

Processo: 2632/14.0T8BRG.G1
Relator: SANDRA MELO
Descritores: IMPUGNAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO
ARTIGO 640º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
INDICAÇÃO DAS PASSAGENS DA GRAVAÇÃO EM QUE SE FUNDA O RECURSO
ANÁLISE CRÍTICA DA PROVA
OBRIGAÇÃO LÍQUIDA EXIGÍVEL
OBRIGAÇÃO ILÍQUIDA
CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS
OBRIGAÇÃO DE INFORMAÇÃO PREVISTOS NOS ARTIGOS 5º E 6º DO DL Nº 446/85 DE 25 DE OUTUBRO
Nº do Documento: RG
Data do Acórdão: 04-10-2017
Votação: UNANIMIDADE
Texto Integral: S
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão:

Indicações Eventuais:
Sumário:

- PARCIALMENTE PROCEDENTE O RECURSO INTERPOSTO PELO RÉU;
- TOTALMENTE IMPROCEDENTE O RECURSO INTERPOSTO PELO AUTOR
1.ª SECÇÃO CÍVEL

- 1) Com o ónus previsto no nº 2 do artigo 640º do Código de Processo Civil pretende o legislador que a impugnação da decisão relativa à matéria de facto, mormente com base fundamento do erro na apreciação das provas que tenham sido gravados, se funde em elementos não subjetivos, mas concretos, e que estes sejam expressos pelo recorrente de forma a serem facilmente identificados.
- 2) Ao exigir-se ao recorrente que indique "com exatidão as passagens da gravação em que se funda o seu recurso", pretende o legislador que este se assegure que existem declarações gravadas que lhe permitam justificar a sua discordância e que este se não baseia apenas na mera representação subjetiva da prova que lhe vem da memória, numa simples opinião, sem qualquer fundamento fáctico (gravado) que a corporize.
- 3) Não basta a mera reprodução dos dizeres da ata quanto ao início e final do depoimento de cada testemunha, do nome da testemunha e a exposição das considerações subjetivas do recorrente sobre o que as mesmas disseram, para se cumprir o ónus previsto no nº 2 do artigo 640º do Código de Processo Civil.
- 4) Caso na sentença se verifique que o Autor pediu a condenação no pagamento de uma obrigação, decorrente de um contrato, descrevendo-a como líquida e exigível, mas que tal obrigação, existindo e sendo válida, não está liquidada, sendo liquidável, nem se mostra ainda exigível na sua totalidade, deve-se condenar no pagamento da obrigação vencida, sujeitando-a a posterior liquidação e ainda no pagamento das prestações vincendas, também a liquidar, pela aplicação do princípio da economia processual, considerados os artigos 609º nº 2 e 610º nº 1 e 2 do Código de Processo Civil.
- 5) Em regra, para prova do cumprimento do ónus de

informação previsto nos artigos 5º e 6º do DL nº 446/85, de 25 de Outubro de uma cláusula contratual geral inserida em adicional a um contrato de mútuo garantido também por hipoteca, que prevê a renúncia ao benefício de excussão prévia de fiador, não basta a simples apresentação do contrato assinado, mesmo que o subscritor do contrato que o não elaborou, sem ter formação jurídica, ter tenha um nível cultural considerado elevado.

Sandra Melo

Decisão Texto Integral:

I. Relatório

Banco A, pessoa coletiva com o nº ..., com Sede na Rua ... Lisboa, intentou a presente em ação declarativa de condenação sob a forma comum contra:

- 1 - Sociedade Agrícola A, S.A.**, Pessoa coletiva nº ..., sociedade comercial com sede na Rua ... Barcelos;
- 2 - Maria**, contribuinte nº ..., residente na Rua ... Matosinhos e
- 3 - M. C.**, contribuinte nº ..., residente na Rua ... Braga.

Peticionou a condenação dos Réus a restituir e a pagar à Autora o montante de 600.040,42 €, acrescido de juros de mora vincendos sobre esta quantia em dívida, à taxa legal, até efetivo e integral pagamento, contados desde a citação.

Invocou, para tanto e em súmula:

- No exercício da sua atividade profissional, como instituição de crédito, a Autora celebrou com os Réus um contrato de mútuo no dia 27 de Outubro de 2011 concedendo à 1ª Ré um empréstimo no montante de 180.000.000\$00, pelo prazo de 12 anos, com início em 28.03.2001. Em titulação e garantia do cumprimento do contrato em apreço, os segundo, terceiro e quarto Réus, constituíram-se fiadores e principais pagadores do referido empréstimo. Os contratos sofreram dois aditamentos.

- Os Réus encontram-se em incumprimento do contrato de mútuo, pelo que devem à Autora o montante peticionado, montante que parcelou da seguinte forma: à data de 6.11.2014, € 572.302,52 €, a título de capital; juros de mora compreendidos desde 2014.04.16 a 2014.11.06, no valor de € 15.871,24 €; € 9.156,84 €, respeitante à cláusula Penal de 3.0000000% contabilizado desde 2014-04-28; €1.592,33, proveniente de despesas com a conta de mutuários; € 50,65 de imposto sobre despesas; € 65,72, respeitante a imposto sobre despesas e 1.001,12 € referente a imposto de selo.

A 1ª Ré veio aos autos dar conhecimento da sua declaração de insolvência e alegar que ocorreu, por via disso, a inutilidade superveniente da lide quanto a si.

Os 2º e 3º Réus contestaram, concluindo no sentido da sua absolvição do pedido:

a) a co-Ré Maria, por se declararem quanto a ela excluídas as cláusulas décima do contrato de mútuo, segunda do adicional datado de 28/04/2005 e quinta do adicional datado de 27/05/2009; e/ou,

b) ambos os contestantes, seja pela procedência das exceções que infra se referirão, seja pela improcedência da ação, por não provada.

Organizaram, em resumo, a sua defesa da seguinte forma:

A - Deve proceder-se à exclusão das cláusulas relativas à fiança em relação à co-Ré Maria, porquanto a Autora nunca lhe esclareceu o real significado e as implicações dos dizeres apostos na cláusula décima do contrato de mútuo inicial, nem dos dizeres que constam na cláusula segunda do adicional datado de 28/04/2005 e na cláusula quinta do adicional datado de 27/05/2009 e essas cláusulas estão sujeitas ao regime estabelecido no DL n.º 446/85. Impendia sobre a Autora a obrigação de as comunicar à contestante Maria, na íntegra, de modo adequado e com a antecedência necessária, de modo a existir da parte desta última uma vontade livre e esclarecida, no momento da sua subscrição ou adesão.

B - A fiança é nula, por ser um negócio jurídico indeterminável, visto que a mera alusão às "dívidas contraídas pela parte devedora no âmbito do presente contrato" e à manutenção da "fiança nos exatos termos definidos no contrato inicial" é insuficiente para determinar o objeto dessa garantia pessoal.

C - A dívida reclamada é inexigível: os Réus jamais declararam, de forma expressa ou tácita, renunciar ao benefício do prazo previsto no artigo 782.º do Código Civil; a quantia global reclamada nesta ação (600.040,42€) engloba prestações cujo vencimento foi antecipado em relação àquele que seria o momento normal, contratualmente estabelecido entre as partes, bem como juros moratórios e cláusula penal calculados sobre essas mesmas prestações, desconhecendo - até porque não o alega - a quanto ascende o somatório das prestações mensais vencidas até à data da interposição da presente ação pelo decurso do tempo, e não pagas pela Ré.

Foi proferido despacho que declarou extinta a instância relativa à referida Ré Sociedade Agrícola, por inutilidade superveniente da lide, prosseguindo os autos relativamente aos restantes Réus.

Na audiência prévia definiu-se o objeto do processo: *"Face às posições das partes, é de concluir que o processo tem por objeto o incumprimento de um contrato de mútuo, a qualificação desse mesmo contrato como contrato de adesão, com as inerentes consequências em termos de comunicação e*

informação sobre o teor das respetivas cláusulas, a nulidade da fiança e a inexigibilidade da dívida reclamada".

Tendo-se procedido a julgamento, veio a ser proferida sentença com a seguinte decisão:

"a) Absolvo a Ré Maria do pedido contra a mesma formulada;

b) Condeno o Réu M. C. a pagar ao Autor o pagamento da quantia correspondente às prestações vencidas e não pagas, desde 16.04.2005 - sendo a vencida em 28.05.2005 a primeira prestação a integrar capital - e até à data da propositura da presente ação, acrescida do valor resultante da aplicação da sobretaxa de 4% ao ano, calculado desde a data do vencimento de cada uma das referidas prestações e até à data da propositura da ação, sobre o valor correspondente ao capital que integra cada uma delas, bem como dos juros moratórios, à taxa legal, sobre a totalidade do valor das referidas prestações, sendo estes juros calculados desde a referida data de propositura da ação até integral pagamento, absolvendo-o do remanescente do pedido."

*

A- O Réu interpôs recurso de apelação, afirmando pugnar para que se decida no sentido que resulta das seguintes conclusões, pelo que se reproduzem:

1.) O ponto 22 dos factos provados na sentença recorrida está em oposição com a decisão que acabou por ser proferida ou, no mínimo, ocorre ambiguidade que a torna ininteligível, o que, em qualquer das hipóteses, configura a nulidade prevista na alínea c) do n. o 1 do artigo 615. o do CPCiv., que aqui expressamente se argui;

2.) A sentença recorrida é nula por ter condenado em objecto diverso do pedido, assim violando o disposto no n. o 1 do art. 609. o do CPCiv. e mais fazendo errada interpretação e aplicação do preceituado no n. o 2 do mesmo normativo - nulidade essa que está prevista na alínea e) do n. o 1 do art. 615.0 do CPCiv. e acarreta a anulação da decisão proferida;

3.) Ao condenar o aqui recorrente a pagar "a quantia correspondente às prestações vencidas e não pagas, desde 16.04.2005 - sendo a vencida em 28.05.2005 a primeira prestação a integrar capital - e até à data da propositura da presente acção", bem como o "valor resultante da aplicação da sobretaxa de 4% ao ano, calculado desde a data do vencimento de cada uma das referidas prestações e até à data da propositura da acção, sobre o valor correspondente ao capital que integra cada uma delas", houve decisão ultra petitum, geradora da nulidade prevista na alínea e) do n. o 1 do art. 615. o do CPCiv., com inerente violação do preceituado no n. o 1 do art. 609. o do mesmo diploma legal;

4.) Esse Venerando Tribunal deve alterar a decisão proferida

pela primeira instância sobre a matéria de facto que constitui o terceiro tema da prova, eliminando o ponto 22 dos factos provados e dando agora como não provado que desde 16.04.2014 deixaram de ser pagos os valores relativos ao referido contrato constituindo o contrato inicial de mútuo e seus aditamentos os concretos meios probatórios, constantes do processo, que impunham decisão diversa da proferida;

5.) A sentença recorrida violou o preceituado nos n. Os 4 e 5 do art. 607. o do Código de Processo Civil, na medida em que a Mm. a Juiz a quo desconsiderou factos admitidos por acordo (a celebração do contrato de mútuo e seus adicionais, com o teor dos escritos que acompanham a p. i., bem como a declaração de insolvência da devedora principal/afiançada em 14/05/2014) e provados por documentos (o termo a quo da contagem do período de carência convencionado no último adicional e a data da declaração dessa insolvência), não tendo por via disso compatibilizado, como devia, toda a matéria de facto adquirida - o que necessariamente inquina a decisão de condenar o aqui recorrente, nos termos em que o fez;

6. a) Ao contrário do que foi decidido na sentença recorrida, o período de carência de capital acordado entre as partes perdurou, no mínimo, até 27/05/2014 - ou seja, 60 meses após 27/05/2009, data da celebração do segundo adicional (cfr. n. o 1 da cláusula 3. a desse escrito) - e uma vez que a A. não alegou, nem se provou, ter exigido da devedora principal, até 27/05/2014, o reembolso da dívida em prestações de capital e juros remuneratórios, esse período até foi prorrogado, tacitamente, pelo menos até 27/05/2015 (cfr. n. Os 2 e 3 da mesma cláusula), pelo que a primeira prestação de capital e juros remuneratórios apenas se venceria, em abstracto, em 28/05/2015;

7. a) A partir da celebração do último adicional, e mercê do disposto na sua cláusula quarta, para que nascesse a obrigação de pagamento das prestações cujo vencimento fora acordado ocorrer no dia 28 de cada mês, necessário seria que a A. tivesse previamente comunicado à devedora principal o respectivo valor - e como não se provou que alguma vez o tenha feito (nem sequer o fez na petição inicial), é óbvio que a devedora afiançada permanece, até aos dias de hoje, impossibilitada de cumprir a obrigação a seu cargo, por facto que não lhe é imputável, não tendo a mesma incorrido em mora;

8. a) Mercê disso, e também porque a partir de 14/05/2014 deixou de estar na disponibilidade da devedora principal pagar, ou não, as prestações devidas à A. por força do contrato de mútuo celebrado, forçoso é concluir que o Tribunal a quo não podia ter condenado o aqui recorrente a pagar o correspondente à aplicação de qualquer sobretaxa ou no pagamento de juros moratórios;

9. a) *Ao decidir coisa diferente, a sentença recorrida incorreu em erro na subsunção dos factos ao direito aplicável, tendo o referido segmento decisório violado as normas jurídicas contidas nos arts. 798. o, 804. ° e 806. o, todos do Código Civil;*

10. a) *Há manifesto erro no julgamento na condenação do recorrente a pagar o valor resultante da aplicação da sobretaxa de 4% ao ano, calculado desde a data do vencimento de cada uma das referidas prestações e até à data da propositura da acção, sobre o valor correspondente ao capital que integra cada uma delas, bem como dos juros moratórios, à taxa legal, sobre a totalidade do valor das referidas prestações, sendo estes juros calculados desde a referida data de propositura da acção até integral pagamento, por errada interpretação e aplicação do disposto na cláusula sétima do contrato de mútuo, com a consequente violação das normas jurídicas contidas no art. 8. ° do DL n. ° 58/2013, de 8 de Maio, e no art. 806. o, n. ° 2, do Código Civil. "*

A.1: O Autor apresentou contra-alegações, nas quais defendeu a improcedência do recurso, sustentando-se, fundamentalmente, no seguinte:

- Não se constata qualquer contradição uma vez que a condenação é uma decorrência do facto provado sob o ponto 22 da sentença. *"Como está provado no ponto 22° da sentença, que desde 16.04.2014 deixaram os RR. de pagar os valores relativos ao referido contrato, é uma decorrência que só a partir dessa data ocorreram as prestações vencidas e não pagas"*.

- Também se não verifica a nulidade por condenação em objeto diverso do pedido: a sentença condena o R. no pagamento da quantia correspondente às prestações vencidas e não pagas, desde 16.04.2005, o que ocorreu a partir de 16.04.2014, e que constitui o pedido formulado pelo Autor.

- Não há que proceder à eliminação do ponto de facto 22° da sentença, porquanto, no seu depoimento, as testemunhas M. M. e J. L. referiram que a data de 16.04.2014 era aquela a partir da qual os Réus deixaram de pagar qualquer tipo de prestações contratuais.

- Não tem interesse, no que se refere à aplicação do direito, apurar-se se ocorreu prorrogação do período de carência tácito constante da cláusula 4ª do aditamento de 27.05.2009, visto que a devedora principal, 1ª Ré, beneficiária dessa prorrogação, foi declarada insolvente em 16.05.2014.

B- Também o Autor apelou.

Nas alegações apenas se pronunciou quanto à absolvição do pedido da Ré Maria. Sintetizam-se as suas conclusões, por já

terem alguma extensividade:

1 - A matéria de facto deve ser alterada, nos termos do disposto no artigo 612º nº 1 e 2 do Código de Processo Civil, devendo-se dar como provados os seguintes factos: a) A Autora teve despesas com a conta de mutuários no montante de €1.592,33, a esse valor acrescendo o montante de € 50,65 de juros moratórios sobre despesas e a quantia no valor de € 65,72, respeitante a imposto sobre despesas, bem como a quantia de 1.001,12 € referente a imposto de selo. b) Foi conferida à Ré Maria a possibilidade de modificar a cláusula 10ª do mútuo inicial, a cláusula 2ª do adicional de 28.04.2005 ou a cláusula 5ª do adicional de 27.05.2009. c) Quer antes, quer aquando da sua assinatura, o Autor entregou à Ré Maria os documentos relacionados com os escritos relativos ao mútuo inicial e ao aditamento de 28.04.2005. d) Antes da sua assinatura, o Autor comunicou à Ré Maria que na cláusula 10ª do mútuo inicial constava constituir-se a mesma "principal pagadora das dívidas contraídas pela parte devedora no âmbito do aludido contrato, renunciando expressamente ao benefício de excussão prévia" e o teor da cláusula 2ª do adicional de 28.04.2005. e) Quer antes, quer aquando da sua assinatura, prestou à Ré Maria informação sobre o teor da cláusula 10ª do mútuo inicial, da cláusula 2ª do adicional de 28.04.2005 e da cláusula 5ª do adicional de 27.05.2009, nomeadamente, esclarecendo à mesma o significado e as implicações dos dizeres aí apostos.»

A fundamentação para esta alteração da decisão sobre matéria de facto reside nos depoimentos das testemunhas: M. M., J. L., N. M. e as declarações de parte da própria Ré Maria.

2. A sentença constitui uma decisão surpresa e fez precluir o princípio da concentração da defesa, ínsita no artigo 573 Código de Processo Civil, ao declarar que o clausulado no contrato estava subsumido ao Oec. Lei nº 446/85, de 25 de Outubro.

3. O contrato de mútuo não é um contrato de adesão, subsumível ao Oec. Lei nº 446/85 de 25 de Outubro e neste caso verifica-se que o núcleo essencial e o modelo do contrato foram negociados entre A. e Réus. Aquando da assinatura do adicional, comunicou verbalmente à Ré Maria que no contrato do mútuo inicial constava que a mesma se constituía fiadora e entregou-lhe a minuta do aditamento de 28.04.2005, desse modo comunicando à Ré Maria o teor da cláusula 5ª do adicional de 27.05.2009.

4. Os factos que o tribunal deu como provados só de per si, demonstram que a A. atuou de boa-fé e que a Ré teve oportunidade de, durante vários anos (desde a assinatura do 1º contrato, em 2001 e até 2009), para compreender o teor da cláusula 10ª

5. A presença dos contratos assinados pressupõe que a Ré

os entendeu e, em conformidade com o disposto no artigo 6º, a A. apenas teria que informar a outra parte dos aspetos cuja aclaração se justificasse e prestar os esclarecimentos solicitados; atendendo ao elevado grau cultural da Ré, o cumprimento do dever de comunicação a que se reporta o artigo 5º, basta-se com a entrega da minuta do contrato, contendo todas as cláusulas (incluindo as gerais), com a antecedência que seja necessária, em função da extensão e complexidade das mesmas,

_6. Mostra-se cumprido pela A. o dever de comunicação a que alude o artigo 5º, na medida em que proporcionou à recorrente a possibilidade de ler e pedir os esclarecimentos que entendesse necessários e de, por esse modo, tomar real e efetivo conhecimento do seu teor,

_7. Subsidiariamente e sem prescindir, de acordo com a matéria de facto provada sempre seria de reduzir o contrato, ficando prejudicada apenas a cláusula relativa à excussão prévia, mantendo-se o demais clausulado.

B.1 A Ré, notificada do recurso interposto pelo Autor apresentou contra-alegações, e, e a título subsidiário, requereu a ampliação do âmbito do recurso.

No que toca às contra alegações afirma, em esboço, transcrevendo-se o mais relevante:

- em consequência do incumprimento do ónus constante da alínea a) do n.º 2 do art. 640.º do Código de Processo Civil, mesmo interpretado em termos funcionalmente adequados e em conformidade com o princípio da proporcionalidade este tribunal está legalmente impossibilitado de reapreciar os depoimentos em causa. Daí que, por a recorrente não ter cumprido o ónus secundário de indicar de forma suficiente as passagens relevantes da gravação em que funda a sua impugnação, deve o presente recurso ser imediatamente rejeitado, nessa parte. *“A recorrente limitou-se a indicar a sessão na qual foram prestados os depoimentos das testemunhas que nomeia, com a respetiva hora de inicio e termo conforme o estabelecido nas correspondentes atas das sessões da audiência de discussão e julgamento, após o que teceu algumas considerações sobre o que, no seu entender, foi pelas mesmas dito, o seu sentido, a forma como o disseram e a valoração que devia merecer. Para além disso, não apresentou transcrição dos segmentos desses depoimentos em que se estriba”.*

- ao contrário daquilo que a recorrente afirma, a Ré Maria invocou nos arts. 12.º e 13.º da sua contestação a submissão ao regime estabelecido no DL n.º 446/85;

- o dever de comunicação (adequada e efetiva) ao fiador não pode extrair-se da mera assinatura por ele aposta no contrato, já que a simples subscrição do negócio pouco ou nada reflete

quanto ao dever em causa.

C. Apresenta as seguintes conclusões para a ampliação do âmbito do recurso subsidiário:

1.a) *"A sentença recorrida é nula por ter conhecido de questões das quais não podia tomar conhecimento - ou seja, saber se as cláusulas contratuais contidas no contrato de mútuo e respetivos adicionais foram ou não negociadas e se, na hipótese de não terem sido negociadas, os dizeres contidos na cláusula décima do contrato inicial, na cláusula segunda do adicional datado de 28.04.2005 e na cláusula quinta do adicional datado de 27.05.2009 foram comunicados e explicados à Ré Maria e se lhe foi entregue cópia dos aludidos escritos -, o que configura a nulidade prevista na 2.a parte da alínea d) do n.º 1 do art. 615.º do Código de Processo Civil, que aqui expressamente se arguiu em sede de ampliação do âmbito do recurso, para os devidos efeitos legais;*

2.a) *Os pontos 24 e 25 da matéria de facto dada como provada na sentença recorrida foram incorretamente julgados pelo Tribunal a quo, sendo que o teor conjugado da contestação, da ausência de resposta da A. ao despacho proferido em 10/02/2015, apesar de notificado ao seu mandatário constituído, e da ata de audiência prévia realizada, constantes do processo, impõe alterar a decisão assim proferida para a de "não provados" - impugnação esta que também é consentida, ainda que a título subsidiário e em sede de ampliação do âmbito do recurso, pelo n.º 2 do art. 636.º do Código de Processo Civil."*

Observaram-se os vistos.

II. Objeto do recurso

O objeto do recurso é definido pelas conclusões das alegações, mas esta limitação não abarca as questões de conhecimento oficioso, nem a qualificação jurídica dos factos (artigos 635º nº 4, 639º nº 1, 5º nº 3 do Código de Processo Civil).

Este tribunal também não pode decidir questões novas, exceto se estas se tornaram relevantes em função da solução jurídica encontrada no recurso em contraposição com a assumida na sentença e os autos contenham os elementos necessários para o efeito. - artigo 665º nº 2 do mesmo diploma.

Da mesma forma, não está o tribunal ad quem obrigado a apreciar todos os argumentos apresentados pelas partes para sustentar os seus pontos de vista, desde que prejudicadas pela solução dada ao litígio.

Face ao alegado nas conclusões das alegações, são as seguintes as questões a conhecer:

.a) se a decisão que julgou a matéria de facto, com fundamento na apreciação dos meios probatórios, deve ser alterada no sentido pretendido pelos recorrentes (Réu e Autor), o que implica que previamente se averigue, por de conhecimento oficioso, se por estes foram cumpridos os ónus impostos pelo artigo 640º, nºs 1 e 2, do Código de Processo Civil.

.b) se se verifica a nulidade da sentença, quanto à condenação do Réu, por força de algum destes motivos: oposição entre os fundamentos e a decisão; ininteligibilidade ou condenação em objeto diverso do pedido; (da apelação interposta pelo Réu)

.c) se foram desconsiderados factos que foram admitidos por acordo e documentos e que cumpra considerar; (da apelação interposta pelo Réu)

.d) apurar da responsabilidade do Réu quanto ao pagamento da quantia objeto do pedido (da apelação interposta pelo Réu)

.e) se a sentença ao decidir da aplicação ao caso do disposto no Dec. Lei nº 446/85, de 25 de Outubro é uma decisão surpresa e fez precluir o princípio da concentração da defesa (da apelação interposta pelo Autor)

.f) se os factos que o tribunal deu ou der como provados implicam decisão diversa no que toca à aplicação à Ré do diploma que regula as cláusulas contratuais gerais. (da apelação interposta pelo Autor)

.g) No caso de proceder o recurso interposto pelo Autor, das questões suscitadas pela Ré no seu recurso subsidiário: se na sentença se conheceram de questões que não podiam ser apreciadas e se os pontos 24 e 25 da matéria de facto dada como provada na sentença recorrida foram incorretamente julgados pelo Tribunal a quo, porque não se atendeu à sua contradição com factos admitidos por acordo.

III. Fundamentação de Facto

A causa vem com a seguinte matéria provada:

1. A Autora é uma instituição de crédito que exerce a atividade bancária com intuito lucrativo.
2. No exercício da sua atividade profissional, a Autora celebrou com os Réus, Sociedade Agrícola, SA, Maria e M. C. e R. S. um contrato de mútuo no dia 28 de Março de 2001.
3. Por via do referido contrato, a Autora concedeu à 1ª Ré, Sociedade Agrícola, SA, um empréstimo no montante de 180.000.000\$00, pelo prazo de 12 anos, com início em 28.03.2001.
4. A Autora entregou essa quantia a essa 1ª Ré Sociedade Agrícola A, SA, que a recebeu e destinou a reestruturar dívida anterior que tinha para com a Autora e a efetuar despesas de

investimentos e obras em edifício.

5. Essa Sociedade Agrícola A, SA obrigou-se a reembolsar a quantia mutuada à Autora em 120 prestações mensais, constantes e sucessivas, no montante de 2.020.132\$00.

6. Na cláusula 11 a consta que "para garantia do integral cumprimento das obrigações emergentes e assumidas no presente contrato pela Parte Devedora foi constituída pela Parte Devedora uma garantia hipotecária" e que "a hipoteca encontra-se registada definitivamente na respetiva Conservatória".

7. O capital mutuado venceu juros a uma taxa variável indexada à taxa Lísbor a 3 (três) meses, a qual foi calculada, aplicada e revista trimestralmente nos termos dos números 2 e 3 da cláusula 3 do contrato suprarreferido.

8. Na cláusula 10ª consta que os ora Réus Maria e M. C. "confessam-se e constituem-se solidariamente fiadores e principais pagadores das dívidas contraídas pela parte devedora no âmbito do aludido contrato, renunciando expressamente ao benefício de excussão prévia".

9. Na cláusula I", sob a epígrafe "Cláusula Penal" consta o seguinte: "Em caso de incumprimento de qualquer obrigação contratual e se a CEMG recorrer a juízo para recuperação dos seus créditos será devida, além dos juros remuneratórios, uma indemnização com natureza de cláusula penal, no montante que resultar da aplicação da sobretaxa de 4% ao ano, sobre o capital em dívida desde a data da mora".

10. Em 28.04.2005 as partes celebraram um aditamento a esse contrato de mútuo (com o nº ...).

11. Por via desse aditamento foi extinta a obrigação de fiança de R. S..

12. Por via desse aditamento a A., concedeu período de carência de pagamento por 48 meses.

13. O prazo contratual de mútuo foi aumentado para 15 anos.

14. O spread foi, também alterado, tendo os juros merecido alteração para 4% que resulta da média aritmética simples dos 3 dias úteis de publicação das taxas diárias de Euribor a 6 meses, atualizável nos termos da cláusula 1 a nº 3 desse aditamento.

15. O pagamento passou a ser efetuado em 131 prestações constantes e sucessivas de capital e juros de 8.254,85 €.

16. Na cláusula 2ª do referido aditamento consta que os Réus Maria e M. C. "aceitam as alterações ora efetuadas e que mantêm a fiança nos exatos termos definidos no contrato inicial".

17. Em 27.05.2009 as partes celebraram um aditamento a esse contrato de mútuo (com o nº ...).

18. Por via desse aditamento o prazo contratual de mútuo foi aumentado para 180 meses a contar de 28.04.2005.

19. A taxa de juros foi, também alterada, tendo os juros

merecido alteração para 4,6080% de taxa anual nominal calculada nos termos da cláusula 2º nº 2 desse aditamento, atualizável nos termos da cláusula 1 a desse aditamento.

20. Nesse aditamento, a A. concedeu um prazo de carência de pagamento de 60 meses. (Este facto será infra alterado).

21. Na cláusula 5ª do referido aditamento consta que os Réus Maria e M. C. "declaram manter a fiança prestada nos exatos termos definidos no contrato inicial, com as alterações decorrentes do presente adicional".

22. Desde 16.04.2014 deixaram de ser pagos os valores relativos ao referido contrato.

23. O contrato de mútuo e adicionais acima referidos foram previamente elaborados e redigidos pelo Autor, que definiu os dizeres deles constantes, sendo que a cláusula 10ª do mútuo inicial, a cláusula 2ª do adicional de 28.04.2005 e a cláusula 5ª do adicional de 27.05.2009 foram definidas para serem apresentadas a todos aqueles que com ele negociassem ou renegociassem um crédito desse tipo.

24. Aquando da respetiva assinatura, comunicou verbalmente à Ré Maria que no contrato do mútuo inicial constava que a mesma se constituía fiadora.

25. Antes da sua assinatura, entregou à Ré Maria a minuta do aditamento de 28.04.2005, desse modo comunicando à Ré Maria o teor da cláusula 58 do adicional de 27.05.2009.

Como se verá infra, o ponto nº 20 da matéria de facto provada vai ser alterada e será aditado um facto, com o nº 26, respeitante à insolvência da 1ª Ré.

III. Fundamentação de Direito

Apreciar-se-ão as questões a decidir por uma ordem lógica, começando-se pelas que determinem a decisão a dar às demais.

a.) Do ónus a cargo dos recorrentes que impugnam a decisão relativa à matéria de facto.

A própria Ré opõe-se à admissibilidade do recurso para alteração da matéria de facto, interposto pela Autora, por violação do disposto no artigo 640º nº 1 e 2 do Código de Processo Civil.

Não obstante, por ser questão de conhecimento oficioso, deve ser apreciada quanto a ambas as impugnações.

Nos termos do artigo 640º do Código de Processo Civil, existem requisitos específicos para a impugnação da decisão proferida sobre a matéria de facto, os quais, se não observados, conduzem à sua rejeição.

Assim, impõe esta norma ao recorrente o ónus de:

- a) especificar os concretos pontos de facto que considera incorretamente julgados;
- b) especificar os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados diversa da recorrida.

c) especificar a decisão que, no seu entender, deve ser proferida sobre as questões de facto impugnadas.

Relativamente ao ónus de especificação dos concretos meios probatórios, particulariza o nº 2 deste preceito: Quando os meios probatórios invocados como fundamento do erro na apreciação das provas tenham sido gravados, incumbe ao recorrente, sob pena de imediata rejeição do recurso na respetiva parte, indicar com exatidão as passagens da gravação em que se funda o seu recurso, sem prejuízo de poder proceder à transcrição dos excertos que considere relevantes.

"As referidas exigências devem ser apreciadas à luz de um critério de rigor. Trata-se afinal, de uma decorrência do princípio da auto-responsabilidade das partes, impedindo que a impugnação da matéria de facto se transforme numa mera manifestação de inconsequente inconformismo. Exigências que, afinal, devem ser o contraponto dos esforços que todos quantos, durante décadas, reclamaram a atenuação do princípio da oralidade pura e a atribuição à Relação de efetivos poderes de sindicância da decisão da matéria de facto como instrumento da realização da justiça" - cf. Recursos no novo Código de Processo Civil, António Santos Abrantes Gerales, 4ª edição, p.161.

É certo que não se deve cair num formalismo radical, como o indeferimento do recurso por falta de indicação nas conclusões dos meios probatórios ou segmentos da gravação em que o recorrente se funda, se constantes das alegações (cf. obra citada, p. 160)

Por outro lado, também o inverso deve operar: não pode o recurso a simples critérios formais desvirtuar o ónus imposto nesta norma ao recorrente.

A necessidade de indicação das concretas passagens que fundam a alteração da matéria de facto, expressamente imposta nesta norma, tem em vista, desde logo, obter uma primeira aproximação à viabilidade da pretensão do impugnante, pela qual o próprio recorrente e o tribunal possam, numa primeira abordagem, concluir pela existência de afirmações dos declarantes que permitam justificar a impugnação.

Não obstante, é difícil concretizar o grau de exigência exigido e não é pacífica a sua avaliação (cf. mensurando de forma menos exigente este cuidado, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01-07-2014 no processo

1825/09.7TBSTS.P1.S1)

Haverá que analisar a prova na sua globalidade, caso existam esses indícios mínimos que permitam perceber alguma viabilidade ao pretendido pelo recorrente.

O que se pretende, com a exigência ao recorrente de assinalar *"com exatidão as passagens da gravação em que se funda o seu recurso"*, é onerá-lo com o esforço de se assegurar que existem, na prova gravada em que se pretende fundar, declarações que efetivamente justificam a sua discordância. Da mesma forma, permite-se ao tribunal que verifique diretamente, pelo acesso aos elementos objetivos do processo, apontadas pelo recorrente de forma definida e concretizada, da existência de alguns indícios nesse sentido, a exigir posterior análise.

Assim, não é suficiente a mera reprodução dos dizeres da ata quanto ao início e final do depoimento de cada testemunha, do nome da testemunha e a exposição das considerações subjetivas do recorrente sobre o que as mesmas disseram, para se cumprir a exigência prevista no nº 2.

O ónus imposto ao recorrente não se basta com a mera indicação de elementos formais e considerações subjetivas. Neste sentido o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17-12-2014 no processo 6213/08.0TBLRA.C1: *" I - Ao Recorrente, quando os meios probatórios invocados como fundamento do erro na apreciação das provas tenham sido gravados, caberá, sob pena de imediata rejeição do recurso na respetiva parte, indicar com exatidão as passagens da gravação em que se funda o seu recurso, sem prejuízo de poder proceder à transcrição dos excertos que considere relevantes (nº 2, a) do artigoº 640º do NCPC, que corresponde ao n.º 2 do artigo 685º-B do CPC).*

II - A exata indicação das passagens da gravação, que se exigia no 685º-8, nº 2 do CPC e que se exige agora no artº 640º, nº 2, a), do NCPC, não se identifica com a mera indicação do local, no suporte de registo áudio disponibilizado ao Tribunal de recurso, onde começa e termina cada um dos depoimentos em causa. Não se entender assim equivale a ter-se como exigida uma indicação exata dos depoimentos e não, propriamente, das passagens.

III - Daí que ao recorrente, para indicar, com exatidão, o que a lei exige no artº 640º, nº 2, a), do NCPC (a exemplo do que ocorria no âmbito do pretérito artº 685º-8, nº 2, do CPC), seja mister indicar, por referência ao suporte em que se encontra gravado o depoimento que pretende utilizar, o início e o termo da passagem ou das passagens, desse depoimento, em que se funda o seu recurso."

Exige-se do recorrente que traga elementos objetivos concretizados em passagens da gravação em que funda o recurso, que justifiquem a sinalada divergência entre o

provado e o que, no entender do recorrente, deveria ser dado como tal.

Não são inócuas as expressões utilizadas no artigo 640º do Código de Processo Civil, "especificar", "concretos", "indicar com exatidão": pretende o legislador que o recurso da matéria de facto provada, mormente com base fundamento do erro na apreciação das provas que tenham sido gravados, se funde em elementos não subjetivos, mas concretos, e que estes, em consequência, sejam expressos pelo recorrente dessa forma, por serem suscetíveis de ser diretamente identificados.

Só desta forma, como supra citado, se impede que "a impugnação da matéria de facto se transforme numa mera manifestação de inconsequente inconformismo".

Concretizando o ora exposto:

a.1 - Do recurso interposto pelo Réu quanto à alteração do ponto 22 da matéria de facto provada.

Invoca o Réu que tem como certo que foi incorretamente dado como provado que "desde 16.04.2014 deixaram de ser pagos os valores relativos ao referido contrato", no ponto 22 dos factos provados, pretendendo que esse facto seja eliminado. Para tanto, repete a fundamentação que na sentença se fez para justificar a prova desse facto.

Não obstante, da sua leitura não se conclui que o assente naquele ponto se não provou.

O Réu pretende que não seja dado como provado o dia em que deixaram de ser pagas as prestações, porquanto na fundamentação constante da sentença se refere apenas o mês. Mas não se infere do expendido na sentença, sequer, que o dia não tenha sido afirmado pelas testemunhas ali mencionadas (sendo que nas contra alegações defende o Autor que o foram). Resulta, aliás, da experiência comum que as prestações não são pagas muitas vezes nas datas dos seus vencimentos, podendo-o ser depois.

Veja-se a fundamentação da decisão da matéria de facto quanto a este facto: "Quanto ao momento em que deixaram de ser pagos os valores relativos ao contrato de mútuo em referência, as testemunhas M. M. e J. L. confirmaram ter havido "incumprimento" a partir de Abril de 2014. A questão de saber o que deveria ser pago e não foi será tratada em sede de direito, uma vez que só da interpretação e aplicação das regras contidas no contrato e respetivo adicional (de 2009) se poderá concluir se na referida data já havia capital a pagar."

Assim, está em causa a apreciação de provas gravadas.

A lei exige, para a alteração da matéria de facto, que exista um concreto desfasamento entre a prova produzida e o dado como provado. Por outro lado, para a sua validação, é necessário que o tribunal indique os fundamentos suficientes

para que, através das regras da ciência, da lógica e da experiência, se possa controlar a razoabilidade da convicção. Não releva, de todo, qualquer menor concretização no que toca ao que foi expendido na sentença para fundamentação do mesmo: a sentença quanto a esta matéria foi explícita e clara, não sendo exigível a essa peça processual que repita tudo o que foi afirmado pelas testemunhas.

Se o Recorrente pretende que se dê como não provado aquele facto, sem que se possa bastar na fundamentação da sentença, para tanto tem que negar que a prova produzida o sustente, o que o não fez, limitando-se a expender sobre a fundamentação constante da sentença, sem pedir, também, a sua anulação com fundamento em qualquer vício formal na mesma.

Atente-se que o Réu nas suas alegações não afirma que as testemunhas não referiram tal data, limita-se a expor sobre a fundamentação apresentada na sentença.

É patente que o Réu, na sua alegação, não indicou os concretos meios de prova que entende deverem ser apreciados e que não foram, nem sequer referencia o que disseram ou não as testemunhas em geral.

Por maioria de razão, não indicou com qualquer exatidão as passagens da gravação em que se funda o seu recurso, mormente a localização onde estas se referiram à matéria em causa.

Na verdade, nem sequer menciona, o que entende que foi, ou não, afirmado pelas testemunhas.

Pelo exposto, rejeita-se o recurso interposto pelo Réu no que toca à alteração da decisão relativa à matéria de facto.

*

a.2 Do recurso interposto pelo Autor quanto à alteração da matéria de facto provada.

Pretende o Autor a alteração da matéria de facto não provada nos termos que infra se indicarão.

A Ré pugnou pela não admissão do recurso, salientando que a recorrente "*se limitou a indicar a sessão na qual foram prestados os depoimentos das testemunhas que nomeia, com a respetiva hora de início e termo conforme o estabelecido nas correspondentes atas das sessões da audiência de discussão e julgamento, após o que teceu algumas considerações sobre o que, no seu entender, foi pelas mesmas dito, o seu sentido, a forma como o disseram e a valoração que devia merecer. Para além disso, não apresentou transcrição dos segmentos desses depoimentos em que se estriba, ainda que da sua lavra, nem tampouco forneceu a sua localização no instrumento técnico que incorporou a gravação da audiência.*"

Para o caso do recurso ser admitido, a recorrida, cumprindo o disposto na alínea b) do nº 2 do artigo 640º do Código de Processo Civil, logo indicou os trechos dos depoimentos que,

no seu entender, põem em causa a tese do recorrente, apontando as concretas passagens desses depoimentos, com a menção da horas e minutos registados no sistema digital Habilus Media Studio e efetuando transcrição de trechos tidos por mais relevantes.

Nas suas alegações o recorrente escreveu:

"O depoimento da testemunha M. M. está gravado com início a 00.00.00 a 16-06-2016 09:56:35 e fim a 16-06-2016 10:36:21. Esta testemunha referiu que elaborou o último aditamento, o qual foi celebrado na sua presença. Referiu que a Ré se deslocou várias vezes à agência, que foi a própria testemunha que solicitou a alteração dos contratos, por razões societárias internas da Ré sociedade e de seus sócios. A testemunha referiu que explicou todas as cláusulas à Ré, e que esta as compreendeu bem. Mais referiu que entregou a minuta do último aditamento à R. vários dias antes da assinatura, para que esta pudesse consultar o texto e aconselhar-se com seus advogado e contabilista. Esta testemunha foi muito enfática, na natureza exigente e ativa da Ré, ao negociar. Disse que ao negociarem o aditamento mostraram conhecer bem o clausulado do contrato inicial de 2001 e seu aditamento de 2005

O depoimento da testemunha J. L. está gravado com início em 16-06-2016 10:36:54 e termo em 16-06-2016 11:06:20

Também esta testemunha disse o seguinte: A iniciativa do último aditamento partiu da Ré, que acompanhada do marido foi várias vezes ao balcão, por causa de um PER do IAMPEI(antecessor do SIREV) O IAPMEI tinha uma plataforma para negociar o passo e os banco credores tinham que aceitar. Ocorreu troca de correspondência e assinatura dos contratos com o IAPMEI a sociedade e a CEMG há alguns ocs que eu juntei. A R. tinha outros negócios com a CEMG coma clinica ia muitas vezes à agencia da CEMG que era na mesma rua da sociedade clinica que era só sua e não do marido. Além disso, a negociação ocorreu efectivamente, com várias propostas negociais. A Sr juiza perguntou ao Sr testemunha (J. L.) se ela quisesse alterar o clausulado feito pelo gabinete juridico se a CEMG aceitava. Ele disse que sim, não é muito frequente, mas acontece de vez em quando e o gabinete juridico aceita algumas alterações mas nem todas. Ficou claro que das negociações resulta que não é nenhum contrato de adesão. Esta testemunha disse que era o gerente do balcão aquando da celebração do primeiro contrato, em 2001. O contrato foi assinado presencialmente no balcão A testemunha explicou o conteúdo do contrato aos Réus, fazendo um resumo das cláusulas, nomeadamente no que se refere às garantias. A R. tinha perfeito conhecimento destas cláusulas. Aliás, a Ré tinha uma outra empresa financiadora bancária, estando habituada ao comércio e contratação bancária. Esta testemunha disse

que explicou à Ré que esta era responsável em primeiro lugar pela dívida e paralelamente à empresa devedora.

O depoimento contendo as declarações de parte da Ré Maria, está gravado com início a 16-06-2016 11:13:08 e fim a 16-06-2016 11:32:31 A Ré disse: Que desconhecia a agência, só lá tinha ido 1 vez para assinar o contrato. Todavia, a instância do advogado, confessou e reconheceu que tem uma clínica na mesma rua da CEMG, que é administradora dessa clínica que, que celebrou contratos de factoring e de contas caucionadas e sabe o que são esses contratos. Sabe administrar clínica que é sua e é sua sociedade Só foi ao Banco A assinar porque o marido lhe pediu. Afirmou perentoriamente que o aditamento ao contrato de 2009 ocorreu por sua iniciativa a conselho do contabilista para negociar spread.

Depoimento das nossas testemunhas (principalmente o depoimento da M. M. que foi ela que negociou pessoalmente o aditamento de 2009. Estas testemunhas e a própria Ré afirmaram que o dito adicional adveio de uma série de negociações com os Réus M. C. e Maria, da iniciativa destes e em curso desde 2008, porque a sociedade passava por dificuldades financeiras e tinha interesse em candidatar-se a um plano empresarial, junto do IAPMEI, havendo necessidade de o Autor se pronunciar positivamente sobre a revitalização da empresa, para o que havia necessidade de efetuar o adicional ao contrato (com concessão de carência), tendo ela fornecido previamente minuta do contrato aos clientes para verificarem se estavam de acordo com o respetivo conteúdo. Todos estes depoimentos de testemunhas são suficientes para alterar a matéria de facto da forma que vem peticionada."

Da reprodução das alegações, que ora se efetuou, resulta patente que não foram concretizada as passagens da gravação em que funda o seu recurso, apenas repetindo, quanto à totalidade de cada depoimento, o que consta da ata quanto ao seu início e final. Limitou-se, no mais, a explicar a forma como interpretou tais depoimentos, sem introduzir qualquer transcrição ou elemento objetivo.

Assim, remetendo para todo o supra exposto quanto à exigência imposta pelo disposto na alínea a) do nº 2 do artigo 640º do Código de Processo Civil, no que toca à admissibilidade do recurso que impugne a decisão relativa à matéria de facto fundada em erro na apreciação das provas que tenham sido gravadas, entendemos que o recurso nesta parte não é admissível.

Pelo exposto, rejeita-se o recurso interposto pelo Autor na parte relativa à alteração da decisão da matéria de facto.

*

·b) da nulidade da sentença

O Réu invoca três fundamentos para que se considere nula a sentença, face à condenação que ali foi sujeito, iniciando a questão com a existência de oposição entre os fundamentos e a decisão, ou, se assim se não entender, por ininteligibilidade. Determina o artigo 615º nº 1, alínea c) do Código de Processo Civil que a sentença é nula quando os fundamentos estejam em oposição com a decisão ou ocorra alguma ambiguidade ou obscuridade que torne a decisão ininteligível.

Esta nulidade verifica-se quando materialmente se viole a obrigação de fundamentar, não surgindo a decisão como uma conclusão lógica do resultado da aplicação do direito aos factos; sucede quando há um vício lógico que a compromete, quando os fundamentos invocados pelo juiz conduziram logicamente, não ao resultado expresso, mas a resultado contrário.

Questão diversa desta é a inidoneidade dos fundamentos para conduzir à decisão: não existe a oposição, criadora desta nulidade, se o julgador errar na subsunção dos factos à norma jurídica aplicável ou na interpretação e indagação da norma aplicável e o juiz tiver entendido, erradamente, que os factos apurados acarretam determinadas consequências jurídicas e consegue exprimir tal entendimento nos fundamentos invocados e destes retira a conclusão lógica, haverá um erro de julgamento, mas não há a nulidade da oposição entre os fundamentos e a decisão.

Admira-se o recorrente que tenha sido condenado a pagar prestações vencidas e não pagas desde 16.04.2005, quando se deu como provado, sob o ponto 22 da fundamentação de facto, que *"desde 16.04.2014 deixaram de ser pagos os valores relativos ao referido contrato"*.

Conclui que deste facto se retira que antes desta data não há prestações vencidas e não pagas. Invocou em primeiro lugar a existência de um erro material, o qual foi negado pelo despacho proferido pelo tribunal a quo, que também negou a existência de qualquer nulidade, tudo, diga-se, sem ter apresentado qualquer fundamentação e apreciação dos argumentos do recorrente.

Como decorre do relatório, as premissas apresentadas pelo recorrente são verídicas, quer quanto ao teor da matéria de facto provada, quer quanto ao teor da decisão da sentença. O recorrido contra-alegou, afirmando que "Como está provado, no ponto 22º da sentença, que desde 16.04.2014 deixaram os RR. de pagar os valores relativos ao referido contrato, é uma decorrência que só a partir dessa data ocorreram as prestações vencidas e não pagas".

No decisório escreveu-se: *"b) Condeno o Réu M. C. a pagar ao Autor o pagamento da quantia correspondente às prestações vencidas e não pagas, desde 16.04.2005 - sendo a vencida em 28.05.2005 a primeira prestação a integrar capital*

- e até à data da propositura da presente ação, acrescida do valor resultante da aplicação da sobretaxa de 4% ao ano, calculado desde a data do vencimento de cada uma das referidas prestações e até à data da propositura da ação, sobre o valor correspondente ao capital que integra cada uma delas, bem como dos juros moratórios, à taxa legal, sobre a totalidade do valor das referidas prestações, sendo estes juros calculados desde a referida data de propositura da ação até integral pagamento, absolvendo-o do remanescente do pedido."

Mencionando-se na decisão que a prestação vencida em 28.05.2005 é a primeira prestação a integrar capital e é devida pelo Réu, é pressuposto que esta não está paga; mas decorrendo da matéria de facto provada que as prestações relativas ao contrato estavam pagas até 16.04.2014, nem o entendimento do Autor pode, logicamente ter colhimento. No decisório considera-se não paga, na matéria de facto provada diz-se paga.

Sendo que, efetivamente, se os Réus apenas deixaram de pagar as prestações a partir de 16.4.2014 (facto nº 22), não se compreende como se ordena o pagamento de prestações consideradas vencidas em 2005.

Não existe qualquer referência, nos restantes dizeres da sentença, à data de 16.4.2005 e não se pode considerar a existência de qualquer erro de escrita, face à credível negação desta pelo tribunal que a proferiu.

Assim, dando-se como provado que estão pagas todas as prestações até 16.04.2014, carece de sentido a condenação do Réu no pagamento de prestações desde 2005.

Ocorre, assim, por via desta incongruência lógica, nulidade da sentença na parte condenatória.

*

Despiciendo se torna o apuramento de quaisquer outros fundamentos para que ocorresse tal nulidade, fundadas na mesma condenação (sem prejuízo de serem apreciados infra, caso os fundamentos ali expendidos possam ser transpostos para a decisão que neste tribunal se venha a encontrar para o litígio).

Em consequência do exposto, procede-se à anulação da sentença, mas esta nulidade tem como simples consequência o prosseguimento da análise das demais questões que foram suscitadas na sentença, conhecendo-se do mérito das apelações (artigo 635º do Código de Processo Civil), aliás, porque apenas contende com a condenação do Réu, não com a absolvição da Ré.

Da mesma forma, todo o expendido na sentença sobre a validade da fiança, por não ser um negócio jurídico indeterminável, se mantém, atenta a sua aceitação pelas partes.

c) se foram desconsiderados factos que cumpra considerar e que foram admitidos por acordo e documentos (da apelação interposta pelo Réu).

Para a análise da posição do Réu, importa, antes de mais, apreciar, conforme alegado por este, a desconsideração de factos admitidos por acordo e resultantes de documentos, como os dizeres dos seus adicionais, com o teor dos escritos que acompanham a petição inicial, bem como a declaração de insolvência da devedora principal/afiançada, à luz do disposto no artigo 662º do Código de Processo Civil.

Ora, resulta do documento junto pelo Autor que dos autos é fls. 33 do processo digital e aceite pelos Réu, que o teor da cláusula 3º não corresponde na exatidão ao constante do ponto 20 da matéria de facto provada (sendo o período de carência apenas para o capital) e bem assim os pontos 4º do adicional de 27 de Maio de 2009, que importa reproduzir na íntegra, como se fará infra.

Mais consta do documento que se dá por reproduzido e que dos autos é fls. 155 do processo digital a insolvência da 1ª Ré, pelo que há também que aditar esse facto.

Termos em que:

Se altera para o seguinte o facto nº 20

No adicional celebrado entre o Autor e os Réus em 28 de Maio de 2009 foram, além do mais, estipuladas as seguintes cláusulas:

CLÁUSULA 3.a

1. A contar da presente data e durante 60 (sessenta) meses, o contrato beneficiará de um período de carência de capital, durante o qual a PARTE DEVEDORA se obriga, apenas, ao pagamento mensal dos juros. **2.** O período de carência de capital prevista no número anterior, é eventualmente prorrogável por períodos anuais até ao limite máximo de 5 (cinco) anos.

3. A prorrogação prevista no número anterior considera-se tacitamente acordada se até ao final de cada período anual, a CEMG não exigir o reembolso da dívida em prestações mensais, constantes e sucessivas, compostas por capital e juros, nos termos contratualmente estabelecidos.

CLÁUSULA 4.a a parte devedora fica obrigada ao pagamento das prestações que resultarem da aplicação do presente adicional, cujo valor será oportunamente comunicado pela CEMG".

- Se adita o, com os seguintes dizeres o facto 25-

A 1ª Ré foi declarada insolvente em 14-05-2014.

d) Da responsabilidade do Réu quanto ao pagamento da quantia objeto do pedido

Sintetizando a matéria de facto provada na parte que releva para apurar esta questão, verifica-se que desta resulta que entre o Autor e os Réu foi celebrado um acordo, pelo qual o Autor mutuou à 1ª Ré determinado montante, constituindo-se o Réu como fiador, com renúncia ao benefício da excussão prévia.

Este contrato, de 28.11.2001, veio a sofrer dois aditamentos. Pelo primeiro, de 28.4.2005, além do mais, estipulou-se um período de carência de 48 meses, alterando o inicial de 24 meses.

No segundo, de 27.5.2009, entre muito, estipulou-se um período de carência de capital de 60 meses a contar daquela data.

Ora, não operou quanto ao Réu fiador o vencimento antecipado das prestações, previsto no artigo 881º do Código Civil, como tão bem se justificou na sentença recorrida, por força da aplicação ao caso do disposto no artigo 882º do mesmo diploma, sentença que nesta parte se mantém. Isto posto, verifiquemos novamente a aplicação desta conclusão aos factos:

-- face ao teor do 2º adicional, de 27 de Maio de 2009, que estipulou um período de carência de capital por 60 meses quanto ao capital, mas não quanto ao valor dos juros, dúvidas não há que a dívida de capital apenas se venceu em 28 de Maio de 2014.

-- Mais resulta da matéria de facto provada que até 16.04.2014 foram pagas todas as prestações exigidas pelo Autor. O Réu invoca agora, nas alegações, a mora do credor quanto à comunicação, pela Autora à 1ª Ré, do montante da prestação de juros, em obediência à cláusula 4ª do 2º adicional.

No entanto, não só esta é questão nova, como lhe competia provar os factos que integrariam esta exceção e não o contrário, o que não fez.

Com efeito, por um lado o Réu não invocou esta questão na contestação, por outro, basta ao Autor invocar a constituição do direito, mas a mora no seu exercício por parte do credor compete já ao Réu, por ser matéria de exceção (artigo 342º nº 1 e 2 do Código Civil).

Não tem interesse, além disso, nesta sede, conhecer-se se o Autor exigiu ou não da 1ª Ré as prestações relativas a juros que seriam devidas entre a data da celebração do 2º aditamento (27.5.2009) e 16.04.2014, porquanto se têm por pagas todas as prestações exigidas entre a data da celebração do 2º aditamento e 16.04.2014 (todas referentes apenas a juros), visto

que não há elementos para fixar os montantes das prestações, como se verá.

No que ora releva, importa atentar que não ocorreu qualquer perda do benefício do prazo, podendo o Ré proceder ao pagamento da obrigação nas acordadas prestações, abarcando, claro, só as não pagas - as que se venceram depois de 16.04.2014.

Visto que o Autor calculou o montante exigido na petição inicial como se já se tivessem vencido todas as prestações e, por força do citado artigo 882º, do Código Civil, tal não ocorreu quanto ao Réu, o montante peticionado integra capital vencido e capital não vencido, juros vencidos e não vencidos.

Os autos não contêm elementos suficientes para se poder calcular tais montantes, nomeadamente o cômputo dos juros exigidos nas prestações e em consequência os exigíveis, no período que decorre entre a celebração do 2º adicional e o incumprimento, bem como qual o montante dos juros pagos nesse período e qual o montante do capital à data do vencimento da primeira prestação do capital, na sequência deste adicional.

Tanto basta para se não poder apurar, nem o valor da dívida vencida à data da propositura da ação, nem o montante das prestações que se venceriam com o simples decurso do tempo.

Quid iuris?

O Código de Processo Civil permite a condenação em obrigações futuras e em obrigações ainda não liquidadas no atual artigo 610º (correspondente ao anterior 662º) "O facto de não ser exigível, no momento em que a ação foi proposta, não impede que se conheça da existência da obrigação, desde que o réu a conteste, nem que este seja condenado a satisfazer a prestação no momento próprio. 2 - Se não houver litígio relativamente à existência da obrigação, observa-se o seguinte: a) O réu é condenado a satisfazer a prestação ainda que a obrigação se vença no decurso da causa ou em data posterior à sentença, mas sem prejuízo do prazo neste último caso; b) Quando a inexigibilidade derive da falta de interpelação ou do facto de não ter sido pedido o pagamento no domicílio do devedor, a dívida considera-se vencida desde a citação. 3 - Nos casos das alíneas a) e b) do número anterior, o autor é condenado nas custas e a satisfazer os honorários do advogado do réu."

O artigo 609º nº 1 deste diploma estipula que: "A sentença não pode condenar em quantidade superior ou em objeto diverso do que se pedir. 2 - Se não houver elementos para fixar o objeto ou a quantidade, o tribunal condena no que vier a ser liquidado, sem prejuízo de condenação imediata na parte que já seja líquida."

Desta forma, chegados à sentença, apurando-se, por um lado,

que o Autor pediu a condenação no pagamento de uma obrigação, decorrente de um contrato, descrevendo-a como líquida e exigível e, concluindo-se, por outro, que tal obrigação existindo e sendo válida, não está liquidada, sendo liquidável, nem é exigível na totalidade, mais não há, pela aplicação do princípio da economia processual, considerados estes dois preceitos, que condenar no pagamento da obrigação vencida, sujeitando-a a posterior liquidação (porque sempre inferior à totalidade do pedido, por ser apenas parte deste), e ainda no pagamento das prestações vincendas, também a liquidar (porque também consideradas peticionadas com a liquidação integral do pedido, apesar desta não operar).

Sobre o artigo a que corresponde o atual artigo 610º do Código de Processo Civil afirma Gaivão Telles, Direito das Obrigações, 6ª edição, pág. 236: "achando-se a obrigação sujeita a prazo, é inexigível durante a pendência deste. Enquanto o prazo estiver a decorrer, o credor não pode reclamar a realização da prestação, porque o prazo é concedido justamente como lapso de tempo de que ele dispõe para cumprir.

Todavia a lei de processo, por uma razão de economia de atividade judicial, não obsta a que se condene o devedor sem embargo de a obrigação cujo cumprimento lhe é pedido ser inexigível no momento da propositura da ação, ficando porém salvo ao devedor o prazo, pois só no momento próprio terá de cumprir."

Também a esta matéria se referem Anselmo de Castro Direito Processual Civil Declaratório, vol. I, pág. 107, Castro Mendes, Direito Processual Civil, vol. II, pág. 190, Antunes Varela Manual do Processo Civil, pág. 179, conforme da resenha efetuada no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 29-01-2003 no processo 1628/02-2, o qual conclui "*A posição que faz depender a solução da fase processual em que a decisão é dada, é maioritária, mas é a que mais se afasta, da intenção do legislador de garantir o princípio da economia processual, ao formular o citado artigo 662º... No caso presente, tendo apresentado a obrigação como exigível e a Ré contestado a existência da obrigação, só subsidiariamente invocado a questão da sua inexigibilidade, não oferece dúvidas, mesmo para a posição de Anselmo de Castro e Antunes Varela, que devia ter sido ser aplicado o disposto no artigo 662º do C.P.C. e o processo devia ter prosseguido. A solução correta, como atrás se referiu, era o prosseguimento do processo, para se apurar se a Ré tinha, como alegava, pago os subsídios relativos ao período de 1984 a Janeiro de 1985) e na sentença condenar-se-ia a Ré, se fosse caso disso, mesmo nas prestações futuras, suportando ela as custas relativamente a estas.*"

E no mesmo sentido o Acórdão do Supremo Tribunal de

Justiça de 27-09-2012 no processo 663/09.1TVLSB.L I.S1 (rei Lopes do Rego), que aqui se segue de perto, nomeadamente quanto às fontes doutrinárias: *"Alberto dos Reis, quer no CPC Anotado, Vol. V, págs. 72 a 80, quer no Comentário ao CPC, Vol 30, págs. 192 a 197, defendia que o art. 662º é aplicável no caso de ser peticionado o cumprimento de uma obrigação ainda não vencida, e cujo processo tenha alcançado a fase da sentença, obedecendo aquele artigo "à ideia de salvar o processo, não obstante a inexigibilidade; quer dizer, a doutrina do artigo foi ditada pelo princípio da economia processual"*. Com particular interesse, escrevem Antunes Varela, Miguel Bezerra e Sampaio e Nova, in Manual de Processo Civil, 2ª ed. revista e atualizada, págs. 682 e 683 que *"o fim natural da sentença é, porém, o julgamento do mérito, seja para deferir a pretensão principal deduzida pelo autor julgando a ação procedente), seja para indeferir o pedido julgando a ação improcedente). No caso especial de a obrigação ainda não ser exigível no momento em que a ação foi proposta, mas a ação houver de prosseguir ou tiver prosseguido, pode bem suceder que a obrigação se não ache vencida, nem sequer no momento do encerramento da discussão.*

Quando assim seja, por uma pura questão de economia processual, deve o juiz proferir sentença de condenação in futurum, ou seja decisão condenando o réu a cumprir, mas só a partir do momento em que a obrigação se vencer (art. 662º, 1 e 2, a)). Assim se concilia o interesse do autor (credor) em ficar munido desde logo (não obstante a precipitação ou prematuridade da proposição da ação) com um título judicial reconhecendo a existência do seu direito e condenado o réu a cumprir, com o interesse contraposto do devedor em não perder o prazo estipulado a seu favor. Não é só no caso de a obrigação não ser ainda exigível no momento da discussão que a sentença necessita de amoldar-se à situação."

Continua nesse acórdão: *"Ponderando estes ensinamentos e o disposto no art. 662º do CPC, e atentando nos factos concretos do caso em apreço, afigura-se-nos que outra não deverá ser a solução senão julgar procedentes os pedidos formulados pelos M. na P.I .. A condenação há-de fazer-se ao abrigo do disposto no art. 661º, n.º 2 do CPC, no montante que se vier a liquidar, nos termos do art. 378º e ss. do CPC, não existindo, ainda, qualquer parte líquida que permita a condenação imediata, como pretendem os apelantes."*

"Assim, uma parte substancial da doutrina (Antunes Varela, Anselmo de Castro, Montalvão Machado), estribada na lição de Alberto dos Reis, estabelece uma diferenciação do campo de aplicação daquelas duas normas em função do momento processual em que a inexigibilidade é detetada no processo: o art. 472º, n.º 2, vedaria a propositura de ações de condenação referentes a prestações futuras, em que a inexigibilidade atual

é assumida pelo credor na petição inicial - condicionando a admissibilidade desta à invocação do referido interesse específico na obtenção de tutela jurídica futura; pelo contrário, a norma que consta do art. 662º aplicar-se-ia apenas na fase do julgamento, permitindo, por evidentes razões de economia processual, a condenação in futurum quando apenas se viesse a verificar, na fase do julgamento, que, afinal, a obrigação invocada como exigível pelo credor não estaria afinal ainda vencida, no momento mais recente que podia ser atendido pelo tribunal."

Também neste sentido o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16-12-2015 no processo 2691/10.5TBVNG-B.P1. Ora, com estas razões (embora alguns Acórdãos e doutrina ora citadas se fundem no anterior Código de Processo Civil, mantêm atualidade, face ao ora disposto nos artigos 610º nº 1 e 557º nº 1 do Código de Processo Civil) se afastam os problemas que o recorrente suscita quanto à condenação em objeto diverso do pedido e em quantidade superior ao pedido. Não se verifica qualquer nulidade: o que ocorre é que, pedido o pagamento de um capital, não vencido, se condena no pagamento (necessariamente inferior) do capital vencido, a liquidar, com o limite do pedido.

Não há qualquer condenação em objeto diverso do pedido ou ultra petitum: pedida a condenação do Réu no valor total decorrente do incumprimento de um contrato de mútuo, verifica-se que, não obstante o Réu estar obrigado ao pagamento da quantia mutuada, em prestações, não ocorreu o vencimento de todas, como alegado pelo Autor, credor, mas apenas de algumas delas, sem que existam elementos para as liquidar, pelo que se condena no pagamento das vencidas (em valor inferior ao peticionado, necessariamente por destas serem parte).

É certo que a aplicação desta posição implicaria também, a acrescer, a condenação no pagamento, após o decurso do vencimento, das prestações ainda não vencidas que resultam do contrato, por via do disposto no artigo 610º nº 1 do Código de Processo Civil, que determina que "nas prestações periódicas, se o devedor deixar de pagar, podem compreender-se no pedido e na condenação tanto as prestações já vencidas como as que se vencerem enquanto subsistir a obrigação", conjugado com o princípio da economia processual, as quais, se têm por também peticionadas, através do pedido de todas, logo liquidadas (quando o não deveriam ser, como bem invocou o Recorrente).

Não obstante, este Tribunal está limitado aos pedidos formulados pelos Apelantes nas suas alegações e decorre, quer do alegado pelos Réus, quer do alegado pela Autora, a sua conformação quanto à absolvição do Réu do peticionado montante indevidamente considerado exigível à data da

petição inicial.

Assim, também na condenação efetuada nesta sede recursiva se abarcará apenas as prestações vencidas, não se condenando os Réus nos montantes que ainda se venceram e vencerem a partir dessa data.

Visto que os autos não contêm todos os elementos para apurar os montantes das prestações vencidas, (e só nestas pode ocorrer a condenação neste caso), como se viu, há que remeter tal liquidação para o competente incidente, de liquidação de sentença, não devendo ser aqui apreciados os critérios, não alegados nos articulados, para a sua definição. Perde, em consequência, interesse a apreciação das questões relativas a tais critérios - não discutidas pelas partes na 1ª instância - trazidas pelo recorrente Réu.

A questão da aplicação ou não de uma sobretaxa pelo incumprimento no âmbito das prestações em causa, não discutida nos articulados, deve já ser apreciada em sede de liquidação, na fixação da respetiva prestação.

Em termos gerais, o fiador responde, sem necessidade de interpelação para o efeito, desde que essa interpelação seja feita junto do devedor afiançado, pelas consequências da mora do devedor, sendo que no caso presente foram pedidas pelo Autor os juros legais.

Não necessita de qualquer interpelação adicional: no confronto com o credor, o fiador que renunciou ao benefício da excussão, como regra, responde em termos solidários com o devedor, sendo a responsabilidade deste, a medida da responsabilidade daquele, sem prejuízo das exceções impostas por lei a este regime, nomeadamente a prevista no artigo 782º do Código Civil

Neste sentido é pacífica a doutrina e jurisprudência, citando-se por lapidar, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23-06-2015 no processo 6559/13.5TBVNG-A.P1 *"Não tendo o regime do artigo 782.º CC sido afastado pelas partes (ou tendo-o sido, faltar a interpelação do fiador), o credor terá direito apenas às prestações vencidas e não pagas até à data da instauração da execução, acrescida de juros, sem prejuízo da cumulação sucessiva de execuções (artigo 711.º CPC)."*

Tal chegou a afirmar-se na fundamentação da sentença recorrida: *"Assim sendo, o mesmo apenas deverá ser condenado no pagamento da quantia correspondente às prestações vencidas e não pagas e, em princípio, respetivos juros de mora, contados sobre o valor de cada uma das prestações desde a data do respetivo vencimento."*

E pelo exposto, limitar-se-á o tribunal a condenar o Réu no pagamento ao Autor das prestações, a liquidar, decorrentes do contrato celebrado pelos Réus com o Autor em 28 de Março de 2001, com os aditamentos de 28.04.2005 e 27.05.2009, vencidas após 16-4-2014 até à data da propositura da ação, à

taxa legal, contados desde o vencimento de cada uma das prestações mensais e até integral pagamento.

*

e) Da existência de uma decisão surpresa ou preterição do princípio da concentração da defesa

Versa a apelação interposta pela Autora apenas sobre a absolvição da 28 Ré do pedido.

Invoca a Autora que esta é uma decisão surpresa e que faz precluir o princípio da concentração da defesa, ínsita no artº 573 Código de Processo Civil, porquanto, afirma, os Réus, na sua contestação, não alegaram nem invocaram o Dec. Lei na 446/85, de 25 de Outubro, como sendo aplicável ao ajuizado contrato.

Carece, no entanto, de razão. Na sua contestação os Réus invocaram e cita-se: "*II - DA DEFESA POR EXCEÇÃO: 5. Tal como configura a ação, a responsabilidade dos ora contestantes adviria de se terem eles constituído "fiadores e principais pagadores" do empréstimo concedido por esse Banco à 1. a Ré, através dos escritos que instruem a petição inicial. Assim, A - DA EXCLUSÃO DAS CLÁUSULAS RELATIVAS À FIANÇA EM RELAÇÃO À CO-RÉ Maria: 6. O contrato de mútuo e adicionais que acompanham a p. i. foram previamente elaborados e redigidos pelo A., que definiu os dizeres deles constantes, para serem apresentados a todos aqueles que com ele negociassem ou renegociassem um crédito desse tipo, 7. Sendo certo que em nenhum momento foi conferida à contestante Maria a possibilidade de intervir na negociação do contrato de mútuo e dos respetivos adicionais, ou de modificar qualquer das cláusulas desses escritos" e alegam expressamente no artigo 120 desse articulado "Ora, uma vez que essas cláusulas estão sujeitas ao regime estabelecido no DL n.º 446/85, de 25/OUT (com as alterações introduzidas pela Rect. n.º 114-B/95, de 31/AGO, e pelos DLs n.ºs 220/95, de 31/AGO, e 323/2011, de 17/DEZ), impendia sobre a obrigação de as comunicar à contestante Maria, na íntegra, de modo adequado e com a antecedência necessária, de modo a existir da parte desta última uma vontade livre e esclarecida, no momento da sua subscrição ou adesão (cfr. arts. 1.º e 5.º o, n.ºs 1 e 2, do mencionado diploma legal)."*

Os Réus mencionaram especificadamente estas questões na sua contestação, sob capítulo com o título "defesa por exceção" e subtítulo "da exclusão das cláusulas relativas à fiança em relação à co-Ré Maria" e mencionaram expressamente este diploma. A questão foi mencionada no despacho proferido na audiência prévia, quando se fixou o objeto do litígio.

Não existe qualquer surpresa na apreciação desta matéria e o Autor pôde responder à mesma desde a sua arguição na contestação.

Falece, à partida, esta nulidade.

f) se os factos que o tribunal deu como provados implicam decisão diversa no que toca à aplicação do disposto no Decreto-Lei 446/85 à Ré.

Embora o legislador português não forneça propriamente uma definição legal do conceito de "cláusulas contratuais gerais", decorre da descrição legal do fenómeno (contida logo no artigo 1º, na 1ª, do Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro) que a lei pretende disciplinar cláusulas pré-formuladas em vista de uma pluralidade de contratos ou de uma generalidade de pessoas, para serem aceites em bloco, sem possibilidade de discussão. Este facto decorre provado na matéria de facto provada (ponto 23:º) O contrato de mútuo e adicionais acima referidos foram previamente elaborados e redigidos pelo Autor, que definiu os dizeres deles constantes, sendo que a cláusula 108 do mútuo inicial, a cláusula 28 do adicional de 28.04.2005 e a cláusula 58 do adicional de 27.05.2009 foram definidas para serem apresentadas a todos aqueles que com ele negociassem ou renegociassem um crédito desse tipo.

Nos contratos de adesão, uma das partes não participa na composição das suas cláusulas, limitando-se a aceitar o texto que o outro contraente lhe oferece, o que não se considera afastado, mesmo que este possa, dentro desse quadro pré concebido discutir alguns valores que o integram. Tudo opera no âmbito de cláusula pré-preparadas afastadas da sua possibilidade de conformação.

Decorre do Acórdão do STJ de 10-04-2014 no processo 2393/11.5T JLSB.L I.S1: *"II - As cláusulas contratuais gerais caracterizam-se por dois elementos constitutivos: a predisposição unilateral (a incutir a ideia de pré-elaboração por uma das partes) e a generalidade (bastando-se com uma multiplicidade de contraentes potenciais e indiferenciados).III- O seu regime aplica-se também aos contratos de adesão ainda que alguns elementos de uma determinada cláusula, ou uma cláusula isolada, tenham sido objeto de negociação individual."*

O Autor afirma em primeiro lugar que o contrato em causa não é um contrato de adesão puro, o que é confirmado pela própria sentença, que o denomina de contrato de adesão mitigado. Com efeito, o nº 2 do artigo 1º deste diploma impõe que este diploma se aplica igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar, como decorre do próprio teor da sentença e o recorrente não contraria.

Ora, daqui decorre que a questão se centra, já não no âmbito da discussão do próprio contrato, mas tão só na exclusão, para a 2ª Ré, da parte da cláusula 100 do contrato inicial em

que se estipula o afastamento do benefício da excussão prévia.

Do assente no ponto 23 da matéria de facto, resulta que não se pode afirmar, como fez o recorrente, que *"no caso do ajuizado contrato verifica-se que o núcleo essencial e o modelo do contrato foram negociados entre A. e Réus"*, por violar a matéria de facto provada, antes pelo contrário.

Com efeito, na sentença recorrida decidiu-se que a Ré estava vinculada pelo contrato, estando obrigada pelo mesmo na qualidade de fiadora, mas que nesta fiança operava o benefício da exclusão prévia, por exclusão da referida cláusula 10ª.

E decidiu-se o afastamento, desta parte da cláusula, com base na falta de prova, pelo Autor, do cumprimento do dever de informação imposto no citado diploma que regula as cláusulas contratuais gerais

Quanto às formas de comunicação ao público das cláusulas contratuais gerais, impõe o artigo 5º do DL 445/85, que devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las, devendo 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 efetivo por quem use de comum diligência.

O ónus da prova da comunicação adequada e efetiva cabe ao contratante que submeta a outrem as cláusulas contratuais gerais - nº 3 da citada norma.

Por outro lado, a sentença não refere que foi na assinatura do contrato inicial que Autora comunicou verbalmente à Ré Maria que se constituía fiadora; o que se diz é que aquando da assinatura do adicional de 2009 lhe comunicou tal facto. Tanto resulta da leitura contextualizada, dos pontos 23 a 25 da matéria de facto provada *"23. O contrato de mútuo e adicionais acima referidos foram previamente elaborados e redigidos pelo Autor, que definiu os dizeres deles constantes, sendo que a cláusula 10ª do mútuo inicial, a cláusula 2ª do adicional de 28.04.2005 e a cláusula 5ª do adicional de 27.05.2009 foram definidas para serem apresentadas a todos aqueles que com ele negociassem ou renegociassem um crédito desse tipo. 24 Aquando da respetiva assinatura, comunicou verbalmente à Ré Maria que no contrato do mútuo inicial constava que a mesma se constituía fiadora. 25 Antes da sua assinatura, entregou à Ré Maria a minuta do aditamento de 28.04.2005, desse modo comunicando à Ré Maria o teor da cláusula 5ª do adicional de 27.05.2009."* Com efeito a assinatura a que se refere a sentença não é a aposta no contrato inicial (de 2001), porquanto se explicita que quando esta ocorreu se comunicou à Ré Maria o teor da cláusula 5ª do adicional de 27.05.2009 (e

se entregou antes da sua assinatura, a minuta do aditamento de 28.04.2005), o que, obviamente, não podia ser efetuado em 2001.

Assim, não se provou que a Ré "teve oportunidade de, durante vários anos (desde a assinatura do 1º contrato, em 2001 e até 2009, para compreender o teor da cláusula 10ª)", nem que antes de 2009 a Ré podia conhecer o teor de tal cláusula 1ª do contrato inicial, excluída pela sentença, nomeadamente por ter recebido qualquer cópia do mesmo.

Quanto ao âmbito deste dever veja-se o seguinte Acórdão do STJ de 02-12-2013 no processo 306/1 0.OTCGMR.G1.S1:

"Não cumpriu o dever de informação, a empresa utilizadora que não demonstra ter chamado a atenção do aderente, de forma especial, para uma cláusula prejudicial aos interesses deste Sousa Ribeiro Cláusulas Contratuais Gerais e o paradigma do contrato, Coimbra, 1990, p. 193. defende que a intensidade e o grau do dever de informação dependem do conteúdo da cláusula: «o próprio conteúdo da estipulação influi no grau de transparência exigível.

... Segundo o artigo 2: 1 04 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos "as cláusulas que não tenham sido objeto de uma negociação individual não podem ser invocadas contra uma parte que não as conhecia, salvo se a parte que as invoca tiver tomado medidas razoáveis para chamar a atenção da outra para elas antes da conclusão do contrato" e "a mera referência feita a uma cláusula por um documento contratual não chama a atenção da contraparte para ela de forma satisfatória, mesmo quando esta última assinou o documento".

Não se desconhece o Acórdão citado pelo recorrente, algo menos exigente (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24.03.2011, no processo nº 1582/07.1TBAMT -B.P1 S1), mas entende-se ser de considerar que há que exigir a alegação e prova, pelo proponente, que agiu de forma a comunicar a cláusula contratual geral que apresente consequências de particular gravidade para o contratante que a elas não recorreu, que não seja necessariamente expectável e que um leigo em direito não possa alcançar pela imediata leitura.

Considerar que a prova desta comunicação se basta com a apresentação do documento assinado pelo contratante implicaria fazer letra morta do disposto nos artigos 5º e 6º do DL 445/85, subvertendo completamente o regime legal querido pelo legislador, de proteção da parte que está numa maior fragilidade, face à superioridade e poder económico da parte que apresenta e impõe as cláusulas.

Neste sentido, o recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13-09-2016 no processo 1262/14.1T8VCT-B.G1.S1 com o seguinte suM. C.: *"É aplicável o regime das cláusulas contratuais gerais ao clausulado inserido no corpo contratual individualizado cujo conteúdo, previamente elaborado, o*

destinatário não pode influenciar.

II - O cumprimento das prestações impostas pelos arts. 5. ° e 6. ° da LCCG - cuja prova onera o predisponente - convoca deveres pré-contratuais de comunicação das cláusulas (a inserir no negócio) e de informação (prestação de todos os esclarecimentos que possibilitem ao aderente conhecer o significado e as implicações dessas cláusulas), enquanto meios que radicam no princípio da autonomia privada, cujo exercício efetivo pressupõe que se encontre bem formada a vontade do aderente ao contrato e, para tanto, que este tenha um antecipado e cabal conhecimento das cláusulas a que se vai vincular, sob pena de não ser autêntica a sua aceitação.

III - Por isso, esse cumprimento deve ser assumido na fase de negociação e feito com antecedência necessária ao conhecimento completo e efetivo do aderente, tendo em conta as circunstâncias (objetivas e subjetivas) presentes na negociação e na conclusão do contrato - a importância deste, a extensão e a complexidade (maior ou menor) das cláusulas e o nível de instrução ou conhecimento daquele -, para que o mesmo, usando da diligência própria do cidadão médio ou comum, as possa analisar e, assim, aceder ao seu conhecimento completo e efetivo, para além de poder pedir algum esclarecimento ou sugerir qualquer alteração.

IV - É certo que as exigências especiais da promoção do efetivo conhecimento das cláusulas contratuais gerais e da sua precedente comunicação, que oneram o predisponente, têm como contrapartida, também por imposição do princípio da boa-fé, o aludido dever de diligência média por banda do aderente e destinatário da informação - com intensidade e grau dependentes da importância do contrato, da extensão e da complexidade (maior ou menor) das cláusulas e do nível de instrução ou conhecimento daquele -, de quem se espera um comportamento leal e correto, nomeadamente pedindo esclarecimentos, depois de materializado que seja o seu efetivo conhecimento e informação sobre o conteúdo de tais cláusulas.

V - Porém, essa constatação, em caso algum, poderá levar a admitir que o predisponente fique eximido dos deveres que o oneram, ou a conceber como legítimas uma sua completa passividade na promoção do efetivo conhecimento das cláusulas contratuais gerais e, sobretudo, uma ausência de comunicação destas ao aderente com a antecedência necessária ao conhecimento completo e efetivo, até para que o mesmo possa exercitar aquele seu dever de diligência, nos apontados termos. Uma tal conceção conduziria à inversão não consentida da hierarquia legalmente estatuída entre os deveres do predisponente e do aderente.

VI - No caso em apreço, apenas no circunstancialismo da subscrição ou outorga do contrato foram dadas a conhecer à

aderente a cláusula contratual geral em discussão, quando, por tudo o exposto, a mesma não teria, para o efeito, de desenvolver mais do que uma diligência comum e era à proponente que caberia propiciar-lhe o antecipado e efetivo conhecimento daquela cláusula.

VII - *Por outro lado, o dever de atempada comunicação, face à sua identificada ratio, também não fica preenchido com as declarações constantes na escritura de que, no dia da sua celebração, esta foi lida aos outorgantes e feita a explicação do seu conteúdo, questão cuja pertinência mais se realça atentando na significativa complexidade do clausulado alusivo à «renúncia ao benefício da excussão prévia» e à sua elevada repercussão (importância) para a embargante, para quem, sendo uma funcionária administrativa, aquela é uma expressão de alcance jurídico dificilmente inteligível."*

Assim, para cumprir o ónus imposto nestas normas, a fim de se poder fazer da cláusula da renúncia da execução prévia, face á existência da hipoteca, a Autora tinha que alegar e provar que previamente à assinatura tinha agido de forma a permitir o conhecimento dessa cláusula, seja pela sua explicação verbal no momento da assinatura do contrato, seja pela entrega da sua minuta com a antecedência que permitia à Ré lê-lo e averiguar os significados das cláusulas nele contidas.

Assim, não se conclui que, em regra, para prova do cumprimento do ónus de informação de uma cláusula contratual geral inserida em adicional a um contrato de mútuo garantido também por hipoteca, que prevê a renúncia ao benefício de excussão prévia de fiador, basta a simples apresentação do contrato assinado, mesmo que o subscritor do contrato que o não elaborou, tenha um nível cultural considerado elevado, mas sem formação jurídica.

Veja-se que não consta dos autos, nem vem sequer alegado, antes pelo contrário, que a Ré é jurista ou tem conhecimentos especiais nessa área.

Se o conceito de fiança faz parte da cultura de qualquer homem comum, já a ideia de que o imóvel hipotecado não responde imediatamente e em primeira linha pela dívida caso exista a "renúncia à excussão prévia" não é facilmente alcançado por um leigo. Neste sentido existe já múltipla jurisprudência, citando-se a propósito Ac. da Relação do Porto de 14.06.2016.

Determinam os artigos 8º e 9º deste diploma que se consideram excluídas dos contratos singulares:

As cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do artigo 5.º;

As cláusulas comunicadas com violação do dever de

informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efetivo;

c) As cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real;

d) As cláusulas inseridas em formulários, depois da assinatura de algum dos contratantes.

Nestes casos, os contratos singulares mantêm-se, vigorando na parte afetada as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos. Todavia, quando ocorra uma indeterminação insuprível de aspetos essenciais (impossibilidade de integração) ou um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa-fé em virtude de tal integração, os referidos contratos são nulos. Excluída uma cláusula do contrato, ainda que respeitante à delimitação do risco, a regra é a da subsistência do contrato, vigorando, na parte afetada as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras da integração dos negócios jurídicos.

Tal como na sentença recorrida, julga-se prejudicada apenas a cláusula relativa à excussão prévia, mantendo-se o demais clausulado (como subsidiariamente peticionado pelo recorrente), porquanto seria desproporcionado e contrário à boa-fé excluir do contrato a totalidade da cláusula relativa à fiança.

Assim, tudo funciona como se não existisse qualquer cláusula que pusesse em causa o benefício da excussão prévia.

Resulta da matéria de facto provada que existe hipoteca a garantir o crédito do Autor.

Não foi excecionado qualquer facto que seja de conhecimento oficioso que ponha em causa a faculdade prevista no artigo 638º n.º 1 do Código Civil, exercida pela Ré na contestação, de se opor ao pagamento enquanto não sejam executados todos os bens da 1ª Ré, face à existência da hipoteca.

Improcede o recurso interposto pelo Autor.

*

Não há que conhecer, em consequência, do recurso subsidiário interposto pela Ré.

V. Decisão

Pelo exposto, acorda este tribunal em:

-- julgar parcialmente procedente a apelação interposta pelo Réu, revogando-se parcialmente a sentença recorrida, na parte condenatória e em sua substituição condenando-se o Réu a pagar ao Autor as prestações, a liquidar, decorrentes do contrato celebrado pelos Réus com o Autor em 28 de Março

de 2001, com os aditamentos de 28.04.2005 e 27.05.2009, vencidas após 16-4-2014 até à data da propositura da ação, à taxa legal, contados desde o vencimento de cada uma das prestações mensais e até integral pagamento.

-- julgar totalmente improcedente a apelação interposta pelo Autor, mantendo todo o mais decidido. Custas na primeira instância pelo Autor e Réu, na proporção de 90% para o Autor e 10% para o Réu, face ao seu decaimento, revelado pelo número de prestação em causa, sem prejuízo de posterior acerto da proporção em sede de liquidação de custas. Custas na segunda instância pelo Autor, que decaiu em ambos os recursos.

*

Guimarães, 4 de outubro de 2017

Sandra Melo
M. C. Silva
Heitor Gonçalves