



FREDERICO FIKOFF STEHLIN

**A POSSIBILIDADE DE RECUSA DO PAGAMENTO DE
GARANTIAS BANCÁRIAS ON FIRST DEMAND E AS
PROVIDÊNCIAS CAUTELARES COMO MEIO DE
DEFESA DO BANCO GARANTE**

Dissertação com vista à obtenção do grau
de Mestre em Direito na especialidade de
Direito Forense e Arbitragem.

Orientadores:

Doutora Ana Prata, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Doutor José A. R. L. González, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa.

Julho de 2022



FREDERICO FIKOFF STEHLIN

**A POSSIBILIDADE DE RECUSA DO PAGAMENTO DE
GARANTIAS BANCÁRIAS ON FIRST DEMAND E AS
PROVIDÊNCIAS CAUTELARES COMO MEIO DE
DEFESA DO BANCO GARANTE**

Dissertação com vista à obtenção do grau
de Mestre em Direito na especialidade de
Direito Forense e Arbitragem.

Orientadores:

Doutora Ana Prata, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Doutor José A. R. L. González, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa.

Julho de 2022

Declaração de compromisso anti plágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.



(Frederico Stehlin)

Agradecimentos

Aos meus pais, por me terem acompanhado e apoiado ao longo deste percurso acadêmico.

À Bia, obrigado pela paciência, compreensão e apoio durante todo este projeto.

Aos meus amigos e companheiros de escritório pela motivação, ensinamentos e parceria.

Aos meus orientadores por terem aceite este desafio com toda a disponibilidade.

Lista de Siglas e Abreviaturas

- Cfr. – Confrontar.
- Op. Cit. – Obra citada
- p. – Página.
- pp. – Páginas
- ss. – Seguintes

Resumo

A presente dissertação pretendeu discutir e dissertar sobre o tema das garantias bancárias e dos meios de defesa que o banco garante pode adotar diante de situações de abuso por parte de um beneficiário de uma garantia bancária. Assim, foram expostas as situações que a doutrina e jurisprudência entendem como justificáveis ao banco para recusar o pagamento das garantias.

Após o elenco destas situações, demonstrou-se que os procedimentos cautelares são o meio de defesa apto para reagir aos abusos do beneficiário no momento de acionamento da garantia. Foi também defendida a tese de que não só o ordenante pode utilizar este meio de defesa, mas também o banco garante terá o interesse em socorrer-se desta ferramenta para evitar prejuízos para si e para o beneficiário.

Por fim, a dissertação pretendeu demonstrar que nos procedimentos cautelares desta natureza é viável e, até recomendável, que seja requerida a inversão do contencioso. Portanto, ao longo da tese foi defendido que o procedimento cautelar é a forma mais útil e apropriada para acautelar os interesses do banco garante.

Abstract

This dissertation intended to discuss and dissertate on the subject of bank guarantees and the means of defence that the guaranteeing bank may adopt in face of situations of abuse by a beneficiary of a bank guarantee. Therefore, it was demonstrated the situations that the doctrine and jurisprudence understand as possible for the bank to refuse the payment of the guarantees.

After listing these situations, it was shown that precautionary procedures are the appropriate means of defence to react to the beneficiary's abuse. It was also defended that not only the payer can recourse to this means but also the guaranteeing bank will have an interest in using these procedures to avoid damages for itself and for the beneficiary.

Finally, the dissertation aimed to demonstrate that in precautionary proceedings of this nature it is viable and even recommendable to request the reversal of the burden of bringing proceedings, proving that this procedure is useful and will be the best way to safeguard the interests of the guarantor bank.

1. Introdução

A presente composição consiste na dissertação final do Mestrado em Direito Forense e Arbitragem da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. A presente exposição procurou encontrar um tema de relevância atual e, ao mesmo tempo, buscou um assunto que não ficasse restrito ao campo teórico, mas que possuísse uma significativa importância na prática da ciência jurídica.

Assim, a presente dissertação visa abordar o tema das garantias bancárias *on first demand*, bem como expor as situações em que a doutrina e jurisprudência entendem serem legítimas ao banco garante recusar o pagamento das mesmas, principalmente através do recurso a procedimentos cautelares como meio de defesa e forma de se libertar de tal obrigação.

Ora, a garantia bancária autónoma, apesar de ser relativamente recente e de sofrer algumas críticas, corresponde a um instrumento jurídico imprescindível nas relações comerciais atuais. Como se demonstrará, as suas características asseguram aos envolvidos a prestação de uma garantia célere e segura, o que possibilita a concretização de diversos negócios jurídicos, nas palavras do juiz inglês Kerr representa “*the lifeblood of the international commerce*”¹ (o sangue da vida do comércio internacional).

Assim, o tema assume especial relevância no momento atual, uma vez que em razão da pandemia do COVID-19 e a conseqüente instabilidade económica, ocorreu um aumento de incumprimentos contratuais. Desta forma, em decorrência do referido, assistiremos a um aumento de acionamentos de garantias e, por conseguinte, um aumento da discussão no plano prático sobre esta figura.

Nesta senda, os tribunais portugueses deverão estar preparados para os eventuais litígios acerca deste tema e para responder principalmente a questões ligadas com a falta de pagamento imediato pelo banco garante, após a solicitação pelos beneficiários.

¹ Frase proferida em *Harbottle Ltd. Vs. National Westminster Bank*, 1978, citada por JORGE DUARTE PINHEIRO, *Garantia Bancária Autónoma*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 52, II – Lisboa, Julho 1992, p. 418.

Portanto, constituindo assunto de notável relevância, que merece ser objeto de debate, cumpre analisar e debater a natureza dos contratos de garantias bancárias, e expor as suas diretrizes, bem como as exceções oponíveis pelo banco aos beneficiários e os meios de defesa de que o banco garante dispõe - em particular os procedimentos cautelares.

Deste modo, o objetivo será asseverar, através da exposição de argumentos, o comportamento que o banco garante deverá adotar quando estiver diante de uma situação em que haja um abuso por parte do beneficiário. Logo, elencaremos as situações de recusa legítima do banco no pagamento das garantias, sempre dentro dos limites da ordem normativa. Procurando ainda indicar como o banco deverá reagir para se defender dos referidos comportamentos abusivos, buscando-se sempre a solução mais equitativa, eficiente e adequada no propósito de salvaguardar da melhor forma os princípios basilares do ordenamento jurídico nacional.

2. Surgimento e breve resumo histórico das garantias bancárias autônomas

Impulsionada pela necessidade de criação de um instrumento que desse mais segurança aos credores no âmbito do comércio internacional e ao abrigo da liberdade contratual (cfr. artigo 405.º do Código Civil), surgiu a garantia bancária autônoma. Os primeiros estudos sobre esta figura são atribuídos a RUDOLF STAMMLER, considerado por alguns o pai das garantias bancárias². Todavia, JANUÁRIO GOMES³ afirma que o próprio autor alemão assume não ser o criador desta figura, referindo que os seus estudos tiveram por base o direito romano e o direito comum.

Certo é que a importância das garantias bancárias autônomas cresce exponencialmente após a segunda guerra mundial. Com o aumento do comércio e com o surgimento de relações económicas complexas este instrumento ganhou importância. Deste modo, o cenário pós-guerra, a expansão do mercado de petróleo e o consequente aumento das trocas comerciais e da globalização, impulsionaram a criação de novas formas de solidificar e possibilitar a celebração de negócios jurídicos. Diante deste contexto, ascende a figura das garantias bancárias autônomas, como forma de ultrapassar

² FRANCISCO CORTEZ, *A Garantia Bancária Autônoma – alguns problemas*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 52, 1992, p.519.

³ JANUÁRIO GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, p. 67, nota 255.

as fragilidades das garantias tradicionais, a fiança, o aval e do depósito⁴ tornando-se um instrumento aceite pelos diversos operadores económicos.

Em Portugal, apenas na década de 80 é que a doutrina se debruçou de forma mais ativa sobre esta figura, através dos estudos elaborados por VAZ SERRA⁵ e posteriormente por MOTA PINTO⁶. Contudo, apesar de atualmente ser admitida em Portugal, bem como na maior parte dos ordenamentos jurídicos, o contrato de garantia bancária, corresponde a um contrato, socialmente típico, mas legalmente atípico⁷.

Atualmente, as garantias bancárias, apesar de muito presentes no comércio internacional, adquiriram especial relevância no âmbito da construção civil, sendo figura recorrente nos diversos negócios jurídicos inerentes a este campo económico.

Assim, como melhor se explanará, em razão de suas características e principalmente da sua não acessoriedade, a garantia bancária *on first demand* ganhou e ganha cada vez mais relevância em determinados setores económicos. O principal motivo da ascensão desta figura é o facto de estar praticamente imune às vicissitudes da obrigação garantida e, também, da garantia ser prestada por bancos, instituições que possuem uma elevada solvabilidade, o que transmite uma segurança acrescida aos credores. Portanto, são estes marcos distintivos os maiores atrativos deste instituto jurídicos, uma vez que estas características não se encontram nas demais garantias.

3. . Definição de garantia bancárias autónoma ou *on first demand*

3.1 Conceito

A garantia bancária autónoma ou *on first demand*, enquanto fonte de obrigação, consiste num contrato. Neste contrato um banco (o garante) assume a favor de um beneficiário a responsabilidade pelo pagamento de uma obrigação própria em caso de incumprimento pelo ordenante das obrigações assumidas numa relação contratual

⁴ FRANCISCO CORTEZ, Op. Cit, p. 518.

⁵ VAZ SERRA, *Fiança e figuras análogas*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 71, 1957, p. 296.

⁶ MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Coimbra: Atlântida Editora, 1970, p. 469.

⁷ MARGARIDA LIMA REGO, *Garantias Bancárias e Seguros de Crédito e Caução*, Direito bancário, Centro de Estudos Judiciários, 2015, p.215.

subjacente, o contrato base, sem poder socorrer-se das exceções decorrentes da relação jurídica garantida. Portanto, estamos diante de uma relação, em princípio, triangular⁸ onde há um ordenante que requer ao banco garante que preste perante outrem (o beneficiário) uma garantia do bom cumprimento de uma obrigação que o primeiro assumiu sobre o último.

Na doutrina diversos autores procuraram definir esta figura. Nas palavras do Professor GALVÃO TELLES, a garantia bancária autónoma é “(...) *a garantia pela qual o banco que a presta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato-base), sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com esse mesmo contrato*”⁹. O mesmo refere ainda que as garantias bancárias são garantias de natureza pessoal prestadas por um banco e têm grande interesse prático pela forte solvabilidade que os bancos em regra possuem.

Na mesma linha, JOSÉ MARIA PIRES defende que a garantia bancária autónoma é um “(...) *contrato pelo qual um banco, por mandato do seu cliente, se obriga a pagar certa importância à outra parte (beneficiário), ficando esta com o direito potestativo de exigir a execução dessa garantia, sem que lhe possam ser opostos quaisquer meios de defesa baseados nas relações entre o banco e o ordenador ou entre este e o beneficiário.*”¹⁰.

Refere também MARGARIDA LIMA REGO que “*O contrato de garantia autónoma pode definir-se como o contrato em que alguém – o garante – assume perante outrem – o beneficiário – o risco de verificação de um determinado resultado, positivo ou negativo, obrigando-se ao pagamento de uma prestação em caso, respectivamente, de verificação ou não verificação desse resultado*”¹¹.

⁸ Por vezes pode existir uma relação quadrangular, quando esteja em causa uma relação internacional e se torne necessária intervenção de um segundo banco que esteja situado no país do beneficiário. Muitas vezes esta situação é chamada de garantia indireta. Nesta situação, o banco do país do beneficiário presta a garantia mandatado pelo banco do país do ordenante.

⁹ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Garantia Bancária Autónoma – Estudo e Parecer*, in O Direito, Ano 120, 1988, p. 283.

¹⁰ JOSÉ MARIA PIRES, *Direito Bancário – As operações bancárias*, Volume II, Editora Rei dos Livros, 1995, p. 284

¹¹ MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de Seguro e Terceiros*, Estudo de Direito Civil, Coimbra, 2010, pp. 428-449.

MÓNICA JARDIM, ainda que não se referindo apenas à garantia bancária autónoma, define o contrato de garantia “*como o contrato celebrado entre uma entidade, geralmente um banco, por conta (mandato sem representação) de um devedor de uma relação jurídica de base, e o credor desta relação, pelo qual o primeiro (o garante) se obriga, com o objectivo de assegurar a plena satisfação do direito de crédito do segundo (o beneficiário), a entregar-lhe, sem poder opor excepção relativa à relação jurídica de base ou ao contrato de mandato, uma determinada quantia pecuniária (...)*”¹².

Face ao exposto, é possível concluir que o instituto jurídico da garantia bancária *on first demand* depende de uma sequência de relações jurídicas que, apesar de conexas, são independentes.

Assim, temos:

- (i) Um contrato de mandato sem representação, celebrado entre o banco e o ordenante, onde o banco se obriga, em troca de uma comissão, perante o ordenante a prestar uma garantia a um credor;
- (ii) O contrato base ou relação garantida, celebrado entre o credor beneficiário e o ordenante e;
- (iii) O contrato de garantia autónoma *stricto sensu*, celebrado entre o banco e o credor beneficiário, onde o banco assume diante do beneficiário em caso de incumprimento do contrato base, as responsabilidades do ordenante.

Deste modo, apenas com a celebração de todos os referidos negócios jurídicos é que se irá configurar a garantia bancária autónoma, concedendo ao beneficiário o direito de acionar a respectiva garantia em caso de incumprimento do contrato base e, por sua vez, obrigando-se o banco a pagá-la, tendo sempre o direito de reembolso diante do ordenante.

3.2 Características

Como já se referiu, as garantias bancárias autónomas possuem diversas características que as tornam atrativas para os mais variados negócios jurídicos. Podemos

¹² MÓNICA JARDIM, *A Garantia Autónoma*, Almedina, 2002, p. 103.

identificar três principais marcos distintivos que diferem as garantias bancárias das demais garantias.

Em primeiro lugar, como o próprio nome refere, a garantia bancária *on first demand* apenas pode ser prestada por bancos. Ou seja, poderá existir uma garantia autónoma concedida por outros agentes, contudo, no que se refere às garantias bancárias autónomas, estas destacam-se por serem prestadas por bancos. Esta característica, apesar de parecer acessória às demais, no nosso entendimento, assume alguma relevância prática.

Ora, os bancos são, em princípio, entidades com solvabilidade e com confiança dos credores, isto é, são instituições em que a generalidade das pessoas confia, assumindo que os mesmos têm poder financeiro para assumir este tipo de negócios. Portanto, caso não fosse prestada por bancos, esta figura talvez não alcançasse o êxito que obteve, uma vez que uma boa parte da confiança depositada neste instituto prende-se com o facto de ser garantida por um banco.

Outra característica fundamental é a autonomia. É este ponto que garante que a garantia não será afetada por vicissitudes do contrato base, conferindo-lhe, portanto, uma segurança acrescida ao credor garantido. Assim, não são oponíveis pelo banco garante ao beneficiário as exceções relativas ao contrato base¹³. Acresce que também não são, em princípio, oponíveis ao beneficiário as exceções referentes ao contrato celebrado entre o banco garante e o ordenante.

Deste modo, conclui-se que o banco garante assume uma obrigação própria e independente com o beneficiário, apenas podendo opor-lhe os meios de defesa que surjam no âmbito desta relação¹⁴. Assim, caso a garantia seja acionada e o banco efetue o pagamento, entendemos que este não fica, nos termos do artigo 592.º do Código Civil, sub-rogado nos direitos do beneficiário, uma vez que estamos diante de uma obrigação própria. Desta forma, o seu direito de reembolso emerge do contrato celebrado entre o banco e o ordenante, onde o segundo se obriga a reembolsar o banco garante¹⁵. Em razão disso e para amenizar os riscos que o banco assume com este instituto jurídico¹⁶, é comum

¹³ GALVÃO TELLES, Op. Cit., p. 285 e MÓNICA JARDIM, Op. Cit., p. 115.

¹⁴ VAZ SERRA, Op. Cit., p.296 e JANUÁRIO GOMES, *Estudos de Direito das Garantias*, p. 11.

¹⁵ HERÁCLITO ALBINO PEDRO, *A Garantia Bancária Autónoma*, AAFDL, 2020, p.57.

¹⁶ MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, 4.ª ed., Almedina, 2010, p. 765.

que o banco exija ao ordenante a emissão de letras ou livranças para assegurar o seu direito de reaver o montante prestado¹⁷.

Outro traço distintivo das garantias bancárias *on first demand* é a sua automaticidade ou pagamento à primeira solicitação. Com essa característica ficam os beneficiários isentos de fazer prova de qualquer pressuposto no momento que solicitam ao banco o pagamento. Este ponto é aquele que garante uma maior dimensão à característica de autonomia da garantia bancária¹⁸, pois a afasta de tal modo da relação subjacente que nem sequer exige do beneficiário a prova de qualquer pressuposto no momento de acionamento da garantia bancária.

Importa, todavia, não confundir autonomia com automaticidade. Enquanto a autonomia refere-se à impossibilidade do banco em invocar exceções que não estejam no âmbito da relação com o beneficiário, a automaticidade prende-se com o momento da solicitação do pagamento – um pouco na lógica do “primeiro paga depois discute”.

Note-se, contudo, que a autonomia e automaticidade não são absolutas. Como oportunamente melhor se explanará, existem situações em que o banco pode recusar legitimamente o pagamento da garantia, uma vez que essas características não podem se sobrepor ao Estado de Direito ou a ordem pública¹⁹. Portanto, em situações excepcionais, o banco poderá recusar o pagamento da garantia – fugindo à regra da automaticidade e da característica de autonomia – após a solicitação do beneficiário.

Nestes termos, com as características aqui descritas verifica-se que as garantias bancárias *on first demand* trazem diversas vantagens para os intervenientes²¹. O beneficiário sente-se seguro, uma vez que tem a certeza de que receberá uma quantia pecuniária independentemente das vicissitudes do contrato base e livra-se dos riscos de incumprimento do ordenante. Além do mais, neste instituto jurídico o beneficiário se escusa de ter que provar os eventuais danos sofridos com o incumprimento por parte do ordenante, sabendo *ab initio* o valor que receberá, uma vez que corresponde ao montante garantido e exposto no contrato de garantia bancária. O beneficiário fica ainda

¹⁷ JORGE DUARTE PINHEIRO, Op. Cit., p.432.

¹⁸ JANUÁRIO GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, p. 70.

¹⁹ FRANCISCO CORTEZ, Op. Cit., p. 604.

²⁰ ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Notas para o Estudo do Contrato de Garantia Bancária*, in *Revista de Direito e Economia*, Ano VIII, nº 2, 1982, p. 253.

²¹ HERÁCLITO ALBINO PEDRO, Op. Cit., pp. 59-61.

salvaguardado da eventual escassez financeira do ordenante, já que o responsável pelo pagamento da garantia será uma instituição bancária que, em regra, será uma entidade com saúde financeira.

O banco garante, por sua vez, satisfaz-se, pois, assumindo os riscos em causa, receberá uma comissão e em caso de acionamento estará assegurado pelo seu direito de reembolso. Por último, a vantagem que advém desta figura para o ordenante é o ganho da confiança do credor através da prestação de uma garantia forte e segura, o que lhe possibilitará a celebração de negócios jurídicos de grande dimensão e que envolvem grandes quantias pecuniárias.

3.3 Distinção entre garantia autónoma simples e garantia autónoma à primeira solicitação

Após nos debruçarmos sobre as características da garantia bancária autónoma *on first demand*, importa diferenciá-la da garantia autónoma simples.

Existem garantias autónomas que não preveem a cláusula *on first demand*, ou seja, que não configuram o pagamento à primeira solicitação, fazendo o seu pagamento depender da demonstração de que existe um facto que justifique o seu acionamento, normalmente relacionado com o incumprimento por parte do ordenante na relação subjacente ²². Assim, no que respeita à garantia autónoma simples, estas são aquelas que ficam condicionadas a demonstração pelo beneficiário ao banco de certos factos que tornam exigível o pagamento das garantias. Em suma, a garantia bancária simples apenas poderá ser acionada com a demonstração deste facto e com a prova do mesmo diante do banco garante, sem esta demonstração o banco não está obrigado a efetuar o pagamento da garantia.

Por sua vez, tratando-se de garantias autónomas *on first demand*, estas retiram do beneficiário o ónus de comprovar qualquer facto, obrigando o banco a pagar o montante convencionado no momento em que for interpelado para tal, removendo obstáculos que

²² MARIA ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Garantias Bancárias Autónomas – Breves Reflexões, Juris et de Jure*, 1998 P. 334.

pudessem impedir o pagamento²³ e concedendo, portanto, uma maior celeridade e segurança ao beneficiário.

3.4 O elemento essencial

Ora, face ao exposto verifica-se que o elemento que distingue a garantia autónoma *on first demand* dos demais institutos jurídicos não consiste apenas na sua autonomia, mas também na sua automaticidade. Podemos concluir que é a automaticidade que torna a garantia bancária *on first demand* tão atrativa para os negócios jurídicos complexos, garantindo aos mesmo uma segurança e celeridade que nenhuma outra figura consegue garantir.

São, portanto, estes elementos que tornam a figura da garantia bancária autónoma peça chave em áreas onde estão em causa avultados valores e setores onde os negócios não podem ficar demasiado tempo parados, como é o caso dos negócios jurídicos de escala internacional e do ramo da construção civil. Nestes setores a interrupção das atividades pode facilmente inviabilizar o negócio, pelo que exigem um instituto jurídico capaz de dar uma rápida resposta às situações de incumprimento.

4. O Contrato de Garantia bancária

Como já se referiu as garantias autónomas surgiram para solucionar dificuldades encontradas em certos setores. Assim, ao abrigo da liberdade contratual (cfr. artigo 405.º Código Civil) foi criada esta figura, não existindo previsão legal que determine a forma ou os elementos do contrato de garantia bancária *stricto sensu*, uma vez que são contratos legalmente atípicos. Porém, a prática jurídica demonstra que este tipo de negócio tem por regra contrato escritos, sendo por isso possível identificar alguns elementos essenciais à sua formulação.

²³ PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, Almedina, 2003, p. 132.

Neste tipo de contrato, para além da identificação das partes, entendemos que é possível identificar ao menos três elementos essenciais que devem ser definidos: (i) a cláusula de garantia; (ii) o valor garantido; e (iii) o prazo.

Em primeiro lugar, a cláusula de garantia é o elemento principal. Para além de definir a obrigação dos garantes, esta cláusula deve explicitar as características das garantias bancárias autónomas, isto é, deixar evidente que se trata de uma garantia revestida de autonomia e automaticidade.

Ora, tendo em conta que não há uma definição legal que nos permita identificar de forma precisa este instituto, devem estar expressas no texto da garantia as suas características, para que se possa diferenciá-la de figuras similares. Neste ponto refere-se que na doutrina há quem entenda que em caso de dúvida sobre a automaticidade deverá se considerar que estamos diante de uma garantia simples²⁴, pelo que deve-se ter atenção para que no texto da garantia fique expressamente configurada a sua autonomia e a sua cláusula de pagamento à primeira solicitação.

Em segundo lugar é imprescindível que fique assente o valor garantido. Ora, como já referido, uma das vantagens deste tipo de garantias é dar a conhecer ao beneficiário o montante com que este pode contar, sem ter que fazer provas de danos ou de qualquer montante, pelo que apenas com a definição do valor é que se garante esta previsibilidade.

Por fim, por uma questão de segurança devem as partes determinar um prazo de validade para a garantia. Assim, ainda que a subsistência da garantia bancária possa ficar atrelada a um dado evento²⁵, é essencial que as partes configurem um momento a partir do qual a garantia não poderá mais ser acionada, para que se evite situações de abuso por parte do beneficiário que na falta deste prazo poderia, em absurdo, acionar a garantia eternamente.

²⁴ JANUÁRIO GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, p. 74.

²⁵ Por exemplo, estipular que a garantia fica válida até a entrega da empreitada.

5. As exceções oponíveis pelo banco garante ao beneficiário

Na doutrina e jurisprudência é amplamente aceito o entendimento de que existem situações em que o banco poderá se recusar ao pagamento das garantias bancárias *on first demand*. Isto é, entende-se que o facto das garantias bancárias serem autónomas e *on first demand* não implica o pagamento obrigatório pelo banco garante em qualquer circunstância.

Como referem PEDRO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE²⁶ “o Direito português baseia-se em determinados postulados que tornam inadmissível estabelecer-se que o pagamento da garantia é devido em qualquer circunstância; há limites à autonomia privada e ao exercício de direitos dela decorrentes.”. Assim, admitem estes autores que o banco garante pode recusar o pagamento exigido quando a pretensão se apresenta como manifestamente inadmissível.

Ou seja, mesmo nos casos de garantia *on first demand*, automática ou à primeira solicitação, haverá que aceitar um limite à automaticidade quando esteja em causa uma violação que implica desrespeito pelos princípios basilares da ordem jurídica portuguesa. Nas palavras dos referidos autores²⁷, “Há, pois, limites máximos, do ponto de vista jurídico, que a garantia autónoma, mesmo quando é acordada com cláusula “à primeira interpelação”, não pode ultrapassar, sob pena de colidir com os princípios que enformam a ordem jurídica portuguesa. Imagine-se que se trata de uma garantia “on first demand” para o caso de uma obra não ser realizada, de um prédio não ser construído. Se o garante sabe e não há qualquer dúvida quanto ao facto de o prédio ter ficado bem construído, caso o dono da obra venha exigir o pagamento da garantia, seria manifestamente clamorosa a admissibilidade de tal pedido de pagamento, justificando-se que o garante o recuse.”. Nesta perspetiva, mesmo nas situações de garantia à primeira interpelação, o banco, pode - e deve - recusar o pagamento em caso de prova inequívoca de fraude ou de abuso manifesto por parte do beneficiário.

²⁶ PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, Op. Cit., p. 123 e 124.

²⁷ PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, in *Garantias de Cumprimento* (Estudo teórico-prático), 1994, Almedina, p. 55.

Nesta senda, GALVÃO TELES²⁸ refere que “*Há um caso extremo em que o banco pode e deve recusar o pagamento: é o que ocorre quando o beneficiário, ao reclamar o pagamento procede com manifesta má-fé*”.

Do mesmo modo MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO²⁹ entendem que a recusa será legítima “*em caso de fraude manifesta, de abuso evidente por parte do beneficiário. Isto é, quando o abuso ou a fraude do beneficiário forem, desde logo, inequívocos*.”

A prática jurisprudencial vem sustentando igual posição, indicando a possibilidade de recusa do pagamento por parte do banco garante em situações excepcionais, como referem os seguintes Acórdãos:

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05/07/2012³⁰:

“(…) 2. *O cumprimento de garantias bancária on first demand não pode ser recusado mediante a mera invocação da pendência de um conflito jurisdicionalizado sustentado no contrato-base, sendo reservado para casos excepcionais, maxime quando, mediante prova segura e irrefutável, se revele a existência de fraude ou de violação flagrante das regras da boa fé.*”

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13/11/2014³¹:

“(…) 3. *Por regra, seja a garantia on first demand, ou não, o Banco pretenderá uma prova do não cumprimento do contrato-base, porque essa prova é que despoleta a sua responsabilidade: feita essa prova, o Banco garante não pode recusar o pagamento a menos que tenha sérios indícios de conduta dolosa, fraudulenta, que evidencia ser abusiva e ilegítima a pretensão do beneficiário.*”

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23/06/2016³²:

²⁸ GALVÃO TELLES, Op. Cit., pp. 289-290.

²⁹ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Garantias Bancárias, O Contrato de Garantia à Primeira Solicitação*, pp. 20-21.

³⁰ disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5c871669ee05ab5b80257a33004bd5b7?OpenDocument>

³¹ disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6fa169befb9ba11980257d8f0054fa85?OpenDocument>

³² disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/5FDCF49C9126E8DC80257FDB004D21D6>

“(…) Deste modo, pode afirmar-se que são muito limitados os motivos que podem ser invocados pelo garante para recusar o cumprimento da garantia. A jurisprudência e a doutrina têm procurado indicar algumas das exceções que se confinam, em regra, à violação das regras da boa fé, abuso de direito ou necessidade de evitar benefícios decorrentes de factos ilícitos, envolvendo fraudes ou falsificação de documentos, sendo generalizado o entendimento de que os factos pertinentes devem resultar de prova sólida e irrefutável, não bastando a formulação de meros juízos de verossimilhança sobre a ocorrência dos respectivos requisitos substanciais.

A doutrina tem defendido a legitimidade da recusa nomeadamente nos casos seguintes:

- Manifesta má fé ou a má fé patente, ou seja, que não oferece a menor dúvida, por decorrer com absoluta segurança de prova documental em poder do ordenante ou do garante;

- Fraude manifesta (exceptio doli) ou de abuso evidente por parte do beneficiário;

- O contrato garantido ofender a ordem pública ou os bons costumes;

- Sempre que exista prova irrefutável de que o contrato-base foi cumprido.

A jurisprudência deste Tribunal tem sufragado essa orientação restritiva no que toca à delimitação dos casos de legítima recusa de cumprimento da garantia, como bem o ilustram, entre outros, os acs. de 25/11/2014 (proc. n.º 526/12.3TBPVZA.P1.S1), 13/11/2014 (proc. n.º 4103/12.0TBSXL-A.L1.S1), 05/07/2012 (proc. n.º 219/06.06TVPRT.P1.S1), 20/03/2012 (proc. n.º 7279/08.8TBMAI.P1.S1), 13/04/2011 (proc. n.º 41342/04.0YYLB-A.L1.S1), 27/05/2010 (proc. n.º 25878/07.3YYLSB-A.L1.S1) e 04/05/2010 (proc. n.º 5943/07.8YYPRT-A.P1.S1) (...)

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 06-05-2014³³:

“(…) 2. Não obstante a automaticidade da garantia, isentando-se o beneficiário da prova do pressuposto do seu direito, não fica vedada ao garante a possibilidade de recusar a soma objecto da garantia em caso de “fraude” ou de “abuso de direito” do beneficiário, para além da hipótese de extinção da garantia por cumprimento ou outra

³³ Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/58eb7910f053b38780257d5000360404?OpenDocument>

causa similar (como, por exemplo, a dação em cumprimento e a compensação), resolução ou caducidade.”

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20-04-2004³⁴:

“(…) 4. A automaticidade da garantia on first demand não é, porém, absoluta, e a sua actuação ou execução automática, a possibilidade da sua exigência pelo beneficiário não pode ter-se como ilimitada: há, com efeito, no direito português, que estabelecer alguns limites à exigência da garantia, sempre que o imponham as regras da boa fé (art. 762º, nº 2, do C.Civil) ou o procedimento abusivo do beneficiário (art. 334º do mesmo diploma).

Alguma jurisprudência entende ainda que a garantia autónoma se extingue quando termina a obrigação principal, isto é, quando o contrato base tenha sido pontualmente cumprido:

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22-10-2019³⁵:

“II - Só em casos muito limitados essa discussão é possível: casos, por exemplo, de ilicitude por violação da ordem pública, fraude manifesta ou extinção da garantia por cumprimento, resolução ou caducidade.

III - Prazo de vigência da garantia e prazo de garantia da obra são realidades jurídicas diversas que não se confundem e só podem coincidir temporalmente se tal for expressamente convencionado.

IV - Não resultando do texto da garantia, interpretado de acordo com os cânones hermenêuticos que vigoram para a interpretação dos contratos, que haja tal coincidência, a garantia autónoma extingue-se quando terminar a obrigação principal.”

Em conclusão, a doutrina e jurisprudência maioritárias entendem que a prestação da garantia *on first demand* pode ser recusada nos seguintes casos, impondo verificar casuisticamente, se estamos diante destas:

³⁴ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/cf44333afeb7023880256f4a004c1901?OpenDocument>

³⁵ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/be3e710a97774b9e802584c0004ec7f6?OpenDocument>

5.1 Manifesta má-fé, fraude ou de abuso evidente por parte do beneficiário;

A possibilidade de recusa em caso de manifesta má-fé, fraude ou de abuso evidente por parte do beneficiário corresponde a necessidade de evitar benefícios decorrentes de factos ilícitos, envolvendo fraudes ou falsificação de documentos por parte do beneficiário, bem como situações em que não existe qualquer dúvida, por decorrer com absoluta segurança de prova documental em poder do ordenante ou do garante, de que o beneficiário atua em violação da legalidade e dos deveres da boa-fé, probidade, lealdade e cooperação de forma a causar prejuízo sérios aos demais intervenientes.

Pelo exposto, estão também aqui abrangidas as situações de abuso do direito (cfr. artigo 334.º do Código Civil). Por este ser um instituto de última *ratio* não basta, para que se verifique uma situação de abuso de direito, que o titular do direito exceda os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito, sendo necessário que esses limites sejam excedidos de forma manifesta, ofendendo de forma clamorosa a consciência ética e jurídica da generalidade dos cidadãos³⁶.

Em suma, para que o banco possa recusar o pagamento com base nesta exceção terá de fazer uma prova “líquida”, “inequívoca” e “irrefutável” do abuso, fraude ou má-fé, na execução da garantia autónoma por parte do beneficiário.

5.2 Quando o contrato base ofender a ordem pública ou os bons costumes

São situações em que o contrato ofende a ordem pública ou os bons costumes aquelas em que o contrato base viola um princípio ou norma fundamental ou é intolerável à moral social dominante, conforme determina o artigo 280.º, n.º 2 do Código Civil.

Contudo, por serem conceitos indeterminados, a classificação de uma situação de ofensa à ordem pública ou aos bons costumes depende de uma análise casuística a ser realizada de acordo com as circunstâncias, o tempo e o lugar.

³⁶ Neste ponto vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11/01/2022, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/e247c129f931085b802587d50037052e?OpenDocument>

5.3 Prova irrefutável de que o contrato-base foi cumprido

Nesta situação, o banco terá de comprovar que o contrato base foi totalmente cumprido pelo ordenante, perdendo a garantia o fim último visado, pelo que não faria sentido o banco ficar adstrito a pagar ao beneficiário o valor garantido, sob pena deste último estar a enriquecer ilicitamente.

Neste ponto é preciso analisar aquelas situações onde não haja sido convencionado um prazo de validade para a subsistência da garantia bancária. Ora, nos termos do artigo 777.º do Código Civil, poderíamos defender que face a ausência de determinação de um prazo para o cumprimento da obrigação de pagamento da garantia, a mesma poderia ser exigida a todo tempo. Contudo, refutamos este entendimento, uma vez que seria manifestamente excessivo que fosse exigível ao banco garante o pagamento da garantia a todo tempo. Concordamos com a posição defendida por JORGE DUARTE PINHEIRO³⁷ que refere que para efeitos de desvinculação o banco se aproveita de duas situações para se desvincular da obrigação de pagamento, por um lado a exceção aqui neste ponto abordada, isto é, logo que o banco possua prova inequívoca de que o contrato base foi cumprido ou no prazo de prescrição da garantia (prazo ordinário de 20 anos previsto no artigo 309º do Código Civil).

5.4 Outras possíveis situações de recusa legítima

Podemos ainda configurar outras situações, não identificadas expressamente pela jurisprudência, onde o banco poderá recusar de forma legítima o pagamento.

A compensação de crédito, prevista no artigo 847.º do Código Civil, poderá ser uma destas realidades, nas palavras de JORGE DUARTE PINHEIRO³⁸, (...) *diremos não vislumbrar razões que impeçam o banco de recusar, total ou parcialmente, o pagamento da garantia, mediante declaração de compensação. Basta que seja titular de um crédito*

³⁷ JORGE DUARTE PINHEIRO, Op. Cit., p.450.

³⁸ JORGE DUARTE PINHEIRO, Op. Cit., p.451.

sobre o beneficiário compensável nos termos do artigo 847.º do Código Civil, e não tenha renunciado à compensação.”. O autor fundamenta tal posição por entender que, na relação entre o banco e o beneficiário, o banco pode opor exceções que vigorem entre estas partes. Ou seja, tendo em conta que a obrigação do banco para com o beneficiário é uma obrigação própria, este poderá impor a compensação, visto que esta exceção se engloba na relação jurídica dos dois, não sendo um meio de defesa relacionado com o ordenante e nem com o contrato base. Na mesma linha MÓNICA JARDIM³⁹ perfilha como possível a compensação de créditos entre o banco garante e o beneficiário, referindo que “*compensar é pagar*”.

Ora, a compensação de créditos (cfr. artigo 847º do Código Civil), enquanto causa extintiva da obrigação, se traduz na situação jurídica onde duas pessoas são simultaneamente credor e devedor, podendo qualquer deles se desobrigar por meio de compensação⁴⁰⁴². Todavia, no aqui importa, deve-se analisar o requisito da reciprocidade de créditos nos termos do Código Civil. O artigo 851º n.º 1 do Código Civil prevê o seguinte: *A compensação apenas pode abranger a dívida do declarante, e não a de terceiro, ainda que aquele possa efectuar a prestação deste, salvo se o declarante estiver em risco de perder o que é seu em consequência de execução por dívida de terceiro.*

Posto isto, cumpre analisar a extensão da independência dos três contratos envolvidos no âmbito de uma garantia bancária. Ou seja, é verdade que na relação contratual tripartidária que ocorre na relação jurídica em análise estão em causa três contratos autónomos e independentes. Contudo, não se pode ignorar que há uma forte conexão entre as obrigações configuradas nos mesmos.

Assim, entendemos que, caso o banco invoque diante do beneficiário a compensação de créditos, poderá não estar preenchido o requisito da reciprocidade de créditos. Ora, ainda que o banco tenha uma obrigação própria diante do beneficiário, ele participa na relação jurídica para garantir a dívida do ordenante. Logo, ao utilizar-se da compensação

³⁹ MÓNICA JARDIM, Op. Cit., p.123.

⁴⁰ PIRES DE LIMA e JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, in Código Civil Anotado, 2ª edição, Vol. II, p. 847.

⁴¹ JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, in Código Civil Anotado, Volume II – Direito das Obrigações, *Quid Juris*, pp.667 e 668.

⁴² ANA PRATA, in Código Civil Anotado, Volume I, 2017, Almedina, pp. 1064 -1067.

e invocar um crédito seu – o qual nada tem a ver com o ordenante – parece afastar-se da reciprocidade exigida pelo artigo 851.º do Código Civil.

Acresce que a autonomia da garantia bancária parece ser criada para proteger o beneficiário e apenas deverá ser mitigada em casos de abuso por parte desse. Porém, o facto de o beneficiário ter uma dívida diante de um banco não parece por si só representar um abuso, não justificando a utilização deste mecanismo pelo banco. Além do mais, caso o banco pudesse fazer uso da compensação para se eximir do pagamento da garantia bancária, criaria ao ordenante e ao beneficiário um expediente prévio a emissão da garantia bancária, que consistiria na verificação de não existência de dívidas do beneficiário para com o banco garante.

6. Do dever do banco após a solicitação para pagamento

No momento em que o beneficiário interpela o banco para efetuar o pagamento do montante acordado no contrato de garantia bancária, surgem alguns deveres para o banco. Dentre estes está o dever de informação do banco para com o ordenante, devendo o banco informá-lo de que a garantia foi solicitada. Este dever prende-se com o dever de informação que é intrínseco às relações bancárias, previsto no artigo 77.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras e ainda do artigo 573.º do Código Civil⁴³.

Outro dever do banco – e que também se conecta em certa medida com o acima exposto – será verificar se a solicitação do beneficiário está em conformidade com o acordado na garantia bancária, evitando as ditas situações de abuso. Por fim, está o dever do banco em pagar ao beneficiário o objeto configurado na garantia.

Todavia, em razão dos deveres acima descritos, principalmente o dever de informação e da verificação da conformidade da solicitação, entendemos que o banco tem um dever de proteção do ordenante – até porque está atuando como seu mandatário e, portanto, vigora o princípio da boa-fé (cfr. artigo 762 n.º 2 do Código Civil) nesta relação, podendo o ordenante criar uma certa expectativa de que o banco tentará protegê-lo contra situações flagrantes de abuso por parte do beneficiário. Note-se, contudo, que este dever não

⁴³ ANTÓNIO PEDRO A. FERREIRA, Direito Bancário, 2.ª Edição, Quid Juris, 2009, p. 404.

impede o banco de atuar mesmo que isso seja contrária à vontade do ordenante – uma vez que o banco possui uma obrigação própria diante o beneficiário - porém, deve o banco ter cautela no momento de efetuar o pagamento.

Alguns autores, designadamente JANUÁRIO GOMES⁴⁴, entendem que- em razão da referida proteção ao ordenante - em certas situações o banco terá ainda um dever de se recusar a efetuar o pagamento. Nesta linha, entendemos que, se o banco desconfiar ou encontrar demonstrações claras de que estamos diante de alguma das exceções referidas no ponto 5 da presente dissertação, o banco não só pode como deve recusar o pagamento. Isto porque, em última análise o banco irá requerer o reembolso do montante pago ao beneficiário, por isso, o banco tem alguma responsabilidade diante do ordenante, devendo ao menos evitar situações inequívocas de abuso por parte do beneficiário, pois caso contrário, poderá estar a prejudicar o ordenante.

Todavia, este dever também não poderá ser utilizado pelo ordenante como forma de reclamar algum prejuízo diante do banco, uma vez que o dever de recusar o pagamento, como já se referiu, deverá existir apenas em situações inequívocas e flagrantes de abuso. Até mesmo porque recairá sobre o banco o ónus de alegação e prova da situação de abuso, devendo especificar com precisão os factos que suporta a sua recusa de pagamento – o que na prática não se afigura fácil. Além do mais, não nos podemos esquecer de que a garantia bancária autónoma pressupõe a máxima proteção ao beneficiário e um elevado risco para o banco⁴⁵, pelo que em casos de dúvidas deverá o banco efetuar o pagamento, não podendo depois vir a ser responsabilizado por isso.

7. Dos procedimentos cautelares como meio de defesa do banco garante

Podemos configurar alguns meios de defesa no âmbito das garantias bancárias, como por exemplo o recurso a uma ação de enriquecimento sem causa após o pagamento pelo banco. Isto é, o banco, ainda que esteja diante de umas das situações aceites pela doutrina, efetua o pagamento e depois requer junto do ordenante o reembolso e este por

⁴⁴ JANUÁRIO GOMES, *Estudos de direito das garantias*, p. 193, nota 21 e *Assunção fidejussória de dívida*, p. 362.

⁴⁵ MIGUEL BRITO BASTOS “*a recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma «on first demand»*”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Manuel Sérvulo Correia, III*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 541-542.

sua vez terá que propor uma ação para reaver o montante pago indevidamente. Ou seja, situações em que apesar de não existir fundamento haja pagamento. Todavia, entendemos que esta não será a melhor solução. Ora, quando exista uma situação de solicitação indevida por parte do beneficiário, o ordenante ou o banco devem poder recorrer a um procedimento cautelar com a intenção de evitar a obrigação de pagamento.

Os procedimentos cautelares visam uma antecipação ou garantia de eficácia do resultado de uma ação. Este tipo de procedimento baseia-se numa *summaria cognitio* da situação de facto *sub judice*. Para que seja decretado é preciso que se verifique a existência de um direito que se pretende ver acautelado e de um receio justificado de que este direito é suscetível de sofrer uma lesão grave e de difícil reparação ao ponto de, caso não seja decretada a providência, o efeito útil da ação principal não seja possível de se alcançar. Como referem ABRANTES GERALDES, PAULO PIMENTA E LUÍS FILIPE PIRES SOUSA⁴⁶ “*O procedimento cautelar comum é o instrumento apropriado à dedução e apreciação de pretensões de natureza cautelar que extravasam outros procedimentos, só podendo solicitar-se uma providência não especificada quando se pretenda debelar um risco de lesão que esteja excluído dos limites de algum dos procedimentos especificados previstos nos arts. 377.º e ss. (...)*”

Nesta senda, prevê o artigo 362.º n.º 1 do Código de Processo Civil que “*Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado.*”

Deste modo, apesar de a maior parte da doutrina apenas dissertar sobre o recurso às providências cautelares por parte do ordenante⁴⁷, entendemos que este meio também poderá ser utilizado pelo banco garante nas situações em que este – em razão do dever de proteção que o garante tem com o mandante – tiver razões para crer que o comportamento do beneficiário é suscetível de causar uma lesão de difícil reparação ao ordenante, requerendo, portanto, uma providência cautelar com a intenção de obter uma decisão que o liberte de efetuar o pagamento estabelecido na garantia bancária⁴⁸.

⁴⁶ ABRANTES GERALDES, PAULO PIMENTA E LUÍS FILIPE PIRES SOUSA, *in* Código de Processo Civil Anotado, Vol. I, Parte Geral e Processo de Declaração, Almedina, 2.ª Edição, 2020, p.438.

⁴⁷ A título de exemplo MÓNICA JARDIM, *Op. Cit.*, p.350.

⁴⁸ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Ob. Cit.*, p.456 e ss.

Note-se que na jurisprudência e na doutrina tem se aceitado que o ordenante faça uso deste meio de defesa, como podemos consta dos seguintes Acórdãos:

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20/04/2004⁴⁹: “(...) *É, por isso, admissível que, nas relações entre ordenador da garantia e beneficiário, aquele intente, em sede judicial, providências cautelares, ou mesmo acções, destinadas a impedir o garante de entregar a quantia pecuniária ao beneficiário ou este de a receber, desde que o mandante apresente prova líquida e inequívoca de fraude manifesta ou de abuso evidente do beneficiário.*”

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12/07/2018⁵⁰: “(...) *É admissível o recurso a medidas cautelares destinadas a impedir o beneficiário de receber a quantia objecto da garantia, impendendo sobre o respectivo requerente o ónus de alegar e provar, não só o risco de prejuízos graves que sofrerá na ausência de tal medida cautelar, mas também apresentar prova pronta (pré-constituída, i.e, documental, sem recurso a produção de prova suplementar) e líquida, ou seja, prova inequívoca, permitindo a percepção imediata e segura da invocada fraude ou aproveitamento abusivo por parte do beneficiário.*”

Contudo, como referido, a posição que vimos aqui defender é a possibilidade de o próprio banco utilizar-se desta possibilidade, uma vez que é este que tem uma obrigação própria diante do beneficiário e, por sua vez, tem um dever de proteção perante o ordenante. Ou seja, sem prejuízo de o ordenante poder intentar a uma providência cautelar de inibição contra o beneficiário e o banco, entendemos que o banco também poderá fazer.

Note-se que a letra da lei também não inibe que este tipo de procedimento seja requerido pelo próprio banco. Ora, não há regras especiais sobre a legitimidade processual em matéria de procedimento cautelar, pelo que, nos termos do artigo 30.º, n.ºs 1 e 2 do Código de Processo Civil “1 - *O autor é parte legítima quando tem interesse direto em demandar; (...).* 2 - *O interesse em demandar exprime-se pela utilidade derivada da procedência da ação (...).*”. Nestes termos, demonstra-se que o banco tem legitimidade para requerer uma providência cautelar que o liberte de evitar o pagamento de uma

⁴⁹ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/cf44333afeb7023880256f4a004c1901?OpenDocument>

⁵⁰ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2433bbe06e979645802582d700389bf8?OpenDocument>

garantia bancária, uma vez que tem o interesse direto em demandar nesta pretensão visto que (i) pretende se libertar de uma obrigação própria que tem diante do beneficiário e (ii) está a agir em prol do dever de proteção que tem para com o ordenante.

Nesta senda, importa demonstrar que numa situação de recusa de pagamento de garantias bancárias, tendo em conta que estamos diante de uma providência cautelar inominada, estarão preenchidos os requisitos para o decretamento de uma providência cautelar não especificada. Os requisitos são:

7.1 *Fumus boni iuris*

O *fumus boni júris* consiste na aparência do bom direito que se pretende acautelar, ou seja, a probabilidade séria da existência do direito invocado. Consequentemente, para fazer valer a sua pretensão, o banco terá o ónus de demonstrar o direito que de facto ostenta e que considera lesado. Deste modo, o banco terá que demonstrar a existência de uma relação jurídica própria diante do beneficiário, ou seja, expor ao tribunal que assumiu uma obrigação de pagamento diante daquele. Por fim, o banco ainda terá que demonstrar que tem o direito de recusar tal pagamento, demonstrando que existe um comportamento abusivo por parte do beneficiário.

7.2 *Periculum In Mora*

O *Periculum In Mora*, ou perigo da demora, representa o fundado receio de que *outrem* cause lesão grave ou dificilmente reparável de tal direito, pelo que está em causa a possibilidade de o decurso do tempo – normalmente a espera de uma decisão judicial definitiva – possa impossibilitar ou tornar muito difícil a proteção do direito que se pretende salvaguardar. Nas palavras de Marco Carvalho Gonçalves⁵¹ consideramos uma lesão grave e dificilmente reparável “*quando não seja viável a reintegração do direito de forma específica ou por equivalente no decurso de um juízo de mérito*”, e o autor, citando

⁵¹MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Providências Cautelares*, 2.ª edição, Almedina, 2016, pp.202-204.

Mário Aroso de Almeida, refere que *“o prejuízo do requerente deve ser considerado irreparável sempre que os factos concretos por ele alegados permitam perspectivar a criação de uma situação de impossibilidade da reintegração específica da sua esfera jurídica, no caso do processo principal vir a ser julgado procedente”*.

Portanto, quanto a este requisito o banco terá de demonstrar que, caso o tribunal não o liberte – ainda que temporariamente – do pagamento ao qual está adstrito, sofrerá, objetivamente, um dano grave ou de difícil reparação. Nesta senda, como refere o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 21/11/2019 ⁵²: *“(…) 2. Enquanto a aparência do direito se basta com um juízo de verosimilhança ou de probabilidade, o requisito de fundado receio de lesão grave e irreparável ou de difícil reparação exige, pelo contrário, um juízo de certeza - valorado em função das particularidades de cada caso em concreto - que se revele suficientemente forte para convencer o julgador acerca da necessidade de decretamento da providência”*. Assim, terá de comprovar que a realização do pagamento tornará muito difícil a possibilidade de reaver o montante entregue ao beneficiário.

7.3 Adequação da providência à situação de lesão iminente

Será ainda necessário demonstrar que a providência é capaz de afastar o prejuízo em causa. Assim, o importante é demonstrar que face a uma situação de abuso por parte do beneficiário, caso o tribunal profira decisão que iniba o banco de efetuar o pagamento, esta será apta a afastar a lesão que se alega (cfr. n.º 1, do artigo 362.º, do Código de Processo Civil.).

Quanto a este requisito, nos parece evidente que uma providência é apta a afastar o prejuízo em causa e assegurar o direito que se pretende acautelar. Ora, com uma providência que determine que o banco não está obrigado a pagar o valor acordado no contrato de garantia bancária, afasta-se o risco de o banco efetuar a entrega do montante

⁵² Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/c49a5f46778ea684802584c400382399?OpenDocument>

ao beneficiário numa situação em que na verdade não estaria obrigado por estarmos diante de uma das exceções, isto é, uma situação de abuso por parte do beneficiário.

7.4 Proporcionalidade

A proporcionalidade exige que o prejuízo resultante da providência não exceda o dano que com ela se quis evitar. O dano que se pretende evitar com a garantia aqui em causa é a obrigação de pagamento em situações de abuso e a eventual dificuldade em reaver o montante pago injustificadamente. Por sua vez, o prejuízo causado pela providência seria o atraso na entrega do valor acordado no contrato de garantia bancária ao beneficiário.

Assim, entendemos que o eventual prejuízo que o beneficiário sofreria será muito inferior ao dano que o banco e o ordenante sofreriam caso o garante fosse obrigado a efetuar o pagamento numa situação de abuso por parte do beneficiário.

7.5 Da inversão do contencioso

Expostos os requisitos para o decretamento de uma providencia cautelar, há que referir que dadas as características das garantias bancárias autónomas e em razão das exceções que permitem a recusa legítima de pagamento por parte do banco, mais do que o perigo de lesão o banco deverá fazer prova inequívoca desta situação⁵³⁵⁴. Assim, diferentemente do juízo de probabilidade que acompanha a maior parte dos procedimentos cautelares, no caso das providências aqui em análise o juiz terá de formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado. Ou seja, face a autonomia e automaticidade das garantias e à máxima proteção ao beneficiário, o tribunal apenas poderá decretar este tipo de providência através de um juízo de certeza. Por isso, entendemos que fará sentido que a providência venha acompanhada de um pedido de inversão do contencioso, nos termos do artigo 369.º do Código de Processo Civil.

⁵³ MÓNICA JARDIM, Op. Cit., p. 335, nota 69.

⁵⁴ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Op. Cit., p. 21.

A inversão do contencioso foi um dispositivo introduzido no Novo Código de Processo Civil e pretende eximir o requerente de um procedimento cautelar do ónus de propositura de ação principal.

Devemos ter em atenção que as providências cautelares são instrumentais e mesmo com a inversão do contencioso, não o deixam de ser. O que ocorre é que face a inércia do requerido, a providência consolida-se, passando a ser a própria tutela definitiva. Ou seja, o que definia a “passagem” de uma tutela provisória para uma tutela definitiva é a inação do requerido.

A inversão do contencioso para poder ser decretada, para além de ser requerida, deve preencher dois requisitos:

- a) A convicção segura acerca da existência do direito acautelado
- b) Que a natureza da providência decretada seja adequada a realizar a composição definitiva do litígio

É na conjugação dessas duas condições que se admite a inversão do contencioso.

Quando o legislador afirma que o juiz tem que formar convicção segura, afasta possibilidade de ser decretada a inversão do contencioso apenas com a prova sumária do direito em causa, isto é, enquanto para decretar a providência cautelar o legislador basta-se com a probabilidade séria da existência do direito acautelado, para poder inverter o contencioso é preciso uma prova *stricto sensu*. É importante notar que essa convicção segura se relaciona com a existência do direito que se pretende acautelar e não com a convicção da procedência da providência.

Quando referimos que a natureza do procedimento cautelar tem que ser adequada à composição definitiva do litígio, devemos olhar para a capacidade da providência decretada poder substituir-se à tutela definitiva do direito. Desse requisito excluimos a possibilidade de inversão do contencioso no âmbito de procedimentos cautelares conservatórios. Ora, se a providência requerida apenas visa conservar uma situação, ela não tem qualidades para transformar-se em tutela definitiva. Assim, o instrumento da inversão do contencioso é exclusivo de procedimentos cautelares antecipatórios, os quais visam antecipar, através de uma tutela provisória, a tutela definitiva, ou seja, verificamos que tanto a providência como a ação principal teriam o mesmo objeto. Como refere

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA⁵⁵ “*a inversão do contencioso só é admissível se a tutela cautelar puder substituir a tutela definitiva.*”.

Face ao exposto, nada impede que no procedimento cautelar que aqui se discute seja requerida e decretada a inversão do contencioso. Entendemos que neste tipo de providência a prova inequívoca do direito que se pretende ver acautelado é um pressuposto para o seu decretamento, bem como a mesma é adequada a compor definitivamente o litígio, preenchendo assim os requisitos necessário para a inversão do contencioso. Acresce que afigura-se recomendável ao banco requerer a inversão, pois será esta a melhor forma de acautelar os seus interesses, uma vez que, ao ser decretada a inversão do contencioso, este fica dispensado de propor a ação principal.

8. Conclusão

Face a todo o exposto, entendemos que – como já maioritariamente defendido pela doutrina – a autonomia e automaticidade das garantias bancárias não são absolutas. Assim, existem situações em que o banco garante, não só pode, como deve se recusar em efetuar o pagamento do valor acordado no contrato de garantia bancária ao beneficiário, com vista à proteção do ordenante.

Por sua vez, entendemos ainda que o banco tem o direito de fazer uso de procedimentos cautelares para se desobrigar – ainda que temporariamente – do cumprimento da obrigação de pagamento. Isto porque o banco possui uma obrigação própria diante do beneficiário e tem ainda um dever de proteção com o ordenante, devendo, portanto, repelir através dos meios que dispõe situações de abuso por parte do beneficiário. Assim, os procedimentos cautelares são o melhor meio de defesa para o banco, em razão da celeridade de que este meio dispõe e também dá segurança que garantem ao banco, uma vez que terá uma decisão judicial que legitime sua recusa ao pagamento da garantia bancária.

⁵⁵ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *in As Providências Cautelares e a Inversão do Contencioso*, p.11.

Bibliografia

- 1) ABRANTES GERALDES, PAULO PIMENTA E LUÍS FILIPE PIRES SOUSA, *in* Código de Processo Civil Anotado, Vol. I, Parte Geral e Processo de Declaração, Almedina, 2.^a Edição, 2020;
- 2) ADRIANO VAZ SERRA, *in* Fiança e figuras análogas, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 71, 1957;
- 3) ANA PRATA, *in* Código Civil Anotado, Volume I, Almedina, 2017;
- 4) ANTÓNIO FERRER CORREIA, *in* Notas para o Estudo do Contrato de Garantia Bancária, *in* Revista de Direito e Economia, Ano VIII, n.º 2, 1982;
- 5) ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *in* Manual de Direito Bancário, 4.^a ed., Almedina, 2010;
- 6) ANTÓNIO PEDRO A. FERREIRA, *in* Direito Bancário, 2.^a Edição, Quid Juris, 2009;
- 7) CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *in* Cessão da posição contratual, Coimbra: Atlântida Editora, 1970;
- 8) FRANCISCO CORTEZ, *in* A garantia bancária autónoma – alguns problemas, *in* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 52, 1992;
- 9) HERÁCLITO ALBINO PEDRO, *in* A Garantia Bancária Autónoma, AAFDL, 2020;
- 10) INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *in* Garantia Bancária Autónoma, *in* o Direito Ano 120, 1988;

- 11) JANUÁRIO GOMES, *in* Estudos de direito das garantias, Almedina, 2010, e, Assunção fidejussória de dívida, Almedina, 2000;
- 12) JORGE DUARTE PINHEIRO, *in* Garantia Bancária Autónoma, *in* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 52, II – Lisboa, Julho 1992;
- 13) JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *in* Código Civil Anotado, Volume II – Direito das Obrigações, Quid Juris, pp.667 e 668;
- 14) JOSÉ MARIA PIRES, *in* Direito Bancário – As operações bancárias, Volume II, Editora Rei dos Livros, 1995;
- 15) MARCO CARVALHO GONÇALVES, *in* Providências Cautelares, 2.^a edição, Almedina, 2016;
- 16) MARGARIDA LIMA REGO, *in* Garantias Bancárias e Seguros de Crédito e Caução, Direito bancário, Centro de Estudos Judiciários, 2015 e Contrato de Seguro e Terceiros, Estudo de Direito Civil, Coimbra, 2010;
- 17) MARIA ROSÁRIO EPIFÂNIO, *in* Garantias Bancárias Autónomas – Breves Reflexões, Juris et de Jure, 1998;
- 18) MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *in* Garantias Bancárias, O Contrato de Garantia à Primeira Solicitação, *in* Colectânea de Jurisprudência (CJ), tomo V, 1986;
- 19) MIGUEL BRITO BASTOS, *in* “a recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma «on first demand», *in* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Manuel Sérvulo Correia, III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010;
- 20) MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *in* As Providências Cautelares e a Inversão do Contencioso;

- 21) MÓNICA JARDIM, *in* A garantia autónoma, Almedina, Coimbra, 2002;
- 22) PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, *in* Garantias de Cumprimento, 4ª edição, Almedina, 2003 e Garantias de Cumprimento (Estudo teórico-prático), 1994, Almedina.
- 23) PIRES DE LIMA e JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *in* Código Civil Anotado, 2ª edição, Vol. II.

Índice

1. INTRODUÇÃO	
2. SURGIMENTO E BREVE RESUMO HISTÓRICO DAS GARANTIAS BANCÁRIAS AUTÓNOMAS	
3. DEFINIÇÃO DE GARANTIA BANCÁRIAS AUTÓNOMA OU ON FIRST DEMAND.....	
3.1 CONCEITO.....	
3.2 CARACTERÍSTICAS.....	
3.3 DISTINÇÃO ENTRE GARANTIA AUTÓNOMA SIMPLES E GARANTIA AUTÓNOMA À PRIMEIRA SOLICITAÇÃO.....	
3.4 OS ELEMENTOS ESSENCIAIS.....	
4. O CONTRATO DE GARANTIA BANCÁRIA.....	
5. AS EXCEÇÕES Oponíveis pelo Banco garantem ao Beneficiário.....	
5.1 MANIFESTA MÁ-FÉ, FRAUDE OU DE ABUSO EVIDENTE POR PARTE DO BENEFICIÁRIO.....	
..	
5.2 QUANDO O CONTRATO GARANTIDO OFENDER A ORDEM PÚBLICA OU OS BONS COSTUMES.....	
5.3 PROVA IRREFUTÁVEL DE QUE O CONTRATO-BASE FOI CUMPRIDO.....	
5.4 OUTRAS POSSÍVEIS SITUAÇÕES DE RECUSA LEGÍTIMA.....	
6. DO DEVER DO BANCO APÓS A SOLICITAÇÃO PARA PAGAMENTO.....	

7.	DOS PROCEDIMENTO CAUTELARES COMO MEIO DE DEFESA DO BANCO GARANTE.....
	7.1 FUMUS BONI IURIS.....
	7.2 PERICULUM IN MORA.....
	7.3 ADEQUAÇÃO DA PROVIDÊNCIA À SITUAÇÃO DE LESÃO IMINENTE.....
	7.4 PROPORCIONALIDADE.....
	7.5 DA INVERSÃO DO CONTENCIOSO.....
8.	CONCLUSÃO.....

BIBLIOGRAFIA