

# PROTEÇÃO CAUTELAR CONTRA EXECUÇÃO ABUSIVA DE GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA: ENTRE A CERTEZA DE UMA GARANTIA FORTE E A VEROSIMILHANÇA DA TUTELA CAUTELAR

ALEXANDRE MOTA PINTO  
Advogado\*

## Proteção cautelar contra execução abusiva de garantia bancária autónoma: entre a certeza de uma garantia forte e a verosimilhança da tutela cautelar

A garantia bancária autónoma constitui uma garantia forte, que, através da sua autonomia em relação ao contrato base e do seu carácter automático, confere ao beneficiário a prática certeza de que receberá o pagamento de uma determinada quantia, caso o solicite ao banco garante. Sucede que a garantia pode vir a ser executada abusivamente pelo respetivo beneficiário, o que só pode ser impedido, através de um procedimento cautelar. É justamente do procedimento cautelar contra a execução abusiva de garantia bancária autónoma, que tratamos neste estudo.

### PALAVRAS CHAVE

Garantia Bancária, Garantia Autónoma À Primeira Solicitação, Abuso De Direito, Procedimento Cautelar.

## Interim protection against the abusive execution of autonomous bank guarantees: in between the certainty of a strong guarantee and the likelihood judgement of interim measures

The autonomous bank guarantee is a strong guarantee, which, through its autonomy in relation to the underlying contract and its automatic nature, gives the beneficiary the certainty that he or she will receive payment of a certain amount if he or she so requests from the bank guarantor. The guarantee may be enforced abusively by the beneficiary, which can only be prevented through injunction proceedings. This article deals precisely with injunction proceedings against the abusive enforcement of an autonomous bank guarantee.

### KEY WORDS

Bank guarantee, Guarantee on first demand, abuse of rights, injunction proceedings

Fecha de recepción: 5-9-2018

Fecha de aceptación: 15-9-2018

## 1 · INTRODUÇÃO

É com um enorme gosto, que me associo a esta homenagem ao Professor Aurelio Menéndez, através do estudo de um tema de direito dos contratos comerciais ou de direito das empresas, área em que tão justamente se destacou o labor e o saber do nosso ilustre homenageado.

A garantia bancária autónoma ainda é uma figura relativamente recente, datando da década de 80<sup>1</sup>, os primeiros trabalhos da doutrina portuguesa sobre o tema, com origem em pareceres, em que pela primeira vez os tribunais e a doutrina se confrontavam com a difusão desta figura, na prática.

A verdade é que, hoje, a garantia bancária autónoma é uma figura contratual muito difundida na prática e já bem conhecida da doutrina<sup>2</sup> e da jurisprudência pátrias, tendo-se os tribunais debatido, por várias vezes, com o problema da execução abusiva da garantia<sup>3</sup>.

\* Socio responsable de Control de Calidad en Portugal de Uría Menéndez (Lisboa).

<sup>1</sup> Os primeiros trabalhos que conhecemos sobre o tema são os de Inocêncio GALVÃO TELLES, *Garantia Bancária Autónoma*, Lisboa, 1991, (trabalho correspondente a notas elaboradas por este Professor, para o ano lectivo 1982/1983, as quais tiveram origem num parecer), Almeida COSTA/A. PINTO MONTEIRO, *Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação (parecer)*, in CJ, Ano X (1986), Tomo V, págs. 17 e segs e A. FERRER CORREIA, Notas para o estudo do contrato de garantia bancária, in *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, 1989, Portugal, págs. 9 e segs. Já antes, Vaz SERRA, *Fiança e figuras análogas*, in *BMI*, nº 71, 1957, págs. 10 e segs., abordara a figura.

<sup>2</sup> V., por exemplo, e para citar apenas alguns estudos específicos sobre esta figura, M. CASTELO BRANCO, *A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações*, in *ROA* ano 53<sup>o</sup>, vol. I, abril de 1993, págs. 62 e segs., Francisco CORTEZ, *A garantia bancária autónoma - alguns problemas*, in *ROA*, ano 52, vol. II, julho 1992, págs. 513 e segs; Maria do Rosário EPIFÂNIO, *Garantias bancárias autónomas - breves reflexões*, in *Juris et de jure: nos vinte anos da faculdade de Direito da Universidade católica Portuguesa-Porto*, 1998, págs. 319 e segs, Fátima GOMES, *A garantia bancária autónoma à primeira solicitação*, in *Direito e Justiça*, vol. VIII, Tomo 2, 1994, pág. 157, Januário Costa GOMES, *Sobre a mora do garante na garantia bancária autónoma*, Mónica JARDIM, *A garantia autónoma*, Coimbra, 2002, Jorge Duarte PINHEIRO, *Garantia bancária autónoma*, in *ROA*, ano 52, 1992, págs. 417 e segs., António Sequeira RIBEIRO, *A Garantia bancária à primeira solicitação-algumas questões*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles - Volume II - Direito Bancário*, Coimbra, 2002, págs. 289 e segs, João Calvão da SILVA, *Garantias acessórias e garantias autónomas* in *Estudos de Direito Comercial* (pareceres), Coimbra, 1996, páginas 331 e segs.

<sup>3</sup> Analisando o problema da execução abusiva da garantia, em geral, v. os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 21/04/2010 (Relator: Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), de

## 2 · AUTONOMIA, FUNÇÃO E ESTRUTURA DA GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA À PRIMEIRA SOLICITAÇÃO

Nascida da liberdade contratual das partes e imposta pela necessidade de reforçar a segurança do credor, sobretudo no domínio do comércio internacional, a garantia bancária autónoma assegura um determinado resultado ao beneficiário da garantia: por exemplo, a devolução de quantias pagas antecipadamente num contrato de empreitada (garantia de reembolso de pagamentos antecipados); ou o pagamento de um determinado valor, em caso de incumprimento ou cumprimento defeituoso de um contrato de compra e venda (garantia de cumprimento, de bom funcionamento ou de pagamento) ou de incumprimento de uma oferta ou proposta contratual (garantia de honorabilidade da oferta).

Como é sabido, as partes atribuíram esta função de segurança à garantia, autonomizando-a da relação subjacente (relação base ou de valuta) entre ordenante e beneficiário da garantia, que está na origem da respectiva emissão. De facto, a necessidade de salvaguardar o beneficiário da garantia de certos riscos levou à superação das fragilidades inerentes à acessoriedade da fiança, através de uma garantia autónoma da relação base, da relação de que emerge o crédito do beneficiário, que a garantia visa assegurar.

Assim, apesar de assegurar ao credor um determinado resultado que constitui objecto de um outro contrato, o contrato base, a garantia autónoma cria uma obrigação do banco e o correspondente direito do beneficiário, imunes a quaisquer excepções emergentes desse contrato base. Digamos que a

finalidade de segurança da garantia impõe a autonomia ou independência desta, em relação ao contrato base<sup>4</sup>.

Ao contrário do que sucederia com uma fiança, sendo inválida a relação base, nem por isso será inválida a garantia (cfr. o artigo 632º do Código Civil). Ainda que o devedor e ordenante da garantia disponha de meios de defesa contra o seu credor (que, por exemplo, não cumpriu ou não cumpriu correctamente a sua prestação), nem por isso o banco garante poderá invocar esses meios de defesa, relativos ao contrato base, contra o beneficiário da garantia (cfr. o art. 637º do Código Civil). Isto porque a garantia não é acessória, antes é autónoma em relação ao contrato-base, estando assim blindada e o respectivo beneficiário protegido, em relação às vicissitudes e riscos inerentes a essa relação base.

Esta função de segurança é claramente reforçada, quando à autonomia se une o carácter automático da garantia, conforme sucede com as muito difundidas garantias bancárias à primeira solicitação, em que uma simples declaração do beneficiário gera a obrigação de pagamento por parte do banco. Com esta cláusula de pagamento à primeira solicitação, o beneficiário fica protegido em relação aos riscos de atrasos provocados pela necessidade de provar os (e litigar quanto aos) pressupostos de que depende o exercício do seu direito<sup>5</sup>, juntando-se assim à função de segurança uma outra importante função de celeridade ou de evitar dilações. São estas as duas funções deste tipo de garantias bancárias autónomas à primeira solicitação, que tomarei como referência, nas linhas que se seguem.

Conforme resulta do estudo desta figura pela doutrina portuguesa, a mesma apresenta uma estrutura triangular<sup>6</sup>, em que podemos distinguir: uma relação base (relação principal ou relação de valuta), normalmente, um contrato do qual emerge um crédito e a obrigação do devedor de constituir uma garantia bancária a favor do credor para segurança desse crédito; um contrato de mandato (relação de cobertura)<sup>7</sup>, entre o devedor na relação base e o banco, pelo qual

05/07/2012 (Relator: Abrantes Geraldês), de 23/03/1995 (Relator: Miranda Gusmão), de 12/09/2006 (Relator: Sebastião Póvoas), de 22/03/2007 (Relator: Silva Salazar), de 03/05/2007 (Relator: Pereira da Silva), de 30/10/2002 (Relator: Joaquim de Matos), de 14/10/2004 (Relator: Araújo Barros) e de 06/03/2014 (Relator: Silva Gonçalves). V., igualmente, os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 07/05/2009 (Relator: Márcia Portela), de 21/02/2013 (Relator: Ezagüy Martins) e os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 02/10/2008 (Relator: Deolinda Varão), de 09/12/2013 (Relator: Carlos Queido) e de 04/11/2008 (Relator: Cândido Lemos).

Ponderando o tema específico do procedimento cautelar contra a execução abusiva da garantia bancária autónoma, v. os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 06/05/2014 (Relator: Manuel Marques), de 12/11/1998 (Relator: Evangelista Araújo), de 16/06/2011 (Relator: Ondina Carmo Alves), os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 23/02/2012 (Relator: Maria Eiró) e de 28/04/2011 (Relator: Filipe Carço) e o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19/03/2013 (Relator: Filipe Carço).

4 V. Peter MULBERT, *Missbrauch von Bankgarantien und einstweiliger Rechtsschutz*, Tübingen, 1985, pág. 32.

5 V. Almeida COSTA/A. PINTO MONTEIRO, *Garantias bancárias* cit., pág. 19.

6 Também poderá assumir uma estrutura rectangular, quando o beneficiário exige que a garantia seja prestada por um banco do seu país, hipótese em que o banco garante se assegurará, através de uma contra garantia a prestar por um banco do país do mandante.

7 Mandato remunerado, com a correspondente comissão do banco.

este se obriga a emitir uma garantia a favor do credor e beneficiário da garantia; um contrato de garantia bancária autónoma<sup>8</sup>, à primeira solicitação, pelo qual o banco se obriga<sup>9</sup> a pagar uma determinada quantia ao beneficiário à primeira solicitação deste e independentemente das excepções que pudessem emergir da relação base (relação de garantia).

### 3 · MEMÓRIA DE UM LITÍGIO: O PERIGO QUE PESA SOBRE O ORDENANTE

Na minha prática profissional como advogado, já conheci dois dos três vértices destas relações triangulares.

Já apoiei beneficiários, no acto de interpelação do banco para cumprimento da garantia, em garantias bancárias documentais, em que o beneficiário tinha de fazer acompanhar a solicitação para pagamento de certos documentos, tendo podido testemunhar a satisfação desses beneficiários, quando receberam o montante garantido.

E também já apoiei ordenantes ou mandantes, que se confrontavam com ameaças de execução da garantia pelo beneficiário ou até com a comunicação do banco que, em cumprimento das suas obrigações emergentes do mandato, os informava que o beneficiário exigira o pagamento do montante garantido, tendo testemunhado a tensão, ansiedade e até a revolta que esta situação gera no ordenante.

Por várias vezes, intentei justamente procedimentos cautelares com vista a evitar o pagamento da garantia pelo Banco, tema deste estudo.

Menciono um dos casos, que marcou a minha pré-compreensão, em relação a este tipo de garantias. Estava em causa a execução de duas garantias bancárias de elevado valor (2 500 000 €, cada) emitidas por um banco português de referência, a favor de duas empresas de promoção imobiliária e cons-

trução civil estrangeiras – execução irregular, visto que o contrato base (um contrato-promessa de compra e venda de terrenos urbanizáveis, em que as partes acordaram a constituição da garantia para situações de incumprimento) se extinguiu pela verificação de uma condição resolutiva (a não aprovação de um determinado plano de urbanização até certa data), não passando a execução da garantia de um meio de os respectivos beneficiários pressionarem o nosso constituinte para prorrogar o prazo de vigência do contrato.

O tribunal não atendeu ao nosso pedido para que a providência fosse concedida sem audiência prévia das beneficiárias e a verdade é que no período de tempo que mediou até à citação, estas empresas executaram com sucesso as garantias e a nossa constituinte teve de reembolsar ao banco o valor das garantias.

Intentámos uma ação contra as beneficiárias, no final de 2006, e em 2011, o Tribunal da Comarca de Lisboa condenou-as a pagar à nossa constituinte o montante de que se haviam apropriado ilicitamente, através da execução das garantias, o que veio a ser confirmado em 2012, por Acórdão da Relação de Lisboa.

Sucedeu que, entretanto, se verificou a insolvência de uma das empresas beneficiárias das garantias, pelo que, apesar de ter toda a razão, a nossa Constituinte sofreu um prejuízo considerável.

Este caso fez-me reflectir sobre o perigo que as garantias bancárias à primeira solicitação representam para o ordenante, sobretudo, se emitidas a favor de beneficiários que não tenham escrúpulos em acioná-las ilicitamente.

É justamente este perigo que exige a tutela cautelar, que, como é sabido, visa proteger as partes de um particular “periculum”, o perigo de quando for julgada a acção judicial referente à relação base, a mesma já não proteger eficazmente o interesse do devedor na relação base.

### 4 · INVERSÃO DAS POSIÇÕES NO CONTRATO BASE. PAGAR PRIMEIRO, LITIGAR DEPOIS

Em bom rigor, estas garantias operam uma inversão das posições<sup>10</sup> e dos ónus das partes na relação

<sup>8</sup> Um contrato (ainda que unilateral ou não sinalagmático), visto que a garantia prestada tem de ser aceite pelo beneficiário e não um negócio unilateral. V., por todos, I. GALVÃO TELLES, ob. cit., pág. 27.

<sup>9</sup> O banco assume uma obrigação própria, independente da sua relação com o mandante. Não se obriga a pagar uma dívida alheia, do mandante, antes assume uma obrigação própria, autónoma ou independente, caso ocorra o evento garantido, normalmente, o incumprimento de uma obrigação pelo mandante. V. Almeida COSTA/A. PINTO MONTEIRO, *Garantias bancárias* cit., pág. 19 e I. GALVÃO TELLES, ob. cit., pág. 55. Se a obrigação do banco fosse assumida em nome do mandante, estaríamos perante uma figura muito próxima do mandato de crédito (art. 629º do Código Civil).

<sup>10</sup> Almeida COSTA/A. PINTO MONTEIRO, *Garantias bancárias* cit. pág. 19, referem que estas garantias obedecem ao lema “paga-se primeiro e discute-se depois”.

base, bem como dos correspondentes riscos. Caso não existisse a garantia, o credor na relação base teria de discutir primeiro e só receberia depois (concomitantemente, o devedor estaria na vantajosa posição de só depois de discutir, ser obrigado a pagar).

Com a emissão da garantia, o credor/beneficiário recebe primeiro e só terá de discutir depois, ao passo que o devedor/mandante terá de pagar primeiro e só poderá discutir depois.

Portanto, a garantia inverte o ónus de propositura da acção de satisfação do crédito garantido, passando este ónus a incidir sobre o devedor.

Em consequência desta inversão de papéis, a garantia opera uma inversão dos riscos de insatisfação do crédito do beneficiário. Sem garantia, este incorreria no risco de incumprimento do devedor e de insolvência deste. Com a garantia, é o devedor e mandante que assume o risco de execução ilícita da garantia pelo credor/beneficiário, bem como o risco de insolvência deste<sup>11</sup>.

A autonomia e o carácter automático da garantia bancária à primeira solicitação asseguram ao beneficiário com segurança e certeza – pelo menos com a dose de certeza possível – a satisfação de um determinado interesse económico. Mas, se é esta a função da garantia, como é possível paralisar a certeza e segurança que com a mesma se pretende conferir ao beneficiário, através de um procedimento cautelar, que se basta com um simples juízo de verosimilhança?

Como é que um simples juízo de verosimilhança se pode impor à segurança e certeza que as partes quiseram conferir ao beneficiário, de alguma forma frustrando a finalidade da garantia?

## 5 · ABUSO DO DIREITO DE EXECUÇÃO DA GARANTIA E RECUSA LÍCITA DE PAGAMENTO

Apesar da autonomia e carácter automático da garantia bancária à primeira solicitação, reconhece-se hoje, em geral, a existência de situações excepcionais, em que o banco pode opor ao beneficiário

a excepção de abuso de direito na execução de garantia e recusar o pagamento.

Importa, assim, analisar os pressupostos desta excepção de execução abusiva da garantia, para aferir quando pode o banco recusar o pagamento. Como é óbvio, quanto mais restritivos forem esses pressupostos, mais difícil será paralisar a execução da garantia, através de um procedimento cautelar.

### 5.1 · Posição da jurisprudência e da doutrina

Em face da jurisprudência<sup>12</sup> e da doutrina<sup>13</sup>, podemos dar por adquirido que:

- (i) O Banco pode opor ao beneficiário a excepção de abuso de direito, recusando-se a pagar, em casos excepcionais de abuso “*evidente*” ou “*manifesto*”;
- (ii) Em coerência com este critério da evidência do abuso, exige-se uma prova “*liquida*”, “*inequívoca*” ou “*irrefutável*” do abuso, na execução da garantia.

Os critérios para ajuizar a existência de um abuso de direito surgem pouco precisos, nas várias decisões judiciais e por vezes na própria doutrina em que aquelas decisões se baseiam, o que se compreende se tivermos em conta que está em causa a aplicação de uma cláusula geral, de contornos imprecisos.

Assim, o STJ tem afirmado a existência de limites à autonomia e ao carácter automático da garantia, impostos por “*princípios basilares da ordem jurídica portuguesa*”<sup>14</sup> e que formam uma “*estreita faixa integrada pelas regras da boa fé ou do abuso de direito ou pela necessidade de evitar benefícios decorrentes de factos ilícitos, envolvendo fraudes ou falsificação de documentos*”<sup>15</sup>.

Delimitam-se esses casos excepcionais, como casos de “*fraude manifesta ou abuso evidente*”<sup>16</sup>, “*fraude*

<sup>11</sup> Ao prestar a garantia, o banco neutraliza o risco do credor no contrato principal (risco de incumprimento deste contrato) e aloca esse risco ao devedor, que terá de reembolsar o banco em caso de execução da garantia, assim acabando por efectuar uma intermediação financeira. V., neste sentido, Giorgio MEO, *Fideiussione bancaria e garanzia a prima richiesta: le tutele cautelari*, in BBTC, ano LVIII, Julho-Agosto 1995, pág. 446.

<sup>12</sup> Por exemplo, dos Acórdãos do STJ de 06-03-2014 (Rel. Silva Gonçalves), de 05-07-2012 (Rel. Abrantes Geraldés), de 14 10 2004 (Rel. Araújo Barros).

<sup>13</sup> Almeida COSTA/A. PINTO MONTEIRO, *Garantias bancárias*, cit., pág. 20, referem-se ao poder e dever de o banco recusar pagamento, “*em caso de fraude manifesta, de abuso evidente por parte do beneficiário*”. I. GALVÃO TELLES, ob. cit., pág. 32, refere-se aos casos em que “*o beneficiário, ao reclamar o pagamento, procede com manifesta má fé*”.

<sup>14</sup> Acórdão de 06-03-2014 (Rel. Silva Gonçalves).

<sup>15</sup> Acórdão de 05-07-2012 (Rel. Abrantes Geraldés).

<sup>16</sup> Acórdão de 14 10 2004 (Rel. Araújo Barros), restringindo o abuso a “*casos extremos de manobras tendentes a enganar o*

*manifesta ou má fé patente*<sup>17</sup>, ou, como se escreve noutra acórdão<sup>18</sup>, *“má fé patente, fraude evidente, clara, sem contestação, a tal ponto que o abuso do beneficiário fere a vista*<sup>19</sup>”

Não existindo nenhum aparelho que permita medir o abuso ou a fraude (uma espécie de abusómetro ou fraudómetro) ou esclarecer quando é que o abuso ou a fraude “ferem a vista”, é óbvio que o critério do abuso evidente ou manifesto é muito pouco operativo, na prática.

Por outro lado, este critério do abuso evidente ou manifesto conjuga (e, de algum modo, acaba por confundir) dois critérios distintos, um de cariz substancial, o abuso de direito do beneficiário, e outro de cariz probatório, relativo à demonstração evidente (segundo a convicção do juiz) da realidade desse abuso.

Assim, ao contrário do que pode parecer, o abuso evidente ou manifesto não qualifica um grau de abuso de direito exigível para legitimar a recusa de pagamento pelo banco. De facto, não se exige aqui um abuso grave do direito de executar a garantia, mas apenas um simples abuso deste direito. Recorde-se que, dada a autonomia da garantia, o banco deverá pagar mesmo quando, à luz do contrato base, a execução da garantia seja ilícita. Mas, já poderá recusar esse pagamento, nos casos em que a ilicitude da execução da garantia é tão grave, que configura um abuso de direito<sup>20</sup>.

Por outro lado, a evidência ou carácter manifesto do abuso referem-se ao resultado probatório, isto é, à forma como a existência desse abuso, na convicção do juiz, foi efectivamente demonstrada, de forma evidente ou manifesta.

Em face desta inevitável imprecisão, importa concretizar as situações em que o banco pode recusar

o pagamento com base no abuso do direito do beneficiário de solicitar o pagamento.

## 5.2 · Recusa lícita de pagamento, com base na relação de garantia

Refira-se, desde já, que além do abuso de direito, o banco pode recusar o pagamento, com base em excepções atinentes à própria relação de garantia, entre o banco e o beneficiário, as quais podem ressaltar<sup>21</sup>:

(i) Ao conteúdo da obrigação de garantia, por exemplo, a respectiva caducidade<sup>22</sup>, a não conformidade do pedido de solicitação com o texto da garantia (v.g., numa garantia com pedido documental) ou, numa garantia de reembolso de pagamentos contendo a (frequente) cláusula de que o montante garantido corresponde ao valor dos pagamentos parciais que o credor/beneficiário tiver efectuado ao devedor/mandante, a oposição do banco à pretensão do beneficiário de executar a garantia por montante superior;

(ii) À validade da obrigação de garantia, por exemplo, se a garantia foi obtida através de dolo do beneficiário – que, por exemplo, induziu o garante na convicção de que o contrato base já tinha sido celebrado<sup>23</sup>, o que, de facto, não sucedera – ou se o seu objecto ou fim for contrário à lei<sup>24</sup>, à ordem pública ou aos bons costumes<sup>25</sup>;

(iii) A meios próprios de defesa do banco, na relação deste com o beneficiário, por exemplo, a compensação com um crédito do banco garante sobre o beneficiário<sup>26</sup>.

*garante ou de procedimento abusivo do beneficiário, designadamente exigindo a garantia em caso de cumprimento pontual da obrigação do devedor”.*

17 Acórdão de 05-07-2012 (Rel. Abrantes Geraldês).

18 Acórdão de 06-03-2014 (Rel. Silva Gonçalves). Nos termos do acórdão, está em causa a “conjugação de forças antijurídicas que o nosso sistema jurídico não pode corroborar e a constituir um abuso de direito”.

19 Nesta última parte, segue-se o (estranho e pouco certo) critério da jurisprudência francesa, que o terá recolhido nas obras de Michel VASSEUR. V. Almeida COSTA/A. PINTO MONTEIRO, *Garantias bancárias* cit., n. 44.

20 É, portanto, a gravidade da ilicitude da execução da garantia, à luz do contrato base, que releva. Assim, importa apenas aferir se essa ilicitude é de tal forma grave que a execução da garantia constitui um abuso de direito, sendo a ocorrência deste (não já a sua maior ou menor gravidade) o critério relevante.

21 V. Peter MULBERT, *Missbrauch von Bankgarantien* cit., pág. 49.

22 Exemplo com relevância prática, visto que a garantia só pode ser executada até ao termo do prazo de garantia.

23 De acordo com Mónica JARDIM, *Garantia autónoma* cit. pág. 276, trata-se de excepção relativa à relação de garantia. Se a garantia foi prestada tendo em vista a futura celebração do contrato-base, a consequência será a resolução do contrato de garantia por alteração das circunstâncias. Se a garantia foi prestada por o banco supor que fora celebrado o contrato-base (que, de facto, não o fora), o contrato de garantia será inválido por erro sobre os motivos ou dolo.

24 Pense-se, numa garantia de reembolso de pagamentos antecipados na compra e venda de equipamento bélico, em que o beneficiário é uma entidade ligada ao denominado “Estado islâmico”.

25 V., neste sentido, os Acórdãos do STJ de 05 07 2012 (Cons. Abrantes Geraldês, proc. 219/06) da Relação de Lisboa de 06-05-2014 (proc. 1315/13), disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

26 Neste sentido, C. W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, Berlin-New York, 1981, pág. 588 (que também admite o direito de retenção do banco) e Peter MULBERT, ob. cit., pág. 49. O A. critica duas

O Banco já não pode recusar o pagamento, com base em exceções relativas à sua relação com o mandante (relação de cobertura), alegando, por exemplo, que este, entretanto, se tornou insolvente<sup>27</sup>.

### 5.3 · Recusa lícita de pagamento, com base no abuso de execução da garantia

O Banco não pode recusar o pagamento com base em exceções relativas ao contrato base (relação de valuta), por exemplo, alegando a nulidade deste contrato ou a extinção do crédito garantido por compensação com um crédito do ordenante.

No entanto, e conforme referimos, o banco pode alegar o abuso do direito de execução da garantia bancária autónoma, visto que esta figura, como qualquer outra relação obrigacional privada se submete ao artigo 334º do Código Civil.

O único pressuposto do pagamento de uma garantia bancária autónoma à primeira solicitação é a exigência do respectivo pagamento, de acordo com as condições da garantia. Esta solicitação constitui um acto neutral, que não depende de outros pressupostos, pelo que não pode, em si e por si, ser considerada abusiva.

Para aferir se há abuso, temos de olhar para além da garantia e da respectiva solicitação, para circunstâncias relativas ao contrato base<sup>28</sup>, nomeadamente, aferindo se se verificou o evento (v.g., o incumprimento da obrigação de pagamento do preço ou de entrega do bem, num contrato de compra e venda) que, nos termos desse contrato, permitiria ao credor solicitar o pagamento da garantia<sup>29</sup>.

Pelo que esta exceção de abuso de direito implica sempre a perfuração da autonomia da garantia, com factos respeitantes à relação de base a repercutirem-se na relação de garantia, rompendo-se nestes casos excepcionais a independência ou não acessoriedade da garantia.

---

decisões de tribunais alemães que excluíram a possibilidade de compensação, com base na função de liquidez do banco garante, argumentando que se o beneficiário quiser evitar a compensação, poderá sempre exigir ao devedor/mandante que a garantia seja emitida por banco que não tenha qualquer pretensão contra o beneficiário.

<sup>27</sup> V. C. W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, cit., pág. 588, que refere igualmente a hipótese (também condenada ao insucesso) de o banco alegar que, por força de restrições cambiais, não poderá obter o reembolso do pagamento, junto do mandante.

<sup>28</sup> De acordo com o Acórdão da Relação de Lisboa de 06/05/2014 (Manuel Marques), exige-se uma "prova irrefutável de que o contrato-base foi cumprido".

<sup>29</sup> V. C. W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, cit., pág. 589.

Como é óbvio, se esta exceção se difundisse na prática, pôr-se-ia em causa a função e utilidade das garantias bancárias à primeira solicitação, pelo que a doutrina e a jurisprudência têm definido em termos restritivos o seu campo de aplicação.

Como vimos, tem-se considerado que esta exceção só será aplicável, em situações de fraude ou abuso manifestos. Para melhor precisão, importa identificar grupos de casos de execução abusiva da garantia bancária autónoma.

### 5.4 · Grupos de casos de execução abusiva de garantia bancária autónoma

Desde logo, a solicitação de pagamento, apesar de existir caso julgado quanto à inexigibilidade ou inexistência do crédito garantido (por exemplo, o trânsito em julgado de uma acção improcedente de condenação do mandante, no pagamento do preço de uma compra e venda).

Também a solicitação de pagamento que envolva dolo ou ameaças (coacção) do beneficiário, de tal forma graves, que o comportamento deste constitui um ilícito penal, nomeadamente, uma tentativa de burla ou extorsão, para a obtenção de vantagens que nada têm que ver com o crédito garantido (v.g., o banco dispõe de um e-mail do beneficiário para o mandante do qual resulta que a execução da garantia não passa de uma forma de pressão, para a obtenção de outras vantagens negociais).

Nas garantias de pagamento, a existência de uma prova líquida à disposição do banco, de que o pagamento foi efectuado (v.g. comprovativo da respectiva transferência bancária).

Nas garantias de cumprimento relativas à entrega de um bem (não já à conformidade deste com o contrato), a existência de prova líquida de que o bem foi entregue, no local e data acordados<sup>30</sup>.

Nas garantias em que a realização de um determinado negócio constitui o evento garantido, a solicitação de pagamento com base em simulação evidente desse negócio ou de elementos desse negócio, ou seja, com base na simulação do evento garantido (v.g. num contrato de compra de activos empresariais para futura revenda, com garantia emitida a favor do comprador/revendedor que este poderia

---

<sup>30</sup> Almeida COSTA/A. PINTO MONTEIRO, *Garantias bancárias cit.*, pág. 21, dão como exemplo "o certificado de desalfandegamento da mercadoria no país de destino". Também com este exemplo, I. GALVÃO TELLES, ob. cit., pág. 32.

executar caso o preço de revenda fosse inferior a um determinado valor, a simulação da revenda dos activos por preço inferior a esse valor).

Nas garantias de pagamento ou de conformidade, em que a solicitação de pagamento depende da ausência (garantia a favor do vendedor ou empreiteiro) ou da verificação (garantia a favor do comprador ou dono da obra) de defeitos do bem, devemos ser mais restritivos na afirmação do abuso do beneficiário, quer porque a prova dos defeitos é tantas vezes difícil, quer porque se trata de matéria que respeita claramente ao contrato-base.

Em todo o caso, parece-me que o tribunal poderá afirmar o abuso, em dois grupos de casos: caso exista caso julgado quanto à (in)existência de defeitos; caso o contrato-base preveja um mecanismo formal para ajuizar a existência de defeitos (v.g. um parecer de um perito ou de uma comissão técnica) e já estarem disponíveis as respectivas conclusões.

Nas garantias de honorabilidade da oferta, nos casos em que exista prova escrita de que o beneficiário decidiu adjudicar a obra a outra empresa (e não ao ordenante) ou não a adjudicar e nenhuma empresa.

Os nossos tribunais têm ido longe de mais, rompendo a autonomia da garantia com excessiva facilidade, já tendo admitido a paralisação da execução da garantia, com base na compensação da dívida do mandante com um crédito deste sobre o beneficiário<sup>31</sup> ou com base na exceção de não cumprimento do contrato<sup>32</sup>.

31 Assim, o Acórdão da Relação de Lisboa de 06-05-2014 (Rel. Manuel Marques): "*Tendo-se apurado, de forma concludente, que a beneficiária (dona da obra) deve à mandante (empreiteira) o valor titulado por letras, no montante global de €4.650.684,28 (parte do preço da empreitada), acrescido dos juros de mora, e que esta declarou pretender compensar esse seu crédito com um crédito daquela, de montante inferior, relativo a despesas com a eliminação dos defeitos da obra que realizou, assim operando a extinção das obrigações garantidas, deixou de subsistir fundamento para o accionamento das garantias (no montante máximo de €525.913,67).*". "*Nesse circunstancialismo, o accionamento das garantias pela beneficiária criaria uma situação claramente desproporcionada e violadora das regras da boa fé*". Temos dúvidas em relação a esta decisão, que vai além da simples constatação da não verificação do evento garantido, para considerar outras circunstâncias da relação base, nomeadamente a extinção do crédito do beneficiário por compensação e o desequilíbrio das prestações, em face do incumprimento da prestação principal do beneficiário, considerando que a execução da garantia representaria "*um manifesto desequilíbrio da relação jurídica principal, visada pela própria obrigação do garante, criando uma situação claramente desvantajosa para a requerente*".

Trata-se de matéria que não deve respeitar às relações banco/beneficiário, mas antes à relação base, e que, como tal, deveria ser discutida na ação de restituição do montante indevidamente pago, a intentar pelo mandante contra o beneficiário.

32 Assim, no Acórdão da Relação de Lisboa de 16-06-2011, em que estando em causa uma garantia de pagamento do preço, o

## 5.5 • O conflito entre o exercício do direito de solicitar o pagamento e a função desse direito

Como resulta destes grupos de casos, o critério que deve orientar o julgador é o mesmo que, em geral revela o abuso de direito<sup>33</sup>: o conflito clamoroso entre o exercício formal do direito de solicitar o pagamento pelo beneficiário e a função que esse direito desempenha. Noutros termos, o conflito manifesto entre o exercício do direito de executar a garantia e os interesses do beneficiário na segurança e em evitar dilações, que aquele direito visa acautelar.

Nas situações de execução abusiva, as funções da garantia autónoma estão totalmente ausentes<sup>34</sup>, isto é, o beneficiário executa a garantia apesar de não estar em causa a satisfação dos seus interesses de segurança ou de evitar dilações, lesando injustificadamente o ordenante ou o banco. O que sucederá, designadamente, quando o beneficiário se move por um intuito emulativo, de causar danos ao mandante.

Refira-se, ainda, que a doutrina e a jurisprudência equipararam a fraude (de origem anglo-saxónica e correspondente ao dolo) ao abuso de direito, o que permitiu evitar que a oponibilidade desta exceção dependa da verificação (de sempre difícil prova) de uma intenção do beneficiário de causar danos ao ordenante e se baste com o uso objectivamente anormal do direito do beneficiário, ou seja, com o facto objectivo da ausência manifesta de direito, por parte do beneficiário<sup>35</sup>.

Em todo o caso, nas situações de abuso evidente ou manifesto, normalmente, o credor/beneficiário terá

Tribunal ponderou a existência de um eventual cumprimento defeituoso, matéria claramente pertinente à relação base.

33 V. C. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., por A. PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO, Coimbra, 2005, pág. 181. A latência dos interesses do beneficiário que a garantia autónoma serve traduz-se, nestes casos, num veto ao arbítrio do beneficiário e, portanto, num veto ao exercício abusivo do seu direito (V. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil* (coord. F.L.Fernandes, M.R.Guimarães e M. Regina Redinha), Coimbra, 2012, pág. 113).

34 Como nota Peter MULBERT, *Missbrauch von Bankgarantien* cit.. Convém recordar que a garantia não é um negócio abstracto, mas antes um negócio causal, que tem a sua causa na função de garantia. Ora, nas situações de execução abusiva esta causa não se verifica em concreto.

35 V. Giuseppe PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali (Questioni)*, in BBTC, 1998, pág. 21, que se refere à evolução da doutrina e jurisprudência europeias, no sentido da equiparação entre dolo e abuso, de forma a que a prova da execução abusiva de uma garantia bancária autónoma se baste com a demonstração de um "*uso oggettivamente anormale del diritto*" e prescinde da investigação de elementos subjetivos.

(ou, pelo menos, deveria ter) consciência de que está a executar a garantia ilicitamente<sup>36</sup>.

O que é relevante, visto que mais do que um poder, o banco tem um verdadeiro dever, emergente do mandato pelo qual o ordenante o incumbiu de prestar a garantia, de recusar o pagamento, em casos de abuso evidente do direito de execução da garantia, sob pena de não lhe assistir o direito a ser reembolsado pelo mandante<sup>37</sup>.

## 6 · PROTEÇÃO CAUTELAR CONTRA O ABUSO DO DIREITO DE EXECUÇÃO DA GARANTIA

Como é sabido, a paralisação ou bloqueio do direito abusivamente exercido é um dos remédios da ordem jurídica contra o abuso de direito. Esta paralisação só<sup>38</sup> é possível, através de um procedimento cautelar, intentado com esse objectivo.

De facto, entre nós, os tribunais<sup>39</sup> têm reconhecido a possibilidade de bloquear o exercício abusivo do direito ao pagamento, pelo beneficiário da garantia, através do recurso a um procedimento cautelar não especificado, que tem como fim inibir o beneficiário de solicitar ou o banco de efectuar o pagamento<sup>40</sup>.

### 6.1 · Pedido, causa de pedir e articulação com a ação principal

Normalmente, o ordenante formulará os seguintes pedidos:

- (i) Um pedido de intimação do beneficiário para abster-se de solicitar o pagamento e/ou

- (ii) Um pedido de intimação do banco garante para não efetuar o pagamento e/ou

- (iii) Um pedido de intimação do banco garante a não lhe exigir ou não efetuar o reembolso;

Como é óbvio, se o beneficiário já tiver solicitado o pagamento, o que o banco terá comunicado ao ordenante, no cumprimento de deveres de informação emergentes do contrato de mandato, cabe apenas o pedido de intimação do banco a não efetuar qualquer pagamento ao beneficiário e, eventualmente a não proceder ao respetivo reembolso, junto do ordenante.

Conforme referido, a causa de pedir consubstancia-se no direito resultante do contrato de mandato de o mandante exigir que o banco recuse o pagamento solicitado de forma abusiva pelo beneficiário e no perigo de esse pagamento lhe causar danos graves e dificilmente reparáveis.

Normalmente, para produzir o seu efeito útil, o procedimento cautelar é intentado como preliminar da ação principal, mas nada impede que seja intentado, de forma incidental (v.g., como incidente de uma ação de execução intentada pelo beneficiário contra o banco). Em princípio, as partes no procedimento e na ação principal são as mesmas, mas a ação principal, respeitando ao contrato-base, nomeadamente ao reconhecimento de que não ocorreu qualquer violação deste contrato pelo devedor/mandante, que justificasse a execução da garantia pelo credor/beneficiário, pode ser proposta apenas contra o beneficiário.

### 6.2 · Litisconsórcio necessário passivo?

Este procedimento normalmente é intentado pelo ordenante<sup>41</sup> contra o beneficiário e o banco, o que é sem dúvida a melhor solução, visto que assim estarão no processo todos os sujeitos cujos interesses podem ser afetados, assegurando-se uma maior eficácia ao decretamento da providência.

Mas, será necessariamente assim? Ocorre, aqui, um litisconsórcio necessário passivo, com a consequência da ilegitimidade<sup>42</sup> do banco ou do benefi-

<sup>36</sup> De acordo com Claus-Wilhelm CANARIS, *Bankvertragsrecht* cit. pág. 589, nestes casos, a solicitação de pagamento constitui ou estará muito próximo de constituir um ilícito criminal ou de provocar um dano ao devedor/mandante, em violação dos bons costumes, não podendo o banco envolver-se nesse actos.

<sup>37</sup> V., por exemplo, neste sentido, o Acórdão do STJ de 14 10 2004 (Rel. Araújo Barros).

<sup>38</sup> Como é óbvio, o banco não está obrigado a recusar o pagamento com base numa simples ordem do mandante ou porque este discorda de tal pagamento.

<sup>39</sup> V. os acórdãos citados na nota 3.

<sup>40</sup> O mesmo sucede noutras ordens jurídicas, por exemplo, na Alemanha, onde se admite o recurso aos "einstweilige Verfügungen", em Itália, com o recurso ao "provvedimento d'urgenza" e em França (recurso ao "référé") - v., por todos, Giuseppe PORTALE, *Le garanzie bancarie* cit., págs. 33 e segs. Esta possibilidade é também expressamente reconhecida pelo art. 20º da Convenção das Nações Unidas sobre garantias independentes e *stand-by letters of credit*.

<sup>41</sup> Mas, nada impede que o próprio banco recorra a um procedimento cautelar, pedindo o reconhecimento pelo tribunal, que não tem qualquer dever de pagar, o que pode suceder, sobretudo, nas situações de insolvência do devedor/mandante, reveladoras de "periculum in mora".

<sup>42</sup> Em termos práticos, a questão pode não assumir relevância decisiva, visto que o réu banco individualmente demandado pode chamar a juízo o beneficiário, nos termos da intervenção

ciário, quando estes forem demandados individualmente?

Parece-nos que não se verifica um litisconsórcio necessário passivo, mas apenas um litisconsórcio voluntário. Para aferir a legitimidade, é essencial aferir o direito que o mandante exerce, através da providência (a causa de pedir desta), bem como os pedidos que são efectuados.

Se o mandante exerce o direito (emergente do contrato de mandato) de exigir que o banco recuse o pagamento, por este ter sido abusivamente solicitado, parece-nos que poderá propor a acção apenas contra o banco<sup>43</sup>. Na verdade, neste caso, estarão em juízo os sujeitos da relação material controvertida - o mandante, titular do direito de oposição ao pagamento abusivamente solicitado e o banco, titular do correspondente dever de recusa -, a relação de cobertura ou de mandato, tal como configurada pelo autor.

Se o mandante exerce o direito (emergente do contrato base) de se opor a que o beneficiário reclame o pagamento da garantia, por ser evidente que não ocorre qualquer incumprimento deste contrato, então poderá propor a acção apenas contra o beneficiário, desde que o faça com base em abuso do direito do beneficiário (não já, com base em excepções relativas à relação de garantia)<sup>44</sup>.

Em todo o caso, como referimos, a melhor solução e a mais frequente é a do litisconsórcio voluntário passivo, com a propositura do procedimento contra o banco e o beneficiário, situação que tomamos como referência.

### 6.3 · Ocorrência do “*periculum in mora*”

Será que o abuso do direito de execução da garantia preenche o habitual requisito do “*periculum in mora*”?

provocada (artigo 316º, nº 1, do C.P.C.), até aos termos dos articulados (art. 318º, nº 1, alínea a) ou, em último termo, nos 30 dias subseqüentes ao trânsito em julgado da decisão que o julgou parte ilegítima, pondo termo ao processo (art. 261º, nº 2, do C.P.C.). No sentido de admitir excepcionalmente a intervenção de terceiros em procedimento cautelar, quando estiver em causa assegurar a legitimidade litisconsorcial do requerido, v. Abrantes GERALDES, *Temas da Reforma do Processo Civil*, pág. 115. 43 Neste sentido, decidiu o Acórdão da Relação de Lisboa de 12-11-1998 (Relator Evangelista Araújo), embora com voto de vencido, numa acção com pedido de intimação para recusa de pagamento proposta apenas contra o banco.

44 Em situações internacionais extra-europeias, em que não vigora o regulamento de Bruxelas de cujos arts. 35º e 36º resulta o reconhecimento e execução nos Estados-membros de procedimentos cautelares decretados por tribunais de outros Estados-membros, esta hipótese tem pouca aplicação prática.

Está o ordenante obrigado a provar o “*fundado receio*” de que o beneficiário “*cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito*” (art. 362º, nº 1, do CPC) ou pode prescindir-se deste requisito das providências cautelares inominadas?

*Prima facie*, a execução abusiva da garantia causa danos ao ordenante, nomeadamente, porque, na sequência do pagamento, terá de reembolsar o banco. A jurisprudência tem revelado aqui alguma indulgência, bastando-se com esta consequência lesiva da solicitação de pagamento para afirmar o “*periculum in mora*”.

A verdade, contudo, é que poderá contra argumentar-se<sup>45</sup> que o mandante não sofre quaisquer danos<sup>46</sup>: em caso de execução abusiva da garantia, o banco tem o dever de recusar o pagamento, pelo que se o banco incumprir este dever, o mandante pode recusar o reembolso ou caso este tenha operado por débito em conta, pode exigir ao banco a reposição do valor debitado, não sofrendo assim quaisquer danos.

Sucede, ainda assim, que o banco sempre poderia alegar que, apesar de ter cometido um erro na apreciação jurídica do pedido, esse erro não é culposo, pelo que mantém intacto o seu direito ao reembolso, com os consequentes danos do mandante.

Por outro lado, poderia também argumentar-se, naquela linha, que a execução da garantia não provoca quaisquer danos dificilmente reparáveis ao mandante, nas situações em que o beneficiário for uma empresa solvente. Isto porque o mandante sempre poderá recuperar o valor indevidamente pago pelo banco, através da correspondente acção de restituição, a propor contra o beneficiário. Na linha deste argumento, este procedimento cautelar inominado só deveria proceder, nos casos em que o pedido abusivo de pagamento fosse efectuado por beneficiário insolvente ou com pouca solvência, visto que só nesta hipótese, se imporá acautelar o efeito útil da acção principal de restituição.

Embora impressiva, esta objecção também não convence, por duas ordens de razões:

Em primeiro lugar, porque com a execução da garantia, o crédito do mandante junto do banco garante (em casos mais graves, junto do próprio

45 Com C. W. CANARIS, *Bankvertragsrecht* cit., pág. 533.

46 Os danos só se materializariam com o reembolso do banco, podendo o ordenante lançar mão de um procedimento cautelar para se opor ao pedido de reembolso do banco.

sistema financeiro) será lesado de forma dificilmente reparável, o que sucederá, independentemente de o mandante vir (ou não) a recuperar o valor pago ao beneficiário.

Conforme referia um diretor de um banco garante, testemunha na ação supra referida, os bancos só concedem garantias quando julgam que não as terão de honrar.

O crédito assume um valor patrimonial (aliás, objectivado no contrato de abertura de crédito), que será gravemente lesado pela execução abusiva da garantia<sup>47</sup>, mas além disso, é indubitável que o crédito tem também um importante reflexo ou projecção extra-patrimonial ou não patrimonial, cuja lesão será dificilmente reparável. Recorde-se que, ao aferirem a existência de um “*periculum in mora*”, os nossos tribunais tendem a considerar que os prejuízos não patrimoniais são sempre de mais difícil reparação.

Em todo o caso, ainda que se entendesse que, no caso de execução abusiva de garantia não ocorreria qualquer “*periculum in mora*”, nem por isso se imporá como consequência necessária a impossibilidade de decretar este tipo de providência.

Conforme é reconhecido pela doutrina mais recente<sup>48</sup>, o perigo em si e por si pode constituir a razão de ser de um procedimento cautelar e não propriamente uma razão de aceleração do processo, por forma a evitar o risco de que a decisão definitiva do litígio já não produza qualquer efeito útil. Isto é, o simples perigo e não propriamente o perigo na demora do processo pode justificar um procedimento cautelar. É o que sucede, aliás, com a providência cautelar especificada de restituição provisória da posse, que prescinde do denominado “*periculum in mora*”.

Resumindo e concluindo: ao lesar de forma dificilmente reparável o crédito do mandante, a execução abusiva de garantia cria uma situação de “*periculum in mora*”; Ainda que assim não se entendesse, o simples perigo de lesão do mandante poderia justificar a providência.

Como é evidente, só cabe recurso à providência perante uma ameaça ou um perigo concreto de que

o banco seja chamado a honrar a garantia, lesando o crédito do beneficiário (por exemplo, uma ameaça de solicitação de pagamento por parte do beneficiário).

Se não existir qualquer perigo ou ameaça específica, não cabe recurso à providência. Por outro lado, se o banco já efectuou o pagamento, a providência não poderá ser decretada, visto que o dano do mandante já se consumou.

Nesta hipótese, o mandante poderá, quando muito, intentar um arresto das verbas pecuniárias recebidas pelo beneficiário – desde que justifique o fundado receio de perda da garantia patrimonial do seu direito à restituição destas verbas (art. 391º, nº 1, CPC), o que sucederá se o beneficiário tiver fraca solvência –, como preliminar da ação respeitante ao contrato-base, de restituição dos montantes indevidamente pagos pelo banco.

#### 6.4. Prova do abuso evidente

Quanto à prova do abuso de direito, denota-se um evidente conflito entre o resultado probatório exigido pela lei para o decretamento da providência, que se basta com uma “*probabilidade séria da existência do direito*” (art. 368º, nº 1, do C.P.C.) e o critério da evidência ou carácter manifesto do abuso, que a jurisprudência e a doutrina exigem para bloquear o direito do beneficiário<sup>49</sup>.

De facto, como podem a certeza e segurança que a garantia autónoma à primeira solicitação confere ao beneficiário ser afastadas por um simples juízo de verosimilhança, baseado numa “*prova sumária*”?

Como vimos, foi justamente para não frustrar a função de segurança e certeza que este tipo de garantias desempenha, que a jurisprudência e a doutrina exigiram um juízo de evidência, de clamor ou de carácter manifesto do abuso, para que o direito do beneficiário de executar a garantia pudesse ser paralisado.

Como é óbvio, um simples juízo de probabilidade ou verosimilhança do abuso é muito menos exigente do que um juízo de evidência ou de certeza, pelo

<sup>47</sup> É normal que altere a notação de risco do mandante, no sistema interno de risco do banco, o que terá consequências ao nível dos seus encargos com “spreads” de taxas de juro.

<sup>48</sup> Rui PINTO, *A questão de mérito na tutela cautelar. A obrigação genérica de não ingerência e os limites da responsabilidade civil*, Coimbra, 2009, págs. 310 e segs.

<sup>49</sup> No fundo, trata-se de um conflito entre exigências de celeridade distintas: a celeridade dos procedimentos cautelares, a impor uma prova sumária e um simples juízo de verosimilhança e a celeridade da execução deste tipo de garantias, a conferir segurança e certeza ao beneficiário de que receberá o valor garantido ao primeiro pedido, certeza esta só afastável através de uma certeza de sinal contrário, ou seja, de abuso evidente na execução da garantia.

que não nos podemos bastar com o tradicional “*fumus boni iuris*”.

Para melhor clarificação, devemos distinguir, entre o resultado probatório exigido e os meios probatórios aceites.

#### 6.4.1 · Resultado probatório exigido

Quanto à prova do abuso como resultado, parece evidente que se, como exigem a jurisprudência e a doutrina, é necessário um abuso evidente ou manifesto para paralisar o pedido de execução da garantia, então não bastará um simples juízo de probabilidade ou verosimilhança.

É assim necessário que a demonstração efectiva do abuso seja “líquida”, “inequívoca”<sup>50</sup> ou “irrefutável”<sup>51</sup>, isto é, é necessário que o mandante demonstre(m) em termos muito próximos da certeza a veracidade da sua afirmação de que o pedido de execução da garantia é abusivo<sup>52</sup>.

Note-se, contudo, que alguma jurisprudência, que não acompanhamos, se tem bastado com um mero “juízo de probabilidade”<sup>53</sup>.

#### 6.4.2 · Meios de prova admissíveis

Esta maior exigência quanto ao resultado probatório reflectir-se-á nos meios de prova que o tribunal deve aceitar que, de acordo com a doutrina dominante, devem restringir-se à maior certeza da prova documental<sup>54</sup>. O tribunal poderá ainda formar a sua convicção com base em factos notórios (artigo 412º, nº 1, do C.P.C.).

Em princípio, o tribunal não deve aceitar outros meios de prova, nomeadamente, prova pericial ou testemunhal. De facto, se o abuso é realmente evidente, não devem ser necessários outros meios de prova<sup>55</sup>.

Em todo o caso, em situações em que os factos reveladores do abuso assumam contornos mais complexos (v.g., em situações de extorsão ou de burla), não nos parece que deva excluir-se *a priori* a possibilidade de recurso a prova testemunhal<sup>56</sup> e pericial, como meio de complementar e confirmar a prova documental<sup>57</sup>.

Refira-se, por fim, que não nos parece que no julgamento desta providência haja muito espaço para a ponderação entre os prejuízos que a mesma pretende evitar ao requerente e os prejuízos que pode causar ao requerido (que v.g. alega que carece muito das verbas em causa), recusando-a quando estes últimos forem superiores (art. 368º, nº 2, do C.P.C.)

De facto, se se exige que o beneficiário tenha actuado em manifesto abuso de direito, muito dificilmente ele será merecedor da proteção que resulta desta ponderação, além de que a mesma envolve sempre uma análise mais aprofundada da relação base e do equilíbrio da sua execução, que o tribunal deve evitar<sup>58</sup>.

## 7 · INVERSÃO DO CONTENCIOSO?

Analisemos por fim a possibilidade de inversão do contencioso, com a decisão que decreta a providência a dispensar o requerente do ónus de propositura da acção principal. Importa, assim, aferir se nesta providência se podem verificar os pressupostos de que o artigo 369º, nº 1, do C.P.C. faz depender a inversão do contencioso.

Embora dependa do caso concreto, nomeadamente do tipo de garantia e da situação concreta de abuso, surgirão certamente casos em que “a natureza da providência decretada” é “adequada a realizar a composição definitiva do litígio”.

50 ALMEIDA COSTA/A. PINTO MONTEIRO, ob. cit., pág.28.

51 Últ. Ob. c Loc. Cits.

52 Nos termos do Acórdão da Relação do Porto de 28-04-2011 (Rel. Filipe Carço), é de exigir “um nível de segurança quase absoluto, de evidência factual inequívoca”.

53 V. os Acórdãos da Relação de Lisboa de 16-06-2011 e da Relação do Porto, de 23-02-12.

54 Assim, I. GALVÃO TELLES, ob. cit., pág. 32, afirmando que para ser “patente”, a má fé deve “decorrer com absoluta segurança de prova documental”. O art. 20º da Convenção da UN exige “provas sérias e imediatamente disponíveis”.

55 No sentido desta posição, acolhida em geral, v. Almeida Costa/A. Pinto Monteiro, ob. cit., pág. 27, que citando uma decisão estrangeira, afirmam que “não há abuso ou fraude manifes-

tas (...) «se se mostra necessário, para estabelecer a má fé do beneficiário, requerer a produção de provas suplementares, de proceder a medidas de instrução ou de chamar terceiros à causa”.

56 Neste sentido, decidiu o Acórdão da Relação do Porto (Rel. Maria Eiró) - “Em sede de procedimento cautelar, é admissível o recurso à prova testemunhal com o objectivo de demonstrar a falta de fundamento material da solicitação de pagamento, feita pelo beneficiário, da garantia autónoma à 1ª solicitação”.

57 Alega-se a favor desta solução, que se assim não for, passarão em branco os abusos mais censuráveis, por serem mais requintados e ocultados. V. Miguel Brito Bastos, *A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma “on first demand”*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. III, pág. 549.

58 Quando muito, poderá haver lugar à substituição da providência por prestação de caução pelo requerido, nos termos do art. 368º, nº 3, do C.P.C..

Pense-se, por exemplo, nos casos de execução abusiva de garantias de pagamento ou de cumprimento, em que o mandante efectua prova líquida de que efectuou o pagamento ou de que cumpriu o contrato base (por exemplo, entregando os bens ao comprador).

Nestes casos, a conclusão do juiz de que é evidente que não se verifica o evento garantido implica a inexistência do correspondente direito do beneficiário, na relação base, pelo que nos parece que a natureza da providência decretada é adequada a compor definitivamente o litígio<sup>59</sup>, com a conse-

quência de o requerente/mandante não estar obrigado a propor a acção principal.

Por outro lado, o resultado probatório exigido substanciado numa prova manifesta ou irrefutável do abuso normalmente permitirá ao tribunal formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado<sup>60</sup> (art. 369º, nº 1, do C.P.C.), assim se cumprindo estoutro requisito da inversão do contencioso.

A consequência desta inversão é dispensar o mandante/requerente de intentar a correspondente acção principal.

---

<sup>59</sup> Não nos parece que a esta conclusão obste o argumento formal de que o procedimento respeita a uma relação distinta da relação base, a relação de garantia, pelo que nunca poderá ser adequado a compor definitivamente o litígio relativo à relação base. É que, como vimos, as situações de abuso evidente rompem a autonomia da garantia, permitindo ao tribunal analisar e relevar circunstâncias relativas à relação base.

---

<sup>60</sup> Não ignoramos que o direito acautelado é o direito do mandante de se opor ao pagamento da garantia pelo banco, mas como vimos, a análise da existência deste direito, por o pedido de pagamento ser efectuado em abuso de direito, implicará muitas vezes uma decisão sobre direitos e deveres do mandante emergentes da relação-base: o direito a não pagar duas vezes, porque já pagou, nas garantias de pagamento; a ausência de qualquer obrigação de pagamento de indemnização, por incumprimento do contrato base, nas garantias de bom cumprimento.