

Supremo Tribunal de Justiça
Processo nº 18588/16.2T8LSB-BV.L1.S1

Relator: MARIA JOSÉ MOURO

Sessão: 11 Julho 2023

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: REVISTA (COMÉRCIO)

Decisão: REVISTA IMPROCEDENTE

GARANTIA BANCÁRIA

GARANTIA AUTÓNOMA

CLÁUSULA ON FIRST DEMAND

IMPOSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO

INCUMPRIMENTO DEFINITIVO

FACTOS SUPERVENIENTES

BANCO

BANCO DE PORTUGAL

BENEFICIÁRIO

Sumário

I - No caso dos autos estamos perante garantias bancárias autónomas à primeira solicitação prestadas pelo Banco B - garantia automática, em que o banco deverá pagar quando lhe for exigido, funcionando como substituta do depósito de dinheiro ou valores.

II - Depois da entrada em vigor das medidas de resolução e de intervenção correctiva, o Banco B deixou de exercer a actividade bancária; após, o BCE revogou a autorização do Banco B para o exercício da actividade bancária e o Banco de Portugal requereu a liquidação judicial do Banco B que entrou em liquidação judicial; o Banco B deixou de poder dar cumprimento às garantias bancárias autónomas prestadas, com a conformação que as mesmas possuíam e nos precisos termos em que se havia obrigado, deixando aquelas de ter as características acordadas - o eventual reconhecimento de um crédito no âmbito do processo de liquidação de um banco, com todas as contingências que decorrem dos termos da respectiva graduação é diferente daquelas garantias.

III - Haviam sido celebrados dois negócios jurídicos coligados: entre o Banco e

o devedor (na relação principal) garantido (a aqui R.) e entre o Banco e o credor (na relação principal) beneficiário, este último um contrato não sinalagmático, uma vez que apenas criou obrigações para o Banco garante.

IV – Do acordo celebrado entre o Banco B e a aqui R. decorre a concessão (eventual) de um crédito equivalente ao do montante garantido, mediante a correspectiva contrapartida - a chamada comissão; as comissões recebida pelo Banco são a contraprestação de, na hipótese de ocorrerem certos factos, pagar uma quantia ao beneficiário garantido (nos termos com ele fixados) constituindo-se credor da R. por essa importância.

V – O Banco B, deixou de poder proceder ao pagamento da quantia garantida ao beneficiário, consoante estabelecido - a convencionada concessão (eventual) de um crédito equivalente ao do montante garantido (nos termos acordados) não se poderá verificar, a concreta garantia convencionada (entre o Banco B e a R.), com as características acordadas, deixou de existir; o sinalagma ao correspectivo pagamento das comissões pressuporá, do lado do banco/garante, não só a celebração do contrato de garantia com o credor, mas, também, a manutenção da relação contratual (de garantia) estabelecida, nos termos previstos, com o objecto convencionado.

VI – Tornou-se supervenientemente impossível a obrigação do Banco B., não podendo este cumprir em termos definitivos, o que desobriga a R. da sua contraprestação.

Texto Integral

Proc. nº 18588-16.2T8LSB-BV.L1.S1.

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça (6ª Secção):

*

I – Por apenso aos autos de liquidação judicial, a «**Massa Insolvente do Banco Espírito Santo, S.A.**» intentou a presente acção declarativa com processo comum contra «**Elevation Engenharia, S.A.**».

Em resumo, alegou a A.:

Entre 2006 e 2011, por ordem do Consórcio constituído pelas empresas «Edifer – Construções Pires Coelho & Fernandes, S.A.» (actualmente

«Elevation Engenharia, S.A.», aqui R.), «Opway Engenharia, S.A.» e «Bemposta – Investimentos Turísticos do Algarve, S.A.», o «Banco Espírito Santo S.A.» (BES) emitiu garantias bancárias a favor de um conjunto de beneficiários com os quais aquele Consórcio mantinha relações comerciais, de modo a garantir o exacto e pontual cumprimento das obrigações que o Consórcio assumiu perante os mesmos, assegurando o pagamento “após primeira interpelação feita por escrito”.

Como contrapartida da prestação das garantias, as entidades integrantes do Consórcio, na qualidade de ordenantes, ficaram obrigadas a proceder ao pagamento de comissões bancárias ao BES, em montante acordado entre as partes.

Tendo sido interpelada para proceder ao pagamento da quota-parte que lhe cabia das comissões já vencidas e devidas, a R. defendeu não ser devedora de qualquer montante, alegando que, por força da resolução do Banco de Portugal, as garantias emitidas pelo BES ter-se-ão tornado ineficazes a partir de 3-8-2014.

Em 19-3-2019, a R. foi novamente interpelada para proceder ao pagamento das comissões devidas, as quais, nessa data, ascendiam a € 278.457,39, nada tendo pago.

Os contratos celebrados entre as partes mantêm-se em vigor, devendo ser cumpridos.

Pediu a A. a condenação da R. a pagar-lhe a quantia total de € 285.623,09, a título de capital, titulado pelas comissões devidas e não pagas até à data da apresentação da acção, acrescida de juros de mora vencidos, contados desde as respectivas datas de vencimento, e vincendos, até efectivo e integral pagamento do montante em dívida.

Citada, a R. contestou e deduziu pedido reconvenicional. Em síntese, alegou a R.:

O BES, com a resolução, deixou de ter montante disponível para liquidar as suas obrigações, tendo ficado apenas dotado de capacidade financeira para proceder às diligências necessárias à recuperação dos valores dos seus activos. Acresce que a administração do BES, deixou de ter mandato para proceder ao pagamento dos montantes prometidos no âmbito das garantias em discussão e, nessa medida, deixou de fazer sentido exigir o pagamento das comissões contratadas.

Os contratos de prestação de garantia bancária perderam eficácia com a resolução do BES, por impossibilidade de cumprimento da obrigação a que este estava vinculado.

A A. age em abuso de direito – o pedido deduzido é ilegítimo por exceder manifestamente o fim social ou económico desse direito, bem como os limites

impostos pela boa-fé (artigo 334.º do CCivil).

A resolução do BES implicou uma alteração anormal nas circunstâncias em que a R. fundou a sua decisão de contratar – a resolução/insolvência do BES não era enquadrável como um risco próprio do negócio - tendo originado a eliminação das garantias que a R. se comprometeu a manter com terceiros, os quais podem pedir a substituição das garantias com os inerentes custos e despesas.

Caso se entenda que a ineficácia do contrato não é suficiente para considerar que o mesmo se encontra extinto desde a resolução do BES, sempre o mesmo se deverá considerar resolvido por alteração das circunstâncias nos termos do disposto no artigo 437.º do CCivil, com efeitos à data da resolução do BES. Concluiu pela improcedência da acção e pela sua absolvição do pedido, porquanto: a) o contrato do qual emerge o pedido da autora é ineficaz; ou caso assim não se entenda, b) deverá o contrato considerar-se resolvido, por alteração de circunstâncias desde a data de resolução do BES.

A A. apresentou réplica.

Na sequência foi proferido **saneador sentença** que decidiu nos seguintes termos:

«... vistos os factos provados à luz das disposições legais aplicáveis, julgo:

I - A presente acção parcialmente procedente e, em consequência:

a) Condena-se a ré ELEVOLUTION ENGENHARIA, S.A., a pagar à autora a quantia global de € 9.306,405, acrescida de juros de mora, contados desde as respectivas datas de vencimento de cada uma das comissões, e vincendos até efectivo e integral pagamento;

b) Absolve-se a ré ELEVOLUTION ENGENHARIA, S.A., do demais peticionado;

II – Improcedente o pedido reconvenicional formulado pela ré ELEVOLUTION ENGENHARIA, S.A., absolvendo a autora Massa Insolvente do Banco Espírito Santo, S.A., do mesmo».

A A. apelou, mas a Relação de Lisboa, por acórdão de 24-1-2023, decidiu julgar **improcedente a apelação** e confirmar a sentença recorrida.

Deduziu a A. recurso de revista excepcional em que formulou as seguintes conclusões:

A) O presente recurso tem por objeto o Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 24 de janeiro de 2023, que julgou improcedente a apelação e confirmou a sentença recorrida, datada de 7 de abril de 2022, que havia julgado a ação parcialmente procedente e, em consequência, condenado a Ré a pagar à Autora a quantia global de € 9.306,405, acrescida de juros de mora, contados desde as respectivas datas de vencimento de cada uma das comissões, e vincendos até efetivo e integral pagamento, e que havia julgado improcedente o pedido reconvenicional formulado pela Ré, absolvendo

a Autora do mesmo.

B) Em causa nos presentes autos está o pedido de condenação da Ré, ora Recorrida, no pagamento do valor de € 285.623,09 (duzentos e oitenta e cinco mil, seiscentos e vinte e três euros e nove cêntimos), a título de capital, referente a comissões devidas à Massa Insolvente do BES e não pagas, como contrapartida da prestação de diversas garantias bancárias, emitidas por ordem do Consórcio constituído pelas sociedades EDIFER – Construções Pires Coelho & Fernandes, S.A. (atualmente, ELEVOLUTION Engenharia, S.A., Ré nos presentes autos), Opway Engenharia, S.A. (“Opway”) e BEMPOSTA – Investimentos Turísticos do Algarve, S.A. (“Bemposta”) (conjuntamente designadas por “Consórcio”), a favor de um conjunto de beneficiários com os quais o Consórcio supra identificado mantinha relações comerciais, entre os quais a MARINOTÉIS – Sociedade de Promoção e Construção de Hotéis, S.A. (“MARINOTÉIS”) e a TECNICIL – Sociedade de Imobiliária e Construções, S.A. (“TECNICIL”), bem como, a título de contragarantia bancária, a favor do Banco Exterior da Argélia (“BEA”).

C) Em termos sumários, nos presentes autos de recurso importa esclarecer se, a partir de 04/08/2014, data da deliberação da aplicação da medida de resolução pelo Banco de Portugal (BdP), poderá ser exigido à Ré, aqui Recorrida, o pagamento das comissões devidas pelas garantias bancárias autónomas, na modalidade on first demand (à primeira solicitação) emitidas pelo BES a favor de terceiros, seus beneficiários.

D) A Recorrente não se conforma com o acórdão recorrido que, ao julgar a apelação improcedente e ao confirmar a sentença recorrida, que havia julgado improcedente o pedido de condenação da Ré no pagamento das comissões bancárias vencidas a partir de 3 de agosto de 2014, se baseia numa errada interpretação e aplicação do direito à matéria de facto provada e incorre em erro de julgamento, na medida em que aplicou incorretamente os artigos 790.º, n.º 1, e 795.º, n.º 2, do Código Civil, quando, em suma, deveria ter aplicado apenas o artigo 406.º do Código Civil.

E) Caindo o presente Acórdão na previsão do n.º 3 do artigo 671.º, do CPC, justifica-se a admissibilidade desta revista excecional por estar em causa questão cuja apreciação, pela sua relevância jurídica, seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito e por estarem em causa interesses de particular relevância social (Cfr. Artigo 672.º, n.º 1, alíneas a) e b), respetivamente).

F) O Acórdão proferido pelo Tribunal a quo está alicerçado em três premissas fundamentais: a) no contexto da prestação de uma garantia autónoma, o garante tem a obrigação, perante o ordenante, de manter condições para que a garantia possa ser cumprida; b) o regime da

impossibilidade de cumprimento é aplicável a obrigações pecuniárias; c) por força da declaração de insolvência do garante, as obrigações que sobre si impendem perante o beneficiário de uma garantia autónoma à primeira solicitação e perante o ordenante extinguem-se por impossibilidade.

G) Quanto à primeira premissa, o Tribunal a quo considerou que, na relação jurídica entre garante e ordenante, impende sobre o garante o dever de manter condições para que a garantia possa ser honrada, executada, cumprida, mesmo que o beneficiário não venha a solicitar o seu pagamento.

H) Contudo, tanto quanto é do conhecimento da Recorrente, é entendimento unânime de Jurisprudência e doutrina, que a obrigação do garante perante o ordenante é somente a de celebrar o contrato de garantia autónoma com o beneficiário da garantia.

I) Atenta a manifesta contradição entre a posição adotada pelo Tribunal a quo e o entendimento que, generalizadamente, tem vindo a ser perfilhado pela Jurisprudência e pela Doutrina quanto à questão em apreço, é evidente que se afigura necessária a reapreciação da questão sub judice, de modo a que se possa obter o efeito reparador pretendido.

J) No que respeita à segunda premissa, o Tribunal a quo entendeu que, na sequência da aplicação da medida de resolução ao BES, em 3 de agosto de 2014, este deixou de exercer atividade bancária, «não lhe sendo possível cumprir com as garantias autónomas à primeira solicitação que havia emitido (ou seja, pagar de imediato aos beneficiários caso tais garantias fossem acionadas), considerando, ainda, que esta impossibilidade de cumprimento manteve-se e agravou-se com a entrada do BES em liquidação.

K) Neste sentido, concluiu pela verificação de uma situação de impossibilidade superveniente da prestação à qual o BES se obrigara, enquadrando o caso na previsão do n.º 1 do artigo 790.º do Código Civil. Ao fazê-lo, Tribunal não atendeu à orientação da Jurisprudência dos tribunais superiores e nem ao entendimento generalizado da Doutrina, que defende que a impossibilidade de cumprimento da obrigação não pode dar-se em relação às obrigações pecuniárias.

L) Considerando que a obrigação de pagamento das garantias, em caso de acionamento constitui uma obrigação pecuniária, o Tribunal a quo perfilhou orientação contraditória com a que tem sido defendida pela Jurisprudência conhecida.

M) Atenta a manifesta contradição entre a posição adotada pelo Tribunal a quo e o entendimento que, generalizadamente, tem vindo a ser perfilhado pela Jurisprudência e pela Doutrina quanto à questão em apreço, é evidente que se afigura necessária a reapreciação da questão sub judice, de modo a que se possa obter o efeito reparador pretendido.

N) Quanto à terceira premissa, o Tribunal a quo entendeu que, por força da aplicação da medida de resolução e subsequente revogação da autorização para o exercício da atividade bancária e entrada em processo de liquidação judicial – que equivale à declaração de insolvência –, o BES ficou impossibilitado, de forma objetiva, absoluta, definitiva e total, de cumprir as garantias que prestou.

O) A decisão do Tribunal a quo não é compatível com o complexo normativo previsto no RGICSF, nomeadamente, com os artigos 145º-G, 145º-J e 145º-L deste diploma, e nas disposições conjugadas nos artigos 3.º, 91.º e 102.º a 119.º do CIRE, e contraria frontalmente a posição que tem sido perfilhada pela Jurisprudência e pela doutrina que se têm pronunciado sobre os efeitos da declaração de insolvência e, muito particularmente, sobre a caracterização da impossibilidade de o insolvente cumprir perante os credores.

P) Não correspondendo, como se viu, a situação de insolvência a uma situação de impossibilidade de cumprir, não se pode aplicar o regime estatuído nos artigos 790.º e 795.º do Código Civil, aos devedores declarados insolventes.

Q) A manifesta contradição entre a posição adotada pelo Tribunal a quo e o entendimento que, generalizadamente, tem vindo a ser perfilhado pela Jurisprudência e pela Doutrina quanto à questão em apreço, impõe a reapreciação da questão sub judice, de modo que se possa obter o devido efeito reparador.

R) Note-se que, não sendo do conhecimento da Recorrente nenhum outro caso em que, no contexto da prestação de uma garantia autónoma à primeira solicitação, tenha sido declarada a insolvência do garante e se tenha discutido a subsistência dos direitos e deveres das partes envolvidas nas relações jurídicas inerentes à prestação de uma garantia autónoma, também o Tribunal de primeira instância: considerou « (...) estamos perante matérias ou questões “novas” que em Portugal nunca antes ocorreram (...)», o que é, por si, elucidativo da significativa relevância jurídica das matérias em discussão nos presentes autos e justifica a admissibilidade do recurso de revista excecional.

S) Tendo em consideração a manifesta contradição entre a posição adotada pelo Tribunal a quo e o entendimento que, generalizadamente, tem vindo a ser perfilhado pela Jurisprudência e pela doutrina quanto a cada uma das três questões supra mencionadas, é evidente que estão em causa questões cuja apreciação, pela sua relevância jurídica, é claramente necessária para uma melhor aplicação do direito (cfr. artigo 672.º, n.º 1, alínea a) do CPC).

T) Adicionalmente, a sujeição da insolvência à aplicação do regime previsto nos artigos 790.º e seguintes do Código Civil, como preconizou o Tribunal a quo, em detrimento da aplicação do regime insolvencial previsto no CIRE, na

medida em que constitui o devedor numa situação de impossibilidade objetiva e definitiva de cumprir, privando, concomitantemente a massa insolvente do ativo que resultaria da contraprestação a que o credor do insolvente estaria adstrito, colide frontalmente com o regime dos efeitos da insolvência sobre os créditos e sobre os negócios em curso, estatuídos nos artigos 91.º e 112.º a 119.º do CIRE.

U) por efeito privar a massa insolvente do ativo que resultaria da contraprestação a que o credor do insolvente estaria adstrito,

V) Declarar que o devedor insolvente está definitiva e objetivamente impedido de cumprir, permitindo que as suas contrapartes se pudessem eximir ao cumprimento dos seus deveres, por força da extinção das obrigações assumidas, poderia, em última instância, inviabilizar o prosseguimento do processo de insolvência, independentemente da via a seguir: liquidação ou recuperação do devedor.

W) Esta questão assume, claramente, particular relevância social pelas repercussões que pode ter em qualquer processo de insolvência, e não apenas no processo de liquidação judicial do BES ou de outra instituição de crédito, quer pelo impacto que tem na esfera jurídica do insolvente e dos credores, quer, ainda que reflexamente, pelo impacto que pode ter na esfera jurídica de terceiros com quem o insolvente e os seus credores tenham relações comerciais.

X) Impõe-se, por isso, esclarecer a questão que se coloca no presente recurso, devendo este Supremo Tribunal, por estarem em causa interesses de particular relevância social, admitir a presente revista excecional ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 672.º do CPC

Y) O Tribunal a quo decidiu que «o banco garante ficou, de forma definitiva e absoluta, impedido de exercer a actividade bancária, logo, impossibilitado de cumprir as garantias autónomas por si prestadas, impossibilidade essa que só ao mesmo é imputável» e que «na situação em apreço, o garante deixou de poder assegurar tal função (tanto mais que, com a aplicação das medidas a que foi sujeito, ficou privado de fundos para, em caso de execução da garantia, proceder ao pagamento imediato da garantia, isto é, sem qualquer diferimento), pelo que não será de exigir ao ordenante que pague as comissões reclamadas».

Z) Porém, como se referiu, a decisão proferida pelo Tribunal a quo incorre em erro de julgamento, na medida em que a aplicação da medida de resolução e o posterior processo de liquidação não acarretaram a impossibilidade de cumprir as garantias autónomas por si prestadas.

AA) Expurgando-se o Acórdão recorrido do referido erro de julgamento, facilmente se conclui que, contrariamente à decisão subscrita pelo Tribunal a

quo, mantendo-se as garantias emitidas pelo BES válidas e eficazes, são devidas ao BES as comissões bancárias vencidas a partir do dia 3 de agosto de 2014, na medida em que o direito a receber as comissões contratualmente convencionadas pela prestação das garantias emitidas se mantém até ao momento em que as obrigações do BES perante os beneficiários das garantias se extinguam, o que, in casu, não ocorreu.

BB) A operação negocial da garantia bancária apresenta uma estrutura tripartida, no âmbito da qual podem individualizar-se três relações contratuais distintas: (i) Contrato principal ou Contrato-Base entre o credor/garantido e o devedor/ordenante/mandante, (ii) Contrato de mandato (sem representação) entre o devedor/ordenante/mandante e o banco garante/mandatário e (iii) Contrato de prestação de garantia autónoma entre o banco garante e o credor/garantido.

CC) Ora, é precisamente e tão só a segunda relação contratual identificada no ponto anterior que está em causa nos presentes autos: o contrato de mandato celebrado entre o Autor e a Ré.

DD) Nesse contrato de mandato, o nexu sinalagmático existente verifica-se entre, de um lado, a prestação, que cabe ao BES, de emitir a garantia nos termos acordados com o Consórcio e, do outro lado, a prestação, que cabe ao Consórcio, de proceder ao pagamento das respetivas comissões, de acordo com as proporções acordadas entre as entidades integrantes.

EE) Aliás, apesar do vasto desenvolvimento jurisprudencial e doutrinal sobre esta matéria, não é do conhecimento da Recorrente nenhuma decisão judicial, monografia ou artigo em que se perfilhe a tese do Tribunal a quo de que, na relação jurídica entre garante e ordenante, impende sobre o garante o dever de manter condições para que a garantia possa ser honrada, cumprida, mesmo que o beneficiário não venha a solicitar o seu pagamento.

FF) Tal significa que o contrato de mandato celebrado entre o BES e as entidades integrantes do Consórcio foi integralmente cumprido por aquele aquando da emissão das próprias garantias bancárias, sendo-lhe por isso devidas as respetivas comissões.

GG) Esta relação não se confunde – nem poderia confundir-se – com aquela que se estabelece entre o BES e cada um dos beneficiários, traduzidos na própria prestação da garantia.

HH) Efetivamente, além da autonomia entre a obrigação principal e a obrigação do garante perante o beneficiário, a figura da garantia bancária autónoma pressupõe também a autonomia das relações entre, por um lado, o garante e o ordenante, e, por outro, o garante e o beneficiário.

II) Se o garante não pode escudar-se na declaração de insolvência do ordenante para recusar o pagamento da garantia prestada a favor do

beneficiário, não se pode igualmente admitir que o ordenante se exima do pagamento de comissões ao garante com respaldo na eventual insusceptibilidade de o garante pagar o valor da garantia em termos diferentes dos contratos com o beneficiário, sob pena de se colocar em causa a independência estrutural e funcional da garantia autónoma on first demand, opondo ao garante vicissitudes que apenas lhe poderão ser oponíveis pelo beneficiário.

JJ) Consequentemente, o dever de pagamento das comissões existe enquanto subsistir a obrigação do garante perante o beneficiário, independentemente do cumprimento ou incumprimento desta obrigação, inexistindo qualquer fundamento juridicamente atendível para que a Recorrida, fundada nas eventuais vicissitudes de uma relação autónoma, recuse o pagamento das comissões devidas no contexto do contrato que celebrou com o BES.

KK) Atento o exposto, não restam dúvidas de que, em face da autonomia existente entre o contrato de mandato e o contrato de prestação de garantia bancária, o BES tem direito a receber as comissões bancárias vencidas a partir do dia 3 de agosto de 2014, na medida em que tal direito, que emerge da prestação e manutenção das garantias emitidas, se mantém até ao dia em que as obrigações do BES perante os beneficiários das garantias se extingam, o que, in casu, não ocorreu.

LL) Quanto aos efeitos da medida de resolução sobre as garantias bancárias autónomas dos autos, contrariamente ao que foi decidido na sentença proferida pelo Tribunal a quo, a sua aplicação não acarretou a impossibilidade absoluta e definitiva de o BES manter as garantias emitidas a pedido da Recorrida e de cumprir a obrigação assumida frente aos beneficiários em caso de acionamento.

MM) Jurisprudência e Doutrina têm defendido que a impossibilidade de cumprimento da obrigação não pode dar-se em relação às obrigações pecuniárias, atendendo à sua fungibilidade.

NN) A situação de insolvência é um estado em que o devedor se encontra temporariamente que não equivale a impossibilidade definitiva de cumprir.

OO) Durante o período em que vigoraram a medida de resolução e as medidas de intervenção corretiva adotadas pelo Banco de Portugal, o BES estava proibido de exercer a atividade bancária (e não totalmente), o que não significa que tivessem sido afetados na sua existência os direitos e obrigações emergentes de atos praticados, no âmbito de tal atividade, antes do dia 3 de agosto de 2014.

PP) Quanto a esses atos, o efeito da aplicação da medida de resolução foi apenas o de tornar temporariamente inexigível o cumprimento das obrigações

a que o BES estava adstrito.

QQ) A circunstância da resolução do BES não determinou a eliminação do passivo da entidade, de que são expressão mais evidente os depósitos dos seus clientes que não foram transferidos para o banco de transição, os quais mantiveram a mesma natureza e foram reconhecidos como tal na lista de credores.

RR) Com efeito, se é certo que a aplicação da medida de resolução impediu o BES de continuar a exercer, de uma forma dita normal, a atividade bancária, não é menos certo que as garantias em discussão no caso sub judice foram emitidas em momento muito anterior ao da adoção da medida de resolução, altura em que o BES exercia, sem quaisquer limitações, tal atividade, e que esta medida não tornou (definitiva e totalmente) impossível o cumprimento das obrigações anteriormente contraídas por esta instituição de crédito.

SS) Na verdade, o BES cumpriu na íntegra a obrigação a que estava adstrito perante a Recorrida, emitindo a favor de terceiros as garantias por esta solicitadas. Daqui resulta inequívoco que a função da comissão é a de remunerar o banco pela prestação da garantia, nos exatos termos em que a mesma é acordada com os ordenantes, donde, a obrigação assumida pelo BES perante a Recorrida extinguiu-se pelo cumprimento (cfr. 762.º, n.º 1, do Código Civil).

TT) Nada mais havendo a prestar pela Recorrente BES à Recorrida, não pode o Tribunal a quo concluir que as medidas de dispensa de cumprimento e de inexigibilidade de cumprimento de obrigações, que vigoraram ao longo do período de vigência da medida de resolução, configuraram uma situação de impossibilidade objetiva, absoluta e definitiva, tal como prevista no artigo 790.º do Código Civil.

UU) Não se verificando no caso dos autos qualquer facto que se subsuma na previsão dos citados artigos 790.º, n.º 1, e 795.º, n.º 2, do Código Civil, a obrigação de liquidação das comissões bancárias devidas pela Recorrida ao BES entre o dia 3 de agosto de 2014 e a posterior decisão de revogação da autorização para o exercício da atividade bancária, não se extinguiu.

VV) A aceitação da posição defendida pelo Tribunal a quo, por via da aplicação das supracitadas normas, proporcionaria, sem qualquer causa justificativa, o enriquecimento da Ré, aqui Recorrida, à custa do empobrecimento da massa insolvente do BES, que assume uma perda patrimonial em prejuízo dos seus credores.

WW) Por seu turno, pelos mesmos motivos já aduzidos supra, é evidente que também a revogação da autorização para o exercício da atividade do BES não teve por efeito colocá-lo numa situação de impossibilidade definitiva e absoluta de cumprir com as garantias.

XX) A posição do Tribunal a quo, adotado em violação dos artigos 3.º, 91.º e 102.º a 119º do CIRE, é frontalmente contrária à posição que tem sido preconizada pela Jurisprudência e pela Doutrina que se têm pronunciado sobre os efeitos da declaração de insolvência e, muito particularmente, sobre a impossibilidade de natureza económico-financeira» que caracteriza a situação de insolvência e «que nada tem que ver com o conceito jurídico de impossibilidade de cumprimento».

YY) De acordo com as disposições conjugadas nos artigos 47º, nos 1 e 3, 128º, nº 1, e 146º, nº 1, do CIRE, os beneficiários das garantias emitidas devem, dependendo da data da sua constituição (caso haja lugar ao acionamento da garantia), reclamar os seus créditos ou propor ação de verificação ulterior de créditos, que corre termos por apenso ao processo de insolvência do garante, e se houver ativo do insolvente a repartir pelos credores, os beneficiários da garantia poderão obter a satisfação dos seus créditos no processo de insolvência.

ZZ) O reconhecimento pela Comissão Liquidatária do BES ao BEA de um crédito emergente das garantias prestadas (sob condição suspensiva de serem acionadas as garantias), bem como a reclamação pelo BES, no processo de insolvência da Opway Engenharia, S.A., de um crédito que inclui as comissões devidas pela emissão de diferentes garantias, devidamente reconhecido pelo Administrador de Insolvência, são factos reveladores de que a aplicação da medida de resolução e subsequente revogação da autorização para o exercício da actividade bancária do BES e subsequente liquidação judicial não são, por si, geradores de uma impossibilidade definitiva da prestação.

AAA) Por sua vez, no que diz respeito aos direitos e obrigações emergentes para o BES e para a Recorrida dos contratos de mandato celebrados entre si, a declaração de insolvência não produz quaisquer efeitos sobre o seu conteúdo.

BBB) Acresce que, na medida em que as garantias foram prestadas diretamente pelo garante (o BES), em nome próprio, por via de mandato sem representação, ao beneficiário, é precisamente por conta deste último, e não do ordenante (a Recorrida), que corre o risco de incumprimento, ou mesmo de insolvência, do garante (o BES).

CCC) Considerar a realidade supra descrita e, ainda assim, admitir que a Recorrida - que obteve, sem qualquer limitação, o proveito pretendido pela emissão de garantias - se possa eximir ao pagamento das comissões devidas apenas com fundamento em factos que não afetaram, nem afetam, a relação jurídica estabelecida entre esta e o BES, não teria outro efeito que não dar guarida enriquecimento da Recorrida sem uma causa que o justifique (cfr.

artigo 473º do Código Civil).

DDD) É, pois, inevitável concluir que a revogação da autorização para o exercício da atividade bancária: não acarretou a impossibilidade definitiva e absoluta de o BES cumprir as suas obrigações perante os beneficiários das garantias – tanto assim é que os seus créditos, em parte sob condição, foram incluídos na lista de créditos reconhecidos e não foram impugnados; não afetou a obrigação, há muito cumprida pelo BES de emissão das garantias; e, consequentemente, não determinou a extinção da obrigação que impende sobre a Recorrida de pagar as comissões bancárias contratualmente devidas ao BES.

EEE) Pelo que, em suma, ao considerar que a aplicação da medida de resolução e a revogação para o exercício da atividade bancária colocaram o BES numa situação de impossibilidade superveniente de realizar a sua prestação por facto que lhe é imputável e que, consequentemente, tal implicou a extinção da obrigação da Recorrida de lhe pagar as comissões devidas pela emissão das garantias durante o período compreendido entre 2006 e 2011, o Tribunal a quo incorreu em erro de julgamento.

FFF) O acolhimento da orientação seguida pelo Tribunal a quo produziria, não só no processo de liquidação do BES como em todos os processos de insolvência vários efeitos, nomeadamente:

GGG) Desvirtuaria a caracterização da garantia autónoma on first demand, tal como entendida pela doutrina e jurisprudência dominantes, ao limitar o princípio da autonomia, permitindo ao ordenante (in casu, a Recorrida) escudar-se na relação estabelecida entre o garante (in casu, o BES) e os beneficiários da garantia para incumprir a obrigação de pagar comissões, deixando, porém, o garante, numa situação de sujeição à vontade do beneficiário, que poderá acionar a garantia quando entender conveniente, mantendo o ordenante todos os benefícios decorrentes da emissão da garantia.

HHH) Aplicaria, contra legem, o regime da impossibilidade objetiva do cumprimento das obrigações a situações como a dos autos e dos processos de insolvência, em geral.

III) Por um lado, a impossibilidade de cumprimento da obrigação não ocorre quando está em causa o cumprimento de obrigações pecuniárias. Por outro, a situação de insolvência corresponde a um estado a que o devedor se encontra temporariamente, que não equivale à impossibilidade objetiva e definitiva de cumprir.

JJJ) Transformaria a declaração insolvência (in casu, a aplicação da medida de resolução e a subsequente entrada em liquidação do BES) numa fonte de extinção das obrigações do insolvente, contrariando o disposto no artigo 91º

do CIRE.

KKK) A dispensa do BES do cumprimento pontual de obrigações anteriormente contraídas, e a declaração de inexigibilidade de obrigações não transferidas para o banco de transição, decorrentes da aplicação da medida de resolução, tiveram em vista salvaguardar a universalidade e concursabilidade do futuro processo de liquidação da instituição de crédito e não determinar uma ablação permanente dos direitos patrimoniais do BES e dos seus credores.

LLL) Aceitar que a aplicação da medida de resolução e subsequente revogação da autorização da atividade bancária, coma consequente entrada em liquidação, constituem o BES numa situação de impossibilidade de cumprimento das garantias, nos termos previstos no artigo 790º do Código Civil, por não poder pagar de imediato, implicaria, atribuir idêntico efeito quanto a todas as demais obrigações do BES sujeitas a prazo, ou seja, declarar que o BES ficou numa situação de incumprimento por impossibilidade.

MMM) Este não foi, claramente, o resultado pretendido pelo legislador nos processos de insolvência (cfr. artigos 3º, 102º e 119º, todos do CIRE).

NNN)Veja-se, a título de exemplo, o caso dos contratos de depósito, outra operação típica das instituições de crédito, que, em circunstâncias normais, seria imediatamente exigível. Seguramente, as instâncias não teriam quaisquer dúvidas em considerar que as obrigações decorrentes desses contratos, nomeadamente a obrigação de pagamento do depósito, não se extinguiriam por força da aplicação da medida de resolução nem da revogação da autorização para o exercício da atividade bancária.

OOO) No contexto do processo de liquidação do BES, no que respeita aos depósitos, foi reconhecido aos respetivos titulares do direito, um crédito efetivo e, no que respeita aos beneficiários das garantias, foi reconhecido um crédito que apenas será efetivo se, e na medida em que, se verificara condição suspensiva do seu acionamento – conforme estabelecido no artigo 91º do CIRE, que dispõe que «A declaração de insolvência determina o vencimento de todas as obrigações do insolvente não subordinadas a uma condição suspensiva».

PPP) Pelo que, o vencimento das obrigações que resulta da declaração de insolvência determina a entrada do insolvente em mora, não a extinção ope legis das suas obrigações. Na situação dos créditos reconhecidos sob condição suspensiva (caso das garantias), apenas o seu acionamento determina o vencimento da obrigação de pagamento e, conseqüentemente, o início da mora.

QQQ) Em qualquer situação, o insolvente apenas poderá pagar os créditos reconhecidos (efetivos) de acordo com o estabelecido no CIRE para o efeito, nomeadamente no título VII.

RRR) Em face da aplicação da medida de resolução e subsequente revogação para o exercício da atividade bancária do BES, o Tribunal recorrido teria de sujeitar, e subsumir os factos controvertidos, à disciplina da insolvência, regida no CIRE.

SSS) De acordo com o regime estabelecido no CIRE quanto aos efeitos da insolvência sobre os negócios em curso, não existe fundamento para declarar as obrigações da Recorrida perante o BES extintas.

TTT) É pacífico na Doutrina e Jurisprudência que a situação de insolvência não equivale a uma situação de impossibilidade objetiva de cumprir, tal como prevista no artigo 790º do Código Civil, não tendo este regime aplicação ao caso.

UUU) Ao aplicar ao caso sub judice os artigos 790º, nº 1, e 795º, nº 2, do Código Civil, o Tribunal a quo incorreu em erro de julgamento, pelo que deve ser revogado o Acórdão recorrido, com as legais consequências.

Dos autos não constam contra alegações.

*

II - As instâncias julgaram provados os seguintes factos:

1. No período compreendido entre os anos de 2006 e 2011, no exercício da sua actividade enquanto instituição de crédito, o Banco Espírito Santo, S.A., emitiu um conjunto de garantias bancárias, por ordem do Consórcio constituído pelas empresas EDIFER – Construções Pires Coelho & Fernandes, S.A. (actualmente, ELEVOLUTION Engenharia, S.A., ré nos presentes autos), Opway Engenharia, S.A. (“Opway”) e BEMPOSTA – Investimentos Turísticos do Algarve, S.A. (“Bemposta”) (conjuntamente designadas por “Consórcio”).
2. Estas garantias foram emitidas pelo Banco Espírito Santo, S.A., a favor de um conjunto de beneficiários com quem o Consórcio supra identificado mantinha relações comerciais, entre os quais a MARINOTÉIS – Sociedade de Promoção e Construção de Hotéis, S.A. (“MARINOTÉIS”) e a TECNICIL – Sociedade de Imobiliária e Construções, S.A. (“TECNICIL”), bem como, a título de contragarantia bancária, a favor do Banco Exterior da Argélia (“BEA”).
3. Assim, por instrução do Consórcio no qual a ELEVOLUTION se integra, foram emitidas as seguintes garantias bancárias pelo Banco Espírito Santo, S.A.:

Garantia (G) |

Contragarantia (CG)

Data Ordenante Beneficiário Montante

emissão

		Opway/Bemposta/ ELEVOLUTION	€
G ...00	07.08.2006	...	2.347.512,68
G ...00	10.01.2007	Opway/Bemposta/ ELEVOLUTION	... € 200.000,00
G ...02	26.12.2007	Opway/Bemposta/ ELEVOLUTION	... € 200.000,00
G ...00	06.06.2008	Opway / ELEVOLUTION	... € 361.042,68
CG			DZD1
...	13.07.2009	Opway / ELEVOLUTION	BEA 174.225.195,9
CG			€
...	13.07.2009	Opway / ELEVOLUTION	BEA 2.848.372,95
...	13.07.2009	Opway / ELEVOLUTION	BEA DZD 87.112.597,98
CG			€
...	13.07.2009	Opway / ELEVOLUTION	BEA 1.424.186,48

4. As contragarantias prestadas a favor do BEA foram, ao longo do seu período de vigência, sofrendo diversas vicissitudes, traduzidas na redução dos respectivos montantes iniciais, passando a assumir os seguintes montantes:

- a) A garantia n.º ...1 foi reduzida para o montante de DZD 3.286.332,44;
- b) A garantia n.º ...1 foi reduzida para o montante de € 93.674,64;
- c) A garantia n.º ...1 foi reduzida para o montante de DZD 29.856.000,00;
- d) A garantia n.º ...1 foi reduzida para o montante de € 15.661,13;
- e) A garantia n.º ...2 foi reduzida para o montante de € 259.649,76;
- f) A garantia n.º ...2 foi reduzida para o montante de DZD 49.513.290,17.

5. Nos termos do Consórcio estabelecido entre as ordenantes das garantias, a responsabilidade pelas garantias, respectivos custos de emissão e pagamento das comissões era repartida da seguinte forma:

- a) No caso das garantias n.ºs ...00, ...00 e ...02, emitidas a favor da MARINOTÉIS, a responsabilidade incumbia na proporção de 57,5% à OPWAY, de 28,5% à ELEVOLUTION e de 14% à Bemposta;
- b) No caso da garantia n.º ...00, emitida a favor da Tecnicil, a responsabilidade incumbia na proporção de 65% à Opway e de 35% à ELEVOLUTION;
- c) No caso das garantias n.ºs ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... e ..., emitidas a favor do BEA, a responsabilidade incumbia na proporção de 50% à Opway e de 50% à ELEVOLUTION.

6. De entre as garantias identificadas no ponto anterior, foram posteriormente canceladas as seguintes:

- a) Garantia n.º ...00, cancelada em 8 de Outubro de 2018; b) Garantia n.º ...00, cancelada em 8 de Outubro de 2018; c) Garantia n.º ...02, cancelada em 8 de Outubro de 2018; d) garantia n.º ...00, cancelada em 15 de Fevereiro de 2016.

7. Através da emissão destas garantias, o Banco Espírito Santo, S.A., garantiu o exacto e pontual cumprimento das obrigações que o Consórcio assumiu perante os beneficiários, assegurando o pagamento "após primeira interpelação feita por escrito", "com exclusão dos benefícios de excussão prévia e de divisão", não carecendo o Banco Espírito Santo, S.A., de "averiguar o fundamento da interpelação, e será efectuado independentemente da autorização, concordância, ou quaisquer razões em contrário invocadas pelo Consórcio".

8. Como contrapartida da prestação das garantias identificadas no facto n.º 32, as entidades integrantes do Consórcio, na qualidade de ordenantes, ficaram obrigadas a proceder ao pagamento de comissões bancárias ao Banco Espírito Santo, S.A., em montante acordado entre as partes.

9. Em 19 de Agosto de 2016, o Banco Espírito Santo, S.A., interpelou a ELEVOLUTION para o pagamento do montante que entendia que estava em dívida referente às garantias supra mencionadas, que à data se cifrava no valor de €139.455,06 (cento e trinta e nove mil quatrocentos e cinquenta e

cinco euros e seis cêntimos), acrescido dos juros de mora contados desde as datas dos respectivos vencimentos e até efectivo e integral pagamento.

10. Em resposta à interpelação que lhe foi dirigida, a ELEVOLUTION remeteu uma comunicação ao Banco Espírito Santo, S.A., entendendo não ser devedora de quaisquer montantes e apresentando a seguinte justificação:

“[É] nosso entendimento que Elevolution Engenharia não é devedora de qualquer quantia à V/ constituinte.

Vejamos. As garantias bancárias emitidas pelo Banco Espírito Santo, S.A. em liquidação e melhor identificadas em epígrafe, por força da resolução do Banco de Portugal, datada de 03 de Agosto de 2014, e das consequências da mesma, tornaram-se ineficazes em resultado da inibição que a partir dessa data passou a impender sobre a V/ Constituinte de exercer a actividade bancária, facto que impedia que as referidas garantias bancárias fossem accionados pelos seus beneficiários.

Carece, pois, de fundamentação fáctica, contratual ou jurídica o alegado e imputado incumprimento contratual, porquanto foi a V/ Constituinte que, enquanto entidade bancária que passou a estar inibida do exercício de actividade, incumpriu com as obrigações a que estava adstrita por força do contrato de garantia bancária celebrado com a Elevolution Engenharia, ao perder o estatuto de garante do beneficiário, que tinha sido expressamente contratado pelas ordenantes.

Não pode pois o Banco Espírito Santo, em liquidação, exigir às consorciadas o pagamento de comissões que resultem títulos bancários sem validade e eficácia legal, na medida em que não são passíveis de serem accionados pelos respectivos beneficiários”.

11. Em 19 de Março de 2019, o Banco Espírito Santo, S.A., interpelou novamente a ELEVOLUTION para o pagamento da quantia que entendia estar em dívida a título de comissões vencidas e não liquidadas, que à data se cifrava no valor de €278.457,39 (duzentos e setenta e oito mil quatrocentos e cinquenta e sete euros e trinta e nove cêntimos), acrescido dos juros de mora contados desde as datas dos respectivos vencimentos e até efectivo e integral pagamento.

12. Apesar das insistências do Banco Espírito Santo, S.A., para o efeito, a ELEVOLUTION não procedeu, até à presente data, ao pagamento dos

montantes devidos a título de comissões pela prestação das garantias bancárias supra identificadas.

13. Por Deliberação do Conselho de Administração do Banco de Portugal, aprovada em Reunião Extraordinária de 3 de Agosto de 2014, às 20 horas, foi determinada a sujeição do Banco Espírito Santo, S.A., à medida de resolução prevista no artigo 145.º-G, n.º 5, do RGICSF ("Medida de Resolução").

14. Nos termos da Medida de Resolução foi, ainda, determinada a constituição de um banco de transição - Novo Banco -, e a transferência para o mesmo da quase totalidade dos activos, licenças e direitos do Banco Espírito Santo, S.A., incluindo direitos de propriedade, bem como todos os trabalhadores e prestadores de serviços que, até então, se integravam naquele.

15. No que respeita ao Banco Espírito Santo, S.A., o banco de Portugal deliberou que permaneceriam no mesmo "[Q]uaisquer responsabilidades ou contingências de fraude, violações de disposições regulatórias, penais e contraordenacionais" (cfr. a alínea H) da Deliberação do Conselho de Administração do Banco de Portugal, aprovada em Reunião Extraordinária a 11 de Agosto de 2014, às 17 horas, destinada a clarificar e ajustar determinados aspetos das medidas aprovadas na supra referida Deliberação "Activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão do Banco Espírito Santo objeto de transferência para o Novo Banco, SA").

16. Com a subsequente clarificação de que "não foram transferidos do BES para o Novo Banco quaisquer passivos ou elementos extrapatrimoniais do BES que, às 20:00 horas do dia 3 de agosto de 2014, fossem contingentes ou desconhecidos (incluindo responsabilidades litigiosas relativas ao contencioso pendente e responsabilidades ou contingências decorrentes de fraude ou da violação de disposições ou determinações regulatórias, penais ou contra-ordenacionais) independentemente da sua natureza (fiscal, laboral, civil ou outra) e de se encontrarem ou não registadas na contabilidade do BES." (cfr. a alínea A) da Deliberação do Conselho de Administração do Banco de Portugal, aprovada em Reunião Extraordinária a 29 de Dezembro de 2015, destinada a clarificar e ajustar determinados aspectos das medidas aprovadas na supra referida Deliberação).

17. O Banco de Portugal nomeou, ainda, no dia 3 de Novembro de 2014, novos administradores do Banco Espírito Santo, S.A., com o objectivo de gerirem os activos que não foram transferidos para o Novo Banco, S.A.

18. Paralelamente, no dia 11 de Agosto de 2014, o Banco de Portugal aplicou ao Banco Espírito Santo, S.A., as seguintes medidas de intervenção correctiva e providências, com efeitos a 3 de Agosto de 2014:

a) Proibição de concessão de crédito e de aplicação de fundos em quaisquer espécies de activos, excepto na medida em que esta aplicação de fundos se revelasse necessária para a preservação e valorização do seu activo;

b) Proibição de recepção de depósitos;

c) Dispensa, pelo prazo de um ano (posteriormente prorrogado pelo período adicional de um ano, na sequência de Deliberação do Banco de Portugal de 30 de Novembro de 2015, e com produção de efeitos a 3 de Agosto de 2015), da observância das normas prudenciais aplicáveis e do cumprimento pontual de obrigações anteriormente contraídas, excepto se esse cumprimento se revelasse indispensável para a preservação e valorização do seu activo, caso em que o Banco de Portugal poderia autorizar as operações necessárias.

19. Na prática, tais medidas determinaram que, a partir de 3 de Agosto de 2014, o Banco Espírito Santo, S.A., tenha deixado de exercer qualquer actividade bancária, pois ficou impedido de efectuar qualquer uma das operações previstas no artigo 4.º, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, limitando-se o novo órgão de administração a prosseguir os objectivos delineados na Medida de Resolução e nas demais normas legais aplicáveis, designadamente nas que regulam a adopção dessa mesma medida.

20. De acordo com o Banco de Portugal, a Medida de Resolução foi desencadeada na sequência e devido à informação divulgada pelo Banco Espírito Santo, S.A., junto da CMVM, em 30 de Julho 2014 ("Comunicação BES de 30 de Julho de 2014").

21. Na referida comunicação, o Banco Espírito Santo, S.A., divulgou prejuízos no montante global de €3.577,3M com referência à actividade do primeiro semestre de 2014, resultantes, por sua vez, de encargos com imparidades e contingências no montante global de €4.253,5M.

22. Assim, segundo o Banco de Portugal "As perdas registadas vieram alterar substancialmente os rácios de capital do BES, a nível individual e consolidado, colocando-o globalmente em níveis muito inferiores aos mínimos exigidos pelo Banco de Portugal, que se situam atualmente nos 7% para os rácios Common Equity Tier 1 (CET1) e Tier 1 (T1) e nos 8% para o rácio total...".

23. O que configurou “um grave incumprimento dos requisitos mínimos de fundos próprios do Banco Espírito Santo, SA, em base consolidada, não respeitando, deste modo, os rácios mínimos de capital exigidos pelo Banco de Portugal, nos termos do artigo 94.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras...”.

24. Neste contexto, já por carta datada de 29 de Julho de 2014, o Banco de Portugal tinha solicitado ao Banco Espírito Santo, S.A., a sua recapitalização, tendo este último comunicado, no dia 31 de Julho de 2014, que não era possível concretizar tal solução.

25. De acordo com o Banco de Portugal o Banco Espírito Santo, S.A., encontrava-se numa “situação de grave insuficiência de liquidez, sendo que, desde o fim de junho até 31 de julho [de 2014], a posição de liquidez do Banco Espírito Santo, S.A., diminuiu em cerca de 3.350 milhões de euros”, o que determinou que o Banco Espírito Santo, S.A., se tivesse visto “forçado a recorrer à cedência de liquidez em situação de emergência (ELA - Emergency Liquidity Assistance) por um valor que atingiu, na data de 1 de agosto, cerca de 3.500 milhões de euros”, porquanto já não podia recorrer “a fundos obtidos em operações de política monetária, por esgotamento dos ativos de garantia aceites para o efeito e também pela limitação imposta pelo BCE em relação ao aumento do recurso do BES às operações de política monetária”.

26. No dia 1 de Agosto de 2014, o Conselho do Banco Central Europeu decidiu (i) suspender o estatuto de contraparte do Banco Espírito Santo, S.A., com efeitos a partir do dia 4 desse mês, e (ii) obrigar esta instituição bancária a reembolsar o crédito de aproximadamente €10.000M ao Eurosistema.

27. De acordo com o Banco de Portugal, “a decisão do BCE de suspensão do Banco Espírito Santo, SA, como contraparte de operações de política monetária tornou insustentável a situação de liquidez deste, que já o tinha obrigado a recorrer excecionalmente, com especial incidência nos últimos dias, à cedência de liquidez em situação de emergência por parte do Banco de Portugal.”.

28. Ainda, segundo o Banco de Portugal, os factos supra expostos “colocaram o Banco Espírito Santo, S.A., numa situação de risco sério e grave de incumprimento a curto prazo das suas obrigações e, em consequência, dos requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade, nos termos dos n.ºs 1 e 3, alínea c) do artigo 145.º - C do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), pelo

que, não sendo tomada, com urgência, a medida de resolução ora adotada, a instituição caminhará inevitavelmente para a suspensão de pagamentos e para a revogação da autorização nos termos do artigo 23.º do RGICSF, com a consequente entrada em processo de liquidação, o que representaria um enorme risco sistémico e uma séria ameaça para a estabilidade financeira."

29. Na sequência da aplicação da Medida de Resolução supramencionada, que esteve em vigor durante cerca de dois anos, em 13 de Julho de 2016, o Banco Central Europeu revogou a autorização do Banco Espírito Santo, S.A., para o exercício da actividade bancária, a partir das 19 horas desse dia, o que implicou a dissolução e a entrada em liquidação do banco.

30. Esta decisão do Banco Central Europeu não foi objecto de impugnação para o Tribunal Geral, nos termos do artigo 263.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

31. Na sequência dessa deliberação, o Banco de Portugal requereu a liquidação judicial do Banco Espírito Santo, S.A., tendo sido proferido despacho de prosseguimento em 21 de Julho de 2016, no âmbito do Processo n.º 18588/16...., da ... Secção do Comércio da Instância Central da Comarca

32. No despacho de prosseguimento dos autos de liquidação judicial, datado de 21 de Julho de 2016, o Tribunal Judicial nomeou, no âmbito dos autos principais e a pedido do Banco de Portugal, os Exmos. Sr.ºs Dr.ºs AA, BB e CC para formar a Comissão Liquidatária do Banco Espírito Santo, S.A..

33. De acordo com este despacho de prosseguimento, foi fixado em 30 dias o prazo para a reclamação de créditos.

34. Este despacho foi publicado na plataforma Citius no dia 22 de Julho de 2016.

35. Por despacho proferido em 8 de Setembro de 2016, o Tribunal entendeu aplicar-se subsidiariamente o disposto no artigo 569.º, n.º 2, do Código de Processo Civil.

36. A Comissão Liquidatária do Banco Espírito Santo, S.A., apresentou no apenso CQ a lista dos créditos reconhecidos e não reconhecidos.³

37. A Comissão Liquidatária do Banco Espírito Santo, S.A., reconheceu ao Banco Exterior da Argélia um crédito no valor de € 3.607.283,99, sob condição suspensiva.

38. A OPWAY ENGENHARIA, S.A., foi declarada insolvente por sentença de 6 de Agosto de 2019, no processo n.º 6746/19...., deste Juiz

39. Neste processo o Banco Espírito Santo, S.A., reclamou um crédito no valor de €52.285.139,76, tendo o mesmo sido provisoriamente reconhecido pelo administrador de insolvência.

*

III - O sumário do acórdão recorrido tem o seguinte teor:

«I. Tendo uma instituição de crédito ficado impedida de exercer qualquer actividade bancária na sequência de aplicação de medida de resolução e posterior liquidação judicial, tal impedimento estende-se à obrigação de dar execução às garantias (contragarantias) bancárias autónomas, na modalidade à primeira solicitação, que por si tinham sido emitidas em momento anterior à aplicação das referidas medidas.

II. Assim, não obstante a figura da garantia bancária corresponder a um negócio complexo no qual coexistem três (ou quatro) relações jurídicas autónomas entre si, estando as mesmas conexas, não se justifica exigir ao ordenante da garantia (devedor) o pagamento das comissões acordadas com o banco garante, porquanto a causa que justificou a emissão das garantias (satisfação automática do crédito do beneficiário, isto é, logo que solicitada) não poderá mais ser satisfeita nos moldes em que foi acordada.

III. Ocorre, assim, uma impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação assumida pelo garante perante o ordenante, que, sendo apenas ao primeiro imputável, exime este último de cumprir com a sua obrigação perante aquele (pagamento das comissões bancárias)».

Sendo estas, em síntese, as razões pelas quais naquele acórdão, sendo confirmada a sentença de 1ª instância, se concluiu não ser devido à A. o pagamento das comissões bancárias, que esta reclama receber.

Nas conclusões que apresentou, considera a recorrente que aquele acórdão está alicerçado em três premissas fundamentais, das quais a recorrente discorda, ou seja: a) que no contexto da prestação de uma garantia autónoma, o garante tem a obrigação, perante o ordenante, de manter condições para que a garantia possa ser cumprida – quando a obrigação do garante é, somente, a de celebrar o contrato de garantia autónoma; b) que o regime da impossibilidade de cumprimento é aplicável a obrigações pecuniárias – quando

a impossibilidade de cumprimento da obrigação não pode dar-se em relação às obrigações pecuniárias; c) que, por força da declaração de insolvência do garante, as obrigações que sobre si impendem perante o beneficiário de uma garantia autónoma à primeira solicitação e perante o ordenante se extinguem por impossibilidade – o que não é compatível com o que resulta da conjugação das normas do RGICSF com as do CIRE.

Refere a recorrente que «importa esclarecer se, a partir de 04/08/2014, data da deliberação da aplicação da medida de resolução pelo Banco de Portugal (BdP), poderá ser exigido à Ré, aqui Recorrida, o pagamento das comissões devidas pelas garantias bancárias autónomas, na modalidade on first demand (à primeira solicitação) emitidas pelo BES a favor de terceiros, seus beneficiários» (conclusão C).

Face ao teor das conclusões apresentadas, a **questão** que nos importa resolver no presente recurso reconduz-se, essencialmente, a concluirmos se a R. continua vinculada ao pagamento à A. das comissões estipuladas no contrato que a R. celebrara com o BES, tendo em consideração as eventuais consequências decorrentes da resolução e da posterior liquidação judicial daquele Banco para as garantias autónomas bancárias à primeira solicitação de cuja prestação as ditas comissões eram contrapartida.

*

IV - 1 – Começamos a nossa análise ponderando o que respeita às garantias bancárias a que se reportam os autos – é a delineação e regime destas que, no cruzamento com as consequências decorrentes das medidas aplicadas ao BES, nos permitirá encontrar a solução para o caso concreto.

Sabemos que entre os anos de 2006 e 2011, no exercício da sua actividade enquanto instituição de crédito, o «Banco Espírito Santo, S.A.», emitiu um conjunto de garantias bancárias, por ordem do Consórcio constituído pelas empresas «EDIFER – Construções Pires Coelho & Fernandes, S.A.» (actualmente, «ELEVOLUTION Engenharia, S.A.», R. nos presentes autos), «Opway Engenharia, S.A.» (“Opway”) e «BEMPOSTA – Investimentos Turísticos do Algarve, S.A.» (“Bemposta”), garantias essas emitidas a favor de um conjunto de beneficiários com quem aquele Consórcio mantinha relações comerciais; a responsabilidade pelas garantias, respectivos custos de emissão e pagamento das comissões era repartida, consoante então estabelecido, sendo que no que respeita às emitidas a favor do BEA (Banco Exterior da Argélia) a responsabilidade incumbia na proporção de 50% à aqui R..

Sabemos, ainda, que através da emissão destas garantias, o «Banco Espírito Santo, S.A.» garantiu o exacto e pontual cumprimento das obrigações que o Consórcio assumiu perante os beneficiários, assegurando o pagamento "após primeira interpelação feita por escrito", "com exclusão dos benefícios de excussão prévia e de divisão", não carecendo o «Banco Espírito Santo, S.A.» de "averiguar o fundamento da interpelação, e será efectuado independentemente da autorização, concordância, ou quaisquer razões em contrário invocadas pelo Consórcio". Como contrapartida da prestação das garantias identificadas as entidades integrantes do Consórcio, na qualidade de ordenantes, ficaram obrigadas a proceder ao pagamento de comissões bancárias ao Banco Espírito Santo, S.A., em montante acordado entre as partes.

Não é posto em causa que estejamos perante *garantias bancárias autónomas à primeira solicitação*.

No sistema jurídico português a garantia autónoma *apenas pode ser emitida por instituições de crédito ou sociedades financeiras* – arts. 4, nº 1-b) e 8, nº 2 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

Comenta, a propósito, Menezes Cordeiro ([1]) que o «beneficiário de uma garantia autónoma procura segurança e profissionalismo», que o «garante terá de apresentar uma absoluta robustez económica e financeira» e que o «emitente deverá ser conhecido na praça, enquanto entidade credível e com fundos tendencialmente ilimitados».

Nas palavras de Inocêncio Galvão Telles ([2]) a *garantia bancária autónoma* «é a garantia pela qual o banco que a presta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de alegada inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato-base) sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com esse mesmo contrato».

Numa outra aproximação dizia Menezes Cordeiro ([3]): «A garantia autónoma é, no essencial, um contrato celebrado entre o interessado - o mandante - e o garante, a favor de um terceiro - o garantido ou beneficiário. Por vezes, ela é configurada como um contrato celebrado entre o garante e o beneficiário; porém, é do mandante que o garante recebe a comissão.

A interpretação do texto da garantia é essencial para determinar o seu alcance. No entanto, toda a garantia autónoma comporta alguns traços

essenciais comuns que surgem, de modo pacífico, na doutrina e na jurisprudência».

Vindo a referir, todavia: «A gba é, muitas vezes, imputada a um prévio contrato, concluído entre o banqueiro emitente e o mandante ou ordenante: vamos designá-lo “contrato de emissão de garantia”. (...) Normalmente, existe um segundo contrato, entre o mandante e o beneficiário da garantia, que estabelece a obrigação garantida e que constitui o dever do mandante de apresentar, a favor a contraparte, a gba em jogo» ([4]).

Segundo Fátima Gomes ([5]), na medida em que o contrato de garantia se distingue da fiança, não podendo o garante opor ao beneficiário as excepções próprias do ordenante, diz-se que é um *negócio autónomo ou independente*; mas nem por isso é um contrato sem causa ou com causa presumida, antes pelo contrário *sendo causal e, simultaneamente autónomo*. Acrescentando que a causa do contrato de garantia é assegurar a cobertura de um determinado resultado (objecto da garantia), assumindo o risco da sua não produção ou verificação, com a consequente possibilidade de apelo à garantia.

Para Almeida Costa e Pinto Monteiro ([6]) «a causa da garantia autónoma, a finalidade económico-social que serve, o seu escopo, é precisamente garantir determinado contrato base, finalidade esta objectivada na própria carta de garantia e nos contratos (entre o credor e o devedor e entre este e o banco) que a precedem».

A garantia autónoma diz-se *simples ou à primeira solicitação*. Naquela o beneficiário provoca o seu funcionamento alegando e demonstrando o não cumprimento da obrigação principal; nesta, a garantia funciona a pedido do beneficiário que nada tem que demonstrar, bastando-lhe invocar o não cumprimento.

Consoante refere Fátima Gomes ([7]), através da cláusula de “pagamento à primeira solicitação” o garante assume a obrigação de proceder ao pagamento da quantia estipulada no contrato de garantia *com base num simples pedido do beneficiário*, sem que tenha de investigar do bem fundado do pedido que lhe é feito. Isto *sem prejuízo da recusa de pagamento da garantia em caso de prova líquida e inequívoca de fraude manifesta/abuso evidente/má fé patente por parte do beneficiário* ([8]).

Segundo Galvão Telles diremos que «a garantia autónoma é uma figura triangular». Efectivamente, a garantia bancária autónoma assenta, em regra,

num triângulo cujas faces correspondem a *três relações jurídicas distintas* ([9]):

1 - Uma primeira, o *contrato-base* (de compra e venda, de cooperação industrial, de transferência de tecnologia, etc.) celebrado entre duas partes, (A e B) que constitui a *relação jurídica principal ou subjacente que se pretende garantir*;

2 - Uma segunda, um *contrato classificado habitualmente como sendo de mandato celebrado entre o devedor da relação principal (A) e o garante (C)* pelo qual este se obriga, mediante uma determinada retribuição a prestar uma garantia ao credor/beneficiário (B), salvaguardando o seu direito de regresso imediato contra o devedor-dador de ordem (A);

3 - Uma terceira, o *contrato autónomo de garantia celebrado entre o garante (C) e o credor/beneficiário (B)* pelo qual o primeiro se obriga a entregar uma soma pecuniária determinada ao segundo, logo que este prove o incumprimento da relação jurídica subjacente (tratando-se de contrato autónomo de garantia simples) ou de imediato, quando este o interpele a realizar essa prestação (contrato autónomo de garantia automática ou “à primeira solicitação”), mas renunciando logo o garante (C), em qualquer caso, a opor ao beneficiário (A) as excepções relativas quer à relação jurídica principal, quer ao contrato celebrado com o dador da ordem.

A propósito da *segunda relação* que mencionámos, referente ao *contrato celebrado entre o devedor e o banco/garante*, nas palavras de Miguel Pestana de Vasconcelos ([10]) o mesmo «tem como conteúdo a obrigação do garante de celebrar em determinados termos, aí fixados, o contrato de garantia autónoma com o credor, mediante uma contrapartida patrimonial por parte do devedor/ordenante. Estão, igualmente, aqui previstos o dever de reembolso do banco, em caso de execução da garantia, as condições em que tal se fará, bem como as garantias desse eventual futuro direito do garante face ao ordenante, pelo qual o primeiro tutela a sua posição». Acrescentando que *esse contrato é um mandato, pelo qual o garante se obriga a praticar um acto jurídico em nome próprio, por conta do ordenante, mas que o seu conteúdo é mais amplo do que o de um simples mandato*.

Francisco Cortez ([11]) defende que a prestação a que o banco se obriga, no âmbito do acordo celebrado com o devedor da relação jurídica principal, tem por objecto fundamental um contrato (autónomo, de garantia) e não uma simples actividade de carácter material e que garantir a relação jurídica de

base é a causa do próprio contrato, concluindo que estamos perante um contrato de *mandato sem representação, oneroso, dada a retribuição que é fixada a favor do garante*.

Considerando que o contrato de garantia, sendo um contrato autónomo, assenta na ordem que o garantido dá ao garante de, verificados certos pressupostos, pagar ao beneficiário, entendem Romano Martinez e Fuzeta da Ponte ([12]) que «esta ordem, *integra-se tendencialmente na estrutura negocial de um mandato*». Salientando, adiante ([13]), que a «*garantia bancária tem por base uma obrigação que se pretende garantir e pressupõe a existência de dois negócios jurídicos coligados: entre o banco e o devedor garantido e entre o banco e o credor beneficiário*» (itálico nosso)

Por vezes em vez da citada figura triangular surge-nos uma *estrutura quadrangular*, composta por quatro contratos. Na exposição de Miguel Pestana de Vasconcelos ([14]), assim sucederá «sempre que o credor exija que a garantia autónoma seja prestada por um banco da sua nacionalidade (e é com este que se celebra o contrato de garantia autónoma). Nesse caso, teremos que incluir neste conjunto de relações a que se estabelece entre o banco da nacionalidade do devedor e o banco da nacionalidade do credor, que, conforme se disse, lhe presta a garantia. Deste contrato resulta a obrigação para o último banco referido (o banco da nacionalidade do credor) de celebrar o contrato de garantia, obrigando-se a outra instituição de crédito (o banco da nacionalidade do devedor) a entregar-lhe o que o primeiro pagar ao beneficiário na eventualidade de a garantia ser acionada, além de prestar contragarantias (decorre daqui, também, a remuneração de um banco ao outro).

A estas relações haverá, claro, (...) que juntar o contrato base donde nasce a obrigação garantida e o contrato entre o devedor e o banco da sua nacionalidade (que depois celebrará o referido contrato com o segundo banco)».

Também Romano Martinez e Fuzeta da Ponte ([15]) a propósito da designada “*contragarantia*”, dão nota de que no «comércio internacional, por vezes, o credor beneficiário exige que a garantia seja prestada por um banco do seu país e, nesse caso, pode ocorrer o seguinte: o devedor ajusta uma garantia bancária com o seu banco a favor de uma instituição bancária sediada no Estado do credor e este segundo banco confere garantia bancária ao credor beneficiário».

O estabelecimento de uma garantia autónoma *implica a concessão eventual de um crédito equivalente ao do montante garantido*, mediante uma *contrapartida – a comissão*. Ou seja, *o garante recebe uma contraprestação* para, na eventualidade de ocorrência de certos factos, pagar uma quantia a terceiro, constituindo-se credor do garantido por essa importância ([\[16\]](#)).

Saliente-se que a execução da garantia se reconduz ao pedido feito pelo beneficiário de que o garante honre o seu compromisso e proceda ao pagamento dos montantes estabelecidos, sendo que *o garante, solicitado a pagar a garantia bancária, deverá fazê-lo sem diferimento*, a não ser que esteja previsto no contrato de garantia que a obrigação de pagar só surge depois de decorrido determinado número de dias sobre a solicitação ([\[17\]](#)).

*

IV - 2 - Resulta dos factos provados que por Deliberação do Conselho de Administração do Banco de Portugal, aprovada em Reunião Extraordinária de 3 de Agosto de 2014, às 20 horas, foi determinada a sujeição do Banco Espírito Santo, S.A., à *medida de resolução prevista no artigo 145.º-G, n.º 5, do RGICSF* ("Medida de Resolução"). Nos termos dessa Medida de Resolução foi, ainda, determinada a *constituição de um banco de transição* - «Novo Banco» - e a transferência para o mesmo da quase totalidade dos activos, licenças e direitos do Banco Espírito Santo, S.A., incluindo direitos de propriedade, bem como todos os trabalhadores e prestadores de serviços que, até então, se integravam naquele. No que respeita ao «Banco Espírito Santo, S.A.», o Banco de Portugal deliberou que permaneceriam no mesmo "[Q]uaisquer responsabilidades ou contingências de fraude, violações de disposições regulatórias, penais e contraordenacionais"; com a subsequente clarificação de que "não foram transferidos do BES para o Novo Banco quaisquer passivos ou elementos extrapatrimoniais do BES que, às 20:00 horas do dia 3 de agosto de 2014, fossem contingentes ou desconhecidos (incluindo responsabilidades litigiosas relativas ao contencioso pendente e responsabilidades ou contingências decorrentes de fraude ou da violação de disposições ou determinações regulatórias, penais ou contra-ordenacionais) independentemente da sua natureza (fiscal, laboral, civil ou outra) e de se encontrarem ou não registadas na contabilidade do BES."

No dia 11 de Agosto de 2014, o Banco de Portugal aplicou ao «Banco Espírito Santo, S.A.», as seguintes *medidas de intervenção correctiva e providências*, com efeitos a 3 de Agosto de 2014:

a) Proibição de concessão de crédito e de aplicação de fundos em quaisquer espécies de activos, excepto na medida em que esta aplicação de fundos se revelasse necessária para a preservação e valorização do seu activo;

b) Proibição de recepção de depósitos;

c) Dispensa, pelo prazo de um ano (posteriormente prorrogado pelo período adicional de um ano, na sequência de Deliberação do Banco de Portugal de 30 de Novembro de 2015, e com produção de efeitos a 3 de Agosto de 2015), da observância das normas prudenciais aplicáveis e do cumprimento pontual de obrigações anteriormente contraídas, excepto se esse cumprimento se revelasse indispensável para a preservação e valorização do seu activo, caso em que o Banco de Portugal poderia autorizar as operações necessárias.

Consoante resultou provado, na prática, tais medidas determinaram que, a partir de 3 de Agosto de 2014, o Banco Espírito Santo, S.A., tenha deixado de exercer qualquer actividade bancária, pois ficou impedido de efectuar qualquer uma das operações previstas no artigo 4.º, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, limitando-se o novo órgão de administração a prosseguir os objectivos delineados na Medida de Resolução e nas demais normas legais aplicáveis, designadamente nas que regulam a adopção dessa mesma medida.

Saliente-se que a situação em discussão nos presentes autos resulta da circunstância não posta em causa, sendo premissa de partida, de as garantias bancárias autónomas à primeira solicitação a que concretamente nos reportamos não terem passado para o banco de transição, *mantendo-se na esfera do BES.*

Na sequência da aplicação da Medida de Resolução que esteve em vigor durante cerca de dois anos, em 13 de Julho de 2016, *o Banco Central Europeu revogou a autorização do Banco Espírito Santo, S.A., para o exercício da actividade bancária, a partir das 19 horas desse dia, o que implicou a dissolução e a entrada em liquidação do banco; no prosseguimento dessa deliberação, o Banco de Portugal requereu a liquidação judicial do Banco Espírito Santo, S.A., tendo sido proferido despacho de prosseguimento em 21 de Julho de 2016, no âmbito do Processo n.º 18588/16...., da ... Secção do Comércio da Instância Central da Comarca*

Aquela liquidação é regida pelo disposto no dl 199/2006, de 25-10 (Regime Jurídico de Liquidação e Saneamento de Instituições de Crédito e Sociedades

Financeiras), com as alterações decorrentes do dl 31-A/2012, de 10-2, e, *em tudo o que ali não estiver previsto, pelo CIRE* – assim, as normas relativas à reclamação e verificação de créditos, restituição e separação de bens, efeitos da declaração de insolvência (ver o art. 8, nº 1 e o art. 9, nº 3, do dl 199/2006).

Ponderou-se no acórdão recorrido:

«... conclui a 1.ª instância que a resolução do BES e, posteriormente, a sua liquidação judicial, conduziram à impossibilidade de manutenção das garantias bancárias que estavam em vigor e subseqüentemente à inexigibilidade das comissões pretendidas pela autora e referentes ao período que se iniciou a partir de 03/08/2014.

Subscrevemos tal entendimento.

Estando em causa garantias bancárias autónomas à primeira solicitação, como já referido, caracterizam-se as mesmas, não apenas pela sua autonomia, mas igualmente pela sua automaticidade, ou seja, terá o garante de proceder ao pagamento imediato do montante nelas titulado logo que assim seja exigido pelo beneficiário (sem que tal pagamento possa ser questionado).

O pagamento basta-se, assim, com o pedido efectuado pelo beneficiário. Ora, no caso, tal automaticidade deixou de existir.

Com efeito, na sequência da Resolução do BdP de 03/08/2014, o BES deixou de exercer a actividade bancária, porquanto ficou impedido de efectuar qualquer uma das operações previstas no artigo 4.º do RGICSF, nessa medida, não lhe sendo possível cumprir com as garantias autónomas à primeira solicitação que havia emitido (ou seja, pagar de imediato aos beneficiários caso tais garantias fossem accionadas).

Tal impossibilidade de cumprimento, como refere a 1.ª instância, manteve-se e agravou-se com a dissolução e a entrada em liquidação do banco (liquidação essa que se tornou irreversível – cfr. artigo 5.º, n.º 2 do Dec.-Lei n.º 199/2006), tanto mais que, como resulta do n.º 2 do artigo 8.º do Dec.-Lei n.º 199/2006, a decisão de revogação da autorização pelo BdP produz os efeitos da declaração de insolvência.

(...)

Consequentemente, se o BES deixou de poder executar as garantias (pagamentos) nos moldes em que se obrigou (insiste-se, pagamento imediato

após solicitação do beneficiário), não se justifica que continuem a ser cobradas as comissões que a ré se obrigou a pagar precisamente por conta de tais garantias.

A tal conclusão não obsta a alegação segundo a qual sempre aos beneficiários seria possível ver os seus créditos satisfeitos através da reclamação de créditos.

Senão vejamos.

No âmbito de um qualquer processo de insolvência ter-se-á de dar satisfação proporcional dos direitos de todos os credores (ressalvados aqueles que sejam titulares de direitos que gozem de prevalência sobre os demais), em condições de igualdade (par conditio creditorum) – cfr. artigo 604.º do CCivil.

Tal processo mais não é do que uma execução universal cuja finalidade é a liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores, pelo que todas as questões que influam na determinação do activo e do passivo do insolvente deverão ser resolvidas no próprio processo (princípio da universalidade) - cfr. artigos 46.º, 90.º e 128.º e ss. do CIRE.

Nessa medida, nunca as garantias bancárias aqui em causa, em caso de accionamento, poderiam ser pagas nos moldes em que foram contratadas e subsequentemente emitidas (de imediato, à primeira solicitação), sob pena de se violar o preceituado no CIRE em matéria de graduação de créditos e respectivo pagamento – cfr. artigos 172.º e ss. do CIRE.»

Em linhas gerais entendemos assistir razão ao Tribunal da Relação no que respeita ao que acabámos de transcrever.

Consoante se encontra provado, o BES assegurou o pagamento das garantias aos respectivos beneficiários, *“após primeira interpelação feita por escrito”,* não carecendo de *“averiguar o fundamento da interpelação”* e sendo o pagamento realizado *“independentemente da autorização, concordância, ou quaisquer razões em contrário invocadas pelo Consórcio”*.

Como antes referido, estamos perante *garantias bancárias autónomas à primeira solicitação*; trata-se de uma garantia *automática*, «porque o banco deve pagar logo que lhe é exigido, sem poder formular quaisquer objecções» ([18]), uma *garantia tão forte como o depósito de dinheiro ou de valores*. Face

a esta garantia “*paga-se primeiro, discute-se depois*” - tudo se passa como se o banco, «no momento em que se obrigou perante o beneficiário, tivesse depositado à ordem deste o montante estipulado na garantia. Esta funciona, assim, como substituto de um depósito de dinheiro ou de valores à ordem do credor/beneficiário, sem os inconvenientes que a imobilização do dinheiro acarretaria, não podendo essa substituição, porém, prejudicar o credor» ([19]).

Ora, depois da entrada em vigor das mencionadas medidas de resolução e de intervenção correctiva, com efeitos a partir de 3-8-2014, o BES *deixou de exercer a actividade bancária*; após, em 13-7-2016, o BCE *revogou a autorização do BES para o exercício da actividade bancária* e o Banco de Portugal requereu a liquidação judicial do BES, tendo sido proferido despacho de prosseguimento em 21-7-2016; a decisão de revogação da autorização *produziu os efeitos da declaração de insolvência, entrando o BES em liquidação judicial*.

Deste modo, ainda com mais clareza com a dissolução e entrada em liquidação do BES, este *deixou de poder dar cumprimento às (contra) garantias a favor do BEA, com a conformação que as mesmas possuíam e nos precisos termos em que se havia obrigado* - ou seja, correndo termos o processo de liquidação judicial, *não se vislumbra como poderá ser dado pagamento ao beneficiário da garantia logo que ele o exija, nos termos que haviam sido acordados com a R..* Isto, quando sabemos que o garante, solicitado a pagar a garantia bancária, *deverá fazê-lo sem diferimento* (a não ser que esteja previsto no contrato de garantia que a obrigação de pagar só surge depois de decorrido determinado número de dias sobre a solicitação).

A insolvência é, em regra, um processo *universal*, alcançando todo o património do devedor e é um processo *concursal*, sendo a ele chamados os credores do insolvente, visando atingir-se a igualdade entre os credores que estejam nas mesmas condições.

O BES *deixou de exercer a actividade bancária* e as garantias bancárias autónomas (mais precisamente, contra-garantias) à primeira solicitação que prestou não correspondem, agora, a uma “garantia tão forte como o depósito de dinheiro ou de valores” - ***deixaram de ter as características acordadas***: obviamente que o eventual reconhecimento de um crédito no âmbito do processo de liquidação de um banco, com todas as contingências que decorrem dos termos da respectiva graduação ([20]) é algo de muito diferente daquelas garantias.

A recorrente argumenta com o reconhecimento pela Comissão Liquidatária ao BEA de um crédito emergente das garantias prestadas, sob condição suspensiva de serem accionadas as garantias (conclusão ZZ). Efectivamente, provou-se que a Comissão Liquidatária do Banco Espírito Santo, S.A., veio a apresentar no apenso CQ a lista dos créditos reconhecidos e não reconhecidos, havendo reconhecido ao Banco Exterior da Argélia um crédito no valor de € 3.607.283,99, sob condição suspensiva – todavia, nos termos acima aludidos, tal não corresponde à mesma realidade que a garantia convencionada com a R..

Com a própria recorrente menciona, (conclusão YY) os beneficiários das garantias poderão reclamar os seus créditos e «se houver ativo do insolvente a repartir pelos credores, os beneficiários da garantia poderão obter a satisfação dos seus créditos no processo de insolvência».

O que nos leva a repetir que se trata de algo de muito diferente das garantias supra referidas.

*

IV - 3 - Como dissemos, o contrato de garantia, sendo um contrato autónomo da relação base estabelecida entre o credor e o devedor, assenta na ordem que o garantido (aquele devedor) dá ao garante de, verificados certos pressupostos, pagar ao beneficiário (aquele credor), ordem essa que se integrará tendencialmente na estrutura negocial de um mandato.

Temos, como também já referimos, *dois negócios jurídicos coligados* ([\[21\]](#)): entre o banco e o devedor garantido e entre o banco e o credor beneficiário.

Entre o banco e o credor beneficiário celebrou-se um contrato, mas um contrato não sinalagmático, uma vez que apenas criou obrigações para o banco garante. Nas palavras de Francisco Cortez ([\[22\]](#)) o *contrato autónomo de garantia* é o «contrato celebrado entre uma entidade, geralmente um banco, por conta (mandato sem representação) de um devedor de uma relação jurídica de base, e o credor desta relação, pelo qual o primeiro (o garante), se obriga, com o objectivo de assegurar a plena satisfação do direito de crédito do segundo (o beneficiário), a entregar-lhe, sem lhe poder opor qualquer excepção relativa a uma vicissitude controvertida dessa relação jurídica de base ou do contrato de mandato, uma determinada quantia pecuniária, logo que este (o beneficiário) prove o incumprimento da correlativa obrigação pelo

devedor ou, noutra modalidade, a automática, o interpele simplesmente, nos termos e na forma acordados, para tal».

O outro negócio jurídico *coligado com aquele* é o *contrato celebrado entre o banco/garante e o devedor garantido* (essencialmente correspondente a um mandato sem representação, como supra aludido) – por via do qual «o banco garante se obriga perante o devedor da relação jurídica principal, também designado “dador da ordem”, em contrapartida de certa retribuição, a celebrar com o correlativo credor um contrato autónomo de garantia» ([23]).

Mais precisamente, como referem Romano Martinez e Fuzeta da Ponte ([24]): «*O estabelecimento de uma garantia autónoma implica a concessão eventual de um crédito equivalente ao do montante garantido, mediante uma contrapartida (chamada comissão). O garante recebe uma contraprestação para, na eventualidade de ocorrência de certos factos, pagar uma quantia a terceiro, constituindo-se credor do garantido por essa importância*».

O BES, afinal, *convencionou com a R.* a concessão (eventual) de um crédito equivalente ao do montante garantido, *mediante a correspectiva contrapartida* - a chamada comissão. *As comissões recebida pelo A. são a contraprestação de, na hipótese de ocorrerem certos factos, pagar uma quantia ao beneficiário garantido* (nos termos com ele fixados) *constituindo-se credor da R. por essa importância*.

A apelante sustenta que as garantias emitidas pelo BES se mantêm válidas e eficazes (conclusão AA) sendo-lhe devidas as comissões bancárias vencidas a partir de 3-8-2014.

Sucede que o BES, a partir de Agosto de 2014, pelas razões enunciadas, deixou de poder proceder ao pagamento da quantia garantida ao beneficiário, consoante estabelecido - *a convencionada concessão (eventual) de um crédito equivalente ao do montante garantido* (nos termos acordados) *não se poderá verificar*. Como vimos, *a concreta garantia convencionada (entre o BES e a R.), com as características acordadas, deixou de existir*.

O *sinálagma* ao correspectivo pagamento das comissões pressuporá, do lado do banco/garante, não só a *celebração do contrato de garantia* com o credor, mas, também, a ***manutenção da relação contratual (de garantia) estabelecida, nos termos previstos***, com o objecto convencionado. Não nos parece, assim, que o contrato estivesse já inteiramente cumprido pela A. bastando para o efeito esta ter celebrado o acordo com o beneficiário.

Concordamos, pois, com o Tribunal da Relação quando, no acórdão recorrido refere: «A prestação a que o banco se obrigou perante a ré não se reduz a um mero acto de emissão da garantia/contragarantia, abrangendo ainda a manutenção de condições para que a mesma possa ser honrada, executada, cumprida - mesmo que o beneficiário não venha a solicitar o seu pagamento, sempre o banco garante terá de estar apto a satisfazer o crédito».

*

IV - 4 - Considerou o Tribunal de 1ª instância que estando o A. impossibilitado de cumprir as garantias autónomas à primeira solicitação, atenta a resolução e posterior liquidação do BES, se verificou uma situação de impossibilidade superveniente de realização da prestação acordada, nenhuma responsabilidade podendo ser imputada á R. pela impossibilidade de prestação da A. e encontrando-se extinta a obrigação de liquidação das comissões bancárias e respectivos juros.

O Tribunal da Relação sufragou o mesmo entendimento, aderindo ao exposto na sentença.

Vejamos.

O devedor pode ver-se na *impossibilidade de cumprir*, por circunstâncias total ou parcialmente estranhas à sua vontade e de natureza objectiva ou subjectiva.

À impossibilidade objectiva e à impossibilidade subjectiva referem-se, respectivamente, os arts. 790 e 791 do CC.

Consoante ensinava Antunes Varela ([\[25\]](#)): «A prestação torna-se impossível quando por qualquer circunstância (legal, natural ou humana) o comportamento exigível do devedor se torna inviável, Se a inviabilidade respeita a todos, porque ninguém pode efectuar a prestação ... a impossibilidade é objectiva; se apenas o devedor a não pode executar ... mas outros o podem fazer, a impossibilidade diz-se subjectiva».

Para que a obrigação se extinga por impossibilidade ela terá de ser, para além de superveniente (ocorrendo depois da celebração do negócio), objectiva (mas, também, poderá ser subjectiva, nos termos previstos no art. 791 do CC), absoluta (o impedimento é um obstáculo inultrapassável), total (recai sobre toda a prestação) e definitiva. Dá-nos conta Catarina Monteiro Pires ([\[26\]](#)) que a doutrina alemã vem salientando que a determinação do carácter

temporário (ou, ao invés, definitivo) da impossibilidade «depende de uma avaliação a realizar quando da verificação do impedimento e traduz-se num juízo de prognose sobre suscetibilidade de cessação deste último de acordo com critérios de razoabilidade». Menezes Cordeiro ([27]) distingue a (im)possibilidade temporária ou definitiva «em função da sua extensão temporal e em termos de previsibilidade: no primeiro caso é previsível que ela cesse, ao contrário do que sucede no segundo». Para Brandão Proença ([28]) a impossibilidade diz-se definitiva quando não for possível o cumprimento da prestação «por razões físicas ou pela circunstância de não interessar ao credor a sua receção tardia».

O art. 790 remete para a impossibilidade em causa resultar de circunstâncias não imputáveis ao devedor – o que nos conduz à ausência de culpa deste. Assim, a impossibilidade superveniente de uma prestação dir-se-á *não imputável ao devedor* quando não tenha advindo de uma actuação culposa deste, isto é, de uma conduta destinada a inviabilizar a prestação ou da inobservância dos deveres de cuidado inerentes ao caso ([29]).

A impossibilidade não imputável ao devedor poderá ter a ver com situações fortuitas ou de força maior, impedimentos legais, condutas de terceiros, actuações voluntárias do credor, ou, ainda, quaisquer circunstâncias não culposas atribuíveis ao devedor ([30]).

Na sequência, o art. 795 do CC completa o regime previsto nas normas antecedentes, dispondo, nomeadamente, que quando no *contrato bilateral* uma das prestações se torne impossível o credor fica desobrigado da sua prestação.

Consoante menciona Brandão Proença ([31]) sendo a norma aplicável a uma *impossibilidade superveniente objectiva* (ou subjectiva equiparada), *absoluta, total e definitiva, dispensa o credor de fazer a contraprestação*, atendendo o legislador à *interdependência da prestação e da contraprestação*. À forçosa extinção da obrigação assumida pelo devedor corresponde, por força do sinalagma existente, a *desobrigação do credor*.

Escrevendo, a propósito, Menezes Cordeiro ([32]): «A eficácia exoneratória da impossibilidade da prestação, perante o devedor da contraprestação, corresponde a uma exigência sócio-cultural imediata: a relação de sinalagmaticidade funcional tem um nível ontológico; muitas vezes, de resto, as prestações recíprocas são executadas em simultâneo. A falha de uma delas,

tal como justifica a *exceptio non adimpleti contractus* e o direito de retenção, explica, sendo definitiva, a exoneração da contraparte. A assim não ser, a justiça comutativa seria posta em causa». Acrescentando: «A extinção da obrigação por impossibilidade superveniente (objetiva ou subjetiva a ela equiparada, definitiva ou duradoura e total) é automática. Em termos técnicos, opera a figura da caducidade. Paralelamente, a liberação do credor, perante a contraprestação que lhe incumbe *actua ipso iure* e por si. O credor nada tem a dizer». Catarina Monteiro Pires ([33]) refere que a doutrina maioritária tem qualificado esta extinção como uma forma de caducidade do contrato, posição que também tem reflexos na jurisprudência ([34]).

Salienta a apelante que a impossibilidade de cumprimento da obrigação não pode dar-se em relação às obrigações pecuniárias e que não correspondendo a situação de insolvência a uma impossibilidade de cumprir, não sendo aplicado o regime estatuído nos arts. 790 e 795 do CC (ver, designadamente, as conclusões K, P e MM).

É sabido que a *falta de meios pecuniários não pode ser invocada como circunstância de força maior nem ser encarada como factor económico impossibilitante, objectivo ou subjectivo* - a letra e o espírito da lei ligam o regime do art. 790, nº 1, à impossibilidade absoluta, «à estrita inviabilidade de efetuar a prestação» ([35]).

Nas palavras de Menezes Cordeiro ([36]): «Não é liberatória a falta de meios económicos. O dinheiro nunca desaparece, pelo que as prestações pecuniárias são sempre possíveis. Ao devedor insolvente aplicam-se as regras da responsabilidade patrimonial, não as da impossibilidade».

Todavia, não é propriamente disso que se trata aqui. No contrato a que nos reportamos *o BES não se obrigou perante a R. a entregar-lhe qualquer quantia em dinheiro - estamos perante a relação decorrente do contrato celebrado entre o devedor (na relação principal) e o garante. A obrigação do BES para com a R. era a de celebrar com o credor o contrato de garantia autónoma, mantendo-o com o objecto convencionado, e é essa obrigação que o A. não pode cumprir - em termos definitivos, uma vez que não se vislumbra, como hipótese plausível, que a situação em causa cesse* ([37]).

Afigura-se, assim, estarmos perante uma impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o BES cumprir a prestação a que se obrigara (perante

a R.), ao contrário do concluído pela recorrente (ver conclusões LL e WW) ([38]).

Assim, nos termos do nº 1 do art. 795, está a R. desobrigada da contraprestação, consoante entendido no acórdão recorrido.

*

V – Pelo exposto, *acordam os Juízes do Supremo Tribunal de Justiça* (6ª Secção) em *negar a revista*.

Custas pela recorrente.

*

Lisboa, 11 de Julho de 2023

Maria José Mouro (Relatora)

Graça Amaral

Maria Olinda Garcia

Sumário, *art.o 663, n.o 7, do CPC*.

-
- [1] Em «Tratado de Direito Civil – X, Direito das Obrigações, Garantias», Almedina, 2015, pág. 550.
- [2] Em «Garantia Bancária Autónoma», Edições Cosmos, 1991, pág.. 22.
- [3] Em «Manual de Direito Bancário», Almedina, 3ª edição, pág. 642.
- [4] Citado «Tratado», pág. 563.
- [5] Em «Garantia bancária autónoma à primeira solicitação», «Direito e Justiça», vol. VIII, tomo 2, 1994, pág. 168.
- [6] «Garantias Bancárias – O Contrato de garantia à primeira solicitação», Parecer publicado na Colectânea de Jurisprudência, ano XI, tomo 5, págs. 15 e seguintes, na pág. 21.

[7] Em «Garantia bancária autónoma à primeira solicitação», «Direito e Justiça», vol. VIII, tomo 2, 1994, pág. 176.

[8] Bem como, ainda, o facto de o contrato base atingir a ordem pública ou os bons costumes.

[9] Ver Francisco Cortez, «A Garantia Bancária Autónoma - Alguns Problemas», ROA, II, Julho-92 -52º, pág. 523; igualmente, Almeida Costa e Pinto Monteiro, «Garantias Bancárias - O Contrato de garantia à primeira solicitação», Parecer publicado na Colectânea de Jurisprudência, ano XI, tomo 5, págs. 15 e seguintes, nas págs. 19-20.

[10] Mencionado «Direito das Garantias», Almedina, 3ª edição (Reimpressão), pág. 140.

[11] Obra citada, pág. 527-528.

[12] «Garantias de Cumprimento», Almedina, 4ª edição, pág. 127.

[13] Pág. 128.

[14] Obra citada, pág. 141, nota 378.

[15] Obra citada, pág. 134.

[16] Ver Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, «Garantias de Cumprimento», Almedina, 4ª edição, pág. 119.

[17] Ver Fátima Gomes, obra citada, págs. 177-179.

[18] Palavras de Galvão Telles, obra citada, pág. 18.

[19] Almeida Costa e Pinto Monteiro, citado «Garantias Bancárias - O Contrato de garantia à primeira solicitação», pág. 20.

[20] Assim, designadamente, haverá que dar satisfação ao pagamento das dívidas da massa, proceder ao pagamento dos credores garantidos e privilegiados com respeito pela prioridade que lhes caiba, somente depois tendo lugar o pagamento dos credores comuns, «na proporção dos seus créditos, se a massa for insuficiente para a respectiva satisfação integral» - arts. 172 e seguintes do CIRE.

[21] Na coligação de contratos estamos perante dois (ou mais) contratos entre si ligados de alguma maneira, sem prejuízo da respectiva individualidade própria que não é afectada, embora se encontrem relacionados e as vicissitudes de um possam influir sobre o outro.

[22] Obra citada, pág. 531.

[23] As palavras são de Francisco Cortez, na obra citada, págs. 524-525.

[24] Obra citada, pág. 119.

- [25] «Das Obrigações em Geral», vol. II, Almedina, 3ª edição, pág. 67.
- [26] Em «Impossibilidade da Prestação», Almedina, 2017, pág. 225.
- [27] No «Tratado de Direito Civil Português», II, Direito das Obrigações, Tomo IV», Almedina, 2010, pág. 180.
- [28] Ver «Lições de Cumprimento e não Cumprimento das Obrigações», 3ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, pág. 221.
- [29] Ver Menezes Cordeiro, «Tratado de Direito Civil Português», II, Direito das Obrigações, Tomo IV», Almedina, 2010, pág. 182
- [30] Ver Brandão Proença, «Comentário ao Código Civil - Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral», Universidade Católica Portuguesa, 2018, pág. 1084.
- [31] No citado «Comentário ao Código Civil», pág. 1092.
- [32] No «Código Civil Comentado - II - Das Obrigações em Geral», Almedina, 2021, pág. 1011.
- [33] Obra citada, pág. 587.
- [34] A tese da exclusão automática da contraprestação não sendo absolutamente consensual é maioritária - ver, também, Brandão Proença, citado «Comentário ao Código Civil», pág. 1092.
- [35] Ver Brandão Proença, «Lições de Cumprimento e não Cumprimento das Obrigações», págs. 223-225.
- [36] «Tratado de Direito Civil Português», II, Direito das Obrigações, Tomo IV», Almedina, 2010, pág. 183.
- [37] Diz a recorrente (conclusão NN) que «o estado de insolvência é um estado em que o devedor se encontra temporariamente» - porém, haverá que ter em conta que o Banco Central Europeu revogou a autorização do Banco Espírito Santo, S.A., para o exercício da actividade bancária.
- [38] A recorrente não discute que a causa não seja imputável ao devedor.
-