

## Exame Escrito de Direito Comercial III

4º Ano – Turma A

Regência: Professor Doutor M. Januário da Costa Gomes

12 de janeiro de 2023

Duração: 90 minutos

### Grupo I

A 19 de fevereiro de 2022, a sociedade **Garrafeira Água de Nascente, Lda.** celebrou um contrato de empreitada com a sociedade **Instalágua, Lda.**, mediante o qual esta última deveria proceder à construção de um tanque de armazenamento de água, em cada um dos quatro edifícios da primeira, com o prazo a 19 de maio de 2022, devendo a primeira pagar o valor de 150 000 EUR pela obra. Durante as negociações do contrato de empreitada entre a **Garrafeira Água de Nascente, Lda.** e a **Instalágua, Lda.**, aquela exigiu a esta última que disponibilizasse uma garantia pessoal que “tem de ser suscetível de ser acionada imediatamente” pela **Garrafeira Água de Nascente, Lda.**, sem que haja necessidade de prova de incumprimento.

Tendo acordado com a exigência, a **Instalágua, Lda** dirige-se ao seu banco, **Caixa Alegre, S.A.**, nesse mesmo dia, solicitando a respetiva garantia, tendo aquele aceitado emití-la por uma comissão no valor de 10 000 EUR.

A 20 de fevereiro de 2022, a **Caixa Alegre, S.A.**, celebrou um contrato com a **Garrafeira Água de Nascente, Lda.**, onde se estabeleceu que, na sequência do contrato de empreitada referido anteriormente, a **Caixa Alegre, S.A.**, garantia “incondicionalmente a boa execução do contrato de empreitada pela **Instalágua, Lda.**”, ficando obrigada a pagar qualquer valor até 150 000 EUR à **Garrafeira Água de Nascente, Lda.**, se esta assim o solicitasse, até 19 de junho de 2022.

1. Depois de caracterizar a garantia solicitada pela **Garrafeira Água de Nascente, Lda.** à **Instalágua, Lda.**, imagine que a **Garrafeira água de Nascente, Lda.**, se dirige, a 23 de maio de 2022, à **Caixa Alegre, S.A.**, para exigir o pagamento dos 150 000 EUR, alegando que, após várias interpelações, a **Inatalágua, Lda.** não concluíu a obra contratada. Perante este cenário, a **Caixa Alegre, S.A** recusa-se a pagar os 150 000 EUR, dizendo que “não pago qualquer montante enquanto não

for prestada qualquer prova de que houve de facto incumprimento, uma vez que a garantia só pode ser acionada se aquele existir efetivamente”. Pronuncie-se sobre a pretensão da **Caixa Alegre, S.A. (3 valores)**

Caracterização da garantia prestada como uma garantia bancária autónoma, sendo esta a primeira solicitação.

O aluno deve salientar que estamos perante uma garantia que não encontra regulação no Código Civil nem em legislação avulsa, ao contrário de outras garantias pessoais, nomeadamente a fiança.

O aluno deve explicar a estrutura contratual, referindo que estamos perante três relações contratuais distintas:

1. O contrato principal – contrato de empreitada de 19 de fevereiro – totalmente estranho à **Caixa Alegre, S.A.**
2. O contrato entre devedor/ordenante e o banco, isto é, entre **Instalágua, Lda.** e **Caixa Alegre, S.A.**
3. O dito contrato de emissão de garantia, celebrado entre a **Caixa Alegre, S.A** e a **Garrafeira Água de Nascente, Lda.**

Característica da garantia bancária autónoma é, ao contrário do que sucede na fiança, a sua natureza autónoma. Isto é, uma vez emitida a garantia, esta ganha vida própria, desligando-se do contrato-base. Desta resulta que as vicissitudes da relação de base não têm impacto na garantia prestada.

No caso em apreço, a pretensão da **Caixa Alegre, S.A.**, não é procedente. O aluno deve identificar que estamos perante uma garantia autónoma à primeira solicitação, que funciona a pedido do beneficiário, bastando a este último invocar o incumprimento sem ter, de facto, de o demonstrar. A **Caixa Alegre, S.A** não poderia recusar o pagamento.

Se após a interpelação a **Caixa Alegre, S.A.** se recusar, indevidamente, a pagar o montante devido, pode ser responsabilizado pelo beneficiário da garantia por todos os danos que essa recusa lhe cause.

2. Imagine que, pelo contrário, no dia 13 de maio de 2022, a **Instaláguas, Lda.** termina a obra acordada com a **Garrafeira Água de Nascente, Lda.**, passando a esta última uma declaração de quitação. A 24 de maio, devido a um substancial decréscimo de vendas, que provocou perda de lucros à **Garrafeira Água de Nascente, Lda.**, esta dirige-se à **Caixa Alegre, S.A.**, alegando o incumprimento da **Instaláguas, Lda.**, pretendendo o acionamento da garantia. Pode a **Caixa Alegre, S.A.** recusar-se ao pagamento do valor de 150 000 EUR? (3 valores)

O aluno deve identificar que não deixamos de estar perante uma garantia bancária autónoma à primeira solicitação, mediante a qual a Caixa Alegre, S.A. não pode, à partida, recusar o pagamento quanto interpelada pelo beneficiário.

A garantia autónoma tem, desde logo, como função a garantia dos interesses do beneficiário, permitindo-lhe acionar a garantia sem que prove, de facto, o incumprimento. Dá-se, por esta via, uma redistribuição do risco em benefício daquele, de forma mais eficiente e rápida do que aquela conferida pelas demais garantias pessoais. Neste sentido, a não prova de incumprimento caracteriza a própria garantia.

Todavia, a recusa de pagamento não é, em todo e qualquer caso, ilícita. Casos existem em que o garante se pode recusar licitamente ao pagamento do montante acordado.

Um dos casos em que é lícito ao garante recusar o pagamento é, justamente, os casos de abuso ou fraude manifesto.

Segundo a maioria da doutrina, os casos de recusa lícita com fundamento em abuso ou fraude manifesto devem ser restringidos, exigindo-se que seja colocado à disposição da instituição garante prova “líquida e inequívoca” e a “má fé patente” do beneficiário da garantia.

O aluno deve ponderar, desde logo, se a quitação (artigo 787.º CC) bastaria como prova documental “líquida e inequívoca” do abuso evidente da **Garrafeira Água de Nascente, Lda.**

## Grupo II

**Atena**, após meses à procura de casa para primeira habitação, encontra um idílico T0+1 de 40 m<sup>2</sup>, rés do chão baixo, em Alcântara, a apenas 300 000 EUR, celebrando um contrato-promessa de compra e venda com o seu proprietário. Não tendo possibilidade de pagar tudo a pronto, **Atena** contacta o **Banco Trapézio**, que aceita emprestar-lhe 280 000 EUR para que esta possa pagar o remanescente do preço do imóvel. Como habitual, as partes acordam a constituição de uma garantia sobre o imóvel adquirido por **Atena**, que garante o reembolso do capital mutuado (280 000 EUR), juros até três anos e despesas de constituição.

1. Depois de qualificar o vínculo entre **Atena** e o **Banco Trapézio**, imagine a seguinte situação – após violentas enxurradas e conseqüentes inundações de toda a superfície do apartamento, este ficou completamente inutilizado e parcialmente destruído. O **Banco Trapézio**, vendo a sua garantia desaparecer, contacta **Atena** e avisa: “se não arranjar outro bem para substituir o bem dado em garantia em 30 dias, vamos exigir o cumprimento imediato do valor remanescente”. O problema é que **Atena** não tem mais património de valor considerável, contando apenas com bens pessoais e o seu salário. Revoltada, porque “não teve culpa nenhuma da casa ter inundado”, **Atena** procura saber se o **Banco Trapézio** tem ou não razão (5 valores)

Caracterização da garantia prestada como uma hipoteca (artigo 686.º), conferindo ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis (como era o caso) ou equiparadas.

Identificação de **Atena** como devedora e do **Banco Trapézio** como credor hipotecário.

Na pendência da hipoteca, a coisa hipotecada pode perecer ou tornar-se insuficiente para a segurança da obrigação, por causa não imputável ao credor. O enunciado refere a total inutilização e destruição parcial do apartamento, devendo ponderar-se o seu pericimento.

O aluno deverá identificar a possibilidade de substituição ou reforço solicitável pelo credor – o Banco – à devedora, **Atena**, nos termos do artigo 701.º, n.º 1. O Banco, no enunciado, procura a substituição da hipoteca, indicando, em linha com o artigo 701.º, n.º 1, que a não substituição da hipoteca levará o Banco a exigir de imediato o cumprimento da obrigação.

Assim, o Banco teria razão.

No entanto, o aluno pode chamar à colação as reservas de MENEZES CORDEIRO, que estranha que o artigo 701.º faça correr pelo dono da coisa hipotecada todo o tipo de casos fortuitos.

Adicionalmente, o aluno deve referir o regime do artigo 702.º. Apesar de não haver indicações sobre a existência de seguro, quando o devedor se comprometa a segurar a coisa hipotecada e não o faça no prazo devido ou deixe rescindir o contrato de seguro por falta de pagamento dos prémios respetivos, tem o credor a faculdade de segurá-la, à custa do devedor. Fazendo-o por um valor excessivo, cabe ao devedor exigir a redução dos limites convenientes. Neste caso, pode o Banco promover o vencimento imediato da obrigação – 702.º/1 – e a devedora, se o entender, contraporá o seguro em falta.

2. Imagine que o **Banco Trapézio**, no âmbito de uma operação de reestruturação do seu portfólio de dívida e colaterais, opta por ceder *apenas a* garantia que tem sobre **Atena** ao **Banco Lacónico**, que também é credor de **Atena** de uma dívida de crédito pessoal na ordem dos 30 000 EUR. Assim, o **Banco Trapézio** mantém-se como credor não garantido de **Atena** em 280 000 EUR e o **Banco Lacónico** passa a ter o imóvel como garantia do seu crédito de 30 000 EUR sobre **Atena**. Volvidos 20 anos, o **Banco Lacónico** ameaça **Atena** com uma ação executiva indicando o imóvel à penhora, para ficar com todo o produto da venda daquele. **Atena** acha que “não faz sentido sacrificar o imóvel por isto”, não só porque não tem qualquer ligação com o crédito originalmente concedido pelo **Banco Trapézio** mas também porque **Atena** já havia reembolsado o **Banco Trapézio** dos 280 000 EUR alguns anos antes. Sem necessidade de referir particularidades da ação executiva, pronuncie-se sobre a validade dos argumentos de **Atena** (5 valores).

Aluno deve referir que a hipoteca pode ser cedida sem o crédito garantido nos termos gerais do artigo 727.º, n.º 1 - desde que não seja inseparável do credor, vá garantir um crédito pertencente a outro credor do mesmo devedor e haja consentimento do terceiro que, porventura, seja titular da coisa hipotecada, requisitos que parecem preenchidos (não sendo o último aplicável no caso).

Adicionalmente, a sua eficácia depende de notificação ou aceitação do devedor nos termos do 583.º, n.º 1, pelo que Atena deveria lembrar-se deste negócio.

O artigo 728.º, n.º 1 indica que a hipoteca cedida garante o novo crédito nos limites do crédito originalmente garantido. Justificação desta limitação é evitar prejudicar terceiro credor pela extensão da garantia real ou o próprio devedor que não tem que consentir nela.

Assim, o produto da venda da casa não beneficiaria o **Banco Lacónico** na medida do crédito original, mas antes no seu crédito de 30 000 EUR, não podendo o **Banco Lacónico** esperar pagar-se por um produto de venda muito superior ao seu crédito.

Quanto ao facto de **Atena** já ter reembolsado o credor originário – o **Banco Trapézio** – o aluno deve referir que tal argumento não procede pois o artigo 728.º, n.º 2 indica que, registada a cessão, a extinção do crédito originário não afeta a subsistência da hipoteca.

Adicionalmente, o aluno poderia levantar dúvidas sobre o cumprimento dos requisitos de forma desta cessão, que deveria ser celebrada por escritura pública ou documento particular autenticado – artigo 22.º, al. e) DL 116/2008; e sujeita a registo nos termos do artigo 2.º, n.º 1 h) Código de Registo Predial. Ao contrário do registo da própria hipoteca, sem o qual, nas hipotecas voluntárias, estas não produzem efeitos nem sequer em relação às partes por força do 687.º, a falta de registo da cessão da hipoteca só conduz à não produção dos efeitos em relação a terceiros, uma vez que a referida disposição se aplica somente à constituição da hipoteca e não à sua cessão.

### Grupo III

Pronuncie-se, de modo fundamentado, sobre uma e **apenas uma** das seguintes questões:  
(4 valores)

1. Caracterize, ilustrando com exemplos, o pacto marciano face ao pacto comissório.

O aluno deve identificar, desde logo, que no que se refere ao pacto comissório, este é claramente nulo, tal como conta do artigo 694.º do CC. O pacto comissório é o pacto mediante o qual as partes convencionam, para garantia de uma obrigação, que o credor, em caso de incumprimento, faz sua a coisa dada em garantia, independentemente do valor da coisa, ainda que esta tenha valor superior à obrigação garantida.

Por exemplo (o aluno era livre de dar o exemplo que bem entendesse): para garantia de uma obrigação no valor de 1000 EUR, é dado “em penhor” uma joia avaliada em 5000 EUR. As partes convencionam que, em caso de incumprimento o credor da obrigação de 1000 EUR tem o direito de fazer sua a joia, independentemente da sua avaliação.

(Bónus) deverá ser beneficiado o aluno que justifique a proibição deste tipo de cláusulas, nomeadamente, identificando que as mesmas se proibem numa lógica de tutela do dador da garantia, na medida em que, muitas vezes, a coisa dada em garantia pode ter um valor muito superior ao do crédito garantido.

No que diz respeito ao pacto marciano, ainda que este seja um pacto comissório lícito, as partes podem convencionar, para garantia de uma obrigação, que o credor, em caso de incumprimento, se aproprie da coisa empenhada, pelo valor que resulte da sua avaliação, devendo restituir ao devedor, no caso de o bem ter um valor superior ao do crédito garantido, o diferencial entre esse mesmo valor e o valor do montante em dívida.

Será de beneficiar o aluno que identificar o exposto estabelecimento desta figura pelo Decreto-lei n.º 75/2017, bem como os alunos que discutam se este tipo de pactos são admissíveis nos casos que não se subsumam àquele Decreto-lei, isto é, se é admissível o estabelecimento de um pacto marciano quando não haja previsão expressa que o permita.

## 2. Caracterize a fiança *omnibus* e pronuncie-se sobre a sua validade

O aluno deve, desde logo, explicar no que consiste uma fiança *omnibus*: aquela que implica uma responsabilidade do fiador por uma generalidade de créditos: presentes ou, por vezes mesmo, futuros. Tais créditos são determinados apenas por traços gerais, em especial aqueles derivados de uma relação de negócios do credor com o devedor principal.

(Bónus) Explicação das vantagens e desvantagens para os credores (geralmente bancos) e devedores (geralmente sociedades), bem como a relativização do princípio da limitação da responsabilidade.

O aluno deve explicar o problema da determinabilidade da fiança *omnibus*. Trata-se de um problema que diz respeito à determinabilidade ou indeterminabilidade das dívidas a garantir, nomeadamente tendo em conta o disposto no artigo 280.º do CC.

Nos termos daquele preceito, é nulo o negócio jurídico cujo objeto seja indeterminável. Haverá, pois, que discutir se existem critérios de determinabilidade suficientes para que se aceite a fiança *omnibus* como validamente celebrada. Exemplo de critério de determinabilidade é, por exemplo, o estabelecimento de um *quantum* máximo pelo que o fiador haverá que responder com os seu património.

(Bónus) – referência ao desenvolvimento jurisprudencial que culminou na abordagem do Acórdão Uniformizador de Jurisprudência 4/2001.

## 3. Comente criticamente a seguinte frase: com a declaração de insolvência, o princípio *par conditio creditorum* reganha toda a sua eficácia

O aluno deve, desde logo, explicitar o que se entende pelo princípio *par conditio creditorum*, salientando que o mesmo se encontra previsto no artigo 604.º do CC, segundo o qual, não existindo causas legítimas de preferência, os credores têm o direito de ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor. Estabelece-se, assim, um princípio de igualdade (ou proporcionalidade, dependendo dos autores) entre credores.

O aluno deve, posteriormente, referir que fora do contexto de declaração de insolvência, o princípio *par conditio creditorum* não vigora efetivamente na fase do cumprimento voluntário,



podendo o devedor selecionar discricionariamente as obrigações vencidas que queira cumprir, mesmo quando se encontra numa situação de insuficiência patrimonial. Deste modo, apenas com a declaração de insolvência, este pode reganhar eficácia.

Ainda assim, o aluno deve discutir se a afirmação é totalmente verdadeira. Nos termos do CIRE não existe disposição semelhante àquela do artigo 604.º do CC. Todavia, esta ausência não obsta a que, após a declaração de insolvência, existam manifestações daquele princípio no regime de insolvência.

Assim, por exemplo, o artigo 194.º, n.º 1 do CIRE estabelece que o plano de insolvência obedece ao princípio da igualdade dos credores da insolvência, sem prejuízo das diferenciações justificadas por razões objetivas. O aluno deve analisar igualmente o seus números 2 e 3.

Por outro lado, seria de salientar que nos termos dos artigo 47.º e 48.º do CIRE, existe um sistema de graduação dos créditos, onde se estabelece uma hierarquia de satisfação desses mesmos créditos.

Apesar dessa graduação, o aluno podia ainda referir, a título de exemplo, o artigo 97.º do CIRE referente à extinção de privilégios creditórios e garantias reais. O aluno poderia comparar ambos os preceitos – 604.º do CC e 97.º do CIRE-, identificando um regime insolvência mais rigoroso que o civil.

Para além destas disposições, seria de salientar o disposto no artigo 121.º do CIRE referente à resolução incondicional, mais especificamente o disposto no seu n.º 1, alíneas c) e e), na medida em que, por contraposição com o artigo 604.º do CC, para benefício dos credores comuns, se afeta a posição dos credores que hajam vista garantida a sua obrigação mediante garantias reais. O mesmo significa que, nesta sede, se permite a “destruição” de algumas “causas legítimas de preferência” de origem convencional.

Por outro lado, ainda que existam algumas manifestações do princípio *par conditio creditorum* o aluno deveria identificar que existem desvios a este mesmo princípio no regime da insolvência. Neste sentido, seria de salientar, por exemplo, que nem todos os credores do devedor insolvente serão admitidos a concurso: apenas aqueles que detenham um crédito de natureza pecuniária; ou a concessão de um privilégio ao credor requerente da insolvência, nos termos do artigo 98.º do CIRE.