

Processo: 127651/16.2YIPRT.P1
Nº Convencional: JTRP000
Relator: VIEIRA E CUNHA
Descritores: CONTRATO DE MÚTUO COM FIANÇA
CLAÚSULAS CONTRATUAIS GERAIS
ENTREGA DE UM EXEMPLAR DO CONTRATO
FIADOR
NULIDADE DA FIANÇA
Nº do Documento: RP20180206127651/16.2YIPRT.P1
Data do Acórdão: 06-02-2018
Votação: UNANIMIDADE
Texto Integral: S
Privacidade: 1
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: REVOGADA EM PARTE
Indicações Eventuais: 2ª SECÇÃO (LIVRO DE REGISTOS Nº 810, FLS 70-78)

Área Temática:

Sumário:

I – Encontra-se positivamente demonstrado o cumprimento dos ónus de comunicação e informação, a cargo da mutuante que disponibilizou as cláusulas gerais insertas no contrato em face da declaração subscrita pelo fiador, no sentido de que “declara ter tomado conhecimento e aceite, sem reservas, as condições particulares e gerais estabelecidas por este contrato”.

II - Tratando-se de uma confissão extrajudicial, nos termos do disposto no artº 358º nº2 CCiv, “a confissão em documento autêntico ou particular considera-se provada nos termos aplicáveis a estes documentos e, se for feita à parte contrária ou a quem a represente, tem força probatória plena”.

III – O ónus de prova da entrega de um exemplar do contrato de crédito ao consumo ao Réu deve ficar a cargo do dador de crédito (artºs 12º nºs 1 e 2 e 13º nºs 1 e 2 D-L nº133/2009 de 2/6).

IV – Do teor das normas dos artºs 12º nº2 e 13º nºs 2 e 5 D-L nº133/2009, retira-se a existência de uma nulidade atípica, de regime misto: arguida pelo consumidor, cabe ao mutuante ou concedente de crédito a prova de que havia efectivamente sido entregue ao consumidor um contrato de concessão de crédito, aquando da sua assinatura.

V – Se não existiu no processo a prova ou sequer a alegação de que um exemplar do contrato devidamente assinado por todos foi entregue ao garante/fiador – nem após a assinatura do contrato pelo fiador, nas instalações da empresa vendedora do bem, nem mesmo, por acção dessa vendedora ou do mutuante, após a assinatura do contrato, a fiança é nula, nos termos do artº 13º nº2 D-L nº133/2009, e nada poderá ser exigido do Réu/fiador, nos termos da inválida fiança.

Reclamações:

Decisão Texto Integral:

• Rec. 127651/16.2YIPRT.P1. Relator – Vieira e Cunha. Adjuntos – Des. Maria Eiró e Des. João Proença Costa. Decisão de 1ª instância – 2/7/2017.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto

Súmula do Processo

Recurso de apelação interposto na acção com procedimento especial para cumprimento de obrigações pecuniárias nº127651/16.2YIPRT, da Instância Local de Amarante, da Comarca do Porto Este.

Autor – Banco B..., S.A.

Réus – C... e D....

Pedido

Que os RR. sejam condenados a pagar ao Autor a quantia de € 6.320,55, a título de capital em dívida, acrescida do montante de € 128,36 , a título de juros de mora vencidos, €5,13 de “outras quantias” e €153 de taxa de justiça paga.

Tese do Autor

Em 6/7/2012, celebrou com os réus um contrato de mútuo, mediante o qual concedeu a estes um empréstimo no montante de €7.650, constituindo-se os RR. na obrigação de pagamento de 84 prestações mensais e sucessivas, no valor de €148,88 cada uma, acrescidas das despesas de cobrança e do seguro, com vencimento no dia 15 de cada mês, início em 15/8/2012, finalizando em 15/7/2019.

O réu D... constituiu-se fiador e principal pagador de todas e quaisquer obrigações que para o réu C... resultassem da assinatura do contrato.

Sucedem porém que os Réus não pagaram a prestação que se venceu em 15 de Março de 2016 bem como as seguintes, razão pela qual o Autor os interpelou para procederem ao pagamento, sob pena de resolução do contrato, mediante cartas de 4/10/2016.

Não obstante tais interpelações, os réus não procederam ao pagamento do valor em dívida, tendo-se considerado automaticamente resolvido o contrato em apreço, em 24/10/2016.

Tese do Réu D...

Nega ter celebrado com o Autor qualquer contrato, designadamente o identificado nos presentes autos, desconhecendo, por isso, o seu conteúdo e bem assim as cláusulas contratuais gerais do mesmo e o termo/declaração de fiança.

Mais invocou que, a ser verdadeira a existência deste contrato, a falta de entrega de uma cópia do mesmo, gera a respectiva nulidade. Ademais, não lhe foi comunicado o conteúdo desse contrato, tendo o Autor incumprido o dever de comunicação que sobre si impendia.

Sentença

Na peça processual recorrida, a Mmª Juiz “a quo” julgou a acção parcialmente procedente e, em consequência condenou os réus, solidariamente, a pagar ao Autor a quantia de €6.320,55, acrescida de juros moratórios à taxa contratualmente estabelecida de 13.847%, acrescida de 3% a título de mora, desde 4/10/2016, até efectivo e integral pagamento, bem como imposto de selo calculado sobre a referida quantia à taxa de 4%.

Conclusões do Recurso de Apelação do R. D...:

I. Vem o presente recurso interposto da douta sentença de fls, pela qual foi decidido pelo tribunal a quo julgar o pedido parcialmente procedente, por provado e, em consequência, condenar e os réus C... e D..., solidariamente a pagar ao autor a quantia de €6.320,55 (seis mil trezentos e vinte euros e cinquenta e cinco cêntimos), acrescida de juros moratórios à taxa contratualmente estabelecida de 13.847%, acrescida de 3% a título de mora, desde 04 de Outubro de 2016 e até efectivo e integral pagamento, bem como imposto de selo calculado sobre a referida quantia à taxa de 4%.

II. O ora recorrente não se conforma nem pode conformar com tal decisão proferida a fls dos autos, pois, face aos factos por si alegados e à prova produzida nos autos, o tribunal a quo deveria ter dado como não provados os factos que julgou provados sob os pontos 2, 3, 4 e 7 da alínea A) Factos Provados da douta sentença e devia dar como provados os factos que julgou não provados sob os pontos 2 e 3 da alínea B) Factos Não Provados da fundamentação da douta sentença recorrida.

III. Pela douta sentença recorrida importava serem decididas as seguintes questões:

1. Se a assinatura constante do contrato junto aos autos - contrato de mútuo com fiança - foi aposta no mesmo pelo réu C....
2. Se a autora emprestou ao recorrente a importância de 7.650,00 € e se este se comprometeu a pagar à autora tal importância.
3. Se ao réu C... foi entregue um exemplar do contrato junto aos autos.
4. Se a autora explicou ou informou o réu C... do teor das cláusulas referidas no contrato junto aos autos.

IV. Como resulta dos autos, o recorrente na sua oposição negou ter celebrado com a recorrida qualquer contrato, impugnando, por isso, os conteúdos, textos, letras e assinaturas apostas no contrato de mútuo com fiança identificado nos presentes autos. Mais alegou que, a ser verdadeira a existência deste contrato, a falta de entrega de uma cópia do mesmo, gera a respectiva nulidade. Ademais não lhe foi comunicado o conteúdo desse contrato, tendo a autora/recorrida incumprido o dever de comunicação que sobre si impendia, nulidades essas expressamente invocadas para todos os efeitos legais. Conclui dizendo nada dever à autora/recorrida, seja a que título for, pugando pela respectiva absolvição.

V. Assim, impugnada que está a assinatura atribuída ao recorrente aposta no contrato de mútuo com fiança de fls e não tendo a recorrida logrado provar a sua veracidade, jamais o recorrente poderia ou poderá ser obrigado a cumprir tal contrato, que não celebrou, nem subscreveu.

VI. Na verdade, impugnada a veracidade da assinatura, era à autora/recorrida que incumbia provar a sua veracidade como o dispõe o n.º 2 do artigo 374.º do Código Civil, o que que não logrou fazer.

VII. Aliás tinha ao seu dispor meios periciais para efetuar a prova em causa e não os usou.

VIII. Como também não arrolou qualquer testemunha que tivesse presenciado a aposição da assinatura no contrato pelo recorrente, C..., ou por quem quer que fosse.

IX. Para prova dos factos constitutivos do seu direito arrolou duas testemunhas, E... e F....

X. A testemunha F... declarou nada saber sobre os factos e nada ter presenciado, pelo que o seu depoimento não foi valorado pelo próprio tribunal.

XI. E a testemunha da autora, E..., cujo depoimento ficou registado em formato digital, com início pelas 14:27 horas e termo pelas 14:46 horas, transcritas supra, declarou não conhecer o recorrente, não ter estado presente na celebração do contrato, não saber se o recorrente estava em Portugal aquando da celebração do mesmo, não saber se foi entregue um exemplar do contrato ao recorrente e se o mesmo lhe foi explicado.

XII. Assim, a convicção positiva da MMª Juiz quanto à factualidade que erradamente deu como provada, não podia nem pode assentar no depoimento que foi prestado pela testemunha E..., funcionária da autora/recorrida, pois, como resulta do seu depoimento que vem transcrito, tal testemunha não tem conhecimento direto da factualidade, não interveio na fase inicial do contrato, não conhece o recorrente, nunca esteve com ele pessoalmente, não sabe se o contrato de mútuo com fiança em apreço nos autos foi celebrado/subscrito pelo recorrente, não sabe se o contrato foi celebrado em 6 de julho de 2012, não estava presente, não sabe se o recorrente estava em Portugal aquando da celebração do contrato, não sabe se houve conferência do contrato e das assinaturas, não sabe se foi entregue um exemplar do contrato ao recorrente e também não sabe se lhe foram comunicados e explicados o contrato, suas cláusulas e obrigações decorrentes do mesmo.

XIII. Aliás é manifesta a contradição na própria sentença recorrida pois na motivação negativa a MMª Juiz refere expressamente que esta testemunha, E... "...de nada sabia, porquanto de acordo com a sua experiência profissional, é o próprio stand de automóveis que apresenta a proposta e recepciona o contrato, sabendo-lhe explicar o teor do mesmo, pelo que, não tendo estado presente aquando dessa circunstância, como é evidente, de nada sabia e nada podia atestar.”.

XIV. A douda sentença recorrida violou, assim, o disposto no n° 2 do artigo 374° do Código Civil, porquanto não ficou provada a veracidade da assinatura atribuída ao recorrente aposta no contrato em apreço.

XV. Como resulta da douda sentença recorrida a MMª Juiz fez errada apreciação do ónus da prova motivando a sua convicção negativa quanto à factualidade que não se considerou provada, na ausência de prova por parte do recorrente.

XVI. Do depoimento da testemunha do recorrente, G..., registado em formato digital, com início pelas 14:56 horas e termos pelas 15:12 horas, transcrito supra, resulta que o Recorrente quase não sabe ler, tem apenas a 4ª classe, e nem quando recebeu a carta, em 22/12/2016 (única carta recebida) percebeu a existência do contrato em apreço nos autos, o recorrente sempre negou ter assinado tal contrato, o recorrente não percebe o que é um fiador, o recorrente não estava em Portugal aquando da celebração do contrato (em 2012 o recorrente veio a Portugal apenas em abril e em agosto) e o réu C... tinha acesso aos elementos do recorrente juntos aos autos (todos com datas muito anteriores à do contrato).

XVII. A douda sentença recorrida não deu por provada a factualidade constante dos pontos 2 e 3 dos factos não provados, mas atenta a prova produzida nos autos e o ónus da prova, entende o réu/recorrente que tal factualidade resultou efectivamente provada.

XVIII. Como resulta do depoimento da testemunha E... e dos documentos juntos aos autos, a documentação emitida pela recorrida foi remetida ao fornecedor/vendedor H..., tendo ficado provado nos autos que, no momento da pretensa assinatura pelo recorrente, não se encontrava presente qualquer funcionário/representante da autora/recorrida.

XIX. Ausente o representante da autora/recorrida no pretenso ato de celebração conclui-se facilmente que o clausulado não foi explicado pela autora ao réu/fiador.

XX. Acresce que, a testemunha da recorrida, E..., referiu nada saber nem poder atestar relativamente a tal circunstância "... não tendo estado presente ... de nada sabia e nada podia atestar.”.

XXI. Assim, teria e terá de ser dado por provado que a recorrida não explicou ou informou o recorrente, do teor das cláusulas do contrato, nem lhe entregou o necessário exemplar do mesmo contrato.

XXII. A omissão do dever de informação e de entrega de duplicado do pretenso contrato é geradora da declaração de nulidade, nulidade esta expressamente invocada na oposição do recorrente e que deveria ter sido declarada pelo tribunal a quo.

XXIII. Pois, da análise de toda a documentação junta aos autos constata-se que o tribunal a quo, salvo melhor opinião, deveria ter concluído que a recorrida não cumpriu o ónus a que estava obrigada de provar que cumpriu, efectiva e pontualmente, as

obrigações de informação e de entrega de um exemplar do contrato ao recorrente/pretensão fiador.

XXIV. Mal andou, também assim, o tribunal a quo ao não ter dado como provado o incumprimento pela recorrida da obrigação de informação das cláusulas contratuais e da entrega de um exemplar do contrato aquando da sua assinatura.

XXV. Tal incumprimento é gerador da declaração de nulidade do presente contrato de mútuo com fiança, pelo que o tribunal a quo deveria ter declarado a sua nulidade, pelo menos quanto ao recorrente.

XXVI. Assim, o tribunal a quo deveria ter dado como provado que a recorrida não esteve presente aquando da pretensa assinatura do contrato de mútuo com fiança, que a mesma não explicou o conteúdo das cláusulas contratuais, não prestando qualquer informação, nem procedeu à entrega de um exemplar do contrato, por tal resultar clara e inequivocamente da prova produzida pela recorrida.

XXVII. Na verdade, estamos perante um contrato de crédito ao consumo, sob a forma de mútuo, regulado especificamente pelo Decreto-Lei nº 133/2009, de 02/06.

XXVIII. Segundo o disposto no artigo 12º, nºs 1 e 2, do referido DL, o contrato de crédito deve ser reduzido a escrito e assinado pelos contraentes, sendo obrigatoriamente entregue um exemplar ao fiador no momento da respectiva assinatura.

XXIX. Prescreve o artigo 13º, nº 1, que o contrato de crédito é nulo quando não for observado o prescrito nos nºs 1 e 2 do artigo anterior, e o seu nº 2 prescreve que a garantia prestada é nula se, em relação ao garante, não for observado o prescrito no nº 2 do artigo anterior.

XXX. Por seu turno, estatui o artigo 13º, nº 5, que a inobservância dos requisitos previstos no artigo 12º presume-se imputável ao credor/recorrido.

XXXI. Fica assim patente que o mencionado artigo 12º do DL 133/2009, de 02/06, tem natureza imperativa, impondo a efectiva entrega ao fiador de um exemplar do contrato, no momento da assinatura, sob cominação de nulidade.

XXXII. Assim, não tendo sido entregue ao recorrente um exemplar do contrato no ato da assinatura do mesmo e não tendo a recorrida provado que procedeu a tal entrega, como legalmente lhe incumbia, o contrato de mútuo é e sempre será nulo, pelo menos no que à pretensa fiança diz respeito.

XXXIII. Deve, por isso, ser declarada judicialmente essa nulidade, com fundamento na omissão de entrega de exemplar do contrato pela recorrida ao recorrente/fiador, impedindo-se, assim, a produção de efeitos do mesmo, em função do vício.

XXXIV. Por sua vez, sabendo-se que os contratos de crédito ao consumo constituem contratos de adesão, e que, em atenção à particular vulnerabilidade do aderente, a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais impõe ao proponente a comunicação da totalidade das cláusulas e que esta seja feita de modo adequado e pessoal e com antecedência compatível com a extensão e complexidade do contrato, de modo a tornar possível o seu conhecimento “completo e efectivo por quem use de comum diligência”, a exigência em apreço deverá culminar numa fase pré-negocial destinada a tornar possível o adequado cumprimento pelo proponente dessa obrigação, bem como da que lhe anda associada, da informação, obrigações essas, de comunicação e de informação, a que aludem os artigos 5º, 6º e 8º do Decreto-Lei nº 446/85, de 25/10.

XXXV. O dever de comunicação previsto no artigo 5º, nº 1, do referido DL prevê que as cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las.

XXXVI. Prescreve o nº 2 do referido artigo que a comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária, para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência.

XXXVII. Estatui o nº 3 do indicado artigo que o ónus da prova da comunicação adequada e efectiva cabe ao contratante que submeta a outrem as cláusulas contratuais gerais.

XXXVIII. Sobre o dever de informação, estipula o artigo 6º, nº 1, do DL que o contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique.

XXXIX. Estabelece, por sua vez, o seu artigo 8º que, consideram-se excluídas dos contratos singulares: a) As cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do artigo 5º; b) As cláusulas comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo.

XL. Verificando-se que a recorrida não cumpriu, pelo menos para com o recorrente, com os deveres de comunicação e informação decorrentes dos artigos 5º, 6º e 8º do DL 446/85, de 25/10, também por esta via o contrato de crédito é e sempre será nulo,

não produzindo qualquer efeito no comércio jurídico, na parte que à fiança diz respeito. XLI. Deve, por isso, também por este motivo, o indicado contrato de crédito ser declarado nulo, nessa parte, uma vez que o incumprimento dos deveres de comunicação e informação, a que a recorrida estava obrigada para com o recorrente, impede a produção de efeitos do mesmo, na medida em que vicia, gerando a nulidade da pretensa fiança que a própria recorrida fez constar do contrato.

XLII. Andou mal o tribunal a quo pois devia ter declarado a nulidade do contrato de mútuo com fiança dos autos, por terem sido omitidas pela recorrida, as obrigações de informação e entrega de um exemplar do contrato aquando da sua alegada assinatura.

XLIII. Na formação da sua convicção, a MMª Juiz não atendeu aos meios de prova disponíveis, não atentou nos dados objectivos fornecidos pelos documentos dos autos e não fez uma análise crítica dos depoimentos prestados.

XLIV. Na verdade, como resulta da fundamentação da sentença recorrida, a convicção da MMª Juiz partiu da premissa errada de imputação do ónus da prova.

XLV. Como já alegamos, o ónus da prova da veracidade das assinaturas apostas no contrato, porque impugnadas pelo recorrente, incumbia à recorrida, o que esta não fez,

XLVI. E, o ónus da prova dos factos negativos sob os pontos 2 e 3 da alínea B) Factos Não Provados, incumbia por força da Lei, igualmente à recorrida, o que esta também não fez.

XLVII. Ora, não tendo a recorrida logrado provar a veracidade das assinaturas do contrato, nem qualquer dos factos negativos identificados nos pontos 2 e 3 dos factos não provados da fundamentação da sentença, deveria a MMª Juiz a quo ter dado como não provado os pontos 2, 3, 4 e 7 da alínea A) Factos Provados da fundamentação da dita sentença recorrida e como provados os factos dos pontos 2 e 3 da alínea B) Factos Não Provados da mesma fundamentação.

XLVIII. Deve, por isso, ser dado como não provado que a autora, no exercício da sua actividade, assinou juntamente com os réus, em 06 de Julho de 2012, um acordo escrito, com a designação “contrato de mútuo com fiança n.º 992171”.

XLIX. E não provado que nos termos desse acordo, a autora emprestou aos réus, a importância de €7.650....

L. Bem como não provado que aquando desse acordo, as partes identificaram....

LI. E não provado ainda que, o réu D... tenha celebrado com a autora qualquer acordo, que tenha ficado como fiador e que, como tal, tenha subscrito esses contratos e se tenha assumido perante o Banco I... como fiador e principal pagador de quaisquer obrigações.

LII. Deverá por conseguinte ser dado por provado que ao réu D... não foi entregue um exemplar do contrato, e que o autor não lhe explicou ou informou do teor das cláusulas referidas no mesmo, ou, pelo menos, ser dado como não provado que ao réu D... tenha sido entregue um exemplar do contrato e que lhe tenha sido explicado ou informado o teor das suas cláusulas.

LIII. A MMª Juiz fez, assim, errada imputação do ónus da prova e, em consequência, errada subsunção dos factos ao direito.

Violou, assim, a dita sentença recorrida o disposto nos artigos 374º, nº 2, e 396º do Código Civil, 12º, nºs 1 e 2, e 13º, nºs 1, 2 e 4 do Decreto-Lei nº 133/2009, de 02/06, e 5º, 6º e 8º do Decreto-Lei nº 446/85, de 25/10.

O Autor/Apelado, por contra-alegações, sustenta a confirmação da sentença recorrida.

Factos Apurados

1. O autor é uma instituição bancária, cuja actividade consiste na realização de operações bancárias e financeiras.

2. O autor, no exercício da sua actividade, assinou juntamente com os réus, em 06 de Julho de 2012, um acordo escrito, com a designação “contrato de mútuo com fiança n.º 992171”.

3. Nos termos desse acordo, o autor emprestou aos réus, a importância de €7.650 (sete mil seiscientos e cinquenta euros), para aquisição da viatura de marca Seat, modelo ..., matrícula ..-AU..., que o réu C... recebeu, comprometendo-se os réus a pagar ao autor a importância do empréstimo, acrescida de juros, despesas de cobrança, no montante de €2,60 (dois euros e sessenta centímetros) e seguro, no valor de €3,82 (três euros e oitenta e dois centímetros) mensais.

4. Aquando desse acordo, as partes identificaram:

- O valor de €7.650, como montante total do financiamento;
- O número de prestações a pagar pelo mutuário, em 84;
- O valor de cada prestação, na quantia de €148,88, acrescido das despesas de cobrança de €2,60 e do seguro, no valor mensal de €3,82;
- A data de vencimento da primeira prestação, em 15 de Agosto de 2012;

- A periodicidade das prestações, mensal e sucessiva;
- A taxa anual nominal de juros fixa ao longo da vida do contrato de 13.847%.
- 5. Consta da cláusula 8.º do acordo referido sob a epígrafe “condições gerais” que:“(…) b) Em caso de não pagamento de três ou mais prestações sucessivas, o Banco l1..., poderá considerar vencidas todas as restantes prestações, incluindo nelas os juros remuneratórios e demais encargos incorporados, no montante de cada prestação mencionada nas condições específicas, como expressamente fica acordado (...).
- c) Em caso de mora, incidirá sobre o montante em débito, e durante o tempo de mora, a título de cláusula penal, uma indemnização correspondente à taxa de juro contratual acrescida de quatro pontos percentuais (...).”
- 6. Nesse acordo, o réu C... consta identificado como mutuário.
- 7. E, o réu D... como fiador e consta ainda que “Ao subscrever este contrato o(s) fiador(es) assume(m-se) perante o Banco l... como fiador(es) e principal(ais) pagador(es) de todas e quaisquer obrigações que para o(s) Mutuário(s) resultem da assinatura deste contrato”.
- 8. Os réus não pagaram a prestação que se venceu em 15 de Março de 2016 e todas as seguintes, no montante global de €6.320,55 (seis mil trezentos e vinte euros e cinquenta e cinco cêntimos).
- 9. E face disso, o autor remeteu aos réus cartas datadas de 04 de Outubro de 2016, nas quais os interpelavam no sentido de porem fim à mora, no prazo de 20 dias, sob pena de resolução automática do acordo.
- 10. Não obstante tais interpelações, os réus nada pagaram até à presente data, razão pela qual, em 24 de Outubro de 2016 se considerou definitivamente incumprido esse acordo.

Factos Não Provados:

1. A assinatura constante do acordo referido em 2) dos factos não foi efectuada pelo punho do Réu D....
2. Ao réu D... não foi entregue um exemplar do acordo referido em 2) dos factos provados.
3. O autor não explicou ou informou o réu D... do teor das cláusulas referidas no acordo indicado em 2) dos factos provados.

Fundamentos

A pretensão do Apelante ancora-se no questionar do bem fundado da decisão impugnada, no que concerne a procedência do pedido, quanto aos seguintes pontos:

- saber se deveriam ter sido considerados não provados os factos julgados provados sob os nºs 2, 3, 4 e 7 e provados os factos julgados não provados sob os nºs 2 e 3;
- reapreciação da solução jurídica da causa, designadamente à luz da alteração factual propugnada.

Vejamos pois.

I

Começando pela apreciação do quadro factual provado, para o que também foi ouvida na íntegra a sessão de julgamento realizada.

Em primeiro lugar, a questão de saber se o Réu D... assinou o contrato de mútuo com fiança junto ao processo (facto provado 2).

De facto, tendo o Réu impugnado o contrato de mútuo apresentado pelo Autor no processo, e designadamente a assinatura dele Réu constante do documento que titula o citado e invocado contrato, não só o documento não faz prova plena quanto ao conteúdo das declarações atribuídas ao Autor (**artº 376º nº1 CCiv**), como incumbe ao Autor a prova da veracidade da assinatura – **artº 374º nº2 CCiv**.

Todavia, isto não significa que exista qualquer espécie de prova tarifada para a comprovação em juízo da veracidade da assinatura, podendo a parte onerada comprovar a assinatura por qualquer meio, v.g. testemunhas, aplicando-se por completo o disposto no **artº 607º nº5 CPCiv**, ou seja, as provas apresentadas são livremente apreciadas pelo julgador segundo a sua prudente convicção a cada facto. Ora, no caso dos autos, existiu de facto a tentativa de imputar ao Réu C... a falsificação de uma assinatura, por parte da testemunha G..., cunhada do Apelante, mas esse depoimento (inconclusivo, oscilando entre “ele é um bocadinho lento”- seu cunhado - e dando a entender que o R. C... tinha acesso a determinados documentos do fiador, mas nunca efectuando afirmações directas) é insusceptível de abalar a convicção resultante do facto de as testemunhas do Autor terem confirmado que, ao igual do mutuário, o mutuante Banco tem acesso não apenas à devolução do exemplar assinado pelo Réu mutuário, como também a inúmeros outros documentos dos quais, em princípio, apenas o Réu tem acesso – cartão de cidadão, declaração de IRS, NIB, recibos de vencimento e comprovativos de morada.

Por outro lado, do depoimento da testemunha E..., resulta que, por conversas

telefónicas em Julho e Agosto de 2016, o R. D... nunca pôs em causa a assinatura do documento, mas apenas que se recusava a pagar o que não tinha sido “para ele”. E como também afirmou a testemunha F... (gestor de cobranças do Autor) o fiador conhecia o contrato e falava com conhecimento do que lhe tinha sido sacado na conta. Acresce o reconhecimento por semelhança das assinaturas, efectuado nos serviços do Autor.

Estes elementos, não directos mas instrumentais, fazem-nos recordar que o nível da “prova” de um facto é atingido com o grau de certeza “que assenta na certeza subjectiva da realidade do facto, ou seja, no alto grau de probabilidade de verificação do facto, suficiente para as necessidades práticas da vida” (**Prof. Antunes Varela e Drs. José Miguel Bezerra e Sampaio e Nora**, *Manual*, 1ª ed., §144).

Daí que confirmemos a resposta “provado” ao facto em causa.

Saber depois se “o autor emprestou aos réus, a importância de €7.650 (sete mil seiscientos e cinquenta euros), para aquisição da viatura de marca Seat, modelo ..., matrícula ..-AU-., que o réu C... recebeu, comprometendo-se os réus a pagar ao autor a importância do empréstimo, acrescida de juros”.

Sobre esta matéria, não está em causa, seja do julgamento, seja das duntas alegações, que, em termos meramente formais, o contrato escrito de mútuo com fiança coloca o R. D... na qualidade de fiador, que não de beneficiário do empréstimo ao igual do mutuário.

Está em causa apenas a impugnação do facto do empréstimo da quantia em causa, titulado pelo contrato, *rectius* da deslocação patrimonial.

Ora, sobre uma tal matéria, é inevitável aceitar o depoimento que, em tal sentido probatório, prestou a depoente E..., gestora de cobranças do Banco Autor – para mais não estando em causa que o beneficiário do empréstimo não foi o Réu fiador, mas o Réu não contestante, C..., e que este produziu declarações escritas, presentes no processo (e não contraditadas), no sentido de que o pagamento devia ser efectuado ao fornecedor do bem.

Confirma-se o facto provado 3º, bem como se confirmam os factos provados 4º e 7º, apenas e só porque estes referidos factos reproduzem as condições específicas do contrato, assinadas pelas partes, e que não foram de qualquer forma objecto de dúvida, por força da apresentação de outro meio probatório, em audiência.

Vejamos agora a prova do facto não provado 2º - “se ao réu D... não foi entregue um exemplar do acordo referido em 2) dos factos provados” – de facto, o Autor, por si, através dos seus directos representantes e/ou funcionários, esteve ausente do momento da assinatura do contrato de mútuo, como é pacífico

Mesmo que, em tese, uma prática “não aconselhável” (cf. **Prof. Gravato Morais**, *Crédito aos Consumidores*, 2009, pg. 62), não deixa este Autor de salientar que a prática negocial consagrou que a subscrição do contrato pelo consumidor e a correspondente entrega do documento seja efectuada perante o vendedor com poderes para representar o financiador.

No caso concreto, verifica-se igualmente que o Autor teve o cuidado de avisar o vendedor do bem de que um dos exemplares do contrato que lhe remetia eram destinados ao fiador (cf. fls. 50ss. dos autos), bem como a operação de transferência do valor do bem foi antecedida da remessa do contrato assinado (tal como junto ao processo pelo Autor e assinado entre o mais pelo Réu fiador) – e como resultou dos depoimentos de E... e de F...

Cabe salientar a este propósito que a proibição habitual em processo penal, relativamente ao depoimento indirecto, inexistente no processo civil, no qual toda a prova, mesmo que indirecta, é livremente apreciada pelo tribunal – **artºs 413º e 607º nº5** CPCiv.

Mais uma vez, é a prova relativa a factos instrumentais, não a prova directa do facto, de que resulta a convicção negativa relativa à “não entrega de um exemplar do contrato”. Por isso se confirma a “não prova” do facto 2º.

Finalmente, quanto ao facto não provado 3º (“o autor não explicou ou informou o réu D... do teor das cláusulas referidas no acordo indicado em 2) dos factos provados”).

Em causa a norma dos **artºs 5º nºs 1 e 2** CCG`s (D-L nº446/85 de 25/10) – “1 - As cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las. 2 - A comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência. 3 - O ónus da prova da comunicação adequada e efectiva cabe ao contratante que submeta a outrem as cláusulas contratuais gerais”; bem como a norma do **artº 6º nº1** – “1 - O contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja aclaração se

justifique”, naquilo em que se consubstanciam os deveres de comunicação e informação de cláusulas gerais.

Todavia, não oferece dúvida de que o Réu fiador tomou conhecimento dos contratos em causa, através da entrega (a ele fiador) de um exemplar do contrato, ainda que por assinar – tal como instrução expressa do mutuante Banco ao vendedor.

Foi devolvida, assinada, ao Banco Autor a ficha de informação normalizada ao consumidor.

As condições específicas do contrato mostram-se também assinadas pelo Réu fiador.

A não prova da ausência de comunicação ou informação volta-se assim inevitável, pelo que se confirma, tal como provida de 1ª instância.

II

A solução de direito da matéria dos autos, tal como resulta da douta impugnação recursória, tem sobre o mais como especialidade a apreciação de matérias relacionadas com o ónus de alegação e de prova.

Como vimos atrás, não se provou (na versão negativa dos factos apresentada pelo Réu) que “ao réu D... não foi entregue um exemplar do acordo referido em 2) dos factos provados”; todavia, positivamente, não se provou que tal exemplar foi entregue. Também se não provou que “o Autor não explicou ou informou o réu D... do teor das cláusulas referidas no acordo indicado em 2) dos factos provados”, mas, mais uma vez, positivamente, também se não provou o cumprimento dos deveres de comunicação e informação a cargo do Banco Autor.

Isto para lá da declaração, subscrita pelo Réu fiador, de que, “ao subscrever este contrato assume-se perante o Banco I... como fiador e principal pagador de todas e quaisquer obrigações que para o Mutuário resultem da assinatura deste contrato”. Não se pode colocar em causa que, a partir do momento em que tais deveres, a cargo do mutuante, foram impugnados e cumprido o ónus de alegação a cargo do Réu consumidor, impende sobre a entidade que disponibiliza as cláusulas contratuais gerais (por força da própria norma legal atrás citada) o ónus de provar o cumprimento dos deveres a seu cargo.

Estaríamos perante uma decisão deficiente em matéria de facto – **artº 662º nº2 al.c)** CPCiv, posto que a alegação de cumprimento dos citados deveres consta da resposta às excepções, constante do processo.

Mas assim não deverá ser.

Na verdade, quanto ao não cumprimento dos deveres de comunicação e informação, relativos às cláusulas contratuais gerais insertas no contrato, decisivamente importa atentar na força probatória da declaração constante de fls. 35v. do suporte físico do processo, no sentido de que “o fiador declara ter tomado conhecimento e aceite, sem reservas, as condições particulares e gerais estabelecidas por este contrato”.

Tratando-se de uma confissão extrajudicial, diz o **artº 358º nº2** CCiv que “a confissão em documento autêntico ou particular considera-se provada nos termos aplicáveis a estes documentos e, se for feita à parte contrária ou a quem a represente, tem força probatória plena”.

Como escreve o **Prof. Vaz Serra** (*Revista Decana*, 114º/287, citado no **Ac.R.C. 28/6/2016 Col.III/32**, relatado pelo Des. Jorge Arcanjo, em hipótese fáctica aliás muito semelhante à dos presentes autos), “os factos compreendidos na declaração e contrários aos interesses do declarante valem a favor da outra parte nos termos da confissão, sendo indivisível a declaração nesses termos; portanto, nessa medida, o documento pode ser invocado como prova plena pelo declaratário contra o declarante (...)”.

Temos assim por positivamente demonstrado o cumprimento dos ónus de comunicação e informação, a cargo da mutuante que disponibilizou as cláusulas gerais.

III

Já em matéria de entrega de um exemplar do contrato de crédito ao consumo ao Réu, enquanto fiador e garante, o ónus de prova da entrega, a cargo do dador de crédito (**artºs 12º nºs 1 e 2 e 13º nºs 1 e 2** D-L nº133/2009 de 2/6) é pacífico na jurisprudência publicada à luz da actual regulamentação legal do crédito ao consumo.

Tal ónus decorre dessas normas legais citadas enquanto facto constitutivo do direito do credor mutuante – cf. exigindo a prova positiva do cumprimento de tal dever por parte do dador de crédito (decisiva ou incidentalmente na fundamentação), **Ac.R.C. 7/2/2017**, pº 1288/11.7TBVIS-A.C1, relatado pela Desª. Mª João Areias, **Ac.R.G.**

9/4/2015, pº 6718/07.0YYLBB-B.G1, relatado pelo Des. António Santos e **Ac.R.C. 27/4/2017**, pº 406/12.2TBBBR-A.C1, relatado pelo Des. Jaime Carlos Ferreira.

A matéria é tanto mais exigente quanto a norma aplicável do **artº 12º nº2** *cit.* reclama que “a todos os contraentes, incluindo os garantes, deve ser entregue, no momento da respectiva assinatura, um exemplar devidamente assinado do contrato de crédito”.

Nos termos do **artº 13º nº2 cit.**, “a garantia prestada é nula se, em relação ao garante, não for observado o prescrito no nº2 do artigo anterior”.

Ainda nos termos do **artº 13º nº5** D-L nº133/2009 de 2/6, a inobservância dos requisitos previstos no **artº 12º** presume-se imputável ao credor, mas a invalidade só pode ser invocada pelo consumidor, no caso o consumidor/garante, para efeitos da definição do **artº 4º nº1 al.a)** D-L nº133/2009.

Do exposto tem retirado a jurisprudência, a existência de uma nulidade atípica, de regime misto: arguida pelo consumidor, cabe ao mutuante ou concedente de crédito a prova de que havia efectivamente sido entregue ao consumidor um contrato de concessão de crédito, aquando da sua assinatura; a não prova da entrega faz concluir pela nulidade do contrato – veja-se, a título meramente exemplificativo, **Ac.R.C. 12/2/08 Col.I/28**, relatado pelo Desemb. Costa Fernandes, **Ac.R.L. 9/11/2006**, pº 7333/2006-6, relatado pela Desembª Fátima Galante, **Ac.R.G. 25/1/2011 Col.I/303**, relatado pela Desembª Eva Almeida ou **Ac.R.L. 24/3/2011**, pº 14148/09.2T2SNT-A.L1-6, relatado pela Desª Márcia Portela.

O caso dos autos possui uma dificuldade acrescida – é que basta a leitura do **artº 12º nº2 cit.** para nos apercebermos que a lei se encontra redigida no pressuposto da não ausência das partes no acto em causa (assim, **Prof. Gravato Morais, op. cit.**, pg.62). Ora, contra esta redacção da lei se impõe a prática negocial em que se verifica ser muito comum que a subscrição do contrato pelo consumidor e a correspondente entrega do documento seja efectuada perante o vendedor com poderes para representar o financiador.

Como ocorreu no caso dos autos, em que ocorre um contrato no qual o financiador se encontrava ausente no momento da respectiva assinatura.

Dir-se-á porém que os exemplares do contrato de mútuo foram enviados ao vendedor já assinados pelo vendedor, aguardando apenas a assinatura do mutuário e do fiador. Todavia, não se pode olvidar a exigência legal de que o exemplar a ser entregue no momento da assinatura se encontre assinado por todos – todos, obviamente se incluindo aqui a assinatura do fiador.

Alguma jurisprudência ultrapassa esta dificuldade, nos contratos à distância, fazendo a ligação entre o direito de livre revogação, que pode ser exercido no prazo de 14 dias, quer a partir da data da celebração do contrato de crédito, quer a partir da data em que o consumidor tenha recebido um exemplar do contrato (quando essa data for posterior à respectiva celebração) – e assim, o prazo de reflexão referido caberia ser exercido, nos contratos entre ausentes, a partir do momento em que o exemplar do contrato assinado fosse enviado ao consumidor – cf. **Ac.R.G. 10/3/2016**, pº 338/07.6TBAMR.G1, relatado pela Desª Mª Amália Santos, e **Ac.R.L. 24/4/2007**, pº 10379/2006-1, relatado pelo Des. Carlos Moreira.

Pois bem, ainda que seguíssemos por esta via doutrinal, nada no processo foi alegado ou discutido, no sentido de que tenha sido remetido ao fiador/garante o necessário exemplar devidamente assinado do contrato.

Nesta matéria, com o devido respeito, pensamos mostrar-se consagrada a reflexão do **Prof. Gravato Morais, Contratos de Crédito ao Consumo**, 2007, pg. 107, quando escreve:

“(…) Cabe assinalar que, se se entendesse que a entrega posterior sanasse a invalidade, esta seria uma forma expedita e eficaz (do ponto de vista do credor) de ultrapassar a exigência legal. Nesta hipótese, o consumidor poderia até invocar o instituto da fraude à lei.”

“(…) O que se pretendeu no caso foi que o consumidor – no exacto momento da conclusão do contrato (e não apenas posteriormente) – tivesse nas suas mãos o documento que lhe desse a conhecer o seu conteúdo. Aliás, a entrega imediata – ao contrário da entrega diferida – gera no consumidor a vontade de visualização.”

“A simultaneidade pretendida – assinatura pelo consumidor e pelo financiador e entrega do exemplar – opera a outros níveis, em especial no tocante à informação adequada.”

“Realce-se que o modo como foi sancionada a inobservância da entrega do exemplar indicia essa forte imposição, que não pode ser desconsiderada”.

No mesmo sentido, **Prof. Gravato Morais, Crédito aos Consumidores**, 2009, pg. 63.

Daqui também a conclusão do raciocínio constante do **Ac.R.L. 6/2/2014**, pº 574/11.0TJLSB.L1-2, relatado pela Desª Teresa Albuquerque:

“Daqui poderá decorrer a importância, no caso de contratos de crédito ao consumo celebrados para tornarem possível um contrato de compra e venda (ou um contrato de prestação de serviços) e em que o financiador tem conhecimento dessa finalidade do crédito – ditos contrato de crédito ao consumo com “designação finalista” - das financiadoras darem poderes de representação ao vendedor - tornando o contrato em causa, como acima se referiu, num contrato entre presentes - e, obvia e previamente,

darem formação adequada a elementos deste, de modo a assegurar o real e cabal cumprimento daquelas obrigações.”

“De facto, a entrega ao consumidor do exemplar do contrato no acto da respectiva assinatura, para além de ser obrigatória em todos os contratos de crédito ao consumo, deverá - especialmente nos contratos entre ausentes - assumir-se como o ponto de chegada de uma informação completa e verdadeira susceptível de ter contribuído para uma correcta formação de vontade de contratar.”

“Note-se ainda, que é o próprio legislador que indica a real importância que quis atribuir à entrega ao consumidor do contrato no acto em que o assina, quando faz corresponder a essa omissão, o valor negativo, não de uma (mera) anulabilidade, mas o de uma nulidade, que quis, adequada e propositadamente atípica, na medida em que é precisamente o consumidor, e apenas ele, quem deve ponderar e decidir a respeito da respectiva invocação.”

IV

Portanto, considere-se ou não que o financiador se encontrava ausente no contrato, o que é decisivo é o facto de não existir prova ou sequer alegação de que um exemplar do contrato devidamente assinado por todos foi entregue ao garante/fiador – nem após a assinatura do contrato pelo fiador, nas instalações da empresa vendedora do bem, nem mesmo, por acção dessa vendedora ou do mutuante, após a assinatura do contrato.

O único facto conhecido é que a vendedora foi instruída pelo Autor a entregar ao fiador um exemplar do contrato de mútuo, tal como foi enviado pelo Banco mutuante à vendedora, ou seja, sem se mostrar assinado pelo fiador (remetido em momento anterior a esta assinatura).

Assinatura essa que, de facto, aconteceu – tal como resulta provado do contrato de mútuo com fiança e respectivas condições gerais e particulares, juntas aos autos. Todavia, como afirmámos, nada se sabe sobre a entrega ao fiador ora Apelante do exemplar do contrato “devidamente assinado”.

Falhando esta demonstração, a cargo do Autor, naturalmente que a fiança é nula, nos termos do **artº 13º nº2** D-L nº133/2009, e, por conseguinte, nada poderá ser exigido do Réu em causa, nos termos da inválida fiança.

Resumindo a fundamentação:

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

Deliberação (artº 202º nº1 CRP):

Julga-se procedente, por provado, o recurso de apelação interposto, e, em consequência, revoga-se em parte a douda sentença recorrida quanto à condenação do R. D..., absolvendo-se agora esse Réu do pedido.
Custas pelo Apelado.

Porto, 06/II/2018

Vieira e Cunha

Maria Eiró

João Proença