mora*” e do “*fumus boni iuris*”. Neste âmbito, não bastará a formulação de juízos de verosimilhança e aparência típicos da tutela cautelar, exigindo-se a apresentação de uma prova especialmente qualificada – a prova pronta e líquida, i.e., pré-constituída e inequívoca –, que confira ao julgador um elevado grau de certeza, sob pena de negação das especificidades da garantia autónoma “à primeira solicitação” e de se possibilitar ao devedor garantido obter pela via cautelar o que o garante não pôde obter em sede de contestação à solicitação.

<sup>548</sup> Cfr. os atuais arts. 362º e ss do NCPC.

## BIBLIOGRAFIA

- ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE – *Do Abuso de Direito – Ensaio de um critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*, Almedina, Coimbra, 1983
- AMARAL, JORGE AUGUSTO PAIS DO – *Direito Processual Civil*, 10<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2011
- ATAÍDE, DANIEL MEDINA – *Mecanismos de defesa frente às reclamações abusivas ou fraudulentas das garantias independentes e sua perspectiva conferida pela boa fé objectiva* – Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas (Patrimonial), apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008
- BASTOS, MIGUEL – *A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma “on first demand”*, in *Estudos em Honra do Professor Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 547 ss
- BENATTI, FRANCESCO – “Il Contratto Autonomo di Garanzia”, in *BBTC*, 1982, XLV, pp. 171 ss
- BONELLI, FRANCO – *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1991
- BRANCO, MANUEL CASTELO – “A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações”, in *ROA*, 1993, p. 61 e ss
- CARAMELO, ANTÓNIO SAMPAIO – “A garantia bancária à primeira solicitação – Sua autonomia e instrumentalidade”, in *RDES*, ano 44, 17, 2<sup>a</sup> série, n<sup>o</sup> 34 (ano 2003)
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – “Do abuso de direito: estado das questões e perspectivas”, in *ROA*, 2005, ano 65, Vol. II, Set. 2005, p. 327 e ss
- *Da Boa Fé no Direito Civil*, Vol. I, 4<sup>a</sup> reimpressão, Almedina, Coimbra, 2011
  - *Das Cartas de Conforto no Direito Bancário*, Edições Jurídicas Lex, Lisboa, 1993
  - *Tratado do Direito Civil Português*, Parte Geral, Tomo I, 3<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2005
- CORREIA, ANTÓNIO FERRER – *Lições de Direito Internacional Privado I*, Almedina, Coimbra, 2005
- “Notas para o Estudo do contrato da garantia bancária”, in *RDE*, ano VIII, n<sup>o</sup> 2, Julho/Dezembro, 1982, Universidade de Coimbra, p. 247 e ss
- CORTEZ, FRANCISCO – “A Garantia Bancária Autónoma – Alguns problemas”, in *ROA*, Ano 52, Julho 1992, p. 513 e ss
- COSTA, M. J. ALMEIDA/MONTEIRO, A. PINTO – “Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação (Parecer)”, in *CJ*, Ano XI, 1986, T. V, p. 16 e ss
- DUARTE, RUI PINTO – *Tipicidade e Atipicidade dos contratos*, Almedina, 2000
- EPIFÂNIO, MARIA DO ROSÁRIO – *Garantias Bancárias Autónomas – Breves Reflexões*, Juris et Jure, Nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Universidade Católica Editora, Porto, p. 319 e ss
- FESTI, FIORENZO – “L’ambito di applicazione ed i limiti dell’exceptio doli generalis”, in *Rivista Diritto del Commercio Internazionale*, 1994, pp. 711-719
- FORLANI, FEDERICA – “In tema di escussione abusiva di garanzia bancaria autonoma: tra exceptio doli ed opponibilità dei limiti oggettivi della dichiarazione di garanzia”, in *BBTC*, ano 2010, n<sup>o</sup> 3, Vol. 63, Fasc. 3, Parte 2, pp. 375 e ss

- FREITAS, JOSÉ LEBRE DE – *A Acção Executiva depois da Reforma*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2004
- GAROFALO, LUIGI – “Per un’applicazione dell’exceptio doli generalis romana in tema di contratto autonomo di garanzia”, in *Rivista di Diritto Civile*, ano 42, nº 5, 1996, pp. 629 e ss
- GOMES, FÁTIMA – “Garantia Bancária Autónoma à primeira solicitação”, in *Direito e Justiça*, Volume VIII, tomo 2, 1994, pp. 119 e ss
- GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA – *Assunção fidejussória de dívida*, Colecção Teses, Almedina, 2000
- *Sobre a mora do garante na garantia bancária autónoma – A propósito do Acórdão STJ 21-11-2002*, in Estudos em honra de Ruy de Albuquerque, Vol. II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 17 e ss
- JARDIM, MÓNICA – *A Garantia Autónoma*, Almedina, 2002
- LAMBRINI, PAOLA – “Contratto autonomo di garanzia ed exceptio doli generalis”, in *Rivista de Diritto Civile*, XLIV, 1998, pp. 443 e ss
- *Dolo Generale e Regole di Correttezza*, CEDAM, Padova, 2010
- LEITÃO, LUÍS MANUEL TELLES DE MENEZES – *Garantias das Obrigações*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2012
- MACHADO, JOÃO BAPTISTA – *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª edição actualizada, Almedina, Coimbra, 2006
- MANNINO, VICENZO – “Considerazioni sulla “strategia rimediale”: buona fede ed exceptio doli generalis”, in *Europa e Diritto Privato*, nº 4, 2006, pp. 1283 e ss
- MAGGILOLO, MARCELLO – “La tutela degli obbliganti nelle garanzie a prima richiesta”, in *Rivista di Diritto Civile*, ano XXXVI, 1990, I, p. 434
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO – *Contratos em Especial*, 2ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO/PONTE, PEDRO FUZETA – *Garantias de Cumprimento*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2006
- MASTROPAOLO, FULVIO – “Pagamento a prima richiesta, limiti alla inopponibilità delle eccezioni e problemi probatori”, in *BBTC*, Milano, 1990, ano LIII, Fasc. V, pp. 553 e ss
- MATIAS, ARMINDO SARAIVA – *Direito Bancário*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998
- MENDES, EVARISTO – “Garantias Bancárias, Natureza”, in *RDES*, ano XXXVII, X da 2ª Série, Outubro/Dezembro, nº 4, 1995, pp. 411 e ss
- MONTANARI, ANDREA – “Garanzia autonoma ed escussione abusiva: nuove tendenze rimediali in una diversa prospettiva ermeneutica”, in *Europa e Diritto Privato*, nº 4, 2008, pp. 987 e ss
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO – *Cláusula Penal e Indemnização*, Colecção Teses, Almedina, Coimbra, 1990
- *Sobre as Cartas de Conforto na Concessão de Crédito*, Ab Uno ad Omnes, 75 Anos da Coimbra Editora, Coimbra Editora, Coimbra,
- NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES – *Questão de facto – Questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica) I – A crise*, Coimbra, 1967
- PATRÍCIO, JOSÉ SIMÕES – “Preliminares sobre a Garantia ‘on first demand’”, in *ROA*, ano 43, 1983, p. 677 e ss

- PERERA, ANGEL CARRASCO – *Fianza, Accesoriedad y Contrato de Garantia*, La Ley, Madrid, 1992
- PINHEIRO, JORGE DUARTE – “Garantia Bancária Autónoma”, in *ROA*, Ano 52, Julho 1992, pp. 417 e ss
- PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA – *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição actualizada, 12ª reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1999
- PORTALE, GIUSEPPE – “Le garanzie bancarie internazionali (questioni)”, in *BBTC*, 1988, I, pp. 1 e ss
- POULLET, YVES – “La jurisprudence récente en matière de garantie bancaire dan les contracts internationaux”, in *BBTC*, Milano, 1982, p. 397 e ss
- PRITCHARD, GRAÇA L. MONTEIRO – “Garantias bancárias autónomas”, in *Revista da Banca*, nº 18, Abril/Junho 1991, p. 139 e ss
- RIBEIRO, ANTÓNIO SEQUEIRA – *Garantia bancária à primeira solicitação, algumas questões*, in Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Volume II, Direito bancário (estudos organizados pelos Professores Doutores António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes), Almedina, Coimbra, 2002
- RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA – *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- SERRA, ANTÓNIO VAZ – “Abuso de Direito (Em matéria de responsabilidade civil)”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 85, 1959, pp. 243 e ss
- SILVA, JOÃO CALVÃO DA – *Estudos de Direito Comercial – Pareceres*, Almedina, Coimbra, 1999 – *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2001
- TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO – *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002
- TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO – “Garantia Bancária Autónoma”, in *O Direito*, ano 120, III-IV, 1988 (Julho-Dezembro), p. 275 e ss
- VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES – *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2005 – *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2007
- VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL PESTANA DE – *A Garantia Autónoma*, in Os 10 anos de investigação do CIJE, Estudos Jurídico-Económicos, Coordenação Glória Teixeira e Ana Sofia Carvalho, Almedina, Coimbra, 2010
- VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL PESTANA DE – *Direito das Garantias*, 2ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2012
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE – *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995