

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 3007/13.4TBBRR-A.L1-2

Relator: ARLINDO CRUA

Sessão: 06 Junho 2024

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: PROCEDENTE

DEVER DE COOPERAÇÃO PARA A DESCOBERTA DA VERDADE

INVERSÃO DO ÓNUS DA PROVA

CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO

Sumário

I - O art.º 417º, do Cód. de Processo Civil, consagra, no âmbito da instrução da causa, um dever geral de cooperação (ou colaboração), nomeadamente na conservação dos meios probatórios, com o desiderato da descoberta da verdade material, tendo por pressuposto uma almejada boa administração da justiça;

II - a legal solução de inversão do ónus probatório justifica-se quando a parte não onerada com a prova, através da recusa do dever de cooperação (pré-processual ou processual), impossibilita a prova do facto probando pela parte onerada com tal prova, seja devido à impossibilidade de prová-lo por outros meios, seja por legal impedimento, ou, ainda, por não se revelarem bastantes os outros meios probatórios produzidos, inexistindo outros, alternativos ou complementares, disponíveis;

III - tal mecanismo, todavia, deve ser reservado para os casos de maior gravidade, funcionando como uma espécie de sanção ou censura à parte não cooperante/colaborante;

IV - ainda que se admita que o mesmo deva englobar não só os comportamentos dolosos e de negligência grave, como ainda os comportamentos meramente culposos, ainda que eivados daquele plus de gravame;

V - para que tal inversão do ónus da prova ocorra é mister a ocorrência de

uma acção ou omissão da parte não onerada com a prova, que impossibilite a prova pela contraparte onerada (ou, pelo menos, que parcialmente a inviabilize) - elemento objectivo -, e que aquela conduta, activa ou omissiva, seja praticada, pelo menos, a título negligente - elemento subjectivo;

VI - o contrato de abertura de crédito define-se como aquele em que a entidade bancária se obriga a colocar determinada quantia pecuniária à disposição do cliente contratante (obrigação primária da creditante), normalmente mediante uma linha de crédito e por tempo determinado, ficando este vinculado a reembolsar os valores ou somas utilizados, bem como no suportar dos juros e comissões devidas por tal disponibilização;

VII - contrariamente ao que acontece com o contrato de mútuo, estamos perante um contrato consensual quoad constitutionem (por contraposição com o contrato real quoad constitutionem), que fica perfeito mediante o mero acordo das partes, sem necessidade de ocorrência de entrega de qualquer quantia pecuniária;

VIII - definindo-se, ainda, como um contrato nominado, de cariz comercial, ainda que legalmente atípico;

IX - mediante tal contrato, a entidade bancária vincula-se, perante o cliente, em vir a tornar-se credora deste, até um determinado montante de disponibilização (com conseqüente contrapartida de realização de amortizações ou pagamentos por parte do cliente), não resultando, assim, do mesmo, a concreta e efectiva entrega de quaisquer montantes, mas antes uma futura vinculação a tal, no âmbito da execução do contrato;

X - tendo sido o contrato de abertura de crédito outorgado mediante documento particular, em data antecedente à da entrada em vigor do actual Cód. de Processo Civil, a sua força executiva não é automática, urgindo que adicionalmente se faça a demonstração do reconhecimento de obrigações pecuniárias, nos termos do art.º 46º, nº. 1, alín. c), do antecedente Cód. de Processo Civil (de 1961);

XI - quer este normativo, quer o disposto no nº. 1, do art.º 804º, do mesmo diploma, implicam que o contrato de abertura de crédito assim formalizado apenas adquira a sua completude executiva mediante prova complementar do título, através da qual se demonstre, nomeadamente mediante extractos de conta-corrente ou outros documentos bancários, que as prestações futuras nele convencionadas foram efectivamente prestadas, assim criando obrigações pecuniárias por parte do cliente;

XII - o que presentemente mantém validade para os contratos de abertura de crédito formalizados nos termos da alínea b), do art.º 703º, do vigente Cód. de Processo Civil, impondo-se ao banco exequente que demonstre não só a outorga de tal contrato, mas ainda que colocou em concreto o crédito na

disponibilidade do cliente e que este fez utilização efectiva da quantia disponibilizada ou creditada;

XIII - exigindo-se, assim, que faça a prova complementar do título, através da demonstração de que a obrigação futura foi efectivamente constituída ou realizada na execução do contratualmente acordado, devendo completar a escritura de abertura de crédito com a prova real e concreta que alguma quantia monetária foi disponibilizada e utilizada pelo cliente creditado (nos termos do art.º 707º, do CPC).

Sumário elaborado pelo Relator - cf., nº. 7 do art.º 663º, do Cód. de Processo Civil

Texto Integral

ACORDAM os JUÍZES DESEMBARGADORES da 2ª SECÇÃO da RELAÇÃO de LISBOA o seguinte [\[1\]](#):

I - RELATÓRIO

1 - S....., S.A.;

- C....., S.A.;

- AL.....S e H....., executados nos autos de execução nº. 3007/13.4TBBRR, deduziram, em 03/06/2015, oposição mediante embargos de executado, contra a Exequente B....., S.A. (presentemente O....., S.A.), requerendo que, em juízo da sua procedência, seja declarada extinta a execução, com as consequências legais daí advindas. Alegaram, em súmula, o seguinte:

- i) o contrato de abertura de crédito garantido pela livrança e hipoteca e o documento complementar à escritura pública de hipoteca incluem cláusulas gerais contratuais gerais proibidas e, por isso, nulas, que identifica;
- ii) a Embargada não concedeu a totalidade dos financiamentos acordados com a executada G..., SA, quer no contrato de abertura de crédito de 10/10/2011, quer no contrato de abertura de crédito celebrado em 04/06/2008, o que inviabilizou a conclusão das obras e impediu a libertação do crédito, nos termos contratados;
- iii) por força da grave crise económico-financeira que o país atravessou a partir de 2010, os pressupostos de mercado que estiveram na base da prestação das referidas garantias alteraram-se, pelo que devem os avalistas ser exonerados da dívida e a hipoteca, por aplicação do disposto no artigo 437.º do Código Civil;
- iv) finalmente, a Embargada não deu cumprimento às obrigações previstas no

Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de Outubro, aplicável, pelo que devem os Embargantes ser absolvidos da instância.

2 - Conforme despacho de 05/07/2018, foram tais embargos liminarmente admitidos, tendo-se determinado a notificação da Exequente para, querendo, contestá-los.

3 - Em 03/09/2018, veio a Exequente/Embargada apresentar contestação, por impugnação, aduzindo, em resumo, que:

- em relação ao montante executivo provisoriamente fixado, foi peticionado pela Exequente o montante global de €631.093,54, na sequência do incumprimento do Contrato celebrado;
- sendo que, no que concerne ao valor dos honorários e despesas expectáveis e peticionadas pelo Agente de Execução, apenas a este compete prestar os devidos esclarecimentos;
- existe uma cumulação de dois títulos: livrança e escritura de hipoteca, sendo que todos os Executados foram parte original na relação processual, assumindo as suas posições de garantes, através do aval apostado na livrança e da constituição da hipoteca;
- o original da livrança foi devidamente junto aos autos, sendo que em relação ao original da Escritura e do Contrato, inexistente qualquer disposição legal que obrigue à junção dos originais, fazendo as cópias juntas aos autos prova suficiente do alegado;
- o Contrato de Abertura de Crédito para fomento à Construção com Hipoteca outorgado não é, por definição, um contrato de adesão, pois existiram efectivas negociações entre as partes;
- atenta a dimensão da instituição bancária outorgante, existem algumas cláusulas pré-redigidas, mas sempre passíveis de negociações, tendo aqueles como única finalidade a de auxiliar o Banco na contratação em massa, e não a de evitar que a contraparte o possa influenciar;
- as cláusulas relativas às condições, prestações, valores de juro, garantias, etc., resultam de negociações entre o Banco e o Cliente, as quais permitem que as cláusulas se adaptem às pretensões das partes, e sejam fruto da sua vontade, e não de uma vontade unilateral do Banco;
- pelo que não é verdade que os Executados se tenham limitado a aderir às condições pré-formuladas pelo Banco;
- sendo, ainda, surpreendente tal invocação da nulidade das cláusulas constantes do contrato com base no regime das Cláusulas Contratuais Gerais, apenas depois de utilizado o crédito concedido e depois de ter existido incumprimento contratual;
- pelo que tal actuação dos Executados constitui abuso de direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*;

- caso se venha a considerar que os contratos mencionados nos autos classificam-se como contratos de mera adesão, as cláusulas cuja nulidade foi invocada são válidas e plenamente eficazes;
- efectivamente, nenhuma confere discricionariedade ao Banco para determinar o tempo de vigência do contrato, e muito menos a sua resolução depende exclusivamente da vontade do Exequente;
- antes emergindo o direito de resolução do incumprimento de uma obrigação contratual por parte dos Executados;
- sendo que, numa última análise, a resolução, ou não, depende apenas do cumprimento das obrigações por parte dos Executados;
- causa espanto a alegação de que o valor do financiamento acordado tenha sido de € 7.500.000,00, o qual difere do acordado e que consta estipulado nos Contratos e na Escritura de Hipoteca, na quantia de €710.000,00;
- não ocorreu qualquer alteração anormal das circunstâncias que justifique a resolução ou modificação do negócio jurídico;
- pelo que o negócio jurídico não deve ser reduzido, porquanto os Executados, na qualidade de avalistas, prestaram uma garantia pessoal, autónoma e solidária, pelo que, havendo incumprimento, respondem perante as mesmas pessoas e na mesma medida que o subscritor da livrança;
- inexistindo, assim, qualquer motivo para a modificação do negócio jurídico e, conseqüentemente, liberar-se os avalistas e cancelar a hipoteca;
- inexistiu qualquer violação do preceituado no DL nº. 227/2012, de 25/10, ou seja, que a ora Embargada não tenha procedido a um Plano de Ação para o Risco de Incumprimento (PARI), bem como não tenha procedido à integração dos embargantes no Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI);
- pois, o contrato que deu origem ao preenchimento da livrança foi celebrado com uma pessoa colectiva, encontrando-se a mesma excluída da aplicação do diploma em equação;
- para além de que o Banco de Portugal esclareceu que o Regime Geral não prevê a integração no PERSI dos avalistas de títulos de crédito com função de garantia de contratos de crédito que se encontrem em situação de incumprimento.

Conclui, no sentido da improcedência dos embargos, e conseqüente prossecução da acção executiva até final.

4 - Designada data para a realização de audiência prévia, veio esta a realizar-se, conforme acta datada de 10/11/2020.

No âmbito desta foi:

o proferido saneador *stricto sensu*;

o proferido o seguinte despacho:

“Compulsados os autos, verifico que a execução está suspensa quanto à Executada/Embargante G....., SA, nos termos do artigo 81.º n.º 1 do CIRE, pelo que se impõe de igual modo a suspensão da presente instância declarativa quanto àquela Executada/Embargante, atenta a relação de dependência existente entre a Execução e os presentes Embargos.

Oficie ao processo de insolvência n.º 1629/15.8T8BRR do Tribunal do Comércio do Barreiro, solicitando que informe se foram proferidos os despachos a que alude o n.º 3 do artigo 81.º do CIRE.

Sem prejuízo, notifique a Exequente para informar se mantém interesse no prosseguimento da Execução contra a referida Executada, sendo certo que já reclamou contra esta os seus créditos, como atestam os presentes autos”;

o fixado o valor da causa;

o conhecido acerca da exceção de ilegitimidade passiva da Executada S....., S.A., no sentido da sua improcedência;

o julgada improcedente a exceção dilatória de falta de junção da livrança dada à execução, atenta a junção do original daquele título cambiário;

o requerido pelos Embargantes a concessão de prazo para apresentação de p.i. aperfeiçoada, relativamente ao aduzido nos artigos 41º e segs. do requerimento inicial de embargos, o que foi deferido.

5 - Tal requerimento inicial aperfeiçoado veio a ser apresentado em 25/11/2020, referenciando-se, em resumo, o seguinte:

Ø não se coloca em causa, que o financiamento na origem dos presentes autos, da celebração da escritura de hipoteca e do preenchimento da livrança tenha sido contratado por um valor de capital de €710.000,00, como consta do requerimento executivo;

Ø o que se coloca em causa, desde logo, é o efetivo recebimento por parte da G..... S.A, ora Segunda Embargante, do montante financiado, ainda que por intermédio da ME....., SA., conforme contratado;

Ø contestando-se, ainda, a execução da hipoteca pelo valor de tal financiamento;

Ø não se coloca em causa o que consta da escritura de hipoteca e do respetivo documento complementar, no entanto, na mesma nada é referido quanto ao efetivo recebimento do valor financiado;

Ø porquanto a garantia foi prestada no âmbito de um contrato de abertura de crédito e não no âmbito de um contrato de mútuo, em que a Embargante G....., S.A. tenha declarado que recebeu o montante financiado;

Ø a execução da presente hipoteca, bem como a conduta da ora Embargada, não podem ser cabalmente analisadas, sem que o financiamento aqui em causa seja contextualizado, no âmbito do financiamento global concedido por aquela;

Ø a sociedade G....., S.A., dedicava-se à construção civil, mormente à construção de edifícios habitacionais em terrenos para construção que adquiria;

Ø encontrando-se a sociedade, no decorrer do ano de 2010, a desenvolver a edificação de vários conjuntos de edifícios habitacionais, mormente, nas cidades do Barreiro e Setúbal;

Ø sendo tais projetos financiados não só pelo B....., mas também pela generalidade dos bancos nacionais, incluindo, Caixa Geral de Depósitos, Banco Popular e Banco Espírito Santo;

Ø a partir do ano de 2010, em virtude da crise que grassava no mercado nacional, a sociedade G....., S.A., dedicando-se à construção civil, setor particularmente afetado pela crise, começou a ter dificuldades em fazer face aos seus compromissos, principalmente, para com os fornecedores;

Ø de forma a fazer face a tais obrigações, no que ao B..... respeita, em 31/12/2010, foi celebrado um acordo tripartido, denominado “*CONTRATO TRIPARTIDO DE GESTÃO DE PAGAMENTOS AO EMPREITEIRO NO ÂMBITO DO CONTRATO DE FOMENTO À CONSTRUÇÃO*”;

Ø celebrado entre o B....., a sociedade G....., S.A. e a sociedade ME....., S.A. mediante o qual o banco pagava diretamente aos fornecedores da Segunda Embargante, permitindo assim acabar as obras em curso;

Ø as sociedades G....., S.A e ME....., S.A, integravam o mesmo grupo económico, sendo a primeira o “Dona da Obra” e “Mutuário” e a segunda o “Empreiteiro”, ambas representadas pelo comum Presidente do Conselho de Administração, o Sr. Al....., ora Terceiro Embargante;

Ø naquela mesma data, em 31/12/2010, foi celebrada escritura pública de hipoteca a favor do B....., incidente sobre vários terrenos para construção e múltiplas frações autónomas, para garantia de financiamento no valor de €2.000.000,00 (dois milhões de Euros), efetuado em tal data, em aditamento ao “Contrato de Abertura de Crédito para Fomento à Construção”, celebrado em 04/06/2008, pelo valor de €5.000.000,00 (cinco milhões de Euros), ampliado em €500.000,00 (quinhentos mil Euros) em 04/02/2010;

Ø por imposição dos responsáveis do B....., no âmbito do acordo tripartido, a sociedade ME....., S.A, não era paga como os restantes fornecedores, mas antes mediante o recebimento das quantias devidas ao abrigo do Contrato de Empreitada, por tranches, mediante o bom andamento da obra;

Ø sendo que, a quantia referente aos trabalhos por realizar, de €574.090,80 (quinhentos e setenta e quatro mil noventa Euros e oitenta cêntimos), acrescida de IVA, seria paga com o valor dos distrates das frações vendidas, retirada a parcela correspondente à amortização do empréstimo para os restantes fornecedores;

Ø ou seja, para que a sociedade ME....., S.A., fosse paga teriam de ser concretizadas vendas, o que atenta a conjuntura do mercado não acontecia, porquanto a sociedade G....., S.A., não conseguia vender as frações construídas;

Ø não sendo, assim, paga a sociedade ME....., S.A., não obstante os custos em que como empreiteiro, incorria;

Ø foi no intuito da sociedade G....., S.A., ter meios para efetuar os pagamentos à ME....., S.A., que foi celebrada a escritura de hipoteca, em 10/10/2011, na origem dos presentes autos, cuja cópia foi junta, com o requerimento executivo, como doc. nº 1;

Ø como consta da mesma escritura, surge a embargante S....., S.A., a constituir hipoteca sobre um bem de que é proprietária, para garantir dívidas de sociedade distinta (G....., S.A.), até ao valor de €710.000,00, sem que da mesma escritura resultasse qualquer concessão de crédito ou benefício para a S....., S.A.;

Ø porquanto, na mesma data - 10/10/2011 -, foi celebrado contrato denominado por “CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO PARA FOMENTO À CONSTRUÇÃO”, até ao valor de € 710.000,00, junto aos autos como doc. nº 2, do requerimento executivo;

Ø resulta do mesmo contrato que para garantia do financiamento concedido, “(...) foi na presente data” (10/10/211), constituída hipoteca sobre o imóvel descrito na escritura de hipoteca, junta como doc. nº 1 com o requerimento executivo, propriedade da S..... S.A. (vide, 14. da Cláusula Primeira);

Ø mais se referindo no mesmo contrato, cuja cópia foi junta como doc. nº 2, do requerimento executivo, que tal financiamento se destina exclusivamente à realização de pagamentos ao empreiteiro ME....., S.A. (vide, nº 3, Cláusula Quarta);

Ø os responsáveis do B..... não aceitaram a concessão de um financiamento em forma de mútuo, financiamento que foi atribuído em forma de abertura de crédito;

Ø sucede que, não obstante a constituição da hipoteca para tal financiamento, nunca foram libertados fundos para fazer face à dívida perante a ME....., S.A.;

Ø não obstante as múltiplas solicitações do Administrador da G....., S.A., para que o crédito fosse desbloqueado;

Ø pelo que, do valor do financiamento global aprovado de €7.500.000,00, apenas foi disponibilizada a quantia de €6.800.000,00;

Ø ao contrário do que havia sido acordado;

Ø acresce que tal hipoteca, de acordo com o combinado, apenas subsistiria até à concessão das licenças de habitação, pelo que nem a ME....., S.A., foi paga,

nem o financiamento concluído;

Ø dos seis prédios inicialmente previstos, apenas foram concluídos 2, os quais obtiveram licença de habitação, ficando os demais por acabar;

Ø a ora Embargada, depois de pagar as licenças de construção para o ano de 2012, dois meses depois, decidiu simplesmente cortar os financiamentos e resolver os contratos, ao contrário do que tinha sido contratado;

Ø ficando assim o B....., sociedade ora Embargada, com mais uma garantia, a hipoteca que ora pretende executar;

Ø sem ter feito os pagamentos a que se comprometeu, nem tão pouco concedendo o financiamento a que se obrigou, por documento particular, celebrado em conjunto e na mesma data da escritura de hipoteca, na origem dos presentes autos;

Ø os Embargantes depois de uma relação de muitos anos como clientes da Embargada, sempre baseada na confiança e na boa-fé, não podiam imaginar que os seus responsáveis pudessem vir a agir, da forma acima descrita, com evidente má-fé e aproveitamento de uma situação que eles próprios criaram;

Ø porquanto, se soubessem ou pudessem prever que assim agiriam, nunca teria contratado o financiamento com a Embargada e muito menos teria sido celebrada, com sociedade terceira, a escritura de hipoteca em causa nos presentes autos.

No final, requerem que *“ao abrigo do preceituado no art.º 429º do CPC, seja a Embargada notificada para juntar aos autos, em prazo a designar, documentos comprovativos dos pagamentos efetuados à sociedade ME....., S.A., ou da libertação de fundos à sociedade G..... S.A., para fazer face aos pagamentos àquela devidos, no âmbito do contrato de abertura de crédito para fomento à construção, junto como doc. nº 2, com o requerimento executivo, a que os Embargantes não têm acesso e se encontram na posse da Embargada, o que fazem para prova da matéria de facto alegada nos pontos 2º, 3º, 17º a 20º, 28, 29º e 33º do presente requerimento”*.

6 - Veio a Embargada pronunciar-se acerca de tal requerimento inicial aperfeiçoado, aduzindo, em resumo, o seguinte:

§ os Embargantes vêm, mais uma vez, sustentar que a sua situação de incumprimento teve por base a crise económica que assolou o mercado nacional em 2010;

§ todavia, tal é alheio à Exequente, ora Embargada, sendo o contrato dado à execução posterior ao começo da crise, logo esta não foi uma alteração imprevisível, uma vez que as circunstâncias externas não sofreram nesse período uma alteração anormal;

§ não consegue a Embargada alcançar o que pretendem os Executados com a junção dos Documentos n.ºs 1 e 2, pois que em nada influem com o objecto do

presente litígio, pelo que deverão ser desentranhados, o que desde já se requer;

§ conforme resulta da escritura já junta aos autos com o Requerimento Executivo, a Sociedade G....., S.A. reconheceu ter-lhe sido concedido um crédito até ao valor limite de €710.000,00 (setecentos e dez mil euros) e como garantia do bom cumprimento foi constituída hipoteca sobre o imóvel; § pelo que mais uma vez se esclarece que o valor do financiamento acordado não é de €7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil euros), mas sim de €710.000,00 (setecentos e dez mil euros), sendo que a previsão inicial sempre foi de construir cinco e não seis lotes de terreno;

§ ademais, não poderia a Embargada ficar infundavelmente vinculada a um contrato que foi incumprido por parte dos Executados;

§ sendo que as cláusulas 3.º e 4.º do documento complementar não permitem ao Banco a resolução ou denúncia de forma arbitrária;

§ a resolução, ou não, depende tão somente do cumprimento das obrigações por parte dos Executados, o que não se verificou neste caso, tendo o Banco sempre pautado a sua actuação pelos ditames da Boa-Fé;

§ pelo que, para além de não se verificar uma alteração anormal das circunstâncias, verifica-se um incumprimento das responsabilidades contratuais, pelo que a hipoteca encontra-se validamente constituída e pode ser accionada;

§ carecendo de qualquer fundamento legal a pretensão e alegação dos Executados, ora Embargantes, de junção de documentos comprovativos dos pagamentos efetuados à sociedade ME....., S.A., ou da libertação de fundos à sociedade G..... S.A., ao abrigo de contratos que não constituem causa de pedir.

Conclui, no sentido dos presentes embargos serem julgados totalmente improcedentes, por não provados e, conseqüentemente, deverá o processo executivo seguir os seus termos legais.

7 - Foi designada data para a continuação de audiência prévia, que se veio a realizar em 25/05/2021, no âmbito da qual:

- foi fixado o objecto do litígio:

“1. Saber se as cláusulas 3.ª, n.ª 5, e 6.ª do Documento Complementar à Escritura Pública de Hipoteca e as cláusulas 13.ª do «Contrato de Abertura de Crédito para Fomento à Construção» e do 1.ª aditamento a este último, são cláusulas contratuais gerais proibidas à luz do disposto nos artigos 12.º, 18.º, alínea j), e 19.º, alínea d), do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, e, em consequência, nulas;

2. Em caso afirmativo, saber se os executados/embargantes incorrem em abuso de direito ao arguirem tal nulidade;

3. Saber se a embargada, em cumprimento do estipulado no n.º 3 da cláusula quarta do «Contrato de Abertura de Crédito para Fomento à Construção», acima referido, pagou directamente ao empreiteiro Me....., SA, e/ou entregou à segunda embargante, para efeitos de pagamento a este empreiteiro, a quantia global peticionada a título de capital;
4. Saber se a embargada violou as obrigações de financiamento estipuladas no contrato de 04/06/2008, referido nas cláusulas 1.ª, ponto 9, e 7.ª. n.ºs. 2 e 3, do mesmo contrato, e no acordo denominado «contrato tripartido de gestão de pagamentos ao empreiteiro no âmbito do contrato de fomento à construção» e se a invocação do direito de crédito exequendo configura, por isso, abuso de direito.
5. Saber se assiste aos executados/embargantes o direito à modificação dos contratos titulados nos documentos dados à execução, por alteração superveniente de circunstâncias;
6. Saber se é aplicável aos referidos contratos o regime constante do Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de Outubro; em caso afirmativo, se a exequente/embargada violou os artigos 11.º, n.º 1, e 14.º, n.º 1, deste diploma legal, e quais as consequências decorrentes desta violação”;
- foram definidos os temas da prova:
- “1. Apurar se a embargada libertou o montante peticionado, a título de capital, pagando-o à Me....., S.A., ou disponibilizando-o, para esse efeito, à segunda embargante.
2. Apurar se e por que razão a embargada se recusou a disponibilizar os financiamentos previstos nos contratos referidos no ponto 4. do objecto do litígio e se foi a falta desse financiamento que impediu o segundo embargante de reembolsar o crédito concedido no âmbito do contrato de «Contrato de Abertura de Crédito para Fomento à Construção», dado à execução.
3. Apurar se as cláusulas contratuais identificadas no ponto 3. supra, foram negociadas pelas partes.
4. Apurar/esclarecer as circunstâncias de facto que determinaram celebração dos contratos dados à execução e se as mesmas, durante o período de execução do «Contrato de Abertura de Crédito para Fomento à Construção», sofreram alterações e quais”;
- foram apreciados os requerimentos probatórios, tendo sido neste âmbito proferido o seguinte DESPACHO:
- “Nos termos dos artigos 417º e 429º, notifique a embargada para, no prazo de 15 dias, juntar aos autos os documentos especificados pelos embargantes, na parte final da petição aperfeiçoada apresentada em 25/11/2020”.
- 8 - Em 09/06/2021, a Embargada apresentou nos autos o seguinte requerimento:

“O....., S.A., Exequente/Embargada nos autos identificados em assunto, notificada para proceder à junção da documentação especificada pelos embargantes, na parte final da petição aperfeiçoada apresentada em 25/11/2020, vem pela presente solicitar um prazo adicional de 10 dias para o seu envio, porquanto e atentas as vicissitudes da transmissão das posições do B..... para O....., conjugando ainda com a inexistência formal do B..., ainda não foi possível obter tais elementos.

Uma vez que tais atos foram praticados antes da transmissão a sua localização necessita de um procedimento moroso, o qual a atual conjuntura também não é elemento favorável ou colaborador para obtenção mais célere.

Assim ao abrigo da economia processual solicito que se admite a prorrogação do prazo”.

9 - Tendo, em 16/06/2021, sido proferido o seguinte DESPACHO:

“Atentas as razões invocadas, defiro o requerido, iniciando-se o prazo suplementar concedido com a notificação do presente despacho”.

10 - Em 05/07/2021, a Embargada apresentou nos autos novo requerimento, com a seguinte redacção:

“O....., S.A., Exequente/Embargada nos autos identificados em assunto, vem pela presente informar que apesar dos esforços junto do nosso arquivo não foi possível obter os elementos solicitados.

Estava situação fica-se a dever ao facto das circunstâncias em que ocorreu a transmissão das posições do B..... para a O....., nomeadamente o facto de as contas terem todas transitadas para o Banco, S.A..

Apesar de ter ocorrido a transmissão de operações para a O....., as contas onde eram realizados os montantes passaram para a esfera do Banco, S.A.. Desta forma, encontra-se a O..... S.A. impossibilitada de proceder em conformidade com o solicitado por este doutro tribunal.

Contudo sendo que tais elementos estarão da disposição do Banco, S.A., requer-se que se digne a ordenar a notificação desta entidade para juntar a informação pretendida pela Embargante e por este doutro Tribunal”.

11 - Em 20/09/2021, foi proferido o seguinte DESPACHO:

“Requerimento de 05/07/2021: Com cópia do documento 2 junto ao requerimento executivo e do requerimento em apreço, notifique Banco, S.A., nos termos dos artigos 417.º e 432.º do CPC, para, no prazo de 15 dias, juntar aos autos os documentos especificados pelos executados/ embargantes na parte final da petição inicial aperfeiçoada de 25/11/2020”.

12 - Designada data para a realização da audiência de discussão e julgamento, veio esta a iniciar-se em 17/02/2022, no âmbito da qual foi proferido o seguinte DESPACHO:

“Compulsados os autos, verifica-se que Banco, SA, não respondeu

ao ofício que lhe foi dirigido pelo Tribunal, para o efeito determinado no despacho de 20-09-2021.

Trata-se de documentação essencial à boa decisão da causa, pelo que insista pelo cumprimento do referido despacho, agora sob expressa comunicação de multa (artigo 417º do CPC), no prazo de 10 dias.

Decorrido o referido prazo e/ou junta a documentação solicitada, abra conclusão a fim de se prosseguir com os ulteriores termos do processo. Oportunamente será designada data para continuação da Audiência de Julgamento”.

13 - Em 04/03/2022, o Banco, S.A., enviou email aos autos, do qual consta, no que ora releva, o seguinte:

“Temos presente o ofício de V. Exas., acima referenciado no assunto deste correio eletrónico (ofício número 135764249), que mereceu a nossa melhor atenção, sobre o qual informamos que, nos termos dos art. 78º e 79º do Diploma que regulamenta o Regime Geral das Instituições de Crédito, as informações solicitadas encontram-se abrangidos pelo segredo bancário, não nos sendo possível facultá-las, sem obtermos, previamente, autorização dos respectivos titulares, pelo que solicitamos enquadramento legal para o pedido apresentado por V. Exas.”.

14 - Nessa sequência, em 23/03/2022, foi proferido o seguinte DESPACHO:
“Ofício de 04/03/2022:

Visto. Atento o teor do artigo 14.º da PI aperfeiçoada, notifique os embargantes para, em 10 dias, juntarem aos autos as solicitadas declarações de autorização de acesso aos documentos/informações bancárias em causa ou requererem, a este respeito, o que tiverem por conveniente”.

15 - Em 22/04/2022, a Exequente O....., S.A., apresentou nos autos o seguinte requerimento:

“O....., S.A., Embargada nos autos identificados em assunto, vem pela presente solicitar nova notificação dos Embargantes para juntarem as declarações de autorização de acesso aos documentos/informações bancárias, porquanto não o fizeram no prazo de 10 dias.

De sublinhar a falta de colaboração por parte dos Embargantes nesta autorização, porquanto esta autorização é necessária e determinante para a descoberta da verdade de fatos por si alegados”.

16 - Em 11/05/2022, os Embargantes Al....., H..... e S....., S.A., apresentaram nos autos o seguinte requerimento:

“AL....., H..... E S....., S.A., embargantes, melhor identificados no processo à margem referenciado, notificados nos termos e para os efeitos do art. 221.º do CPC, vêm apresentar

RESPOSTA

o que fazem nos seguintes termos:

1. Das disposições preliminares

1º

Obtida a presente notificação, nela não se cuida senão o pedido para serem juntas ao processo *a quo* as devidas declarações que autorizariam o acesso aos documentos/informações bancárias.

2º

Não ignorando que da mesma se extrata também a passível interpretação de ser imputada, ao ora Embargante, a alegada violação do princípio da cooperação.

3º

Questões ambas que merecerão toda a análise e resposta devida. Por mera cautela de patrocínio.

2. Da junção das autorizações de acesso aos documentos/informações bancárias

2.1. Do direito à reserva da intimidade da vida privada

4º

Tanto o direito à reserva de intimidade da vida privada e familiar como o direito a uma tutela jurisdicional efectiva merecem protecção constitucional.

5º

Integrando o direito à reserva da intimidade da vida privada com assento constitucional no art. 26.º, n.º 1, da CRP e acolhido pelo legislador infraconstitucional no art. 80.º do CC como verdadeiro direito de personalidade.

Neste enfoque,

6º

Importa, desde logo, trazer à colação os três primeiros pontos do sumário do douto Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. n.º 9135/00.9TJLSB-N.L1-7, de 03/!2/2019:

I. A recusa de uma parte processual de juntar aos autos o extrato bancário da sua conta pessoal é legítima, se a obediência à notificação para junção importar intromissão na sua vida privada ou familiar.

II. É notório que a observação dos movimentos de uma conta bancária pode desvelar dados da vida privada do seu titular (por onde viajou, quando o fez, que restaurantes, supermercados, lojas, hotéis, ginásio ou outros estabelecimentos frequentou, ou frequenta habitualmente, quando foi ao médico ou fez exames complementares de diagnóstico, quanto gasta em farmácia, etc.).

III. Caso o tribunal peça os extratos à instituição bancária, na falta de autorização do cliente, esse pedido está votado ao insucesso, considerando o

dever de segredo a que as instituições de crédito e sociedades financeiras estão sujeitas.” (itálico e sublinhado nosso).

7º

A autorização de acesso aos documentos/informações bancárias solicitadas pela Embargada integram o núcleo mais restrito da vida privada do ora Embargante.

8º

Porquanto, não as deverá ceder para acomodar a realização de outros direitos não fundamentais.

3. Da violação do princípio da cooperação processual

9º

A recusa do Embargante, em fornecer os elementos solicitados pela Embargada configura, nos termos do art. 417.º, n.º 3, al. b), do CPC, uma recusa legítima do dever de cooperação.

10º

Quis o legislador, no espírito da norma, que configurasse exceção ao princípio em apreço, a Intromissão na vida privada ou familiar.

11º

Nesta medida, e em ponderação perante o direito constitucional, é de interpretar-se o art. 417.º, n.º 3 do CPC, no sentido de que não deverão ser admitidos no processo para efeitos de valoração como prova, documentos ou informações obtidas de forma ilícita.

Isto é,

12º

Sem o consentimento expresso dos intervenientes, ou autorização prévia da respetiva autoridade judiciária para o efeito, sob pena de violação do art. 32.º, n.º 8 da CRP.

13º

Porquanto, é de presumir que o legislador consagrou tal solução por crer ser a mais acertada e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

14º

Assim, é de má fé o levantar da ideia de que no processo a quo o Embargante demonstra despreocupação em cooperar na causa.

15º

E desinteresse na descoberta da verdade dos factos que o próprio alegou.

16º

Quando, em abono da verdade, o que se verifica é que o Embargante está a proteger-se na lei de uma conjuntura que violaria um direito que é seu.

17º

Direito do qual não abdica”.

Deste modo, concluem no sentido de ser julgado improcedente o “pedido de junção das declarações que autorizam o acesso aos documentos/informações bancárias do Embargante”, devendo dar-se “continuidade à regular prossecução dos atos processuais”.

17 - Em 12/05/2022, a Exequente/Embargada apresentou resposta, nos seguintes termos:

a) Cumpre salientar que a resposta é intempestiva;

b) Estão os autos dependentes deste elemento, que é invocado pelos Embargantes;

c) Agora os Embargantes simplesmente não autorizaçãõ acesso ao extrato que permite apurar aquilo que foi por estes invocados;

d) Assim não outra conclusão se pode retirar de que estamos em termos globais perante uma situação de litigância de má-fé;

e) Os autos principais tiveram início em 2013, chegados a 2022, os Embargantes que invocam nunca terem recebido as quantias mutuadas, não permitem a produção da prova?;

f) Prova esta que foram os mesmos consecutivamente a solicitar que fosse produzida;

g) Aqui não está uma questão de cooperação, quando o impulso estava a ser dado pelos Embargantes;

h) Isto é uma situação clara de abuso de direito de venire contra factum proprium com a qual o douto tribunal não poderá compactuar”.

18 - Mediante requerimento de 23/05/2022, vieram os citados Embargantes/ Executados - Al....., H..... e S....., S.A. - responder a tal requerimento, enunciando o seguinte:

“1. Antes de mais, e sem prescindir de todo o exposto no nosso requerimento de 11/05/2022, sempre se dirá que a Embargante assume que solicitou e continua a solicitar que a Embargada produza a prova que alega, como a mesma bem diz.

2. Coisa diferente é a Embargada pretender produzi-la à custa do levantamento do sigilo bancário da Embargante, colocando a exposto toda a vida privada das partes para chegar aos seus intentos.

3. Tanto mais que, no caso em apreço, o que se impõe provar, e de que a Embargante não prescinde, é se efetivamente a Embargada pagou ou colocou a quantia à disposição da Embargante.

4. Ora, estando certa a Embargada da sua razão, bastará provar que o fez, não cabendo à Embargante provar o facto negativo de não recebimento.

5. Seria, pois, uma inversão de ónus de prova de facto negativo, salvo melhor opinião do douto Tribunal, que evidentemente se respeitará.

6. Pelo que, mais uma vez salvo melhor opinião, se entende que cabe a prova

de facto positivo - de pagamento - à Embargada, bastando para isso comprovar que o fez!

7. Mais se reclama afastar as insinuações de litigância de má-fé ou abuso de direito que a ora Embargada alude, quando é a mesma a tentar abusar de um direito que não lhe assiste, por manifestamente excessivo e desadequado ao caso concreto”.

19 - Em 24/05/2022, veio a Exequente/Embargada apresentar nova resposta, na qual referenciou que:

“a) Não estamos perante uma inversão do ónus da prova;

b) Mas para ser produzida a prova pretendida pelos Embargantes é necessário o levantamento do sigilo bancário;

c) Não se pretende fazer prova do negativo, aliás é pretendido o inverso;

d) Vedar o acesso a este elemento é contraditório para os presentes autos;

e) Esta atuação implica uma falta de colaboração censurável e no nosso entendimento não há causa justificativa que permita concluir que não o deverão fazer;

f) Desta forma não assiste qualquer razão aos embargantes e isto é demonstrativo da sua falta de intenção de efetivamente a apurar a verdade”.

20 - Em 31/05/2022, foi proferido o seguinte DESPACHO:

“A exequente, ora embargante, deu à execução, além do mais, um documento particular, datado de 10/10/2011, que titula um «contrato de abertura de crédito para fomento à construção», pelo qual B..... declarou conceder à sociedade G....., SA, ora co-embargante, um crédito até ao montante de €710.000,00 para «construção de 5 lotes de terreno».

No requerimento executivo, pede o pagamento da quantia de €620.988,60, a título de capital, acrescido de juros, imposto de selo e despesas de cobrança, perfazendo a quantia total de €631.093,54.

Os embargantes opuseram-se à execução, impugnando, para o que releva, a efectiva disponibilização do invocado financiamento, quer directamente à G....., SA, quer por meio de pagamentos à sociedade ME....., S.A., que o referido financiamento visava assegurar.

Na PI aperfeiçoada apresentada em juízo em 25/11/2020, vieram os embargantes requerer, ao abrigo do preceituado no art.º 429º do CPC, que a embargada fosse «notificada para juntar aos autos, em prazo a designar, documentos comprovativos dos pagamentos efetuados à sociedade ME....., S.A., ou da libertação de fundos à sociedade G..... S.A., para fazer face aos pagamentos àquela devidos, no âmbito do contrato de abertura de crédito para fomento à construção, junto como doc. nº 2, com o requerimento executivo».

A embargada, notificada para esse efeito, requereu que tais elementos fossem

solicitados ao Banco, SA, para onde transitaram, não estando, por isso, ao seu dispor.

Banco, SA, por sua vez, recusou-se a facultar os elementos de prova solicitados, sob invocação de sigilo bancário.

Nessa sequência, os embargantes foram notificados para, na qualidade de titulares das informações sujeitas a sigilo bancário (cfr. artigo 14.º da PI aperfeiçoada), juntarem aos autos declaração de autorização de acesso a tais elementos.

Por requerimento de 11/05/2022, os embargantes recusaram-se a dar essa autorização, invocando que o acesso a tais informações/documentos bancários viola o seu direito à intimidade da vida privada.

Contudo, afigura-se ilegítima a recusa.

Note-se que está em causa o acesso a documentação bancária que respeita a financiamentos feitos, no âmbito do contrato dado à execução, por B....., SA, à embargante G....., SA, seja directamente, seja por intermédio de uma terceira sociedade comercial (Me....., SA), sociedade que, segundo os embargantes, pertence ao mesmo grupo económico da sociedade G....., SA, sendo que ambas têm por presidente de conselho de administração o embargante Al.....

Ora, embora as pessoas colectivas possam ser titulares de direitos fundamentais compatíveis com a sua natureza (artigo 12.º, n.º 2, da Constituição), não se afigura que o direito à intimidade da vida privada e familiar, consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, seja compatível com a natureza das pessoas colectivas, que são meros centros de imputação de interesses, organizados em torno de uma finalidade comum, no caso de natureza comercial.

Ao recusar o acesso a essa informação bancária, sem causa legítima que o justifique, os embargantes inviabilizam a prova pela embargada - que é quem está onerada com o correspondente ónus (artigo 342.º, n.º 1, do Código Civil, e 715.º do CPC) - de um facto essencial à constituição do direito de crédito emergente do contrato de abertura de concessão de crédito dado à execução, que é a efectiva entrega ao embargante Gopp, SA, do financiamento aí contratado.

Deve, por isso, inverter-se o ónus da prova, nos termos das normas conjugadas dos artigos 417.º, n.º 2, segunda parte, e 344.º, n.º 2, do CPC.

Pelo exposto, determino a inversão do ónus da prova em relação à matéria enunciada no ponto 1. dos temas da prova.

Notifique”.

21 - No âmbito do processo de Insolvência de Pessoa Singular nº.

3887/22.2T8STB, do Juízo de Comércio de Setúbal - Juiz 1, do Tribunal

Judicial da Comarca de Setúbal, no dia 03/08/2022, foi proferida sentença de declaração de insolvência dos ora Embargantes/Executados Al..... e H.....

22 - O que determinou que, em 09/08/2022, a Sra. Agente de Execução procedesse á notificação do Administrador de Insolvência nomeado de que *“a presente execução se encontra suspensa apenas quanto aos executados supra identificados, prosseguindo a execução contra quanto ao executado S....., S.A.”*.

23 - Designada data para a continuação da audiência de discussão e julgamento, veio esta a realizar-se em 23/09/2022.

24 - Na mesma data de 23/09/2022, a Embargante/Executada S....., S.A., juntou aos autos anúncio da sentença de declaração de insolvência da Me....., S.A. - Processo nº. 1886/21.0T8BRR, do Juízo de Comércio do Barreiro - Juiz 4 -, do qual consta que aquela sentença foi prolatada em 04/11/2021.

25 - Em 26/09/2022, a Exequente/Embargada apresentou nos autos novo requerimento, com o seguinte teor:

“O....., S.A., Embargada, com sinais nos presentes autos, vem, mui respeitosamente, na sequência da junção de documentos pela Embargante no pretérito dia 23/09/2022 (referência CITIUS 21813666), expor e requerer o seguinte:

1. Vem a Embargante juntar a estes autos, citamos, «certidão comercial da embargante e publicitação da sentença de insolvência da sociedade Me.....S.A.».

2. Tal junção é desnecessária e irrelevante porquanto:

3. A sociedade Me..... S.A. não parte destes autos, nem dos autos principais, tão pouco é parte nos contratos celebrados com o então B....., S.A.

4. A “posição” da sociedade Me..... S.A. foi apresentada pela Embargante no seu articulado de oposição e atempadamente impugnada no articulado de contestação.

5. A declaração de insolvência da sociedade Me..... S.A., proferida em 05 de Novembro de 2021 é irrelevante para estes autos, os quais foram atuados em 06 de Dezembro de 2013.

6. O mesmo nível de relevância se confere à junção da certidão comercial face aos articulados já apresentados.

Mais,

7. A parte tem o ónus de apresentar requerimento probatório com o articulado em que alegue os factos a provar, admitindo a lei a sua alteração posterior nos momentos previstos na segunda parte do n.º 2 do art. 552.º e bem assim no

n.º 1 do art. 598.º, ambos do CPC.

8. O momento preclusivo para alteração do requerimento probatório (descurando os casos especiais da prova documental, das declarações de parte, da alteração do rol de testemunhas ou até da conformação do objecto da prova pericial) é, nas acções contestadas, a audiência prévia, quando a esta haja lugar, conforme art. 598.º n.º 1 do CPC.

9. Em suma, o requerimento probatório agora oferecido pela Embargante é, para além de irrelevante para a boa decisão da causa, extemporâneo. Nestes termos e nos demais de Direito, sempre com o Douto suprimento de V. Exa., requer-se que mande desentranhar os documentos juntos pela Embargante com o requerimento aqui melhor identificado”.

26 - Em 09/12/2022, foi proferida SENTENÇA, em cujo Dispositivo consta o seguinte:

“6. Decisão

Pelo exposto, julgo improcedentes os embargos de executado e, em consequência, determino o prosseguimento da execução.

Custas pelos executados/embargantes (artigo 527.º, nºs. 1 e 2, do CPC).

Registe e notifique.

Comunique ao AE”.

27 - Inconformada com tal decisão, veio a Embargante S....., S.A., em 31/01/2023, apresentar recurso, no qual formulou as seguintes CONCLUSÕES CONCLUSÕES:

“A- A sentença é nula ao abrigo do disposto na aliena d) do número 1 do artigo 668 do CPC., porquanto não se pronuncia sobre a totalidade do objeto do litígio;

B- Foi invertido o ónus da prova contra os embargantes pessoa coletiva G..... S.A. e pessoas singulares;

C- Tal inversão operou após a sua declaração de insolvência;

D- Pelo que, e estando os autos suspensos face a tais intervenientes processuais a inversão do ónus da prova é de efeito nulo nos presentes autos;

E- Na relação processual embargada/embargante S..... S.A., o ónus da prova referente à matéria controvertida em pontos 3 de “ Questões a decidir “ e “Ata da audiência prévia”, o ónus da prova recai sobre a embargada;

F- Deverá a matéria contida no ponto 2 dos factos não provados ser considerada por provada;

G- Concomitantemente sendo considerado o incumprimento contratual da embargada, e porquanto a efectiva transferência de dinheiro efectuada pelo mutuante é elemento constitutivo ou integrante do contrato de mútuo, de tal forma que este não existe sem que o mutuante proceda à entrega efectiva da quantia mutuada, nascendo a obrigação do mutuário restituir a quantia

mutuada e a respectiva remuneração apenas após aquela entrega.

H- Serem os embargos considerados procedentes Fazendo-se a costumada justiça”.

28 - Não consta dos autos terem sido apresentadas contra-alegações.

29 - O recurso foi admitido por despacho datado de 25/09/2023, como apelação, com subida imediata, nos próprios autos e efeito devolutivo.

Previamente, foi apreciada a invocada nulidade por omissão de pronúncia, concluindo-se pela sua improcedência.

30 - Colhidos os vistos legais, *cumpra apreciar, valorar, ajuizar e decidir*.

**

II - ÂMBITO DO RECURSO DE APELAÇÃO

Prescrevem os n.ºs. 1 e 2, do art.º. 639º do Cód. de Processo Civil, estatuinto acerca do ónus de alegar e formular conclusões, que:

“1 - o recorrente deve apresentar a sua alegação, na qual conclui, de forma sintética, pela indicação dos fundamentos por que pede a alteração ou anulação da decisão.

2 - Versando o recurso sobre matéria de direito, as conclusões devem indicar:

a) As normas jurídicas violadas;

b) O sentido com que, no entender do recorrente, as normas que constituem fundamento jurídico da decisão deviam ter sido interpretadas e aplicadas;

c) Invocando-se erro na determinação da norma aplicável, a norma jurídica que, no entendimento do recorrente, devia ter sido aplicada”.

Por sua vez, na esteira do prescrito no n.º. 4 do art.º. 635º do mesmo diploma, o qual dispõe que *“nas conclusões da alegação, pode o recorrente restringir, expressa ou tacitamente, o objecto inicial do recurso”*, é pelas conclusões da alegação da Recorrente Apelante que se define o objecto e se delimita o âmbito do recurso, sem prejuízo das questões de que o tribunal ad quem possa ou deva conhecer officiosamente, apenas estando este tribunal adstrito à apreciação das questões suscitadas que sejam relevantes para conhecimento do objecto do recurso.

Pelo que, no sopesar das conclusões expostas, a apreciação a efectuar na presente sede determina o conhecimento das seguintes questões:

1. DA EVENTUAL NULIDADE de SENTENÇA, nos quadros da alín. d) (1ª parte), do n.º. 1, do art.º. 615º, do Cód. de Processo Civil (omissão de pronúncia);

2. Seguidamente, aferir acerca da SUBSUNÇÃO JURÍDICA EXPOSTA NA DECISÃO RECORRIDA, TENDO EM CONSIDERAÇÃO OS FACTOS APURADOS, o que implica apreciação do ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA CAUSA.

Neste enquadramento, a apreciação a efectuar na presente sede consubstancia-se, fundamentalmente, em aferir acerca:

- Da inversão do ónus da prova relativamente a sujeitos processuais sem intervenção nos autos (declarados insolventes) - G....., S.A., Al..... e H..... -, sendo tal inversão de efeito nulo nos presentes autos;
- Da não inversão do ónus da prova relativamente à Embargante S....., S.A., mantendo-se o ónus probatório na Embargada/Exequente;
- Da não prova que a Embargada tenha cumprido com as suas obrigações, determinando que o ponto 2 dos factos não provados deva ser considerado provado;
- Do incumprimento contratual da Embargada/Exequente - a efectiva transferência de dinheiro por parte da mutuante é elemento constitutivo ou integrante do contrato de mútuo, pelo que este não existe sem que o mutuante proceda à entrega efectiva da quantia mutuada e, só após, nasce a obrigação do mutuário restituir a quantia monetária e a respectiva remuneração.

**

III - FUNDAMENTAÇÃO

A - FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

Na sentença apelada foi considerada PROVADA a seguinte matéria de facto (procede-se às necessárias correcções e rectificações, nomeadamente decorrentes de manifesto lapso):

1. Em 10/10/2011, a exequente/embargada B....., SA (primeira outorgante), a executada G....., SA (segunda outorgante) e os embargantes Al..... e H..... (terceiros outorgantes ou garantes) celebraram um acordo escrito, com a designação «Contrato de Abertura de Crédito para Fomento à Construção», alterado em 30/03/2012, com as seguintes cláusulas:

«PRIMEIRA

(...)

2. Montante: €710.000,00 (setecentos e dez mil euros)

3. Finalidade: Construção de 5 lotes de terreno.

(...)

5. Prazo: vencendo-se em 28 de Agosto de 2013.

6. Conta de Depósitos à Ordem n.º 59/513563.77/10, da Agência de Setúbal, de que o(s) segundo(s) outorgante(s) é/são titular(es).

7. Prazo máximo de utilização: até 31/03/2012.

(...).

9. Reembolso Integral, mediante utilização de crédito disponibilizado por Contrato de Abertura de Crédito para Fomento à Construção celebrado entre as partes em 04/06/2008, condicionado à apresentação das licenças de utilização das fracções a edificar e objecto do mencionado contrato e dadas aí em hipoteca, ou mediante o termo do prazo, o que ocorrer primeiro.

10. Libertação Inicial: Conforme indicado no n.º 3 da Cláusula Quarta.

(...).

14. Garantias:

14.1. Hipoteca constituída nesta data sobre o prédio sito no Casal ..., Freguesia de Colares, concelho de Sintra, inscrito na matriz sob o artigo e descrito na 2.ª Conservatória do Registo Predial de Sintra.

14.2. Aval de Al..... e H....., à Livrança subscrita pelo(s) segundo(s) outorgante(s) nos termos e condições acordadas no presente contrato.

Os Garantes aceitam expressamente todos os termos e condições do presente contrato, assumindo solidariamente com os segundos outorgantes o cumprimento integral de todas as obrigações pecuniárias dele decorrente (...).

SEGUNDA

O B....., a pedido e no interesse dos segundos outorgantes concede-lhes um crédito até ao montante mencionado na cláusula primeira, que se destina obrigatoriamente à finalidade referida na mesma cláusula (...).

(...)

QUARTA

1. O montante do crédito concedido será creditado pelo Banco na Conta mencionada na Cláusula Primeira.

2. O crédito concedido será utilizado no Prazo Máximo de Utilização, a contar da presente data, nas condições abaixo indicadas e mediante instruções escritas dos segundos outorgantes, endereçadas ao Banco.

3. O presente crédito destina-se exclusivamente à realização de pagamentos ao empreiteiro Me..... (...) e será libertado por pagamento directo do B..... ao Empreiteiro mediante solicitação dos segundos outorgantes e contra a apresentação de facturas directamente relacionadas com a obra.

(...)

SÉTIMA

1. Os montantes utilizados ou os saldos do capital em dívida serão reembolsados e pagos pelo Segundo Outorgante ao B..... até ao termo de vigência deste contrato ou suas eventuais prorrogações.

2. O reembolso antecipado do capital utilizado ou dos saldos em dívida poderá

ainda ser efectuado (...) mediante a apresentação das competentes licenças de utilização referentes aos prédios e fracções identificadas no n.º 4 da Cláusula primeira.

3. Caso o segundo outorgante apresente as respectivas licenças de utilização referidas no número anterior, serão de imediato utilizados os valores disponibilizados no Contrato de Abertura de Crédito para Fomento à Construção celebrado em 04/06/2008 entre o B..... e o segundo outorgante, para reembolso do presente crédito.

(...)

DÉCIMA

1. (...)

2. É nesta data entregue ao B..... uma Livrança em branco emitida e subscrita pelo segundo outorgante à ordem do B....., autorizado desde já o Banco, nos casos de incumprimento deste contrato (...), a preencher pelo valor que lhes é devido, a fixar-lhe a data de emissão e de vencimento (...)».

(...)».

(...)

DÉCIMA TERCEIRA

Sem prejuízo do estabelecido na antecedente cláusula décima primeira nos casos de incumprimento pelos segundos outorgantes de qualquer obrigação emergente deste contrato, e bem assim nos casos previstos no artigo 780.º do Código Civil, ou ainda se o património dos segundos outorgantes for objecto de apreensão judicial ou por qualquer outra forma onerado ou se não cumprirem as obrigações por si/eles assumidas perante o Banco, ou perante outras instituições de crédito ou financeiras do Grupo B....., ou outras operando no mercado português, o Banco poderá reduzir o valor do crédito disponibilizado ao Montante total entretanto utilizado, e considerar automaticamente vencidas as dívidas dos segundos outorgantes resultante do mesmo contrato, dando o mesmo por resolvido».

2. Por escritura pública outorgada em 10/10/2011, a executada/embargente S....., SA, declarou constituir a favor da exequente/embargada uma hipoteca voluntária sobre o prédio sito no Casal ..., Freguesia de Colares, concelho de Sintra, inscrito na matriz sob o artigo e descrito na 2.ª Conservatória do Registo Predial de Sintra, em caução e garantia do bom cumprimento das obrigações emergentes do contrato referido no ponto 1. supra.

3. No documento complementar à escritura pública acima referida, lê-se o seguinte:

«TERCEIRA

O B..... reserva-se, ainda, o direito de:

(...).

5. Considerar o empréstimo garantido vencido, tornando-se imediatamente exigível toda a dívida, se o(s) objecto(s) da hipoteca for(em) alienado(s), arrendado(s) ou por qualquer forma onerado(s), ou desvalorizado, ou se o(s) devedor(es) e/ou garante(s) deixarem de cumprir qualquer das obrigações resultantes do presente contrato ou da lei.

(...)

SEXTA

Sem prejuízo do estabelecido na antecedente cláusula quarta nos casos de incumprimento pelo(s) segundo(s) outorgante(s) de qualquer obrigação emergente deste contrato, o Banco pode reduzir o valor do crédito disponibilizado ao Montante total entretanto utilizado e considerar automaticamente vencidas as dívidas do(s) segundo(s) outorgante(s) resultante do mesmo contrato, dando o mesmo por resolvido».

4. Em garantia e caução de bom cumprimento das obrigações emergentes do contrato referido no ponto 1. supra, a executada G....., SA, subscreveu uma livrança em branco.

5. Os embargantes Al..... e H..... avalizaram a referida livrança, em branco, apondo no verso desta os dizeres «Bom por aval à firma subscritora».

6. Por cartas datadas de 21 de Agosto de 2013, remetidas aos embargantes, a embargada declarou a dívida vencida e interpelou-os para a pagarem, no prazo de 5 dias.

7. A embargada preencheu a livrança referida no ponto 4. supra, pelo valor de €620.988,60, nela apondo como data de vencimento o dia 17/09/2013.

8. Em 31/12/2010, a exequente/embargada, a executada G....., SA, e Me....., SA, um acordo com a designação «Contrato Tripartido de Gestão de Pagamentos ao Empreiteiro no âmbito do contrato de fomento à construção», junto com a PI (aperfeiçoada), que aqui se dá por integralmente reproduzida.

E foram considerados, na mesma sentença, como NÃO PROVADOS os seguintes factos:

1. A exequente/embargada nunca libertou fundos para fazer face à dívida perante a Me....., S.A., não obstante as múltiplas solicitações do administrador da G....., SA, para que esse crédito fosse desbloqueado.

2. Do valor do financiamento global aprovado de €7.500.000,00 apenas foi disponibilizada a quantia de €6.800.000,00, ao contrário do que havia sido acordado entre representantes da embargada e o Dr. Al.....

3. A hipoteca, de acordo com o combinado, apenas subsistiria até à concessão

das licenças de utilização.

4. Dos seis prédios inicialmente previstos, apenas dois obtiveram licença de habitação, ficando os restantes por acabar, porquanto a embargada depois de pagar as licenças de construção para o ano de 2012, dois meses depois decidiu simplesmente cortar os financiamentos e resolver os contratos, por tal lhe ser conveniente em face das medidas da Troika.

5. A embargada, entre a aprovação dos financiamentos e a sua efectiva concessão, demorou nunca menos de 8 meses, o que atrasou a realização das obras, por falta de financiamento.

6. As cláusulas 3.^a, n.º 5, e 6.^a do Documento Complementar à Escritura Pública de Hipoteca e as cláusulas 13.^a do «Contrato de Abertura de Crédito para Fomento à Construção», na versão introduzida pelo primeiro aditamento, fora objecto de prévia negociação pelas partes.

Ao abrigo do disposto nos nºs. 3 e 4, do art.º 607º, ex vi do nº. 2, do art.º 663º, ambos do Cód. de Processo Civil, consideram-se igualmente PROVADOS os seguintes FACTOS:

9. Nos números 4. e 5. da cláusula QUARTA, do Contrato identificado no ponto 1. da factualidade provada, consta o seguinte:

“4. O B....., mediante o seu exclusivo critério comercial, poderá recusar algum ou alguns pagamentos que entenda não serem devidos.

5. O crédito concedido, só poderá ser mobilizado pelo(s) SEGUNDO(S) OUTORGANTE(S), por valores parciais, correspondentes ao financiamento das diversas fases de construção previstas e acordadas com o B....., e após as «medições de obra» relativas à fase anterior, que comprovem o bom andamento da obra e cuja execução é pressuposto de novas mobilizações”;

10. o requerimento inicial executivo apresentado nos autos do processo executivo, em 03/10/2013, possui o seguinte teor:

“I - Do Contrato de Abertura de Crédito e Escritura de Mútuo com Hipoteca para Fomento à Construção celebrado em 10 de Outubro de 2011 e respectivos Aditamentos

Conforme Escritura de HIPOTECA e Contrato, lavrados a 10 de Outubro de 2011, que se junta como Doc. 1 e 2 que se consideram integralmente reproduzidos para todos os efeitos legais, a Sociedade G....., S.A., reconheceu ter-lhe sido concedido pelo ora Exequente um crédito até ao valor limite de €710.000,00 (setecentos e dez mil euros) destinando-se o mesmo a financiar a Construção de 5 lotes de terreno, nos prédios urbanos sitos na Quinta Adelino Martins, na freguesia de Santo António da Charneca, concelho

do Barreiro.

O referido montante foi concedido desde 10 de Outubro de 2011, com data de vencimento em 31 de Março de 2012, a ser reembolsado e pago pela sociedade ao B....., na data do vencimento, de modo integral, mediante utilização do crédito disponibilizado por Contrato de Abertura de Crédito Para Fomento à Construção celebrado entre as partes em 04/06/2008, condicionado à apresentação das licenças de utilização das fracções a edificar e objecto do mencionado contrato e dadas aí em Hipoteca, ou mediante o termo do prazo, o que ocorrer primeiro, cfr. referido no n.º 9 da Cláusula Primeira, do doc. 2 já junto.

Em caução e garantia do bom cumprimento de todas e quaisquer obrigações ou responsabilidades, do contrato já junto sob doc. 2, a Sociedade ora Executada, "S....., S.A.", declarou constituir uma hipoteca voluntária, a favor do Exequente, destinada a garantir o pagamento da quantia mutuada, juros, despesas judiciais e extrajudiciais, sobre o seguinte bem imóvel propriedade da ora Executada, cfr. Escritura de Hipoteca já junta sob o doc. 1:

1. Prédio Urbano, composto de moradia unifamiliar de rés-do-chão, primeiro andar e logradouro, sito em Casal ..., freguesia de Colares, concelho de Sintra, descrito na Segunda Conservatória do Registo Predial de Sintra sob o número....., da citada freguesia, com aquisição a favor de S....., S.A., pela apresentação dois mil novecentos e vinte e três, de vinte e nove de Janeiro de dois mil e nove, inscrito na matriz sob o artigo, com valor patrimonial tributário de 190.660,00 euros. A hipoteca mencionada encontra-se devidamente registada a favor do Banco mutuante, como decorre da certidão predial que ora se junta sob o Doc. 3 e se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais, através da Ap. 1177 de 2011/10/10, garantindo um capital de €710.000,00 (setecentos e dez mil euros) e assegurando um montante máximo de €941.516,80 (novecentos e quarenta e um mil quinhentos e dezasseis euros e oitenta cêntimos).

Assim,

Vence juros à taxa e nas condições descritas na Cláusula Primeira do Contrato, sendo a taxa de juros a que vigorar para a operação de crédito acrescida de quatro pontos percentuais em caso de mora, a título de cláusula penal.

Mais sendo concedido ao Banco o direito de capitalizar juros vencidos, desde que não correspondam a um período inferior a três meses, ou por menor período, caso venham a existir disposições legais que o permitam.

Sucedo que, pelo 1º Aditamento ao Contrato de Abertura de Crédito de 10/10/2011, celebrado em 30 de Março de 2012, cfr. doc. 4 que ora se junta e se considera integralmente reproduzido para todos os efeitos legais, foi

alterada a Cláusula Primeira no referente à data de vencimento, passando a mesma a ser em 28 de Agosto de 2013.

Tendo sido acrescentada Comissão de Processamento da Prestação de acordo com o estabelecido no preçário em vigor à data do movimento, que à data era de €60,00 por prestação, bem como alteradas as taxas de juros, cfr. ponto 11 e 12 respectivamente da Cláusula Primeira.

A Cláusula Nona, foi alterada, no sentido do B..... poder autorizar o arrendamento do imóvel, devendo o contrato de arrendamento prever as condições na Cláusula especificadas.

A Cláusula Décima foi acrescida ao contrato, prevendo as garantias constituídas a favor do B.....

Nos termos da alteração à Cláusula Décima Terceira, caso o património do Segundo Outorgante, for objecto de apreensão judicial ou por qualquer outra forma onerado, e no que demais na mesma cláusula se prevê, poderá o Banco considerar automaticamente vencida a dívida, dando o contrato por resolvido. A Cláusula Décima Quarta acrescenta que, sendo a garantia hipotecária de 1º grau, a mesma poderá ficar sujeita ao cumprimento de obrigações hipotecárias a emitir directamente pelo B....., S.A., ou por outras entidades, cfr. previsto na mesma cláusula.

Na Cláusula Décima Sexta, passa a prever que o B..... tem o direito a dar em garantia o presente crédito a terceiros para efeitos de refinanciamento, nos termos melhor concretizados na respectiva cláusula.

Acresce que, em garantia e caução do bom cumprimento de todas as obrigações derivadas do empréstimo concedido, a Sociedade "G....., S.A." subscreveu uma livrança em branco.

Adicionalmente, os ora Executados Al..... e H..... prestaram caução e garantia do bom cumprimento dos termos contratuais, mediante aposição de aval na livrança subscrita pela Sociedade G....., S.A."

Sucedem, porém, que os ora Executados incumpriram com o pagamento das prestações a que estavam obrigados perante o Banco por via do empréstimo concedido, originando o vencimento antecipado das prestações vincendas, nos termos do artigo 781º do Código Civil.

Assim, o Banco ora Exequente procedeu ao preenchimento da livrança pelo valor devido por força do incumprimento do contrato que lhe subjaz, no montante de €620.988,60 (seiscentos e vinte mil novecentos e oitenta e oito euros e sessenta cêntimos), acrescido de €3.104,94 (três mil cento e quatro euros e noventa e quatro cêntimos) a título de imposto do selo, com data de vencimento a 17-09-2013, conforme Doc. 5 que se junta e se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais, constituindo Título Executivo nos presentes autos.

Apresentada a mesma a pagamento junto dos ora Executados, conforme doc. 6, que se junta e se dá por integralmente reproduzidos para todos os efeitos legais, o respectivo valor não foi pago, constituindo ao presente uma dívida vencida, certa e exigível a favor do Banco ora Exequente à qual acrescem juros de mora à taxa de 4% até efectivo e integral pagamento

Pelo que vê-se obrigado o ora Exequente a recorrer à presente via para se ressarcir do seu crédito, ao qual acrescem juros de mora até integral e efectivo pagamento, bem como as despesas e encargos judiciais e extrajudiciais tidas pelo Exequente pela cobrança dos seus créditos.

Assim,

A Livrança constitui título executivo bastante, de acordo com o disposto no art.º 703.º, c) do CPC, sendo certa, líquida e exigível a dívida dela decorrente; Os Executados garantiram pessoalmente o pagamento integral da livrança que se executa, uma vez que nela prestaram, válida e eficazmente o seu aval, nos termos do art.º 30.º e 31.º da LULL;

A dívida é certa, líquida e exigível.”;

11. Tendo, na parte referente à *Liquidação da Obrigação*, feito constar o seguinte:

“I - Do Contrato de Abertura de Crédito e Escritura de Mútuo com Hipoteca para Fomento à Construção celebrado em 10 de Outubro de 2011 e respectivos Aditamentos

Capital, €620.988,60

Imposto do Selo S/livrança, €3.104,94

Perfazendo o montante de €624.093,54 (seiscentos e vinte e quatro mil e noventa e três euros e cinquenta e quatro cêntimos), ao qual devem acrescer juros de mora vencidos e vincendos à taxa de 4%, contabilizados sobre o capital desde 18 de Setembro de 2013, acrescido de Imposto do Selo s/juros até efectivo e integral pagamento.

Ao valor em dívida decorrente do contrato supra mencionado, acrescem ainda as despesas de cobrança no valor de €7.000,00 (sete mil euros), as quais são devidas nos termos das cláusulas contratuais gerais do contrato outorgados pelo Executado, bem como nos termos do arts. 798º e 804º do Código Civil. Totalizando o valor de €631.093,54 (seiscentos e trinta e um mil e noventa e três euros e cinquenta e quatro cêntimos)”;

12. E indicando como título executivo “1 Livrança”.

**

B - FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO

I) Da NULIDADE de SENTENÇA POR OMISSÃO DE PRONÚNCIA - artº. 615º, nº. 1, alín. d), 1ª parte, do Cód. de Processo Civil

Referencia a Embargante Apelante que a sentença recorrida é nula, em virtude de não se ter pronunciado sobre a totalidade do objecto do litígio. Precisando, referencia que na sentença sob apelo fez-se constar, como uma das questões a decidir, *“saber se a embargada violou as obrigações de financiamento assumidas para com a executada G....., S.A., no contrato acima referido e no contrato de abertura de crédito para fomento à construção celebrado em 04/06/2008 e, em caso afirmativo, quais as consequências jurídicas dessa violação”*.

E que, em sede de audiência prévia, foi definido sob o ponto 3 do objecto do litígio, *“saber se a embargada, em cumprimento do estipulado no n.º 3 da cláusula quarta do «Contrato de Abertura de Crédito para Fomento à Construção», acima referido, pagou directamente ao empreiteiro Me....., SA, e/ou entregou à segunda embargante, para efeitos de pagamento a este empreiteiro, a quantia global peticionada a título de capital”*

Pelo que, resume, pretende-se saber se a Embargada entregou à Embargante G....., S.A., *“as quantias mutuadas em toda a sua plenitude”*, em virtude da efectiva transferência de dinheiro a efectuar pelo mutuante ser *“elemento constitutivo ou integrante do contrato de mútuo, de tal forma que este não existe sem que o mutuante proceda à entrega efectiva da quantia mutuada, nascendo a obrigação do mutuário restituir a quantia mutuada e a respectiva remuneração apenas após aquela entrega”*.

Todavia, aduz, não existe resposta a tal matéria em sede dos factos provados, pelo que objectivamente a sentença não se pronuncia sobre questão que elencou como questão a decidir, definidora do objecto do litígio.

O Tribunal Recorrido, no despacho proferido nos quadros do nº. 1, do artº. 641º, do Cód. de Processo Civil, invoca jurisprudência no sentido de que à decisão sobre a matéria de facto não ser aplicável o regime das nulidades da sentença, previsto no nº. 1, do artº. 615º, do CPC, mas antes o disposto no artº. 662º, nº. 2, alíneas c) e d), do mesmo diploma, bem como não formarem caso julgado formal o despacho de identificação do objecto do litígio e de enunciação dos temas da prova.

Pelo que, entende que a decisão recorrida não padece da invocada nulidade.

Conhecendo:

No regime jurídico das nulidades dos actos decisórios releva “a divergência entre o que é objectivamente praticado ou declarado pelo juiz, e o que a lei determina ou o que resultou demonstrado da produção de prova”. Estamos no campo do *error in procedendo*, que se traduz “na violação de uma disposição reguladora da forma (em sentido amplo) do ato processual: o ato executado é formalmente diferente do legalmente previsto. Aqui não se discute se a questão foi bem julgada, refletindo a decisão este julgamento acertado – por exemplo, é irrelevante que a sentença (à qual falte a fundamentação) reconheça a cada parte o que lhe pertence (*suum cuique tribuere*)” [2] [3]. Assim, nas situações ou manifestações mais graves, o *error in procedendo* fere o acto de nulidade, estando-se perante vícios do acto processual formais, pois os “vícios substanciais, como por ex., os cometidos na apreciação da matéria de fundo, ou na tramitação do processo, são objecto de recurso, não se inserindo na previsão normativa das nulidades” [4].

A diferenciação ocorre, assim, por referência ao *error in iudicando*, que “é um vício de julgamento do *thema decidendum* (seja este de direito, processual ou material ou de facto). O juiz falha na escolha da norma pertinente ou na sua interpretação, não aplicando apropriadamente o direito – dito de outro modo, não subsume correctamente os factos fundamento da decisão à realidade normativa vigente (questão de direito) -; ou falha na afirmação ou na negação dos factos ocorridos (positivos ou negativos), tal como a realidade histórica resultou demonstrada da prova produzida, havendo uma divergência entre esta demonstração e o conteúdo da decisão de facto (questão de facto). Não está aqui em causa a regularidade formal do ato decisório, isto é, se este satisfaz ou não as disposições da lei processual que regulam a forma dos atos. A questão não foi bem julgada, embora a decisão – isto é, o ato processual decisório – possa ter sido formalmente bem elaborada.

A decisão (ato decisório) que exteriorize um *error in iudicando* não é, com este fundamento, inválida. O meio adequado à sua impugnação é o recurso, sendo o objecto deste o julgamento em que assenta a pronúncia. Confirmando-se o julgamento, a decisão é mantida; no caso oposto, é, por consequência, cassada, ou revogada e substituída – dependendo do sistema de recursos vigente” [5].

As nulidades de sentença – cf., artigos 615º e 666º -, integrando, juntamente com as nulidades de processo – artigos 186º a 202º -, “o género das nulidades judiciais ou adjectivas”, distinguem-se, entre si, “porquanto, às primeiras, subjazem desvios ao formalismo processual prescrito na lei, quer por se praticar um ato proibido, quer por se omitir um ato prescrito na lei, quer por se realizar um acto imposto ou permitido por lei mas sem o formalismo

requerido, enquanto que *as segundas* se traduzem na violação da lei processual por parte do juiz (ou do tribunal) prolator de alguma decisão”.

As causas de nulidade da sentença encontram-se inscritas no n.º. 1 do art.º. 615º, o qual dispõe, no que ora releva, ser “*nula a sentença quando:*
(...)

d) *O juiz deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar ou conheça de questões de que não podia tomar conhecimento;*
(...)”.

Relativamente à suscitada causa de nulidade, como vício de limite, a nulidade de sentença enunciada na transcrita alínea d) divide-se em dois segmentos, reportando-se o primeiro, que figura no segmento parcial inicial, à omissão de pronúncia.

O n.º. 2, do art.º. 608º, prevendo acerca das questões a resolver e sua ordem, referencia que “*o juiz deve resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, excetuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras; não pode ocupar-se senão das questões suscitadas pelas partes, salvo se a lei lhe permitir ou impuser o conhecimento oficioso de outras*”.

Nesta tipologia de nulidade, em correspondência com este normativo, “deve o juiz conhecer de *todas as questões* que lhe são submetidas, isto é, de todos os pedidos deduzidos, de todas as causas de pedir e exceções invocadas e de todas as exceções de que oficiosamente lhe cabe conhecer”.

Assim, “*integra esta causa de nulidade a omissão do conhecimento (total ou parcial) do pedido, causa de pedir ou exceção cujo conhecimento não esteja prejudicado pelo anterior conhecimento de outra questão (não a fundamentação jurídica adrede invocada por qualquer das partes).*

Não confundir, porém, *questões* com *razões*, *argumentos* ou *motivos* invocados pelas partes para sustentarem e fazerem vingar as suas posições (jurídico-processuais ou jurídico-substantivas); só a omissão da abordagem de uma qualquer questão temática central integra vício invalidante da sentença, que não a falta de consideração de um qualquer elemento da retórica argumentativa produzida pelas partes” (sublinhado nosso) [6].

Na omissão de pronúncia, nas palavras de Paulo Ramos de Faria e Ana Luísa Loureiro [7], está em equação a vinculação do tribunal em “emitir pronúncia sobre todos os factos *essenciais* alegados carecidos de prova (arts. 607º, n.º. 3, e 608º, n.º. 2), sob pena de ocorrer uma omissão de pronúncia no julgamento da questão de facto. A omissão de pronúncia sobre um facto *essencial* gera a

nulidade da sentença. Esta nulidade, presente na *fundamentação* da decisão final da causa, mas que se reporta à *decisão* de facto, deve ser arguida pela parte interessada, salvo quando impossibilite a reapreciação da causa pelo tribunal superior, sendo aqui de conhecimento oficioso (art. 662º, n.º 2, al. c))”.

No que concerne à presente causa de nulidade, parece ser pacífico e incontroverso que quer o despacho de identificação do objecto do litígio, quer o despacho que fixa os temas da prova, não formam caso julgado formal. Por outro lado, tal como defendido no aresto do STJ de 23/03/2017 - Relator: Tomé Gomes, Processo n.º. 7095/10.7TBMTS.P1.S1, in www.dgsi.pt -, e apesar do aduzido em termos doutrinários, “... o não atendimento de um facto que se encontre provado ou a consideração de algum facto que não devesse ser atendido nos termos do artigo 5.º, n.º 1 e 2, do CPC, não se traduzem em vícios de omissão ou de excesso de pronúncia, dado que tais factos não constituem, por si, uma questão a resolver nos termos do artigo 608.º, n.º 2, do CPC”.

O que permite concluir, *prima facie*, não ser aplicável, no âmbito da decisão sobre a matéria de facto, o regime das nulidades de sentença inscrito no citado n.º 1, do art.º 615º, do Cód. de Processo Civil, mas antes a admissibilidade da modificação da matéria de facto, nos termos inscritos nas alíneas c) e d), do n.º 2, do art.º 662º, ou, ainda, com recurso ao mecanismo previsto no n.º 2, do art.º 663º, ambos do mesmo diploma.

Por outro lado, no caso concreto, não se pode afirmar, com pertinência, que a sentença apelada não tenha apreciado tal matéria.

Efectivamente, conforme resulta dos factos 1. e 2. não provados, fê-lo, de acordo com o que havia previamente decidido por despacho datado de 31/05/2022, ao ter determinado a inversão do ónus da prova de tal factualidade, nos termos dos artigos 417º, n.º 2, 2ª parte, do Cód. de Processo Civil, e n.º 2, do art.º 344º, do Cód. Civil (conforme melhor veremos infra). Pelo que, tendo considerado que o ónus probatório daquela factualidade incumbia aos Embargantes, fê-la constar com a redacção por estes invocada nos artigos 28º e 29º da petição inicial aperfeiçoada, ou seja, numa formulação negativa de tal factualidade.

Donde, pelos fundamentos expostos, não é pertinente concluir-se no sentido de ter ocorrido qualquer omissão do conhecimento (total ou parcial) do pedido, da causa de pedir ou excepção aposta na contestação apresentada aos embargos.

E, ademais, nem sequer é possível concluir que a alegada factualidade tenha sido omitida na apreciação efectuada na sentença apelada, não cabendo no

presente segmento decisório a apreciação da assertividade de tal apreciação. Ou seja, não existiu qualquer omissão de pronúncia na decisão recorrida, nomeadamente que fosse susceptível de inquiná-la com o vício da nulidade. Pelo que, conclui-se, inexiste ou não é configurável o vício de nulidade da sentença resultante de omissão de pronúncia.

II) Da (não) INVERSÃO do ÓNUS da PROVA

Reportando-se ao despacho datado de 31/05/2022, que determinou a inversão do ónus da prova em relação à matéria enunciada no ponto 1 dos temas da prova, referencia a Apelante Embargante/Executada que, na data em que foi proferida a sentença, os autos executivos já se encontravam suspensos, quer quanto aos executados singulares, quer quanto à pessoa coletiva G....., S.A., em consequência de terem sido declarados insolventes.

Pelo que, aduz, foi invertido o ónus da prova no sentido desta passar a caber a sujeitos processuais *“sem intervenção nos autos, por força da suspensão dos mesmos operada ao abrigo do disposto no artigo 88º do CIRE”*, tendo, assim, efeito nulo nos presentes autos, pois, nos termos daquele normativo, *“os autos apenas prosseguiram contra a executada/embargante S..... S.A.”*.

Acrescenta que o ónus da prova nunca foi invertido relativamente à Embargante ora Recorrente, mantendo-se na Exequente/Embargada.

Adita que, tal como referenciado na sentença, não resulta da prova produzida em sede de audiência de julgamento que a Embargada tivesse produzido qualquer prova que permitisse aferir que cumpriu com as suas obrigações, considerando que o ponto 2 dos factos não provados deve ser considerado provado.

Apreciemos:

Consignemos duas apreciações prévias:

- o recurso interposto questiona o decidido no despacho prolatado em 31/05/2022, que determinou a inversão do ónus probatório relativamente a determinada matéria factual.

O que afigura-se ser legalmente possível, pois, não se estando perante qualquer matéria susceptível de apelação autónoma, sempre poderia a mesma ser impugnada no recurso interposto da decisão que colocasse termo à causa - cf., os nºs. 1 a 3, do artº. 644º, do CPC -, não se podendo, assim, aludir, à existência de qualquer caso julgado formal;

- é neste âmbito e sede que a Recorrente acaba por impugnar a matéria factual, no que se reporta a um ponto da mesma, pelo que será no âmbito

desta apreciação que se conhecerá acerca da (im)pertinência do requerido, desde que considerados preenchidos os pressupostos enunciados no art.º 640º, do Cód. de Processo Civil.

Relembremos o teor do despacho datado de 31/05/2022:

“A exequente, ora embargante, deu à execução, além do mais, um documento particular, datado de 10/10/2011, que titula um «contrato de abertura de crédito para fomento à construção», pelo qual B....., S.A. declarou conceder à sociedade G....., SA, ora co-embargante, um crédito até ao montante de €710.000,00 para «construção de 5 lotes de terreno».

No requerimento executivo, pede o pagamento da quantia de €620.988,60, a título de capital, acrescido de juros, imposto de selo e despesas de cobrança, perfazendo a quantia total de €631.093,54.

Os embargantes opuseram-se à execução, impugnando, para o que releva, a efectiva disponibilização do invocado financiamento, quer directamente à G....., SA, quer por meio de pagamentos à sociedade ME....., S.A., que o referido financiamento visava assegurar.

Na PI aperfeiçoada apresentada em juízo em 25/11/2020, vieram os embargantes requerer, ao abrigo do preceituado no art.º 429º do CPC, que a embargada fosse «notificada para juntar aos autos, em prazo a designar, documentos comprovativos dos pagamentos efetuados à sociedade ME....., S.A., ou da libertação de fundos à sociedade G..... S.A., para fazer face aos pagamentos àquela devidos, no âmbito do contrato de abertura de crédito para fomento à construção, junto como doc. nº 2, com o requerimento executivo».

A embargada, notificada para esse efeito, requereu que tais elementos fossem solicitados ao Banco, SA, para onde transitaram, não estando, por isso, ao seu dispor.

Banco, SA, por sua vez, recusou-se a facultar os elementos de prova solicitados, sob invocação de sigilo bancário.

Nessa sequência, os embargantes foram notificados para, na qualidade de titulares das informações sujeitas a sigilo bancário (cfr. artigo 14.º da PI aperfeiçoada), juntarem aos autos declaração de autorização de acesso a tais elementos.

Por requerimento de 11/05/2022, os embargantes recusaram-se a dar essa autorização, invocando que o acesso a tais informações/documentos bancários viola o seu direito à intimidade da vida privada.

Contudo, afigura-se ilegítima a recusa.

Note-se que está em causa o acesso a documentação bancária que respeita a financiamentos feitos, no âmbito do contrato dado à execução, por B....., SA,

à embargante G....., SA, seja directamente, seja por intermédio de uma terceira sociedade comercial (Me....., SA), sociedade que, segundo os embargantes, pertence ao mesmo grupo económico da sociedade G....., SA, sendo que ambas têm por presidente de conselho de administração o embargante Al.....

Ora, embora as pessoas colectivas possam ser titulares de direitos fundamentais compatíveis com a sua natureza (artigo 12.º, n.º 2, da Constituição), não se afigura que o direito à intimidade da vida privada e familiar, consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, seja compatível com a natureza das pessoas colectivas, que são meros centros de imputação de interesses, organizados em torno de uma finalidade comum, no caso de natureza comercial.

Ao recusar o acesso a essa informação bancária, sem causa legítima que o justifique, os embargantes inviabilizam a prova pela embargada - que é quem está onerada com o correspondente ónus (artigo 342.º, n.º 1, do Código Civil, e 715.º do CPC) - de um facto essencial à constituição do direito de crédito emergente do contrato de abertura de concessão de crédito dado à execução, que é a efectiva entrega ao embargante G....., SA, do financiamento aí contratado.

Deve, por isso, inverter-se o ónus da prova, nos termos das normas conjugadas dos artigos 417.º, n.º 2, segunda parte, e 344.º, n.º 2, do CPC.

Pelo exposto, determino a inversão do ónus da prova em relação à matéria enunciada no ponto 1. dos temas da prova.

Notifique” - cf., ponto 20 do relatório.

Enunciemos, ainda, de forma cronológica, os principais actos processuais ocorridos, com eventual relevância para a apreciação das questões equacionadas:

- Os presentes embargos de executado foram instaurados em 03/06/2015;
- Em 10/11/2020, foi prolatado despacho a declarar a suspensão da presente instância declarativa quanto à Executada/Embargante G....., S.A. - cf., ponto 4 do relatório;
- Em 25/11/2020, no âmbito da petição inicial aperfeiçoada, os Embargantes requereram a junção, por parte da Exequente/Embargada, de prova documental traduzida na pretendida junção de documentos comprovativos dos pagamentos efectuados à sociedade Me....., S.A., ou da liberação de fundos à sociedade G....., S.A., para fazer face aos pagamentos àquela devidos, no âmbito do contrato de abertura de crédito para fomento à construção, junto como doc. n.º. 2, com o requerimento executivo inicial - cf., ponto 5 do relatório;

- Em sede de audiência prévia, realizada em 25/05/2021, foram fixados o ponto 3 do objecto do litígio e o ponto 1 dos temas da prova, bem como despacho a determinar que a Embargada juntasse aos autos os documentos especificados pelos Embargantes na parte final da petição inicial aperfeiçoada - cf., ponto 7 do relatório;
- Por requerimento de 05/07/2021, a Exequente/Embargada refere não conseguir obter tais documentos, que os mesmos estarão na posse do Banco, S.A., requerendo a notificação deste para juntar a informação pretendida - cf., ponto 10 do relatório;
- Em 20/09/2021, procedeu-se à notificação do Banco, S.A., para juntar aos autos os especificados documentos e, não tendo o Banco respondido ao ofício enviado, insistiu-se, em 17/02/2022, pela junção dos elementos solicitados - cf., pontos 11 e 12 do relatório;
- Em 04/03/2022, veio o Banco responder, invocando o sigilo bancário para não prestar as informações - cf., ponto 13 do relatório;
- Em 23/03/2022, foi proferido despacho a determinar a notificação dos Embargantes para juntarem aos autos as *“solicitadas declarações de autorização de acesso aos documentos/informações bancárias em causa (...)”* - cf., ponto 14 do relatório;
- Não tendo sido juntas tais declarações, em 22/04/2022, a Embargada/Exequente apresentou novo requerimento, no sentido de determinar-se nova notificação dos Embargantes para juntarem as declarações em falta - cf., ponto 15 do relatório;
- Em 11/05/2022, os Embargantes/Executados Al....., H..... e S....., S.A., apresentaram requerimento no sentido de ser julgado improcedente o *“pedido de junção das declarações que autorizam o acesso aos documentos/informações bancárias do embargante”* - cf., ponto 16 do relatório;
- Em 12/05/2022, a Exequente/Embargada apresenta resposta, mencionando que os Embargantes agem em abuso de direito, na modalidade de *venire contra factum proprium* - cf., ponto 17 do relatório;
- Datado de 23/05/2022, os Embargantes/Executados Al....., H..... e S....., S.A., apresentaram nos autos novo requerimento, mencionando caber à Embargada a prova de tal facto - que pagou ou colocou tal quantia à disposição da Embargante -, ou seja, do facto positivo do pagamento, pelo que deve comprovar que o fez - cf., ponto 18 do relatório;
- Em 24/05/2022, foi apresentada nova resposta por parte da Exequente/Embargada, negando estarmos perante qualquer inversão do ónus da prova, nem que se pretenda fazer prova do negativo, rotulando a actuação dos Embargantes como uma *“falta de colaboração censurável”* - cf., ponto 19 do

relatório;

- Tendo então sido proferido o transcrito despacho de 31/05/2022 - cf., ponto 20 do relatório;
- Em 03/08/2022, foi proferida sentença de declaração de insolvência dos Embargantes/Executados Al..... e H..... - cf., ponto 21 do relatório;
- Tendo o Agente de Execução, em 09/08/2022, procedido à notificação do Administrador de Insolvência, nomeado nos autos de Insolvência de Pessoa Singular dos Embargantes/Executados Al..... e H....., de que “a presente execução se encontra suspensa apenas quanto aos executados supra identificados, prosseguindo a execução quanto ao executado S....., S.A.” - cf., ponto 22 do relatório.

Da presente resenha cronológica, pode-se, desde logo, concluir que aquando da prolação do despacho que determinou a inversão do ónus da prova em relação à matéria factual enunciada no ponto 1 dos temas da prova, apenas relativamente à Embargante/Executada G....., S.A., se encontra suspensa a presente instância declarativa, por força do disposto no n.º 1, do art.º 88º, do CIRE.

Efectivamente, no que concerne aos Embargantes/Executados Al..... e H....., a sentença que os declarou insolventes é posterior - de 03/08/2022 -, sendo que o Agente de Execução apenas notificou o Administrador da Insolvência da suspensão da execução (e, concomitantemente, da suspensão do presente apenso declarativo) em 09/08/2022.

Ora, qual o juízo a efectuar relativamente à determinada inversão do ónus probatório?

O art.º 417º, estipulando a propósito do dever de cooperação para a descoberta da verdade, aduz que:

“1 - Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados.

2 - Aqueles que recusem a colaboração devida são condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil.

3 - A recusa é, porém, legítima se a obediência importar:

a) Violação da integridade física ou moral das pessoas;

b) Intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência

ou nas telecomunicações;

c) Violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no n.º 4.

4 - Deduzida escusa com fundamento na alínea c) do número anterior, é aplicável, com as adaptações impostas pela natureza dos interesses em causa, o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado” (sublinhado nosso).

O princípio da cooperação encontra-se previsto no art.º 7.º, prescrevendo este que:

“1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º.

4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”.

No âmbito probatoriamente substantivo, prevendo acerca da inversão do ónus da prova, prescreve o n.º 2, do art.º 344.º, do Cód. Civil, existir “também inversão do ónus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações”.

Refere José Lebre de Freitas - *Introdução ao Processo Civil Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código*, 4ª Edição, Gestlegal, pág. 188 e 189 - que o n.º 1 do art.º 417.º, e o dever de cooperação em equação (cooperação em sentido material), “colocado em sede de instrução do processo, faz recair sobre as partes - e também sobre terceiros, para tanto solicitados pelo tribunal - o dever de prestarem a sua *colaboração para a descoberta da verdade*, facultando objectos que constituam meios de prova (documentos ou monumentos: arts. 428 a 431 e 416 (...), submetendo-se elas próprias à inspecção judicial (cf., art. 490-1) e ao exame pericial (...)”, existindo apenas

dois limites a considerar: “o respeito pelos *direitos fundamentais* (nomeadamente, o direito à integridade pessoal, o direito à reserva da vida privada e familiar e o direito à inviolabilidade do domicílio, da correspondência e dos outros meios de comunicação privada: arts. 25-1, 26-1 e 34-1 da Constituição da República) e o respeito pelo *direito ou dever de sigilo* (sigilo profissional ou dos funcionários públicos, ou segredo de Estado)”. Assim, enquanto o transcrito artº. 7º consagra um dever geral de cooperação, o artº. 417º traduz a sua emanção no campo da instrução da causa, sendo que tal “*dever de colaboração* na descoberta da verdade não atinge somente as partes, embora a elas se dirija em primeira linha; estende-se também a *terceiros*, atento o interesse público da boa administração da justiça, que necessita da exacta reconstituição da situação de facto a julgar” - cf., Antunes Varela, Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2ª Edição, Coimbra Editora, pág. 478.

A propósito do artº. 519º do Cód. de Processo Civil de 1961, reproduzido no actual artº. 417º, refere Lopes do Rego - *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, 2ª Edição, 2004, Almedina, pág. 453 e 454 - prever o nº. 2 de tal normativo a regulação dos efeitos ou sanções “decorrentes de recusa de colaboração devida, prevendo sucessivamente a condenação em multa, a realização por via coactiva da diligência, a inversão do ónus probatório e a livre apreciação do valor, em termos probatórios, da recusa - sendo evidente que estes dois últimos efeitos pressupõem necessariamente que o recusante seja parte”.

Todavia, devendo os *meios coercitivos que forem possíveis* conciliar-se com os direitos e garantias fundamentais, “em certos casos, a execução específica e coactiva do comportamento devido pela parte ou por terceiro poderá revelar-se incompatível com aqueles direitos fundamentais, pelo que não poderá ter lugar a realização pela força da diligência instrutória pretendida”.

Tal não traduz, contudo, “que a parte ou o terceiro não estivesse efectivamente obrigado a cooperar com o tribunal, nos termos que lhe foram legitimamente determinados: o que se não configura como possível ou exigível é, perante a recusa em acatar espontaneamente o comportamento determinado, ocorrer realização coerciva da diligência instrutória tida por necessária - incorrendo conseqüentemente a parte nas outras sanções previstas na lei: multa (eventualmente por litigância de má-fé, se o comportamento da parte reveste suficiente gravidade), inversão do ónus da prova, se o meio probatório em causa for absolutamente essencial, de modo a que a recusa da parte tenha acabado por tornar impossível a prova à contraparte, livre apreciação da recusa pelo tribunal, nos restantes casos”

(sublinhado nosso).

Todavia, não deve ser considerada “viável a execução coercitiva do exame, no caso de recusa, já que a execução forçada deste já poderia pôr em causa tais direitos (...)”.

Ora, perante a posição do recusante, “se o exame se configurava como absolutamente essencial á determinação da filiação biológica - implicando, conseqüentemente, a recusa do pretense pai a verdadeira impossibilidade de o autor fazer prova da invocada filiação biológica (por exemplo, em consequência de, no caso concreto, inexistirem meios probatórios que a possam demonstrar indirectamente) deverá aplicar-se o preceituado no nº. 2 do art. 344º do CC, presumindo-se a paternidade e passando a incumbir ao recusante o ónus de criar «dúvidas sérias» sobre ela”.

Adrede, acrescenta-se, ainda, no que concerne aos limites ao dever de cooperação inscritos nas alíneas do nº. 3 do artº. 519º (actualmente, artº. 417º), dever adoptar-se uma posição de cautela e ponderação “na densificação e concretização das cláusulas gerais constantes desta norma”. Cita, então, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº. 263/97 (DR, II, 01/07/1997, pág. 2567), onde se exarou que “o direito a proteger, pois que relacionado com a dignidade da pessoa humana, tem ele mesmo de ser exercido com dignidade, pois todas as liberdades, todos os direitos, sofrem as restrições impostas pelo respeito da liberdade e dos direitos dos outros. Ou, se se preferir, a autonomia dos direitos fundamentais é limitada na medida dos deveres de solidariedade para com os outros homens e para com a sociedade pois o seu titular vive em comunidade e, como tal, obriga-se a suportar as restrições e as compressões indispensáveis à acomodação dos direitos comunitários, ordenados ao bem comum de todos”.

Pelo que, nestes termos, impõe-se “uma apreciação ponderada dos interesses em causa, no pressuposto de que a protecção concedida aos direitos em questão não pode limitar intoleravelmente outros direitos: a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos há-de obedecer ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, proibindo o excesso, devendo, por isso, as restrições serem necessárias, adequadas, e proporcionais (cfr. art. 18º da Constituição, segunda parte do seu nº. 2)” [\[8\]](#).

José Lebre de Freitas e Isabel Alexandre - *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 2º, 3ª Edição, Almedina, pág. 222 e 223 - defendem, na esteira do exposto, que, no âmbito do artº. 417º, que é norma de direito probatório material, o comportamento do recusante que seja parte na causa está “sujeito à livre apreciação do julgador para efeitos probatórios, confrontando-se assim com o resultado da produção dos outros meios de prova livre no processo de

formação da convicção judicial sobre a verificação da matéria de facto”. E, inclusive, o mesmo comportamento, de forma mais drástica, pode “determinar, quando verificado o condicionalismo do art. 344-2 CC, a inversão do ónus da prova”, o que acontece “quando a recusa impossibilita a prova do facto a provar, a cargo da contraparte, por não ser possível consegui-la com outros meios de prova, já por a lei o impedir (...), já por concretamente não bastarem para tanto os outros meios produzidos (por exemplo, a destruição, pelo condutor do automóvel, logo após o acidente, dos indícios da sua culpa no acidente de viação, o obstáculo eficaz erguido à deslocação a tribunal dum testemunha da parte contrária ou a não apresentação dum documento na posse da parte pode, se outra prova dos factos em causa não existir ou, existindo, for insuficiente, dar lugar à inversão do ónus da prova, que ficará a cargo da parte não cooperante)” (sublinhado nosso).

No âmbito do mesmo normativo, possui o enunciado dever de cooperação para a descoberta da verdade de dois limites: “o respeito pelos direitos fundamentais, imposto pela Constituição e referido nas alíneas a) e b) do nº. 3 (cf., arts. 25-1 CP, 26-1 CP e 34-1 CP); o respeito pelo direito ou dever de sigilo, a que se refere a alínea c) do nº. 3”.

Traduz o primeiro limite “que a ninguém é exigida a cooperação quando tal implique violação de direitos fundamentais e, ainda – apesar de esta consequência não decorrer do nº. 3 do preceito anotado, mas, mais propriamente, do art. 32-8 CR, aplicável ao processo civil, e do art. 195 -, que não podem ser utilizadas em processo as provas obtidas mediante violação de direitos fundamentais ou cuja produção em juízo implique a violação destes direitos”.

Em anotação ao mesmo normativo, aduzem Abrantes Geraldês, Paulo Pimenta e Luís Filipe Pires de Sousa – *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, Almedina, 2019, Reimpressão, pág. 491 – que, “vigorando o princípio da livre apreciação das provas, não está vedado, antes se justifica com toda a pertinência, que se extraiam dos comportamentos processuais das partes elementos que interfiram na formação da convicção. Tal princípio não vigora apenas para efeitos de apreciação crítica dos meios de prova, devendo estender-se à apreciação da conduta processual, designadamente à que respeita à instrução da causa. Daí que, mesmo sem inversão do ónus da prova, mecanismo que deve ser resguardado para casos de maior gravidade, o juiz poderá sustentar a decisão sobre a matéria de facto provada e não provada também na ponderação do modo como as partes se posicionaram no que concerne ao exercício do ónus de prova e de contraprova e ao acatamento do princípio da cooperação em matéria probatória”.

Acrescentam, ainda, que “efeito mais grave pode traduzir-se na inversão do ónus da prova quando a atitude dolosa ou culposa da parte tiver inviabilizado a prova de um facto a cargo da contraparte, por não ser possível fazer tal prova com recurso a outros meios, quer por impedimento legal (v.g. arts. 313º, nº. 1, e 364º do CC), quer por insuficiência dos meios de prova produzidos, inexistindo meios de prova complementares ou alternativos disponíveis”. E, citando entendimento jurisprudencial, aditam que “à impossibilidade de prova por atuação culposa da parte não colaborante deve equiparar-se uma colaboração reticente ou parcialmente inviabilizadora da prova, desde que dessa falta de colaboração resulte, comprovadamente, fragilidade probatória causada pelo recusante” (sublinhado nosso).

Perfilhando idêntico entendimento, aduz Francisco Manuel Lucas Ferreira de Almeida - *Direito Processual Civil*, Vol. II, 2015, Almedina, pág. 239 - ocorrer “inversão do ónus da prova quando *a parte contrária tiver culposamente impossibilitado (tornado impossível) a prova do facto ao onerado* (cfr. o nº. 2 do artº 344º do CC)”.

Nesta situação, “não considera a lei o facto controvertido como irrefutavelmente provado, mas inverte quanto a ele o ónus da prova com base na *regra da experiência* de que quem coloca *entraves excessivos, ou mesmo insuperáveis, à descoberta da verdade material* é quem mais descrê da consistência do seu direito, para além de que *viola o princípio básico da cooperação entre as partes*, na (s) sua(s) vertente(s) da *colaboração processual instrutória e probatória* (artº 417º, 1º 1).

Daí que a inversão do ónus da prova funcione, nesta hipótese, como uma espécie de sanção à parte não colaborante (...)” (sublinhado nosso).

João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa - *Manual de Processo Civil*, Vol. I, AAFDL, 2022, pág. 494 e 501 a 503 -, ajuizando acerca da inversão legal do ónus da prova quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova da contraparte onerada, referenciam que tal ocorre “quando uma das partes impossibilita, por culpa própria, a prova de um facto alegado pela outra parte”, ou seja, tal inversão é justificada “pela circunstância de a conduta da contraparte ter tornado subjectivamente difícil a prova à parte onerada e, por isso, o apuramento da verdade; por exemplo: a parte que destruiu um testamento tem de provar que não são verdadeiros os factos favoráveis à contraparte que, supostamente, dele constavam”. Desta forma, o transcrito nº. 2, do artº. 344º, do Cód. Civil, “pressupõe um elemento objectivo - que é uma acção ou omissão da parte que torna impossível a prova pela parte onerada - e um elemento subjectivo - que é a

actuação culposa da parte”, defendendo que, para além do dolo ou negligência grave, este normativo também abrange a mera negligência. O que é justificado pelo facto deste n.º 2, do art.º 344º, do Cód. Civil, não visar “sancionar uma acção ou omissão em processo (desde logo, porque, muito frequentemente, a destruição da prova ocorreu antes da pendência do processo), mas reagir contra a impossibilidade de a parte onerada, por culpa da contraparte, cumprir o ónus da prova. É a necessidade de ultrapassar esta impossibilidade que justifica a inversão do ónus da prova imposta pelo art. 344º, n.º 2, CC” (sublinhado nosso).

Defende Lebre de Freitas - *Código Civil Anotado*, Vol. I, 2017, Coordenação de Ana Prata, Almedina, pág. 427 e 428 - constituírem exemplos de aplicação da sanção de inversão do ónus da prova, à parte não onerada, que culposamente impeça o onerado de efectuar a prova do facto, a situação em que “o condutor do automóvel destrói, após a colisão, os indícios da sua culpa no acidente de viação, quando uma das partes impede a testemunha oferecida pela outra de se deslocar ao tribunal, quando a parte notificada para apresentar um documento não o apresenta (art. 430º do CPC) ou declara que não o possui, tendo-o já possuído e não provando que ele desapareceu ou foi destruído sem culpa sua (art. 431º do CPC), (...); e quando, dum maneira geral, a parte recusa colaborar para a descoberta da verdade (art. 417º, n.º 2, CPC)” [\[9\]](#). Cita, ainda, aresto do STJ que “equipara à impossibilidade da prova por atuação culposa da parte «a *colaboração reticente* ou parcialmente inviabilizadora da prova, desde que dessa falta de colaboração resulte, comprovadamente, *fragilidade probatória* causada pelo recusante»”, referenciando outros Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça que negam “a equiparação da dificuldade probatória à impossibilidade de prova e sujeitando, na primeira situação, a conduta da parte à livre apreciação do tribunal”.

Defendendo, igualmente, que a conduta da contraparte “inviabilizadora da prova ao onerado tanto pode assentar em dolo como em negligência («*culposamente*»)", defende Luís Filipe Pires de Sousa - *Direito Probatório Material Comentado*, Almedina, 2020, pág. 42 e 43 - que “dos princípios da boa-fé e da cooperação (arts. 7º e 8º do CPC) deriva o dever de as partes conservarem os meios de prova, de forma que a parte deve ser sancionada se, por negligência, viola tal dever”.

Acrescenta que, por identidade de razões, “há que aquilatar se a parte - que requiere a junção de meio de prova pela contraparte - poderia ter-se munido de prova, nomeadamente face ao regime do art. 787º, de molde a evitar que, por negligência do requerente, ocorra uma indevida inversão do ónus da prova”

”.

Por fim, citando entendimento doutrinário, aduz que “havendo dúvida sobre «a verificação do requisito da impossibilidade de prova, é julgada tal questão contra o requerente da inversão, a quem cabe provar tal impossibilidade, pois esta é um facto que o favorece nos termos do art. 342º CC, regra geral de repartição do ónus da prova»” (sublinhado nosso).

Da conjugação do disposto nos artigos 417º, nº. 2, do Cód. de Processo Civil, e nº. 2, do 344º, do Cód. Civil, podemos enunciar o seguinte:

- O artº. 417º, do CPC, consagra, no âmbito da instrução da causa, um dever geral de cooperação (ou colaboração), nomeadamente na conservação dos meios probatórios, com o desiderato da descoberta da verdade material, tendo por pressuposto uma almejada boa administração da justiça;
- A legal solução de inversão do ónus probatório justifica-se quando a parte não onerada com a prova, através da recusa do dever de cooperação (pré-processual ou processual), impossibilita a prova do facto probando pela parte onerada com tal prova, seja devido à impossibilidade de prová-lo por outros meios, seja por legal impedimento, ou, ainda, por não se revelarem bastantes os outros meios probatórios produzidos, inexistindo outros, alternativos ou complementares, disponíveis;
- Tal mecanismo, todavia, deve ser reservado para os casos de maior gravidade, funcionando como uma espécie de sanção ou censura à parte não cooperante/colaborante;
- Ainda que se admita que o mesmo deva englobar não só os comportamentos dolosos e de negligência grave, como ainda os comportamentos meramente culposos, ainda que eivados daquele *plus* de gravame;
- Para que tal inversão do ónus da prova ocorra é *mister* a ocorrência de uma acção ou omissão da parte não onerada com a prova, que impossibilite a prova pela contraparte onerada (ou, pelo menos, que parcialmente a inviabilize) - elemento objectivo -, e que aquela conduta, activa ou omissiva, seja praticada, pelo menos, a título negligente - elemento subjectivo;
- Urgindo, ainda, aferir, em concreto, se a parte que requiere a junção de meio probatório, pela contraparte, não foi, ela própria negligente em munir-se de tal prova, por forma a evitar-se que ocorra indevida inversão do ónus de prova.

Ora, justificaram os Embargantes/Executados, com a sua conduta, que tivesse sido determinada a inversão do ónus probatório, com posteriores reflexos na sentença recorrida?

Em primeiro lugar, urge referenciar que o primeiro requerimento para a

junção da enunciada prova documental - documentos comprovativos dos pagamentos efectuados à sociedade Me....., S.A., ou da liberação de fundos à sociedade G....., S.A., para fazer face aos pagamentos àquela devidos, no âmbito do contrato de abertura de crédito para fomento à construção, junto como documento nº. 2, com o requerimento executivo - foi formulado pelos próprios Embargantes que ainda permaneciam nos autos, ou seja, pelos Embargantes Al....., H..... S....., S.A..

E, só após a Embargada/Exequente ter referido que os não conseguia obter, por alegadamente estarem na posse do Banco, sendo este notificado para os juntar, e invocando o dever de sigilo bancário, é que se criou a situação de alegada falta de cooperação dos notificados Embargantes, em virtude de, tendo sido notificados para juntarem as declarações de autorização para acesso aos documentos/informações bancárias, terem vindo negar a emissão de tais declarações.

Existe, todavia, em todo este um procedimento um manifesto equívoco por parte do Tribunal a quo, cristalizado na decisão determinante da inversão do ónus em relação à matéria factícia contida no ponto 1 dos temas da prova.

O que passamos a explicitar.

Em primeiro lugar, para que pudesse ocorrer, legitimamente, a inversão do ónus probatório, a parte notificada para prestar a informação pretendida, ou seja, e *in casu*, para juntar aos autos as enunciadas declarações de autorização para acesso aos documentos/informações bancárias, teria, desde logo, que possuir disponibilidade sobre os elementos solicitados, de forma a poder colaborar com o Tribunal, pois, só assim seria possível lograr-se estar perante situação de recusa de colaboração para efeitos probatórios.

Ora, a notificação foi efectuada aos Embargantes/Executados avalistas, bem como à S....., S.A., proprietária do imóvel hipotecado (garante), únicos que ainda se encontravam nos autos, e não à Executada/Embargante G....., S.A. (nomeadamente na pessoa do administrador de insolvência nomeado), em virtude de, já naquela data, os autos de execução (e de embargos) se encontrarem suspensos relativamente à mesma.

Todavia, tendo as aludidas declarações de autorização de acesso aos documentos/informações bancárias, por desiderato, a obtenção de documentação bancária que comprovasse os pagamentos efectuados pelo então B....., S.A., à sociedade Me....., S.A., ou a liberação de fundos, por parte da mesma instituição bancária, à sociedade G....., S.A., outorgantes do aludido Contrato de Abertura de Crédito para Fomento à Construção, resulta claro que os documentos bancários que eventualmente pudessem retractar tais putativos movimentos reportam-se às contas bancárias quer da terceira Me....., quer da G....., S.A.. E não,

claramente, a quaisquer contas bancárias que tivessem por titulares os notificados avalistas e garante.

Desta forma, tal inversão do ónus probatório nunca poderia ser operatória, pelo que, conforme melhor veremos infra, caberia à Exequente/Embargada o ónus de provar que procedeu à entrega da quantia feita constar no citado Contrato de Abertura de Crédito.

E, nem se afirme que tendo sido o identificado avalista Al..... o legal representante da G....., S.A., sempre a sua notificação para a prestação da aludida autorização poderia traduzir e consubstanciar concreta notificação daquela sociedade.

Efectivamente, não só a notificação do mesmo não foi feita naquela qualidade de aludido representante legal societário, como, ainda, naquela data, estando a G....., S.A., já declarada insolvente, a sua representação sempre seria assegurada pelo administrador de insolvência nomeado - cf., o artº. 81º, do CIRE -, e não pelo administrador societário.

Acresce, ainda, que se tal poderia ser equacionável relativamente à concretizada notificação do identificado Al....., nunca tal juízo seria extensível á Embargante S....., S.A., pois esta não possuía qualquer disponibilidade para permitir o acesso à informação bancária, apenas figurando como garante na aludida outorga do Contrato de Abertura de Crédito.

Em segundo lugar, resulta evidente, do quadro apontado, a total ausência de preenchimento dos requisitos ou pressupostos, conducentes à inversão do ónus da prova, nos termos em que estes são delineados no transcrito nº. 2, do artº. 344º, do Cód. Civil.

Efectivamente, constatámos ser necessário, para a ocorrência da inversão do ónus da prova, a ocorrência de uma acção ou omissão da parte não onerada com a prova, que impossibilite a prova pela contraparte onerada (ou, pelo menos, que parcialmente a inviabilize) - elemento objectivo -, e que aquela conduta, activa ou omissiva, fosse praticada, pelo menos, a título negligente - elemento subjectivo.

Ora, relativamente aos Embargantes, verifica-se, desde logo, uma total ausência no preenchimento do enunciado elemento objectivo, ou seja, que aqueles, de forma activa ou omissiva, tenham impossibilitado ou inviabilizado a prova a cargo da Embargada/Exequente, pois, o fornecimento aos autos da aludida prova documental não dependia, fosse a que título fosse, do seu consentimento ou autorização para o invocado levantamento do sigilo bancário.

Aliás, sempre se dirá que muito se estranha o comportamento processual da mesma Embargada/Exequente que, apesar de não ter sido a impulsionadora

inicial da junção da pretendida prova documental, veio a revelar-se a principal interessada naquela junção, nomeadamente ao não ter deduzido incidente de quebra de sigilo profissional (sigilo bancário), que, na ponderação dos interesses em litígio, sempre poderia putativamente permitir, face ao princípio da prevalência do interesse preponderante, o acesso a tal documentação bancária.

Resulta, assim, do exposto, que a decretada inversão do ónus de prova, relativamente á descrita matéria factual - *apurar se a embargada libertou o montante petitionado, a título de capital, pagando-o à ME....., S.A., ou disponibilizando-o, para esse efeito, à segunda embargante -*, não possui fundamento legal, pelo que não pode subsistir, antes se devendo reconhecer, conforme melhor analisaremos infra, que o ónus probatório de tal factualidade incumbe, efectivamente, à Exequente/Embargada.

Na sequência da cessação de tal juízo de inversão, referencia, ainda, a Recorrente Embargante não resultar da prova produzida em sede de audiência de julgamento que a Embargada tivesse produzido qualquer prova que permitisse aferir que cumpriu com as suas obrigações, considerando que o ponto 2 dos factos não provados deve ser considerado provado.

Este facto não provado tem a seguinte redacção:

“Do valor do financiamento global aprovado de €7.500.000,00 apenas foi disponibilizada a quantia de €6.800.000,00, ao contrário do que havia sido acordado entre representantes da embargada e o Dr. Al.....”

Na fundamentação da fixada matéria factual, e no segmento que ora importa, a sentença recorrida ajuizou nos seguintes termos:

“Quanto aos factos não provados, por não se ter produzido qualquer prova demonstrativa da sua verificação. Sublinhe-se que os embargantes não produziram qualquer prova testemunhal, não tendo de igual modo juntado quaisquer documentos que atestassem os factos alegados, designadamente cartas de resposta às cartas de interpelação que lhes foram remetidas pela exequente/embargada, juntas com o requerimento executivo, invocando o que agora alegam, no que respeita à não libertação do crédito necessário à conclusão das obras, desde logo do crédito acordado no contrato de abertura de crédito para fomento à construção de 10/10/2011.

Aliás, no que respeita à alegada não entrega ou libertação de fundos, a única testemunha que foi inquirida, Ra....., funcionária do departamento de contencioso da embargada, referiu no seu depoimento que, nas diligências desencadeadas com vista a obter o pagamento voluntário da dívida, falou com o avalista Al..... - que era o presidente do conselho de administração da

G....., SA, e Me....., S.A., tendo este apenas contestado o valor dos juros de mora liquidados, mas não o valor reclamado a título de capital”. Ora, não indica a ora Recorrente Embargante como o não reconhecimento da determinada inversão do ónus probatório implica, por si só, a necessária prova da factualidade em equação.

Ou seja, concluindo-se que deve ser a Embargada/Exequente a provar que libertou o montante do capital exequendo, seja mediante pagamentos que directamente efectuou à sociedade Me....., S.A., seja mediante capital que disponibilizou à G....., S.A., para tal efeito, a putativa não prova desta factualidade não determina, como efeito necessário, que do valor do financiamento global aprovado de €7.500.000,00 apenas tenha sido disponibilizada a quantia de €6.800.000,00, ao contrário do que havia sido acordado entre representantes da embargada e o Dr. Al.....

E, não só a Recorrente não o justifica, indicando os concretos meios probatórios que permitiriam/impunham que aquela matéria factual passasse a figurar como provada, como da própria fundamentação exarada na sentença recorrida (e supra transcrita) nada resulta minimamente nesse sentido.

Donde, neste segmento, improcedem as conclusões recursórias, inexistindo justificação legal para que a factualidade dada como não provada no ponto 2. passe a figurar como provada.

III) Do INCUMPRIMENTO CONTRATUAL da EMBARGADA/EXEQUENTE

Referencia a Apelante/Embargante que a efectiva transferência de dinheiro por parte da mutuante é elemento constitutivo ou integrante do contrato de mútuo, pelo que este não existe sem que o mutuante proceda à entrega efectiva da quantia mutuada e, só após, nasce a obrigação do mutuário restituir a quantia monetária e a respectiva remuneração.

Aduz, ainda, não resultar da prova produzida em sede de audiência de julgamento, conforme descrição efectuada na sentença, que a Recorrida Embargada tivesse produzido qualquer prova que permitisse aferir que a mesma cumpriu com as suas obrigações.

Pelo que, não se provando que a Embargada/Exequente tenha libertado o capital, nos termos em que se havia vinculado, incorreu em incumprimento contratual, conducente a juízo de procedência dos embargos.

A sentença apelada raciocinou nos seguintes termos:

“Alegam ainda os embargantes que a exequente/embargada violou as obrigações de financiamento que assumiu, quer no contrato de abertura de

crédito de 10/10/2011, quer no contrato de abertura de crédito celebrado em 04/06/2008.

Embora na PI inicialmente apresentada, os embargantes não tenham, em rigor, impugnado o requerimento executivo, na parte em que a embargada alega que concedeu/entregou à G....., SA, no âmbito do contrato de 10/10/2011, a quantia em discussão nos autos, certo é que o vieram a fazer na PI aperfeiçoada, tendo-se integrado tal matéria nos temas da prova, como matéria de facto controvertida.

Neste pressuposto - que não se afigura que agora possa ser revertido, mesmo que possa ter ocorrido uma ilegítima ampliação do objecto dos embargos - cumpre, pois, apreciar este fundamento de defesa.

Atenta a natureza *quoad constitutionem* do contrato de abertura de crédito a que respeitam as garantias dadas à execução (artigo 1142.º do Código Civil), recaía sobre a exequente/embargada o ónus de prova da entrega do capital em causa à executada G....., SA, seja directamente, seja por meio de pagamentos efectuados à Me....., S.A.

Sucede que, por despacho de 31/05/2022, determinou-se a inversão do ónus da prova desse facto, nos termos dos artigos 417.º, n.º 2, segunda parte e 344.º, n.º 2, do CPC.

Ora, os embargantes não provaram, como lhes competia, por força do citado despacho, que a exequente/embargante não disponibilizou à executada G....., SA, seja directamente, seja por meio de pagamentos efectuados à Me....., S.A., a quantia que pede na execução a título de capital.

Deve, pois, concluir-se que a embargada o fez (artigo 346.º, in fine, do Código Civil).

Assim sendo, cumpre, sem necessidade de mais considerações, julgar improcedente, também neste ponto, os presentes embargos de executado, quer em relação aos embargantes avalistas, que não lograram provar o facto impeditivo do abuso de preenchimento, como lhes competia (artigo 342.º, n.º 2, do Código Civil), quer em relação à embargante S....., SA, que, por força do citado despacho judicial, passou a ficar onerada com a prova da não entrega do capital mutuado, ónus que não observou (artigo 344.º, n.º 2, do Código Civil)”.

Não devendo manter-se o juízo determinante da inversão do ónus probatório, relativamente á equacionada matéria factual, de que forma é que tal se reflecte no presente segmento decisório?

Antes de mais, anotemos o seguinte:

- compulsada a matéria factual provada, constata-se não se encontrar provada a matéria factual equacionada, ou seja, que a Embargada/Exequente (ou

melhor, a antecedente Exequente entidade bancária, cedente da posição creditícia) tenha entregue o capital enunciado no Contrato de Abertura de Crédito, quer directamente à G....., S.A., quer mediante pagamentos efectuados à Me....., S.A., conforme contrato tripartido enunciado no facto provado 8.;

- não resulta da prova produzida, nos termos em que é ajuizada criticamente na sentença recorrida, que a prova de tal factualidade tenha sido concretamente efectuada, nem a Embargada/Exequente Recorrida logrou apresentar ampliação do âmbito do recurso, nos termos do artº. 636º, do Cód. de Processo Civil, salvaguardando eventual situação de procedência do recurso interposto, relativamente à pretendida reversão da inversão do ónus probatório daquela concreta matéria. Nomeadamente, procurando demonstrar e justificar ter efectivamente liberado o capital acordado, quer mediante prova testemunhal, que o atestasse, quer mediante prova documental que sempre poderia lograr ter obtido junto da instituição bancária cedente do crédito exequendo (ou sua sucessora entidade bancária), nomeadamente salvaguardando tal obtenção aquando da outorga da cessão de créditos;

- apesar do consignado no transcrito segmento da sentença recorrida, analisada a petição inicial de embargos originariamente apresentada (que não a aperfeiçoada), nomeadamente no alegado nos artigos 50º, 51º, 54º e 58º, resulta terem efectivamente os Embargantes impugnado o requerimento executivo, questionando a efectiva disponibilização da quantia em execução nos presentes autos, referente ao contratualizado em 10/10/2011.

Donde, ainda que se defendesse que era aquela que efectivamente delimitaria o objecto dos embargos, e que a aperfeiçoada havia procedido a uma ilegítima ampliação do objecto de oposição, sempre inexistia legal justificação para considerar tal matéria como assente, nos termos do nº. 1, do artº. 662º e nº. 4 do artº. 607º (ex vi do nº. 2, do artº. 663º), todos do Cód. de Processo Civil.

Vejamos, agora, qual a natureza do contrato descrito nos factos provados 1. e 9. da factualidade provada, outorgado entre a Exequente/Embargada originária B....., S.A., e os Executados Embargados G....., S.A, Al..... e mulher H....., designado como *Contrato de Abertura de Crédito para Fomento à Construção*, datado de 10/10/2011, e posteriormente alterado em 30/03/20120.

Referenciou-se no douto Acórdão do STJ de 30/04/2024 - Relator: Ricardo Costa, Processo nº. 1466/20.8T8ALM-D.L1.S1, in www.dgsi.pt, ignorando-se a menção às notas de rodapé -, que o contrato de abertura de crédito define-se “como o contrato pelo qual o banco (creditante) se obriga a colocar à

disposição do cliente (creditante) uma determinada quantia pecuniária (acreditamento ou “linha de crédito”), por tempo determinado ou não, ficando este obrigado ao reembolso das somas utilizadas e ao pagamento dos respectivos juros e comissões”.

Acrescenta-se que de acordo “com o critério da sua realização, a abertura de crédito pode ser simples ou em conta-corrente, consoante o crédito é mobilizável de uma só vez ou em “tranches”, incluindo a faculdade de renovação automática do “plafond” de crédito mediante entradas (cláusula de crédito “revolving”).

Decorre desta noção que se trata de um contrato consensual quoad effectum por oposição a contrato real quoad constitutionem: “fica perfeito com o acordo entre as partes, sem necessidade de qualquer entrega monetária, ao contrário do que sucede com o mútuo clássico”.

Nesta tipologia contratual, “a obrigação primária da parte creditante é a disponibilização de soma pecuniária e a obrigação primária do cliente creditado é o de pagamento de comissões (a começar pela comissão de abertura de crédito e a terminar na comissão de imobilização para os fundos não utilizados) e dos juros correspondentes à utilização dos fundos utilizados (nos termos do art. 6º, 2, do DL 58/2013, de 8 de Maio).

Trata-se de um contrato nominado e objectivamente comercial, ainda que legalmente atípico, tendo em conta a sua discriminação nas genéricas “operações de banco” do art. 362º do CCom”.

Aferindo-se acerca da exequibilidade de tal documento, em situação com alguma semelhança à ora em equação, aditou-se que “tendo este acordo de abertura de crédito em conta-corrente sido celebrado em 2010, é-lhe aplicável o CPC de 1961, por força do art. 6º, 3, da Lei 41/2013, de 26 de Junho, que aprovou o novo CPC: «O disposto no Código de Processo Civil, aprovado em anexo à presente lei, relativamente aos *títulos executivos*, às formas do processo executivo, ao requerimento executivo e à tramitação da fase introdutória só se aplica às execuções iniciadas após a sua entrada em vigor». O Ac. do TC n.º 847/2014, de 3 de Dezembro, veio julgar inconstitucional a norma resultante dos artigos 703.º do CPC e 6.º, n.º 3 da Lei n.º 41/2013 de 26 de junho, na interpretação de que aquele artigo 703.º se aplica a documentos particulares emitidos em data anterior à da entrada em vigor do novo CPC e então exequíveis por força do artigo 46.º, n.º 1, alínea c), do CPC de 1961¹⁰.

O Ac. do TC n.º 408/2015 de 23 de Setembro veio declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma que aplica o artigo 703.º do Código de Processo Civil, aprovado em anexo à Lei n.º 41/2013, de 26 de

Junho, a documentos particulares emitidos em data anterior à sua entrada em vigor, então exequíveis por força do artigo 46º, 1, alínea c), do Código de Processo Civil de 1961, constante dos artigos 703.º do Código de Processo Civil, e 6.º, n.º 3, da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, por violação do princípio da protecção da confiança (artigo 2.º da Constituição).

Na verdade, ficaram retirados do elenco taxativo de títulos executivos no CPC de 2013 os documentos particulares elencados no art. 46º, 1, c), do CPC de 1961, e em nome desse princípio da confiança, tais documentos particulares, (i) assinados pelo devedor, (ii) que importem constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias, cujo montante seja determinado ou determinável simples cálculo aritmético, ou de obrigação de entrega de coisas móveis ou de prestação de facto, constituídos antes da entrada em vigor do novo CPC, *mantêm a força de título executivo*, apesar de já arredada essa qualidade na actual lei processual”.

Donde, conclui-se, “à luz dessa decisão do TC, mantém-se a exequibilidade de um título constituído antes da entrada em vigor da reforma do CPC de 2013 (isto é, 1 de Setembro de 2013), que, ao tempo da sua emissão, era título executivo por força do art. 46º, 1, c), do antigo CPC, desde que esse título, estando assinado pelo devedor, importe a constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias, cujo montante seja determinado ou determinável por simples cálculo aritmético”.

Desta forma, tal como sucede *in casu*, “neste contrato de abertura de crédito, celebrado em 2010, não foi constituída ou reconhecida qualquer *obrigação pecuniária* de constituição *imediata* a cargo da Executada, correspectivo de um *direito de crédito* do Exequente banco, o que se extrai com facilidade do aludido facto provado 8., que reproduz o contrato - em especial, a respectiva cláusula 1.ª. Originariamente está reflectida no contrato uma manifestação de vontade do banco em vir a tornar-se credor quanto ao montante máximo a disponibilizar e a levantar pelo cliente. Estão sim estipuladas cláusulas que regulam obrigações de juros (remuneratórios e indemnizatórios a título de cláusula penal), de pagamento de comissões, de amortização, de “transferências automáticas” para suprimento de conta, de despesas e encargos. Cláusulas essas que dependem das *prestações futuras* das partes para *conclusão e execução do negócio*: (i) disponibilização do montante pela parte creditante e (ii) utilização efectiva do montante disponibilizado a cargo da parte creditante, ou seja, no máximo, €170.000.

Em rigor, não resulta do contrato - nem podia resultar - a entrega desse montante; estipula-se apenas a abertura em conta corrente de um eventual crédito até esse valor máximo de disponibilização e a futura realização de prestações, que são no essencial incidentes sobre a disponibilização e a

movimentação efectiva com levantamento (que corresponde a um direito a manifestar e exercer pelo creditado) e amortização pela sociedade outorgante das quantias colocadas à sua disposição e, eventualmente, repostas.

Por isso, conforme explica a doutrina, o contrato de abertura de crédito configura – e as hipóteses dogmáticas são várias mas parece ser adequado assim considerar – *duas eficácias jurídicas distintas* próprias de *uma dualidade contratual*:

“(...) no *primeiro momento* da abertura de crédito há uma *eficácia preparatória*: produz-se um *acordo de concessão de crédito* que visa a disponibilidade futura do dinheiro, eventualmente, em conta corrente, ficando “perfeito com o acordo das partes, sem necessidade de qualquer entrega monetária” (STJ 15-Mai-2001)”;

“Num segundo momento há uma *eficácia final*: levantada a quantia concreta, *maxime*, da conta corrente, constitui-se o *mútuo*, dada a natureza real *quoad constitutionem*. O mútuo é intrinsecamente final. Ora se é certo que o mútuo em si mesmo poderá ser título executivo da obrigação de restituição da quantia mutuada, desde que celebrado na devida forma escrita legalmente exigida, todavia no mútuo *prometido* em concessão de crédito ele não apresenta autonomia formal: o documento titular das vinculações é o da abertura de crédito. Daí que se compreenda a necessidade de colmatar essa falta de documento que, titulando o mútuo, possa ser levado à execução”.

É neste segundo momento que o crédito a uma quantia pecuniária certa surge, “por via potestativa e em simples execução do contrato”.

É desse *mútuo assim concretizado na conclusão e execução do contrato de abertura do crédito* que surge o direito de crédito que ora se pretende executar por força do título executivo – a restituição com juros da utilização dos €170.000 que foram disponibilizados pelo banco creditante.

Com efeito, como se salientou no Ac. do STJ de 10/04/2018, “pode dizer-se, com referência ao citado art.º 46.º, n.º 1, al. c), do CPC, que o contrato de abertura de crédito é um documento particular assinado pelos executados, importando a constituição de obrigações pecuniárias a contrair no futuro, determináveis por simples cálculo aritmético, a partir dos saques – cheques, transferências – sobre a conta de depósitos à ordem associada à conta corrente. (...)”

Conforme dispõe o art.º 804.º do CPC (actual art.º 715.º), quando a obrigação esteja dependente de uma prestação por parte do credor ou de terceiro, incumbe ao credor provar documentalmente que se efectuou ou ofereceu a prestação. Assim, não resultando do contrato celebrado a concessão efectiva de qualquer crédito, o que só ocorreria posteriormente com a mobilização pelos executados do montante disponibilizado, tornava-se necessário que a

exequente, através de documentação complementar, demonstrasse que os executados utilizaram efectivamente aquele montante (...)"

Donde, conclui-se, “a força executiva de que o contrato de abertura de crédito em conta-corrente se reveste, enquanto documento particular, não se adquire automaticamente, pois importa adicionalmente que se faça demonstração do reconhecimento de obrigações pecuniárias nos termos do art.º 46º, 1, c), do CPC 1961.

O art.º 46º, 1, c), do CPC de 1961, conjugado com o princípio ditado pelo art.º 804º, 1, do mesmo CPC (aplicável ainda por força do art.º 6º, 3, da Lei 41/2013), implica que se veja o contrato de abertura de crédito como um título executivo incompleto quanto às obrigações pecuniárias que resultam das prestações futuras nele convencionadas ou subjacentes. E a sua completude, sendo as obrigações pecuniárias determináveis nos termos da liquidação do exequente, depende de prova complementar do título, assente em *“documento passado em conformidade com as cláusulas constantes do documento exequendo - extractos de conta-corrente ou outros documentos contratuais”*; assim se prova que, como se enfatizou no Ac. do STJ de 8/6/2021, *“a obrigação futura, que se pretende executar, foi efetivamente constituída, isto é, que alguma prestação foi, de facto, realizada no desenvolvimento da relação contratual. Daí a necessidade de completar a (...) abertura de crédito com a prova de que foi efetivamente emprestada alguma quantia ao creditado”* (sublinhado nosso).

Daí que nada obste a que se possa aplicar - e ainda solidificar mais esta interpretação - o art. 50º do CPC de 1961 (igual ao actual art. 707º do CPC 2013), de *forma analógica aos documentos particulares*, na parte relativa à prova das *prestações e obrigações futuras que baseiam a execução*: *“tratando-se de contratos-quadro, ou seja, de contratos em que se convencionem obrigações futuras (como o contrato de abertura de crédito), a exequibilidade exigirá adicionalmente a demonstração, pelos meios previstos no art. 707º, da existência de prestações que tenham sido realizadas para conclusão do negócio ou de que alguma obrigação foi, entretanto, constituída”*.

No douto aresto do mesmo STJ de 08/06/2021 - Relatora: Maria Clara Sottomayor, Processo nº. 1951/16.6T8ENT-A.S1, in www.dgsi.pt -, citando-se jurisprudência do mesmo Tribunal, consignou-se que o *“contrato de abertura de crédito tipificado no artigo 362.º do Código Comercial é o negócio jurídico mediante o qual a instituição bancária se obriga a disponibilizar ao cliente a utilização de determinada quantia em dinheiro, durante certo período de tempo, obrigando-se este a reembolsar o banco na medida dos montantes de crédito efetivamente colocados à sua disposição - a obrigação de reembolso a cargo do creditado está diretamente ligada ao montante efetivamente*

disponibilizado, pelo que o banco, dando à execução essa obrigação, terá de demonstrar não só a celebração daquele contrato, mas também a prestação pela qual pôs o crédito à disposição do cliente, e ainda a utilização efetiva pelo creditado da quantia disponibilizada.

Trata-se, como afirma L. Miguel Pestana de Vasconcelos (*Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 206-207), (...) “*de um contrato nominado, integrado nas operações de banco, em regra, legalmente atípico, mas socialmente típico*”, aparecendo esta tipicidade (artigo 362.º do Código Comercial), como diz Menezes Cordeiro (*Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 697) nos usos e nas cláusulas contratuais gerais.

Os contratos de abertura de crédito são aqueles em que o banco (creditante) se obriga a colocar à disposição do cliente (o beneficiário ou creditado) uma quantia pecuniária, que este tem o direito, nos termos aí definidos, de utilizar pelo período de tempo acordado ou por tempo indeterminado, ficando obrigado ao reembolso das somas utilizadas e ao pagamento dos respetivos juros e comissões”.

Desta forma, esclarece-se, “a escritura de abertura de crédito não contém senão uma promessa de empréstimo, não constituindo, só por si, título executivo contra o creditado. A obrigação deste só surge mais tarde, no momento em que, por conta do crédito aberto, o creditado faz algum levantamento ou movimenta determinada quantia; é então que surge o empréstimo definitivo e conseqüentemente nasce a dívida. Por conseguinte, a prova complementar do título faz-se através de documento passado em conformidade com as cláusulas constantes do negócio jurídico, provando-se, dessa forma, que a obrigação futura, que se pretende executar, foi efetivamente constituída, isto é, que alguma prestação foi, de facto, realizada no desenvolvimento da relação contratual. Daí a necessidade de completar a escritura de abertura de crédito com a prova de que foi efetivamente emprestada alguma quantia ao creditado”.

Segundo Rui Pinto (*A Ação Executiva*, AAFDL, 2018, Lisboa, p. 188), o contrato de abertura de crédito subdivide-se em dois momentos. No primeiro momento, verifica-se uma *eficácia preparatória*: produz-se um acordo de concessão de crédito que “*visa a disponibilidade futura do dinheiro, eventualmente em conta-corrente, ficando perfeito com o acordo das partes, sem necessidade de qualquer entrega monetária*”. Este acordo é intrinsecamente preparatório, funcionando como um contrato promessa de empréstimo. Num segundo momento surge uma eficácia final, ou seja, levantada a quantia concreta constitui-se o mútuo, dada a natureza real *quoad constitutionem*. Ora, se é certo que o mútuo em si mesmo pode ser título executivo da obrigação de restituição da quantia mutuada, desde que

celebrado na forma legalmente exigida, o mesmo não se passa com o mútuo prometido em concessão de crédito. Aqui, o mútuo não apresenta autonomia formal. O único documento que o credor tem é o da abertura de crédito; tudo o mais são atos materiais de entrega e de restituição de quantias. Daí que se compreenda que, para fins executivos, essa falta de documento de mútuo autónomo seja colmatada por meio do artigo 707.º, desde que o exequente prove que entregou efetivamente o montante a recuperar” (sublinhado nosso). No âmbito desta Relação, referencie-se o douto aresto de 14/09/2023 - Relator: Rui Manuel Pinheiro de Oliveira, Processo nº. 5217/17.6T8OER-A.L1-8, in www.dgsi.pt -, no qual se consignou que “o contrato de abertura de crédito é aquele pelo qual o banco - creditante - se obriga a colocar à disposição do cliente - creditado - uma determinada quantia pecuniária - acreditamento ou linha de crédito - por tempo determinado ou não, ficando o último obrigado ao reembolso das somas utilizadas e ao pagamento dos respectivos juros e comissões.”

Do lado do banco creditante, destaca-se, assim, a obrigação de disponibilização da soma pecuniária convencionada, que pode ser cumprida de múltiplas formas e através de prestações de tipo diverso (entrega directa de dinheiro, transferências bancárias, pagamento de cheques sacados pelo creditado...), sendo que, do lado do creditado, avulta a obrigação do pagamento de comissões e juros, sendo frequente a prestação, por este, de garantias de reembolso do crédito.

Neste contrato salienta-se o seu fundamento final, que é a disponibilidade de dinheiro, mas que não equivale a um crédito. Na verdade, o crédito surge, apenas, posteriormente, em simples execução do contrato. Trata-se, assim, de um contrato-quadro, que faz surgir entre as partes uma relação obrigacional complexa (cfr., por exemplo, Menezes Cordeiro, in Manual de Direito Bancário, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, p. 542 e segs).

A abertura de crédito produz, portanto, como efeito fundamental, a disponibilidade de dinheiro, através de actos subsequentes, sendo de sublinhar o carácter instrumental e dependente dos sucessivos actos - designadamente contratos - que concretizam o programa fixado no contrato-quadro.

Trata-se de um contrato nominado, mas atípico (cfr. art. 362.º do Código Comercial) e meramente consensual, uma vez que, na sua formação, não está sujeito a qualquer exigência legal especial, embora a prática bancária subordine a sua celebração a documento escrito, e possa mesmo ser requerida a escritura pública, se a abertura de crédito incluir um negócio que a exija, como sucede quando surge associada a garantias hipotecárias.

Por não se tratar de um contrato de mútuo, a validade do contrato de abertura

de crédito não se encontra dependente de qualquer acto de entrega do montante pecuniário, não sendo um contrato quoad constitutionem.

Com efeito, contrariamente ao que sucede no contrato de mútuo, o contrato de abertura de crédito fica perfeito com o mero acordo tendente à disponibilização de determinado montante, que, de resto, poderá nem sequer chegar a ser movimentado ou mobilizado pelo cliente” (sublinhado nosso).

Relativamente ao regime desta tipologia contratual, é o mesmo “regulado por convenção das partes (arts. 405.º, n.º 1, e 406.º, n.º 1 do CC), aplicando-se, na falta dessa convenção, as regras da conta corrente em geral; as regras do mandato, relativamente à disponibilidade; e, quanto ao saldo, no caso de cessação, as regras do mútuo (cfr., neste sentido, o acórdão da RC de 19.12.2012, in www.dgsi.pt)”.

Relativamente à definição e regime aplicável ao contrato de abertura de crédito, pode consultar-se, entre outros, os seguintes arestos desta Relação de Lisboa (todos in www.dgsi.pt):

- de 06/06/2019 - Relatora: Teresa Prazeres Pais, Processo nº. 84/10.3TBSCR-A.L1-8 -, no qual se referenciou poder-se afirmar que “o contrato de abertura de crédito é um documento particular assinado pelos executados, importando a constituição de obrigações pecuniárias a contrair no futuro, determináveis por simples cálculo aritmético, a partir dos saques - cheques, transferências - sobre a conta de depósitos à ordem associada à conta corrente.

Essa determinação deveria ter sido feita pela exequente, juntando a documentação pertinente, demonstrativa dos meios concretamente utilizados pelos executados para movimentação dos fundos disponibilizados pela exequente e com discriminação dos respectivos montantes.

Não é por acaso que consta da cláusula 24ª do contrato” Fica convencionado que o extracto de conta de abertura de crédito e os documentos de débito emitidos pela CAIXA e por ela relacionados com o mesmo ,serão havidos, para todos os efeitos legais e ,designadamente, para efeitos do disposto no artigo cinquenta do CPC ,como documentos suficientes para prova e determinação dos montantes em dívida ,tendo em vista a exigência ,justificação ou reclamação judicial dos créditos que dele resultarem em qualquer processo” Conforme dispõe o art.º 715º nº 1 CPC, quando a obrigação esteja dependente de uma prestação por parte do credor ou de terceiro, incumbe ao credor provar documentalmente que se efectuou ou ofereceu a prestação.

Assim, não resultando do contrato celebrado a concessão efectiva de qualquer crédito, o que só ocorreria posteriormente com a mobilização pelos executados do montante disponibilizado, tornava-se necessário que a exequente, através de documentação complementar, demonstrasse que os executados utilizaram efectivamente aquele montante, como foi alegado”

(sublinhado nosso);

- de 16/05/2019 - Relatora: Gabriel de Fátima Marques, Processo nº. 99/13.0TBVFX-B.L1-6 -, onde se sumariou que “no contrato de abertura de crédito um estabelecimento bancário obriga-se a ter à disposição do cliente uma soma de dinheiro que este tem possibilidade de utilizar, mediante uma ou mais operações bancárias”, não constituindo título executivo “um documento particular denominado “proposta/contrato de crédito em conta corrente” desacompanhado do extracto de conta corrente, que demonstre a concretização das operações subsequentes de disponibilização do capital ao mutuário e eventuais pagamentos parcelares efectuados” (sublinhado nosso);
- de 23/11/2006 - Relator: Granja da Fonseca, Processo nº. 9208/2004-6 -, no qual se sumariou que o “contrato de abertura de crédito caracteriza-se pela obrigação do banco nele interveniente ter à disposição do cliente uma soma em dinheiro, por um dado período, ou período de tempo indeterminado, que este tem possibilidade de utilizar mediante operações bancárias”, tratando-se de “um contrato consensual. Fica perfeito com o acordo entre as partes, sem necessidade de qualquer entrega monetária, aplicando-se-lhe, quanto à forma, as regras próprias do mútuo bancário, que exigem forma escrita” (sublinhado nosso).

Tendo em atenção os enunciados fundamentos doutrinários e jurisprudenciais, podemos, em súmula, referenciar que:

- o contrato de abertura de crédito define-se como aquele em que a entidade bancária se obriga a colocar determinada quantia pecuniária à disposição do cliente contratante (obrigação primária da creditante), normalmente mediante uma linha de crédito e por tempo determinado, ficando este vinculado a reembolsar os valores ou somas utilizados, bem como no suportar dos juros e comissões devidas por tal disponibilização;
- contrariamente ao que acontece com o contrato de mútuo, estamos perante um contrato consensual *quoad constitutionem* (por contraposição com o contrato real *quoad constitutionem*), que fica perfeito mediante o mero acordo das partes, sem necessidade de ocorrência de entrega de qualquer quantia pecuniária;
- definindo-se, ainda, como um contrato nominado, de cariz comercial, ainda que legalmente atípico;
- mediante tal contrato, a entidade bancária vincula-se, perante o cliente, em vir a tornar-se credora deste, até um determinado montante de disponibilização (com conseqüente contrapartida de realização de amortizações ou pagamentos por parte do cliente), não resultando, assim, do mesmo, a concreta e efectiva entrega de quaisquer montantes, mas antes uma futura vinculação a tal, no

âmbito da execução do contrato;

- tendo sido o contrato de abertura de crédito outorgado mediante documento particular, em data antecedente à da entrada em vigor do actual CPC, a sua força executiva não é automática, urgindo que adicionalmente se faça a demonstração do reconhecimento de obrigações pecuniárias, nos termos do artº. 46º, nº. 1, alín. c), do antecedente Cód. de Processo Civil (de 1961);

- quer este normativo, quer o disposto no nº. 1, do artº. 804º, do mesmo diploma, implicam que o contrato de abertura de crédito assim formalizado apenas adquira a sua completude executiva mediante prova complementar do título, através da qual se demonstre, nomeadamente mediante extractos de conta-corrente ou outros documentos bancários, que as prestações futuras nele convencionadas foram efectivamente prestadas, assim criando obrigações pecuniárias por parte do cliente;

- o que presentemente mantém validade para os contratos de abertura de crédito formalizados nos termos da alínea b), do artº. 703º, do vigente CPC, impondo-se ao banco exequente que demonstre não só a outorga de tal contrato, mas ainda que colocou em concreto o crédito na disponibilidade do cliente e que este fez utilização efectiva da quantia disponibilizada ou creditada;

- exigindo-se, assim, que faça a prova complementar do título, através da demonstração de que a obrigação futura foi efectivamente constituída ou realizada na execução do contratualmente acordado, devendo completar a escritura de abertura de crédito com a prova real e concreta que alguma quantia monetária foi disponibilizada e utilizada pelo cliente creditado (nos termos do artº. 707º, do CPC).

Aqui chegados, é tempo de retornar ao caso concreto e formular conclusões.

In casu, o título dado à execução reporta-se à livrança junta, subscrita pela executada G....., S.A., e avalizada pelos Executados pessoas singulares.

Relativamente à Executada S....., S.A., a sua responsabilidade decorre da sua constituição como garante, conforme escritura pública de constituição de hipoteca voluntária referenciada no facto 2 provado, e a sua legitimidade do estatuído no nº. 2, do artº. 54º, do Cód. de Processo Civil.

Estando-se no âmbito das relações imediatas, quer a subscritora da livrança, quer os avalistas, poderiam recorrer a todos os mecanismos de defesa que tivessem relativamente ao credor emitente de tal título - cf., o artº. 17º, da L.U.L.L. - Lei Uniforme relativa às letras e livranças, estabelecida pela Convenção assinada em Genebra, em 7 de Junho de 1930, aprovada em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 23721, de 29 de Março de 1934, e ratificada pela Carta de 21 de Junho de 1934.

Efectivamente, “no âmbito das relações imediatas, é lícito ao avalista invocar, em oposição à execução, nos casos em que firmou a sua assinatura numa livrança em branco, a excepção de preenchimento abusivo, nomeadamente nas situações em que tenha outorgado expressamente o pacto ou acordo de preenchimento (pacto de preenchimento da livrança em branco).

E, aditamos, tal invocação da excepção de preenchimento abusivo é ainda admissível mesmo nas situações em que o avalista não tenha outorgado tal acordo ou pacto, caso em que é possível reconstruir objectivamente a sua vontade de preenchimento unilateralmente manifestada, nos termos da doutrina da impressão do destinatário, consagrada no artº. 236º do Cód. Civil, o que permitirá concluir ter sido sua intenção ou propósito “*garantir a relação fundamental nos mesmos termos que vierem a valer para o avalizado*” - assim, o aresto desta Relação e Secção, de 16/12/2021, relatado pelo mesmo Relator, no âmbito da Apelação nº. 2096/19.2T8FNC-A.L1.

Por sua vez, conforme decorre do estatuído no nº. 1, do artº. 698º, do Cód. Civil, também a S....., S.A., enquanto terceira, dona do imóvel hipotecado, pode opor ao credor os meios de defesa que o devedor tiver contra o crédito. Efectivamente, estatui este normativo que “*sempre que o dono da coisa ou o titular do direito hipotecado seja pessoa diferente do devedor, é-lhe lícito opor ao credor, ainda que o devedor a eles tenha renunciado, os meios de defesa que o devedor tiver contra o crédito, com exclusão das excepções que são recusadas ao fiador*” - cf., o artº. 637º, do mesmo diploma.

Conforme enunciado, perante a impugnação apresentada pelos Embargantes, referenciando que, apesar da outorga do contrato de abertura de crédito, a quantia aí prevista nunca foi disponibilizada, constituía ónus probatório da entidade bancária (ora Exequente originária, a quem sucedeu a ora Embargada) ter efectivamente feito a entrega ou liberação de tais quantias, quer mediante pagamentos efectuados directamente à Me....., S.A. (conforme acordado no ponto 3 da cláusula 4ª, do Contrato de Abertura de Crédito descrito no facto 1 provado, e complementado mediante o acordo descrito no facto 8 provado), quer mediante liberação à própria contratante devedora G....., S.A.

Ora, compulsada a factualidade assente, tal prova não se mostra efectuada, não tendo, assim, a Exequente/Embargada demonstrado, de forma evidente e inequívoca, a existência do alegado crédito, com base no qual procedeu ao preenchimento do título dado em execução (livrança). Prova que, nos termos que já expusemos, lhe era totalmente possível, e que se lhe impunha, atenta a sua posição de sucessora no direito reclamado.

O que implica, por um lado, que, não se podendo concluir por qualquer situação de incumprimento, aquele preenchimento do título executivo se

mostre abusivo, e que, por outro, um eventual equacionar do contrato de abertura de crédito como título, sempre conduziria ao reconhecimento da sua incompletude, atenta a não prova, real e concreta, de que o montante consignado havia sido disponibilizado e utilizado pela sociedade creditada (G....., S.A.).

Com efeito, relativamente ao pacto de preenchimento, e de acordo com o prescrito no artº. 10º da L.U.L.L., que é igualmente aplicável às livranças, “é possível e é frequente que ao tempo do saque e do aceite não esteja ainda definitivamente determinado o valor do crédito subjacente, seja ainda ilíquido. Neste caso a letra é passada com o valor em branco”.

Quando tal suceda, “a letra pode ser preenchida posteriormente e deve sê-lo antes de apresentada a pagamento”, sendo que tal preenchimento “deve ser feito de acordo com o convencionado”.

Deste modo, “sempre que é emitida uma letra em branco tem que ter havido prévia ou simultaneamente à emissão um acordo quanto ao critério do preenchimento. Este acordo é uma convenção extracartular e designa-se por pacto de preenchimento”.

Este pacto, por outro lado, configura-se como “uma convenção obrigacional e informal. Tem como conteúdo a obrigação de preencher a letra de acordo com o critério estipulado e só é oponível entre as partes”.

A violação de tal pacto ou acordo de preenchimento “designa-se por preenchimento abusivo” e não é oponível ao portador, devendo, todavia, “entender-se que o portador referido no artº 10º LULL a que o preenchimento abusivo se não pode opor é um portador que não seja interveniente no pacto de preenchimento. A doutrina do artº 10º é a mesma do artº 17º LULL: as convenções extracartulares só podem ser opostas entre os respectivos intervenientes” - Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito Comercial, Títulos de Crédito*, AAFDL, 1990, pág. 105 e 106 [\[10\]](#).

Pelo exposto, impondo-se juízo de procedência das conclusões recursórias, determina-se a revogação da sentença apelada, julgando-se procedentes os embargos de executado deduzidos, com conseqüente declaração de extinção da execução.

*

Nos quadros do artº. 527º, nºs. 1 e 2, do Cód. de Processo Civil, decaindo a Apelada/Exequente/Embargada, é esta responsável pelo pagamento das custas da execução, dos embargos e da presente apelação.

IV. DECISÃO

Destarte e por todo o exposto, acordam os Juízes desta 2ª Secção Cível do Tribunal da Relação de Lisboa em:

- a) Julgar procedente o recurso de apelação interposto pelo Apelante/ Executada/Embargante S....., S.A., em que surge como Apelada/ Exequente/Embargada O....., S.A. (anteriormente, B....., S.A.);
- b) Em consequência, revoga-se a sentença apelada/recorrida, julgando-se procedentes os embargos de executado deduzidos, com consequente declaração de extinção da execução;
- c) Custas da execução, dos embargos e da presente apelação a cargo da Exequente/Embargada/Apelada - cf., artº. 527º, nºs. 1 e 2, do Cód. de Processo Civil.

Lisboa, 06 de Junho de 2024

Arlindo Crua

Higina Castelo

Vaz Gomes

[1] A presente decisão é elaborada conforme a grafia anterior ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990, salvaguardando-se, nas transcrições efectuadas, a grafia do texto original.

[2] Paulo Ramos de Faria e Ana Luísa Loureiro, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, 2014, 2ª Edição, Almedina, pág. 599.

[3] Traduzem estas nulidades da sentença a “violação da lei processual por parte do juiz (ou do tribunal) prolator de alguma decisão”, pertencendo ao género das *nulidades judiciais ou adjectivas* - cf., Ferreira de Almeida, *Direito Processual Civil*, Vol. II, 2015, Almedina, pág. 368.

[4] Artur Anselmo de Castro, *Direito Processual Civil Declaratório*, Vol. III, Almedina, 1982, pág. 102.

[5] Paulo Ramos de Faria e Ana Luísa Loureiro, *ob. cit.*, pág. 600 e 601.

[6] Ferreira de Almeida, *ob. cit.*, pág. 368 a 370.

[7] *Ob. cit.*, pág. 606 e 607.

[8] *Idem*, pág. 455 e 456.

[9] Elucidativo é, ainda, o exemplo citado por Vaz Serra, ocorrido em tribunal alemão: “a prova da culpabilidade de um médico dependia do facto de ser de

gaze ou de algodão uma compressa e do seu tamanho. O médico inutilizou essa compressa e o tribunal considerou-o onerado com a prova de que não tivera culpa” - cf., Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra Editora, 4ª Edição Revista e Actualizada, pág. 309.

[10] De forma liminar, Ferrer Correia - , *ob. cit.*, pág. 139 -, refere expressamente que “a excepção de preenchimento abusivo só não pode ser oposta àquele portador a cujas mãos a letra chega completamente preenchida, salvo, é claro, a hipótese de má fé. Havendo má fé, a excepção, obviamente, é sempre oponível”.