

DÍVIDAS EMERGENTES DE TÍTULOS DE CRÉDITO O AFASTAMENTO DA MORATÓRIA FORÇADA (*)

*Pelo Dr. António Matos Esteves (**)*

Introdução

Iniciamos o estudo do tema a que nos propusemos referindo-nos ao campo de aplicação dos Art.^{os} 10.º e 15.º do Código Comercial e à respectiva conjugação com o Art.º 1691.º do Código Civil.

Delimitado o âmbito de aplicação da primeira daquelas normas e, depois de abordarmos o Assento do STJ n.º 4/78, faremos uma breve incursão nas divergências que o mesmo foi provocando na doutrina. Ocupar-nos-á, de seguida, a questão da prova da comercialidade substancial da dívida, pondo em relevo a multiplicidade das abordagens existentes.

Porque toda esta problemática foi acompanhada de uma significativa alteração legislativa no que respeita à exequibilidade dos documentos particulares, entendemos ser necessário indagar sobre as consequências de tal alteração no comportamento processual dos portadores de títulos de crédito.

Tendo presentes tais mutações será posto em relevo o novo ambiente jurídico-processual que as mesmas criaram. Compararemos este com o contexto em que surgiu o Assento de 1978 e as teses que se lhe seguiram.

(*) Ao Sr. Dr. Carlos Picoito o meu sincero agradecimento pelo incentivo e pela frutuosa partilha de saber, tão decisivos para a elaboração do presente estudo.

(**) Advogado.

Clarificados os diversos modos de abordar a questão da prova da comercialidade substancial das dívidas emergentes de títulos de crédito, não resistimos a fazer eco de algumas das conclusões que a reflexão entretanto efectuada foi permitindo elaborar.

Não se pretende, contudo, que tais conclusões sejam tidas como definitivas e acabadas. Pelo contrário, visamos apenas contribuir para que novas abordagens, certamente mais exaustivas e profícuas, permitam clarificar uma matéria que, por ter tão amplas e significativas repercussões no tecido económico e social, ultrapassa em muito o interesse intelectual dos estudiosos do Direito.

O art.º 10.º do Código Comercial e o Assento n.º 4/78

Pelas dívidas contraídas por um dos cônjuges, poderão ser ambos responsáveis ou apenas aquele que as contraíu.

Na primeira hipótese incluem-se, entre outras previstas no Art.º 1691.º do C. Civ., as dívidas comerciais do cônjuge comerciante mencionadas no Art.º 15.º do C. Com., por força da conjugação desta norma com a constante do n.º 1 daquele mesmo artigo.

Resulta da aplicação conjugada destes preceitos legais que as dívidas comerciais do cônjuge comerciante se presumem contraídas no exercício do seu comércio e, por este facto, se presumem igualmente contraídas em proveito comum do casal, quando o regime de bens do casamento for um dos regimes de comunhão de bens.

Para que, por essas dívidas sejam responsabilizados ambos os cônjuges bastará, pois, ao credor alegar e provar que aquele que contraíu a dívida é comerciante (no sentido de que faz do exercício do comércio profissão) e que a dívida invocada é comercial por natureza, podendo sê-lo objectivamente (por estar especialmente regulada no C. Com.) ou subjectivamente (por, não tendo natureza exclusivamente civil e não resultando o contrário do próprio acto, ter sido contraída por comerciante) — Art.º 2.º do C. Com..

É aos RR. (o cônjuge do devedor comerciante e o próprio comerciante), em sede de contestação na acção declarativa contra ambos instaurada pelo credor, que caberá ilidir as presunções *iuris tantum* contidas nos citados Art.ºs 15.º do C. Com. e 1691.º, n.º 1, alínea *d*) do C. Civ..

Questão diversa é a das dívidas que, contraídas por um dos cônjuges, apenas responsabilizam esse cônjuge.

Enquadram-se neste tipo as dívidas emergentes da subscrição de títulos de crédito por apenas um dos cônjuges. Dívidas pelas quais respondem, em primeiro lugar, os bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente, a sua meação nos bens comuns, meação essa que, em regra, só poderá ser utilizada no pagamento da dívida, em execução movida contra o cônjuge devedor «... depois de dissolvido, declarado nulo ou anulado o casamento, ou depois de decretada a separação judicial de pessoas e bens ou a simples separação judicial de bens» (Art.º 1696.º, n.º 1 do C. Civ.).

Tal regra comporta uma excepção — a prevista no Art.º 10.º do C. Com., segundo o qual:

«Não há lugar à moratória estabelecida no n.º 1 do Art.º 1696.º do Código Civil quando for exigido de qualquer dos cônjuges o cumprimento de uma obrigação emergente de acto de comércio, ainda que este o seja apenas em relação a uma das partes».

Na aplicação deste preceito legal à situação concreta que ora nos ocupa — pagamento de dívida da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges em processo de execução, através da respectiva meação nos bens comuns do casal — surgiu o Assento n.º 4/78, de 13 de Abril que passamos a transcrever:

«Nas execuções fundadas em títulos de crédito, o pagamento das dívidas comerciais, de qualquer dos cônjuges que tiver que ser feito pela meação do devedor nos bens comuns do casal, só está livre da moratória estabelecida no n.º 1 do Art.º 1696.º do Código Civil, ao abrigo do disposto no Art.º 10.º do Código Comercial, mesmo no domínio das relações mediatas, se estiver provada a comercialidade substancial da dívida exequenda». (¹)

(¹) Este assento acolhe a distinção entre comercialidade substancial e comercialidade formal, distinção essa que o Prof. José Alberto dos Reis sintetiza do seguinte modo: «Designamos por comercialidade formal a comercialidade da obrigação cartular, a comercialidade proveniente da circunstância de a obrigação ter sido assumida num título que, pela sua forma, é comercial; designamos por comercialidade substancial a comercialidade da obrigação causal ou subjacente, a comercialidade proveniente do facto de a subscrição da letra ter por origem um acto de natureza comercial». (in *Processo de Execução*, Vol. 1, ed. reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 1985, pp. 294-295).

A interpretação deste Assento pela doutrina e a sua aplicação pelos Tribunais tem dado origem às mais díspares teses doutrinárias e decisões jurisprudenciais, com manifesto prejuízo para a desejável estabilidade, segurança e justiça na aplicação do Direito.

Relevante no surgimento de tais divergências tem sido o modo como os diversos autores vêm articulando, hierarquizando e graduando os interesses em presença, pela sua própria natureza, conflituantes: por um lado, o interesse resultante da protecção do comércio, acolhido no Art.º 10.º do C. Com.; por outro, o interesse consubstanciado na protecção da família que resulta da necessidade de preservar a estabilidade do património familiar, consignado no n.º 1 do Art.º 1696.º do C. Civ..

Valorizando mais o primeiro aspecto e partindo do pressuposto de que os títulos de crédito são actos formalmente comerciais, (2) criou-se uma corrente doutrinal citada por Nogueira Serens segundo a qual «... da subscrição de um título formalmente comercial decorre uma presunção de que a dívida nele assumida é de natureza comercial...» (3). Era, segundo este autor a posição de José Alberto dos Reis, o qual admitia, ser possível «... com base nessa presunção, a citação do cônjuge do subscritor que, através da dedução de embargos, pode vir a demonstrar a natureza civil da dívida e «alcançar a decretação da moratória» (4).

Tese idêntica é acolhida por Eurico Lopes Cardoso quando afirma que «Assim uma dívida de letra ou livrança não pode considerar-se comercial só por constar de um título especialmente regulado na lei comercial. Nesse caso só há uma presunção de comercialidade, presunção que pode ser ilidida mediante embargos de terceiro deduzidos pela mulher». (5)

Com resultados idênticos, embora discordando da existência de uma presunção legal de comercialidade, Pinto Furtado, (6) ao

(1) Por estarem previstos na lei comercial (Art.ºs 483.º e 484.º do C. Com.) — Art.º 2.º do mesmo Código.

(2) «A propósito do Assento n.º 4/78: o Artigo 10.º do Código Comercial», *R.D.E.* Ano V, Jan./Junho, 1979, p. 69.

(3) *Ibidem*, p. 69.

(4) *Manual da Acção Executiva*, 3.ª ed., p. 347.

(5) «Dívidas Comerciais ou dos Comerciantes e Executoriedade por Dívidas dos Cônjuges», *O Direito*, Anos 106.º — 119.º, 1974/1987, p. 58.

arrepio do entendimento dominante, tem vindo a defender que cabe ao cônjuge do executado, em embargos de terceiro, provar a não comercialidade substancial da dívida.

É hoje ponto assente, face ao teor do Assento do S.T.J. de 13 de Abril de 1978 que, para o afastamento da moratória forçada prevista no n.º 1 do Art.º 1696.º do C. Civ., na execução movida apenas contra um dos cônjuges, com base num título de crédito, é necessário provar a comercialidade substancial da dívida exequenda, não bastando para que tal aconteça a verificação da mera comercialidade formal.

Por outro lado, com excepção da posição defendida por Pinto Furtado acima referida, é aceite pela generalidade da doutrina e da jurisprudência que, na ausência de qualquer presunção legalmente estabelecida, o ónus da prova caberá ao credor nos termos do disposto no Art.º 342.º do C. Civ.. (7)

Já quanto à sede própria para a produção de tal prova, no que respeita ao meio e momento processuais adequados e aos próprios contornos da prova a produzir, é total a confusão reinante na doutrina e na jurisprudência.

A prova da comercialidade — As diversas teses em confronto

Nogueira Serens (8) defende que a prova da comercialidade substancial da dívida terá que constar de título executivo (sentença transitada em julgado) obtido em acção declarativa previamente

(7) Nogueira Serens, Ob. cit., p. 54.

Augusto Lopes Cardoso, da Responsabilidade dos Cônjuges por Dívidas Comerciais, *Temas de Direito da Família*, 1986, p. 196.

José de Oliveira Ascensão, *Direito Comercial — Parte Geral*, Vol. I, Lisboa, 1988, p. 580.

Antunes Varela, *Direito da Família*, Vol. I, 1993, p. 418.

Rui Pinto, *A Penhora por dívidas dos Cônjuges*, Lisboa, 1993, p. 47.

Joaquim Augusto Domingues Damas, *Dívidas Comerciais dos Cônjuges (Reflexos familiares)*, *As Operações de Crédito*, F.D.L., 1988, p. 235.

(8) Ob. cit., p. 71.

instaurada para o efeito, ⁽⁹⁾ à qual, contrariamente ao defendido por outros autores, ⁽¹⁰⁾ não terá que ser chamado o cônjuge do devedor. Conclui ainda este autor que, caso seja ordenada a citação do cônjuge do devedor nos termos do Art.º 825.º, n.º 2 do C. Proc. Civ., sem que esteja provada por sentença transitada, a comercialidade substancial da dívida exequenda, «... este não tem que deduzir embargos de terceiro, bastando agravar do despacho que ordenou a sua citação. ⁽¹¹⁾ Por último defende que, instaurada a acção executiva sem que a prova da comercialidade substancial se mostre efectuada, o credor «... terá que sujeitar-se à disciplina do Art.º 1696.º, n.º 1, do C. Civ.».

Outra corrente doutrinal e jurisprudencial defende que a prova da comercialidade substancial poderá ser efectuada no apenso de embargos de terceiro opostos à penhora pelo cônjuge do devedor. ⁽¹²⁾

Autores há que, ao pronunciarem-se sobre quem recai o ónus da prova da comercialidade substancial, omitem pura e simplesmente quer o meio probatório, quer o tipo de acção judicial em que deve ser obtida essa mesma prova. ⁽¹³⁾

Posteriormente às teses atrás mencionadas tem vindo a surgir uma nova tese, embora com contornos ainda algo indefinidos, que

⁽⁹⁾ No mesmo sentido, entre outros, Ac. Rel. Coimbra, de 31.3.87, CJ, Ano XII, Tomo 2, p. 82; Ac. Rel. Lisboa de 9.5.89, BMJ 387, p. 640; Ac. STJ de 20.12.90, BMJ 402, p. 617; Ac. STJ de 17.1.91, BMJ 403, p. 348; Ac. STJ de 31.1.91, Actualidade Jurídica, n.º 15/16, p. 23; Ac. STJ de 17.1.91, Actualidade Jurídica, n.º 15/16, p. 22.

⁽¹⁰⁾ Vaz Serra, citado por Nogueira Serens, ob. cit. 66, nota 77.

Joaquim A.D. Damas, ob. cit., p. 235.

Em idêntico sentido Ac. Rel. Coimbra de 3.4.90, CJ, Ano XV, Tomo II, p. 61.

⁽¹¹⁾ No mesmo sentido, Joaquim A.D. Damas, ob. cit., p. 236.

⁽¹²⁾ Vaz Serra, R.L.J., 114.º, p. 192. Em igual sentido se pronuncia Pinto Furtado, ob. cit., p. 72, embora defendendo, como já vimos, que o ónus da prova impende sobre o cônjuge do devedor. Do mesmo modo, adoptando a tese de Pinto Furtado decidiram, entre outros, os Ac. STJ de 27.1.93, CJ, Ano I, Tomo I, p. 98; Ac. Rel. Porto de 6.1.87, CJ, Ano XII, Tomo I, p. 197.

Em sentido idêntico, embora defendendo que o ónus da prova recai sobre o credor, Ac. Rel. Évora de 6.10.88, CJ, Ano XIII, Tomo 4, p. 258; Ac. STJ de 23.3.93, CJ, Ano I, Tomo II, p. 31; Ac. Rel. Porto de 26.4.93, CJ, Ano XVIII, Tomo II, p. 220; Ac. Rel. Lisboa de 8.3.90, CJ, Ano XV, Tomo II, p. 118.

⁽¹³⁾ É o caso de Vasco da Gama Lobo Xavier, «O Artigo 10.º do Código Comercial e as Dívidas Cambiárias», RDES, XXV, p. 98 e Antunes Varela, ob. cit., p. 418.

busca no próprio título de crédito, com base no qual é instaurada a acção executiva — onde se vem a colocar a questão do afastamento ou não da moratória forçada prevista no n.º 1 do Art.º 1696.º do C. Civ. — a prova da comercialidade substancial da dívida exequenda da exclusiva responsabilidade do cônjuge devedor/executado.

É a tese perfilhada por Augusto Lopes Cardoso ⁽¹⁴⁾ e Oliveira Ascensão, ⁽¹⁵⁾ recentemente adoptada por Rui Pinto. ⁽¹⁶⁾ Para estes autores «... a literalidade do título de crédito, significando a validade e eficácia deste nos estritos limites do que nele esteja expresso, permite demonstrar a comercialidade da dívida quando nele esteja inscrita a qualidade de comerciante do portador — imediato ou mediato — ou/e a origem objectivamente comercial da obrigação». ⁽¹⁷⁾

Para Augusto Lopes Cardoso «... bastará que haja o cuidado de fazer constar da letra algo sobre a origem da obrigação, no lugar destinado no seu anverso à indicação da proveniência. Se, além disso fizer constar do requerimento de execução, de maneira clara, porventura com prova documental complementar, a qualidade de comerciante do credor e, tanto melhor, a ligação a essa qualidade do acto concreto, para que o acto seja qualificável, pelo menos, como subjectivamente comercial, à face da 2.ª parte do Art.º 2.º do Cód. Comercial» ⁽¹⁸⁾ ⁽¹⁹⁾.

Conclui o mesmo autor que «... tudo o que na letra estiver escrito constitui o seu conteúdo literal, pelo que, deste modo, o seu portador beneficia da prova inerente de qualquer cláusula, sendo, como é, certo que é pelo conteúdo do título executivo que se

⁽¹⁴⁾ O. cit.,

⁽¹⁵⁾ Ob. cit., p. 581.

⁽¹⁶⁾ Ob. cit., p. 53.

⁽¹⁷⁾ Rui Pinto, ob. cit., pp. 53-54.

⁽¹⁸⁾ Ob. cit., p. 201.

⁽¹⁹⁾ Em sentido algo idêntico se pronunciou o Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão proferido em 26.7.83 (BMJ 329, p. 592), ao referir que: «... estando consignada na própria letra a comercialidade substancial da relação subjacente, traduzida na aquisição de material auto pelo marido da embargante (aceitante) a uma sociedade comercial (sacadora), e não tendo a embargante conseguido provar a alegada natureza civil da obrigação, provada ficou a comercialidade substancial daquela relação».

«determinam o fim e os limites da acção executiva» (CPC, Art.º 45.º-1)»⁽²⁰⁾.

Defende ainda Augusto Lopes Cardoso que não constando a prova da comercialidade substancial do próprio título, ao serem nomeados à penhora bens comuns do casal, nos termos do n.º 2 do Art.º 825.º do C. Proc. Civ., o Juíz deve de imediato obstar à concretização da penhora. Se o não fizer caberá agravo do despacho que ordenar a citação do cônjuge do executado, nos termos daquele preceito legal. Se não agravar, quer o cônjuge quer o próprio devedor executado, nos casos em que tal lhe é legalmente permitido, poderão ainda embargar de terceiro, incumbindo ao exequente o ónus de provar a comercialidade substancial da dívida exequenda.

Mas, neste caso, «... o exequente poderá apenas realizar a actividade probatória nos estritos limites dados pelo título de crédito. Ou seja: assim como quando se embargam os requisitos da execução fundada em título de crédito — a existência, exigibilidade e certeza da obrigação — estes terão de ser demonstrados no próprio título, *ex vi* literalidade, também embargando-se um requisito material da penhora, ele terá de ser demonstrado através e apenas do próprio título de crédito». ⁽²¹⁾

A exequibilidade das letras, livranças e cheques na Lei Processual — breve resenha histórica

O C. Proc. Civ. na redacção inicial constante do seu Art.º 52.º fazia depender a exequibilidade das letras, livranças e cheques, do reconhecimento notarial da assinatura do devedor.

A reforma introduzida pelo Decreto-Lei n.º 44129, de 28 de Dezembro de 1961, manteve tal exigência (Art.º 51.º, n.º 1).

A primeira inovação, neste particular, foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 533/77, de 30 de Dezembro, o qual, dando nova redacção àquele Art.º 51.º, admitiu que o requisito do reconhecimento da assinatura do devedor naqueles escritos particulares, para que aos mesmos fosse atribuída força executiva, apenas seria exi-

⁽²⁰⁾ Ob. cit., p. 202.

⁽²¹⁾ Rui Pinto, ob. cit., p. 55.

gível «quando o montante da dívida constante do título excede (sse) o da alçada da Relação».

A exigência do reconhecimento notarial da assinatura do devedor, como requisito de exequibilidade das letras, livranças e cheques, só viria a ser definitivamente abandonada com a entrada em vigor, em 1 de Outubro de 1985, do Decreto-Lei n.º 242/85, de 9 de Julho.

A partir daí, tais escritos particulares passaram a ser títulos exequíveis, independentemente do facto de a assinatura do devedor se encontrar ou não reconhecida.

Tal alteração legislativa limitou-se a acompanhar e a adaptar o ordenamento jurídico à prática que de há muito vinha sendo seguida pelos agentes económicos. Com efeito, no dia a dia, em consequência da necessidade de libertar a actividade comercial de práticas que de algum modo reduziam a respectiva celeridade e eficiência, era de há muito usual, o afastamento do reconhecimento notarial da assinatura do devedor.

Essa prática deu origem a que antes da alteração legislativa de 1985, quando se colocava ao credor a necessidade de obter o pagamento coercivo das dívidas tituladas por letras e livranças, o mesmo tivesse que recorrer à acção declarativa prévia para obtenção de um título executivo (sentença) que lhe permitisse a agressão do património do devedor.

A instauração, desde logo, da acção executiva com base no escrito particular (letra ou livrança) que se tornou a regra (diríamos, quase absoluta) após a entrada em vigor do citado Decreto-Lei n.º 242/85, de 9 de Julho, era então a excepção.

O Assento n.º 4/78 — O Contexto jurídico-processual em que foi proferido

É neste contexto, em que a utilização dos títulos de crédito como títulos executivos era a excepção, que surge o Assento de 13 de Abril de 1978.

Fazia então sentido que, tendo sido a acção executiva na qual se colocava a questão relativa ao afastamento ou não da moratória prevista no Art.º 1696.º, n.º 1, do C. Civ., instaurada com base

numa sentença proferida em acção declarativa de condenação (onde a letra ou livrança eram meros elementos integrantes da causa de pedir), fazia sentido que, repete-se, fosse exigido que a prova da comercialidade substancial da dívida exequenda constasse e fosse declarada no próprio título executivo.

Os autores que defendem a necessidade de obtenção de sentença em acção declarativa prévia, para a prova da comercialidade substancial da dívida exequenda, raciocionam no quadro prático-jurídico subjacente e condicionante da realidade objectiva vigente antes da entrada em vigor da alteração legislativa de 1985. Não podemos esquecer que Nogueira Serens, um dos mais acérrimos defensores de tal tese, publicou o artigo a que abundantemente atrás nos referimos, no primeiro semestre de 1979, seis anos antes da citada alteração legislativa.

Confirmando a pertinência da opinião aqui manifestada, não deixa de ser elucidativo o facto de todos os exemplos jurisprudências concretos transcritos por Nogueira Serens nessa obra, bem como os próprios Acordãos que estiveram na origem do Assento de 13 de Abril de 1978, serem decisões proferidas em recursos interpostos no âmbito de acções executivas instauradas com base em sentenças proferidas em acções declarativas, nas quais a causa de pedir foi a relação cambiária.

Tendo-se tornado regra a acção executiva instaurada com base no próprio título de crédito, regra relativamente à qual se verificam muito poucas excepções ⁽²²⁾, é exigível que na aplicação do comando do citado Assento, seja tomada em devida conta esta nova realidade. Sob pena de, por força de uma interpretação demasiado rígida e restritiva do respectivo conteúdo, se vir a assistir, em manifesto e injustificado prejuízo dos interesses do comércio, a uma cada vez maior inutilidade prática das letras e livranças, enquanto meios que proporcionam uma mais célebre e eficiente cobrança das dívidas comerciais.

(22) Tais excepções são, geralmente, motivadas por razões relacionadas com a ocorrência de prescrição, com a falta de protesto ou com a efectivação deste fora de prazo, quando o mesmo é obrigatório. Mas, nestes casos, é instaurada acção declarativa com base na relação subjacente e não na relação cartular, como anteriormente acontecia.

A prova da comercialidade substancial e o afastamento da moratória — algumas reflexões

Perante esta nova realidade, introduzida pela alteração legislativa operada em 1985, a exigência de título executivo obtido em acção declarativa prévia para a prova da comercialidade substancial teria uma das seguintes consequências:

- o credor, quando o único modo previsível de vir a obter o pagamento fosse através da meação do cônjuge do devedor nos bens comuns, abdicava do título executivo que a letra ou a livrança constituem e instaurava acção declarativa com base na relação cartular, na qual pedia a condenação do ou dos obrigados cambiários no pagamento da dívida titulada no escrito e, simultaneamente, a declaração da comercialidade substancial dessa mesma dívida, ficando onerado com o pagamento das custas do processo (Art.º 449.º do C. Proc. Civ.);
- o credor instaurava contra o cônjuge do devedor e, eventualmente, também contra este, acção declarativa de simples apreciação positiva, na qual pedia que fosse declarada a comercialidade substancial da dívida;
- ou, o credor, ao instaurar de imediato a acção executiva, renunciava à possibilidade de recorrer à faculdade conferida no n.º 2 do Art.º 825.º do C. Proc. Civ., ficando, à partida, inibido de perseguir a meação do cônjuge devedor nos bens comuns para obter o pagamento da dívida.

Qualquer uma destas consequências surge em plena contradição com a tendência do legislador para atribuir, cada vez mais, força executiva às letras, livranças e cheques, tendência essa que culminou com a eliminação da obrigatoriedade do reconhecimento notarial da assinatura do devedor. Forçar o credor a adotar qualquer delas, redundaria num prejuízo injustificado, e em alguns casos irreparável, dos interesses que o legislador pretendeu acautelar ao permitir o acesso imediato e incondicional ao processo executivo, por parte do credor munido de letra, livrança ou

cheque. ⁽²³⁾ Resultaria, ao invés num benefício claramente injustificado, senão mesmo imoral, do interesse na preservação da estabilidade do património familiar.

A conclusão idêntica, embora de sinal contrário, se chegará se se permitir que o Juíz ordene o cumprimento do disposto no n.º 2 do Art.º 825.º do C. Proc. Civ., sem que antes se certifique de que o requisito material condicionante da aplicação de tal norma legal (ausência de moratória forçada) se verifica no caso concreto.

O argumento expendido pelo S.T.J. no Acórdão de 27 de Janeiro de 1993 (C. J., Ano I, Tomo I, p. 100) de que «... nem a lei nem o Assento de 1978 impõem que o Juíz recuse oficiosamente o decretamento da penhora por não estar, no momento, demonstrada aquela comercialidade» ⁽²⁴⁾ não se nos afigura justificar que o Juíz ordene, sem mais, a penhora nos termos do citado n.º 2 do Art.º 825.º.

Efectivamente, a lei processual não admite a prática de actos inúteis e, a penhora assim efectuada, poderia vir a revelar-se um acto inútil. Com efeito, sendo certo que, como muito bem concluíu o S.T.J. nessa mesma decisão, o Assento de 1978 não focou directamente a penhora, «... falando sim no pagamento das dívidas comerciais», se esta vier a ser ordenada, sem mais — na esperança de que em sede de embargos de terceiro instaurados pelo cônjuge do executado ou por este, nos casos em que a lei o permite (Art.º 1037.º, n.º 2, 2.º §), a questão da comercialidade substancial da dívida exequenda venha a ficar provada — não sendo tais embargos deduzidos, ficará por provar o pressuposto de que o referido Assento faz depender a efectivação de tal pagamento.

Assim, chegados à fase do pagamento sem que a prova da comercialidade substancial da dívida se mostrasse efectuada, seríamos forçados a concluir que todos os actos processuais prati-

⁽²³⁾ A este respeito convirá lembrar que no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 242/85, de 9 de Julho, se considera que a alteração introduzida na redacção do n.º 1 do Art.º 51.º do C. Proc. Civ., visa «... permitir o ingresso imediato na fase executiva em inúmeros casos de acção de dívida que obrigavam o credor a percorrer sucessivamente as duas estações da sua *via crucis*».

⁽²⁴⁾ Em abono desta afirmação é citado Pinto Furtado (*Disposições Gerais do Código Comercial*, pp. 53 e segs.)

cados depois do despacho que ordenou a penhora e a citação do cônjuge do executado, teriam sido inúteis.

Para evitar tal desfecho deverá ser assegurado, no momento em que é desencadeado o mecanismo processual previsto no citado n.º 2 do Art.º 825.º, que, independentemente do comportamento processual que vier a ser assumido pelo cônjuge do executado, chegada a fase do pagamento será possível avançar com as diligências processuais tendentes à sua efectivação.

Como fazê-lo é a questão que a seguir nos ocupará.

Afastada que fica, pelas razões acima aduzidas, a exigência de prévia obtenção de sentença proferida em acção declarativa, entendemos que a prova da comercialidade substancial terá que resultar do conteúdo do próprio título executivo (letra ou livrança). Neste ponto acompanhamos a posição, atrás exposta, de Augusto Lopes, Cardoso, Oliveira Ascensão e Rui Pinto.

Ora, sendo a dispensa da moratória prevista no Art.º 10.º do C. Com. uma mera «... providência executiva, um trâmite processual da fase da penhora da acção executiva» (25), é no âmbito desta que tem que ser aferida a respectiva verificação. E, aí, teremos que ter em consideração o comando do n.º 1 do Art.º 45.º do C. Proc. Civ., segundo o qual «Toda a execução tem por base um título pelo qual se determinam o fim e os limites da acção executiva».

Por outro lado, como ensina Oliveira Ascensão, «o princípio da literalidade significa que o direito incorporado no título é definido nos precisos termos que dele constam. Qualquer aspecto que não conste do título não pode ser tomado em conta, não pode ser submetido ao regime particular que ao título corresponde». (26)

As consequências decorrentes da aplicação de tal princípio valem para tudo o que estiver inscrito no título — desde que, por estarem reunidos os elementos essenciais previstos no Art.º 1.º ou no Art.º 75.º da L.U.L.L., o escrito produza efeitos como letra ou livrança — e não apenas para as inscrições que integrem estes elementos essenciais.

(25) Pinto Furtado, ob. cit., p. 56.

(26) Direito Comercial — Títulos de Crédito, Vol. 3, Lisboa, 1992, p. 26.

Deste modo, por estarmos no âmbito da acção executiva cujos limites são determinados pelo título, sendo este uma letra ou livrança e daí decorrendo a aplicação do princípio da literalidade extensivo a tudo quanto nele se encontra inscrito, teremos que concluir que a prova da comercialidade substancial sem a qual não poderá ser iniciada a fase do pagamento, terá que resultar do próprio título dado à execução, ainda que apenas em relação a uma das partes.

E para evitar que, no futuro, os actos praticados posteriormente ao despacho que ordene a penhora e a citação do cônjuge do devedor, nos termos do disposto no n.º 2 do Art.º 825.º do C. Proc. Civ., se venham a revelar inúteis, (27) o Juíz ao proferir tal despacho, porque se encontra vinculado ao dever de fundamentação (Art.º 668.º, n.º 1, alínea *b*) do C. Proc. Civ., aplicável aos despachos *ex vi* do disposto no Art.º 666.º, n.º 3 do mesmo Código) e porque a ausência de moratória é pressuposto de aplicação de tal norma, deverá declarar, expressa e fundamentadamente, que do próprio título executivo (letra ou livrança) decorre que a dívida exequenda é substancialmente comercial. Deste despacho, poderá o executado agravar.

Inversamente, caso conclua que do título não resulta provada a comercialidade substancial da dívida, o Juíz deverá dizê-lo, fundamentando, no despacho que indefira o decretamento da penhora e a citação do cônjuge do executado. Deste despacho pode, por sua vez, o exequente interpor recurso de agravo.

Proferido o despacho que ordene a penhora poderá o cônjuge do executando, uma vez citado para os efeitos do disposto na citada norma legal, deduzir embargos de terceiro, nos termos do preceituado na alínea *c*) do n.º 2 do Art.º 1038.º do C. Proc. Civ..

Tais embargos terão apenas como objectivo a demonstração da não verificação, no caso concreto, de um requisito material da penhora: o afastamento da moratória forçada. Tal moratória, como vimos, só não será afastada se não estiver provada a comercialidade substancial da dívida.

Esta prova, por sua vez, como acima defendemos, terá que constar necessariamente do título dado à execução. Consequentemente-

(27) A este propósito, *supra*, p. 12.

mente, será nos estritos limites da letra ou da livrança e das declarações que delas constem, que se terá que buscar a prova da comercialidade ou da não comercialidade substancial da dívida exequenda. E, aqui, mesmo no caso de a genuidade da letra ou livrança dada à execução não ter sido impugnada pelo executado, o exequente não poderá opor ao terceiro (cônjuge do executado) o valor probatório pleno das declarações contidas no documento, não carecendo este de arguir e provar a respectiva falsidade para evitar a eficácia plena das mesmas em relação à sua pessoa. Tal matéria está exemplarmente tratada no Acórdão do S.T.J. de 30 de Junho de 1977, B.M.J. 268, p. 204 que nos permitimos transcrever:

«... desde que esteja estabelecida a autoria do documento e nele se contenha uma declaração, feita ao declaratório, contrária ao interesse do declarante, tal declaração representa uma confissão do seu autor, pelo que a esse documento particular deve ser atribuído, nas relações entre ambos, valor probatório pleno, nos mesmos termos em que o é a confissão». Por outro lado, «o documento particular cuja eficácia esteja reconhecida, só tem força probatória quanto aos factos, nele referidos, que sejam *contrários* ao interesse do declarante, o que se exprime pela enunciação da regra de que o documento autêntico prova plenamente *erga omnes* e o documento particular apenas prova *inter partes*».

Desta eficácia plena *inter partes* decorrerá a legitimidade do Juíz para, no despacho em que ordenar a penhora ou indeferir o respectivo decretamento, tomar posição sobre a matéria da comercialidade substancial da dívida, no sentido de admitir ou rejeitar que a respectiva prova consta do título executivo. ⁽²⁸⁾

Entendemos, por último, subscrevendo a opinião de A. Lopes Cardoso segundo a qual a comercialidade substancial é o «... facto constitutivo do direito do exequente à não moratória»⁽²⁹⁾, que o ónus de prova da comercialidade substancial da dívida, no âmbito dos embargos de terceiro, incumbe ao exequente - Art.º 342.º, n.º 1 do C. Civ..

⁽²⁸⁾ Cfr. supra, pp. 13 e 14.

⁽²⁹⁾ A. Lopes Cardoso, ob. cit., p. 199.