

Tribunal da Relação do Porto
Processo nº 14390/23.3T8PRT.P1

Relator: ISABEL FERREIRA
Sessão: 25 Janeiro 2024
Número: RP2024012514390/23.3T8PRT.P1
Votação: UNANIMIDADE
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: REVOGADA

PROCEDIMENTO CAUTELAR COMUM

GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA

Sumário

- I - É possível recorrer a um procedimento cautelar para obstar ao accionamento de uma garantia bancária autónoma, quando esteja em causa uma manifesta actuação abusiva da beneficiária da garantia.
- II - Nesse caso, é exigível uma prova líquida e irrefutável do abuso.
- III - Tal prova pode ser obtida por todos os meios legalmente admissíveis, e não apenas mediante prova documental.
- IV - Não existe qualquer restrição no caso à produção dos meios de prova indicados pelas partes, devendo a apreciação da existência da prova líquida e irrefutável ser efectuada aquando da valoração da prova produzida, em sede de decisão da matéria de facto.

Texto Integral

Processo nº 14390/23.3T8PRT.P1
(Comarca do Porto - Juízo Central Cível do Porto)

Relatora: Isabel Rebelo Ferreira
1ª Adjunta: Ana Vieira
2º Adjunto: António Carneiro da Silva

Acordam no Tribunal da Relação do Porto:

I – “A..., Lda.” intentou, no Juízo Central Cível do Porto do Tribunal Judicial da Comarca do Porto, **procedimento cautelar comum** contra **“B..., Unipessoal, Lda.”** e **“C..., S.A.”**, pedindo que se ordene à 2ª requerida que não pague à 1ª requerida qualquer quantia por conta da garantia bancária nº ...76, no valor de €65.861,82, e se ordene à 1ª requerida que se abstenha de praticar qualquer acto junto da 2ª requerida com vista ao accionamento da referida garantia bancária.

Alegou para tal que celebrou um contrato de empreitada com a 1ª requerida, no âmbito do qual foi prestada uma garantia bancária em benefício desta, emitida pela 2ª requerida, no valor de €65.861,82, para garantia do bom cumprimento das obrigações resultantes daquele contrato, ocorrendo que, em 8 de Agosto de 2023, a 1ª requerida accionou a garantia bancária, depois de ter resolvido o contrato no dia 1 do mesmo mês, sem que para tal tivesse fundamento, posto que não houve qualquer incumprimento da parte da requerente, antes sendo a 1ª requerida quem tem vindo a incumprir as suas obrigações para com aquela. A referida garantia é uma garantia “*on first demand*”, cuja execução pode ser recusada em situações em que exista uma conduta fraudulenta e de má fé ou abuso de direito, que é o que se verifica no caso.

Alegou ainda que se verifica no caso uma situação de perigo de ocorrência de prejuízo de difícil reparação, na medida em que “a execução da garantia pressupõe uma situação de facto consumado, irreversível pela própria natureza das coisas, visto que, a partir do momento em que se concretize o seu pagamento pela 2.ª Requerida à 1.ª Requerida, não será mais possível reverter tal situação”, e que o conhecimento do accionamento da garantia, com a suspeita de incumprimento da requerente, irá afectar negativamente a imagem da requerente, causando danos no seu prestígio e na sua credibilidade e reputação, irreversíveis e irreparáveis, e dificuldades no acesso a crédito bancário, essencial para a prossecução da sua actividade.

A 1ª requerida deduziu oposição, informando que a requerente instaurou outros quatro procedimentos cautelares respeitantes a outras quatro garantias bancárias semelhantes e requerendo a apensação dos cinco processos, sendo este o instaurado em primeiro lugar, alegando que o cumprimento ou incumprimento do contrato de empreitada apenas pode ser apreciado na jurisdição arbitral, por existir convenção arbitral, e que no caso não se verificam as situações excepcionais que permitem a paralisação da execução da garantia bancária, impugnando os factos alegados pela requerente e defendendo não se verificarem os requisitos para o decretamento da providência requerida.

Notificada para o efeito, a requerente defendeu o indeferimento da apensação requerida, por a mesma ser manifestamente inconveniente.

Após, foi proferida decisão, em 17/10/2023, na qual se entendeu encontrar-se o tribunal “em condições de proferir decisão final, sem necessidade de produção de prova testemunhal”, ficando, assim, prejudicado o conhecimento da pretensão da 1ª requerida de apensação de processos, e se decidiu julgar improcedente o procedimento cautelar”.

É o seguinte o teor da decisão proferida:

«Veio “ A... ,Lda ” intentar a presente providência cautelar não especificada contra “B... ,Unipessoal ” e “C..., SA” pedindo que a 2ª requerida seja intimada a não acionar a garantia bancária nº ...76 no montante de € 65.861,82 até decisão que lhe seja favorável nos autos principais e que legitime esse acionamento.

Alega para o efeito que no dia 08 de Agosto de 2023 a 1ª requerida acionou a garantia bancária, sendo que tal comportamento é completamente abusivo por parte da mesma ao abrigo de um contrato de empreitada, mesmo após ter resolvido o contrato, uma vez que é a 1ª requerida quem tem vindo a incumprir as suas obrigações para com a requerente.

A Requerente pugna pela má fé e pelo abuso de direito para afastar a obrigação de pagamento da garantia bancária e sustentar a pretendida paralisação do direito de accionar a garantia bancária.

Vejamos então.

"A autonomia de garantia não se sobrepõe à eventualidade de má fé ou abuso de direito (...) por parte do beneficiário da garantia. Como em geral resulta dos artigos 762º e 334º do Código Civil também aqui a actuação das partes se deve pautar pelas regras da boa fé, sendo ilegítimo exercer um direito em manifesto desrespeito pelos limites impostos pela boa fé, bons costumes ou pelo fim económico ou social desse direito." (in Acórdão do S.T.J. de 21 / 04 / 2010, Relator Maria dos Prazeres Beleza, disponível nas bases de dados do M.J.).

Por outro lado tanto a doutrina como a jurisprudência admitem "a instauração pelo Mandante de providências cautelares, urgentes e provisórias, em sede judicial, destinadas a impedir o garante de entregar a quantia pecuniária ao beneficiário ou este de a receber, desde que o Mandante apresente prova líquida e inequívoca de fraude manifesta ou de abuso evidente do beneficiário". (Francisco Cortez, "A Garantia Bancária Autónoma", in ROA, ano 52, II, Julho, 1992). Isto porque "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. Pois, defender o contrário, seria negar a especificidade que a

prática, a doutrina e a jurisprudência têm tentado identificar na garantia autónoma (...) autonomia que não se coaduna com o deferimento de providências se não em condições excepcionais, e que seria excessivamente relativizada, caso nos bastássemos com uma prova meramente sumária ou indiciária, com base na qual o juiz pudesse fazer um simples juízo de probabilidade." (Mónica Jardim, "A Garantia Autónoma", páginas 336 e 337). Na verdade, na ponderação da verificação in casu dos requisitos de que o artigo 362º, nº 1 do CPC faz depender o decretamento de providência cautelar não especificada o tribunal terá de ter em consideração essa exigência no que respeita a probabilidade de existência do direito invocado pela requerente da providência. Sustenta a Requerente a existência de abuso de direito por parte da 1ª Requerida, traduzida no facto de ser a mesma quem está em incumprimento com a requerente, uma vez que os atrasos verificados na execução do contrato não podem ser imputáveis á requerente. Ora, não está de forma alguma demonstrado pela documentação junta á petição inicial que é ilícito e abusivo a conduta da 1ª requerida, verificando-se ao invés, até pela leitura da oposição, que existe um litigio entre as partes acerca da execução do contrato garantido, do seu incumprimento, e a quem se deve imputar o incumprimento do mesmo, tudo isto aliado á pedido de prorrogação do prazo de vigência da garantia.

A independência do contrato de garantia autónoma em relação ao contrato base é um dos traços distintivos da garantia bancária e uma das características que lhe conferem autonomia, que na fiança não existe por esta ser caracterizada pela acessoriedade. A característica da autonomia é mais patente quando a garantia deva ser prestada à primeira solicitação, "on first demand..

No caso dos autos visa a providencia evitar o accionamento da garantia bancária, à primeira solicitação, prestada pela requerente.

Entende, contudo, o Tribunal, seguindo que a jurisprudência maioritária nacional o entendimento de que quando a providência cautelar é requerida como forma de obstar a uma solicitação abusiva ou fraudulenta por parte do beneficiário, deve ser exigida a prova líquida, inequívoca, pronta e irrefutável, sob pena de se subverter a finalidade para a qual a garantia foi configurada, o que se torna evidente quando tratamos de uma garantia à primeira solicitação especialmente desenhada para as situações em que o credor pretende uma garantia forte, semelhante ao depósito de dinheiro, em que se abdica de qualquer possível discussão por parte do garante das relações subjacentes à emissão da garantia e de qualquer comprovação do incumprimento.

Compreende-se que o decretamento de uma providência inibitória deve ser reservado para as situações de alegação e prova de circunstâncias concretas

que traduzam a fraude manifesta ou o abuso evidente do beneficiário, e essa prova não existe nos autos.

Com o litígio emergente dos articulados, é evidente que tal prova não existe (nomeadamente prova escrita e inequívoca de tal fraude e abuso), não se afigurando que tal prova líquida e irrefutável seja feita através da prova testemunhal.

É pois manifesta a improcedência da pretensão formulada pela requerente pelo que ao abrigo do disposto nos artigos 362º e s do CPC julga-se improcedente o presente procedimento cautelar.»

De tal decisão veio a requerente interpor recurso, tendo, na sequência da respectiva motivação, apresentado as seguintes **conclusões**, que se transcrevem:

«**1.** Não se conforma a Recorrente com a sentença proferida pelo Tribunal *a quo* que indeferiu a providência cautelar rogada, a concretizar: uma providência cautelar inibitória que impedisse a execução da garantia bancária prestada pela 2.ª Requerida a favor da 1.ª Requerida.

2. O Tribunal *a quo* **indeferiu a providência cautelar requerido sem ter produzido a prova rogada pelas partes**, a concretizar: as declarações de parte e a inquirição das testemunhas.

3. Fê-lo por considerar que o decretamento da providência cautelar requerida está dependente da apresentação de prova pronta, líquida, irrefutável de uma violação flagrante e inequívoca das regras da boa-fé, que integre uma atuação manifestamente fraudulenta ou importe a violação de interesses de ordem pública (*fumus boni juris*) e que só a prova documental pré-constituída pode, eventualmente, constituir tal prova.

4. Concluindo o Tribunal *a quo* que, *in casu*, inexistia a aludida prova.

5. Todavia, consideramos, com o devido respeito, que o entendimento perfilhado pelo Tribunal *a quo* não é correto, pois **a prova pronta, líquida, irrefutável** de uma violação flagrante e inequívoca das regras da boa-fé, que integre uma atuação manifestamente fraudulenta ou importe a violação de interesses de ordem pública (*fumus boni juris*) **pode ser obtida com recurso a qualquer um dos meios de prova admitidos para as providências cautelares não especificadas**, mormente, a prova testemunhal.

6. Assim, **a sentença proferida deve ser revogada, prosseguindo os autos para produção da prova requerida pelas partes**, a concretizar: declarações de parte das Requerente e 1.ª Requerida e inquirição testemunhal.

Nestes termos e com o duto suprimento de V. Exas., deve o presente recurso ser julgado totalmente procedente, revogando-se a sentença proferida e prosseguindo os autos a sua normal tramitação para

produção da prova requerida pelas partes.

Fazendo-se assim, A INTEIRA E DEVIDA JUSTIÇA!».

A 1ª requerente apresentou contra-alegações, defendendo que deve ser “indeferido” o recurso, por não ter sido cumprido o ónus previsto no art. 639º, nº 2, do C.P.C., pois a recorrente “não alegou quais as normas jurídicas violadas, nem o sentido em que (...) Tribunal *a quo* devia ter interpretado ou aplicado o direito”, e pugnando pelo não provimento do recurso e pela manutenção da decisão recorrida.

*

Colhidos os vistos legais, cumpre decidir.

II - Considerando que o objecto do recurso, sem prejuízo de eventuais questões de conhecimento oficioso, é delimitado pelas suas conclusões (cfr. arts. 635º, nº 4, e 639º, nº 1, do C.P.C.), **são** as seguintes as **questões** a tratar:

a) apreciar da (in)admissibilidade do recurso, por falta de cumprimento do ónus previsto no art. 639º, nº 2, do C.P.C.;

b) apurar se no caso deve haver lugar à produção da prova testemunhal e por declarações de parte requerida pelas partes.

**

Vejamos a primeira questão.

Aduz a recorrida que a recorrente não alegou quais as normas jurídicas violadas nem qual o sentido com que as normas aplicadas na decisão recorrida deviam ter sido interpretadas e aplicadas, como impõe o nº 2 do art. 639º do C.P.C..

Ora, visto o requerimento de recurso apresentado, verifica-se que a recorrente efectivamente indica quais as normas jurídicas que, em seu entender foram violadas, e que são as constantes dos arts. 326º e segs. do C.P.C., atinentes à tramitação dos procedimentos cautelares (o facto de esta referência ocorrer numa citação que a recorrente faz de um acórdão em nada interfere com a situação, posto que nos seus requerimentos as partes podem alegar por suas próprias palavras ou citando passagens de doutrina e/ou jurisprudência, nos termos que entenderem mais adequados).

E também indica qual o sentido com que tais normas deveriam ter sido interpretadas e aplicadas: aquele segundo o qual “a prova pronta, líquida, irrefutável de uma violação flagrante e inequívoca das regras da boa-fé” no accionamento de uma garantia bancária “pode ser obtida com recurso a qualquer um dos meios de prova admitidos para as providências cautelares não especificadas, mormente, a prova testemunhal”.

Cumpriu, pois, a recorrente com o ónus do art. 639º, nº 2, do C.P.C., pelo que

é admissível o recurso, não colhendo a objecção nesse sentido levantada pela recorrida.

*

Passemos à segunda questão, sendo a factualidade relevante a que consta do relatório antecedente.

A garantia autónoma é “um contrato celebrado entre o interessado – o mandante – e o garante – a favor de um terceiro – o garantido ou beneficiário”. O garante “obriga-se a pagar ao beneficiário uma determinada importância”, pagamento este que deverá ocorrer “à primeira solicitação”, “isto é: o garante pagará ao beneficiário determinada importância, assim que este lha peça”. Exigida a garantia, “o garante só poderá opor ao beneficiário as excepções literais que constem do próprio texto da garantia: *nunca as derivadas da relação principal*. Tão pouco se pode reagir a ela com pretensões de enriquecimento”.

“A função da garantia autónoma não é, pois, a de assegurar o cumprimento dum determinado contrato. *Ela visa, antes, assegurar que o beneficiário receberá, nas condições previstas no texto da própria garantia, uma determinada quantia em dinheiro*. Por isso, perante uma garantia autónoma à primeira solicitação, de nada servirá vir esgrimir com argumentos retirados do contrato principal: a garantia tem fins próprios, auto-suficientes” (cfr. António Menezes Cordeiro, Manual de Direito Bancário, 2ª ed., Almedina, págs. 656 a 658).

Apesar da natureza automática desta garantia, tem-se entendido que “existem limites, podendo a entidade garante recusar o cumprimento com base no contrato garantido, se o pedido de pagamento da garantia constituir uma fraude manifesta, ou uma violação flagrante dos princípios da boa fé, mas, nestes casos, será sempre exigível uma prova pronta e inequívoca do abuso por parte do beneficiário, sob pena de desvirtuar a finalidade da obrigação autónoma automática”.

“Não é suficiente a existência de um conflito pendente no tribunal entre os titulares da relação garantida, pois tal conflito, do qual se ignora o desfecho, por si só, não demonstra a existência da invocada actuação abusiva do beneficiário”.

“E, podendo os respectivos interessados recorrer a uma providência cautelar para obstar ao cumprimento da garantia, com fundamento no comportamento abusivo do beneficiário, não deixa de ser exigível a prova segura e irrefutável deste abuso” (Ac. da R.L. de 10/03/2016, com o nº de processo 13644/12.9YYLSB-A.L1-6, publicado em www.dgsi.pt).

Assim, estando em causa a situação específica de paralisação do accionamento de uma garantia autónoma, admitindo-se a utilização da tutela cautelar para o

efeito, não basta a prova por verosimilhança que normalmente é requisito do decretamento de uma providência cautelar, antes se exigindo que neste caso particular se faça uma prova líquida e inequívoca do fundamento que justifica o não pagamento da garantia.

Porém, a jurisprudência divide-se quanto à forma como se pode obter esta prova límpida e inequívoca:

- para certa jurisprudência (que foi seguida na decisão recorrida), esta prova só poderá resultar de prova documental e, até, pré-constituída;
- para outra jurisprudência (ver, por todos, Ac. da R.L. de 06/05/2021, com o nº de processo 3962/21.0T8LSB.L1-8, publicado em www.dgsi.pt), esta prova pode ser efectuada por todos os meios legalmente admissíveis, incluindo a prova testemunhal.

Tendo em conta o que resulta dos arts. 367º, nº 1 (produção de prova no procedimento cautelar comum), 410º (objecto da instrução) e 607º, nº 5 (livre apreciação das provas), do C.P.C., e não existindo qualquer limitação legal à prova a produzir quanto à actuação abusiva e à má fé daquele que acciona uma garantia bancária, somos a concordar com a segunda orientação referida, ou seja, de que a prova límpida e inequívoca pode ser efectuada com recurso a todos os meios de prova legalmente admissíveis, seja documental, testemunhal, por declarações de parte, ou outra.

Pois, como se refere no aludido Ac. da R.L. de 06/05/2021, “não suscitando dúvidas a maior exigência quanto à prova do direito invocado neste tipo de providências, que não se deve bastar com juízos de verosimilhança, antes devendo ser a respetiva prova inequívoca, segura, já no que respeita à exigência de prova pré-constituída, não sujeita a instrução, resumindo-se a mesma a prova documental (ou quiçá pericial) se nos afigura excessiva e sem qualquer correspondência no disposto no artº 362º e ss. do CPC.

Na medida em que a paralisação do acionamento de garantia bancária não constitui um procedimento cautelar específico, com regras próprias, está sujeito ao regime geral, não se justificando que a peculiaridade, adveniente da natureza autónoma da garantia, imponha uma derrogação daquele regime no que respeita aos meios de prova. Nem se vislumbra que os factos integrantes do comportamento abusivo, da má fé, da fraude, não possam ser sujeitos a instrução, mormente mediante prova testemunhal, sujeita à livre apreciação pelo juiz. (...)

Entendemos que a prova líquida, pronta e inequívoca pode extrair-se de qualquer meio de prova permitido em direito e não apenas da prova documental, sendo por isso possível o recurso a prova testemunhal”.

Portanto, é de concluir que não existe qualquer restrição no caso à produção dos meios de prova indicados pelas partes no presente procedimento cautelar,

devendo a apreciação da existência da prova líquida e irrefutável ser efectuada aquando da valoração da prova produzida, em sede de decisão da matéria de facto (e não, previamente, em sede de admissão, ou não, dos meios de prova).

No caso concreto, a requerente alegou no seu requerimento inicial (nomeadamente nos arts. 10º a 12º, 16º a 19º, 25º, 32º a 36º, 65º, 67º, 70º e 73º) factibilidade passível de configurar um eventual comportamento abusivo e de má fé da 1ª requerida.

Tal factibilidade carece de ser demonstrada, mediante a produção da prova indicada pelas partes nos articulados (inclui-se aqui, obviamente, a prova indicada pela 1ª requerida, com vista à contrariedade da versão da requerente).

Apenas após a produção dessa prova será de aferir da existência da prova líquida e inequívoca da situação de accionamento abusivo da garantia (e dos restantes pressupostos da providência cautelar comum) – note-se que, ao contrário do que refere a recorrida nas contra-alegações, o tribunal *a quo* em lado algum da decisão recorrida refere que “dos factos articulados” “já era evidente que esse abuso inexistia por completo”.

Não pode, pois, manter-se a decisão recorrida, que deverá ser substituída por outra que determine o prosseguimento do processo com a produção da prova requerida pelas partes, assim merecendo acolhimento o recurso da requerente.

*

Em face do resultado do tratamento das questões analisadas, é de concluir pela obtenção de provimento do recurso interposto pela requerente.

III - Por tudo o exposto, acorda-se em conceder provimento ao recurso, revogando-se a decisão recorrida e determinando-se o prosseguimento dos autos para produção de prova.

**

Custas da apelação pela recorrida “B..., Unipessoal, Lda.” (art. 527º, nºs 1 e 2, do C.P.C.).

*

Notifique.

**

Sumário (da exclusiva responsabilidade da relatora - art. 663º, nº 7, do C.P.C.):

.....
.....
.....

*

datado e assinado electronicamente

*

Porto, 25/01/2024

Isabel Ferreira

Ana Vieira

António Carneiro da Silva