Tribunal da Comarca de ...

Meritíssimo Juiz de Direito

“AM – ARMAZÉNS DE MALHAS, Lda”, nif , com sede na

Rua ..., instaura

Procedimento Cautelar Comum contra

“Feng COTTON, LTD”, com sede em , China, e

Banco X, SA, NIF , com sede em , o que faz nos termos e com os seguintes fundamentos:

01 A requerente dedica-se, na sua indicada sede e com intuito lucrativo à venda de fios e malhas;

02 Para o desenvolvimento de tal actividade, vem importando produtos;

03 Para o referido fim, a requerente vinha importando, através do agente “PAULO & TOMÉ, LDA”, sediada ao Lugar de PENELAS, da freguesia de SANTO TIRSO DE PRAZINS, desta cidade e Comarca, fio diverso do fabrico da requerida “FENG COTTON LTD”;

04 Relativamente à primeira encomenda que fez à mesma, a re- querente teve problemas com a qualidade do fio, com o que teve prejuízo (docs. 1);

05 Foram feitas várias tentativas no sentido de ser paga pela re- querida à requerente o referido prejuízo e só decorrido algum tempo ficou resolvida a questão, ficando, então, combinado que a requerente teria que fazer uma outra encomenda à requerida e que o montante acordado para a reparação do mencionado prejuízo seria deduzido ao preço do novo fio encomendado (docs. 2);

06 Assim, por alturas de Abril do corrente ano, através da refe- rida identificada empresa “PAULO & TOMÉ, L.DA”, a re- querente efectuou nova encomenda de 34.927,20 kg de fio com a composição de 52% de polyester e 48% de algodão pelo preço de €66.106,00;

07 Para pagamento desse fio encomendado, e através do docu- mento, cuja fotocópia consta de doc. 3, pediu a requerente abertura de uma “carta de crédito, do montante de €66,106.71 para a mercadoria devidamente identificada no mesmo pedido sendo beneficiária a referida empresa “Feng COTTON, LTD”, no “BANCO X”, sua Agência na AVENIDA DOS ALIA- DOS, nº 42, da cidade e Comarca do Porto;

08 Aquele mesmo Banco, através do documento, cuja fotocópia se encontra a DOC. 4, emitiu depois o swift a dar aquies- cência à mesma carta de crédito;

09 Foi então aberta em 19 de Maio do corrente ano a “carta de crédito” nº 99/65731, com validade até 15.6.99 do mon- tante de €66.106,00, cujo vencimento ocorre no dia 6 de Outubro do corrente ano;

10 Tramitada a operação em causa foi então a mercadoria em- barcada em 9 de Junho do corrente ano e chegada a Portugal em finais de Julho do mesmo ano;

11 Chegada a mercadoria encomendada às instalações da re- querente em finais de Julho passado, foi a mesma distribuída pelos seus clientes, os quais em princípios de Setembro co- meçaram a tingir a malha com ele fabricada;

12 A partir de então começaram a surgir à requerente reclamações por parte dos seus clientes por a malha confeccionada e tingida com o fio fornecido pela requerida apresentar barras horizon- tais, o que a torna insusceptível de ser aproveitada (DOCS. 5);

13 A requerente mandou proceder à analise da malha confec- cionada e constatou-se que, o fio enviado pela requerida não corresponde ao encomendado, apresentando uma percenta- gem de polyester superior a 52%, o que provoca as barras na malha fabricada e tingida (doc. 6);

14 Tais defeitos só se tornaram visíveis e detectáveis depois da malha confeccionada e tingida, pelo que só agora a reque- rente teve conhecimento dos mesmos;

15 E de imediato, reclamou os defeitos em causa à sociedade “PAULO & TOMÉ, L.DA” e à 1ª requerida, declarando a resolução unilateral do contrato por justa causa e ser reem- bolsada pelo valor da mercadoria, além de se reservar o direito de pedir uma indemnização pelos prejuízos que tal factuali- dade lhe está a causar e ia causar devido às reclamações apre- sentadas pelos seus clientes (docs. 7);

16 Até ao momento, não obteve ainda a requerente qualquer resposta à sua reclamação, nem lhe foi ainda anunciada qual-

quer solução para o caso, pois que nos contactos feitos para a requerida sempre é referido que a pessoa que trata do as- sunto está ausente (doc. 8).

17 A 1º Rda. solicitou à Rte. o pagamento da quantia de

€66.106,00 ao abrigo da mencionada garantia bancária re-

ferente ao fornecimento da mercadoria viciada (doc. 9).

O Direito

A garantia bancária prestada tem carácter não autónomo (garantia bancária on ou upon first demand).

Com efeito, não é incondicional; incondicionada e à primeira solicitação.

Sem embargo, mesmo que revestisse essa natureza, seria, ainda assim, legítimo o presente procedimento, tendo em conta o seu uso notoriamente fraudulento.

«A garantia bancária à primeira solicitação constitui uma figura corrente no comércio internacional mas que ainda não encontra regulamentação específica na generalidade dos ordenamentos. (Como refere Mónica Jardim, A Garantia Bancária, pág. 20, são raríssimos os ordenamentos jurídicos que prevêem um regime ju- rídico para as garantias autónomas).

(...) a garantia bancária autónoma é uma forma contratual típica quanto à sua existência e atípica quanto à sua regulamentação. (Menezes Cordeiro, em Direito Bancário, 2ª ed., págs. 653 e 654, faz a enunciação dos autores nacionais que se têm debruçado sobre a figura da garantia bancária autónoma). Os seus contornos jurí-

dicos devem ser encontrados com recurso ao regime geral das ob- rigações, sem prejuízo do seu enfoque jurisprudencial e doutrinal e bem assim das práticas bancárias nacionais e internacionais que conjugadamente acabam por traduzir verdadeiros usos bancários.

Ainda não ganharam foros de regulamentação jurídico-formal os esforços que têm sido feitos no sentido de se estabelecer uma certa uniformização que seja útil às partes que agem no comércio inter- nacional, levando-as a que, com respeito pela liberdade contratual, possam inscrever nas respectivas negociações tais garantias com um figurino que seja imediata e objectivamente perceptível por todos os agentes económicos.

É esta função pragmática que deve ser reconhecida às Regras Uni- formes aprovadas pela Câmara de Comércio Internacional. Sendo um organismo de natureza privada, não pode emanar regras vin- culativas. Ainda assim, tas tais regras têm relevo, na medida em que às mesmas podem voluntariamente aderir os interessados nas respectivas negociações.

A garantia bancária autónoma constitui um instrumento impres- cindível ao desenvolvimento económico, (Na expressão do juiz Kerr, citado por Duarte Pinheiro, a garantia bancária autónoma é o “sangue da vida do comércio internacional” (Garantia Bancária Autónoma, ROA, ano 52º, pág. 418.) colocando os sujeitos a co- berto das dificuldades de cobrança de créditos que, pelas mais va- riadas razões, podem ocorrer, permitindo que confiadamente cada uma das partes aceite a contratação.

Tais garantias são, em geral, assumidas por entidades do sector financeiro dotadas de solvabilidade que, em contrapartida de re- muneração (com o eventual estabelecimento de contra-garantias) e depois da avaliação do risco negocial, aceitam responsabilizar-se

pelo cumprimento de obrigações do ordenante ou dador da ga- rantia. Cumprimento esse que pode ser imediatamente solicitado (“à primeira solicitação”), sem que o garante (ou o devedor) possa colocar obstáculos decorrentes do relacionamento contratual subjacente.

Como refere Duarte Pinheiro, “através da garantia bancária autó- noma, o banco fica adstrito para com o beneficiário à realização duma prestação pecuniária, logo que por este último seja invocado o incumprimento da obrigação garantida ou a impossibilidade da prestação a que respeita a obrigação garantida” (ROA, ano 52º, pág. 419), referindo mais adiante que “o seu campo de eleição é o comércio externo”, e que é “área da construção civil, dos forneci- mentos, do engeneering, da cooperação industrial, que a garantia bancária autónoma se manifesta com mais frequência” (pág. 427). (Cfr. o Ac. do STJ, de 13-1-09, CJSTJ, tomo I, pág. 49)

Em termos gerais, e sem embargo do que adiante se dirá sobre ex- cepções a essa regra, a garantia on first demand ou à primeira so- licitação é isso mesmo ... à primeira solicitação. (Por isso não pode ser encarada como garantia ... de que a solicitação será satisfeita em melhor oportunidade, quando se verificar determinado evento ou quando se resolver um determinado litígio entre o dador da ga- rantia e o beneficiário. Também não poderá ser uma solicitação de pagamento para quando estiverem reunidas determinadas condi- ções mais ou menos complexas, mais ou menos morosas, que, na prática se traduzissem no pagamento em momento incerto) Sob pena de total inversão da configuração normal da garantia on first demand, com prejuízo para a utilidade que pode extrair-se da mesma, deve ser encarada, como literalmente o indica a respectiva designação, como instrumento que, uma vez accionado pelo cre- dor, permite obter do garante uma resposta imediata, a qual não

poderá ser paralisada por alegações mais ou menos fundadas respeitantes ao contrato subjacente ou ao relacionamento entre o beneficiário e o dador ou entre o beneficiário e a entidade que as- sumiu o compromisso traduzido na garantia autónoma.

Segundo o A[c. do STJ, de 12-9-06 (www.dgsi.pt),](http://www.dgsi.pt) “a automatici- dade da garantia só cede se o beneficiário estiver inequívoca e cla- ramente de má fé em qualquer das modalidades deste conceito normativo. Sob pena de se frustrar o escopo das garantias à pri- meira solicitação que só viriam a ser pagas após longa controvérsia, quando existem precisamente para evitar dilações, deve ser-se muito restritivo e exigente na demonstração da quebra pelo bene- ficiário dos deveres acessórios de conduta, como a boa fé”. (No mesmo sentido cfr. o A[c. do STJ, de 14-10-04 (www.dgsi.pt).](http://www.dgsi.pt)

Dito isto, pareceria que a referida garantia bancária constituiria “dinheiro à vista” cuja execução dependeria invariavelmente da re- clamação apresentada pelo interessado sem poder ser evitada ou recusada em caso algum o cumprimento da obrigação assumida.

Outra é a resposta que se encontra na melhor doutrina e jurispru- dência.

Assume-se que, em regra, os efeitos da garantia bancária autónoma não poderão ser perturbados pela intervenção de medidas caute- lares que se traduzam na inibição do garante de entregar a quantia cujo pagamento garantiu (ou na inibição do beneficiário de exe- cutar a garantia) se e enquanto não houver uma decisão definitiva num processo contencioso pendente entre o beneficiário e o dador da garantia.

Contudo, algumas excepções deverão ser colocadas, ainda que a segurança do comércio jurídico e a necessidade de compatibilizar os diversos valores obriguem a que, num juízo de proporciona-

lidade e de razoabilidade, as excepções devam ser reduzidas ao mínimo.

Por um lado, devem situar-se numa estreita faixa delimitada pelas regras da boa fé ou do abuso de direito ou pela necessidade de evi- tar benefícios decorrentes de factos ilícitos, designadamente en- volvendo fraudes ou falsificação de documentos. Por outro, os factos pertinentes devem resultar de uma prova sólida e irrefutável, não bastando a formulação de meros juízos de verosimilhança sobre a ocorrência dos respectivos requisitos substanciais. (Cfr. Duarte Pinheiro, Garantia bancária autónoma, na ROA, ano 52º, págs. 456 a 462, e Mónica Jardim, A Garantia Autónoma, págs.

327 e segs.).

Esta é uma matéria amplamente debatida nos meios jurídicos in- ternacionais, essencialmente a partir do confronto com concretas questões que se colocam ao dador da garantia ou à entidade garante perante a qual o beneficiário se apresenta a executar a garantia.

Sem necessidade de extensas considerações neste contexto em que se nos pede simplesmente que integremos o caso concreto, não deixaremos de mencionar que, entre nós, o entendimento forte- mente restritivo acerca da delimitação dos casos de legítima recusa de cumprimento da garantia é defendido, por exemplo, por Galvão Teles, Almeida Costa ou Simões Patrício, seguindo a doutrina in- ternacional sobre a matéria.

Assim, sem embargo de uma ou outra situação que se enquadra ainda no denominador comum, a legitimidade da recusa tem sido defendida nas seguintes circunstâncias: (Referências extraídas de Duarte Pinheiro, Garantia bancária autónoma, pág. 448, e de Ma- nuel Castelo Branco, A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações, na ROA ano 53º, pág. 80. Cfr.

ainda, no mesmo sentido, José Maria Pires, Direito Bancário, vol. II, págs. 285 e 286, Menezes Leitão, Garantias das Obrigações, 2ª ed., pág. 148, e Cortez Neves, A garantia bancária autónoma, ROA, 52º, págs. 513 e segs.)

– Manifesta má fé ou a má fé patente, isto é, que não oferece a menor dúvida, por decorrer com absoluta segurança de prova do- cumental em poder do ordenante ou do garante;

– Casos de fraude manifesta ou de abuso evidente por parte do beneficiário;

– Quando o contrato garantido ofender a ordem pública ou os bons costumes;

– Sempre que exista prova irrefutável de que o contrato-base foi cumprido.

Trata-se de matéria que tem sido tratada em diversos arestos, essen- cialmente das Relações, mas que também é profusa e profundamente desenvolvida por Mónica Jardim, ob. cit., págs. 327 e segs.

O entendimento que se considerar correcto para a delimitação das situações em que se mostre legítima a recusa de cumprimento da garantia ou a exigência feita pelo dador da garantia ao garante para que recuse o cumprimento deve ser o mesmo que deve presidir a situações, como a dos autos, em que o dador da garantia solicitou a intervenção do tribunal pedindo que provisoriamente se assuma a ilegitimidade da actuação do beneficiário no que concerne à exe- cução da garantia.

Tal como ocorre nas relações jurídicas extrajudiciais, também no âmbito de procedimentos cautelares intentados pelo dador da ga- rantia contra o beneficiário e/ou contra a entidade que prestou a garantia, para obstar à sua execução e aos efeitos prático-jurídicos

que desta emergem, o tribunal não pode deixar de se orientar pelo referido critério restritivo, que faça jus à natureza autónoma da ga- rantia e ao seu carácter “on first demand”, de modo que o decre- tamento de qualquer providência inibitória deve ser reservado para a alegação e prova de circunstâncias que traduzam os conceitos acima referidos em termos genéricos.

À semelhança do que decorre do art. 20º da já citada Convenção das Nações Unidas sobre Garantias Independentes (ainda não as- sinada por Portugal), tal poderá suceder quando seja muito pro- vável que o garante, perante a solicitação feita pelo beneficiário, tenha o direito de não pagar.

Outrossim quando (tal como se prevê no art. 19º da mesma Con- venção) seja claro e patente que o documento apresentado para justificar a execução da garantia não é autêntico ou foi falsificado, que seja claro e patente que nenhum pagamento é devido com base na solicitação efectuada pelo beneficiário ou que seja claro e patente que, face ao tipo e objecto do compromisso, a solicitação não tem qualquer justificação.

Ou ainda quando seja clara e patente a utilização da garantia para fins delituosos que envolvam violação de regras de ordem pública ou dos bons costumes.

É esta a doutrina que se afere através da leitura dos recentes Acs. da Rel. de Lisboa, de 15-10-09, 7-5-09 e de 16-4-09 e do Ac. da Rel. do Porto, de 2-10-08 (todos em [www.dgsi.pt),](http://www.dgsi.pt) que também apontam para as situações de manifesta fraude ou evidente abuso de direito.

Entendimento também subjacente ao Ac. da Rel. do Porto, de

19-12-07 [(www.dgsi.pt),](http://www.dgsi.pt) em cujo sumário se diz que “na garantia

bancária à primeira solicitação, o beneficiário está dispensado da

prova do incumprimento contratual, bastando, para que o garante lhe pague, comunicar a ocorrência do respectivo evento, sem que este possa discutir os fundamentos e pressupostos que legitimam o pedido de pagamento, designadamente o incumprimento do de- vedor. Reconhece-se, porém, ao dados da ordem (devedor) a pos- sibilidade de lançar mão de um procedimento cautelar que evite o pagamento da garantia pelo garante, independentemente de este também poder opor ao beneficiário a exceptio doli, quando dis- ponha de prova líquida do abuso ou fraude de excussão por parte do mesmo”.

Em qualquer dos casos, no âmbito da tutela cautelar, o juízo ne- cessário para o decretamento da medida inibitória não deve que- dar-se pela mera verosimilhança.

Tendo em atenção a especial natureza (autónoma) da garantia, a prolação de uma providência cautelar, para além de estar condi- cionada à verificação daqueles requisitos rigorosos, deve ser prece- dida da apresentação de prova pronta, líquida, irrefutável, bem longe dos elementos de prova que, pela sua natureza intrínseca (v.g. testemunhas) ou pelo seu conteúdo (v.g. documentos) não revelem ou não sejam susceptíveis de revelar a ocorrência de al- guma daquelas situações excepcionais.

Como refere Duarte Pinheiro, a propósito do recurso a procedi- mentos cautelares para evitar a execução de garantias bancárias au- tónomas, “o princípio da autonomia da garantia não se coaduna com o deferimento de providências senão em situações excepcio- nais, decalcadas dos casos de recusa legitima de pagamento” de tal modo que “o depoimento do dador e a prova testemunhal são in- suficientes. A chamada «prova líquida» é indispensável” (ROA, ano

52º, pág. 460). (No mesmo sentido, reportando-se às providências

cautelares, cfr. também Cortez Neves, ROA, 52º, pág. 513 e segs., Almeida e Costa e Pinto Monteiro, Garantias bancárias de garantia à primeira solicitação, na Col. de Jurisprudência, 1986, tomo V, págs. 15 e segs., e Galvão Telles, Garantia bancária autónoma, em o Direito, ano 120º, tomos III/IV.)

Tomando de empréstimo as palavras de Mónica Jardim, no cul- minar da análise da doutrina e da jurisprudência nacional e inter- nacional sobre a matéria, “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 jurispru- dência têm tentado identificar na garantia autónoma. Considera- mos que a prova pronta e líquida da fraude ou abuso evidente do beneficiário deve ser tida como indispensável, uma vez que está em causa o cumprimento de um contrato de garantia cuja carac- terística dominante é a autonomia” (págs. 336 e 337).» RL 23 Fev.

2010, Proc. 5714/09

Verifica-se uma situação de uso abusivo do direito de exercitar a garantia bancária, pois ocorrem notórios vestígios de um compor- tamento fraudulento da 1ª Rda.

Acresce que se verifica a existência de um *periculum in mora*, por outro lado. Com efeito, a Requerente goza de boa reputação no mercado bancário, pelo que o accionamento da garantia bancária afecta a sua imagem comercial junto da banca e das seguradoras de crédito.

Ao presente caso não convém nenhum dos procedimentos regu- lados nos art.s 377.º e seguintes do CPC, sendo que o prejuízo re- sultante do decretamento da providência para os requeridos não

excede consideravelmente o dano que com ela a requerente pre- tende acautelar (art.º 368.º/2 CPC).

Mais requer a Vossa Excelência, se digne, na decisão que decrete a providência, dispensar a requerente do ónus de propositura da ação principal, uma vez que a matéria adquirida no presente procedi- mento permite a Vossa Excelência formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado sendo a natureza da providência decretada adequada a realizar a composição definitiva do litígio (Artigo 369.º/1 do CPC).

O presente requerimento é apresentado a Vossa Excelência tem- pestivamente (no decurso da presente audiência de produção da prova; ou no actual requerimento inicial; ou no presente requeri- mento autónomo), uma vez que o nº 2 do art. 369º permite que o mesmo seja feito até ao encerramento da audiência final.

*Nestes termos, nos mais de Direito que Vossa Excelência doutamente suprirá, deve o presente procedimento caute- lar ser julgado procedente por provado, e em decorrência*

*– seja ordenado que a 1ª R. se abstenha de prosseguir com o pedido de pagamento de uma garantia Bancária emi- tida pela 2ª R., até à decisão com trânsito em julgado da acção que a requerente irá instaurar contra a 1ª requerida;*

*– seja imediatamente notificada a 2ª R. para não proceder a tal pagamento, até à decisão com trânsito em julgado da acção que a Requerente irá instaurar contra a 1ª R.*

*Em alternativa, case venha a decidir-se pela improcedên- cia do atrás requerido, seja notificada a 2ª R. para pro- ceder ao depósito da quantia em causa à ordem deste*

*Tribunal, não a entregando à 1ª R., até à decisão com trânsito em julgado da acção que a requerente irá instau- rar contra a 1ª R.*

Valor: € 66.106,00

Junta: Procuração forense, DUC comprovativo do pagamento da taxa de justiça e 9 documentos.

Rol de Testemunhas: Nome, profissão e morada

O Advogado