

Exame Escrito de Direito Comercial III

4º Ano – Turma A

Regência: Professor Doutor M. Januário da Costa Gomes

11 de janeiro de 2024

Duração: 90 minutos

I

A sociedade comercial **Godinhos, S.A.** celebrou, a 22 de abril de 2023, um contrato de empreitada com a sociedade **Átila e Irmãos, S.A.** nos termos da qual esta construiria, num terreno daquela, um centro hípico e um picadeiro, com prazo até 15 de outubro de 2023, contra uma remuneração de 150.000 EUR.

No decurso das negociações do contrato de empreitada, a **Godinhos, S.A.** pediu à **Átila e Irmãos, S.A.** que disponibilizasse uma garantia pessoal que pudesse ser imediatamente acionada pela **Godinhos, S.A.** A **Átila e Irmãos, S.A.** contactou o seu banco, o **Banco Franco, S.A.**, que aceitou emitir uma garantia por uma comissão de 5 000 EUR. A referência à emissão dessa garantia foi incluída numa cláusula do contrato de empreitada.

No dia 23 de abril de 2023, o **Banco Franco, S.A.** celebrou um contrato com a **Godinhos, S.A.** onde se previu que o **Banco Franco S.A.** garantia incondicionalmente a “boa execução do contrato de empreitada” pela **Átila e Irmãos, S.A.**, devendo o banco pagar qualquer valor até 100 000 EUR à **Godinhos, S.A.** se esta assim o pedisse, até 15 de janeiro de 2024.

1. Imagine que a empreitada fica completa e a obra é entregue a 15 de outubro de 2023, mas que a 1 de novembro de 2023, a **Godinhos, S.A.** contacta a **Átila e Irmãos** alegando defeitos graves na obra, incluindo a total omissão da construção de um dos pavilhões pedidos, interpretação que mereceu a total discordância da **Átila e Irmãos, S.A.**, que respondeu que tudo havia sido construído conforme pedido. Sem mais demoras, a **Godinhos, S.A.** contacta o **Banco Franco, S.A.**, exigindo os 150.000 EUR que este se havia comprometido a pagar. O **Banco Franco, S.A.** contactou a **Átila e Irmãos, S.A.**, tendo esta retorquido que a **Godinhos, S.A.** “estava a fazer uma tempestade num copo de água” e que tinha cumprido todas as suas obrigações contratuais. Face a este cenário, o **Banco Franco, S.A.** rejeita pagar os 150.000 EUR à **Godinhos, S.A.**, argumentando que “não é certo que o contrato tenha sido incumprido” e que a “**Godinhos** estava a agir de má-fé e precipitadamente”. Após qualificar o vínculo estabelecido entre a **Átila e Irmãos, S.A.** e o **Banco Franco, S.A.** e respetiva estrutura contratual típica, pronuncie-se sobre a procedência da argumentação do **Banco Franco, S.A.** (4 valores).

- Caracterização da garantia bancária autónoma, com ênfase na sua autonomia (contraste com fiança) e no facto de ser prestada por uma instituição de crédito ou sociedade financeira.
- (Bónus) Explicar porque é que, face às suas características, as garantias (bancárias) autónomas acabam por, na maioria dos casos, ser prestadas apenas por instituições de crédito.
- Definição da modalidade – garantia bancária *on first demand*; e garantia de boa execução (*performance bond*)
- Explicação da estrutura contratual:
 - Contrato principal – contrato de empreitada celebrado a 22 de abril.
 - Contrato entre o devedor/ordenante (Átila e Irmãos) e o banco (Banco Franco)
 - Contrato de emissão de garantia autónoma celebrado entre Godinhos, S.A. e o Banco celebrado a 23 de abril.
 - Requisitos de forma terão sido respeitados – divergência sobre exigência de forma escrita.
- Quando prestada por uma instituição de crédito, uma garantia autónoma não sofrerá, por si só, qualquer problema de licitude.
- A natureza autónoma da garantia deve ser enfatizada – a não ser que esteja previsto no contrato de garantia autónoma, se ela revestir a modalidade de garantia à primeira solicitação, o garante não pode opor ao credor/beneficiário qualquer meio de defesa emergente da relação-base – nulidade, anulação, resolução ou outra exceção, salvo em casos de abuso ou fraude manifestos.
- O aluno deveria considerar se não estaríamos perante um caso de abuso ou fraude manifestos – a doutrina e a jurisprudência tem considerado que, nessas situações, o garante pode recusar o cumprimento da obrigação.
- Casos são restritos, devendo limitar-se a abuso de direito e fraude absolutamente inequívocos, devendo ser colocada à disposição no banco prova líquida e inequívoca da má-fé ou da fraude evidente do beneficiário – caso contrário, estar-se-ia a atentar contra a essência da própria garantia.
- Neste caso, havendo o mínimo espaço para dúvida – como havia, pois havia uma divergência de entendimentos das partes quanto à completude e qualidade do cumprimento – o garante não pode invocar o abuso nem a fraude manifestos.

2. Imagine que no contrato celebrado entre a **Átila e Irmãos, S.A.** e o **Banco Franco, S.A.** para emissão da garantia deste a favor da **Godinhos, S.A.**, tinha ficado previsto que, em caso de acionamento da garantia, o **Banco Franco, S.A.** podia exigir o valor da garantia prestada (os 150.000 EUR) à **Átila e Irmãos, S.A.**. Tal obrigação (da Átila e Irmãos, S.A. a favor da Godinhos, S.A.) encontrava-se garantida por umas esculturas que se encontravam na sede da **Átila e Irmãos, S.A.**, prevendo-se no contrato que seriam “apropriadas” pelo Banco Franco em caso de

incumprimento pela **Átila e Irmãos, S.A.**, considerando-se extinta a dívida. Identifique a garantia em causa, caracterize a obrigação acordada e pronuncie-se sobre a sua licitude (4 valores).

- Identificação da garantia prestada como penhor de coisas (666.º) e descrição geral do seu funcionamento.
- Lei não sujeita constituição do penhor a condição especial, mas requer tradição da coisa ou de documento que confira a exclusiva disponibilidade da coisa.
- Identificação do penhor como penhor comercial (artigo 397.º do Código Comercial) ou bancário (DL 29:833, de 17 de agosto de 1939) e discussão sobre a necessidade de desapossamento ou entrega em cada um dos regimes.
- Obrigações futuras podem ser garantidas – artigo 666.º, n.º 3
- O aluno deve identificar que estamos perante matéria de pacto comissório, devendo ser claramente identificado que, nos termos do artigo 694.º *ex vi* 678.º, estamos perante um pacto comissório nulo.
- (Bónus) deverá ser beneficiado o aluno que justifique a proibição deste tipo de cláusulas, nomeadamente, identificando que as mesmas se proíbem 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 entanto, o aluno deve invocar a possibilidade de aplicação do DL 75/2017 e da caracterização deste penhor como penhor mercantil com apropriação, visto que o garante (a Átila e Irmãos, S.A.) era comerciante e a obrigação seria, em princípio, comercial (artigo 2.º, n.º 1 do DL 75/2017).
- Assim, se o contrato tivesse sido assinado por documento escrito com reconhecimento presencial de assinatura (artigo 2.º do DL 75/2017), as partes podem acordar a apropriação, pelo Banco Franco, das esculturas, com um dever de restituição da diferença (o chamado pacto marciano), determinada, regra geral, com intervenção de um perito.
- No entanto, aluno devia identificar que esta cláusula não seria aqui admissível porque estamos perante um pacto comissório puro e não um pacto marciano e o DL 75/2017 não prevê a admissibilidade de pactos comissórios sem restituição da diferença.

3. Imagine um cenário alternativo: em vez das esculturas, a **Átila e Irmãos, S.A.** deu, como garantia ao **Banco Franco, S.A.**, o imóvel onde se encontrava a sua sede e oficina, através de contrato celebrado com escritura pública. O litígio com a **Godinhos, S.A.** e o colapso de uma série de outros contratos, levaram a **Átila e Irmãos, S.A.** a uma situação financeira difícil, não pagando os salários dos seus 10 trabalhadores há dois meses, devendo-lhes um total de 50.000 EUR de salários em atraso, tendo ainda uma dívida de 30.000 a vários fornecedores. Estas dificuldades levaram, ainda, ao atraso do pagamento dos 150.000 EUR ao **Banco Franco, S.A.**, que, tendo honrado a garantia que prestara, decidiu executar a contragarantia, sabendo que o valor de mercado do imóvel dado em garantia rondava os 150.000

EUR. O **Banco Franco, S.A.** procura saber se conseguirá obter a totalidade do produto da venda do imóvel em cenário de venda executiva, ou se terá de temer outros credores **(4 valores)**.

- Identificação da garantia prestada como hipoteca (686.º) e descrição geral do seu funcionamento.
- Menção breve aos requisitos de forma da hipoteca voluntária (687.º), aqui aparentemente cumpridos
- Hipotecas de obrigações futuras são admissíveis – 686.º, n.º 2
- Mencionar que, nos termos do artigo 686.º, a hipoteca confere ao credor hipotecário a possibilidade de pagar com o produto da venda desse bem com prioridade sobre todos os outros credores – 686.º. Atenção à última frase do 686.º, n.º 1, “com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo”.
- Breve referência a – isto quer dizer que, num cenário de execução ou de insolvência, o produto da venda executiva/judicial do bem vai, em primeiro lugar para o credor. Exceção ao *par conditio creditorum*
- Ora, o ponto central da questão seria ver se não haveria aqui qualquer “privilégio especial”.
- Identificar um privilégio creditório imobiliário especial dos – eles têm direito a receber, em primeiro lugar, o produto da venda do imóvel onde trabalham – 748.º do Código Civil e 333.º do Código do Trabalho.
- Assim, o Banco não receberia a totalidade do preço da venda do imóvel. Para além das despesas de justiça (artigo 743.º e 746.º), o produto da venda do imóvel cobriria ainda os 50.000 EUR em dívida aos trabalhadores.

Grupo II

Responda a duas, e apenas a duas, das seguintes questões: **(4 valores cada)**

1. Distinga a sub-rogação do credor ao devedor, referida nos artigos 606.º a 609.º, da sub-rogação do fiador no crédito por este satisfeito.

O aluno deve distinguir a sub-rogação do credor ao devedor, referida nos artigos 606.º a 609.º, da sub-rogação do fiador no crédito por este satisfeito, nomeadamente identificando que:

Deve identificar a sede normativa do último caso, nomeadamente o artigo 644.º do CC. Nos termos deste artigo, o fiador que cumprir a obrigação fica sub-rogado nos direitos do credor, na medida em que estes foram por ele satisfeitos. A norma traduz um afloramento do previsto no artigo 592.º, n.º 1, do CC. Em termos técnicos, o fiador adquire o direito de crédito que cumpriu, operando essa aquisição com todas as garantias e acessórios que lhe compitam, por força e nos termos do artigo 593.º do CC e, ainda, do artigo 582.º *ex vi* artigo 594.º.

Diferentemente, a sub-rogação do credor ao devedor, prevista nos termos dos artigos 606.º a 609.º do CC, corresponde a um meio de conservação da garantia geral das obrigações, com pressupostos próprios: (i) uma obrigação efetivamente existente; (ii) um direito patrimonial do devedor, relativo a terceiro; (iii) não exercício; (iv) cujo exercício, por lei ou pela natureza, não esteja reservado ao titular; (v) essencialidade para a satisfação ou garantia do credor. O aluno deve densificar cada um destes pressupostos.

Ao contrário da sub-rogação, nos termos do artigo 644.º, de acordo com o artigo 609.º, justamente porque se trata de um meio de conservação da garantia geral das obrigações, a sub-rogação exercida por um dos credores aproveita a todos os demais. Assim, os bens obtidos através da sub-rogação do credor ao dever ingressam no património deste, passando a servir de garantia a todos os credores.

O aluno deve ainda salientar que no caso de sub-rogação do credor ao devedor, o que está em causa não é a aquisição do direito patrimonial do devedor, mas antes o exercício de um direito daquele e, portanto, o exercício de um direito de terceiro (o devedor). No caso de sub-rogação do fiador, nos termos do artigo 644.º, o fiador que cumpra, adquire o direito de crédito que cumpriu, exercendo, pois, um direito próprio, bastando o cumprimento para que se processe a aquisição – ao contrário da necessidade de preenchimento de pressupostos apertados, tal como existem nos termos do artigo 606.º.

2. Pronuncie-se acerca da validade da alienação fiduciária em garantia e acerca da tutela do fiduciante em caso de insolvência do fiduciário.

O aluno deve identificar a discussão acerca da validade da alienação fiduciária em garantia, caracterizando em primeiro lugar a própria figura. Estamos perante um negócio fiduciário em garantia, onde se transmite a propriedade de determinado bem ou crédito para garantia de cumprimento de uma obrigação, vinculando-se o credor a apenas utilizar esse bem para obter a realização do seu crédito, devendo o mesmo ser retransmitido ao alienante em caso de cumprimento da obrigação que serve de garantia.

A sua validade, em geral, é há muito controvertida por diversas ordens de razões, sendo essencialmente apontadas as seguintes:

- Permitiria defraudar a proibição dos pactos comissórios;
- Não pode ter natureza real, por violação do artigo 1306.º, n.º 1, do CC, deixando o devedor fiduciante numa situação extremamente precária.

No que ao defraudamento da proibição do pacto comissório diz respeito – argumento decisivo para muitos autores para a aferição da validade da alienação fiduciária em garantia –, a alienação fiduciária em garantia não parece colocar em causa os interesses que se visam tutelar com aquela proibição. A proibição do pacto comissório justifica-se, essencialmente para: evitar um benefício injustificado do credor às custas do devedor, bem como acautelar as situações que o consentimento do devedor resulte de um processo deficiente de autodeterminação. Todavia, na alienação fiduciária em garantia, com a imposição de

retransmissão do bem alienado, estes interesses não parecem ser postos em causa – aproximando-se, na verdade, da figura do pacto marciano (pacto comissório lícito).

O segundo argumento também não parece proceder: não há criação de um novo direito real. O direito, no caso de propriedade, é transmitido intocado no seu conteúdo. Porém, estabelecem-se limitações de carácter meramente obrigacional referentes ao seu exercício – o que é admissível ao abrigo da liberdade contratual.

Apresentados e trabalhados os diversos argumentos, o aluno deve identificar em concreto a sede normativa do regime da alienação fiduciária em garantia, nomeadamente os artigos 14.º e seguintes do DL 105/2004. Este diploma prevê a alienação fiduciária em garantia como modalidade dos contratos de garantia financeira.

O aluno deve identificar o âmbito de aplicação do DL, salientando que só instrumentos financeiros e, em particular, certos créditos podem ser objeto de garantia, nos termos do artigo 5.º do DL 105/2004.

O aluno deve, sumariamente, referir o artigo 14.º, a), do DL 105/2004, onde se prevê a obrigação de restituição da garantia prestada ou objeto equivalente – não se lesando os interesses que a proibição do pacto comissório visa tutelar.

A alienação fiduciária em garantia tem um regime insolvência específico, nos termos dos artigos 16.º a 19.º do DL 105/2004, com vista a “imunizar” estes negócios, facilitando-se a concessão de crédito. O aluno deve identificar e analisar que esta disciplina particular diz respeito:

- À faculdade de o administrador resolver estes contratos num determinado período anterior à declaração de insolvência, não podendo este proceder à sua resolução, verificadas determinadas circunstâncias (artigo 17.º do DL 105/2004), contrariando-se, pois, o disposto no artigo 121.º do CIRE.

- À eficácia dos contratos, nos termos do artigo 18.º do DL 105/2004, após a declaração de insolvência.

- Ao vencimento antecipado (*close-out netting*): que nos termos do artigo 20.º do DL 105/2004, não é afetado pela abertura do processo de insolvência, ao contrário do que decorre do CIRE.

3. Contraponha a impugnação pauliana e a resolução em benefício da massa insolvente, salientando as suas diferenças e semelhanças.

O aluno deve identificar a sede normativa de ambos os regimes, respetivamente nos artigos 610.º e seguintes do CC e nos artigos 120.º e seguintes do CIRE.

Deve identificar que ambas as figuras permitem a destruição de atos do devedor que sejam prejudiciais à satisfação de créditos que sobre ele são detidos. Esse carácter prejudicial é estabelecido em termos mais amplos no regime geral da resolução em benefício da massa insolvente (artigo 120.º, n.º 2, do CIRE) do que no regime da impugnação pauliana (artigo 610.º, alínea b), do CC). No regime da resolução incondicional em benefício da massa insolvente (artigo 121.º CIRE) não existe qualquer requisito nesse sentido: subjacente às alíneas do respetivo n.º 1 encontra-se, porém, a assunção de que os tipos de atos aí elencados são prejudiciais à satisfação das dívidas da massa insolvente.

As figuras contrastas distinguem-se, em primeiro lugar, por a impugnação individual ser de exercício individual pelo credor cuja satisfação seja posta em causa, ao passo que a resolução em benefício da massa insolvente é um poder que assiste ao administrador de insolvência, por conta e no interesse da coletividade dos credores.

A impugnação pauliana apenas aproveita ao credor que a tenha requerido (artigo 616.º, n.º 4, CC). Em contraste, a resolução em benefício da massa insolvente aproveita a todos os credores da massa insolvente.

A resolução em benefício da massa insolvente apenas pode operar no âmbito do processo de insolvência. A impugnação pauliana tem como âmbito de aplicação paradigmático hipóteses em que o devedor não foi declarado insolvente. Os termos em que se pode processar o recurso à impugnação pauliana após a declaração de insolvência inferem-se do artigo 127.º CIRE. Sendo este ponto controvertido, o aluno será valorizado se mostrar conhecimento dessa discussão, ainda que tal não seja exigido.

A impugnação pauliana pressupõe, quando o ato seja oneroso, a má fé do devedor do terceiro que dele seja contraparte (artigo 612.º, n.º 1, CC). No regime geral da resolução em benefício da massa insolvente exige-se a má fé do terceiro, mas não do devedor (artigo 120.º, n.º 4, CIRE), presumindo-se essa má fé quanto a atos cuja prática ou omissão tenha ocorrido dentro dos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência e em que tenha participado ou de que tenha aproveitado pessoa especialmente relacionada com o insolvente. Na resolução incondicional, esse requisito é dispensado (artigo 121.º, n.º 1, parte final CIRE).

4. Pode o subscritor duma livrança em branco como avalista opor-se ao pagamento exigido por um terceiro portador do título, numa situação em que o avalista alega que a livrança foi preenchida em desconformidade com o pacto de preenchimento?

O aluno deve, em primeiro lugar, contextualizar e explicar em que consiste o aval cambiário. Deve, nestes termos, explicar que estamos perante uma garantia aposta no título de crédito, ficando o avalista responsável da mesma maneira do que a pessoa por ele avalizada (artigo 32.º LULL, *ex vi* artigo 77.º LULL). No caso, o avalista é subscritor da livrança.

A obrigação do avalista fica desprovida de acessoriedade forte e de subsidiariedade – este pode ser demandado diretamente sem hipótese de invocar exceções relativas à obrigação garantida, que não sejam as formais, e de prevalecer-se do benefício da excussão (artigo 32.º LULL, *ex vi* artigo 77.º LULL).

Identificação da estrutura contratual típica associada ao aval dado em livranças em branco (também conhecido como aval geral), com posterior preenchimento aquando do incumprimento. Não há qualquer obstáculo, desde que exista critérios de determinabilidade (nomeadamente, pacto de preenchimento) – sob pena de cair no âmbito de aplicação do artigo 280.º, n.º 1, do CC -, de garantir, por via de aval, uma livrança em branco.

O aluno deve salientar que o não preenchimento ou o incorreto preenchimento tendo em conta o disposto no pacto de preenchimento faz com que não nasça a obrigação cambiária, pelo que a livrança não é verdadeira livrança até ao seu preenchimento.

Havendo pacto de preenchimento, estamos perante uma livrança incompleta destinada a ser preenchida de acordo com a autorização do subscritor, que ao emití-la, atribui àquele a

quem a entrega, o direito de a preencher em conformidade com o pacto de preenchimento entre eles acordado.

O aluno deve situar o problema da desconformidade do preenchimento tendo em conta o disposto no artigo 10.º da LULL. Assim, vários cenários se apresentam como possíveis: (i) ou o portador adquiriu a letra de boa fé, caso em que a inobservância do acordo não lhe é oponível; (ii) ou o portador adquiriu a livrança de má fé, caso em que o preenchimento em desconformidade com o pacto de preenchimento lhe é oponível, podendo o avalista opor-se ao pagamento; (iii) ou ainda, ao adquirir a letra, o portador tenha cometido uma falta grave, caso em que o preenchimento desconforme também lhe é oponível.

Assim, havendo preenchimento abusivo da livrança, o subscritor como avalista não estará obrigado segundo o teor do título abusivamente preenchido, mas sim nos termos da obrigação que lhe corresponderia com o devido preenchimento: estamos perante uma exceção pessoal, fundada nas relações imediatas do seu subscritor com o portador inicial. Não se tratando do portador inicial, este tem de a ter adquirido (ou deter a sua posse) de má fé, ou cometido falta grave na sua aquisição, para que o preenchimento indevido lhe seja oponível.

Como exceção que é, compete a quem invoca o preenchimento abusivo o ónus de alegar e provar os respetivos pressupostos: a existência e o conteúdo do pacto de preenchimento e a violação ou desrespeito pelos termos e condições aí definidos.