

A garantia autónoma “on first demand” e recusa lícita da prestação pelo garante (algumas questões)

Por Miguel Bastos

Estudante

Menção Honrosa do Prémio Wolters Kluwer Portugal de Artigos Jurídicos Doutrinários
2008

Abstract: A segurança constituída pelo património do devedor e pelos vários mecanismos concedidos ao credor para proteger preventivamente o crédito em função da evolução desse património, pode não ser - ou pode deixar de ser - suficientemente tranquilizadora, suficientemente mitigadora do risco inerente a toda a “crença numa promessa”. Assim, com grande frequência, os potenciais contraentes - com relevo para os agentes do comércio internacional, que interagem com potenciais parceiros muitas vezes desconhecidos, ou para as próprias instituições financeiras na concessão de crédito, mas, obviamente, não só - exigem como condição da celebração de contratos a adjunção de garantias especiais do cumprimento das obrigações, de modo a “aumentar a probabilidade de ocorrência do desejado desenvolvimento” e protegendo-se destarte contra a eventualidade da insolvência do devedor, assim como da futura ausência de colaboração deste para o cumprimento.

1. A garantia autónoma; generalidades

O lento funcionamento das garantias reais¹ - que geralmente carecem de execução judicial, implicando elevados custos de transacção para o beneficiário -, assim como a relativa debilidade da fiança, amplamente sujeita às vicissitudes da relação de valuta, fazem da garantia autónoma um dos meios disponíveis mais adequados a assegurar ao credor a célere satisfação do seu interesse patrimonial, sem que acarrete para o devedor os elevados custos de oportunidade envolvidos na

¹ Tradicionalmente as garantias especiais mais procuradas, nomeadamente na modalidade da hipoteca, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, Coimbra, 2006, p. 636.

imobilização de dinheiro no depósito a favor do credor². Correlativamente ao acréscimo de protecção para o beneficiário, consequência da autonomia desta garantia pessoal, a garantia autónoma conduz a um considerável agravamento dos riscos assumidos pelo garante, quando comparados com aqueles suportados pelo fiador.

Esses riscos são extremados com a (frequente) estipulação da cláusula de pagamento "*on first demand*". Na garantia autónoma à primeira solicitação, o garante para além de se obrigar a realizar uma prestação pecuniária no caso de futura frustração de um interesse do beneficiário, como na garantia autónoma simples, assume ainda o dever de pagar automaticamente - i.e. à mera solicitação pelo beneficiário - a quantia correspondente, o que o deixa vulnerável a solicitações abusivas do beneficiário³. Torna-se assim central no estudo da garantia autónoma a determinação das situações de recusa lícita da prestação pelo garante ou, pelo prisma inverso, dos limites dos créditos dos beneficiários de garantias autónomas. É, aliás, com este aspecto que se prende hoje a maior parte da litigância relativa a contratos de garantia autónoma⁴. Trata-se, porém, de um tema relativamente ao qual, embora a doutrina seja hoje abundante, existem ainda muitos aspectos pouco claros⁵

2. A autonomia (e a acessoriedade) do crédito de garantia

O traço característico da garantia autónoma enquanto garantia pessoal é, tal como o nome indica, a autonomia da obrigação característica do garante em relação a obrigações da relação de valuta. A caracterização desta garantia como "autónoma" é feita tendo como subjacente uma comparação com a garantia pessoal clássica fora

² Cfr. PETER MÜLBERT, *Mißbrauch von Bankgarantien und einstweiliger Rechtsschutz*, Tübingen, 1985, p. 1.

³ Salientando este aspecto, KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts, II/I, Schuldrecht*, München, 1994, pp. 65 ss ou JENS NIELSEN, *Bankrechts-Handbuch* (org: Schimansky, Bunte, Lwowski), III, München, 2001, p. 4272.

⁴ Cfr. ROLAND BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade*, Paris, 2001, p. 256.

⁵ O texto que se segue pretende tratar, ainda que incompletamente, alguns desses problemas. Faz-se, no entanto, uma delimitação prévia do objecto de estudo: em primeiro lugar, o texto focar-se-á nas *garantias de pagamento* (sobre as tipologias de garantias autónomas consoante o interesse do beneficiário que visem garantir, cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Estudos de Direito Comercial*, Coimbra, 1996, pp. 338 ss), em segundo, não se abordarão os problemas relativos à tutela cautelar do garante (sobre essa, por todos, PETER MÜLBERT, *Mißbrauch ...*, pp. 93 ss).

do âmbito das obrigações cartulares, nomeadamente a fiança⁶, a qual se identifica pela acessoriedade da obrigação do fiador em relação à do devedor principal (art. 627.º CC). Autonomia é, portanto, antónimo de acessoriedade. E se a acessoriedade de um crédito (ou de uma obrigação) em relação a outro implica a sua “dependência unilateral” em relação a este⁷, ou seja, a conformação de um aspecto do regime a que está sujeito em função das simétricas vicissitudes que atingem um outro crédito (ou uma outra obrigação), a autonomia das posições jurídicas nada tem de excepcional. Por regra, as vicissitudes de um crédito não se projectam em qualquer outro crédito: “a falta de acessoriedade decorre apenas da circunscrição da garantia autónoma aos preceitos gerais”⁸. Assim como, o facto de um crédito ser, relativamente a um dos aspectos do regime a que está sujeita, acessória de outro crédito, não implica que o seja em relação a *todos* os seus aspectos. O âmbito de dependência unilateral pode ser maior (como na fiança ou no penhor) ou menor (como, por exemplo, na acessoriedade da obrigação de juros em relação à obrigação de capital ou na obrigação estabelecida por uma cláusula penal em relação à obrigação principal). Classificando, consoante os aspectos que sejam dependentes de uma outra posição jurídica, distingue CALVÃO DA SILVA, tendo como referência a fiança, a *dependência genética* - a validade da fiança depende da validade do contrato que constitui a obrigação principal (art. 632.º n.º 1 CC), a *dependência funcional* - o fiador pode opor ao credor os meios de defesa que competem ao devedor (art. 637.º n.º 1 CC) - e a *dependência extintiva* - a extinção da obrigação principal determina a extinção da obrigação do fiador (art. 651.º CC)⁹.

A conformação de obrigações contratuais como autónomas ou acessórias de outras posições jurídicas é uma opção das partes dentro dos limites do art. 405.º, n.º 1 CC, pelo que o grau de autonomia da obrigação do garante autónomo será variável consoante o que as partes houverem estipulado¹⁰. Há porém aspectos que são

⁶ Sobre o papel de referência da fiança no estudo das garantias pessoais, cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, Coimbra, 2000, pp. 63 ss.

⁷ Cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção ...*, pp. 107 ss. Fala-se assim, na esteira de MEDICUS, de um “direito dirigido” e de um “direito dirigente”.

⁸ Cfr. MARTIN HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, Tübingen, 1994, p. 377, o autor assinala de seguida que “a independência face a excepções decorrentes de outras relações jurídicas corresponde, pelo contrário, ao tipo de base da relação obrigacional simples no sentido do §305 [BGB]”.

⁹ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Estudos ...*, p. 334.

¹⁰ Salientando este aspecto, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht*, Berlin, 1988, p. 749. Também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário ...*, p. 642 e ANTÓNIO SEQUEIRA RIBEIRO, “Garantia bancária autónoma à primeira solicitação: algumas

constitutivos do próprio tipo social de “garantia autónoma”, momentos de independência sem os quais não se pode usar a expressão com propriedade. Antes de mais, o garante autónomo não gozará da faculdade concedida pelo art. 637.º n.º 1 CC ao fiador - considerada como pertencente ao “âmago da acessoriedade, [a]o seu núcleo duro”¹¹: ao celebrar um contrato de garantia autónoma, o que as partes pretendem é exactamente gerar uma garantia mais robusta, que não se deixe afectar pelas vicissitudes da relação de valuta. Se uma determinada obrigação de garantia for acessória à obrigação principal no que concerne às excepções que o garante pode opor ao credor, ela não será qualificável como garantia autónoma, ainda que a sua caracterização seja dominada pela autonomia em outros aspectos. Também onde o 632.º, n.º 1 CC estatui a acessoriedade da fiança, terá de haver autonomia: a validade da constituição da obrigação do garante autónoma não depende da validade da constituição das obrigações na relação de valuta.

Porém, é também constitutiva do tipo de garantia autónoma alguma margem de *acessoriedade*. Através do contrato de garantia autónoma o garante obriga-se a transmitir determinada quantia pecuniária ao credor da obrigação garantida no caso de se verificar determinada circunstância relacionada com a frustração da expectativa que este tem de vir a ver o seu crédito principal satisfeito¹²: fala-se assim de um fim de garantia¹³. Sendo o interesse do credor satisfeito pelo devedor principal, através do regular cumprimento das obrigações da relação de valuta, extingue-se o débito do garante: a circunstância de que depende o dever do garante de realizar prestação da obrigação de garantia torna-se de impossível verificação. Se não obstante a satisfação do direito do credor pelo devedor originário o garante continuasse a estar adstrito a realização da sua prestação não se poderia, em rigor, já falar de uma *garantia*; o credor receberia a prestação do devedor originário e do garante. Essencial para que se qualifique determinado contrato como garantia autónoma, é, assim, a existência de acessoriedade extintiva no que concerne à extinção por cumprimento da obrigação do devedor originário¹⁴. Não significa isto,

questões”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, II, Coimbra, 2002, p. 308.

¹¹ Cfr. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção* ..., p. 116.

¹² Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, I, Coimbra, 1992, pp. 557 ss. A esse evento chama-se “caso de garantia material” (por oposição ao “caso de garantia formal”, correspondente à mera solicitação pelo beneficiário) ou circunstância de eventualidade.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Salientando a acessoriedade nos aspectos extintivos da garantia autónoma ao primeiro pedido, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção* ..., p. 116.

todavia, que a extinção da obrigação de garantia se dê sempre necessariamente com a extinção da obrigação da relação de valuta. A determinação de quais as situações de extinção das obrigações, para além da extinção pelo cumprimento, que estão abrangidas por esta acessoriedade extintiva dependerá da amplitude dos riscos assumida contratualmente por cada garante e portanto da interpretação do contrato.

3. A cláusula "*on first demand*"

Aos contratos de garantia autónoma é frequentemente aposta uma cláusula pela qual se estipula que o pagamento da quantia pecuniária prevista como objecto da prestação devida pelo garante seja automática, ou seja, dependa apenas da sua solicitação pelo beneficiário, ainda que não esteja verificado o "caso de garantia material". Ressalve-se, porém, que a garantia autónoma "*on first demand*" é apenas uma modalidade de garantia autónoma e que o facto de a sua estipulação ser frequente não lhe retira o carácter de contingência: a automaticidade não é condição necessária da autonomia, nem a autonomia condição suficiente da automaticidade. Por conseguinte, existem garantias autónomas nas quais o dever de prestar do garante depende da efectiva verificação do caso de garantia (as garantias autónomas simples), e garantias acessórias que gozam de automaticidade (nomeadamente, as fianças à primeira solicitação¹⁵).

Apesar de a sua estipulação ser frequente e de a doutrina estudar extensamente situações que a pressupõem, quais os efeitos dessa celebração nas esferas jurídicas das partes e qual a qualificação dogmática desses efeitos é algo que não se encontra suficientemente clarificado. Certo parece ser que a cláusula "*solve et repete*" não é uma cláusula que determine o momento da exigibilidade ou do vencimento do crédito de garantia. A diferença entre uma garantia autónoma simples e uma garantia autónoma "*on first demand*" não é, claramente, o facto de aquela só ser exigível verificado o caso material de garantia, enquanto esta é exigível a todo o tempo. Que os efeitos da cláusula "*solve et repete*" não se prendem com o tempo do cumprimento da obrigação de garantia é inequivocamente posto em destaque pela afirmação trivial de que, embora na garantia autónoma automática o garante tenha de pagar ao beneficiário logo que este assim o solicita, essa prestação só terá "causa" (no sentido dos arts. 473.º CC e segs.) quando se tenha verificado o

¹⁵ Sobre estas, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, "A chamada «fiança ao primeiro pedido»", in *Estudos de Direito das Garantias*, I, Coimbra, 2004, pp. 139 ss. Isto ainda que se defenda, que a automaticidade implica alguma margem de autonomia.

evento de que depende a vinculação do garante à obrigação de garantia, caso contrário o pedido será considerado “indevido” (art. 476.º CC). Também incorrecta é qualificação dos efeitos produzidos pela aposição da cláusula “*on first demand*” como uma renúncia a todas as excepções invocáveis pelo garante¹⁶. Ainda que a cláusula seja redigida em termos como “o garante obriga-se a pagar x à mera solicitação do beneficiário, sem opor quaisquer excepções”, o entendimento de um declaratário normal colocado na posição do declaratário real não será o de entender a atitude do garante como uma *renúncia* em sentido técnico-jurídico. A renúncia é uma forma de extinção - definitiva - de posições jurídicas e na garantia autónoma automática as partes pretendem estabelecer um regime em que *após pagar*, o garante pode, não se tendo verificado o caso de garantia material, repetir a prestação realizada¹⁷. Uma outra hipótese seria ver na estipulação desta cláusula a assunção pelo garante de uma obrigação de *non facere*: “primeiro pagar, depois processar” significaria “não processar (não discutir) antes de pagar”¹⁸. Também isto desconsideraria o art. 236.º, n.º 1 CC, para além de levar a resultados fortemente contra-intuitivos, nomeadamente à conclusão de que não haveria qualquer violação do contrato na situação em que, sendo interpelado pelo beneficiário e não se verificando o caso de garantia material, o garante autónomo “*on first demand*” nada fizesse - permanecendo como que imóvel: não pagando, mas também não processando.

Do que acima foi dito resulta que a cláusula “*solve et repete*” não modela a obrigação de garantia, criando antes uma posição jurídica distinta desta. Através da aposição desta cláusula, o garante vincula-se perante o beneficiário a realizar uma conduta, nomeadamente a transferir uma determinada quantia pecuniária para a esfera deste, mal isso seja solicitado - o que parece remeter a qualificação dessa posição jurídica para o campo das obrigações pecuniárias. Contudo, essa perspectiva depara-se com um obstáculo, nomeadamente a sua incapacidade para explicar um aspecto relevante do regime das garantias “*on first demand*”: o facto de o pagamento feito pelo garante em resposta à solicitação do beneficiário e na inocorrência do caso de garantia material carecer de causa, no sentido que é dado à

¹⁶ Assim, GIOVANNI BARRILÀ, *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag: categorie civilistiche e prassi del commercio*, Frankfurt am Main, 2005, pp. 166 ss.

¹⁷ Para além do mais, o acordo pelo qual uma das partes renunciasse à partida à invocação de todas as excepções seria contrária à ordem pública (veja-se, aliás, o lugar paralelo no art. 809.º CC).

¹⁸ Assim, aparentemente, STEFAN MÜLLER, *Die Bankgarantie im internationalen Wirtschaftsverkehr*, Wien, 1988, pp. 60 ss.

palavra nos arts. 473.º CC e seguintes. O facto de as unidades monetárias serem transferidas em cumprimento de uma obrigação pecuniária seria causa justificativa dessa atribuição - conseqüentemente, o garante não poderia demandar o beneficiário com fundamento em enriquecimento sem causa. Este reparo não obsta, no entanto, a que se reconheça que, de uma perspectiva externa, as condutas pelas quais o garante cumpre a obrigação assumida através da cláusula "*solve et repete*" sejam idênticas àquelas através das quais um devedor de uma obrigação pecuniária cumpre esta obrigação. A contraposição desta obrigação face às obrigações pecuniárias parece-me poder ser vantajosamente feita através da decomposição dos correlativos créditos em competências de aquisição e faculdades de exigibilidade¹⁹. Se as condutas que são exigíveis pelo beneficiário ao garante "*on first demand*" - quando não se verifique o caso de garantia material - são em tudo semelhantes àquelas que um credor de uma obrigação pecuniária pode exigir ao sujeito passivo dessa obrigação, as competências de aquisição correspondentes aos respectivos créditos já serão distintas; enquanto o credor de uma obrigação pecuniária tem uma competência de aquisição das unidades monetárias, enquanto parte de um direito à que lhe seja proporcionado determinado valor²⁰, o credor da obrigação resultante da aposição da cláusula "*solve et repete*" ao contrato de garantia autónoma não a tem²¹. Esta obrigação não se pode, portanto, em rigor qualificar como uma obrigação pecuniária. Embora o garante tenha o *dever* de transferir para o beneficiário da garantia a quantia estipulada, o ordenamento jurídico não afecta essas unidades

¹⁹ Seguindo a concepção de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de títulos de aquisição da prestação*, Coimbra, 1988, pp. 42 ss, em especial, pp. 61-69. Segundo o autor, "todo o direito a uma prestação é uma situação objectiva complexa constituída por uma competência de aquisição e por uma faculdade de exigibilidade" (*op. cit.*, p. 69), aquela consistindo na causa jurídica de uma transferência patrimonial e esta num poder de definir condutas alheias (*op. cit.*, p. 65), nomeadamente de constituir para o devedor o dever de cumprimento através da interpelação.

²⁰ Cfr., neste sentido, PETER HEERMANN, *Geld und Geldgeschäfte*, Tübingen, 2003, p. 24, após rejeitar as teses que vêm nas obrigações pecuniárias obrigações com prestação de coisa, define-as como "obrigações de proporcionar um valor" ("*Wertverschaffungsschulden*"). Próximo, KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I/I*, München, 1987, p. 167, define as obrigações pecuniárias como aquelas pelas quais o devedor deve proporcionar ao credor a possibilidade de disposição sobre o valor patrimonial incorpóreo expresso pelo valor nominal da obrigação.

²¹ Assim, num certo sentido - entendendo a palavra como "cumprimento de uma obrigação pecuniária" - não será absolutamente correcto falar aqui em "pagamento". Não é fácil, contudo, encontrar uma palavra alternativa satisfatória.

monetárias à esfera do beneficiário, pelo que o seu enriquecimento resultante do recebimento da prestação feita pelo garante é injustificado²².

4. A recusa da prestação pelo garante; introdução

Abordadas algumas questões introdutórias acerca da garantia autónoma "*on first demand*" cabe agora entrar no cerne do tema objecto deste estudo, ou seja, determinar quais as situações em que o garante, não obstante a autonomia da obrigação de garantia face à obrigação principal e o carácter automático da garantia assumida, pode recusar licitamente o pagamento solicitado pelo beneficiário.

Como atrás se viu, a aposição de uma cláusula "*on first demand*" num contrato de garantia gera, ela própria, uma situação jurídica independente, um dever distinto da obrigação de garantia *proprio sensu*. Se o que se pretende é saber quando é que a não entrega da quantia pecuniária ao beneficiário deixa de consubstanciar uma situação de incumprimento, isso equivale a perguntar em que situações os deveres contratualmente assumidos deixam de vincular o garante nesse sentido. Estando o garante sujeito a duas obrigações distintas, com fundamento nas quais o beneficiário pode exigir aquele pagamento - uma sujeita à circunstância de eventualidade da frustração do interesse do beneficiário relativa à relação de base e outra apenas sujeita à interpelação por este - e bastando a vinculação a *uma delas* para que a recusa pelo garante da entrega da quantia pecuniária ao beneficiário consubstancie um incumprimento, então a resposta às questões atrás formuladas carece de uma abordagem em dois níveis. Primeiro analisar-se-ão os "limites" da obrigação de garantia - o que corresponde a averiguar as situações em que o garante pode licitamente recusar a prestação na garantia autónoma *simples*. Num segundo momento, voltar-se-á a olhar para a cláusula "*on first demand*" e para a obrigação que desta resulta para o garante, enquanto *plus* em relação à garantia autónoma simples e aí, analisar-se-ão as situações em que o garante pode licitamente recusar efectuar a prestação correspondente à obrigação resultante da cláusula de automaticidade²³.

²² A diferença entre esta obrigação e uma obrigação pecuniária parece assim em alguma medida simétrica àquela que existe, no campo das obrigações com prestação de coisa, entre as obrigações de *dare* em sentido próprio e as obrigações *praestare*.

²³ Este processo de dois níveis parece estar implícito no que escreve FRANCISCO CORTEZ, *A garantia bancária autónoma – alguns problemas*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 52, 1992, p. 595, quando refere diferenciadamente os "limites da autonomia" e os "limites da automaticidade". O autor não leva porém essa ideia até às últimas consequências.

5. A recusa da prestação pelo garante e a obrigação de garantia

Com a celebração do “contrato de garantia autónoma”²⁴ institui-se, à semelhança do que sucede na fiança, entre os intervenientes principais na operação garantida e o garante uma relação triangular, a cada “aresta” correspondendo a relação entre dois dos intervenientes. À relação entre ordenante e beneficiário - aquela que determina o interesse deste último que vai ser garantido - chama-se *reflação de base* (ou de *valuta*), à relação jurídica existente entre o garante e o beneficiário chama-se *relação de garantia* e aquela existente entre ordenante e o garante é denominada *relação de cobertura*.

Que a autonomia restringe as excepções²⁵ que o garante pode invocar contra o beneficiário parece evidente. Igualmente claro é, no entanto, que a autonomia não afasta todos os possíveis fundamentos da licitude da recusa da prestação pelo garante. Não exclui, nomeadamente, qualquer excepção decorrente da própria relação de garantia - como serão a não verificação do caso de garantia material, a

²⁴ A expressão “contrato de garantia” é usada aqui num sentido lato, pretendendo-se apenas significar o contrato do qual resultam as obrigações características do garante. Este tanto pode ser um contrato celebrado entre garante e beneficiário – podendo a conclusão deste negócio assumir diversas configurações – ou um contrato celebrado entre dador de ordem e garante, do qual resulte imediatamente um crédito para o beneficiário (qualificável, portanto, como contrato a favor de terceiro). Sobre isto, por todos, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Sobre a circulabilidade do crédito emergente de garantia bancária autónoma ao primeiro pedido”, in *Revista da Banca*, 64, Jul.-Dez. 2008, pp. 45-48) e, em crítica à concepção que vê na relação entre ordenante e garante uma relação de mandato sem representação (nesse sentido, a título de exemplo, FRANCISCO CORTEZ, “A garantia bancária ...”, p. 527, MÓNICA JARDIM, *A garantia autónoma*, Coimbra, 2002, pp. 55 ss, JORGE DUARTE PINHEIRO, “Garantia bancária autónoma”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 52, 1992, pp. 430 ss e CLAUS-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht ...*, pp. 750 ss), com argumentos integralmente convincentes, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção ...*, pp. 362 ss.

²⁵ Ao tratar situações de recusa lícita da prestação pelo garante autónomo, a doutrina, tanto portuguesa como estrangeira, fala de “excepções” utilizando a expressão num sentido que não corresponde absolutamente ao significado que a palavra tem no contexto do direito processual civil (o de “defesa indirecta que, sem pôr em causa a realidade dos factos alegados como causa de pedir nem o efeito jurídico que o autor deles pretende extrair, consiste na alegação de factos novos dos quais o réu entende que se retira que o tribunal em que a acção foi proposta não poderá declarar o efeito pretendido”, cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum*, Coimbra, 2000, p. 92). Englobam-se aqui também situações de impugnação (como a negação da verificação do caso de garantia material) e situações de defesa relativas a questões de direito (nomeadamente à interpretação do contrato de garantia). Feito este reparo, não me parece haver obstáculo à utilização da expressão neste âmbito (assim, também, BURKHARD SCHRÖDER, *Regress und Rückabwicklung bei der Bankgarantie auf erstes Anfordern*, München, 2003, p. 126)

caducidade da garantia, a insuficiência formal da solicitação, ou a compensação²⁶. Excluídas estarão em princípio - isto é, na ausência de estipulação no contrato de garantia que lhes atribua relevância²⁷ - também as excepções decorrentes da relação de cobertura²⁸. Isto vale pelo menos nas situações mais frequentes, em que o contrato celebrado entre dador de ordem e garante é um *pactum de contrahendo cum tertio*; decorrendo o crédito de garantia directamente do contrato celebrado entre ordenante-promissário e garante-promitente, este pode opor ao beneficiário da garantia todos os meios de defesa derivados daquele contrato (art. 449.º CC). Por fim, excluídas estão também por princípio as excepções derivadas da relação de valuta. Também aqui é, no entanto, admitida a estipulação no contrato de garantia da relevância de pontuais vicissitudes da relação de base. Para além dessas, existem situações, que não se confundem com afastamentos à autonomia pretendida pelas partes, nas quais factos relativos à relação de valuta têm relevância mediata na relação de garantia. Para além de situações em que os factos que determinam a perturbação originária ou superveniente da relação de base interferem de igual modo - por preenchimento das mesmas normas que fundamentam essa perturbação (v.g., o art. 255.º CC) - na relação de garantia (situações de *identidade de vícios*)²⁹, ou em que o fundamento da nulidade do contrato de base se comunica - ainda que indirectamente - ao contrato de garantia, os factos relativos à relação de base podem fundamentar o carácter abusivo do exercício do crédito de garantia pelo beneficiário.

De seguida analisar-se-ão individualmente as principais excepções invocáveis pelo garante perante o beneficiário.

5.1. As excepções relacionadas com a validade do contrato de garantia

A vinculação do garante perante o beneficiário ao pagamento da quantia pecuniária acordada pressupõe naturalmente que o contrato de garantia se tenha constituído validamente. E, como é óbvio, a autonomia genética apenas concerne à

²⁶ Sobre a possibilidade de compensação do crédito de garantia, veja-se a síntese de MÓNICA JARDIM, *A Garantia ...*, pp .121 ss.

²⁷ Cfr. MARTIN HENSSLER, *Risiko ...*, p. 377.

²⁸ São pensáveis situações em que os mesmos factos que comprometem a validade da relação de cobertura, atingem igualmente a relação de garantia (cfr. HENSSLER, *Risiko ...*, p. 377). São também configuráveis situações em que a eficácia do contrato de cobertura constitui base negocial do contrato de garantia; aí a ineficácia daquele contrato poderá levar à anulabilidade do segundo (art. 252.º, n.º 2 CC).

²⁹ Cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht ...*, p. 774.

independência da constituição da obrigação de garantia face à validade do contrato que institui a relação de valuta: autonomia não se confunde com abstracção³⁰. Sendo a obrigação assumida através do exercício de uma competência (a autonomia privada), a sua existência depende da validade (e eficácia) do acto pelo qual essa competência é exercida (o contrato). Há portanto uma relação de causalidade entre o contrato e a obrigação³¹. Assim, nulo ou anulado o contrato de garantia, extinta a obrigação de garantia - e conseqüentemente, lícita a recusa da prestação pelo garante. São portanto, invocáveis pelo garante todas as causas gerais de invalidade dos negócios jurídicos. Aqui inexistem especificidades.

Discutida é a possibilidade da projecção da nulidade por contrariedade à lei, aos bons costumes ou à ordem pública (art. 280.º CC) do contrato que dá origem à relação de valuta, ao contrato de garantia; isto, não obstante à garantia autónoma não se aplicar um regime semelhante ao do art. 632.º, n.º 1 CC. Assim, entre outros, KOZIOL defende que sendo a relação de valuta nula por contrariedade aos bons costumes ou a uma proibição legal (§879, par. 1 ABGB), da norma que proíbe essa prestação resultará igualmente, “de acordo com o seu sentido e fim” (“*aus ihrem Sinn und Zweck*”), a invalidade dos contratos que garantam essa prestação³². A posição do autor, apesar de simplista, tem o mérito de realçar que a escolha das partes quanto à conformação das posições jurídicas contratualmente criadas em moldes de autonomia ou de acessoriedade, apenas releva dentro do espaço de autonomia privada que lhes é conferido pelo ordenamento, em nada atingindo os limites indisponíveis dessa competência: o contrato de garantia autónoma não está subtraído às condições de validade genéricas dos negócios jurídicos. Contudo, esta ideia não pode ser seguida enquanto tese geral. A extensão do significado normativo dos enunciados legais de onde resulta a invalidade do contrato de base a outros contratos (nomeadamente, ao contrato de garantia) apenas seria procedente se adequada ao limite traçado pelo art. 9.º, n.º 2 CC e, ainda que a sua finalidade reclamasse uma aplicação mais ampla, essa aplicação só seria aceitável verificando-se o pressuposto do art. 10.º, n.º 1 CC e com o limite do art. 11.º CC. De todo o

³⁰ Não deve iludir o facto de na doutrina alemã se falar frequentemente de “*Abstraktheit*” para referir aquilo a que chamamos autonomia.

³¹ Sobre a causalidade na constituição de obrigações, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I/I*, Coimbra, 2005, pp. 469 e ALEXANDRE BRANDÃO DA VEIGA, *Transmissão de valores mobiliários*, Coimbra, 2004, pp. 101 ss.

³² Cfr. HELMUT KOZIOL, *Der Garantievertrag*, Wien, 1981, p. 55. No mesmo sentido, VAGIAS PANAGIOTOPOULOS, *Die Rückforderung unbegründeter Zahlungen bei einer Bankgarantie “auf erstes Anfordern”*, München, 2007, p. 219.

modo, o art. 280.º, n.ºs 1 e 2 delimita a validade dos negócios jurídicos através do seu conteúdo e o conteúdo do contrato de garantia será na generalidade dos casos radicalmente diferente do conteúdo do contrato que dá origem à relação de base³³. Assim, a generalidade da doutrina portuguesa, sustentando igualmente a nulidade do contrato de garantia quando o contrato de base é contrário à lei, aos bons costumes ou a ordem pública, fundamenta essa nulidade com a “ilicitude da sua causa”³⁴, que seria a função de garantir o contrato base³⁵. Aqui, “causa” do contrato significaria *fim* do contrato³⁶. No entanto, no direito português estas situações não se subsumem ao art. 280.º, mas ao art. 281.º. Não se trata aqui de uma excepção à independência da garantia autónoma: em vez de o contrato de garantia não se chegar a constituir *por o contrato de base ser nulo*, o que sucede é que as normas que regulam a invalidade dos negócios jurídicos se aplicam directamente ao contrato de garantia³⁷.

5.2. A não verificação do caso de garantia material e a caducidade da obrigação de garantia

Em grande medida, a determinação dos fundamentos de licitude da recusa da prestação pelo garante depende da interpretação de cada contrato de garantia, e da delimitação “das espécies e da amplitude de riscos contratualmente assumidos pelo

³³ Sendo o contrato de garantia autónoma um contrato exclusivamente obrigacional, o seu conteúdo equivale às obrigações assumidas pelas partes. A obrigação característica deste contrato é apenas uma obrigação pecuniária sujeita à frustração de um interesse do credor – o que em si mesmo considerado dificilmente levantará problemas face ao art. 280.º CC. A característica do contrato de base que o torna contrário à lei, aos bons costumes ou à ordem pública raramente se verificará também no contrato de garantia. Existem, contudo, algumas excepções nomeadamente quando a modelação da obrigação do garante atenta contra as normas sobre divisas (cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht ...*, pp. 772 ss).

³⁴ Assim, entre outros, FERRER CORREIA, “Notas para o Estudo da Garantia Bancária”, in *Revista de Direito e Economia*, 1982, p. 253, JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, “Preliminares sobre a garantia «on first demand»”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 43, 1983, p. 709, MÓNICA JARDIM, *Garantia ...*, pp. 281 ss ou FRANCISCO CORTEZ, “A Garantia ...”, p. 604.

³⁵ Cfr. MÓNICA JARDIM, *Garantia ...*, p. 284.

³⁶ Sobre a ambiguidade do conceito de causa, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, I, Lisboa, 1980, pp. 507 ss. Cfr., ainda sobre o art. 281.º CC, DIOGO PEREIRA DUARTE, “Causa: motivo, fim, função e fundamento do negócio jurídico”, in *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, I, Coimbra, 2008, pp. 431 ss.

³⁷ Esta diferença é particularmente nítida quanto a lei reguladora do contrato de garantia for diversa da lei reguladora do contrato de base. Na situação referida em texto, a ilicitude está “fora do objecto ou do conteúdo do negócio, está para além dele”, como sucede no contrato de arrendamento de uma casa para que nela se instale uma associação ilegal ou de uma arma para matar alguém (cfr. FRANCISCO PIRES DE LIMA/JOÃO ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, I, Coimbra, 1987, p. 259).

garante”³⁸. Afinal, através do contrato de garantia, o garante não assume a totalidade dos riscos relativos à frustração das expectativas do garante - apenas aqueles que resultarem da verificação dos eventos abrangidos pelo acordo. Não se materializando nenhum dos riscos assumidos pelo garante, a recusa da prestação será lícita.

Como salienta CANARIS, a mais relevante destas exceções decorrentes do conteúdo do contrato de garantia é a não verificação do caso de garantia material³⁹. Há assim que delimitar quais as espécies de riscos que o garante assume, o que só pode ser feito no caso concreto, perante cada contrato de garantia. Não será, no entanto, correcto afirmar que o garante autónomo assume os riscos por todos os “acasos atípicos”⁴⁰.

Assim, a inclusão da extinção do contrato de base no seguimento da impossibilidade não imputável a nenhuma das partes de uma prestação⁴¹ ou da sua invalidade superveniente⁴² no âmbito dos riscos assumidos pelo garante não pode ser discutida em abstracto, não atendendo às especificidades de cada enunciado contratual, como faz alguma doutrina. O mesmo vale para as situações em que a não ocorrência do pagamento pelo devedor-ordenante ao credor-beneficiário apenas se deve a razões imputáveis a este último (como serão a impossibilidade imputável ao devedor da prestação devida pelo beneficiário ao ordenante na relação de valuta ou a mora do credor do beneficiário no recebimento do pagamento)⁴³. De todo o modo, óbvio é que se o evento indicado como fundamento da solicitação extravasar o âmbito dos riscos assumidos pelo garante, este não terá de pagar ao beneficiário a quantia acordada.

³⁸ Cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht ...*, p. 774. Também enfatizando este aspecto, MARTIN HENSSLER, *Risiko ...*, pp. 376 ss, JAN BOETIUS, *Der Garantievertrag*, München, 1966, pp. 56-57 e PETER HEERMANN, *Geld ...*, pp. 624-625.

³⁹ Cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht ...*, p. 774.

⁴⁰ Assim, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht ...*, p. 774, contra parte significativa da doutrina alemã. Consequentemente, não se pode excluir liminarmente a aplicação do art. 437.º CC ao contrato de garantia: nem todos os riscos imagináveis serão “riscos próprios do contrato” (art. 437.º, n.º 1, *in fine* CC).

⁴¹ Cfr. FRANZISKA LÖW, *Missbrauch von Bankgarantien und vorläufiger Rechtsschutz*, Basel-Genf-München, 2002, pp. 91 ss.

⁴² Cfr. JENS NIELSEN, *Bankrechts-Handbuch ...*, p. 4279.

⁴³ Cfr. JAN BOETIUS, *Der Garantievertrag ...*, pp. 57 ss. Ainda que estas situações sejam reconduzidas ao âmbito da garantia (como defende como regra MARTIN HENSSLER, *Risiko ...*, pp. 384-385), se o caso de garantia material se verificar devido a um comportamento culposos do beneficiário através do qual os riscos sejam potenciados (“*Schuldhaftes Risikoerhöhung*”), isso consubstanciará uma violação dos deveres de protecção deste perante o garante, com as correspondentes consequências a nível indemnizatório (cfr. MARTIN HENSSLER, *Risiko ...*, p. 389).

A vinculação do garante não é apenas delimitada pela amplitude do recorte do caso de garantia material, estando também sujeita a limites temporais. Assim, se a obrigação de garantia estiver sujeita a termo inicial, a condição suspensiva⁴⁴, ou a sua exigibilidade for definida em função da exigibilidade da obrigação do ordenante na relação de valuta, antes desse momento não será devida a prestação⁴⁵. Simétrica é a situação da caducidade da obrigação de garantia. Como nota BERTRAMS, a situação mais frequente na *praxis* bancária é as garantias autónomas conterem um termo final⁴⁶. Verificando-se o termo, caduca naturalmente a obrigação de garantia⁴⁷.

Como atrás foi exposto⁴⁸, a acessoriedade da obrigação de garantia face à obrigação da relação de valuta relativamente a aspectos relativos à sua extinção é constitutiva do tipo de *garantia* autónoma, pelo menos no que concerne à sua extinção por cumprimento. Cumprido integralmente o contrato de base, caduca a obrigação de garantia⁴⁹. E o mesmo parece valer para as outras situações de extinção da obrigação de base que impliquem a satisfação do interesse patrimonial do credor-beneficiário (nomeadamente, por compensação, por dação ou cumprimento, ou em consequência de dação *pro solvendo*) ou por aqueles que impliquem o acordo do beneficiário, *maxime* a rescisão do contrato de base.

⁴⁴ Sobre a celebração do acordo entre os sujeitos da relação de base como condição suspensiva do contrato de garantia, veja-se o Ac. STJ de 22-03-2007 (SILVA SALAZAR).

⁴⁵ Cfr. ROLAND BERTRAMS, *Bank Guarantees ...*, p. 287.

⁴⁶ ROLAND BERTRAMS, *Bank Guarantees ...*, p. 188. Estes prazos inicialmente fixados no contrato de garantia perdem por vezes a sua relevância, através das chamadas declarações “*extend or pay*”, através das quais o beneficiário declara interpelar o garante, a não ser que este acorde em prorrogar o prazo da garantia, caso em que se dá uma alteração do conteúdo contratual resultante numa extensão temporal da eficácia da relação jurídica de garantia. Trata-se de um exercício perfeitamente lícito das faculdades do beneficiário (contra JORGE DUARTE PINHEIRO, “Garantia ...”, p. 450. Menos frequente é a sujeição do contrato de garantia a uma condição resolutiva potestativa (cfr. HELMUT KOZIOL, *Der Garantievertrag ...*, pp. 47-48).

⁴⁷ Não contendo o contrato de garantia um termo final, nem estando este sujeito a condição suspensiva, assume particular relevância a possibilidade de denúncia pelo garante: este existirá sempre que, e apenas quando, a obrigação de garantia for configurada como obrigação duradoura; o que não será a configuração mais frequente. Normalmente o garante obriga-se a realizar apenas um pagamento – o âmbito do seu dever de prestar não é determinado pelo tempo (assim, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht ...*, p. 789).

⁴⁸ *Supra*, n.º 2.

⁴⁹ Cfr. HELMUT KOZIOL, *Der Garantievertrag ...*, p. 48: “uma vez que a garantia apenas assegura, que o beneficiário obtenha a prestação, é natural que a realização da prestação pelo devedor extinga o dever do garante e que este o possa opor à solicitação de pagamento do beneficiário”

A vinculação do garante ao pagamento está portanto sujeita a limites materiais e temporais, fora dos quais - é tautológico - o garante pode recusar a prestação.

5.3. A irregularidade da interpelação

É usual que os contratos de garantia estabeleçam requisitos formais à eficácia da solicitação do pagamento pelo beneficiário. Para além da determinação do suporte do qual essa solicitação deve constar, é muito frequentemente a fixação de outras condições necessárias à idoneidade da solicitação pelo beneficiário. Consoante essas condições, distinguem-se as *garantias à simples solicitação* (“*simple demand guarantees*”), aquelas em que é eficaz a simples interpelação, desde que revestindo a forma estipulada - normalmente, a forma escrita -, das *garantias com justificação documental* (“*payment upon submission of third-party documents*”), nas quais a solicitação do pagamento, deverá ser acompanhada de determinados documentos provenientes de um terceiro (normalmente o dador de ordem), de modo a comprovar a execução pelo beneficiário das suas obrigações na relação de valuta⁵⁰. Dentro das *garantias à simples solicitação* distinguem-se ainda entre *garantias motivadas* - nas quais, se exige que o beneficiário declare, aquando da solicitação, que ocorreu o evento que preenche o caso de garantia material ou indicar quais os motivos concretos que justificam a solicitação - e *garantias não motivadas*, as quais dispensam esta justificação. Não revestindo a solicitação a forma indicada, ou não sendo acompanhada dos documentos estipulados, o garante não terá o dever de realizar a prestação.

5.4. O exercício abusivo do crédito de garantia

A discussão sobre a recusa do garante a realizar o pagamento tem sido feita pela doutrina continental em torno da noção de abuso de direito. Muitas das situações referidas nos pontos anteriores - como a solicitação do pagamento não obstante integral cumprimento do contrato de base pelo dador de ordem, ou a solicitação quando o cumprimento ainda não é devido (“*completion not yet due*”),

⁵⁰ Cfr. ROLAND BERTRAMS, *Bank Guarantees ...*, pp. 228 ss. Sobre as garantias com justificação documental, desenvolvidamente, JENS NIELSEN, “Ausgestaltung internationaler Bankgarantien unter dem Gesichtspunkt etwaigen Rechtsmißbrauch”, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 147, 1983, pp. 149 ss.

entre outras - são frequentemente apresentadas como situações de abuso de direito pelo beneficiário⁵¹. Contudo, há que reconhecer que normalmente a doutrina escreve a propósito das exceções oponíveis pelo garante na garantia autónoma "*on first demand*", não distinguindo a obrigação de garantia *proprio sensu* e a obrigação de pagamento à primeira solicitação⁵², sendo certo que relativamente a esta última o abuso de direito assume uma relevância diferente⁵³.

Como decorre do que anteriormente foi exposto, muitas das situações de recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma simples - ou na garantia autónoma "*on first demand*", no que concerne apenas à obrigação de garantia - são-no, não por se tratar de um exercício de um crédito contratualmente atribuído em dissonância com os parâmetros do art. 334.º CC, mas por a solicitação do beneficiário não ter apoio no próprio crédito, tal como delimitado pelo acordo das partes.⁵⁴ A excepção do abuso de direito apenas será pertinente onde o contrato atribuir *prima facie* ao beneficiário o direito ao pagamento nas circunstâncias em que é feita a solicitação. Portanto, sendo o âmbito dos riscos assumidos pelo garante variável consoante os termos de cada contrato, inversamente variável será também o espaço deixado à excepção do exercício ilegítimo do crédito de garantia⁵⁵.

Como a generalidade das posições jurídicas, o crédito de garantia do beneficiário está sujeito aos limites do art. 334.º CC. Têm aqui particular relevância as situações em que a paralização do crédito do beneficiário face ao garante se funda em factos relativos à relação entre aquele e o ordenante: fala-se - na esteira de CANARIS - de um aproveitamento das exceções da relação de valuta por força do abuso de direito ("*Einwendungsdurchgriff kraft Rechtsmißbrauchs*")⁵⁶.

Não significa isto que sempre que, na relação de valuta o ordenante puder opor qualquer excepção ao beneficiário, a solicitação por este do pagamento ao garante seja abusiva - o que equivaleria a acabar a independência da obrigação de garantia face à obrigação de valuta -, sendo antes necessário que a perturbação da

⁵¹ Salientando essa incorrecção, BURKHARD SCHRÖDER, *Regress und Rückabwicklung ...*, p.125

⁵² *Supra*, n.º 3.

⁵³ *Infra*, n.º 6.

⁵⁴ Portanto, são questões de "limites do direito" e não "limites ao exercício do direito".

⁵⁵ Cfr. CLAUD-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht ...*, p. 776.

⁵⁶ Cfr. CLAUD-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht ...*, p. 776 e KARL LARENZ/CLAUD-WILHELM CANARIS, *Lehrbuch ...*, II/2, pp. 79-80. A invocação do carácter abusivo do exercício do seu direito pelo beneficiário é, assim, uma "excepção imediata" (cfr. VAGIAS PANAGIOTOPOULOS, *Die Rückforderung ...*, p. 225) - a sua admissibilidade não corresponde, portanto, a um laivo de accessoriedade: como diz este último autor "dogmaticamente, não se trata aqui da maior ou menor extensão da independência da garantia face à relação de base, mas apenas da amplitude dos direitos decorrentes da garantia" (*op. cit.*, p. 226).

relação de valuta seja suficientemente grave para que a solicitação consubstancie uma violação da boa fé ou dos bons costumes. Pense-se assim em situações nas quais, não se excluindo a anulação do contrato de base do âmbito dos riscos assumidos pelo garante, esse contrato é anulado por dolo ou coacção do beneficiário ou nas situações em que, declarando séria e definitivamente que não pretende cumprir as suas obrigações da relação de valuta, o beneficiário solicita ao garante a execução da garantia⁵⁷.

Grande parte da discussão doutrinária sobre a recusa da prestação pelo garante com fundamento no carácter abusivo da solicitação pelo beneficiário centra-se na necessidade do carácter claro ou manifesto desse abuso⁵⁸. Mas essa discussão é sempre travada em torno da automaticidade da garantia: não se trata portanto de um limite ao exercício do crédito de garantia *proprio sensu*, mas do direito decorrente da cláusula "*solve et repete*".

6. A recusa da prestação pelo garante e a obrigação de pagamento automático

Como atrás se tentou demonstrar, a garantia autónoma à primeira solicitação distingue-se da garantia autónoma simples por conter uma cláusula da qual decorre para o garante uma segunda obrigação, pela qual o garante assume o dever de transferir para o beneficiário a quantia pecuniária acordada mal o beneficiário o solicite, sem que isso signifique - ao contrário do que sucede quando alguém assume uma obrigação pecuniária perante outrem - que essas unidades monetárias passem a ser atribuídas pelo ordenamento ao beneficiário⁵⁹. Esse dever subsiste - pelo menos *prima facie* - ainda que não se verifique o caso de garantia material ou que o garante disponha de quaisquer outras excepções que lhe permitiriam bloquear ou extinguir a pretensão do beneficiário. Independentemente de dúvidas quanto à pertinência da solicitação feita pelo beneficiário, o garante terá de - nas palavras de RUDOLF LIESECKE - "pagar primeiro, processar depois" ("*erst zahlen, dann prozessieren*")⁶⁰. Dá-se

⁵⁷ Na doutrina anglo-saxónica, estas situações são referidas como de *fraud in the transaction* (sobre esta, cfr. JOHN DOLAN, "Tethering the fraud inquiry in letter of credit law", in *Banking and Finance Law Review*, vol. 18, 2003, pp. 245 ss. Cfr. Também, GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *O crédito documentário irrevogável*, Porto, 1999, pp. 292 ss.

⁵⁸ *Infra*, n.º 6.

⁵⁹ *Supra*, n.º 3.

⁶⁰ Cfr. RUDOLF LIESECKE, "Rechtsfragen der Bankgarantie", in *Wertpapier-Mitteilungen*, 1968, pp. 22 ss.

assim uma “troca de posições processuais” (“*Umkehr der Prozessrollen*”)⁶¹, uma vez que, estando o garante vinculado à realização do pagamento ainda que o caso de garantia material não se tenha verificado, tudo o que poderá fazer será demandar posteriormente o beneficiário com base no instituto do enriquecimento sem causa. No processo destinado à repetição do pagamento indevido, o garante assumirá não o papel de demandado, contra quem o beneficiário invoca o seu crédito de garantia, mas de demandante, com o correspondente ónus de provar a falta de causa do pagamento realizado (art. 342.º, n.º 1 CC). Transferem-se, portanto, os “*litigation costs and risks*” para o garante⁶². Claro é, assim, que a garantia autónoma automática implica, simetricamente à “máxima protecção” do credor-beneficiário, um risco elevadíssimo para o sujeito que assume a posição de garante (“*maximum protection - maximum risk*”)⁶³.

6.1. Fim e exercício disfuncional do direito ao pagamento automático

À garantia autónoma à primeira solicitação é portanto geralmente reconhecida, ao lado da função de garantia dos interesses do beneficiário - comum a todas as garantias -, uma função de liquidez (“*Liquiditätsfunktion*”)⁶⁴ ou uma função de aceleração (“*Beschleunigungsfunktion*”)⁶⁵, que seria específica das garantias automáticas⁶⁶. Se se aceitar a tese, atrás defendida, de que o contrato de garantia autónoma à primeira solicitação se distingue do contrato de garantia autónoma simples por dele decorrer também para o garante o dever de transferir a soma de garantia para o beneficiário, mal este o solicite e ainda que não esteja verificado o caso de garantia material, não será difícil aceitar que esses fins são imputados (não à obrigação de garantia *proprio sensu*, mas) à obrigação de pagamento (*hoc sensu*) automático. A ideia de “liquidez”, salientando impressivamente que através da

⁶¹ CLAUS-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht* ..., p. 768

⁶² Sobre este ponto, cfr. DANIEL MEDINA ATAÍDE, “Fiança e garantia autónoma: distinções e divergências”, in *Garantias das Obrigações* (org: Sinde Monteiro), Coimbra, 2007, p. 196.

⁶³ Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantia* ..., pp. 151 ss.

⁶⁴ Cfr. JENS NIELSEN, *Bankrechts-Handbuch* ..., pp. 4214 ss, VAGIAS PANAGIOTOPOULOS, *Die Rückforderung* ..., pp. 216 ss ou BURKHARD SCHRÖDER, *Regress und Rückabwicklung* ..., p.129.

⁶⁵ Cfr. BURKHARD SCHRÖDER, *Regress und Rückabwicklung* ..., p.130, STEPHAN WETH, “Bürgschaft und Garantie auf erstes Anfordern”, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 189, 1989, pp. 313 ss, STEFAN MÜLLER, *Die Bankgarantie* ..., pp, 60 ss. Fala-se ainda, por vezes, de uma “função de deslocação” (cfr. PETER MÜLBERT, *Mißbrauch* ..., pp. 62 ss).

⁶⁶ Assim, PETER MÜLBERT, *Mißbrauch* ..., p. 63, salienta que esta função é partilhada pela fiança à primeira solicitação.

estipulação desta cláusula as partes pretendem que ocorra uma entrega expedita da soma de garantia ao beneficiário, é todavia pouco explícita relativamente ao aspecto de que através da aposição desta cláusula ao contrato de garantia autónoma, as partes não pretendem instituir nenhuma atribuição patrimonial suplementar. O propósito das partes é, posto de um modo simplista, evitar que a satisfação da pretensão do beneficiário (relativa à obrigação de garantia *proprio sensu*) tarde devido às dúvidas que possam surgir quanto à verificação do fundamento material dessa pretensão; para o evitar, o garante deverá, desde logo, agir *como se* se tivesse verificado o caso de garantia material, sendo que se discordar dessa verificação, a ele - ou ao ordenante, consoante as situações⁶⁷ - caberá o ónus de processar o beneficiário com base no enriquecimento sem causa ("*erst zahlen, dann prozessieren*"), suportando assim os riscos de insucesso do exercício da pretensão ressarcitória, para além de se sujeitar a eventuais lucros cessantes devidos à indisponibilidade das unidades monetárias correspondentes à soma de garantia no período que separa o cumprimento da obrigação de pagamento automático do momento da satisfação da pretensão ressarcitória⁶⁸. Deste modo, o garante deverá transferir a soma de garantia para o beneficiário ainda que haja dúvidas sobre o fundamento material da pretensão deste. A obrigação de pagamento automático tem portanto como finalidade a *alocação dos riscos relativos à incerteza acerca da pertinência da solicitação*⁶⁹.

A determinação do fim da obrigação de pagamento automático - ou, do prisma activo, do direito ao pagamento automático - é do maior relevo para a delimitação das situações de recusa lícita da prestação pelo garante. É com base na afirmação de que a "função de liquidez" da garantia autónoma à primeira solicitação ficaria posta em causa caso se admitisse a invocação pelo garante do carácter abusivo da solicitação do beneficiário, que WETH defende a inadmissibilidade da sua invocação pelo garante⁷⁰. Assim seria devido às possibilidades de discussão acerca da

⁶⁷ Cfr. VAGIAS PANAGIOTOPOULOS, *Die Rückforderung ...*, *passim*, em especial pp. 234 ss.

⁶⁸ Isto, sem prejuízo da aplicação do art. 480.º em caso de repetição pelo garante ao beneficiário do valor pago.

⁶⁹ Cfr. STEFAN ARNOLD, *Die Bürgschaft auf erstes Anfordern im deutschen und englischen Recht*, Tübingen, 2007, p. 208.

⁷⁰ Cfr. STEPHAN WETH, "Bürgschaft und Garantie ...", pp. 329 ss. O autor sustenta ainda por um lado, que a invocabilidade, ainda que mediata, de factos relativos à relação de valuta para paralisar a pretensão do beneficiário contraria a vontade das partes em estabelecer uma obrigação independente do contrato de base, e que, estando a criação de obrigações autónomas da relação de valuta na disponibilidade das partes, também a possibilidade da invocação da excepção do abuso de direito (fundada em factos provenientes da relação entre ordenante e beneficiário) pode ser excluída por estas (*op. cit.*, p. 336). Esta parte da sua argumentação é, no

pertinência da solicitação efectuada a que a aceitação da invocação do abuso de direito pelo beneficiário abriria, o que levaria - ainda que o garante não tivesse sucesso na prova do abuso pelo beneficiário - à demora no pagamento⁷¹. Também SCHRÖDER sustenta que “uma recusa do pagamento com fundamento no abuso da garantia é inadmissível dada a rigidez da vinculação e à função de liquidez da garantia”⁷². Esta tese não tem conseguido obter uma aceitação significativa, centrando-se as críticas que lhe são dirigidas principalmente na indisponibilidade dos parâmetros pelos quais se afere o carácter abusivo do exercício das posições jurídicas⁷³. Entre as objecções à tese da não sujeição das posições jurídicas do beneficiário aos limites do abuso de direito, tem particular relevância a crítica de PETER BYDLINSKI, o qual, em constante diálogo com WETH, chama a atenção para o facto de que a hipotética estipulação de uma cláusula contratual pela qual o garante se vinculasse ao pagamento da soma de garantia ainda que fosse conhecida a não verificação do caso de garantia material, não passaria o crivo dos bons costumes (§138, par. 1 BGB)⁷⁴. Mais importante, contudo, parece-me ser que o raciocínio de WETH e SCHRÖDER falha logo no entendimento do fim da garantia de que parte. A asserção de que a garantia autónoma “*on first demand*” - ou o direito ao pagamento automático - tem uma função de liquidez, não deve ser entendida no mesmo sentido com que se diz, por exemplo, que um contrato de abertura de crédito tem uma função de liquidez. O que as partes pretendem não é que o garante ponha à disposição do beneficiário uma determinada quantia pecuniária, que este poderá solicitar sempre que o desejar, ainda que posteriormente a deva restituir. A cláusula de pagamento automático é tipicamente concebida pelas partes como um reforço da protecção conferida ao beneficiário pela obrigação de garantia - como um complemento da tutela conferida por essa obrigação e não como uma atribuição patrimonial adicional. Aceitando-se o que acima se expôs, aceitar-se-á que onde não houve dúvidas acerca da não verificação dos pressupostos materiais da solicitação do

entanto, dirigida ao abuso de direito enquanto limite à autonomia da garantia autónoma à primeira situação e não à sua automaticidade. Por outro lado, o autor sustenta a inadmissibilidade da recusa da prestação pelo garante com fundamento no carácter abusivo da solicitação do beneficiário é a única maneira de tutelar o próprio garante (*op. cit.*, pp. 336-337) – cfr., porém, a crítica a todos estes aspectos em PETER BYDLINSKI, “Moderne Kreditsicherheiten und zwingendes Recht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 190, 1990, pp. 174 ss.

⁷¹ Cfr. STEPHAN WETH, “Bürgschaft und Garantie ...”, p. 334.

⁷² Cfr. BURKARD SCHRÖDER, *Regress und Rückabwicklung ...*, p. 125.

⁷³ Cfr. PETER BYDLINSKI, “Moderne Kreditsicherheiten ...”, pp. 174 ss e JENS NIELSEN, *Bankrechts-Handbuch ...*, pp. 4270 ss.

⁷⁴ Cfr. PETER BYDLINSKI, “Moderne Kreditsicherheiten ...”, p. 178.

beneficiário, o fim do direito ao pagamento automático não se opõe - pelo contrário: fundamenta-a - à paralisação da pretensão deste. O que não significa, no entanto, aceitar-se a tese - diametralmente oposta a esta - segundo a qual, “[o garante] pode recusar a solicitação de pagamento feita pelo beneficiário, sempre que este último apenas exercer a sua posição formal de beneficiário de uma garantia para obter pagamento sem que estejam preenchidos os pressupostos materiais da sua pretensão”⁷⁵, o que equivaleria a esvaziar a obrigação de pagamento automático de conteúdo face ao já estabelecido pela obrigação de garantia, não sendo de supor que as partes tenham querido estipular cláusulas normativamente estéreis.

Neste sentido, a doutrina majoritária tem apresentado como condição necessária para a paralisação do direito do beneficiário, que “apenas a falta *evidente* de cabimento material permite a exceção de exercício abusivo”⁷⁶. Os pressupostos materiais do cabimento da solicitação do beneficiário são delimitados pela obrigação de garantia, a qual recorta o âmbito dos riscos assumidos pelo garante e estabelece quais os eventos aos quais o dever de prestar do garante está condicionado. Para que a solicitação feita pelo beneficiário seja materialmente fundada dever-se-á ter materializado um risco contratualmente assumido pelo garante, sendo a garantia eficaz e cumprindo a solicitação todas as formalidades estipuladas, não atentando ainda contra os parâmetros do art. 334.º CC. Relativamente a esta obrigação - e assim sucederá quando esta obrigação não for acompanhada pela obrigação de

⁷⁵ Cfr. VAGIAS PANAGIOTOPOULOS, *Die Rückforderung ...*, p. 225. O autor acaba por moderar os efeitos desta afirmação aderindo à tese que defende uma limitação dos meios de prova a que o garante pode recorrer para demonstrar a não verificação do caso de garantia material.

⁷⁶ Cfr. JENS NIELSEN, *Bankrechts-Handbuch ...*, p. 4274. Itálico acrescentado. Veja-se também, PETER HEERMANN, *Geld ...*, pp. 622 ss, PETER MÜLBERT, *Mißbrauch ...*, pp. 49 ss, MARTIN HENSSLER, *Risiko ...*, pp. 378 ss, FRANZISKA LÖW, *Missbrauch ...*, pp. 53 ss, SIEGFRIED KÜMPEL, *Bank- und Kapitalmarktrecht*, Köln, 2004, p. 930, GIUSEPPE PORTALE, “Le garanzie bancarie internazionali (questioni)”, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1988, pp. 19 ss, ROLAND BERTRAMS, *Bank guarantees ...*, pp. 259 ss. Esta é também a posição corrente na doutrina portuguesa. Assim, MÓNICA JARDIM, *A Garantia ...*, pp. 291 ss e FRANCISCO CORTEZ, “A garantia ...”, pp. 597 ss (“fraude manifesta ou abuso evidente”), MANUEL CASTELO BRANCO, “A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1993, p. 80 (“má fé manifesta”), JORGE DUARTE PINHEIRO, “Garantia ...”, p.451 (“ausência manifesta de direito”), JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, “Preliminares sobre a garantia «on first demand»”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1983, p. 713 (“abuso de direito a todas as luzes evidente, irrefragável ou manifesto”). Veja-se ainda o art. 19, n.º 1 da Convenção das Nações Unidas para as garantias autónomas e letras de crédito *stand-by*, segundo o qual o garante de boa fé pode recusar o pagamento se *for manifesto e claro* que 1) os documentos entregues não são genuínos ou foram falsificados, 2) não é devido o pagamento com base nas afirmações feitas na solicitação e nos documentos que a acompanham ou 3) quando, tendo em conta o tipo e o propósito do empreendimento, a solicitação não tem fundamento concebível.

pagamento automático (ou seja, nas garantias autónomas simples⁷⁷) - não é relevante a clareza da procedência ou improcedência da pretensão do garante, como por regra eventuais dúvidas na determinação das normas aplicáveis a um caso concreto ou na apreciação da prova de determinada situação submetida a juízo não têm relevância na aplicação dessas normas a essa situação de facto. Com a aposição da cláusula "*solve et repete*" ao contrato de garantia autónoma as partes criam uma obrigação, condicionada, não pela verificação do caso de garantia material, mas apenas pela mera solicitação pelo beneficiário. Essa obrigação é, aliás, autónoma tanto em relação às obrigações da relação de valuta - sendo-o até em maior medida do que a obrigação de garantia *proprio sensu*, pois a sua extinção não está em nenhum momento unilateralmente dependente da extinção da obrigação de base -, como à obrigação de garantia⁷⁸. Assim é, pois a cláusula de pagamento automático apenas tem relevância quando *não* existe fundamento material para a prestação do garante - nessas situações o garante já estaria vinculado à realização da prestação através da própria obrigação de garantia. A obrigação de pagamento automático visa, como atrás se tentou expor, deslocar para o garante os riscos relativos à incerteza acerca do fundamento material da solicitação do beneficiário; a sua estipulação tem precisamente em vista situações em que, não havendo vinculação à realização do pagamento com base na obrigação de garantia, a falta de cabimento material da solicitação do beneficiário não é clara. Decorre assim do fim da obrigação resultante da aposição da cláusula "*solve et repete*" ao contrato de garantia, que sempre que a não verificação dos pressupostos materiais da pertinência da solicitação pelo beneficiário não for passível de dúvidas e, não obstante essa evidência, o beneficiário solicitar a execução da garantia, o subjacente exercício do seu direito ao

⁷⁷ Cfr. PETER MÜLBERT, *Mißbrauch ...*, pp. 80-81.

⁷⁸ Admitindo-se que, tal como atrás se tentou demonstrar, a finalidade tipicamente prosseguida pelas partes através da estipulação da cláusula de pagamento automático é a de deslocar para o garante o risco relativo à incerteza sobre o fundamento material das solicitações do beneficiário, aceitar-se-á necessariamente que essa obrigação é, em todos os aspectos, autónoma da obrigação de garantia *proprio sensu*. Se as vicissitudes sofridas pela obrigação de garantia se projectassem na obrigação de pagamento automático, esta seria incapaz de cumprir a função que lhe é atribuída pelas partes, uma vez que a inexigibilidade ou caducidade da obrigação de garantia, *ainda que não evidente*, implicaria a inexigibilidade ou caducidade da obrigação de pagamento automático; o risco relativo à incerteza dessa inexigibilidade ou caducidade continuaria a ser atribuído ao beneficiário. A obrigação de pagamento automático seria portanto votada à inutilidade. Pela mesma ordem de razões se aceitará a sua autonomia extintiva em relação à obrigação de base: se a extinção da obrigação de base implicasse a extinção da obrigação de pagamento automático, esta ficaria sem efeito sempre que se discutisse se a falta de fundamento da solicitação do beneficiário com base na extinção da obrigação (dirigida) de garantia *proprio sensu*, em virtude da extinção da obrigação (dirigente) de base.

pagamento automático será abusivo, por contrariedade ao fim económico do direito (art. 334.º, *in fine*).

6.2. A evidência da falta de fundamento material da solicitação

Se a ideia de que o garante "*on first demand*" se pode recusar a pagar a soma de garantia quanto for evidente que não se verificam os pressupostos que atribuem ao beneficiário o direito ao cumprimento da obrigação de garantia é praticamente unânime, essa concordância não se estende à determinação dos critérios de aferição dessa evidência.

A tese mais difundida a este respeito nos ordenamentos continentais, vê na necessidade da evidência da falta de fundamento material da solicitação feita pelo beneficiário uma *restrição dos meios de prova* a que o garante pode recorrer para demonstrar essa ausência de fundamento. Esta tese tem, aliás, sido acolhida pelos tribunais superiores portugueses⁷⁹, assim como há muito que vem sendo adoptada na Alemanha pelo BGH⁸⁰. Essa restrição dos meios de prova admissíveis concretizar-se-ia na exigência de que o garante demonstre a falta de cabimento material da pretensão do beneficiário exclusivamente através de "provas líquidas", quando essa carência não resulte de factos notórios⁸¹. Contudo, o que seja de entender por "meios de prova líquidos" é altamente controvertido⁸²: alguns defendem que prova líquida é exclusivamente a prova documental⁸³, outros admitem ainda a prova pericial⁸⁴, debate-se acerca da "liquidez" da prova testemunhal⁸⁵ e da possibilidade de valoração dos depoimentos das partes⁸⁶. Por outro lado, alguns autores sustentam

⁷⁹ Cfr. Ac. RPt 02-10-2008 (DEOLINDA VARÃO), Ac. RPt 04-11-2008 (CÂNDIDO LEMOS), Ac. RLx 12-11-1998 (EVANGELISTA ARAÚJO), Ac. STJ 23-03-1995 (MIRANDA GUSMÃO), Ac. STJ 14-10-2004 (ARAÚJO BARROS), Ac. STJ 28-09-2006 (AFONSO CORREIA), Ac. STJ 22-03-2007 (SILVA SALAZAR).

⁸⁰ Cfr. as decisões indicadas em STAFAN ARNOLD, *Die Bürgschaft* ..., pp. 209 ss.

⁸¹ Cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht* ..., p. 776 e, por remissão, pp. 695 ss, MARTIN HENSSLER, *Risiko* ..., p. 382, JENS NIELSEN, *Bankrechts-Handbuch*..., p. 4273, ROBERT FREITAG, *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht* (org: Derleder, Knoops, Bamberger), Berlin, 2004, p. 1398, FRANCISCO CORTEZ, "A garantia ...", pp. 597 ss, JORGE DUARTE PINHEIRO, "Garantia ...", p.451, MÓNICA JARDIM, *A garantia* ..., pp. 291 ss.

⁸² Trata-se aliás de um conceito que o Código de Processo Civil (assim como o ZPO) desconhece, e que não é utilizado em nenhum contexto senão neste.

⁸³ Assim, ROBERT FREITAG, *Handbuch* ..., p. 1398.

⁸⁴ Neste sentido, STEFAN ARNOLD, *Die Bürgschaft* ..., p. 214.

⁸⁵ Admitindo a prova testemunhal como "prova líquida", VAGIAS PANAGIOTOPOULOS, *Die Rückforderung* ..., p. 230; contra STEFAN ARNOLD, *Die Bürgschaft* ..., p. 214.

⁸⁶ Cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht* ..., pp. 695 ss.

que apenas seria admissível o recurso pelo garante a provas pré-constituídas⁸⁷. Só através destas restrições - invoca-se - seria respeitado o “fim de liquidez” da garantia autónoma à primeira solicitação, pois só assim se permitira ao beneficiário uma rápida obtenção da soma de garantia.

Por outro lado, no direito anglo-saxónico é pacífico que a evidência da falta de fundamento material da solicitação do beneficiário, pressuposto do seu carácter abusivo, diz respeito, não aos meios de prova, mas à medida da prova. Evidente será a “*fraud*” que for provada “*beyond reasonable doubt*”⁸⁸. Que a aposição da cláusula de pagamento à primeira solicitação ao contrato de garantia implica uma alteração da medida da prova necessária para que se considere a falta de cabimento material da solicitação feita pelo beneficiário como provada, tem também sido defendida, ainda que com menor clareza, por alguns autores continentais⁸⁹.

O apelo feito pela doutrina a estas derrogações do regime probatório geral esbarra, porém, em contra-argumentos sólidos. Não há, antes de mais, qualquer norma de onde se retire a exigência de uma susceptibilidade de demonstração através de “provas líquidas” do carácter materialmente infundamentado da solicitação feita pelo beneficiário⁹⁰. Como salienta BYDLINSKI, a restrição dos meios de prova atendíveis em juízo através do contrato de garantia autónoma à primeira solicitação apenas poderia proceder caso se visse neste um contrato probatório⁹¹. Ainda que uma cláusula contratual que restringisse os meios de prova apresentáveis pelo garante passasse o crivo do art. 345.º, n.º 2 CC - já que se está no campo dos interesses disponíveis e que, apesar da rigidez da restrição num primeiro momento, o garante sempre poderia recorrer à totalidade dos meios de prova no momento da repetição da prestação (art. 345.º, n.º 1, *ex vi* art. 345.º, n.º 2 CC) - na generalidade dos contratos de garantia autónoma não se encontrará, sem ficcionar declarações

⁸⁷ Cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht* ..., p. 776 ou MÓNICA JARDIM *A garantia* ..., p. 293.

⁸⁸ Veja-se a este respeito a síntese em ROLAND BERTRAMS, *Bank guarantees* ..., pp. 265 ss.

⁸⁹ Assim, MÓNICA JARDIM, *A garantia* ..., pp. 291 ss (e doutrina aí citada), quando exige uma prova *inequívoca*, ou “que fira os olhos”. Defendendo, no contexto do direito suíço, expressamente a alteração da medida da prova neste contexto - e buscando para isso apoio no art. 2.º ZGB -, FRANZISKA LÖW, *Missbrauch* ..., *passim* e em especial, p. 75.

⁹⁰ Neste sentido, PETER BYDLINSKI, “*Moderne Kreditsicherheiten* ...”, p. 174: “Deve simplesmente deixar-se cair a exigência da susceptibilidade de prova líquida - ou seja lá como é chamada - a qual não encontra qualquer apoio legal!”.

⁹¹ Cfr. PETER BYDLINSKI, “*Moderne Kreditsicherheiten* ...”, p. 179. Também STEPHAN WETH, “*Bürgschaft und Garantie* ...”, p. 333.

negociais, qualquer estipulação neste sentido⁹². A necessidade de estipulação de uma cláusula contratual que restringisse os meios de prova admissíveis, seria, no entanto, superada pela tese de CANARIS, a qual fundamenta essa restrição, não na autodeterminação negocial das partes, mas no desenvolvimento judicial do Direito⁹³. Note-se, porém, que para além de a questão se situar numa área de acrescida dificuldade de fundamentação da pertinência do desenvolvimento judicial do Direito, nomeadamente a área de reserva de competência da Assembleia da República (art. 165.º, n.º 1, al. b) CRP)⁹⁴, a tese de CANARIS apenas é apta a remover um dos obstáculos à restrição dos meios de prova disponíveis ao garante. Como opõem KOZIOL⁹⁵ e BYDLISNKI⁹⁶, a restrição dos meios de prova disponíveis ao garante àqueles que sejam “líquidos”, excluiria a possibilidade de invocação do abuso de direito exactamente naquelas situações em que esse abuso é mais gritante, o que aponta no sentido oposto ao da restrição *praeter legem*: “quanto mais premeditado e refinado o comportamento fraudulento do beneficiário fosse, tanto menos possível seria provar de um modo líquido esse abuso”⁹⁷.

A doutrina que sustenta a necessidade da demonstrabilidade da carência de cabimento material com exclusivo recurso a “provas líquidas” para que o exercício do crédito de pagamento automático pelo beneficiário seja paralisado por via do abuso de direito, incorre numa invulgar confusão entre o preenchimento do *Tatbestand* do exercício abusivo de posições jurídicas e a demonstração desse

⁹² Sobre os contratos sobre meios de prova e os seus limites, GERHARD WAGNER, *Prozeßverträge*, Tübingen, 1998, pp. 683 ss. O que se diz em texto vale de igual modo para os contratos sobre a medida da prova (sobre estes, por sua vez, *op. cit.*, pp. 692 ss)

⁹³ Cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht ...*, pp. 776 ss e, por remissão, pp. 722 ss. No mesmo sentido, veja-se ainda, GIUSEPPE PORTALE, “Le garanzie ...”, p. 39 e FRANCISCO CORTEZ, “A garantia ...”, p. 603. Crítico em relação à posição de CANARIS, PETER MÜLBERT, *Mißbrauch ...*, pp. 164 ss.

⁹⁴ A restrição dos meios de prova admissíveis constitui uma restrição do direito (fundamental) à prova, decorrente do art. 20.º, n.ºs 1 e 4 CRP (cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A prova em processo civil (ano lectivo de 2003/2004)*, *polic.*, p. 12), estando portanto sujeita à reserva relativa da Assembleia da República (art. 165.º, n.º 1, al b) e art. 17.º CRP). Fica portanto excluída neste campo, não apenas a produção legislativa do Governo não autorizada pela Assembleia, mas também a regulação por qualquer fonte que não actos legislativos (cfr. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2003, pp 724 ss). É certo que essa exclusão não é absoluta, sendo admissível a restrição por via não legislativa de direitos, liberdades e garantias, desde que esse desvio se funde na colisão da norma que reserva a competência ao órgão parlamentar, com uma norma de igual valor hierárquico (por todos, falando em “limites aos limites dos limites”, DAVID DUARTE, *A norma de legalidade procedimental administrativa*, Coimbra, 2006, pp. 811 ss). Não se encontra, na situação em questão, norma apta a fundamentar esse afastamento.

⁹⁵ Cfr. HELMUT KOZIOL, *Der Garantievertrag ...*, p. 63.

⁹⁶ Cfr. PETER BYDLISNKI, “Moderne Kreditsicherheiten ...”, p. 179.

⁹⁷ Cfr. HELMUT KOZIOL, *Der Garantievertrag ...*, p. 63.

preenchimento⁹⁸. Aliás, está analiticamente contido na noção de *provar* algo, que esse *quid* existe independentemente da produção dessa prova - só é correcto falar de demonstrar o que existe. E esse *quid* são, aqui, os factos constitutivos do abuso do crédito ao pagamento automático pelo beneficiário⁹⁹. A evidência da falta de cabimento material necessária a que a solicitação do beneficiário seja abusiva por contrariedade ao fim do crédito ao pagamento automático não terá portanto a ver com questões de facto¹⁰⁰. A posição inversa pode, aliás, levar a resultados facilmente consideráveis como absurdos, nomeadamente, à condenação do garante em indemnização por incumprimento contratual quando, sendo a falta de fundamento material da solicitação do garante evidente para qualquer pessoa com um conhecimento superficial da execução da operação de base, o garante não esteja, por não dispor de “provas líquidas”, em condições de provar essa falta de cabimento material no momento em que recusa a prestação, mas o consiga demonstrar posteriormente, quando se discute o incumprimento definitivo das suas obrigações.

A evidência constitutiva do carácter abusivo do exercício do crédito ao pagamento “*on first demand*” pelo beneficiário é, assim - como defendem MÜLBERT ou PETER BYDLINSKI¹⁰¹ - uma evidência (exclusivamente) relativa a *questões de direito*. Será lícita a recusa da prestação pelo garante sempre que a falta de cabimento material - aferido por referência à obrigação de garantia *proprio sensu* - da solicitação feita pelo beneficiário da garantia resulte da não aplicação manifesta das normas que fundamentam os direitos que lhe são contratualmente atribuídos ou da aplicação manifesta de normas que obstem à atribuição desses direitos¹⁰². Se a pertinência da execução da garantia consubstanciar um “caso difícil”, a recusa da prestação pelo garante não será admissível, ainda que no fim essa pertinência venha a ser negada¹⁰³. As situações jurídicas controvertidas serão assim deixadas para o processo de repetição do que tiver sido indevidamente prestado.

É certo que a clareza da aplicação de uma norma a um caso concreto depende dos factos que se dão como provados. Para esse efeito, estarão contudo disponíveis,

⁹⁸ Expondo a questão de maneira semelhante, BURKHARD SCHRÖDER, *Regress und Rückabwicklung ...*, p. 125.

⁹⁹ Se assim não fosse, seria um uso incorrecto da linguagem dizer que “o beneficiário *abusou* do seu direito, mas o garante teve de pagar *porque não o conseguiu provar*”.

¹⁰⁰ Terminantemente neste sentido, PETER MÜLBERT, *Mißbrauch ...*, pp. 75-77 e PETER BYDLINSKI, “Moderne Kreditsicherheiten ...”, p. 179.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² Uso aqui a palavra “norma” num sentido amplo, abrangendo não as normas legais, mas também a regulação contratualmente instituída pelas partes.

¹⁰³ O que seja um “caso fácil”, não se desconhece, é algo difícil de identificar (cfr., sobre isto, ROBERT ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, 1983, pp. 25 ss).

ao contrário do que sustenta parte significativa da doutrina, todos os meios de prova legalmente admissíveis¹⁰⁴.

6.3. A irrelevância do dolo do beneficiário e do conhecimento do garante

A evidência da falta de fundamento material da solicitação efectuada pelo beneficiário, enquanto elemento puramente objectivo, é condição suficiente da paralisação da pretensão do beneficiário por abuso de direito. Nomeadamente, não são requisitos do *Tatbestand* do exercício abusivo do crédito ao pagamento automático o dolo ou a negligência do beneficiário da garantia.

Nos ordenamentos jurídicos inglês e norte-americano, a paralisação das garantias depende do carácter fraudulento da solicitação pelo beneficiário. O §5-114 (2) do Uniform Commercial Code, exige assim que os documentos apresentados sejam "*forged or fraudulent*" ou que haja "*fraud in the transaction*", tendo o conceito e fraude como elemento constitutivo o dolo do beneficiário¹⁰⁵. E, por influência do Direito anglo-saxónico, parte significativa da doutrina fala de "fraude" para referir as situações de recusa excepcional da prestação pelo garante "*on first demand*"¹⁰⁶. Esta transposição é, porém, incorrecta, pois o instituto da fraude na *common law* não tem contornos idênticos ao abuso de direito nos ordenamentos romano-germânicos¹⁰⁷.

A paralisação de posições jurídicas por via do abuso de direito não pressupõe qualquer elemento subjectivo, referente a quem exerce o direito de modo

¹⁰⁴ Recusando o garante a prestação solicitada quando, não obstante esta não ter cabimento material, a falta desse cabimento *não* for evidente, essa recusa consubstanciará um *incumprimento* da obrigação de pagamento automático. Sobre o garante recairá portanto a obrigação de indemnizar os danos causados por este incumprimento (cfr. PETER BYDLINSKI, "Moderne Kreditsicherheiten ...", p. 179-180), sendo contudo certo, que no incumprimento temporário não se aplicará o art. 806.º CC, o qual se funda no facto de o credor não dispor temporariamente de unidades monetárias a cujo "direito" (cuja competência de aquisição) a ordem jurídica lhe atribui. Nestes casos, apesar de essas unidades monetárias deverem ser *entregues* ao beneficiário, elas continuam a ser *afectas* ao garante, razão pela qual, aliás, o "pagamento" é visto como um indevido objectivo. Já se a solicitação feita pelo beneficiário tiver cabimento material – i.e. se for feita numa situação em que o cumprimento da obrigação de garantia *proprio sensu* é exigível –, a recusa da prestação pelo garante já significará o incumprimento de uma obrigação pecuniária (a obrigação de garantia *proprio sensu*), com a consequente aplicação do art. 806.º CC.

¹⁰⁵ Cfr. ROLAND BERTRAMS, *Bank guarantees ...*, pp. 263 ss.

¹⁰⁶ Assim, por exemplo, JENS NIELSEN, "Ausgestaltung internationaler Bankgarantien ...", pp. 259 ss e doutrina aí citada (em obra mais recente, nomeadamente o autor parece, no entanto, inverter a sua posição, cfr. JENS NIELSEN, *Bankrechts-Handbuch ...*, p. 4275).

¹⁰⁷ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Estudos ...*, pp. 342 ss e, comparando directamente vários aspectos das figuras em texto contrapostas, STEFAN ARNOLD, *Die Bürgschaft ...*, pp. 202 ss.

ilegítimo¹⁰⁸. Do que aqui se trata é apenas, na expressão de PORTALE, da “neutralização de um uso objectivamente anormal de um direito”¹⁰⁹, nomeadamente do seu exercício em contrariedade com o fim que as partes lhe atribuíram aquando da celebração do contrato. O carácter abusivo da solicitação da soma de garantia pelo beneficiário não só não pressupõe o dolo, como não exige sequer a sua negligência¹¹⁰. Abusivo será o exercício do direito ao pagamento automático ainda que, sendo a falta de fundamento material da solicitação evidente para um homem médio, o beneficiário por alguma razão desconheça essa falta de cabimento; embora essa situação seja, como salientam MÜLBERT¹¹¹ e PANAGIOTOPOULOS¹¹², difícil de conceber.

Por sua vez, também o conhecimento pelo garante de que a solicitação feita pelo beneficiário é abusiva não é condição da licitude da sua recusa a pagar a soma de garantia. Destinando-se a obrigação de pagamento automático à alocação dos riscos relativos à incerteza acerca do cabimento material da solicitação realizada pelo beneficiário, sendo a falta desse cabimento evidente (inexistindo, portanto, aquela incerteza) a realização da prestação pelo garante não é *devida*. A recusa da prestação é lícita e como diz ARNOLD, os limites do dever de pagar não visam, naturalmente, sancionar o garante, pelo que não é pertinente fazer a este respeito juízos semelhantes aos de culpa¹¹³.

Não é, assim, precisa a afirmação de que “qualquer dúvida, mesmo que mínima, impede o garante de recusar o pagamento”¹¹⁴. É certo que para que a recusa da prestação pelo garante seja lícita perante a obrigação de pagamento automático a

¹⁰⁸ Parte da discussão que entre nós se faz a propósito do abuso de direito *enquanto fundamento de responsabilidade delitual* concerne à exigência de um comportamento doloso para a imputação de danos causados por acção contrária aos bons costumes, à semelhança do que sucede no §826 BGB (cfr. a este respeito, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Uma «terceira via» no direito da responsabilidade civil?*, Coimbra 1997, pp. 55 ss, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade*, Coimbra, 2006, pp. 317 ss e ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Coimbra, 2009, pp. 601 e ss). O papel do abuso de direito na situação tratada em texto é, porém, muito diferente. Não se trata da cominação de sanções indemnizatórias – para as quais, por regra, é necessária pelo menos a culpa – mas apenas da alteração do estatuto deontico de uma conduta, nomeadamente a solicitação do beneficiário (um papel que no ordenamento germânico é ocupado pelo §242 e não pelo §826 BGB).

¹⁰⁹ Cfr. GIUSEPPE PORTALE, “Le garanzie ...”, p. 21.

¹¹⁰ Cfr. STEFAN ARNOLD, *Die Bürgschaft ...*, p. 204.

¹¹¹ Cfr. PETER MÜLBERT, *Mißbrauch ...*, p. 67.

¹¹² Cfr. VAGIAS PANAGIOTOPOULOS, *Die Rückforderung ...*, p. 232.

¹¹³ Cfr. STEFAN ARNOLD, *Die Bürgschaft ...*, p. 208.

¹¹⁴ Assim, MÓNICA JARDIM, *A garantia ...*, p. 291. Cfr. também, o Ac. STJ 03-05-1994 (MIRANDA GUSMÃO).

falta de cabimento da solicitação face à obrigação de garantia *proprio sensu* tem de ser evidente. Essa evidência é contudo aferida pelo critério do homem médio e não pelo prisma do garante¹¹⁵. O desconhecimento pelo garante da licitude da sua recusa de prestar ou a errónea suposição da ilicitude dessa recusa são em absoluto irrelevantes para a paralisação do crédito do beneficiário¹¹⁶.

6.4. A invalidade e a ineficácia da cláusula "*solve et repete*"

A paralisação do crédito ao pagamento automático por contrariedade ao fim que as partes do contrato de garantia lhe imputam tem como questão necessariamente prévia a existência desse crédito. Não se verificando o caso de garantia material, devido à sua vinculação à obrigação de pagamento à primeira solicitação o garante "*on first demand*" apenas poderá recusar o pagamento solicitado pelo garante no caso de a falta de cabimento material dessa solicitação ser evidente. Não existindo esta segunda obrigação, a evidência da falta de cabimento material da solicitação deixa de ser requisito da licitude dessa recusa.

Assim, sempre que se verificar uma causa de invalidade ou ineficácia do contrato de garantia autónoma à primeira solicitação que atinja a constituição da obrigação de pagamento automático, a licitude da rejeição pelo garante da solicitação feita pelo beneficiário aferir-se-á exactamente nos mesmos moldes em que seria aferida caso se estivesse perante um contrato de garantia autónoma simples¹¹⁷. Como é elementar, para que isso assim suceda, não é necessário que aquela invalidade ou ineficácia seja evidente, pois a cláusula de pagamento à primeira solicitação não pode dispor sobre a sua própria validade ou eficácia¹¹⁸. Não

¹¹⁵ Cfr. STEFAN ARNOLD, *Die Bürgschaft ...*, pp. 202 ss.

¹¹⁶ Diferente é, naturalmente, a questão de saber se, sendo a prestação recusada pelo garante quando o beneficiário tinha direito a recebe-la, a suposição pelo garante da licitude dessa recusa é apta a excluir a culpa na responsabilidade obrigacional. Apesar de a responsabilidade obrigacional exigir a culpa do devedor inadimplente, o padrão aferidor da culpa deve aí obedecer "àquilo que é postulado pelo tipo de ligação particular ocorrida" (cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, 2003, p. 308), o que, pelo menos no caso mais corrente em que as garantias autónomas são prestadas por instituições financeiras, significará a exigência ao garante de elevados padrões de diligência. Parece, por isso, que apenas em situações muitíssimo marginais o erro do garante sobre a ilicitude da sua recusa será apto a desculpar o incumprimento.

¹¹⁷ Cfr. *Supra*, n.º 5.

¹¹⁸ Sobre a impossibilidade de afastar contratualmente as condições de validade dos negócios jurídicos, nomeadamente por referência aos vícios da vontade, cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, "Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas", in *Obra dispersa*, I, Braga, 1991, pp. 57.

se encontrando o garante vinculado pela obrigação de pagamento automático, será, portanto, lícita a recusa da prestação em todas as situações - evidentes ou duvidosas - em que a solicitação do beneficiário careça de fundamento.

Para que, não obstante a oposição da cláusula "*solve et repete*", seja desconsiderado o requisito da evidência da falta de fundamento da solicitação, não basta, porém, que o contrato de garantia autónoma à primeira solicitação padeça de uma qualquer causa de invalidade ou de ineficácia; antes, é necessário que essa causa de invalidade ou de ineficácia atinja especificamente, ou pelo menos que também abranja, a cláusula de pagamento à primeira solicitação. Sendo que com a oposição da cláusula de pagamento automático as partes pretendem obrigar o garante a transferir (precarivamente) a soma de garantia para o beneficiário, mesmo nos casos em que a solicitação feita pelo beneficiário não tenha cabimento face ao estipulado no contrato de garantia *por o contrato ser inválido ou ineficaz* - desde que essa perturbação não seja manifesta -, não padecendo a cláusula "*on first demand*" do vício que atinge o resto do contrato, encontrar-se-á preenchido o art. 292.º, *in fine* CC¹¹⁹.

7. Conclusão; a recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma "*on first demand*"

Distinguiu-se inicialmente entre o crédito de garantia *proprio sensu* e o crédito resultante da oposição da cláusula "*solve et repete*" ao contrato de garantia autónoma¹²⁰, tendo-se aí tentado defender que, embora estas posições jurídicas não se assemelhem no que concerne às respectivas competências de aquisição, o beneficiário poderá solicitar ao garante com base em cada uma delas a transferência da soma de garantia. A obrigação de garantia é autónoma em relação às obrigações da relação de valuta - regra geral o garante não pode, portanto, opor ao beneficiário os meios de defesa que competem ao dador de ordem na relação de base. O exercício do crédito de garantia está, porém, sujeito, tanto aos limites correspondentes à conformação que lhe é dada pelas partes¹²¹ como aos limites que o

¹¹⁹ A situação tem alguns pontos de contacto com a convenção de arbitragem, na qual as partes também dispõem tendo em vista perturbações que atinjam o resto do contrato. Sobre esta, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, "A «autonomia» da cláusula compromissória e a competência da competência do tribunal arbitral", in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2008, I, pp. 353 ss.

¹²⁰ *Supra*, n.º 3.

¹²¹ *Supra*, n.º 5.2 e 5.3.

art. 334.º CC estabelece ao seu exercício¹²². Para além do mais, a autonomia da obrigação de garantia face às obrigações da relação de valuta não significa a sua subsistência em caso de invalidade do contrato que a cria, i.e., não implica a sua abstracção¹²³. Nos casos em que a solicitação do beneficiário não tenha cabimento no crédito de garantia que lhe é contratualmente atribuído, quando corresponder a um exercício inadmissível desse crédito, ou quando este crédito não chegar a constituir-se devido à invalidade do contrato de garantia, essa solicitação não terá fundamento material.

Numa garantia autónoma simples isso implicaria a licitude da recusa da prestação pelo garante. Contudo, na garantia autónoma automática o garante deve transferir a soma de garantia para o beneficiário mal este o solicite, ainda que essa solicitação não tenha cabimento material. Essa adstrição do garante pressupõe obviamente a válida constituição da obrigação de pagamento automático¹²⁴ e pode ser paralizada, nos termos gerais, por abuso de direito¹²⁵. Tendo o direito ao pagamento "*on first demand*" o fim de imputar ao garante os riscos relativos à *incerteza* acerca da pertinência das solicitações feitas pelo beneficiário, consubstanciará um exercício disfuncional desse direito a solicitação pelo beneficiário do pagamento da soma de garantia sempre que essa solicitação não tiver *evidentemente* fundamento material¹²⁶. Essa evidência é apenas referente a questões de direito¹²⁷, não tendo a aposição da cláusula "*solve et repete*" ao contrato de garantia autónoma qualquer consequência a nível probatório; nomeadamente, a cláusula de pagamento automático não restringe os meios de prova disponíveis ao garante nem altera a medida exigida para a prova da falta de fundamento material da solicitação feita pelo beneficiário¹²⁸.

Não sendo a convenção de pagamento automático válida e eficaz, ou sendo o crédito através dela atribuído ao beneficiário exercício de modo abusivo, será lícita a recusa da prestação pelo garante, não dependendo essa licitude de qualquer elemento subjectivo, quer referente ao beneficiário, quer referente ao garante¹²⁹.

¹²² *Supra*, n.º 5.4.

¹²³ *Supra*, n.º 5.1.

¹²⁴ *Supra*, n.º 6.4.

¹²⁵ *Supra*, n.º 6.1.

¹²⁶ *Idem*.

¹²⁷ *Supra*, n.º 6.2.

¹²⁸ *Idem*.

¹²⁹ *Supra*, n.º 6.3.