

Tribunal da Relação de Lisboa

Processo nº 14881/09.9T2SNT-A.L1-6

Relator: FÁTIMA GALANTE

Sessão: 15 Abril 2010

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: CONFIRMADA A DECISÃO

PROVIDÊNCIA CAUTELAR NÃO ESPECIFICADA

REQUISITOS

GARANTIA AUTÓNOMA

CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL

ABUSO DE DIREITO

Sumário

1. Para que seja decretada providência cautelar não especificada impõe-se a verificação da existência, muito provável, de um direito que se tem por ameaçado, bem como o fundado receio que alguém cause lesão grave e dificilmente reparável a tal direito, antes que seja proferida decisão de mérito em acção proposta ou a propor.

2. A natureza autónoma da garantia on first demand, inculca a sua actuação ou execução automática, mas essa automaticidade, não é absoluta, admitindo-se a instauração de providências urgentes e provisórias, destinadas a impedir o garante de entregar a quantia ao beneficiário, ou este de a receber, desde que seja apresentada prova líquida e inequívoca de fraude manifesta ou do abuso evidente do beneficiário.

(Sumário da Relatora)

Texto Integral

ACORDAM NO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

I - RELATÓRIO

L.., intentou procedimento tendo em vista o decretamento de uma providência cautelar não especificada contra **M...**, **S.A.**, **J...**, **Lda** e **Banco**,

S.A., pedindo fosse ordenado que:

- a) As Requeridas M.. e J... se abstivessem de executar a garantia bancária n° ... emitida pelo Banco, S.A. no valor de € 400.000,00;
- b) O Requerido Banco não efectuasse o pagamento da garantia bancária atrás referida;
- c) As ditas Requeridas não cedessem sua posição no contrato-promessa destes autos a uma terceira entidade.

Fundamentou um tal pedido, basicamente, nas seguintes circunstâncias:

- 1. Entre o Recorrente e as Recorridas M... e J.... foi celebrado um contrato-promessa, pelo qual o Recorrente se obrigou a vender e as ditas Recorridas a comprar, pelo preço de Euro 4.000.000,00, um certo terreno pertencente ao primeiro;
- 2. Aquando do pagamento do sinal, o Recorrente entregou às Recorridas uma garantia bancária emitida pelo Banco Recorrido, no valor de Euro 400.000,00, correspondente ao valor desse sinal;
- 3. As Recorridas resolveram ilicitamente o contrato-promessa;
- 4. Na carta de resolução, as Recorridas pedem a devolução do sinal entregue, sob pena de executarem a garantia bancária, e anunciam a vontade de, posteriormente, cederem a sua posição no contrato resolvido a uma outra sociedade comercial que não identificam.

A Requerente justificou a necessidade do decretamento das providências requeridas, alegando que sendo ilícita a resolução do contrato, correspondendo a mesma ao incumprimento das obrigações decorrentes desse contrato, tinha o Recorrente o direito a exigir judicialmente a sua execução específica, traduzida na realização da venda prometida com o correspondente pagamento do preço convencionado, ou a fazer seu o sinal prestado. Além disso, a efectividade de tal direito encontra-se ameaçada pelo anúncio feito pelas Recorridas de execução da garantia e de posterior cessão da sua posição contratual a terceiros porque nada garante que, caso o tribunal decrete a execução específica do contrato-promessa ou ordene o pagamento do sinal entretanto levantado pelas Recorridas, tenha a sociedade cessionária meios para pagar o preço ou o sinal perdido, até porque as Recorridas pretendem receber o valor do sinal para elas próprias, antes de cederem a posição contratual.

As Requeridas deduziram oposição.

Produzida a prova, veio a ser proferida decisão no sentido de a providência não ser decretada, genericamente, porque a garantia bancária em

causa era uma garantia autónoma on first demand, pelo que não pode o Recorrente obstar através de providência cautelar que as beneficiárias se abstenham de a accionar. Por outro lado, considerou ser lícito que as Recorridas possam ceder a sua posição contratual a uma terceira entidade, já que tal não estava excluído expressamente no contrato.

Inconformada com a decisão, dela recorre a Requerente que, no essencial, apresentou as seguintes **conclusões**:

1. O presente procedimento tem natureza conservatória e o seu objectivo é o de manter o statu quo, isto é o de impedir que pela via da execução da garantia e da cessão da posição contratual, as Recorridas venham a frustrar o efeito útil da decisão a proferir na acção principal.

2. A acção principal tem por objectivo a efectivação dos direitos que, em alternativa, decorrem para o Recorrente da ilícita resolução do contrato-promessa que celebrou com as Recorridas: o de execução específica ou o de fazer seu o sinal entregue.

3. A garantia destes autos tem uma finalidade específica, intimamente ligada a determinadas vicissitudes do contrato, e que é, exclusivamente, a de assegurar a devolução do sinal no caso de ter ocorrido a resolução do mesmo contrato, nos termos estabelecidos nas cláusulas 4º nº7 e 7a nº 4 do mesmo, ou seja, quando: a) A autorização de instalação do futuro estabelecimento das Recorridas não tivesse sido aprovada até 30 de Novembro de 2008 (Cláusula 4a nº 7), ou b) O ora Recorrente tivesse incumprido as suas obrigações derivadas do contrato (Cláusula 7 nº 4).

4. As Recorridas incluíram na carta de 20 de Outubro de 2008, como causa de resolução do contrato, a invocação de incumprimento por parte do Recorrente da sua obrigação de alterar a descrição registral do terreno, quando bem sabiam que essa obrigação havia de ser cumprida até à data da outorga da escritura, data essa que nunca foi por elas designada.

5. Simularam, assim, artificial e falsamente, a verificação de uma circunstância para a execução da garantia, procurando colocar o Banco Recorrido na situação de ter de a honrar.

6. E de tal forma grosseiro e evidente o abuso cometido que não pode deixar de inviabilizar qualquer argumento a favor do pagamento da garantia pelo Banco derivado da natureza "on first demand" da mesma.

7. No final da carta de 20 de Outubro de 2008, em que comunicam a sua vontade de resolver o contrato, as Recorridas anunciam que pretendem, extinguir o contrato-promessa, para depois receber o dinheiro da garantia e para, finalmente, transmitir a sua posição no extinto contrato a um terceiro.

8. A comunicação das Recorridas, no contexto em que é feita, aponta

no sentido de que a projectada cessão de posição contratual terá como único objectivo o dificultar ou impossibilitar o exercício, pelo Recorrente, dos seus direitos emergentes do contrato-promessa e da ilícita resolução do mesmo.

9. Prefigura-se um exercício abusivo do direito à cessão da posição contratual que é ilegal nos termos do art. 334º do Código Civil e, por isso, não merece tutela jurídica.

10. Tem pois o Recorrente o direito a, em alternativa, exigir a execução específica do contrato, operando-se a venda do terreno e o pagamento pelas Recorridas do respectivo preço ou fazer seu o sinal entregue.

11. O comportamento das Recorridas, nomeadamente por pretendem receber o valor do sinal para elas próprias, antes de cederem a posição contratual a um terceiro, justifica o receio de que a execução da garantia bancária e o recebimento indevido do seu valor pelas Recorridas se tome num facto consumado, inviabilizador da sua recuperação pelo Recorrente.

12. Existe, assim, fundado receio de que, a serem cumpridas as ameaças feitas pelas Recorridas na sua carta de 20 de Outubro de 2008, se produzam, na esfera do Recorrente, prejuízos graves e de difícil ou impossível reparação.

13. A douda decisão recorrida violou, nomeadamente, as normas do artº 381º nºle do artº 387º nº1 do Código de Processo Civil.

Contra alegaram as Requeridas M.../J..., que, no essencial, **concluíram concluíram:**

1. Uma vez que na presente data a Recorrida Lucasfin já apresentou a Juízo a petição inicial correspondente à acção principal contra as Recorridas M.../J..., o conhecimento do pedido correspondente à cedência de posição fica prejudicado, pois já não se justifica qualquer cedência de posição contratual, uma vez que o seu único objectivo era o de assegurar o efeito útil dessa acção judicial de execução específica.

2. A Recorrente Lucasfin apresentou em Tribunal esta providência cautelar, mediante a qual impetra o não pagamento da garantia, mas no RI nunca colocou em causa a natureza e as características essenciais dessa garantia, designadamente a sua autonomia no que diz respeito ao CPCV, o que só agora, em sede de recurso vem fazer.

3. Foi estabelecido no texto da garantia um parâmetro de accionamento da garantia, para evitar situações de má fé ou abuso por parte do beneficiário da mesma, que está a ser utilizado peia Recorrente como sinal da autonomia relativa da garantia.

4. Uma vez que as Recorridas M.../J... tinham na sua oposição alegado que a providência deveria ter sido desatendida desde logo por falta de verificação

dos pressupostos de uma providência não especificada, e sendo certo que o Despacho Recorrido não se debruçou sobre tal questão, assiste-lhes a faculdade de agora, em sede recursiva, e ao abrigo do disposto no art. 684-A, n.º 1 do CPC, impetrar subsidiariamente que sobre a mesma recaia a decisão desta Veneranda Relação.

5. Subsidiariamente, e nos termos dos art.s 684-A, n.º2, 685-B, n.2 5 e 712 do CPC, o facto dado como provado sob o n. 13 deve ser dado como não provado, e o facto dado como provado sob o .º 17 deve ser dado alterado de modo a que seja suprimida a expressão "...confirmando a verificação do pressuposto de realização do contrato prometido consistente na decisão de autorização da instalação do empreendimento..." e dessa forma corrigido o despacho recorrido.

6. Ao abrigo das mesmas disposições legais assinaladas na conclusão precedente, deve o facto dado como provado sob o n. 24 ser suprimido uma vez que não corresponde a um facto da vida real, uma vez que são empregues expressões equívocas e genéricas, vg "É corrente", sem que se tenha demonstrado quando e em que circunstâncias, ou "tal como por outras câmaras", sem que se tenha demonstrado que Câmaras são essas, sendo que o emprego da expressão não poderia configurar um facto anormal e inesperado é, conclusivo, não podendo resultar do labor probatório processual.

7. Deve assim o Despacho Recorrido, subsidiariamente, ser reformulado, por violação dos art.ºs 387º, 381º e 382º do CPC de modo a que a presente providência seja indeferida por falta de verificação dos pressupostos essenciais para o seu decretamento, devendo ainda, e também subsidiariamente, serem dados como não provados os factos dados como assentes sob os n.ºs 13 e 24 e, bem assim, ser alterada a redacção do facto dado como assente sob o n.º 17.

Corridos os Vistos legais,

Cumpre apreciar e decidir.

Presente que o objecto do recurso é definido pelas conclusões no mesmo formulado, e tendo, igualmente em consideração a ampliação do âmbito do recurso a requerimento das Recorridas, ao abrigo do disposto nos arts. 684ºA, nº 2 e 685º-B do CPC, em causa está saber se estão reunidos os pressupostos legalmente exigidos com vista ao decretamento da requerida providência, à luz dos factos provados e do seu enquadramento no âmbito dos preceitos dos arts. 381.º e 387.º do CPCivil.

Igualmente cabe apreciar se existe fundamento para alterar a matéria de facto constante dos pontos 13º, 17º e 24º da matéria provada, conforme consta das

alegações das Recorridas.

Importa, contudo ter presente que, como meio impugnatório de decisões judiciais, o recurso visa tão só suscitar a reapreciação do decidido, não comportando, assim, *ius novarum*. Ademais, o tribunal de recurso também não está adstrito à apreciação de todos os argumentos produzidos em alegação, mas apenas – e com liberdade no respeitante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito – de todas as “questões” suscitadas, e que, por respeitarem aos elementos da causa, definidos em função das pretensões e causa de pedir aduzidas, se configurem como relevantes para conhecimento do respectivo objecto, exceptuadas as que resultem prejudicadas pela solução dada a outras.

II - FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

1. L... é um fundo de investimento imobiliário que constitui um património autónomo, tal como está consagrado no n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 60/2002, alterado pelo Decreto-Lei n.º 252/2003, de 17 de Outubro, e pelo Decreto-Lei n.º 13/2005, de 7 de Janeiro.

2. O Requerente é gerido e representado pela sociedade SGFI..., S.A..

3. O Requerente é proprietário do prédio rústico denominado "C..." ou "C...", sito na Charneca, concelho de Sintra, freguesia de S. Pedro de Penaferrim, descrito na Conservatória do Registo Predial de Sintra sob o n.º ... e inscrito na matriz predial rústica sob o artigo ..., Secção

4. Requerente e Requeridas celebraram um contrato-promessa de compra e venda, nos termos do qual estas últimas prometeram comprar e o primeiro prometeu vender-lhes o prédio supra descrito.

5. Nos termos do Contrato-Promessa, ficou acordado que o preço da venda prometida se cifraria em € 4.000 000,00 (quatro milhões de euros).

6. As Requeridas obrigaram-se, solidariamente, a pagar aquele preço da seguinte forma:

a) na data da assinatura do contrato-promessa, a título de sinal e princípio de pagamento a quantia de € 400,000,00 (quatrocentos mil euros), por meio de cheque;

b) na data da outorga da escritura de compra e venda o valor de 3.606.000,00 (três milhões e seiscentos mil euros).

7. Nos termos da cláusula 4ª do Contrato-Promessa, as partes acordaram que o contrato prometido seria celebrado após a obtenção de autorização para instalação pelas ora Requeridas, de um estabelecimento comercial.

8. Sendo da exclusiva responsabilidade das Requeridas a preparação e entrega deste pedido de autorização e, bem assim, a sua obtenção (cláusula 4a, n.º2).

9. Ainda de harmonia com esta cláusula, as partes fixaram que a escritura de compra e venda seria outorgada no prazo de 60 dias após a aprovação, por parte da entidade competente para a decisão, da autorização para a instalação de estabelecimento comercial.

10. As partes acordaram, também, que caberia às Requeridas agendar e comunicar ao Requerente o dia, hora e local da realização da escritura pública, com, pelo menos, 20 dias de antecedência, através de carta registada com aviso de recepção (Cfr. Cláusula 4^a, n° 8, do contrato-promessa).

11. Simultaneamente com a celebração do contrato-promessa em questão, o Requerente obteve do Banco, SA e entregou às Requeridas uma garantia bancária on first demand (Garantia n°, de 13 de Dezembro de 2007) a favor destas, no valor de € 400.000 (quatrocentos mil euros), que corresponde ao valor do sinal e princípio de pagamento.

12. Posteriormente, as partes acordaram num primeiro aditamento ao Contrato-Promessa.

13. Por deliberação da Comissão Regional da Grande Área Metropolitana de Lisboa do Ministério de Economia e Inovação, reunida no dia 13 de Maio de 2008, foi autorizada a instalação do estabelecimento solicitada pelas Requeridas.

14. Em 3 de Junho de 2008 a Dra. MP enviou à SGFI..., S.A. uma carta (cfr. Doc. 5) na qual comunicava à dita sociedade gestora que "admitindo que a Licença que venha a ser emitida esteja condicionada à execução da via assinalada no parecer emitido pela CMS" iria ser efectuada a resolução do contrato-promessa por alegadas "alterações dos pressupostos que determinaram a subscrição do mesmo".

15. A Dra MP referia na sua carta um parecer emitido, em 28 de Janeiro de 2008, pela Câmara Municipal de Sintra, no quadro do processo de licenciamento de instalação de estabelecimento, pela referida Comissão Regional, com o seguinte conteúdo:

"- A pretensão requerida pelo requerente respeitará as disposições legais e regulamentares definidas no Plano Director Municipal de Sintra (PDMS), nomeadamente, servidões, parâmetros urbanísticos, áreas de ocupação, impermeabilização, dotação de estacionamento, bem como, no Regulamento Municipal de Urbanização e edificação do Concelho de

- A J... assuma por si ou através de terceiro por si contratado para o efeito, o compromisso da realização das obras, bem como de todos os projectos prévios à sua execução de parte do troço da circular Exterior a Mem-Martins (2 vias em cada sentido), dando continuidade à execução da via projectada e inclusive da reformulação das infra-estruturas associadas. em como, deverão as mesmas estar concluídas, e proceder à entrega das mesmas ao município até à

data da emissão da respectiva licença de Utilização".

16. Por cartas datadas de 11 de Junho de 2008, o Requerente comunicou a cada uma das Requeridas, além do mais, que não aceitava a fundamentação transmitida para a anunciada resolução do contrato-promessa - (cfr. Docs. 6 e 7).

17. Em 4 de Setembro de 2008, as partes celebraram um novo aditamento ao Contrato-Promessa no qual, confirmando a verificação do pressuposto de realização do contrato prometido consistente na decisão de autorização da instalação do empreendimento, acordaram ainda prorrogar, por 60 dias a contar do dia 4 de Setembro de 2008, o prazo para a outorga da escritura de compra e venda do imóvel, terminando o mesmo em 27 de Outubro de 2008.

18. Ao invés, o Requerente recebeu, em 23 de Outubro de 2008, uma carta datada de 20 do mesmo mês, por meio da qual as Requeridas "resolvem o CPCV e o seu aditamento, independentemente da DIA que vier a ser emitida, por se verificar da sua parte a perda objectiva de interesse na outorga do contrato prometido (...) equiparado à impossibilidade definitiva superveniente e não culposa por não ser imputável às promitentes adquirentes, que em nada contribuíram para tal facto, determinando, consequentemente, a extinção da obrigação da celebração do contrato prometido, ou seja escritura definitiva de compra e venda do prédio".

19. Nessa mesma carta, as Requeridas interpelam a sociedade gestora do Requerente para "proceder proceder à devolução do sinal em singelo nos quinze dias seguintes à recepção da presente missiva, prazo findo o qual, e sem mais aviso, procederemos ao accionamento da garantia bancária e, posteriormente, à cessão de posição contratual para uma nova e única sociedade comercial".

20. Da reunião ocorrida na Câmara Municipal de Sintra, no dia 18 de Setembro de 2008, o Arq. LF, aí também mencionado, informou que a Câmara Municipal de Sintra ainda não havia definido concretamente a obra viária que poderia solicitar - se seria uma estrada, uma rotunda ou qualquer outra construção - ou se a mesma obra iria ser efectivamente pedida às Requeridas.

21. Na dita reunião não foi facultado às Requeridas qualquer esboço ou traçado da referida obra.

22. As Requeridas expressamente assumiram, no Contrato-Promessa, o encargo com o pagamento de quaisquer contrapartidas devidas pela aprovação de instalação e da operação urbanística que se propunham fazer.

23. Nos termos do disposto no n.º 2 da Cláusula 6ª do contrato-promessa, as partes acordaram que "Entre as despesas e encargos da responsabilidade dos Segundos Contraentes inclui-se especificamente o pagamento da taxa de autorização prevista no n.º 7 do artigo 17.º da mencionada Lei n.º 12/2004,

bem como o custeamento de todas as contrapartidas que venham a ser exigidas pela Câmara Municipal e/ou outras entidades legalmente competentes, necessárias à aprovação da autorização de instalação e da operação urbanística/imobiliária pretendida".

24. *É corrente a exigência de obras de infra-estrutura pela Câmara de Sintra, tal como por outras câmaras, como condição de aprovação de licenciamento de construção de um empreendimento comercial, pelo que, se se viesse a confirmar a exigência mencionada pelas Requeridas na sua carta de resolução, tal não poderia configurar um facto anormal e inesperado.* [\[1\]](#)

25. As Requeridas na carta que declararam a resolução do Contrato-Promessa, comunicam que "procederemos ao accionamento da garantia bancária e, posteriormente, à cessão de posição contratual para uma nova e única sociedade comercial, conforme previsto na cláusula 2a do CCv".

26. No âmbito da sua actividade bancária, o Banco, ora Requerido, prestou a garantia bancária autónoma à primeira solicitação nº ..., cujas beneficiárias foram a M..., SGPS, S.A. e a J..., E..., Lda. e a garantida a sociedade ora a Requerente, conforme Doc . 3 junto ao R.I.

27. O valor da garantia foi fixado em € 400.000,00, correspondente ao valor do sinal pago pelas Requeridas aquando da celebração do contrato promessa de compra e venda celebrado com a Requerente.

28. A garantia bancária, objecto dos autos, é autónoma à primeira solicitação.

29. Em 14 de Dezembro de 2007 a Requerente L.../SGFI e as Requeridas celebraram um contrato-promessa de compra e venda do prédio descrito no artigo 3º.

30. Nos termos do nº 3 e 7 da cláusula 1a do contrato-promessa de compra e venda, a Requerente L.../SGFI obrigou-se até à data da outorga da escritura pública definitiva de compra e venda do prédio a proceder às correcções necessárias de modo a que na descrição predial e na inscrição matricial a área inscrita do prédio correspondesse à sua área real, bem como a retirar uma barraca que então se encontrava implantada no prédio, para que este fosse vendido livre de qualquer ocupação.

31. Sob a epígrafe "Despesas" as partes signatárias do contrato-promessa de compra e venda, estabeleceram na cláusula sexta, nº 2 que:

"2. Entre as despesas e encargos da responsabilidade dos Segundos Contraentes inclui-se especificamente o pagamento da taxa de autorização prevista no nº 7 do artº 17º da mencionada Lei nº 12/2004, bem como o custeamento de todas as contrapartidas que venham a ser exigidas pela Câmara Municipal e/ou outras entidades legalmente competentes, necessárias à aprovação da autorização de instalação e da operação urbanística/imobiliária pretendida."

32. Nos termos do nº 5 da cláusula do contrato-promessa de compra e venda, ficou estipulado que a escritura pública definitiva seria outorgada nos 60 dias seguintes à aprovação da autorização para instalação do estabelecimento comercial "J...", correspondente ao "lay-out" junto ao aludido contrato como Anexo II.

33. A Requerente L.../SGFI, conforme disposto na cláusula 8ª, alíneas c) e f) do contrato-promessa de compra e venda, garantiu às Requeridas que:

"c) Não existem quaisquer contratos, acordos ou decisões, seja qual for a sua natureza, que possam afectar os direitos sobre o prédio e/ou de que possam resultar quaisquer responsabilidades, encargos ou limitações para os Segundos Contraentes, nomeadamente no que respeita à construção do estabelecimento denominado Centro J..., supra referido;

f) Não existem no prédio quaisquer vícios ou defeitos que possam ou venham a restringir a sua utilização ou resultar em encargos ou limitações, de qualquer natureza, para os Segundos Contraentes, nomeadamente no que respeita à construção do centro J..., sem prejuízo da existência das condições geológicas, orográficas e hidrográficas inerentes ao mesmo, que possam ter relevância edificativa;"

34. Em 3 de Junho de 2008 a ilustre mandatária das Requeridas remeteu à Requerente L.../SGFI uma missiva Doc. 5 do requerimento inicial), da qual se extrai o seguinte trecho:

"Em 28/01/2008, a Câmara Municipal de Sintra emitiu um parecer favorável relativamente ao pedido de autorização de localização, que juntamos em anexo, impondo, no entanto, que em sede de licenciamento a Jardiland assumisse "por si ou através de terceiro por si contratado para o efeito, o compromisso da realização das obras, bem como de todos os projectos prévios à sua execução de parte do troço da circular exterior a Mem Martins (2 vias em cada sentido), dando continuidade à execução da via projectada e inclusive da reformulação das infra-estruturas associadas. Bem como, deverão as mesmas estar concluídas, e proceder à entrega das mesmas ao município até à data da emissão da respectiva licença de utilização".

Informalmente, chegou ao nosso conhecimento que a Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional de Lisboa e Vale do Tejo (CCDRLVT) iria a breve trecho proceder à emissão da licença comercial impetrada, condicionada à emissão da Declaração de Impacte Ambiental.

Assim sendo, e admitindo que a licença que venha a ser emitida esteja condicionada à execução da via assinalada no parecer emitido pela Câmara Municipal de Sintra, vimos pela presente, desde já, transmitir a V. Exas que nesse caso iremos proceder à resolução do contrato promessa celebrado, por alteração dos pressupostos que determinaram a subscrição do mesmo face ao

previsto e acordado aquando da sua conclusão, de acordo com o disposto nos artºs 437º ex vi artº 252º nº 2, do Código Civil, em virtude de a concretização dessa imposição tornar a execução do "lay-out" junto com o Anexo 11, economicamente inviável, em virtude de se verificar um aumento desmesurado dos custos, havendo assim lugar à devolução do sinal em singelo (artº 442º nº 2 do Código Civil a contrario).

35. Em 11 de Junho de 2008 a Requerente L.../SGFI endereçou duas cartas, de teor idêntico, às Requeridas, (Docs. 6 e 7 do requerimento inicial), em resposta à carta mencionada no número antecedente, mediante a qual transmitia que a aprovação condicionada da autorização de instalação de estabelecimento comercial não constituía fundamento de resolução do contrato promessa de compra e venda, não aceitando qualquer dos fundamentos jurídicos ali apresentados, por não considerar que tal circunstância constituísse uma qualquer alteração dos pressupostos que tinham estado subjacentes à negociação do contrato promessa de compra e venda e à definição do respectivo preço, reiterando a sua intenção em cumprir o dito contrato, uma vez obtida a aprovação da autorização de instalação comercial, ainda que a mesma viesse a ser aprovada sob condição de execução de contrapartidas, possibilidade que, no entender da Requerente L.../SGF1, estava expressamente prevista na cláusula sexta do contrato promessa de compra e venda.

36. Em 8 de Julho de 2008, a Requerida J..., Lda foi notificada pela Direcção de Serviços do Comércio e Serviços e Turismo da Direcção Regional de Lisboa e Vale do Tejo do Ministério da Economia e Inovação, no âmbito do processo relativo ao pedido de autorização de instalação do estabelecimento de comércio a retalho não alimentar com a insígnia "J..." a instalar no Lugar da Charneca, freguesia de S. Pedro de Penaferrim, concelho de Sintra, de que o aludido pedido havia recebido a deliberação de autorização de instalação da Comissão Regional da Grande Área Metropolitana de Lisboa, em reunião de 13 de Maio de 2008, conforme acta que se anexava, condicionada à apresentação de Declaração de Impacte Ambiental ("DIA") favorável, emitida nos termos do Decreto-Lei nº 69/2000 de 3 de Maio, alterado pelo Decreto-Lei nº 197/2005, de 8 de Novembro, notificação essa junta como Doc. 1.

37. Na parte final da referida acta consignou-se:

"Apreciado o projecto, verificou-se:

a) posição favorável da Câmara Municipal de Sintra quanto à localização, sendo que em sede de licenciamento camarário deverão ser cumpridas as condições constantes do parecer da Autarquia existente no processo".

38. Por solicitação da mandatária da Requerida M..., a Direcção Regional de Lisboa e Vale do Tejo do Ministério da Economia e da Inovação, datada de 23

de Julho de 2008, enviou o mencionado parecer da Câmara Municipal de Sintra, do qual aqui se transcreve o seguinte trecho:

"Considerando que se trata de um estabelecimento de COMÉRCIO, e:

- face à necessidade que o município tem de garantir não só a construção das infra estruturas viárias previstas em sede de Plano Director Municipal, bem como de outras que potenciem as articulações indispensáveis das supra identificadas vias às redes viárias locais, face a constrangimentos de tráfego existentes em todo o município, decorrentes quer do crescimento urbano ocorrido no passado, quer dos novos pedidos a decorrer.

- face à intenção de investimento ora apresentada pela firma J... se insere num local, onde para a qual se identifica a necessidade de reforço das infra-estruturas viárias existentes, constituindo esta pretensão uma agravante para o já congestionado tráfego da zona, tendo em atenção as condições de tráfego actuais, criando por isso uma sobrecarga maior nas infra-estruturas existentes.

Não se vê inconveniente ao pedido de localização do estabelecimento comercial com a insígnia "J..." na denominada "C..." "C..."» (artº 93º da Secção 1) em Ranholas, em S. Pedro de Penaferrim, para efeitos do previsto no nº 2 do artº 11 º do mesmo diploma, sendo que, e em sede de licenciamento:

- A pretensão requerida pelo requerente respeitará as disposições legais e regulamentares definidas no Plano Director Municipal (PDMS),

nomeadamente, servidões, parâmetros urbanísticos, áreas de ocupação, impermeabilização, dotação de estacionamento, bem como, no Regulamento Municipal de Urbanização e Edificação do Concelho de Sintra (RMUECS);

- A J... assuma por si ou através de terceiro por si contratado para o efeito, o compromisso da realização das obras, bem como de todos os projectos prévios à sua execução de parte do troço da circular exterior a Mem Martins (2 vias em cada sentido), dando continuidade à execução da via projectada e inclusive da reformulação das infra-estruturas associadas. Bem como, deverão as mesmas estar incluídas, e proceder à entrega das mesmas ao município até à data da emissão da respectiva licença de utilização (Doc. 2).

39. Em 23 de Julho de 2008 realizou-se nas instalações da Requerente L.../SGFI uma reunião com os representantes de todas as partes do contrato promessa de compra e venda e com os seus respectivos mandatários, tendo sido acordado que iria ser agendada uma reunião na Câmara Municipal de Sintra, para melhor esclarecimento do alcance da imposição desta autarquia constante do Parecer transcrito no art. 12º.

40. As partes, em 4 de Setembro de 2008, subscreveram um aditamento ao contrato promessa de compra e venda, estipulando como data limite para celebração da escritura pública definitiva de compra e venda o dia 27 de

Outubro de 2008 (Doc. 8 do requerimento inicial).

41. Em 18 de Setembro de 2008, realizou-se a atrás mencionada reunião na Câmara Municipal de Sintra, que contou com a presença de diversos representantes da Requerente L.../SGFI, designadamente o Arquitecto PR, bem como das Requeridas, nomeadamente o Engº PC, tendo aquela autarquia sido representada pelo Arquitecto LF.

42. Em 7 de Outubro de 2008, (ou seja, vinte dias antes da data limite para a celebração da escritura pública de compra e venda), e conforme certidões de teor matricial e do registo predial pedidas pelas Requeridas (juntas como anexos à carta que constitui o doc. 9 do requerimento inicial), a área do prédio ainda não tinha sido rectificada, mantendo-se a mesma área que se encontrava inscrita na descrição predial e na inscrição matricial na data da subscrição do contrato promessa de compra e venda.

43. Em 20 de Outubro de 2008 as Requeridas resolveram extrajudicialmente o contrato promessa de compra e venda, mediante o envio de uma longa carta, junta ao requerimento inicial como Doc. 9, designadamente quanto às causas da resolução.

44. Em 17 de Novembro de 2008 as Requeridas solicitaram ao Banco, S.A. o pagamento da quantia garantida pela garantia bancária (Doc. 3 do requerimento inicial).

III - FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO

1. Impugnação da matéria de facto

Alegam as Recorridas que existe fundamento para a alteração dos pontos 13º, 17º e 24º dos factos provados.

1.1. A decisão da primeira instância sobre a matéria de facto pode ser alterada nas situações previstas o art. 712º/1 do CPC, nomeadamente se do processo constarem todos os elementos probatórios em que se baseou a decisão recorrida quanto à matéria de facto em causa.

Como é sabido, o uso dos poderes conferidos à Relação, não importando a postergação dos princípios da imediação, da oralidade, da concentração e da livre apreciação das provas, deve restringir-se aos casos de flagrante desconformidade entre os elementos de prova disponíveis e a decisão quanto à matéria de facto, nomeadamente nos concretos pontos impugnados, conforme vem sendo entendimento reiterado da jurisprudência [\[2\]](#).

Não se pode perder de vista que em matéria de reapreciação da prova pelo Tribunal da Relação, nos termos do art. 712º do CPC, o legislador optou por permitir apenas a revisibilidade dos concretos pontos de facto controvertidos relativamente aos quais sejam manifestas divergências por banda do Recorrente.

De acordo com o princípio da livre apreciação da prova, previsto no art. 655º

do CPC, a prova é apreciada pelo julgador segundo a sua experiência e a sua prudência, sem subordinação a regras ou critérios preestabelecidos. Ainda de acordo com este princípio que se contrapõe ao princípio da prova legal, as provas são livremente valoradas, sem qualquer grau de hierarquização, nem preocupação quanto à natureza de qualquer delas, respondendo o julgador de acordo com a sua convicção, excepto se a lei exigir para a prova do facto, qualquer formalidade especial, caso em que esta não pode ser dispensada^[3]. Assim, na modificação da decisão da 1ª instância sobre a matéria de facto deve actuar-se com prudência, só devendo suceder quando se demonstre através dos concretos meios de prova que foram produzidos, que existiu um erro na apreciação do seu valor probatório.

1.2. Ficou provado no Ponto 13: "Por deliberação da Comissão Regional da Grande Área Metropolitana de Lisboa do Ministério da Economia e Inovação, reunida no dia 13 de Maio de 2008, foi autorizada a instalação do estabelecimento solicitada pelas requeridas (cfr. Considerando 3 do Doc. 8)."

E no Ponto 17º deu-se como assente que: "Em 4 de Setembro de 2008, as partes celebraram um novo aditamento ao Contrato-Promessa no qual, confirmando a verificação do pressuposto da realização do contrato prometido consistente na decisão de autorização da instalação do empreendimento, acordaram ainda prorrogar, por 60 dias a contar do dia 4 de Setembro de 2008, o prazo para a outorga da escritura de compra e venda do imóvel, terminando o mesmo em 27 de Outubro de 2008 (cfr. Cláusula Primeira do segundo aditamento ao Contrato-Promessa-Doc.8).

Pese embora a posição das Recorridas, a verdade é que, como consta da fundamentação do despacho decisório da matéria de facto, foram, não só os documentos em causa, como ainda "as declarações prestadas pelas testemunhas inquiridas, que justificaram que se dessem por provados os mencionados factos 13º e 17º (cfr. fls. 364), pelo que de nada vale ao impugnante valorizar o documento em detrimento dos restantes meios de prova que também foram considerados na fundamentação do despacho decisório (pese embora as Recorridas não os refiram).

Mantêm-se inalterados os pontos 13º e 17º dos factos provados.

1.3. Foi dado como provado o facto 24, com o seguinte teor: "É corrente a exigência de obras de infra-estrutura pela Câmara de Sintra, tal como por outras câmaras, como condição de aprovação de licenciamento de construção de um empreendimento comercial, pelo que, se se viesse a confirmar a exigência mencionada pelas Requeridas na sua carta de resolução, tal não poderia configurar um facto anormal e inesperado". Esta matéria corresponde ao art. 84º do requerimento inicial.

Aqui assiste razão às Recorridas, na medida em que, como é patente, esta

formulação não corresponde a um facto da vida real que pudesse ser objecto de prova, além de que contém expressões genéricas e conclusivas.

Como tal, tem-se por não escrito o ponto 24º dos factos provados.

2. Dos pressupostos do procedimento cautelar

A Requerente propôs procedimento cautelar não especificado com a intenção de evitar a execução da garantia bancária prestada pelo Requerido Banco a favor das Requeridas, na sequência do contrato-promessa de compra e venda. A providência não foi decretada. Daí a interposição do presente recurso.

De acordo com o art. 381º, n.º 1, do CPCivil, sempre que alguém “mostrar fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado”.

Para que uma providência cautelar não especificada possa ser decretada, para além do preenchimento da condição relativa à subsidiariedade (dado que só pode ser utilizada se ao caso não competir uma providência nominada) e que aqui não se discute, são necessários determinados pressupostos, quais sejam: o fundado receio de que outrem, antes de a acção ser proposta ou na pendência dela, cause lesão grave e dificilmente reparável ao direito da requerente; a adequação da providência concretamente requerida à efectividade do direito ameaçado; o excesso considerável do dano que se pretende evitar com a providência sobre o prejuízo resultante do seu decretamento (arts.381 nºs 1 e 3 e 387 nºs 1 e 2 do CPCivil).

Como na generalidade sucede com qualquer outra providência cautelar, a providência cautelar não especificada está sujeita, além do interesse processual, a dois pressupostos específicos, através dos quais se objectivam os fundamentos da necessidade da composição provisória que o seu decretamento disponibiliza: o *fumus bonus iuris* e o *periculum in mora*.

Quanto ao primeiro, basta a aparência da existência do direito, requerendo-se apenas prova sumária.

A prossecução da finalidade específica da providência cautelar exige que a composição provisória que disponibiliza seja concedida com celeridade. A providência cautelar satisfaz-se, por isso, como uma apreciação sumária. A providência cautelar não exige uma prova *stricto sensu* - mas apenas uma prova sumária do direito ameaçado, ou seja, a probabilidade séria da existência do direito alegado (arts. 384 nº 3, 387 nº 1, 403 nº 2, 407 nº 1, 421 nº 1 e 423 nº 1 do CPC).

O procedimento cautelar requer apenas, quando ao grau de prova, um mera justificação, a simples demonstração de que a existência do direito invocado é provável ou verosímil, sendo, por isso, suficiente, a aparência desse direito. Numa palavra: basta um *fumus boni iuris*.

Pede-se ao tribunal apenas uma apreciação ou um juízo de mera probabilidade ou verosimilhança. Esta solução explica-se pela circunstância de este pressuposto específico da providência cautelar constituir simultaneamente objecto da acção principal, na qual o requerente terá de fazer a prova *stricto sensu* da existência do direito acautelado^[4].

O segundo requisito tem, pelo contrário, de ser objecto de prova que leve à formação de um juízo de certeza sobre a natureza excessiva do *periculum in mora*.

A finalidade específica da providência é evitar o dano proveniente da demora da tutela da situação jurídica, obviando ao denominado *periculum in mora*. Se este faltar, isto é, se o requerente da providência não se encontrar na eminência de sofrer uma lesão grave e dificilmente reparável, a providência não pode ser decretada. Ou seja, “a gravidade e a difícil reparabilidade da lesão receada apontam para um excesso de risco relativamente àquele que é inerente à pendência de qualquer acção; trata-se de um risco que não seria razoável exigir que fosse suportado pelo titular do direito”^[5].

A gravidade da previsível lesão deve aferir-se à luz da sua repercussão na esfera jurídica do requerente, tendo em conta que, no concernente aos prejuízos materiais, eles são, em regra, passíveis de ressarcimento através de restituição natural ou de indemnização substitutiva.

O *periculum in mora* é, verdadeiramente, um elemento constitutivo da providência requerida: a falta dele obsta ao seu decretamento.

Mas a exigência de que o receio de lesão grave e dificilmente reparável do direito seja fundado não é incompatível, quanto ao grau de prova, com a suficiência de mera justificação, dado que o requisito tem por finalidade salientar a exigência de que o *periculum in mora* deve decorrer de factos e circunstâncias objectivas e não de temores puramente subjectivos ou de simples conjecturas do credor, sem qualquer correspondência ou tradução na realidade^[6].

Ainda assim, o juízo sobre a verificação do *periculum in mora* deve aproximar-se da certeza, mas não equivale à exigência de uma prova *stricto sensu*, ou seja uma convicção, absolutamente certa e segura, do tribunal sobre a realidade dos factos constitutivos daquele pressuposto: é suficiente um juízo de probabilidade forte e convincente^[7].

Característica de todo o procedimento cautelar é o de ser sempre dependência de uma causa que tenha por fundamento o direito a acautelar.

Como refere Rodrigues Bastos é “*patente o carácter unicamente instrumental ou indirecto do processo cautelar, no sentido de que uma qualquer das suas formas facilita apenas os meios de alcançar os fins que visa outro processo de*

diferente natureza"^[8].

A providência cautelar aparece, pois, posta ao serviço da ulterior actividade jurisdicional que deverá estabelecer, de modo definitivo, a observância do direito, surgindo como anúncio e antecipação da outra providência jurisdicional, de modo a que esta possa chegar a tempo^[9].

3. Da cessão da Posição contratual

A Requerente, ora Recorrente, veio pedir fosse ordenado que as Requeridas M... e J... se abstivessem de executar a garantia bancária emitida pelo Banco e que este não efectuasse o pagamento desta garantia bancária. Mais requereu que as ditas Requeridas fossem impedidas de ceder sua posição no contrato-promessa destes autos a uma terceira entidade.

Começemos por analisar este último pedido.

Ficou demonstrado que as partes subscreveram entre si o documento de fls. 74 a 82, com o aditamento de fls. 103 a 105, que denominaram de "contrato promessa de compra e venda", sendo certo que, no caso, não se discute estarmos perante uma promessa bilateral de compra e venda.

Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos no Código Civil ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver - artº 405º nº 1 do CCivil.

Isto significa que a definição dos direitos e deveres que cabem às partes há-de fazer-se, em primeiro lugar, por referência ao contrato. Será, pois, o acordo contratual que, em última análise, prefixará o modo e os termos da vinculação recíproca das partes.

Resulta do teor da cláusula 2ª do referido contrato promessa, a fls 74 e seguintes dos autos, que a Recorrente L... deu "expressamente o seu consentimento à eventual cessão total ou parcial, por qualquer título, da posição contratual dos Segundos Contraentes (entenda-se as Recorridas), a favor de sociedade que se encontra em constituição e cujo capital é detido por estes".

A cessão da posição contratual prevista nos arts. 424º e segs. do CCivil, traduz-se no negócio jurídico por via do qual um dos contratantes de um contrato bilateral ou sinalagmático, transmite a terceiro, com o consentimento do outro contraente, o complexo dos direitos e obrigações que lhe advieram desse contrato.

Há, pois, a distinguir dois contratos: o contrato-base e o contrato-instrumento, sendo o primeiro o negócio gerador dos efeitos cuja transmissão se pretende e o segundo o negócio por via do qual, esses efeitos são transmitidos ao terceiro.

Deste modo, o cedente, transmite a posição adquirida no contrato-base ao

cessionário, que adquire a posição contratual transmitida, ficando investido no complexo de direitos e obrigações que eram do cedente. O cedido, o contratante que era a contra-parte do cedente no contrato-base, continua a ser a contra-parte do cessionário. Com o complexo de direitos e obrigações transmitido se transmitem também, todos os deveres e direitos laterais, secundários ou acessórios.

Do que acaba de ser dito resulta que, na cessão da posição contratual, tal como a figura é desenhada na lei, o que se verifica é uma modificação subjectiva operada num dos pólos da relação contratual básica que não prejudica a identidade da relação [\[10\]](#).

De todo o modo, é sempre necessária a autorização do cedido, sob pena de o negócio não ser válido. Mas, no caso, tal autorização consta expressamente do contrato promessa celebrado.

É certo que a Recorrente alega que a comunicação das Recorridas, no contexto em que é feita, aponta no sentido de que a projectada cessão de posição contratual terá como único objectivo o dificultar ou impossibilitar o exercício, pelo Recorrente, dos seus direitos emergentes do contrato-promessa e da ilícita resolução do mesmo. Contudo, como é bom de ver, tal prova não resulta minimamente indiciada nos autos. Nomeadamente, não existe matéria fáctica provada da qual resulte a falta de património da sociedade cessionária, ou factos dos quais decorra a alegada intenção de prejudicar a Requerente.

Donde o pedido da Requerente no sentido de as Requeridas serem impedidas de ceder a sua posição contratual no contrato promessa dos autos a uma terceira entidade, não se mostra fundamentado, sendo certo que também não se afiguram preenchidos os pressupostos da figura do abuso de direito prevista no art. 334º do CCivil.

4. Do abuso de direito

De acordo com o art. 334º do Código Civil, é ilegítimo “o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.”

O instituto do abuso do direito visa obtemperar a situações em que a invocação ou exercício de um direito que, na normalidade das situações seria justo, na concreta situação da relação jurídica se revela iníquo e fere o sentido de justiça dominante.

A parte que abusa do direito actua a coberto de um poder legal, formal, visando resultados que, clamorosamente, violam os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes, ou pelo fim económico ou social do direito.

Uma das vertentes em que se exprime tal actuação, manifesta-se quando tal conduta viola o *princípio da confiança*, revelando um comportamento com que,

razoavelmente, não se contava, face à conduta anteriormente assumida e às legítimas expectativas que gerou – “*venire contra factum proprium*”.

Ora, para que se possa considerar abusivo o exercício do direito importa demonstrar factos, através dos quais se possa considerar que, ao exercê-lo, se excede, manifestamente, clamorosamente, o seu fim social ou económico, ou que com a sua pretensão viola sérias expectativas incutidas na Recorrente, assim traindo o investimento na confiança, o que exprime violação da regra da boa-fé.

Mas, também aqui, não existem factos nos autos que permitam concluir que as Requeridas, ao declararem junto da Requerente, a intenção de ceder a posição contratual, nos termos permitidos no contrato promessa, tenham actuado em abuso de direito.

5. Da garantia bancária

Pretende a Requerente que as Requeridas se abstenham de accionar a garantia bancária emitida pelo banco, SA, no valor de 400.000,00 €, com a inevitável consequência deste não efectuar o pagamento respectivo.

Alega a Requerente que a resolução unilateral do contrato promessa é ilícita para fundamentar ou justificar o recurso a este procedimento.

A garantia bancária, como modalidade do contrato de garantia, caracteriza-se pela sua autonomia relativamente à obrigação garantida, sendo independente (abstracta) desta, não podendo o garante prevalecer-se das excepções admitidas ao garantido. Assim, o garante, assegurando ao beneficiário determinado resultado, cumpre uma obrigação própria^[11]. Neste sentido também a jurisprudência se tem pronunciado^[12].

Como esclarece Ferrer Correia, através da garantia autónoma - contrato denominado vulgarmente por garantia bancária, por ser normalmente prestada por um banco – “*o garante assume perante o beneficiário a obrigação de o isentar dos danos, inerentes à verificação de um acontecimento possível, id est, o não cumprimento do contrato pelo outro contraente, ou o não cumprimento em devido tempo, ou ainda o não cumprimento em termos ajustados. É só no caso de o acontecimento previsto ocorrer que do plano da garantia se transita para o da execução de uma obrigação de pagar: só nesse caso que esta obrigação, até então simplesmente potencial, se torna actual e exigível.*”^[13].

Comummente concebida com estrutura triangular, a referida garantia bancária decompõe-se em três relações distintas: um contrato-base (de compra e venda, empreitada, fornecimento, etc) celebrado entre A e B, que constitui a relação principal; um contrato de mandato, celebrado entre A e C, pelo qual aquele incumbe este, em geral um Banco, de prestar a garantia

exigida por B; finalmente, um contrato de garantia, entre C e B, obrigando-se o garante a pagar a soma convencionada logo que solicitada pelo beneficiário (B).

A característica essencial do contrato de garantia é que o individualiza em relação à fiança não é a automaticidade mas sim a autonomia, ou seja, todas as denominadas garantias bancárias são autónomas mas apenas aquelas que incluem a cláusula de “pagamento à primeira solicitação” são automáticas.

Como refere Ferrer Correia^[14], a diferença entre garantia e fiança reside no facto de a garantia, diferentemente da fiança, não ter natureza acessória em relação à obrigação garantida: *“uma certa autonomia relativamente a esta obrigação (abstracção hoc sensu) constitui seu traço característico”*.

6. Da garantia on first demand

A autonomia da garantia bancária pode compreender graus distintos.

Assim, temos a garantia bancária simples, que tem por objecto a cobertura de certo risco (incumprimento contratual). Nesta situação, verificado incumprimento da obrigação contratual, o garante está vinculado ao pagamento do respectivo valor. Tal pressuposto, como facto constitutivo do direito, cabe ser demonstrado pelo beneficiário, de harmonia com a regra da distribuição do ónus da prova contemplada no n.º 1 do art. 342.º do CCivil. Fátima Gomes refere, a este respeito, que *“as garantias simples são todas aquelas em que o beneficiário ao recorrer à sua execução tem de justificar ou fundamentar a sua pretensão à luz dos pressupostos de funcionamento da garantia estabelecidos nos respectivos contratos, normalmente relacionados com o incumprimento ou cumprimento defeituoso de determinadas obrigações a que o devedor estava vinculado”*^[15].

Por seu lado, na garantia bancária à primeira solicitação (*garantievertrag, guarantee upon first demand, garantie à première demande*), nos termos da qual o beneficiário está dispensado da prova do incumprimento contratual, bastando, para que o garante lhe pague, comunicar a ocorrência do evento. A garantia bancária à primeira solicitação é, na formulação de Galvão Telles, *“a garantia pela qual o banco que a presta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de alegada inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato-base) sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com o mesmo contrato.”*^[16]

Neste caso pode dizer-se *“que as garantias autónomas à primeira solicitação obedecem ao seguinte lema: paga-se primeiro e discute-se depois”*^[17].

Qualquer garantia autónoma (simples ou à primeira solicitação) não fica, enquanto tal, dependente da validade nem é afectada pelas vicissitudes da obrigação principal, sendo vedado ao garante opor ao beneficiário as

excepções ou meios de defesa fundados no contrato base de que o garantido se possa prevalecer. Na garantia autónoma "on first demand" acresce, ainda, como característica essencial, a sua incondicionalidade e automaticidade, que obriga o garante a pagar a simples solicitação do beneficiário, sem que este tenha de justificar ou fundamentar a sua pretensão.

6.1. No caso, a Recorrente L... entregou às Recorridas uma garantia bancária autónoma e à primeira solicitação ("on first demand") aquando da celebração do contrato-promessa.

Com efeito, do nº 1 do texto da dita garantia consta que o Banco presta em nome e a pedido da L..., "uma garantia bancária incondicional ("on first demand") sem direito de protesto ou reclamação, a favor das beneficiárias" J... e M... até ao montante de 400.000,00€.

E a cláusula 2ª refere que a "presente garantia bancária destina-se a garantir o incumprimento da obrigação de restituição, aos promitentes vendedores, do sinal em singelo, a que se encontram vinculados os promitentes vendedores, nos termos da resolução prevista na cláusula quarto, número sete e cláusula sétima número quatro, do Contrato Promessa de Compra e Venda".

Mais, consta do nº 3 que o "Banco obriga-se, até à concorrência da presente garantia, a pagar de imediato às Beneficiárias todas as importâncias reclamadas, sem dependência de qualquer outra formalidade que não seja um simples pedido formalizado por escrito nesse sentido, confirmando que os promitentes vendedores não colocaram os fundos reclamados à disposição das Beneficiárias"

Consta da cláusula 5ª que o "Banco obriga-se a pagar às Beneficiárias, até ao valor acima indicado, contra o seu simples pedido formulado por escrito, e no dia seguinte a esse pedido, findo o qual, sem que o pagamento seja realizado, contar-se-ão juros moratórios à taxa mais elevada praticada pelo Banco para as operações activas, sem prejuízo de execução da dívida assumida por este, e, independentemente das razões que lhe possam assistir, ou não, e ou ainda de qualquer ilegalidade ou irregularidade de que possa enfermar o referido contrato promessa".

A garantia pessoal à primeira solicitação, como é o caso dos autos, torna inoponíveis ao beneficiário, as excepções fundadas na relação principal, visando-se desobrigar a actividade comercial do risco de ter de provar a ocorrência de determinados pressupostos, com grave prejuízo em termos do fluir económico e determinam para o garante a obrigação de pagar a quantia estabelecida assente no mero pedido ou exigência do beneficiário, sem que lhe seja permitido invocar qualquer excepção fundada na relação fundamental

[\[18\]](#).

Não se olvida, por certo, que, apesar da natureza automática da garantia on first demand, a sua automaticidade não é absoluta, assistindo-se, actualmente a um movimento da sua relatividade, através da "admissibilidade do dever (sob pena de perder o direito de regresso contra o mandante) de oposição pelo garante ao beneficiário da excepção de fraude manifesta ou abuso evidente deste na execução da garantia, desde que o garante tenha em seu poder prova líquida e inequívoca dessa fraude ou abuso, ou sejam estes um facto notório", assim como da "admissibilidade da 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 do abuso evidente do beneficiário"[\[19\]](#).

Assim, em caso de manifesta má fé do beneficiário ao reclamar o pagamento da garantia, pode o banco recusar o pagamento. No caso de ser requerida providência cautelar para impedir que o banco entregue a soma objecto de garantia ao beneficiário, quem requer essa providência cautelar deve fazê-lo com base em elementos de prova evidentes dos quais decorra a existência do clamoroso abuso, cujas características se encontram supra analisadas, e tendo em conta o risco de prejuízo grave que o terceiro corre na ausência de tal medida.

Mas, no caso, não resultam demonstrados elementos de prova inequívocos da existência de fraude ou de abuso evidente.

É verdade que a Recorrida resolveu o contrato promessa antes ainda do termo do prazo de cumprimento do contrato definitivo. Porém, não se afigura líquido que essa resolução seja ilícita e, muito menos, que os motivos invocados tivessem sido "inventados", com o único fito receber o valor garantido. No fundo não se mostra evidente, patente, ao contrário do alegado pela Recorrente, a existência da prova líquida e segura dessa fraude ou abuso.

Por certo que a Recorrente, quando assumiu contratualmente e se obrigou perante a Recorrida a conseguir que um garante emitisse uma garantia autónoma e à primeira solicitação, aceitou conscientemente o risco de ter de pagar, não obstante as controvérsias inerentes ao contrato base.

Portanto, à Recorrente não assiste o direito de impedir as Recorridas de perceber os montante relativo à garantia prestada, considerando, que como garantia autónoma, não pode ser afectada pelas vicissitudes da relação principal entre o credor/beneficiário da garantia e o devedor.

Inexiste, portanto, razão válida para impedir as Requeridas de accionar a garantia e assim, insuficientemente demonstrada a aparência do direito do Requerente a, cautelarmente, obstar ao accionamento e pagamento de tal garantia.

7. Dos prejuízos

Em sede da verificação dos requisitos necessários ao decretamento desta providência, teria que ficar demonstrado o fundado receio de grave lesão de difícil reparação, se for accionada a garantia bancária.

Porém também não se encontram provados factos dos quais decorra essa lesão grave e dificilmente reparável. Pese embora a Recorrente L... alegue que só o decretamento da presente providência poderá evitar prejuízos irremediáveis e se refira a prejuízos graves e de difícil ou impossível reparação, não chega a concretizar que prejuízos são esses.

O facto de, através da execução da garantia, as Recorridas, promitentes compradoras, serem restituídas do valor correspondente ao sinal entregue no contrato promessa, não é suficiente para se concluir pela lesão irreparável da Recorrente, mesmo em caso de eventual reconhecimento do direito da promitente vendedora, na acção principal de execução específica do contrato. Na verdade, a Requerente pretende alienar direito de propriedade do prédio, sendo certo que a execução da garantia não a impede de exercer esse seu direito e de receber a totalidade do preço (ainda que a venha a obrigar a pagar ao banco o valor que recebeu das Recorridas a título de sinal).

Para a procedência do presente procedimento cautelar comum importa não só a existência do *fumus bonus iuris*, mas também a verificação de um *periculum in mora*) que justificasse a urgência caracterizadora deste instrumento processual. E como vimos, estes pressupostos não estão reunidos. Face ao exposto improcedem as alegações de recurso, não havendo razões para não confirmar a sentença recorrida, ainda que nem todos os fundamentos coincidam.

Concluindo:

1. Para que seja decretada providência cautelar não especificada impõe-se a verificação da existência, muito provável, de um direito que se tem por ameaçado, bem como o fundado receio que alguém cause lesão grave e dificilmente reparável a tal direito, antes que seja proferida decisão de mérito em acção proposta ou a propor.

2. A natureza autónoma da garantia *on first demand*, inculca a sua actuação ou execução automática, mas essa automaticidade, não é absoluta, admitindo-se a instauração de providências urgentes e provisórias, destinadas a impedir o garante de entregar a quantia ao beneficiário, ou este de a receber, desde que seja apresentada prova líquida e inequívoca de fraude manifesta ou do abuso evidente do beneficiário.

IV - DECISÃO

Termos em que acorda em julgar improcedente a apelação, confirmando-se, a sentença recorrida.

Custas pela Recorrente.

Lisboa, 15 de Abril de 2010.

(Fátima Galante)

(Ferreira Lopes)

(Manuel Gonçalves)

[1] Eliminado conforme decisão constante do Ponto 1 do acórdão (impugnação da matéria de facto).

[2] Entre muitos, o Ac. RP de 19.9.2000, CJ, ano XXV, 4º-186. Ac. RC de 3/10/2002, tomo 4, pág. 27; Ac. RL de 21.4.2005 (Granja da Fonseca) ou de 21.04.2005 (Manuela Gomes), www.dgsi.pt

[3] Vide Alberto dos Reis, Código de Processo Civil Anotado, IV, pags. 544 e segs.

[4] Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado vol. I, 4ª edição, revista e actualizada, Coimbra Editora, 1987, pág. 637.

[5] Lebre de Freitas, “Código de Processo Civil Anotado”, Vol. 2º, págs. 6 e 35.

[6] Miguel Teixeira de Sousa, Estudos sobre o Novo Processo Civil, Lisboa, Lex, 1997, pág. 233

[7] Rita Lynce de Faria, A Função Instrumental da Tutelar Cautelar Não Especificada, UCP, Lisboa, 2003, pág. 186.

[8] Rodrigues Bastos em Notas do Código de Processo Civil, vol. II 2ª ed. pag. 219.

[9] Calamandrei em “*Instituciones de Derecho Procesal Civil*”, vol. 1 pág. 159, tradução das EJE, Buenos Aires.

[10] Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, II vol, 4ª edição, pág. 371

[11] Ferrer Correia, Notas para o estudo do contrato de garantia bancária” *Revista de Direito e Economia*, Ano VIII, n.º 2, pág. 251; Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, pág. 511; Almeida Costa e António Pinto Monteiro, *Garantias Bancárias - O Contrato de Garantia à Primeira Solicitação*, Colectânea de Jurisprudência, Ano XI, V, pág. 19.

[12] Acs. STJ de 14 de Outubro de 2004 (Araújo de Barros), de 9 de Janeiro de 1996 (Machado Soares), de 1 de Julho de 2003 (Ponce de Leão), todos in www.dgsi.pt/jstj.

[13] Ferrer Correia, Notas ..., *Revista de Direito e Economia*, ano VIII, n.º 2 , pág. 247 e ss.

[14] Ferrer Correia, ob. citada, pag. 250.

- [15] Fátima Gomes, “Garantia Bancária Autônoma à Primeira Solicitação”- “Revista Direito e Justiça, vol. VIII, tomo 2, 1994, pág. 134.
- [16] Galvão Telles, Garantia Bancária Autônoma, *O Direito*, 120,1998, III-IV, pag. 283.
- [17] Almeida Costa e Pinto Monteiro, ob. citada, pag. 19.
- [18] Ferrer Correia, Notas para o Estudo do Contrato de Garantia Bancária, RDE, ano VIII, n.º2, pág. 250, 251.
- [19] Ac. STJ de 14 de Outubro de 2004 (Araújo Barros), já citado.
-