

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 18740/23.4T8LSB.L1-2

Relator: VAZ GOMES

Sessão: 22 Fevereiro 2024

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: IMPROCEDENTE

PROVIDÊNCIA CAUTELAR COMUM

GARANTIA AUTÓNOMA

FRAUDE

ABUSO

PROVA

Sumário

Responsabilidade do Relator:

I- No âmbito da garantia autónoma, sempre que a providência cautelar seja requerida como forma de obstar a um aproveitamento abusivo da posição do beneficiário, deve ser exigida prova pronta e líquida, sendo, pois, insuficiente a consideração do simples fumus bonus iuris, típico das providências cautelares, sob pena de violação da essência da garantia autónoma à primeira solicitação.

II- A fraude manifesta e o abuso evidente implicam a prova pronta e líquida, sendo que, a prova é pronta (preconstituída) quando não se mostra necessário requerer a produção de provas suplementares e é líquida (inequívoca) quando permite a percepção imediata e segura da fraude ou do abuso, tornando-os óbvios.

Texto Integral

Acordam os juízes na 2.^a secção Cível do Tribunal da Relação de Lisboa

I - RELATÓRIO

APELANTE /REQUERENTE do PROCEDIMENTO CAUTELAR COMUM: Map Engenharia, Lda.

APELADOS/REQUERIDOS no PROCEDIMENTO CAUTELAR COMUM:

Rimatotal, S. A e Norgarante – Sociedade de Garantia Mútua, S. A.

*

Com os sinais dos autos. Valor do procedimento cautelar: *59.931,80 Euros* (fixado na decisão recorrida)

*

I.1. A requerente instaurou contra as requeridas o presente procedimento cautelar não especificado onde pede seja reconhecido que a primeira requerida se encontra em situação de fraude e abuso de direito e que o accionamento da garantia bancária 2017.362 seja declarado ilegal e que seja a segunda requerida condenada a abster-se do pagamento do valor exigido pela primeira requerida; alegou em suma e para tal ter celebrado com a primeira requerida, em *26.12.2016*, um contrato de empreitada com vista à realização, pela requerente, na qualidade de empreiteira, da obra designada por *“Empreitada de Execução da Estrutura da Rua (...), 16-20, em Lisboa*, pelo valor global de *599.317,97 Euros* e ter, como garantia de boa execução do contrato, solicitado à segunda requerida a emissão de uma garantia bancária a favor da primeira requerida, no valor de *59.931,80 Euros*, correspondente a 10% do valor da obra, foi à requerente comunicado, pela segunda requerida, em *30.11.2022*, do accionamento da aludida garantia pela primeira requerida mas que tal accionamento é abusivo por, em suma, *a obra ter sido entregue à primeira requerida em Julho de 2017 e até 30.11.2022 esta não ter apresentado quaisquer reclamações nem comunicado quaisquer defeitos da obra*. Acrescenta ter até outorgado com a primeira requerida um segundo contrato de empreitada, com vista à execução da instalação dos *acabamentos do mesmo prédio, contrato outorgado em 28.7.2017* e que a mesma garantia só foi emitida em *20.10.2017*, garantindo o período de garantia da obra e que a Rimatotal, S. A. a acionou dois dias antes do fim do respectivo prazo de vigência e sem sequer identificar quaisquer defeitos da obra ou reclamações e conceder à requerente um prazo para a sua eliminação e que até acionou, ao mesmo tempo, a garantia bancária emitida para garantia do segundo contrato de empreitada e ter obtido a sua condenação, em sede de acção principal, a pagar-lhe o valor de tal segunda garantia bancária e que não consegue lograr a execução de tal decisão por falta de bens da primeira requerida. Juntou aos autos documentos relativos aos factos pela mesma, alegados e arrolou testemunhas. Por despacho liminar de *9.8.2023* foi indeferida a dispensa de audição das requeridas e ordenada a sua citação para, querendo, no prazo e sob a legal cominação, deduzirem oposição.

I.2. Em *9.8.2023* a requerente veio comunicar aos autos ter a garantia em casa nos autos sido paga, pela segunda requerida à primeira requerida e que aquela a interpelou para proceder à mesma ao pagamento do respectivo

montante e requerer, por isso, a conversão/convolução do presente procedimento cautelar em procedimento cautelar de arresto. Por despacho de 10.8.2023 foi indeferida a requerida convolução do procedimento cautelar comum em arresto e ordenado o cumprimento do despacho liminar de 9.8.2023.

I.3. Regularmente citadas, as requeridas não deduziram oposição nem constituíram mandatário no prazo da oposição, termos em que, supra, foram considerados provados os factos alegados pela requerente em sede de p. inicial.

I.4. *Na sequência do requerido em 9.8.2023* foi ordenada a notificação da requerente para se pronunciar sobre a eventual inutilidade superveniente da lide, tendo a requerente, após notificação em tais termos, vindo alegar que a quantia titulada pela garantia bancária não chegou a ser paga pela segunda requerida à primeira requerida e não se verificar, por isso, a aludida inutilidade superveniente da lide.

I.5. Face à contradição entre o requerido pela requerente em 9.8.2023 e ao teor da sua pronúncia quanto à eventual inutilidade superveniente da lide, foi ordenada a notificação das requeridas para esclarecerem se a garantia bancária foi paga à primeira requerida, tendo as mesmas vindo então constituir mandatário *e informar que tal pagamento não foi feito* - ver requerimentos de 3 e 4.10.2023.

I.6. Inconformada com a *decisão de 1/11/2023*, que, julgando improcedente por não provado o procedimento cautelar, dela apelou a requerente, em cujas alegações concluem em suma:

a) Apesar de praticamente todos os factos terem sido dados como provados, o tribunal considerou os pedidos da Recorrente totalmente improcedentes, pois, entendeu-se que da prova documental junta aos autos, seria de concluir que a garantia bancária foi devidamente acionada, não existindo uma conduta fraudulenta ou em abuso de direito por parte da Recorrida RIMATOTAL a Recorrida (deve ser recorrente) entende que a *sentença em causa importa diversas nulidades*, sendo que, dos factos dados como provados não resultam as conclusões a que o tribunal a *quo* chegou, foram dados como provados factos que não decorriam do alegado pela Recorrida nos articulados e o facto dado como não provado deveria ter sido considerado provado por existir nos autos prova documental suficiente para o efeito. Foram celebrados entre as partes dois contratos de empreitada: O 1.º contrato foi celebrado no dia 26.12.2016, ao abrigo do qual foi conferida a garantia n.º 2017.10362, no valor de €59.931,80 (cinquenta e nove mil novecentos e trinta e um euros e oitenta cêntimos), na qual consta como garante a Recorrida NORGARANTE, O 2.º contrato foi celebrado no dia 28.07.2017, ao abrigo do qual foi conferida a

garantia GAR/18300191, no valor de €110.535,80 (cento e dez mil quinhentos e trinta e cinco euros e oitenta cêntimos), na qual consta como garante a BANCO BPI, S.A. Os contratos em causa são totalmente distintos, autónomos e independentes. Isto porque, não existe uma obra, mas duas obras, ou seja, a obra de estrutura e a obra de acabamentos. Cada obra tinha o seu objeto, o seu contrato de empreitada, os respetivos prazos, preços e Garantias Bancárias. O facto de a Partes serem as mesmas é pura coincidência. Coincidência esta que o Tribunal não compreendeu e na qual se emaranhou, levando a prolação de uma sentença totalmente injusta e ilegal, os presentes autos versam tão somente sobre a garantia n.º 2017.10362, no valor de €59.931,80, garantia essa que é referente à obra de estrutura, qualquer decisão do Tribunal que estribe o pedido da Requerente é, ilegal. (Conclusões 1 a 14)

b) O tribunal *a quo*, em sede de fundamentação, entende que ficou provado que a garantia bancária tinha sido accionada no dia 23.07.2021, o que não decorre da prova documental junta aos autos, a data de accionamento da garantia n.º 2017.10362, resulta de forma clara e evidente do Doc n.º 3 do Requerimento Inicial (“RI”), que consubstancia uma carta enviada pela RIMATOTAL à NORGARANTE, datada de 24.11.2022 e recepcionada no dia 28.11.2022, onde solicitam a execução da garantia na sua totalidade, exigindo o pagamento do valor de €59.931,80, no Doc n.º 2 do RI (“garantia autónoma n.º 2017.10362”), pode ler-se: “(a) presente garantia entra em vigor nesta data e manter-se-á válida até 30 de novembro de 2022, extinguindo-se automaticamente após essa data, não podendo ser solicitado à NORGARANTE o pagamento de qualquer quantia posteriormente a essa data.” O tribunal *a quo* ao considerar que a garantia foi acionada no dia 23.07.2021 confunde os factos dos presentes autos com os factos objetos do processo que correu termos no Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, Juízo Central Cível de Lisboa – Juiz (...), sob o n.º (...)/22.5T8LSB (2.º contrato), analisando o valor da garantia e a entidade responsável por garantir a mesma, se conclui que não se trata da mesma garantia objecto dos presentes autos, os trabalhos objeto do 1º Contrato de Empreitada estavam concluídos desde 21. 06.2019, conforme decorre do ponto 12 da matéria de facto dada como provada. No *ponto 13* da matéria dada como provada, o tribunal dá como provado que “*Para garantia do cumprimento do acordo aludido em 11 (2º Contrato de Empreitada) a segunda requerida emitiu a favor da primeira requerida uma garantia bancária autónoma e à primeira solicitação, no valor de 110.535,80 Euros, garantia que a primeira requerida acionou em 23.7.2021*”. Deste ponto resulta claro que o tribunal confundiu os factos em questão nos presentes autos, a garantia bancária no valor de €110.535,80, não foi emitida pela 2.ª requerida,

mas sim pelo Banco BPI S.A., garantia essa que foi sim accionada pela Recorrida RIMATOTAL, junto do Banco BPI S.A., pelo valor total de €110.535,80. Mas os presentes autos não dizem respeito a essa garantia. (Conclusões 15 a 28)

c) A Recorrente já tinha intentado um processo judicial contra a Recorrida RIMATOTAL devido à garantia bancária GAR/18300191, pois, conforme foi efectivamente considerado pelo Tribunal, a mesma foi acionada de forma abusiva, por inexistir “qualquer razão que legitimasse a R. a acionar a garantia”, Tendo a Recorrida RIMATOTAL sido condenada na devolução deste valor à Recorrente, foi precisamente por já ter uma sentença com factos idênticos aos que aqui se discutem, mas referentes a outra garantia, que a Recorrente juntou essa documentação aos autos a fim de demonstrar, através de prova documental plena, que a conduta da Recorrida é inclusive reincidente demonstrando-se assim que as condutas da Recorrida são recorrentemente abusivas no que toca às garantias bancárias, o que sucedeu nos presentes autos, é que o tribunal a quo confundiu os factos dos presentes autos com os que já tinham sido discutidos no processo referente à outra garantia bancária, sendo que sobre esses factos recaí já uma situação de caso julgado. (Conclusões 29 a 33)

c) Resultando dos autos, como de forma notória resulta, que (i.) a obra foi concluída, (ii.) a obra entregue e (iii.) sem defeitos e, ainda assim, a garantia bancária foi acionada, sem qualquer fundamento, dois dias antes de caducar, não se compreende como é que se pode entender que esta conduta da Recorrida RIMATOTAL não consubstancia uma conduta de má-fé, dolosa e que representa um manifesto abuso de direito. Apesar de a Recorrida ter accionado, de forma infundada, uma - outra - garantia bancária no valor de €110.535,80, que não aquela em discussão nos presente autos, intentada a ação executiva contra a mesma, concluiu-se que a Recorrida não tem qualquer valor nas suas contas bancárias, nem outros bens. No *ponto 16 dos factos provados*, o tribunal a quo refere que “*Na sequência do acionamento da primeira requerida, da garantia bancária pela segunda requerida prestada quando à obra pela requerente efetuada e aludida em 11 - e segs., a requerente instaurou contra as aqui ora requeridas um procedimento cautelar não especificado, que correu termos no (...)º Juízo Cível Central do Tribunal da Comarca de Lisboa sob o n.º (...) /21.0T8LSB, pedindo que fosse reconhecido que a primeira requerida se encontrava em situação de fraude e de abuso de direito e que o acionamento da garantia bancária GAR/18300191 - no valor de 110.535,80 Euros - fosse declarado ilegal e, conseqüentemente, a aqui e ali segunda requerida condenada a abster-se do pagamento do valor pela primeira requerida exigido.*” No *ponto 17 dos factos provados*, refere-se ainda

sobre esta matéria que, *“No processo aludido em 16 – a aqui e ali primeira requerida deduziu oposição e, produzida a prova requerida pelas partes, foi o procedimento cautelar em causa julgado improcedente, por falta de fundamento válido para a paralisação da garantia bancária on first demanda, conforme decisão proferida em 22.10.2021.”* esqueceu-se o tribunal a quo que, quanto a esses mesmos factos, que o tribunal, em sede de ação de processo comum, processo no qual, inclusive, a prova é mais exigente do que nos procedimentos cautelares, se considerou que o acionamento dessa garantia foi feito sem estarem reunidas as condições para o efeito, tendo havido um comportamento “claramente abusivo” por parte da Recorrida RIMATOTAL, pelo que, esta foi condenada a devolver a quantia correspondente. Esta sentença foi junta aos autos como documento 7 e nunca, em momento algum, a sentença recorrida lhe faz menção (!). *Existe, uma omissão de pronúncia* por parte do tribunal *a quo* quanto a elementos de prova essenciais, sendo que, dessa omissão resultou a posição adotada na sentença recorrida. Caso este documento tivesse sido ponderado pelo tribunal, certamente, a decisão seria noutro sentido, nomeadamente, da procedência da providência cautelar. a Recorrida anda a financiar-se com garantias bancárias, de forma abusiva, em manifesta má-fé, sem ter qualquer fundamento para as acionar! não foi alegado qualquer defeito pela Recorrida aquando do acionamento da garantia bancária, conforme resulta da missiva enviada pela Recorrida RIMATOTAL à Recorrida NORGARANTE. *No ponto 7* da matéria dada como provada refere-se que “Entre os trabalhos a efectuar pela requerente em sede de acordo aludido em 1 – e segs. (1º Contrato de Empreitada) e respetivo caderno de encargos contava-se, além do mais, a execução das fachadas do prédio em causa e sua pintura, conforme documento constante de fls. 45, verso a 46 dos autos.” Não é verdade que do Contrato de Empreitada “aludido em 1 e seguintes” constasse a execução das fachadas do prédio e respetiva pintura, nem isso resulta das folhas supra identificadas. Os trabalhos em causa nesses documentos dizem respeito ao primeiro contrato de empreitada, referente à empreitada da estrutura do prédio. Desta forma, o facto dado como provado no *ponto 7* da sentença não decorre da prova documental junta aos autos e não poderia ter sido dado como provado, pelo que se impõe a sua alteração no sentido do mesmo *ser dado como não provado*. Consta do *ponto 14 da matéria de facto* dada como provada que “Em 4 de abril de 2020 a primeira requerida comunicou à requerente a existência de vários trabalhos por concluir pela mesma no âmbito do acordo aludido em 11 (2º Contrato de Empreitada), a existência de trabalhos concluídos pela própria primeira requerida em vez de pela requerente e reparações por resolver, solicitando a sua reparação no prazo de 10 dias, sob pena de acionamento da garantia bancária aludida em

13” (garantia bancária no valor de 110.535,80€ que a primeira requerida acionou em 23.7.2021), mais uma vez, o tribunal *a quo* dá como provados elementos que não são referentes ao objeto do contrato de empreitada aqui em causa, nem dizem respeito à garantia em discussão nos presentes autos; o mesmo raciocínio se aplica *ao ponto 15* da matéria dada como provada, as pinturas em causa e as alegadas deficiências da obra, dizem respeito ao 2º Contrato de Empreitada. O tribunal *a quo* não poderia pronunciar-se sobre estes factos, pois, nenhum destes factos foi alegado pelas partes ou era sequer controvertido nos presentes autos, violando-se, assim, o princípio do pedido! O *facto 15* da matéria dada como provada está em contradição com o *facto 14* da matéria dada como provada que se reporta, e bem, ao acordo aludido em 11 e seguintes. O *facto n.º 15 deverá ser dado como provado, com excepção da expressão exclusivamente que é conclusiva (cfr. doc. 2), sendo que a menção à obra aludida em 1 a 10 deverá ser alterada, passando-se a fazer referência à obra aludida em 11 e seguintes*. Esclarece-se, mais uma vez: a obra referida em 1 a 10 é a da estrutura; a obra referida em 11 e seguintes é dos acabamentos encontrando-se o 2.º Contrato fora do âmbito do presente processo não poderá o douto Tribunal conhecer do mesmo e, muito menos, decidir em violação do caso julgado e/ou da autoridade de caso julgado. Os defeitos de obra não foram alegados pelas partes, pelo que, não constituem factos controvertidos sobre os quais tivesse sido requerida a pronúncia do tribunal, mais ainda assim, os defeitos de obra alegados pelo tribunal *a quo* não diziam respeito ao 1º Contrato de Empreitada, o que configuraria mais uma razão para não poderem esses factos ser objeto de pronúncia, tendo em conta aquele que é o objeto do presente processo. O *artigo 16 da Petição Inicial* dispõe que “*Não existiu nenhum incumprimento do Contrato de Empreitada de Execução da Estrutura, e durante todo o prazo de garantia da obra, de 2017 até 30 de Novembro de 2022, data da extinção da garantia bancária, não houve nenhuma reclamação apresentada pela Primeira Requerida à Requerente, a comunicar qualquer defeito de Obra.*” No entanto, não decorre nem das alegações feitas pela Recorrente nem da prova documental junta aos autos, prova do contrário ao *alegado no art.º 16.º do RI, pelo que, também este facto teria de ser dado como provado*, desde logo, por ter operado efeito cominatório. Pelo que, nos termos e para os efeitos do disposto nos *art.º 615º, nº 1, d), do CPC, há um excesso de pronúncia* na sentença recorrida, padecendo a sentença de nulidade, com todas as consequências legais. (Conclusões 34 a 77)

c) É verdade que a garantia bancária em causa nos presentes autos não permite que lhe sejam opostos quaisquer meios de defesa com base nas relações entre o garante, o ordenador e o beneficiário. No entanto, a doutrina

e a jurisprudência têm entendido que o garante pode excepcionar o dolo, a má-fé ou o abuso de direito, verificados no recurso à garantia pelo beneficiário: a recusa de pagamento com esta justificação pode ter lugar desde que o garante esteja na prova líquida de um comportamento abusivo do beneficiário (Cf. AC. do STJ, de 23/3/95, CJ, I, pág. 140), o que é claramente a situação carreada aos presentes autos. A sentença padece de nulidade por clara contradição entre a matéria dada como provada e a fundamentação, existindo ainda omissão de pronúncia quanto a documentos essenciais para a descoberta da verdade e para a procedência da presente ação, pelo que, nunca poderia a decisão do tribunal a quo ser pela improcedência do presente procedimento cautelar e respetiva absolvição do pedido. (Conclusões 78 a 84) Termina pedindo a revogação da Decisão Recorrida, que deve ser substituída por outra por via da qual seja julgada integralmente procedente a presente acção.

I.2. Não foram apresentadas contra-alegações.

I.3. *Questões a resolver:*

- a) Saber se a decisão recorrida padece das nulidades invocadas;
- b) Saber se ocorre erro na apreciação dos meios de prova e decisão dos pontos de facto indicados.
- c) Saber se, alterando-se a decisão de facto como propugnado, resulta indiciado que o garante está na prova líquida de um comportamento abusivo do beneficiário, no caso a Ré, devendo proceder a providência cautelar.

II- FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

II.1. O Tribunal recorrido julgou indiciariamente provados os seguintes factos, com interesse para a decisão, “atenta a prova documental junta aos autos e a confissão ficta dos factos pela requerente alegados”:

1 - No dia 26.12.2016 a requerente e a primeira requerida, respectivamente na qualidade de empreiteira e dona da obra, celebraram entre si um acordo escrito, denominado “ Contrato de Empreitada de Execução de Estrutura “, da obra sita na Rua das (...), 16-10, em Lisboa, acordo mediante o qual à requerente competia, contra o pagamento do preço de 599.317,97 Euros e no prazo de 181 dias, proceder aos trabalhos de demolições, movimentos de terras, estrutura de betão armado, contenção e escavação e reforços dos pilares existentes, bem como todos os trabalhos preparatórios, sequenciais ou acessórios necessários à sua execução.

2 - Nos termos do acordo aludido em 1 -, a requerente obrigou-se a prestar à primeira requerida uma caução de 10% do preço da obra, prestada por meio de garantia bancária “ on first demand “, a servir de caução à boa execução

dos trabalhos até à data da recepção definitiva da obra.

3 - Nos termos do mesmo acordo, a caução a prestar pela requerente seria libertada com a recepção definitiva da obra.

4 - Nos termos do acordo aludido em 1 - e segs., a recepção provisória da obra teria lugar após a conclusão dos trabalhos pela requerente e, concluído o prazo de garantia da obra, seria realizada vistoria para a sua recepção definitiva, após a correcção de eventuais anomalias.

5 - Nos termos do acordo aludido em 1 - e segs., o prazo de garantia da obra seria de dez anos, no caso de defeitos relativos a elementos construtivos estruturais e de cinco anos, no caso de defeitos relativos a elementos construtivos não estruturais.

6 - Do acordo aludido em 1 - e segs., cujo teor, no mais, se dá por reproduzido e que constitui o documento nº 1 junto pela requerente com a p. inicial, eram parte integrante os anexos feitos constar do anexo I do mesmo e, concretamente, o respectivo caderno de encargos.

7 - Entre os trabalhos a efectuar pela requerente em sede do acordo aludido em 1 - e segs. e respectivo caderno de encargos contava-se, além do mais, a execução das fachadas do prédio em causa e sua pintura, conforme documento constante de fls.45, verso a 46 dos autos.

8 - A obra aludida em 1 - e segs. foi entregue à primeira requerida em 28.7.2017.

9 - Com data de 20.10.2017 a segunda requerida emitiu a *garantia autónoma nº 2017-10362*, de cujo texto foi feito constar o seguinte:

“ A Norgarante - Sociedade de Garantia Mútua, S. A. (doravante designada abreviadamente por “ Norgarante “), sociedade anónima com sede na Avenida ..., no Porto, com o capital social de €75.000.000,00, com depósito de documentos na Conservatória do Registo Comercial do Porto sob o número único de matrícula e de pessoa colectiva ..., a pedido da sociedade MAP - Engenharia, Lda., com sede na Rua ..., Lisboa, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa com o número único de matrícula e de pessoa colectiva ..., com o capital social de €226.000,00, vem prestar à Rimatotal, S. A., matricula na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa sob o número único de matrícula e de pessoa colectiva ..., com sede na Rua ..., Lisboa, uma garantia autónoma e à primeira solicitação (“on first demand”) no valor de 59.931,80€ (cinquenta e nove mil, novecentos e trinta e um euros e oitenta cêntimos), destinada a assegurar o pontual cumprimento, por parte da MAP-Engenharia, de todas e quaisquer obrigações, incluindo penalizações, multas e indemnizações, emergentes do contrato de empreitada celebrado com a Rimatotal, S. A., relativamente à empreitada de execução da Estrutura da Rua das (...), 16-20, Lisboa.

Desta forma, caso a Rimatotal, S. A. assim o venha a solicitar através da apresentação presencial deste documento, a Norgarante obriga-se a entregar toda e qualquer quantia que seja requerida, até ao limite garantido de €59.931,80 (cinquenta e nove mil, novecentos e trinta e um euros e oitenta cêntimos), e em prazo não superior a 3 dias úteis após solicitação, sem que deva pedir para tanto autorização da sociedade MPA-Engenharia, Lda. e ainda que haja oposição desta, sem cuidar da validade, justeza ou fundamento da solicitação da Rimatotal, S. A., ou da relação, contratual ou outra, subjacente e sem cuidar de averiguar ou valorar quaisquer outras circunstâncias e situações, relacionadas ou não com o contrato de empreitada supra referido e ainda sem necessidade de qualquer procedimento judicial, administrativo ou outro.

A Norgarante não poderá opor quaisquer exceções, deduzir oposição ou requerer qualquer prova adicional para proceder ao pagamento solicitado pela Rimatotal, S. A., reconhecendo expressamente que a obrigação assumida por via desta garantia é rigorosamente distinta, independente e autónoma das obrigações que garante, nada podendo por à Rimatotal, S. A., logo que desta receba interpelação para pagamento, renunciando expressamente ao benefício da excussão prévia.

A garantia poderá ser executada pela Rimatotal, S. A, total ou parcialmente e, neste caso, numa ou mais vezes, devendo o pagamento ser efectuado por transferência para conta a indicar por esta, aquando da interpelação, sendo a garantia reduzida dos montantes que eventualmente sejam liquidados ao seu abrigo.

Caso a Norgarante não venha a pagar à Rimatotal, S. A. o valor solicitado no âmbito da presente garantia dentro do prazo de 3 dias úteis, a Norgarante manter-se-á responsável pelo pagamento do capital em dívida acrescido de uma taxa de juro mensal de 3% sobre esse mesmo capital.

A presente garantia é assim prestada de forma irrevogável, definitiva e incondicional, não podendo a MAP-Engenharia, Lda. ou a Norgarante revogar a mesma, nem tão pouco, por qualquer meio ou em qualquer situação, exigir a liberação da prestação da presente garantia.

A presente garantia entra em vigor nesta data e manter-se-á válida até 30 de Novembro de 2022, extinguindo-se automaticamente após essa data, não podendo ser solicitado à Norgarante o pagamento de qualquer quantia posteriormente a essa data.

Lisboa, 20 de Outubro de 2017

(Assinatura) “.

10 - *Por carta datada de 24.11.2022* e entregue em mão na sede da segunda requerida em 28.11.2022, a primeira requerida procedeu à apresentação da

garantia bancária aludida em 9 - à segunda requerida para execução total da mesma e solicitando o pagamento do valor de 59.931,80 Euros para a conta com o IBAN com o nº PT50 (...)2 3, domiciliada no Novo Banco, no prazo indicado no corpo da garantia, conforme documento constante de fls. 49 dos autos, que constitui o documento nº 3 pela requerente junto com a p. inicial destes autos, cujo teor se dá por reproduzido, na íntegra.

11 - Por acordo reduzido a escrito e datado de 28.7.2017 a requerente e a primeira requerida acordaram entre si a execução, pela requerente, da empreitada de execução de instalação de acabamentos da Rua das (...), 16-20, em Lisboa, pelo valor global de 2.210.715,93 Euros.

12 - Os trabalhos referentes à obra aludida em 12 - tiveram início em 8.9.2017 e ficaram concluídos em 21.6.2019, data em que foi elaborado o auto de recepção provisória da mesma obra.

13 - Para garantia do cumprimento do acordo aludido em 11 - e segs., a segunda requerida emitiu a favor da primeira requerida uma garantia bancária autónoma e à primeira solicitação, no valor de 110.535,80 Euros, garantia que a primeira requerida acionou em 23.7.2021.

14 - Em 4 de Abril de 2020 a primeira requerida comunicou à requerente a existência de vários trabalhos por concluir pela mesma no âmbito do acordo aludido em 11 - e segs., a existência de trabalhos concluídos pela própria primeira requerida em vez de pela requerente e reparações por resolver, solicitando a sua reparação no prazo de 10 dias, sob pena de acionamento da garantia bancária aludida em 13 -.

15 - Da comunicação da primeira requerida à requerente, aludida em 14 - foi feito constar, além do mais, que entre as deficiências a corrigir pela requerente na obra aludida em 1 - a 10 - se cifrava, ainda, a pintura da fachada principal e da fachada tardoz do prédio, tendo a requerente, em 17.4.2020, comunicado à requerente que, quanto a tal deficiência, o mesmo trabalho já fora feito em Outubro de 2019.

16 - Na sequência do acionamento, pela primeira requerida, da garantia bancária pela segunda requerida prestada quanto à obra pela requerente efectuada e aludida em 11 - e segs., a requerente instaurou contra as aqui ora requeridas um procedimento cautelar não especificado, que correu seus termos no (...)º Juízo Cível Central do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa sob o nº (...)/21.0T8LSB, pedindo que fosse reconhecido que a primeira requerida se encontrava em situação de fraude e de abuso de direito e que o acionamento da garantia bancária GAR/18300191 - no valor de 110.535,80 Euros - fosse declarado ilegal e, consequentemente, a aqui e ali segunda requerida condenada a abster-se do pagamento do valor pela primeira requerida exigido.

17 - No processo aludido em 16 - a aqui e ali primeira requerida deduziu oposição e, produzida a prova requerida pelas partes, foi o procedimento cautelar em causa julgado improcedente, por falta de fundamento válido para a paralisação da garantia bancária on first demanda, conforme decisão proferida em 22.10.2021.

18 - Em 30.11.2022 a requerente foi notificada, pela segunda requerida, do acionamento da garantia bancária aludida em 9 - e 10 -, pelo seu valor total, a pedido da primeira requerida.

19 - Por carta de 13.12.2022 a segunda requerente comunicou à primeira requerida ter tomado conhecimento da propositura, pela requerente, de um procedimento cautelar no sentido de a mesma se abster de proceder ao pagamento da supra referida garantia e que, por isso, entendia ocorrer causa justificada para, por ora, não proceder ao pagamento do pedido apresentado.

20 - Por carta datada de 26.1.2023, "AA", advogada, na qualidade de mandatária da aqui primeira requerida solicitou, em nome da mesma, a regularização do pagamento da garantia bancária referida em 9 -, 10 -, 18 - e 19 - e reiterou o pedido de pagamento do respectivo montante, no prazo de 3 dias úteis para a conta referida em 10 -, da primeira requerida e de que, no caso de tal pagamento não ser efectuado, daria entrada da respectiva acção judicial.

21 - Por carta datada de 6.2.2023 a segunda requerida comunicou à mandatária aludida em 20 - reiterar o conteúdo da sua própria comunicação referida em 19 - e da interposição de recurso da decisão aludida em 17 -, com efeito suspensivo e ainda não transitado em julgado e que, por isso, entendia ocorrer causa justificada para não proceder, por ora, ao pagamento do pedido apresentado pela primeira requerida.

22 - No (...)º Juízo Central Cível do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa correu seus termos uma acção declarativa de condenação, sob a forma comum, sob o nº (...)/22.5T8LSB, acção instaurada pela aqui requerente contra a aqui primeira requerida, acção em que aquela pediu a condenação desta no pagamento da quantia de 132.835,35 Euros, acrescida de juros de mora vincendos até integral pagamento, em consequência do acionamento alegadamente abusivo da garantia bancária aludida em 16 - e 17 -.

23 - Em sede do processo aludido em 22 - a aqui primeira requerida e ali Ré não contestou, termos em que os factos pela aqui requerente e ali Autora alegados foram considerados confessados e a acção julgada procedente, por provada e a aí Ré condenada no pedido, por decisão proferida em 18.4.2023.

24 - Dou como reproduzido, para todos os efeitos, o teor dos documentos nºs 6, 10 e 11 juntos aos autos pela requerente com a p. inicial.

25 - A aqui requerente instaurou contra a aqui primeira requerida acção

executiva com vista ao pagamento da quantia aludida em 22 -, não tendo logrado, até 21.6.2023, qualquer penhora nessa sede.

26 - A primeira requerida não apresenta contas desde o exercício de 2021.

II.2. Deu o Tribunal recorrido como não provado o seguinte facto: o facto constante do artº 16º da p. inicial.

III- FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO

III.1. Conforme resulta do disposto nos art.ºs 608, n.º 2, 5, 635, n.º 4, 649, n.º 3, do CPC[1] são as conclusões do recurso que delimitam o seu objecto, salvas as questões cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras e as que sejam de conhecimento oficioso. É esse também o entendimento uniforme do nosso mais alto Tribunal (cfr. por todos o Acórdão do S.T.J. de 07/01/1993 in BMJ n.º 423, pág. 539.

III.2. Não havendo questões de conhecimento oficioso são as conclusões de recurso que delimitam o seu objecto tal como enunciadas em I.

III.3. Saber se a decisão recorrida padece das nulidades invocadas.

III.3.1. Entende a requerente/recorrente que a sentença recorrida padece das seguintes nulidades:

- Nulidade por oposição entre o fundamento e a decisão quanto à matéria de facto. O tribunal considerou não provado o facto constante no artigo 16 do RI, não existe uma obra, mas duas obras, ou seja, a obra de estrutura e a obra de acabamentos, cada obra tinha o seu objeto, o seu contrato de empreitada, os respetivos prazos, preços e Garantias Bancárias, o facto de as Partes serem as mesmas é pura coincidência, coincidência esta que o Tribunal não compreendeu e na qual se emaranhou, levando à prolação de uma sentença totalmente injusta e ilegal, presentes autos versam tão somente sobre a garantia n.º 2017.10362, no valor de €59.931,80, garantia essa que é referente à obra de estrutura, qualquer decisão do Tribunal que estribe o pedido da Requerente é, assim, ilegal, ao contrário do que entendeu o tribunal recorrido, a Recorrida RIMATOTAL acionou a garantia bancária n.º 2017.10362 no dia 28 de novembro de 2022, sendo a mesma válida até 30 de novembro de 2022 (cfr. Doc 2 do RI) Se isto não é abuso de direito, o que será? Os trabalhos referentes ao primeiro contrato foram entregues ao Dono da Obra, a Recorrida RIMATOTAL, em julho de 2017! O tribunal a quo não compreendeu que, o segundo contrato de empreitada juntos aos autos, só existiu porque o primeiro já se encontrava concluído e a obra entregue, nem se compreende como pode o tribunal a quo ter considerado que a Recorrida RIMATOTAL não acionou a garantia bancária dois dias antes do fim do prazo de vigência da mesma, o tribunal deu como provado que a garantia foi

acionada em 23.07.2021, no entanto, ignorou que os documentos nos quais baseia esta afirmação não correspondem à garantia bancária objeto dos presentes autos, a garantia bancária que a Recorrida acionou em 23.07.2021 foi a garantia GAR/18300191 no valor de €110.535,80 (cento e dez mil quinhentos e trinta e cinco euros e oitenta cêntimos), garantia prestada pelo BANCO BPI, S.A., isto, por si só, demonstra que a Recorrida anda a financiar-se com garantias bancárias, de forma abusiva, em manifesta má-fé, sem ter qualquer fundamento para as acionar! Não se entende como é que o tribunal a quo decide pela improcedência por falta de prova documental, mas não valoriza a prova documental que foi efetivamente junta aos autos. Trata-se de mais uma contradição patente na sentença recorrida.

· Nulidade por excesso de pronúncia, os alegados defeitos da obra: O Tribunal a quo considerou que “pese embora a confissão dos factos pela requerente alegados pudesse aparentar determinar decisão diversa porquanto o que se conclui é que entre a requerente e a primeira requerida se verifica um claro dissenso quanto ao cumprimento, sem defeitos, da obra.” Não se compreende de onde decorre tal conclusão, tendo em conta que não foi alegado qualquer defeito pela Recorrida aquando do acionamento da garantia bancária, conforme resulta da missiva enviada pela Recorrida RIMATOTAL à Recorrida NORGARANTE. o facto dado como provado no ponto 7 da sentença não decorre da prova documental junta aos autos e não poderia ter sido dado como provado, pelo que se impõe a sua alteração no sentido do mesmo ser dado como não provado. O facto dado como provado comprova a confusão do Tribunal recorrido entre os dois contratos de empreitada, o mesmo raciocínio se aplica ao ponto 15 da matéria dada como provada, as pinturas em causa e as alegadas deficiências da obra, dizem respeito ao 2º Contrato de Empreitada. O tribunal a quo nem tão pouco se poderia pronunciar sobre estes factos, pois, nenhum destes factos foi alegado pelas partes ou era sequer controvertido nos presentes autos! O facto 15 da matéria dada como provada está em contradição com o facto 14 da matéria dada como provada, os elementos referentes aos defeitos da obra apreciados pelo tribunal a quo encontram-se fora dos limites do pedido e da causa de pedir.

III.3.1. Em relação à nulidade por contradição entre o fundamento e a decisão há que ver. A nulidade da alínea c) do n.º 1, do art.º 615, do CPC, ocorre quando “*os fundamentos estejam em oposição com a decisão ou ocorra alguma ambiguidade ou obscuridade que torne a decisão ininteligível.*” A nulidade em causa traduz-se num vício lógico da sentença, o juiz escreveu o que queria escrever mas a construção é viciosa, pois os fundamentos invocados pelo juiz conduziram logicamente, não a resultado expresso na decisão, mas ao resultado oposto. Assim o tem entendido também a

jurisprudência do STJ, acrescentando que a nulidade também ocorre, quando os fundamentos conduzam lógica e necessariamente a um resultado diferente. Entre os fundamentos e a decisão não pode haver contradição lógica mas esse vício não se confunde com o erro de subsunção dos factos à norma jurídica e muito menos com o erro de interpretação desta, como é entendimento uniforme na doutrina e na jurisprudência e se o juiz entende, embora mal que dos factos provados resulta determinada consequência jurídica e este seu entendimento é expresso na fundamentação, ou dela decorre encontramos perante erro de julgamento; também a ininteligibilidade da parte decisória da sentença quando subsista após a rejeição da arguição da nulidade pelo juiz ou pelo tribunal de recurso ou após a falta desta arguição (art.ºs 615/4 e 617/1 do Código de Processo Civil) merece a qualificação de nulidade, mas a obscuridade ou ambiguidade limitada à parte decisória só releva quando gera ininteligibilidade, isto é quando um declaratório normal nos termos do art.º 236/1 e 238/1 do CCiv não possa retirar da decisão um sentido unívoco mesmo depois de recorrer à fundamentação para a interpretar e assim sendo se o vício não for corrigido a sentença não poderá aproveitar-se sendo nula nos termos do art.º 280/1 e 295 do CCiv . O que a recorrente diz é que alguns pontos da decisão de facto estão incorrectamente julgados, desse incorreto julgamento resultou uma confusão entre os dois contratos de empreitada e as duas garantias e, por via disso, um errado julgamento, tal não constitui uma nulidade por contradição entre os fundamentos e a decisão, o que a recorrente alega é que há erro de julgamento questão diversa da nulidade.

III.3.2. Quanto à nulidade por excesso de pronúncia. É nula a sentença quando o juiz conheça de questões de que não podia tomar conhecimento. Tem essa nulidade a ver com a violação do dever que ao juiz é imposto de resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, exceptuadas aquelas, cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras, não podendo ocupar-se senão das questões suscitadas pelas partes, salvo se a lei lhe permitir o seu conhecimento oficioso (cfr. art.º 608, n.º 2 do CPC).

Resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação não significa considerar todos os argumentos, que, segundo as várias vias, à partida plausíveis, de resolução do pleito as partes tenha deduzido ou o próprio juiz tenha inicialmente admitido (cfr. Alberto dos Reis, Código do Processo Civil Anotado, vol V, pág. 143, Lebre de Freitas, Código do Processo Civil Anotado, vol. II, Coimbra editora, 2001, pág. 646); em sentido contrário se pronunciou Anselmo de castro, Direito Processual Civil Declaratório, Vol. II, pág. 142, para quem o conceito “questões” deve ser tomado em sentido amplo abrangendo tudo o que diga respeito à concludência ou inconcludência das excepções e da causa de pedir, fundabilidade ou infundabilidade de umas e

outras, às controvérsias que as partes sobre elas suscitem, a menos que o exame de uma só parte imponha necessariamente a decisão da causa. A jurisprudência o Supremo Tribunal de Justiça tem vindo a entender uniformemente, na esteira de Alberto dos Reis, que o conceito questões não abrange as considerações, argumentos, motivos, razões ou juízos de valor produzidos pelas partes; a determinação da norma aplicável e a sua correcta interpretação não integra o conceito de questão a resolver mencionado art.º 660 do CPC (cfr. Ac do STJ de 18/12/2002, Revista n.º 3921/02-2.ª Sumários). Uma fundamentação pobre ou medíocre da sentença não constitui vício susceptível de conduzir à sua nulidade.

III.3.3. Na decisão recorrida depois de se tecerem considerações acerca da natureza da garantia bancária autónoma à primeira solicitação diz-se a determinado passo: *“Importa não esquecer, também, que a requerente alegou que a primeira requerida acionou a garantia bancária dois dias antes do termo do prazo da sua vigência quando, durante o prazo de cinco anos a contar da recepção da obra (que nem esclareceu ser meramente provisória) da respectiva execução não reclamou e/ou denunciou qualquer seu defeito, o que se revela claramente não ser verdadeiro, conforme o teor dos factos elencados como provados em III -, A), 14 - e 15 -, face ao teor do documento constante de fls. 55 verso a 65 dos autos.”* É esta a única referência a defeitos da obra e que resultam de factos dados como provados. Não deveria ter o Tribunal dado como provados os factos constantes desses pontos por não terem sido alegados sequer? Tal constituirá, no nosso entender, não um qualquer excesso de pronúncia, eventualmente o que poderá ocorrer é erro de julgamento na decisão de facto o que se analisará de seguida.

III.4. Saber se ocorre erro na apreciação dos meios de prova e decisão dos pontos de facto indicados.

III.4.1. O Tribunal decidiu com base na não oposição dos requeridos, seja na confissão ficta e nos documentos juntos não impugnados. Estatui o art.º 366/5 que a revelia do requerido que haja sido citado tem os efeitos previstas no processo comum declarativo. Dispõem os art.ºs 566 e 567/1 em sede de revelia do réu em processos declarativo que se o réu além de não deduzir qualquer oposição não constituir mandatário nem intervier de qualquer forma no processo o tribunal verifica se a citação foi feita com as formalidades legais e ordena a sua repetição quando encontre irregularidades, se não contestar tendo sido ou devendo considerar-se citado regularmente na sua pessoa ou tendo junto procuração a mandatário judicial no prazo da contestação, consideram-se confessados os factos articulados pelo autor. Trata-se assim de disposição especial que se sobrepõe à do n.º 3 do art.º 293 em matéria de incidentes da instância subsidiariamente aplicável por força do disposto 365/3.

Ainda assim o Meritíssimo juiz poderia usar o mecanismo do n.º 1 do art.º 367 segundo o qual findo o prazo de oposição (com ou sem oposição entenda-se) tendo o requerido sido ouvido previamente, poderia se o julgasse necessário, produzir provas requeridas ou determinar a sua produção, o que manifestamente não ocorreu.

III.4.2. O exemplo académico do funcionamento do decurso do prazo e da preclusão diz respeito à apresentação da contestação, uma vez que sobre o réu recai o ónus de contestar e de impugnar, dentro do prazo legalmente previsto, que é actualmente de trinta dias na acção declarativa comum ou de 10 dias nos procedimentos cautelares que é o prazo regra: a omissão da prática do acto de contestação (ou da oposição), fora dos casos elencados no artigo 568.º do CPC, determina, por um lado, que se considerem confessados todos os factos articulados pelo autor na petição inicial (ónus) e, por outro, que deixe de ser possível apresentar a contestação em momento posterior (preclusão). Ora, num processo civil que foi caminhando no sentido do desaparecimento dos efeitos cominatórios plenos mantem-se presente um efeito cominatório semipleno, que de acordo com algum entendimento se mostra rígido e inflexível do princípio da preclusão. O regime não é comum a outros ordenamentos jurídicos, nos quais um entendimento maleável da preclusão e dos ónus vigentes permite, em certos casos e fora do âmbito de aplicação do justo impedimento, a apresentação de defesa após ter decorrido o prazo processual previsto para o efeito (no direito alemão, a figura surge sob o nome de petição de reposição e o seu âmbito de aplicação é também bastante limitado. Cf. JAUERNIG, pp. 178 a 180). Não é esse, porém o nosso sistema, os actos processuais são praticados em determinados momentos processuais sob pena de preclusão e no caso do funcionamento da confissão ficta que se não baseia em produção de prova antes é decorrência da falta de cumprimento do ónus processual, (sublinhado nosso) também impede que se apresente contestação posterior e que haja produção e prova sobre factos desse posterior articulado. Contrariamente à confissão, a admissão (ou confissão ficta) não exige que o facto admitido seja desfavorável ao admitente (art.º 352 do CCiv), não joga quanto a factos para cuja prova a lei exija documento escrito (art.º 568-d) e 574-2 relativamente aos quais a confissão é admitida (art.º 364/2 do CCiv), não é impugnável como a confissão nos termos do art.º 359 do CCiv nem retratável e a parte contrária a não tiver aceite especificamente como acontece com a confissão feita em articulado pelo menos quando por mandatário judicial, só é eficaz no processo em que é produzida não tendo eficácia extraprocessual da confissão judicial (art.ºs 421/1 e 355/3 do CCiv[2])

III. 4.3. Como os factos dados como indiciados resultam não de qualquer

produção de prova antes é decorrência da falta de cumprimento de um ónus processual a cargo dos requeridos desde já se adianta que não há lugar ao cumprimento, mesmo que oficioso do disposto no n.º 2, do art.º 662 (e por decorrência do n.º 3) por se não verificar, *in casu*, nenhuma das situações aí previstas, ao contrário do sustentado pela recorrente. Sustenta o recorrente/ requerente em suma que os presentes autos versam, tão somente, sobre a garantia n.º 2017.10362, no valor de €59.931,80, garantia essa que é referente à obra de estrutura, qualquer decisão do Tribunal que estribe o pedido da Requerente é, assim, ilegal ao contrário do que entendeu o tribunal recorrido, a Recorrida RIMATOTAL accionou a garantia bancária n.º 2017.10362 no dia 28 de novembro de 2022 (*doc 2 do req inicial*), ignorou o tribunal a quo que foram celebrados dois Contratos de Empreitada distintos, sendo a garantia n.º 2017.10362 referente ao primeiro contrato celebrado entre as partes, os trabalhos referentes ao primeiro contrato foram entregues ao Dono da Obra, a Recorrida RIMATOTAL, em julho de 2017, o tribunal a quo não compreendeu que, o segundo contrato de empreitada juntos aos autos, só existiu porque o primeiro já se encontrava concluído e a obra entregue. No ponto 7 da matéria dada como provada refere-se que “Entre os trabalhos a efectuar pela requerente em sede de acordo aludido em 1 – e segs. (1º Contrato de Empreitada) e respetivo caderno de encargos contava-se, além do mais, a execução das fachadas do prédio em causa e sua pintura, conforme documento constante de fls. 45, verso a 46 dos autos.” o facto dado como provado no ponto 7 da sentença não decorre da prova documental junta aos autos e não poderia ter sido dado como provado, pelo que se impõe a sua alteração no sentido do mesmo ser dado como não provado. Consta do ponto 14 da matéria de facto dada como provada que “(e)m 4 de abril de 2020 a primeira requerida comunicou à requerente a existência de vários trabalhos por concluir pela mesma no âmbito do acordo aludido em 11 (2º Contrato de Empreitada), a existência de trabalhos concluídos pela própria primeira requerida em vez de pela requerente e reparações por resolver, solicitando a sua reparação no prazo de 10 dias, sob pena de acionamento da garantia bancária aludida em 13 (garantia bancária no valor de 110.535,80 que a primeira requerida acionou em 23.7.2021), o tribunal a quo nem tão pouco se poderia pronunciar sobre estes factos, pois, nenhum destes factos foi alegado pelas partes ou era sequer controvertido nos presentes autos! No ponto 13 da matéria dada como provada, o tribunal dá como provado que “Para garantia do cumprimento do acordo aludido em 11 (2º Contrato de Empreitada) a segunda requerida emitiu a favor da primeira requerida uma garantia bancária autónoma e à primeira solicitação, no valor de 110.535,80 Euros, garantia que a primeira requerida acionou em 23.7.2021”. Deste ponto resulta

claro que o tribunal confundiu os factos em questão nos presentes autos, a garantia bancária no valor de €110.535,80, não foi emitida pela 2.ª requerida, mas sim pelo Banco BPI S.A., garantia essa que foi sim accionada pela Recorrida RIMATOTAL, junto do Banco BPI S.A., pelo valor total de €110.535,80. Mas os presentes autos não dizem respeito a essa garantia. O *facto n.º 15* deverá ser dado como provado, com exceção da expressão *exclusivamente* que é conclusiva. Não decorre nem das alegações feitas pela Recorrente nem da prova documental junta aos autos, prova do contrário, pelo que o *facto 16* teria de ser dado como provado. Alegou a requerente no seu requerimento inicial o seguinte:

- A Requerente e a Primeira Requerida celebraram um Contrato de Empreitada em 26 de dezembro de 2016, para realização, por parte da Requerente na qualidade de empreiteira, da obra designada “Empreitada de Execução da Estrutura da Rua das (...), 16-20, Lisboa”, pelo valor global de € 599.317,97 (quinhentos e noventa e nove mil, trezentos e dezassete euros e noventa e sete cêntimos), doravante a Empreitada, que ora se junta como Doc. n.º 1 se dá por integralmente reproduzido para os devidos efeitos legais. (art.º 1.º)
- A Empreitada consubstanciou-se na 1ª Fase da construção do edifício situado na Rua das (...), números 16-20, em Lisboa, então propriedade da Primeira Requerida e tinha o prazo de execução de 181 dias, conforme Doc. n.º 1. (art.º 3)
- A Requerente, para garantia da boa execução dos trabalhos da Empreitada, entregou à Primeira Requerida a garantia bancária n.º 2017.10362, no montante de €59.931,80 (cinquenta e nove mil novecentos e trinta e um euros e oitenta cêntimos), correspondente a 10% do valor da obra, prestada pela Segunda Requerida, que se junta como Doc. n.º 2 se dá por integralmente reproduzido para os devidos efeitos legais. (art.º 3.º)
- A Requerente foi notificada, em 30 de novembro de 2022, pela Segunda Requerida, do acionamento da garantia bancária n.º 2017.10362, pelo seu valor total de €59.931,80 (cinquenta e nove mil novecentos e trinta e um euros e oitenta cêntimos), a pedido da Primeira Requerida, conforme comunicação que ora se junta como Doc. n.º 3 e se dá por integralmente reproduzido para os devidos efeitos legais. (art.º 4.º)
- Na carta, rececionada pela Segunda Requerida, em 28 de novembro de 2022, procedeu a Primeira Requerida à apresentação da garantia bancária n.º 2017.10362 solicitando, *tout court*, o seu pagamento, sem qualquer tipo de referência, nomeadamente, a algum incumprimento no âmbito de um contrato. (art.º 5.º)
- No âmbito deste contrato da 1ª Fase da Empreitada a Requerente teve de

desenvolver os seguintes trabalhos: a) Demolições b) Movimento de Terras c) Estrutura de Betão Armado d) Contenção e Escavação e e) Reforços dos Pilares Existentes (art.º 7.º)

- Trabalhos que foram desenvolvidos, concluídos e entregues ao Dono de Obra, aqui Primeira Requerida em Julho de 2017 (art.º 8.º)

- Concluída, com sucesso, a obra de execução da 1ª Fase, correspondente à estrutura do prédio sito na Rua das (...), n.os 16 a 20, em Lisboa, a Primeira Requerida decidiu adjudicar a segunda fase de execução da obra, relativa à execução da instalação dos acabamentos, à Requerente, que incluía as seguintes atividades: LSF; Alvenarias; Águas, esgotos e gás; Instalações elétricas; Instalações de comunicação: Ventilação; Climatização; Desenfumagem; e Acabamentos. (art.º 9.º)

- Tudo conforme segundo contrato de empreitada, celebrado em 28.07.2017 que, desta feita, tinha como objeto a «Empreitada de Execução das Instalações de Acabamentos da Rua das (...), 16-20, Lisboa», pelo valor global de € 2.210.715,93 (dois milhões duzentos e dez mil setecentos e quinze euros e noventa e três cêntimos), que ora se junta como Doc. n.º 4 e se dá por integralmente reproduzido para os devidos efeitos legais. (art.º 10.º)

- Os trabalhos da Empreitada da 2ª Fase tiveram início em 08/09/2017 e ficaram concluídos em 21/06/2019, conforme cláusula 6.1 do Doc. n.º 4 e auto de receção provisória que se junta como Doc. n.º 5 e se dá por integralmente reproduzido para os devidos efeitos legais (art.º 11)

- A Requerente cumpriu todas as obrigações emergentes de ambos os Contratos de Empreitada celebrados com a Primeira Requerida. (Ar.º 14.º)

- No que respeita à garantia bancária n.º 2017.10362 aqui em causa, a mesma tem por objeto garantir exclusivamente a Empreitada 1ª Fase. (art.º 15.º)

- Não existiu nenhum incumprimento do Contrato de Empreitada de Execução da Estrutura, e durante todo o prazo de garantia da obra, de 2017 até 30 de Novembro de 2022, data da extinção da garantia bancária, não houve nenhuma reclamação apresentada pela Primeira Requerida à Requerente, a comunicar qualquer defeito de Obra. (art.º 16.º)

- Aliás, após a receção da obra, existiu um acerto de contas acordado entre as partes conforme se poderá verificar pela junção do Doc. n.º 6 que se dá por reproduzido para todos os efeitos legais (art.º 17.º)

- No referido email, as partes acordam num fecho de contas por um valor de €0,00 (zero euros). (art.º 18)

- A garantia bancária, serviria, assim, de caução à boa execução dos trabalhos da Empreitada da 1ª Fase desde a data de receção provisória da obra até à receção definitiva. (art.º 19.º)

- A Garantia bancária foi emitida em 20 de outubro de 2017, uma vez que a

Obra já se encontrava aceite desde 28.07.2017, data em que foi celebrado o segundo contrato de empreitada. (art.º 20)

- E caducou no dia 30 de novembro de 2022. (art.º 21)

- A garantia bancária foi, portanto, emitida com duração de 5 anos referente ao período de garantia de Obra (art.º 22)

- a Primeira Requerida ordenou ao garante, aqui Segunda Requerida, o acionamento da garantia bancária no dia 28 de novembro de 2022, precisamente dois dias antes da extinção daquela (art.º 23)

- Sem qualquer comunicação prévia a dar nota dessa intenção, sem identificação de quaisquer defeitos ou sem qualquer reclamação quanto à execução da obra, (art.º 24)

- Sem interpelar a Requerente ou lhe ter concedido um prazo para proceder à resolução de eventuais defeitos, sob pena de acionar a garantia bancária, o que de resto, é corolário da boa-fé contratual. (art.º 25)

- o 1.º Contrato foi cumprido, inexistindo qualquer fundamento para o acionamento da garantia bancária. (art.º 27)

- a Requerente acionou, paralelamente, a garantia bancária GAR/18300191, garantia destinada a caucionar o prazo de garantia de obra do segundo contrato de empreitada (cfr. Doc. n.º 4), mais uma vez em manifesto abuso de direito e sem fundamento. (art.º 28)

- A Requerente, em sede de ação declarativa, obteve sentença a declarar o acionamento da garantia da 2ª Fase como ilícito e abusivo, que condenou a Primeira Requerida no pagamento do montante da garantia acrescido de juros, conforme cópia que ora se junta como Doc. n.º 7 e se dá por integralmente reproduzida para os devidos efeitos legais. (art.º 29)

- Ora, também aqui a Primeira Requerida, beneficiária da garantia bancária, agiu em claro abuso de Direito e em fraude manifesta, s.m.o., ainda mais flagrante, por ter acionado uma garantia referente à fase de estruturas, quando a obra se encontra já concluída, com todos os acabamentos (há mais de cinco anos).

- a Requerente já teve uma garantia bancária acionada pela Primeira Requerida, a garantia GAR/18300191, no valor de €110.535,80 (cento e dez mil, quinhentos e trinta e cinco euros e oitenta cêntimos), emitida pelo Banco BPI, SA. e paga por esta instituição bancária em 28 de Outubro de 2021, conforme nota de lançamento que ora se junta como Doc. n.º 8 e se dá por reproduzido (art.º 34)

- Requerente intentou ação declarativa e viu o seu direito reconhecido, tendo a Primeira Requerida sido condenada a pagar à Requerente o montante de €132.835,35 (cento e trinta e dois mil, oitocentos e trinta e cinco euros e trinta e cinco cêntimos), acrescida dos respetivos juros de mora vincendos (cfr. Doc.

n.º 8). (art.º 35)

· A Requerente, obtida a sentença de condenação, intentou ação executiva contra a Primeira Requerida, para recuperar o valor ilegalmente entregue, mas constatou que a Primeira Requerida não possui qualquer bem para ressarcir o seu crédito. Conforme relatório de Fase I que ora se junta como Doc. n.º 9 e se dá por integralmente reproduzido para os devidos efeitos legais, a Primeira Requerida não possui qualquer bens imóveis ou móveis sujeitos a registos para pagar a dívida Não tem valor em contas bancárias Nem tem qualquer outro valor que permita ressarcir qualquer crédito Apresentava nas suas contas relativas a 31 de dezembro de 2021, Capitais Próprios negativos de - €184.789 (cento e oitenta e quatro mil setecentos e oitenta e nove euros) (pelo 2º. Ano consecutivo), conforme certidão da prestação das contas de 2021, com o código de acesso 6227-1334-0744, que ora se junta como Doc. n.º 11 e se dá por integralmente reproduzido para os devidos efeitos legais., Apresentava ativos de €424.890 (quatrocentos e vinte e quatro mil, oitocentos e noventa euros) e passivos de - €609.679 (seiscentos e nove mil seiscentos e setenta e nove euros) do qual €465.590 (quatro centos e sessenta e cinco mil quinhentos e noventa euros) respeitam a dívidas ao Acionista. Concluindo, que, na data da última publicação de contas (31.12.2021) a Primeira Requerida já não tinha ativos suficientes para liquidar os passivos. Acresce que a Primeira Requerida não submete contas desde o exercício de 2021 (art.ºs 36 a 47)

· Caso a garantia bancária aqui visada seja acionada e o montante titulado seja entregue pela Segunda Requerida à Primeira Requerida, a Requerente decerto nunca mais conseguirá recuperar esse montante, uma vez que já detém um crédito reconhecido sobre a Primeira Requerida, no montante de €132.835,35 (correspondente ao valor da garantia bancária da 2ª Fase, acrescido de juros), que não consegue ressarcir, pelo que, salvo melhor opinião, se encontra provado o justo receio de lesão irreparável ao direito da Requerente.(art.ºs 48 a 50)

II.4.4. Não há dúvida de que se trata de *dois contratos de empreitada, o primeira de estruturas* para garantia da cuja boa execução entregou à Primeira Requerida a garantia bancária n.º 2017.10362, no montante de €59.931,80 (cinquenta e nove mil novecentos e trinta e um euros e oitenta cêntimos), correspondente a 10% do valor da obra, prestada pela Segunda Requerida, que se junta como Doc. n.º 2 se dá por integralmente reproduzido para os devidos efeitos legais *e um segundo contrato de empreitada em que a requerente alega que concluída com sucesso, a obra de execução da 1ª Fase, correspondente à estrutura do prédio sito na Rua das (...), n.ºs 16 a 20, em Lisboa, a Primeira Requerida decidiu adjudicar a segunda fase de execução da*

obra, relativa à execução da instalação dos acabamentos, à Requerente, que incluía as seguintes atividades: LSF; Alvenarias; Águas, esgotos e gás; Instalações elétricas; Instalações de comunicação: Ventilação; Climatização; Desenfumagem; e Acabamentos. (art.º 9), tudo conforme segundo contrato de empreitada, celebrado em 28.07.2017 que, desta feita, tinha como objeto a «Empreitada de Execução das Instalações de Acabamentos da Rua das (...), 16-20, Lisboa», pelo valor global de €2.210.715,93 (dois milhões duzentos e dez mil setecentos e quinze euros e noventa e três cêntimos), que ora se junta como Doc. n.º 4 e se dá por integralmente reproduzido para os devidos efeitos legais. (art.º 10.º), os trabalhos da Empreitada da 2ª Fase tiveram início em 08/09/2017 e ficaram concluídos em 21/06/2019, conforme cláusula 6.1 do Doc. n.º 4 e auto de receção provisória que se junta como Doc. n.º 5 e se dá por integralmente reproduzido para os devidos efeitos legais (art.º 11). Deu o Tribunal como provado que *“11 - Por acordo reduzido a escrito e datado de 28.7.2022 a requerente e a primeira requerida acordaram entre si a execução, pela requerente, da empreitada de execução de instalação de acabamentos da Rua das (...), 16-20, em Lisboa, pelo valor global de 2.210.715,93 Euros.”* 12 - *Os trabalhos referentes à obra aludida em 12 - tiveram início em 8.9.2017 e ficaram concluídos em 21.6.2019, data em que foi elaborado o auto de recepção provisória da mesma obra.* É o segundo contrato. E as garantias? No que respeita à garantia bancária n.º 2017.10362 única aqui em causa, a mesma tem por objeto garantir exclusivamente a Empreitada 1ª Fase como alegado no art.º 15. A requerente também alega sob 16 que *não existiu nenhum incumprimento do Contrato de Empreitada de Execução da Estrutura, e durante todo o prazo de garantia da obra, de 2017 até 30 de Novembro de 2022, data da extinção da garantia bancária, não houve nenhuma reclamação apresentada pela Primeira Requerida à Requerente, a comunicar qualquer defeito de Obra.* Ora a alegação de que não houve incumprimento algum é meramente conclusivo já a alegação de que não houve qualquer reclamação apresentada pela primeira requerida à requerente é um fato que é objectivo não um juízo de valor de facto pelo que *se deve considerar admitido por acordo que em relação ao primeiro contrato de empreitada e à garantia emitida para essa obra durante o prazo de garantia da mesma de 2017 a 30 de Novembro de 2022 não houve qualquer reclamação.*

III.4.5. Vejamos agora o facto dado como provado sob 7: *“Entre os trabalhos a efectuar pela requerente em sede do acordo aludido em 1 - e segs. e respectivo caderno de encargos contava-se, além do mais, a execução das fachadas do prédio em causa e sua pintura, conforme documento constante de fls.45, verso a 46 dos autos”.* Ora, se estamos no domínio da confissão ficta em que o que releva é a admissão do que foi alegado, irrelevantes os documentos

que não tenham expressão na alegação da autora. O que foi alegado a este propósito e admitido por acordo foi o seguinte: “No âmbito deste contrato da 1ª Fase da Empreitada a Requerente teve de desenvolver os seguintes trabalhos: a) Demolições b) Movimento de Terras c) Estrutura de Betão Armado d) Contenção e Escavação e e) Reforços dos Pilares Existentes (art.º 7.º) Trabalhos que foram desenvolvidos, concluídos e entregues ao Dono de Obra, aqui Primeira Requerida em Julho de 2017 (art.º 8.º). O Tribunal precisamente porque não houve qualquer produção de prova estava limitado à admissão do alegado e tal factualidade não foi alegada pelo que se deve excluir o facto sob 7.

III.4.6. Deu o Tribunal como provado sob 13 “Para garantia do cumprimento do acordo aludido em 11 (2º Contrato de Empreitada) a segunda requerida emitiu a favor da primeira requerida uma garantia bancária autónoma e à primeira solicitação, no valor de 110.535,80 Euros, garantia que a primeira requerida acionou em 23.7.2021”. Diz a recorrente que quem emitiu esta segunda garantia não foi a segunda requerida mas o Banco BPI. Do documento n.º 8 resulta patente a execução da garantia 1830091 no montante de 110.535,80 euros com data de validade de 11/7/2023 em que o garante é na realidade o Banco BPI e não a Norgarante sendo beneficiária a RIMATOTAL em que o banco notifica MAP engenharia de que a pedido do beneficiário RIMATOTAL procede ao pagamento da garantia com débito na conta da MAP e com data de 28/10/2021, Assim sendo rectifica-se o ponto 13 que passa a ter a seguinte redacção: “ Para garantia do cumprimento do acordo aludido em 11 (2º Contrato de Empreitada) a pedido da MAP Engenharia o Banco BPI emitiu a favor da primeira requerida uma garantia bancária autónoma e à primeira solicitação, no valor de 110.535,80 Euros, garantia que a primeira requerida acionou em 23.7.2021”

III.4.7. Consta do ponto 14 da matéria de facto dada como provada que “(e)m 4 de abril de 2020 a primeira requerida comunicou à requerente a existência de vários trabalhos por concluir pela mesma no âmbito do acordo aludido em 11 (2º Contrato de Empreitada), a existência de trabalhos concluídos pela própria primeira requerida em vez de pela requerente e reparações por resolver, solicitando a sua reparação no prazo de 10 dias, sob pena de acionamento da garantia bancária aludida em 13 (garantia bancária no valor de 110.535,80 que a primeira requerida acionou em 23.7.2021), o tribunal a quo nem tão pouco se poderia pronunciar sobre estes factos, pois, nenhum destes factos foi alegado pelas partes ou era sequer controvertido nos presentes autos!

III.4.8. Percorrida a petição da providência cautelara não se vislumbra a alegação dos factos que consubstanciam a matéria do ponto 14 e por isso não

se vê como tal facto se possa considerar admitido por acordo, por isso elimina-se o ponto 14.

III.4.9. Mais entende a recorrente que o *facto n.º 15* deverá ser *dado como provado, com excepção da expressão exclusivamente* que é conclusiva. Deu o Tribunal recorrido como provado sob 15 - *Da comunicação da primeira requerida à requerente, aludida em 14 - foi feito constar, além do mais, que entre as deficiências a corrigir pela requerente na obra aludida em 1 - a 10 - se cifrava, ainda, a pintura da fachada principal e da fachada tardoz do prédio, tendo a requerente, em 17.4.2020, comunicado à requerente que, quanto a tal deficiência, o mesmo trabalho já fora feito em Outubro de 2019*. Pelas mesmas razões que este Tribunal da Relação considerou que a matéria constante do facto 14 por não ter sido alegada não pode ser considerada admitida por acordo também a matéria do ponto 15 que se debruça sobre a mencionada comunicação não alegada é eliminada.

III.5. Saber se, alterando-se a decisão de facto como propugnado, resulta indiciado que o garante está na prova líquida de um comportamento abusivo do beneficiário, no caso a Ré, devendo proceder a providência cautelar

III.5.1. Entendeu o Tribunal recorrido a este propósito o seguinte (sublinhados nossos):

- a garantia bancária é um contrato atípico, de natureza triangular, supondo três ordens de relações jurídicas: a primeira entre o garantido (dador da ordem) e o beneficiário; a segunda entre o garantido (dador da ordem) e o garante e a terceira entre o garante e o beneficiário, também havendo quem defenda que o beneficiário é um terceiro, apenas dele beneficiando.
- Ainda sobre esta questão impõe-se, desde já, ter presente que a garantia bancária ora em causa é, como e disse já, uma garantia bancária *on first demand*, relativamente, às quais há que referir não apenas que consubstanciam obrigações próprias do/a requerido/a que as prestou ou garante, relativamente à sua beneficiária, esta, *in casu*, a primeira requerida, como ainda que tal tipo de garantia bancária tem uma autonomia acrescida às demais, relativamente ao contrato de base, entre beneficiária e ordenante celebrado, *in casu* requerente e requerida, respectivamente.
- Tal não impede, sempre se dirá, a possibilidade de o seu acionamento ser impedido pelo seu ordenante em caso de má fé, dolo ou abuso de direito, desde que flagrantes, clamorosos e violador das regras da boa fé, princípio básico do direito, possibilidade que a doutrina e a jurisprudência entende apenas ser passível de ser demonstrada por meio de prova documental e não com base numa prova testemunhal ou por declarações de parte, meios de prova esses que não garantem, da mesma forma, a certeza dos factos sobre que incidam, pelo eventual interesse das testemunhas na prolação de uma

decisão num sentido ou noutro e pelo manifesto interesse directo das partes em tal decisão. a não ser assim e estar-se-ia a permitir a completa desvirtuação da figura da garantia bancária autónoma, designadamente daquela que é *on first demand*, como a dos autos.

· Importa não esquecer, também, que a requerente alegou que a primeira requerida acionou a garantia bancária dois dias antes do termo do prazo da sua vigência quando, durante o prazo de cinco anos a contar da recepção da obra (que nem esclareceu ser meramente provisória) da respectiva execução não reclamou e/ou denunciou qualquer seu defeito, o que se revela claramente não ser verdadeiro, conforme o teor dos factos elencados como provados em III -, A), 14 - e 15 -, face ao teor do documento constante de fls. 55 verso a 65 dos autos.

· Do referido decorre que a garantia bancária foi correctamente accionada e legitimamente accionada pela primeira requerida, não sendo legítimo à segunda requerida deixar de a pagar, por accionada dentro do prazo da sua vigência e por, contrariamente ao que veio alegar, ter fundado tal não pagamento em procedimento cautelar referente à segunda empreitada entre as partes celebrada e que até foi julgada improcedente e quando o presente procedimento cautelar nem se mostrava interposto e apenas o veio a ser muitos meses depois do seu accionamento.

· E nem se diga que, não tendo a garantia bancária sido liquidada após o seu accionamento pela primeira requerida, o já não deverá ser, por a sua vigência ter, entretanto, cessado, por caducidade porquanto, tendo a mesma sido accionada durante o seu prazo de vigência, mantém-se a obrigação da segunda requerida para com a primeira requerida e se verifica, antes, ter a segunda requerida/garante incorrido em mora no seu cumprimento.

· Acrescente-se que, aliás, não se logra compreender a actuação da segunda requerida, que não só foi comunicar à requerente o accionamento da garantia pela primeira requerida como, além do mais, se ateve à comunicação, por aquela efectuada, de forma errada, de que interpusera um procedimento cautelar de modo a obstar ao seu pagamento, por alegado abuso de direito e/ou sem fundamento quando, na verdade, à data do accionamento da garantia ora em causa nos autos, a requerente interpusera apenas um procedimento cautelar para impedir o pagamento da segunda garantia prestada pela Norgarante e não da em causa nos autos, procedimento cautelar que até foi julgado improcedente.

· Atento o exposto, impõe-se concluir no sentido da manifesta improcedência do presente procedimento cautelar, pese embora a confissão dos factos pela requerente alegados pudesse aparentar determinar decisão diversa porquanto o que se conclui é que entre requerente e primeira requerida se verifica um

claro dissenso quanto ao cumprimento, sem defeitos, da obra.

· Dir-se-á, aliás que, salvo o devido respeito por opinião contrária, não deveria ter sido, sequer, ordenada a citação das requeridas e sim liminarmente indeferida a p. inicial do procedimento cautelar, por força da simples apresentação de prova não meramente documental, face ao entendimento jurisprudencial quanto à possibilidade de lograr a procedência deste tipo de procedimento com outro tipo de prova que não a documental, como aludido.

· Uma última palavra para dizer que, ao contrário do que a requerente alega, o mero pagamento, pela segunda requerida à primeira requerida, do valor da garantia bancária não constitui, de per si, a requerente credora da Rimatotal quanto ao correspondente valor por, para tal, ser necessário, além do mais, a efectivação do pagamento, pela requerente à segunda requerida, do seu montante, o que, como é óbvio, nem sucedeu.

III.5.2. Discordando, em suma, para além do que acima consta, diz a recorrente:

- O tribunal *a quo* não compreendeu que, o segundo contrato de empreitada juntos aos autos, só existiu porque o primeiro já se encontrava concluído e a obra entregue.
- O tribunal recorrido dá como provado no ponto 12 a conclusão dos trabalhos em 21.06.2019.
- Tendo em conta o conteúdo dos trabalhos executados no segundo contrato, resulta evidente que as obras do primeiro estavam concluídas, caso contrário não se poderia executar as obras do segundo.
- A garantia bancária que a Recorrida acionou em 23.07.2021 foi a garantia GAR/18300191 no valor de €110.535,80 (cento e dez mil quinhentos e trinta e cinco euros e oitenta cêntimos), garantia prestada pelo BANCO BPI, S.A.
- Conforme resulta dos documentos carreados aos autos, por sentença datada de 18.04.2023, o tribunal considerou que o acionamento da garantia GAR/18300191 no valor de €110.535,80 foi abusiva, por inexistir “qualquer razão que legitimasse a R. a acionar a garantia”
- Nesse processo, a Recorrida RIMATOTAL já tinha sido condenada na devolução deste valor à Recorrente.
- Por lapso de apreciação do tribunal a quo, confundiu-se o conteúdo dos documentos, considerando-se que a garantia alvo dos presentes autos foi accionada em 2021, o que não corresponde, nem ao alegado, nem tão pouco, resulta dos documentos juntos aos autos
- Resultando dos autos, como de forma notória resulta, que (i.) a obra foi concluída, (ii.) a obra foi entregue e (iii.) sem defeitos e, ainda assim, a garantia bancária foi acionada, sem qualquer fundamento, dois dias antes de caducar, não se compreende como é que se pode entender que esta conduta

da Recorrida RIMATOTAL não consubstancia uma conduta de má-fé, dolosa e que não representa um manifesto abuso de direito.

- É evidente que, ao ver chegar o termo do prazo em que a garantia podia ser accionada, a Recorrida só a accionou porque a faculdade de a poder accionar iria caducar dentro de dias.
- Apesar de a Recorrida ter acionado, de forma infundada, uma -outra- garantia bancária no valor de €110.535,80 (cento e dez mil quinhentos e trinta e cinco euros e oitenta cêntimos), que não aquela em discussão nos presente autos, intentada a ação executiva contra a mesma, concluiu-se que a Recorrida não tem qualquer valor nas suas contas bancárias, nem outros bens
- Isto, por si só, demonstra que a Recorrida anda a financiar-se com garantias bancárias, de forma abusiva, em manifesta má-fé, sem ter qualquer fundamento para as acionar!
- Repare-se que, foi precisamente o que a Recorrente fez ao juntar aos autos a carta em que a Recorrida RIMATOTAL aciona a garantia a dois dias do termo da mesma, sem mencionar qualquer fundamento para isso, juntando ainda a decisão condenatória da Recorrida, na qual se demonstra que já existiu uma situação anterior de acionamento abusivo de uma garantia entre as Partes.

III.5.3. Há como se disse duas empreitadas entre as partes relativamente à mesma obra uma primeira de estruturas e uma segunda de acabamentos sendo que a garantia bancária autónoma que aqui se discute tem por objecto a boa execução da primeira empreitada. Está indiciado que *12 - Os trabalhos referentes à obra aludida em 12 (é manifesto lapso a referência a 12 que é do próprio art.º deve ler-se 11) - tiveram início em 8.9.2017 e ficaram concluídos em 21.6.2019, data em que foi elaborado o auto de recepção provisória da mesma obra. 13 - Para garantia do cumprimento do acordo aludido em 11 - e segs., a segunda requerida emitiu a favor da primeira requerida uma garantia bancária autónoma e à primeira solicitação, no valor de 110.535,80 Euros, garantia que a primeira requerida acionou em 23.7.2021.*

III.5.4. É do conhecimento comum que a obra de acabamentos apenas se inicia após a conclusão da obra de estruturas, mas a conclusão da obra de estruturas não quer dizer que a mesma tenha sido efectuada sem defeito até porque os defeitos numa obra de estrutura apenas se manifestam muito anos após a sua conclusão e no caso dos autos o prazo de garantia mais dilatado dessa obra era de 10 anos. Por essa razão está assente entre as partes e não vem impugnado que *“1 - No dia 26.12.2016 a requerente e a primeira requerida, respectivamente na qualidade de empreiteira e dona da obra, celebraram entre si um acordo escrito, denominado “ Contrato de Empreitada de Execução de Estrutura “, da obra sita na Rua das (...), 16-10, em Lisboa, acordo mediante o qual à requerente competia, contra o pagamento do preço*

de 599.317,97 Euros e no prazo de 181 dias, proceder aos trabalhos de demolições, movimentos de terras, estrutura de betão armado, contenção e escavação e reforços dos pilares existentes, bem como todos os trabalhos preparatórios, sequenciais ou acessórios necessários à sua execução. 2 - Nos termos do acordo aludido em 1 - , a requerente obrigou-se a prestar à primeira requerida uma caução de 10% do preço da obra, prestada por meio de garantia bancária “on first demand”, a servir de caução à boa execução dos trabalhos até à data da recepção definitiva da obra. 3 - Nos termos do mesmo acordo, a caução a prestar pela requerente seria libertada com a recepção definitiva da obra. 4 - Nos termos do acordo aludido em 1 - e segs., a recepção provisória da obra teria lugar após a conclusão dos trabalhos pela requerente e, concluído o prazo de garantia da obra, seria realizada vistoria para a sua recepção definitiva, após a correcção de eventuais anomalias. 5 - Nos termos do acordo aludido em 1 - e segs., o prazo de garantia da obra seria de dez anos, no caso de defeitos relativos a elementos construtivos estruturais e de cinco anos, no caso de defeitos relativos a elementos construtivos não estruturais. 6 - Do acordo aludido em 1 - e segs., cujo teor, no mais, se dá por reproduzido e que constitui o documento nº 1 junto pela requerente com a p. inicial, eram parte integrante os anexos feitos constar do anexo I do mesmo e, concretamente, o respectivo caderno de encargos.” Não vem alegado nem se demonstra que tenha ocorrido a recepção definitiva da obra, muito embora a garantia autónoma cujo accionamento aqui está em casa tivesse um prazo de caducidade cujo termo ocorreu em 30/11/2022. A única evidência é que os trabalhos referentes à 2.ª empreitada de acabamentos - tiveram início em 8.9.2017 e ficaram concluídos em 21.6.2019, data em que foi elaborado o auto de recepção provisória dessa obra, mas a garantia dos autos não tem por objecto essa segunda empreitada antes a primeira empreitada de estruturas, digamos assim. O prazo de garantia da obra de estruturas é de 10 anos a contar daquela data do contrato ou seja 26/12/2026, contudo a garantia autónoma relativa a essa obra tem um prazo de caducidade inferior ela caducava em 30/11/2022 como resulta documentado. No accionamento da garantia a RIMATOTAL não invocou qualquer incumprimento dessa primeira empreitada e não tinha que o fazer atento desde logo o teor da garantia “...Desta forma, caso a Rimatotal, S. A. assim o venha a solicitar através da apresentação presencial deste documento, a Norgarante obriga-se a entregar toda e qualquer quantia que seja requerida, até ao limite garantido de €59.931,80 (cinquenta e nove mil, novecentos e trinta e um euros e oitenta cêntimos), e em prazo não superior a 3 dias úteis após solicitação, sem que deva pedir para tanto autorização da sociedade MPA-Engenharia, Lda. e ainda que haja oposição desta, sem cuidar da validade, justeza ou fundamento da

solicitação da Rimatotal, S. A., ou da relação, contratual ou outra, subjacente e sem cuidar de averiguar ou valorar quaisquer outras circunstâncias e situações, relacionadas ou não com o contrato de empreitada supra referido e ainda sem necessidade de qualquer procedimento judicial, administrativo ou outro.” Por outro lado, o que consta do texto encontra arrimo na razão de ser da garantia autónoma à primeira solicitação, na certeza que o accionamento da garantia foi efectuada antes do termo do prazo de validade da mesma como resulta dos autos. Impressiona-se a requerente com o facto de ter sido efectuada alguns dias antes do termo do prazo de validade e com o facto ainda de não estar evidenciada qualquer reclamação relativamente a essa empreitada. Traz ainda em defesa da conclusão de que o accionamento foi abusivo ou fraudulento os documentos juntos aos autos relativos à prestação de contas da mencionada sociedade e ainda o facto de não ter sido encontrado qualquer bem aquando da execução a decisão obtida no processo sob o n.º 2017 que moveu contra as requeridas com o fundamento no accionamento abusivo da garantia relativa à segunda empreitada. Consta da mencionada decisão na acção movida pela MAP contra a RIMATOTAL entre o mais o seguinte: “.... Dos factos provados resulta, entre o mais, que a A. na execução do contrato realizou os trabalhos contratados e alguns que não aos inicialmente acordados, mas que a R. lhe solicitou. Resulta ainda que, em 21 de junho de 2019, a R. aceitou a obra no estado em que se encontrava, identificando, concreta e especificadamente, os defeitos que entendia deverem ser corrigidos, nomeadamente relativos a infiltrações, alguns da responsabilidade da Autora, mas a maior parte da responsabilidade da Ré, não apontando quaisquer outros defeitos à obra, incluindo quaisquer relativos às carpintarias. Mais decorre dos factos provados que a Autora procedeu à reparação de todos os defeitos identificados e reclamados pela Ré e que se verificaram ser da sua responsabilidade. após a reparação dos defeitos pela A., a R. acionou a garantia bancária autónoma e à primeira solicitação no valor de €110.535,80, destinada a assegurar o pontual e integral cumprimento, por parte da A. de todas e quaisquer obrigações, incluindo penalizações, multas e indemnizações, emergentes do contrato de empreitada, invocando defeitos de construção não resolvidos, sem, nomeadamente, dar à A. qualquer prazo final para terminar a remoção dos defeitos. Na altura do accionamento, apenas se encontram em fase de resolução os defeitos identificados como “PV.440.032 – Friso com fissura” e “PV.440.029 – Fachada com acabamento deficiente junto ao portão”. Ora, a garantia autónoma “on first demand” cria uma situação jurídica por força da qual o garante terá de pagar a quantia garantida, logo que o beneficiário o solicite, em razão do incumprimento ou cumprimento defeituoso do devedor/ordenante, sendo inquestionável que a autonomia da

garantia autónoma não é de valor absoluto, não se sobrepõe na eventualidade de má fé ou abuso de direito por parte do beneficiário, caso implique violação e desrespeito aos princípios basilares da ordem jurídica portuguesa, sendo que, no ajuizamento dos pressupostos exigíveis nos casos de legítima recusa de cumprimento da garantia autónoma acolhe-se um critério fortemente restritivo na sua delimitação, e em coerência, na evidência do abuso de direito, exige-se uma prova “líquida”, “inequívoca” ou “irrefutável” do abuso do direito, na execução da garantia autónoma... O garante paga ao credor sem discutir; depois o devedor tem de reembolsar o garante, também sem discutir. E será, por último, entre o devedor e o credor que se estabelecerá controvérsia, se a ela houver lugar, cabendo ao devedor o ónus de demandar judicialmente o credor para reaver o que houver desembolsado, caso a dívida não existisse e ele portanto não fosse, afinal, verdadeiro devedor... Assim, não existindo defeitos por corrigir nem tendo sido alegado qualquer incumprimento da A. relativamente ao acordado, incluindo a existência de penalizações, multas ou indemnizações, não existiu qualquer razão que legitimasse a R. a acionar a garantia... Tendo a garantia sido acordada contratualmente, está em causa o incumprimento do contrato pela R., que só em caso de se verificarem as condições acordadas para o acionamento o poderia fazer, tendo, no entanto, acionado a mesma sem tais condições se verificarem, tal levantamento foi claramente abusivo, pelo que a R. terá que devolver a quantia correspondente, acrescida dos juros legais contados desde o seu acionamento...”.A matéria de facto relativa ao objecto do contrato da segunda empreitada à sua execução e aos defeitos e que foi admitida pro acordo por não ter ocorrido constatação não tem paralelo com a presente providência cautelar desde logo porque o Autor não alega concretamente o que foi executado no âmbito do contrato de empreitada de estruturas.

III.5.5. As garantias bancárias são garantias pessoais prestadas por bancos. Podem consistir em fianças, mandatos de crédito, avales, aceites bancários ou ter natureza autónoma.[\[3\]](#)

III.5.6. Uma distinção muito relevante no domínio das garantias é a que separa a garantia acessória da garantia autónoma. Na garantia acessória o seu regime dependerá do crédito garantido em pontos importantes como acontece na fiança e, assim:

- Não é válida se o não for a obrigação principal (art.º 632/1 do CCiv);
- Deve seguir a forma da obrigação principal (art.º 628/1 do CCiv);
- Tem um âmbito limitado pelo âmbito da obrigação principal (art.º 631/1 do CCiv);
- Tem a natureza civil ou comercial consoante a obrigação principal;
- Extingue-se com a extinção da obrigação principal.

III.5.7. No papel tradicional das garantias este esquema corresponderia à sua função e a fiança assume papel de relevo, mas o benefício da excussão prévia a favor do garante torna-a lenta na concretização do pagamento ao afiançado; daí que, despoletada pelas vicissitudes e dinamismo da vida económica ocorridas no séc. XIX na doutrina surgisse, com base em textos romanos e mercê de uma aproximação à figura jurídica do mandato a hipótese da garantia autónoma.[4]

III.5.8. Em Portugal foi introduzida pela prática bancária. Foi e é, também objecto de tratamento doutrinário[5] e jurisprudencial.

III.5.9. 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, podendo ainda ser celebrado entre o garante e o beneficiário, recebendo do mandante a comissão.

III.5.10. A doutrina acima mencionada e a jurisprudência têm assinalado alguns traços comuns das garantias autónomas:

- O garante obriga-se a pagar uma determinada quantia em dinheiro, analisados que sejam, com cuidado razoável[6], os documentos facturas, ordens de fornecimento; etc causa ou a função da garantia é a de assegurar o pagamento de uma soma determinada ao beneficiário, verificado que seja um determinado risco para o beneficiário em consequência de um evento indicado na garantia .Exigida a garantia o garante só pode opor ao beneficiário as excepções literais que constem do próprio texto da garantia, nunca as excepções derivadas da relação principal entre o mandante e o terceiro beneficiário celebrado;
- Acessoriamente, quer no plano do contrato principal, quer no domínio das relações internacionais em que as partes muitas vezes não se conhecem, confere credibilidade ao mandante, as partes sossegam-se mutuamente uma vez que há uma instituição bancária que se responsabiliza;
- Na garantia bancária autónoma o mandante vê-lhe escapar o controlo do pagamento que sendo solicitado do mandatário pelo beneficiário em regra será efectuado sem apelo nem agravo do mandante, e, por outro lado, o garante terá de pagar mesmo que descubra que o mandante não oferece a confiança necessária.

III.5.11. Na garantia autónoma automática ou à primeira interpelação, o garante paga ao credor sem discutir; depois o devedor tem de reembolsar o garante, também sem discutir. E será, por último, entre o devedor e o credor que se estabelecerá controvérsia, se a ela houver lugar, cabendo ao devedor o ónus de demandar judicialmente o credor para reaver o que houver desembolsado, caso a dívida não existisse e ele portanto não fosse, afinal, verdadeiro devedor.

III.5.12.O problema da determinação do objecto e do alcance da garantia resolve-se em sede de interpretação jurídica deste negócio.[7]

III.5.13. Pretende a MAP com esta providência comum que seja reconhecido que a primeira requerida se encontra em situação de fraude e abuso de direito e que o accionamento da garantia bancária 2017.362 seja declarado ilegal e que seja a segunda requerida condenada a abster-se do pagamento do valor exigido pela primeira requerida.

III.5.14. Como se disse exigida a garantia através de interpelação feita em boa hora e devida forma pelo beneficiário o banqueiro-garante só pode opor as excepções literais que constem do próprio texto da garantia, não em princípio as derivadas da relação principal, tão pouco se pode reagir a ela com pretensões de enriquecimento tal como aqui o faz a recorrente.[8]A doutrina especializada é, contudo, unânime em considerar que para além das excepções admitidas na carta de garantia o banqueiro pode e deve prevalecer-se do abuso ou da fraude manifesta, bloqueando o pagamento. Há abuso sempre que a garantia seja accionada contra uma relação de confiança tutelada que se tenha instalado entre as partes por exemplo se o beneficiário assegura que não vai accionar a garantia e, contra *bonam fidem*, fá-lo incorrendo em *venire contra factum proprium* ou, contrariando o seu escopo e a materialidade subjacente, por exemplo a garantia é acionada por uma falha mínima, a fraude ocorre caso o beneficiário pretenda receber duas vezes aquilo a que tenha direito ou na hipótese de se simular ou afirmar um incumprimento que não tenha de existir. Os casos mais patentes de abuso ou fraude ocorrem perante garantias accionadas quando os contratos a que respeitam já tenham sido cumpridos, trata-se de situações registaram aquando da mudança de regimes políticos em que os novos titulares não reconhecem os pagamentos feitos aos anteriores, em face de garantia movimentada por incumprimentos mínimos ou em face de puras divergências de opinião, que não se tenham repercutido na execução do combinado, na eventualidade de se invocara um inadimplemento que em si, seja justificados por via de uma cessação de uma compensação, ou até de uma excepção do contrato não cumprido.[9] Para uma excepção de abuso operacional devem mostra-se reunidos os requisitos seguintes: um abuso grave de tal modo que estejam em causa valores fundamentais do sistema nos quais não se deva ceder, uma prova líquida irrecusável de que assim é. O abuso tem de ser evidente, a prova tem de ser inequívoca para que o banqueiro suste o pagamento, o mesmo se diga em relação ao Tribunal. A prova diz-se líquida quando seja de apreensão imediata, não dependendo de subtis apreensões, por exemplo um documento que mostre o pagamento, uma declaração do próprio beneficiário que demonstre a cessação do contrato, uma evidência

clara de que as mercadorias foram entregues ou que a obra foi concluída, um distrato do contrato base. No caso concreto da empreitada de estruturas celebrada a 26/12/2016, não há evidência de que a obra tivesse sido concluída e recebida, isto porque consta do próprio contrato que não obstante o prazo de execução ser de 181 dias, dentro desse prazo teriam de ser feitos todos os ensaios e realizada a recepção provisória (dessa parte da obra), sendo que só decorrido o prazo de garantia que é de 10 anos é que seria lavrado o auto de recepção definitiva. Não há sequer prova da recepção provisória da obra de estruturas. Cumpre notar que a garantia autónoma da primeira parte da obra de estruturas tem a data de Outubro de 2017, o que significa que quando foi outorgado esse contrato já fora assinado o segundo contrato de acabamentos. O segundo contrato foi assinado em 28/7/2017, a obra de acabamentos iniciou-se em Setembro de 2017, e houve em relação a esta obra uma recepção provisória, o que não se evidencia em relação à obra de estruturas. Assim, exigindo que o devedor garantido apresente prova “pronta e líquida o carácter abusivo da solicitação do beneficiário, i.e., prova pré-constituída e inequívoca, a doutrina maioritária recusa a admissibilidade da prova testemunhal e do depoimento de parte para fundar o deferimento de providências cautelares destinadas a impedir o normal desenvolvimento da garantia.[\[10\]](#) Para justificar a derrogação das regras gerais de direito processual que esta teoria comporta, designadamente ao limitar os meios de prova ao dispor do requerente de uma providência cautelar, negando a concessão da providência com base em juízos de probabilidade e verosimilhança, fala-se na afirmação de uma “regra restritiva de direito jurisprudencial” imposta pela função de segurança e de liquidez da garantia autónoma[\[11\]](#). No caso dos autos, dos elementos documentais juntos, não se indicia nem o carácter abusivo nem o carácter fraudulento do accionamento da garantia autónoma.

IV- DECISÃO

Tudo visto acordam os juízes em julgar improcedente a apelação confirmando-se a decisão recorrida.

Regime da Responsabilidade por Custas: Custas pela apelante que decai e porque decai (art.ºs 527/1 e 2)

Lxa., d.s. 22-02-2024

Vaz Gomes

Inês Moura

Orlando Nascimento

-
- [1] Na redacção que foi dada ao Código do Processo Civil pela Lei 41/2013 de 26/7, atento o disposto nos art.º 6/4 e 8 da Lei que estatuem que o novel Código de Processo Civil entrou em vigor no dia 1/09/2013 e que se aplica imediatamente aos procedimentos cautelares que sejam deduzidos a partir da entrada em vigor da nova Lei, tendo a providência entrado em juízo e sido autuada em 2023; ao Código referido, na redacção mencionada, pertencerão as disposições legais que vierem a ser mencionadas sem indicação de origem.
- [2] LEBRE de FREITAS, José e ALEXANDRE, Isabel, “Código de Processo Civil...”Coimbra 3.ª edição, vol. 2 em anotação ao art.º 567. Pág. 534
- [3] António Menezes Cordeiro, Manual de Direito Bancário, 3.ª edição, 2006, Almedina, página 636.
- [4] Stamler, segundo Menezes Cordeiro, obra e local citados foi quem tratou essa hipótese na sua obra *Der Garantievertrag/Eine civilistische Abhandlung*, Acp (1885).
- [5] Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, BMJ 1957, Ferrer Correia, Notas para o estudo da garantia bancária, RDE VIII, 1982, José Simões Patrício, Preliminares sobre a garantia “on first demand”, ROA 1983, I. Galvão Telles, Garantia Bancária autónoma/parecer em anexo a Garantia Bancária Autónoma e “O Direito” 1988, curso sobre contratos bancários coordenado por Menezes Cordeiro e policopiado por Jorge Duarte Pinheiro na ROA 1992, págs. 417-465, Francisco Cortez, a garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações, ROA 1993, págs. 513/610, Manuel Castelo Branco, a garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações, ROA 1993, págs. 61-83, Fátima Gomes, Garantia Bancária autónoma à primeira solicitação DJ VIII (1994), págs. 119-210, Evaristo Mendes Garantias bancárias. Natureza RDES 1995, 126-158, Romano Martinez/Fuzeta da Ponte, Garantias de cumprimento, Manuel Januário Gomes, Assunção Fidejussória de dívida/Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador (2000), págs. 66 e ss, António Sequeira Ribeiro, Garantia bancária autónoma à primeira solicitação: algumas questões em Estudos em Honra do Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles 2 (2002), págs. 289-426, Mónica Jardim, a garantia autónoma (2004), págs. 467 e ss.
- [6] Esta análise com cuidado razoável nos dizeres do art.º 9 do texto da s novas normas da Câmara de Comércio Internacional, não vai ao ponto, na opinião de Menezes Cordeiro, obra e local citados de se exigir ao garante que efectue um juízo de cumprimento ou incumprimento da obrigação principal
- [7] Menezes Cordeiro, obra citada pág. 642.
- [8] Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, X, Direito das Obrigações, Garantias, Almedina, 2015, pág. 568.

[9] Menezes Coreiro, obra citada pág. 569

[10] PINHEIRO, Jorge Duarte, Garantia Bancária Autônoma, R.O.A. 52, Julho de 1992, pág. 417 e ss

[11] Mónica Jardim, Garantia Autônoma, Pág. 335/336, nesse sentido na jurisprudência entre outros o teor do Ac RLXa de 8/9/2015 no processo 4/14.7t8lsb.l1-7 relatado por Roque Nogueira.