

Supremo Tribunal de Justiça
Processo nº 2093/04.2TBSTB-A L1.S1.

Relator: FONSECA RAMOS

Sessão: 13 Abril 2011

Número: SJ

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: REVISTA

Decisão: CONCEDIDA

EXECUÇÃO CAMBIÁRIA

RELAÇÕES IMEDIATAS

TÍTULO EXECUTIVO

REQUISITOS

PACTO DE PREENCHIMENTO

AVAL

Sumário

I) – Se o título cambiário está no domínio das relações imediatas, não valem as regras da abstracção, literalidade e autonomia.

II) – O pacto de preenchimento é um contrato firmado entre os sujeitos da relação cambiária e extracartular que define em que termos deve ocorrer a completude do título cambiário no que respeita aos elementos que habilitam a formar o título executivo, estabelecendo os requisitos que tornam exigível a obrigação cambiária.

III) – O preenchimento deve respeitar aquele pacto – no fundo o contrato que deve ser pontualmente cumprido – já que a sua observância, é o quid que confere força executiva ao título, mormente, quanto aos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade.

IV) – Para que o credor possa executar o seu crédito, deve ele ser certo, líquido e exigível, requisito este que se liga ao vencimento da obrigação.

V) – O aval é o acto pelo qual uma pessoa estranha ao título cambiário, ou mesmo um signatário – art. 30º da LULL – garante, por algum dos co-obrigados no título, o pagamento da obrigação pecuniária que este incorpora. O aval é, assim, uma garantia dada pelo avalista à obrigação cambiária e não à

relação extracartular.

VI) – Tendo o avalista intervindo no pacto de preenchimento, pode ele opor ao portador as excepções que competiam ao avalizado se o título cambiário estiver no domínio das relações imediatas.

Texto Integral

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça

AA, executado na acção executiva para Pagamento de Quantia Certa, pendente no 2º Juízo de Execução de Lisboa (1) BB S.A., deduziu, em 20.11.2007, **Oposição à Execução**.

Alegando em síntese:

- o Tribunal da Comarca de Lisboa é o competente para a execução;
- a livrança dada à execução encontra-se prescrita, uma vez que, a mesma venceu-se no dia 31.12.2003, tendo o opoente sido citado para os termos da execução no dia 24.10.2007, tendo assim decorrido mais de três anos sobre a data de vencimento da livrança;
- deu o seu aval na livrança dada à execução, a qual foi subscrita em branco como garantia do cumprimento de um contrato de abertura de crédito em conta corrente celebrado no dia 12.12.1991, entre o B....., S.A. (B...), actualmente, BB, S.A. e aqui exequente, e a executada G.....-Comércio de Automóveis, S.A., da qual era, à data, gerente e um dos seus legais representantes;
- o referido contrato foi posteriormente sujeito a sucessivas alterações e prorrogações do seu vencimento até ao ano de 1997, sendo que, no dia 30.09.1997 veio-se a realizar um novo contrato, de aditamento ao contrato inicial, no qual as partes acordaram proceder à substituição da garantia contratada, tendo nessa data sido subscrita e avalizada pelo opoente uma nova livrança (em branco) assentindo que esta fosse entregue ao BIC nos termos e nas condições estipuladas no referido contrato, dando as partes por despida de qualquer efeito e/ou validade a anterior livrança (em branco) que tinha sido anteriormente entregue ao BIC, tendo ocorrido assim uma total extinção da

primitiva obrigação cambiária obrigando-se as partes numa nova obrigação cambiária, ou seja, a primeira livrança foi alvo de novação;

- no decurso do ano de 1998, o opoente transmitiu todas as participações de que era titular na sociedade executada “CC, S.A.” à “DD, Lda.”, por intermédio de contrato, no qual, desde logo, renunciou ao lugar de membro do Conselho de Administração da sociedade executada, bem como, igualmente, ao cargo de gerente da mesma e, no mesmo contrato, por exigência do opoente, obrigou-se a empresa “DD, Lda.”, adquirente das participações, a libertá-lo de todos os avals, fianças e demais responsabilidades pessoais por ele prestadas para garantia de créditos à “CC, S.A.”, assumindo esta empresa todas essas garantias pessoais em substituição do opoente;

- nestes termos, após o referido contrato, enviou o Presidente do Conselho de Administração da sociedade executada, carta ao BIC solicitando-lhe que procedesse à substituição do aval prestado pelo opoente pelo aval que seria prestado pela empresa “DD, Lda.” nunca tendo o BIC dado qualquer tipo de resposta a esta carta;

- após a data do referido contrato de cessão das suas participações na sociedade executada, nunca mais até à presente data teve ou conservou qualquer tipo de contacto ou relações profissionais com essa mesma sociedade, não tendo qualquer tipo de conhecimento do que, entretanto, foi esta acordando com a exequente e que proporções terá vindo a adquirir o mencionado crédito em conta corrente;

- no requerimento executivo vem-se exigir ao opoente um montante global de € 339.498,90 quando este apenas avalizou um crédito em conta corrente até ao *plafond* máximo de € 275.000,00 ignorando o opoente a que se reporta todo este elevado valor, desconhecendo se, entretanto, terá, ou não, existido entre a sociedade executada e a exequente prorrogações do vencimento do referido crédito ou outro qualquer contrato adicional de reforço do crédito em conta corrente ao realizado em 30.09.1997, verificando-se assim o preenchimento abusivo da livrança;

- mais vem-se exigir o pagamento desse mesmo valor com base numa livrança (que embora tenha sido entregue em branco) na qual foi aposta pela exequente uma data de emissão em 12.12.1991, quando, na verdade, a referida livrança foi entregue ao BIC no dia 30.09.1997 e, nessa mesma data, foi avalizada pelo opoente conforme expressamente o refere o contrato que

este e o BIC subscreveram;

- ao vir executar uma garantia que já não existia, a exequente agiu violando a tutela da confiança e os princípios da boa fé, o que constitui *venire contra factum proprium*;

- a livrança exequenda não foi apresentado a protesto, pelo que a exequente não poderá exercer qualquer direito de executar a livrança contra o opoente.

Termina, pugnando pela procedência da oposição, com a consequente extinção da execução.

Notificada a exequente da oposição à execução deduzida pelo executado, a mesma apresentou contestação, alegando, em suma, que:

- o Tribunal de Setúbal tem competência territorial para conhecer da acção executiva;

- a livrança que serve de base à execução venceu-se no dia 31.12.2003 e o requerimento executivo foi apresentado a 12.04.2004, sendo, por demais, evidente que a livrança não prescreveu;

- quando em 1997 foi celebrado o aditamento ao contrato de abertura de crédito em conta corrente celebrado em 1991, como aliás, aí foi previsto, foi entregue à exequente a livrança em branco que serve de base à execução, quanto a todos os seus elementos, incluindo a data de emissão, para que a preenchesse nos termos convencionados nesse contrato e, ainda, nos termos convencionados no acordo de preenchimento destinado a regulamentar o preenchimento da livrança entregue em 30.09.1997, à exequente;

- o acordo de preenchimento da livrança entregue em 1991 contemporaneamente à celebração do contrato de abertura de crédito que, efectivamente, foi substituída em 1997, é aquele que é junto pela exequente;

- a livrança entregue à exequente, na sequência do contrato de 30.09.1997, encontrava-se totalmente em branco, inclusive, a data de emissão, sendo que, por lapso de preenchimento da livrança, imputável à exequente, a data da emissão aí colocada apresenta-se, claramente, desconforme com a realidade pois, a livrança foi entregue em 30.09.1997 e não em 12.12.1991;

- o beneficiário da livrança não era obrigado a liberar o avalista por ele ter deixado de ser administrador/accionista da subscritora, pelo que, a pretensão do avalista e opoente não tem qualquer cabimento legal;
- não se verificou qualquer preenchimento abusivo da livrança, tendo a mesma sido preenchida pelo saldo credor do exequente sobre a sociedade executada, emergente do contrato de abertura de crédito de 12.12.1991 aditado pelo de 30.09.1997, saldo esse que, em 31.12.2003 era de € 335.521,91, sendo € 274.338,4 de capital, € 57.216,79 de juros remuneratórios e de mora, € 2.288,67 de imposto de selo sobre juros e € 1.677,61 de selagem da livrança;
- a exequente, através dos seus funcionários, sempre declarou que não pretendia abdicar do aval do opoente;
- a exequente não abusou dos seus direitos e actuou sempre de boa fé;
- de acordo com a jurisprudência e doutrina unânimes, não se apresenta necessário qualquer protesto da livrança.

Concluiu pugnando pela improcedência da oposição à execução.

Notificado o opoente da contestação apresentada pela exequente e documentos juntos com a mesma, nada disse, relativamente, a estes.

Foi proferido o despacho de fls. 86 a 90, no qual, se julgou procedente a excepção de incompetência territorial do Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal.

Por se considerar que, o processo continha todos os elementos necessários para proferir decisão final da causa, conheceu-se do mérito da causa - art. 510º, nº1, b) do Código de Processo Civil, ex vi, do disposto no art. 787º, nº 1, do Código de Processo Civil, este aplicável por remissão do art. 817º, nº2, do mesmo diploma legal - decidindo-se o seguinte:

“Em face da argumentação expendida e das disposições legais citadas, decide o Tribunal julgar a presente oposição à execução improcedente e, em consequência, ordena-se o prosseguimento da instância executiva, em conformidade.”

O opoente recorreu para o Tribunal da Relação de Lisboa, que, por Acórdão de 14.9.2010, fls. 202 a 225 - aclarado pelo de fls. 308 a 313,

de 18.1.2011 - negou provimento ao recurso, confirmando o saneador-sentença recorrido.

De novo inconformado, o executado/opoente, recorreu para este Supremo Tribunal de Justiça e, alegando, formulou as seguintes **conclusões:**

A. Conforme resulta da sentença proferida na primeira instância:

“A livrança dada à execução foi entregue á exequente para garantia do cumprimento das obrigações decorrentes do acordo escrito celebrado em 30.09.1997 a que se alude no ponto 7 da factualidade assente, o qual constitui um aditamento ao contrato de empréstimo sob a forma de abertura de crédito em conta corrente celebrado em 12.12.1991 entre a exequente e a sociedade executada CC, Lda. (cfr. 4 da factualidade assente).”

B. Mais ali se alegou que: *“Conforme resulta da factualidade assente não restam dúvidas de que a livrança dada à execução é aquela que foi entregue à exequente aquando da celebração, em 30.09.1997, do aditamento ao contrato de empréstimo...”*

C. Concluindo-se que: *“É certo que da livrança dada à execução consta como data de emissão 12.12.1991, data essa que corresponde à da celebração do contrato inicial. Porém, como refere a exequente na contestação, tal deveu-se a lapso imputável à própria exequente.”*

D. Na verdade, resulta de forma manifesta que quer da douda sentença quer do doudo acórdão, que não alterou a matéria de facto dada como provada, que a livrança foi preenchida com uma data de emissão por parte da exequente que, para além de não corresponder à realidade jurídica que esteve na base da sua emissão, não pode assim corresponder sequer à própria vontade da exequente, muito menos corresponderá à dos demais subscritores.

E. A verdade é que a data de 12.12.1991 aposta pela exequente na livrança enquanto data de emissão é uma data impossível e, assim sendo, tal como se houvesse falta de data, o escrito, por omissão de requisito essencial, não produz efeitos como livrança (artigos 75º/6 e 76º/1 da L.U.L.L.).

F. É uma data de emissão impossível, e falsa, dado que é uma data anterior à subscrição, emissão e entrega da livrança pelo executado à exequente, bem como anterior à outorga do próprio aditamento ao contrato do qual tal

livrança é garantia, tal como é uma data inclusivamente anterior ao pacto de preenchimento, trata-se de uma data meramente arbitrária e fortuita.

G. A livrança não pode produzir os seus efeitos em face do disposto nos arts. 1º e 2º da LULL, porquanto não está (validamente) preenchida quanto aos seus elementos essenciais, como a data e local de emissão, não constituindo os mesmos títulos exequíveis nos termos e para os efeitos do art. 814º, al. a), e 816º, do Código de Processo Civil. na anterior formulação.

H. Neste exacto sentido, versando sobre igual factualidade, vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça datado de 04.05.2004, Relator Azevedo Ramos, in www.dgsi.pt onde se sumaria que:

”I - A exigência da data da emissão de uma livrança destina-se a determinar, através do título cambiário, a capacidade do subscritor no momento da emissão. II - Quem emite uma letra incompleta ou em branco atribui àquele a quem a entrega o direito de a preencher em certos e determinados termos. III - Sendo impossível a data da emissão aposta na livrança, tal facto determina a nulidade dessa menção, tudo se passando como se o título não estivesse preenchido com a data em que foi emitido. IV - O que invalida o título cambiário, que não pode produzir efeitos como livrança.”

I. Livrança preenchida com data impossível é nula em face dos artigos 75º e 76º da L.U.L.L. o que torna nulo o aval nos termos do artigo 32º da L.U.L.L. não se verificando qualquer abuso na invocação da nulidade que pode ser feita a todo o tempo (artigo 286º do Código Civil);

J. Pelo que, nos termos do disposto no art. 722º, n. º1, alínea a) desde já se vem alegar que, salvo melhor entendimento, o Acórdão da Relação de Lisboa, que fez uma errónea interpretação e aplicação da lei em face dos factos dados como provados, violou nomeadamente as normas legais contidas nos art. 1º, n. º7, 32º, 75º, n. º6, 76º da LULL e o art. 286º do Código Civil.

K. Mas mais, ora, tendo sido dado como assente na matéria de facto dada como provada que a data aposta na livrança não corresponde à data que ali deveria ter sido aposta, bem como tendo tal facto sido igualmente reconhecido na fundamentação do Acórdão, nos termos acima já descritos e que aqui se dão por reproduzidos, não se retirou de tal matéria de facto e da fundamentação do Acórdão a conclusão óbvia — impossibilidade da data de emissão e consequente nulidade do título cambiário dado que a livrança não

pode valer como tal em face da “*impossível data de emissão*” ali aposta.

L. Nestes termos, e por mera cautela, subsidiariamente quanto a esta matéria sempre se dirá que deveria o duto acórdão em todo o caso ser declarado nulo, de acordo com o disposto art. 668º, nº1, alínea c) e 722º, nº1, alínea c) do Código de Processo Civil e, conseqüentemente, deve ser substituído por outro que sane a contradição entre a fundamentação e a decisão, até porque o processo contém todos os elementos necessários a essa decisão.

M. Sem conceder, e ainda subsidiariamente, igualmente sempre se dirá que a exequente ao preencher pelo seu punho, unilateralmente, a livrança com uma data de emissão perfeitamente descabida e fortuita, não condicente com a realidade factual e com o acordado no pacto de preenchimento com o aqui recorrente, procedeu a tal preenchimento de forma abusiva, sem cumprimento do acordado e sem o respeito das expectativas geradas.

N. Abuso de direito que foi alegado pelo recorrente nas suas alegações de recurso mas que poderia a Relação de Lisboa ter conhecido até oficiosamente tal como assim o pode até o Supremo Tribunal de Justiça.

O. Conforme sumário do Duto Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça datado de 14-12- 2006, relator Sebastião Póvoas, in www.dgsi.pt:

“2) No domínio das relações imediatas – isto é, enquanto a livrança não é detida por alguém estranho às relações extra-cartulares – o executado pode opor ao exequente a excepção de incumprimento do pacto de preenchimento, geradora de preenchimento abusivo. 3) Como excepção de direito material, o preenchimento abusivo deve ser alegado e provado pelo embargante em processo de embargos de executado, cumprindo ao embargante demonstrar que a aposição de data e montante foram feitas de forma arbitrária e ao arrepio do acordado. 4) O contrato de preenchimento pode ser expresso ou estar implícito no negócio subjacente à emissão do título, podendo ser contemporâneo ou posterior à aquisição pelo exequente. 5) Se o avalista subscreveu o acordo de preenchimento, pode apor ao portador a excepção de preenchimento abusivo, estando o título no âmbito das relações imediatas.”

P. Sendo certo que tal como consta e resulta da matéria de facto dada como provada na sentença da primeira instância e no Duto Acórdão ora sindicado, a livrança encontra-se no âmbito das relações imediatas, sendo certo que o aqui recorrente, assinou a mesma quer enquanto gerente da GG.....,

também exequente e beneficiária da livrança, quer enquanto avalista bem como assim outorgou no pacto de preenchimento nas duas qualidades tal como resulta de resto dos documentos juntos a fls.

Q. Pelo que somos de concluir que o douto Acórdão aqui sindicado, porque não declarou e reconheceu a existência do manifesto abuso de direito, violou de forma manifesta diversos preceitos legais, nomeadamente o artigos 1º/7, 2º/1, 75º/6 e 76º/1 da L.U.L.L e bem assim o disposto no artigo 334º do Código Civil.

R. Alegou ainda o recorrente junto da Relação de Lisboa nas suas alegações de recurso que:

“Porque se trata de um facto de conhecimento oficioso, deveria o Tribunal ad quo ter conhecido e assim se ter pronunciado acerca da patente inexigibilidade do cumprimento da obrigação que está subjacente á emissão da livrança dada aqui enquanto título executivo pela exequente”.

S. A *certeza* e a *exigibilidade* da obrigação são pressupostos de carácter material que intrinsecamente condicionam a exequibilidade do direito, já que sem eles não é admissível a satisfação coactiva da pretensão. Como pressupostos processuais, o título executivo e a verificação da certeza, da exigibilidade e da liquidez da obrigação exequenda são requisitos de admissibilidade da acção executiva, sem as quais não têm lugar as providências executivas que o tribunal deverá realizar com vista à satisfação da pretensão do exequente – cfr. Lebre de Freitas “A Acção Executiva”, Coimbra Editora, 1993, p. 25 e segs.

T. Dispunha o art. 811º-A, nº1, do Código de Processo Civil (anterior redacção) que o juiz indefere liminarmente o requerimento executivo quando seja manifesta a falta ou insuficiência do título (a); ocorram excepções dilatórias não supráveis, de conhecimento oficioso (b); fundando-se a execução em título negocial, seja manifesto face aos elementos constantes dos autos, a inexistência de factos constitutivos ou a existência de factos impeditivos ou extintivos da obrigação exequenda que ao juiz seja lícito conhecer (c).

U. Assim sendo, não estava o *Tribunal de Primeira Instância* impedido de apreciar oficiosamente a exequibilidade do título na sentença recorrida, não obstante tal questão não ter sido concretamente suscitada na oposição á execução pelo recorrente.

V. A prestação é exigível quando a obrigação se encontra vencida ou o seu vencimento depende, de acordo com estipulação expressa ou com a norma geral supletiva do art. 777º, nº1, do Código Civil, de simples interpelação ao devedor. Acórdão de Supremo Tribunal de Justiça nº 04A1044, de 04 Maio 2004, Supremo Tribunal de Justiça, N° Recurso nºJSTJ000, Magistrado responsável Azevedo.

W. Ora, quer na douda sentença proferida na primeira instância quer no doudo acórdão ora sindicado, deu-se por provado, no ponto 7), que o acordo inicial de crédito foi objecto de um aditamento cujos termos constam do documento junto a fls. 39 a 42 dos autos de execução, dando-se mesmo por reproduzido na sentença tal acordo e transcrevendo-se mesmo para a sentença parte significativa do mesmo.

X. Ora, no artigo 16 do mesmo acordo, artigo que se encontra inclusivamente transcrito na sentença, declara-se que:

“16.1 — O não cumprimento pela CLIENTE de qualquer uma das obrigações por si assumidas neste contrato dará ao BIC o direito de considerar imediatamente vencido o FINANCIAMENTO, com a consequente exigibilidade do pagamento da totalidade da dívida, incluindo juros contratuais, juros de mora, comissões e demais encargos devidos.

16.2 — Haver-se-ão, ainda, por não ser cumpridas definitivamente as obrigações que do presente contrato decorrem se a CLIENTE estiver em situação de falta de cumprimento ou tenha que reembolsar prematuramente qualquer outro empréstimo ou dívida, por motivo de falta de pagamento na respectiva data de vencimento, com excepção de qualquer tolerância que lhe tenha sido concedida, ou caso a garantia prestada relativamente a essas obrigações seja executada.

16.3 — Para os efeitos do previsto nos números antecedentes o BIC notificará, por escrito, e sem dependência de prazo, a CLIENTE de que as obrigações que sobre este impendem, nos termos do presente contrato, se vencem imediatamente sendo o seu cumprimento exigível nos termos dessa notificação.” [o negrito é nosso]

Y. É claríssimo que, nos termos de tal cláusula 16ª constante do acima mencionado aditamento, o cumprimento das obrigações inscritas nesse contrato apenas se vencem no termo de notificação a efectuar pela exequente

para esse fim, sendo que, antes do decurso do termo concedido por tal notificação, nos termos da referida cláusula, não se considera ainda incumprido o contrato pelo que é inexigível por parte da exequente o cumprimento das obrigações daí decorrentes e portanto, não lhe é possível preencher de imediato a livrança.

Z. Ora, na douda sentença não se dá como provado (sequer se alude a tal notificação) que a exequente tenha notificado, por escrito, a exequente nos termos da cláusula 16.3 acima referida constante do aditamento do contrato, igualmente no doudo acórdão não se deu tal matéria como provada, sequer a ela se alude, tal como sequer a exequente alega nos presentes autos, nos seus articulados apresentados, ter efectuado tal notificação.

AA. Pelo que, não tendo sido efectuada tal notificação pela exequente, e não tendo portanto decorrido o decurso do termo aí a conceder, a obrigação não se encontra vencida nem é exigível em face do contrato que foi outorgado e junto aos autos e dado como reproduzido na sentença, o qual foi assinado pelo aqui recorrente como avalista.

BB. Mais, de tal acordo resulta por demais manifesto que antes de se verificar definitivamente incumprido o aludido acordo de aditamento, não poderia a exequente ter preenchido a livrança nos termos do acordado quer com a executada GG..... quer com o aqui recorrente enquanto avalista.

CC. Ora, não obstante a obrigação não ser exigível, não se coibiu a exequente de preencher abusivamente a livrança em causa nos presentes autos e vir exigir o cumprimento de obrigações que nos termos contratados ainda não são exigíveis, o que consubstancia um claro abuso de direito por parte da exequente e determina a nulidade do título executivo.

DD. “I – O abuso do direito constitui uma figura autónoma que pressupõe formalmente o direito, mas considera ilegítimo o seu exercício, quando exceda manifestamente a boa fé, os bons costumes ou o fim social ou económico do direito. II – Tem-se entendido ser esta figura de conhecimento oficioso, cognoscível pelo STJ, por ser questão de direito, se conhecer dos limites internos do direito, e se tratar de duma questão de interesse e ordem pública.” in Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça datado de 11.03.1999 Revista n.º 50/99 – 2ª Secção Relator: Conselheiro Simões Freire.

EE. Desta forma, em primeiro lugar, deveria a Douda sentença ter conhecido,

oficiosamente, até porque dá como reproduzido e transcreve partes do aludido acordo de preenchimento nos factos dados como assentes do abuso de direito no preenchimento da livrança e da inexigibilidade das obrigações decorrentes de tal contrato por não ter sido efectuada, pelo menos alegada e provada nos autos, a notificação a que alude a cláusula 16 pelo que a sentença é nula nos termos do disposto no art. 668º, alínea d) do Código de Processo Civil.

FF. Mais, e salvo o devido respeito, deveria pelo menos posteriormente o Douto Acórdão da Relação de Lisboa ora sindicado ter conhecido de tal nulidade por a mesma ter sido arguida pelo recorrente nas suas alegações de recurso, sendo que, por não se ter pronunciado sob tal questão é o Acórdão nulo nos termos do disposto no art. 668º alínea d) e 722º, n.º1, alínea c) do Código de Processo Civil.

GG. Não se desconhece que o Acórdão em determinado momento versa sobre o regime do abuso de direito e da legitimidade do recorrente em invocar o preenchimento abusivo da livrança, no entanto, não deixa de ser também menos verdade que o faz apenas relativamente à invocada questão do incumprimento do pacto de preenchimento da livrança alegada pelo recorrente apenas quanto ao montante do valor monetário que foi apostado na livrança tal como resulta da página 22 do Acórdão.

HH. No entanto, e ainda que se considere que ali se estava igualmente ali a referir-se à questão acima alegada e à legitimidade do recorrente em arguir tal nulidade da livrança, sempre se dirá que ainda assim, salvo o devido respeito, andou mal o Douto Acórdão ao ter decidido que o recorrente não tinha legitimidade para alegar o preenchimento abusivo da livrança e, conseqüentemente, ao não ter conhecido do mérito e fundamentos de tal alegação.

II. Defendeu-se na verdade no Acórdão que:

“Como já afloramos, o recorrente pretende fazer valer como meio de defesa o incumprimento de um pacto de preenchimento celebrado entre o Banco exequente e a empresa avalizada, para o que obviamente carece de legitimidade, já que se trata de matéria que transcende o plano das relações imediatas entre os vinculados pela obrigação cartular.”

JJ. Ou seja, o Douto Acórdão entendeu que o recorrente não tinha legitimidade para vir alegar preenchimento abusivo da livrança.

KK. Ora, no caso “sub judice”, e tal como consta da matéria de facto provada, o avalista aqui recorrente subscreveu o pacto de preenchimento da letra em causa, participou, na qualidade de sócio e administrador da subscritora da letra, nas negociações que motivaram a emissão de tal livrança, pelo que pode opor ao portador exequente, sacador, a excepção de preenchimento abusivo.

LL. No mesmo sentido dispõe o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28 de Junho de 2007 que:

“Encontrando-se a livrança no domínio das relações imediatas (na posse do portador inicial), o avalista tem legitimidade para excepcionar o preenchimento abusivo, caso tenha subscrito também o acordo de preenchimento. É que, como defendido no citado aresto do Supremo Tribunal de Justiça de 14/12/2006 e nos Acs. deste Tribunal de 14/11/2006, Proc. 0622843, e de 23/4/2007, Proc. 0656357, ambos em www.dgsi.pt., não hão dúvida que o avalista tem legitimidade para excepcionar o preenchimento abusivo, se ele subscreveu o acordo de preenchimento, já que, nesse caso se está no domínio das relações imediatas”.

MM. Neste mesmo sentido ainda vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 2006 e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 2007.

NN. Assim, andou mal o Tribunal da Relação de Lisboa ao decidir que o recorrente, avalista, não tinha legitimidade para arguir abuso de direito no preenchimento da livrança dado que ele não só subscreveu e outorgou no acordo de preenchimento como a livrança encontra-se ainda no domínio das relações imediatas, tal como acima afirmado e tal como resulta da matéria de facto provada.

OO. Assim, o Acórdão ora recorrido, e salvo melhor opinião, enferma na sua decisão de má interpretação e aplicação da lei, ao decidir-se pela ilegitimidade do recorrente para invocar e excepcionar o preenchimento abusivo da livrança, violando as normas legais previstas no art. 334º do Código Civil e 75º da LULL, dado que não poderia deixar de declarar que o avalista tinha legitimidade e poderia apor á exequente a excepção de preenchimento abusivo.

PP. Referir ainda que o juiz pode dispensar a audiência preliminar, quando reconheça que dispõe de elementos de prova que o habitem a decidir sobre o

mérito da causa nos termos do disposto nos arts. 508º-B e 787º, nº1, do Código de Processo Civil.

QQ. No caso em apreciação entendeu-se que se verificavam os requisitos para a decisão de mérito logo no saneador, não se designou a audiência preparatória e foi proferido saneador – sentença.

RR. No entanto, e salvo o devido respeito, é injusta e não coerente a sentença e o acórdão recorrido quando se invoca a literalidade e abstracção do título para não admitir a discussão pelos avalistas, da relação subjacente e imediata com a exequente, nomeadamente as negociações operadas e os acordos feitos para a recolocação do equipamento locado, invocando, ao mesmo tempo, o pacto de preenchimento da letra para afastar a alegada excepção da prescrição.

SS. No caso “*sub judice*” os avalistas subscreveram o pacto de preenchimento da letra em causa, participaram, na qualidade de sócios e administradores da aceiteante, nas negociações que motivaram a emissão de tal letra, pelo que podem opor ao portador exequente, sacador, a excepção de preenchimento abusivo, bem como o acordo efectuado para regularização da dívida. (Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 14.12.2006).

TT. Pelo que deveria constituir base de instrução a matéria articulada na oposição e constante dos factos articulados ao abuso de direito, permitindo aos executados produzir tal prova em sede de julgamento.

UU. Mais, o aqui recorrente juntou oportunamente aos autos duas cartas, sendo que, quanto a uma delas, nomeadamente a que se encontra a fls. 53, na sentença proferida na primeira instância, bem como no Acórdão ora sindicado, não se deu como provado ou não provado o envio da mesma ou sequer provado ou não provado o teor da mesma ou sequer se teve em momento algum em consideração tal carta.

VV. Ora, em tal missiva da administração da executada GG....., datada de 25 de Fevereiro de 2002, junta aos autos a fls. 53 pelo recorrente pode-se ler que: “ *Serve a presente para levarmos ao vosso conhecimento a nossa proposta que se segue e que tem como objectivo a liquidação da nossa conta caucionada e não só*”.

WW. No entanto, e na cláusula 4ª do contrato de aditamento dado como

reproduzido na douda sentença pode-se ler que:

“O presente financiamento vence no dia 31 de Março de 1998 sendo automaticamente renovável/prorrogável por períodos semestrais salvo denúncia por escrito, por qualquer das partes, efectuada com uma antecedência mínima de 15 dias relativamente às datas de renovação”.

XX. Resulta expresso da aludida carta a intenção da executada GG..... em denunciar o contrato de conta corrente outorgado com a exequente, intenção que não mereceu qualquer resposta por parte da exequente.

YY. Ora, tal questão deveria ter sido tomada em consideração na douda sentença dado a importância que tal questão tem para a descoberta da verdade material, até porque estamos perante uma denúncia do contrato de conta corrente que está subjacente á emissão da letra.

ZZ. Denuncia esta (e as suas devidas consequências legais) que não foi tida em consideração na douda sentença pelo que deverá a mesma deveria ter sido considerada nula ao abrigo do art. 668º alínea d) do Código de Processo Civil pelo Acórdão da Relação de Lisboa ora sindicado dado que tal matéria aqui em causa foi alegada pelo recorrente nas suas alegações de recurso pelo que não poderia o Acórdão ter deixado de conhecer e de se pronunciar sobre tal invocada nulidade.

AAA. Acontece no entanto que o Acórdão ora sindicado não se pronunciou sequer sobre tal matéria que havia sido alegada pelo recorrente nas suas alegações de recurso pelo que é o mesmo acórdão nulo nos termos do disposto no art. 668º, n.º1, alínea d) e 722º, n.º1, alínea c) do Código de Processo Civil.

Nestes termos, deverá o Douto Acórdão ora sindicado ser reformado, nos termos das alegações e das conclusões.

Não houve contra-alegações.

Colhidos os vistos legais cumpre decidir, tendo em conta que **a Relação considerou provada seguinte matéria de facto:**

1) - A exequente Banco internacional de Crédito, S.A., actualmente BB, S.A. em virtude de fusão por incorporação, intentou a acção executiva a que coube

o nº2093/04.2TBSTB contra CC, Lda., EE, FF e AA, ora opoente, apresentando como título executivo um documento onde se inscreve a frase *“no seu vencimento pagarei/emos por esta única via de livrança ao Banco Internacional de Crédito, SA, ou a sua ordem, a quantia de trezentos e trinta e cinco mil, quinhentos e vinte um euros e noventa e um cêntimos”*, com data de “emissão” de 91-12-12 e de “vencimento” a 03-12-31 (doc. fls. 30 dos autos de execução, cujo teor aqui se dá por reproduzido).

2) - O documento referido em 1) encontra-se subscrito pela sociedade executada CC, Lda., (doc. fls. 30 dos autos de execução, cujo teor aqui se dá por reproduzido).

3) - O documento referido em 1) encontra-se assinado pelo opoente AA, no seu verso, e sob os dizeres escritos *“Damos o nosso aval à firma subscritora”* (doc. fls. 30 dos autos de execução, cujo teor aqui se dá por reproduzido).

4) - A exequente e a executada CC, Lda. celebraram entre si, em 12.12.1991, um acordo escrito denominado de *“empréstimo sob a forma de abertura de crédito em conta corrente”*, o qual, encontra-se junto a fls. 31 a 34 dos autos de execução e cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

5) - Do ponto 8 do acordo referido em 4), sob a epígrafe **“Garantia”**, consta que:

“A GG..... - Comércio de Automóveis, S.A. entrega ao Banco e a favor deste, a livrança subscrita por si avalizada pelos Srs. EE, GG e AA, cujo montante e data de vencimento se encontram em branco, ficando, desde já, o Banco autorizado a proceder ao seu preenchimento, pelo valor do saldo que for devido no encerramento da conta, comissões e juros remuneratórios e de mora, fixando o seu vencimento para a data que pretender e a proceder ao seu desconto se nisso tiver interesse.”

6) - O opoente assinou o documento referido em 4) na qualidade de avalista.

7) - O acordo escrito referido em 4) foi objecto de um aditamento, cujos termos constam do documento junto a fls. 39 a 42 dos autos de execução, datado de 30.09.1997, do qual consta, além do mais, que aqui se dá por reproduzido, o seguinte:

“ (...)

Entre os abaixo assinados.

PRIMEIRO - CC, S.A., (...) adiante designada como "CLIENTE";

SEGUNDO - BIC-....., S.A., (...) adiante designado como "BIC";
E CONSIDERANDO QUE:

Entre as partes foi acordado proceder à alteração do prazo de vencimento do financiamento em epígrafe;

Entre as partes foi acordado proceder à introdução de montantes mínimos de utilização e de reembolso;

Entre as partes foi acordado proceder à introdução de uma comissão de prorrogação;

Entre as partes foi acordado proceder à substituição da garantia contratada para o financiamento em epígrafe;

Face à data do contrato ora em aditamento, e às sucessivas alterações de que foi sendo objecto, as partes acordaram em alterar, uniformizando, na sua quase totalidade a redacção do mesmo, atendendo às alterações acima descritas, imposições legais supervenientes e à redacção entretanto adoptada pelo B1C para contratos idênticos;

É ajustada e reciprocamente aceite a alteração do texto do contrato ora em aditamento, de que os considerandos supra passam a fazer parte integrante, passando o mesmo a ter o númeroe a seguinte redacção:

*1- MONTANTE - Até ao máximo de PTE 55.000.000,00 (cinquenta e cinco milhões de Escudos).
(...)*

*4 - PRAZO - O presente FINANCIAMENTO vence no dia 31 de Março de 1998, sendo automaticamente renovável/prorrogável por períodos semestrais salvo denúncia por escrito, por qualquer das partes, efectuada com uma antecedência mínima de 15 dias relativamente às datas de renovação.
(...)*

13 - GARANTIA - Para garantia e segurança do cumprimento das obrigações decorrentes deste contrato, à data do seu vencimento ou das suas eventuais prorrogações, compreendendo o saldo que for devido, despesas e juros remuneratórios e de mora: a CLIENTE, entrega ao BIC, e a favor deste, uma livrança por si subscrita e avalizada pelo Sr. EE, (a) e pela Sra. D. FF, (...) e pelo Sr.AA. (...), ficando desde já, e por este contrato, o BIC autorizado a

completar o preenchimento do título, quando considerar oportuno, fixando o seu vencimento para a data que entender, e a proceder ao seu desconto, se nisso tiver interesse.

Os avalistas da livrança dão o seu assentimento à entrega da mesma, nos termos e condições em que ela é feita, pelo que igualmente assinam este contrato.

(...)

16 - INCUMPRIMENTO

16.1- O não cumprimento pela CLIENTE de qualquer uma das obrigações por assumidas neste contrato dará ao BIC o direito de considerar imediatamente vencido o FINANCIAMENTO, com a consequente exigibilidade do pagamento da totalidade da dívida, incluindo juros contratuais, juros de mora, comissões e demais encargos devidos.

16.2- Haver-se-ão ainda, por não ser cumpridas definitivamente as obrigações que do presente contrato decorrem se a CLIENTE estiver em situação de falta de cumprimento ou tenha que reembolsar prematuramente qualquer outro empréstimo ou dívida, por motivo de falta de pagamento na respectiva data de vencimento, com exceção de qualquer tolerância que lhe tenha sido concedida, ou caso a garantia prestada relativamente a essas obrigações seja executada.

16.3 - Para os efeitos do previsto nos números antecedentes o BIC notificará, por escrito, e sem dependência de prazo, a CLIENTE de que as obrigações que sobre este impendem, nos termos do presente contrato, se vencem imediatamente sendo o seu cumprimento exigível nos termos dessa notificação.

(...)

17 - ENTRADA EM VIGOR - Este contrato entra em vigor na data da sua assinatura por todos os contraentes e desde que constituída(s) a(s) garantia(s) contratada(s).

(...)

A presente alteração ficará em anexo ao contrato supra referido, dele passando a fazer parte integrante como Anexo 1.

Lisboa, 30 de Setembro de 1997

(...)”

8. O oponente assinou o documento referido em 7) na qualidade de avalista.

9. O oponente subscreveu o documento cuja cópia se encontra junta a fls. 82, do qual consta, além do mais que aqui se dá por reproduzido, o seguinte:

“ (...)

Ex.mos Senhores

Banco Internacional de Crédito

Av. Fontes Pereira de Melo-27

1000 Lisboa

AUTORIZAÇÃO

Estimados Senhores

Para garantia e segurança do cumprimento das obrigações decorrentes de toda e qualquer responsabilidade, seja por que forma for, que a Firma CC, SA, tenha ou venha a ter junto do Banco Internacional de Crédito à data do seu vencimento, ou das suas eventuais prorrogações, compreendendo o saldo que for devido, comissões, juros remuneratórios e de mora, junto remetemos uma livrança por nós subscrita e avalizada por EE, FF e AA, livrança esta cujo montante e data de vencimento se encontram em branco, para que esse Banco os fixe, completando o preenchimento do título, quando considerar oportuno, o que, desde já e por esta, se autoriza.

Todos os restantes intervenientes dão o seu assentimento à remessa desta livrança, nos termos e condições em que ela é feita, pelo que connosco assinam a presente autorização.

(...)”

OS SUBSCRITORES

(...)

OS AVALISTAS

EE;

FF;

AA.

(...).”

10) - O documento referido em 1) foi assinado e entregue em branco, com

excepção das assinaturas dele constantes, à exequente, para garantia do cumprimento das obrigações decorrentes do acordo referido em 7).

11) - Por contrato datado de Setembro de 1998, cuja cópia encontra-se junta a fls. 49 a 51 e cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido, o opoente transmitiu à sociedade “DD - Empreendimentos e Gestão, Lda.”, as acções de que era titular na sociedade executada CC, S.A., declarando renunciar ao lugar de membro do Conselho de Administração desta sociedade, obrigando-se a sociedade “DD Empreendimentos e Gestão, Lda.”, a libertar o opoente de todos os avales, fianças e demais responsabilidades pessoais por este prestadas para garantia de créditos à CC, S.A.

12) - A sociedade CC, S.A., através do seu Presidente do Conselho de Administração, dirigiu à exequente a carta datada de 6.10.1998 cuja cópia encontra-se junta a fls. 54 dos autos e cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido, dando-lhe conhecimento que o opoente cedeu as suas acções à sociedade “DD - Empreendimentos e Gestão, Lda.”, e solicitando que a *exequente providenciasse a substituição do aval da livrança prestado pelo opoente por aval da sociedade DD - Empreendimentos e Gestão, Lda.*

13) - A exequente procedeu ao preenchimento do documento referido em 1) pelo valor de € 335.521,91, sendo € 274.338,4 de capital, € 57.216,79 de juros remuneratórios e de mora, € 2.288,67 de imposto de selo sobre juros e € 1.677,61 de selagem da livrança.

14) - Na data de vencimento constante do documento referido em 1) não foi paga a quantia nela aposta, nem posteriormente.

Fundamentação:

Sendo pelo teor das conclusões das alegações do recorrente que, em regra, se delimita o objecto do recurso – afora as questões de conhecimento oficioso – importa saber;

-se a data inscrita na livrança se deveu a mero lapso da exequente, ou se trata de “*data impossível*” e, como tal, o título é substancialmente nulo;

- se a livrança constitui título executivo, estando vencida a obrigação da avalizada ao tempo em que foi preenchida a livrança, questão que passa por saber se, nos termos do pacto de preenchimento – sua cláusula 16.3 –, o

exequente poderia preencher o título e dá-lo à execução;

- se existe nulidade do Acórdão por contradição entre os fundamentos e a decisão, por não se ter extraído qualquer consequência com base no preenchimento da livrança com *"data impossível"*;

- se existiu preenchimento abusivo da livrança e abuso do direito por parte do exequente;

- se o oponente, como avalista, tem legitimidade para opor ao exequente o incumprimento do pacto de preenchimento,

- se o Acórdão é nulo por omissão de pronúncia ao não apreciar a carta de 25.2.2002 – conclusão VV) – denúncia do contrato de financiamento.

Vejamos:

Não pondo agora o recorrente como fundamento do recurso a prescrição da obrigação cambiária que alegara nas instâncias, coloca, em primeiro lugar, como questão relevante a de saber se a data aposta pela exequente na livrança exequenda é, como afirma, uma *data impossível* por ser anterior à entrega do título e ao acordo firmado pela GG..... e o Banco, ou se deveu a mero lapso (a exequente afirma que a data da emissão do título, 12.12.1991, se deveu a erro dos seus serviços).

Importa, antes de tudo, saber a razão ser da livrança exequenda e as circunstâncias que estiveram na sua origem – *convenção executiva* – e quais os acordos de preenchimento e quem foram os sujeitos cambiários.

Entre a sociedade GG..... e o ora exequente foi celebrado, em 12.12.1991, um contrato de abertura de crédito "I (2) em regime de conta-corrente sendo beneficiária aquela sociedade de que ao tempo fazia parte, como gerente, o recorrente.

Para garantia do cumprimento das obrigações emergentes do financiamento, aquela sociedade emitiu uma livrança em branco, avalizada entre outros pelo ora recorrente, autorizando o Banco a proceder ao seu preenchimento, pelo valor do saldo que fosse devido no encerramento da conta, comissões e juros remuneratórios e de mora, fixando o seu vencimento para a data que pretendesse, bem como a proceder ao seu desconto se nisso tivesse interesse.

Em 30.9.1997, aquele acordo foi objecto de um aditamento e alteração cujos termos constam do documento de fls. 39 a 42 da execução – cfr. ponto 7) dos factos provados – mantendo-se para garantia do financiamento à data do vencimento inicial de 31.3.1998 e suas prorrogações semestrais, uma livrança em branco subscrita e avalizada por EE, FF (...) e pelo ora opoente, ficando o BIC autorizado a completar o preenchimento do título quando considerasse oportuno, fixando o seu vencimento para a data que entendesse, e a proceder ao desconto se nisso tivesse interesse.

Assim, ao contrato inicial de 1991, foi feito, em 1997, um aditamento.

Em ambos os acordos, a garantia do cumprimento do contrato foi uma livrança em branco subscrita pela “G..... e avalizada, num e noutro acordo, além de outros, pelo ora recorrente.

A livrança que agora foi dada à execução é no dizer do recorrente a que foi entregue em 1991. O Banco exequente afirma que se tratou de erro ao preencher a data da emissão e que a livrança exequenda é a que lhe foi entregue aquando do acordo firmado em 1997 e que houve erro seu quanto à data que apôs como sendo a da emissão.

O título está no domínio das relações imediatas (3), não valendo, por isso, as regras da abstracção, literalidade e autonomia, o que *simplifica* a prova da existência desse alegado erro, por não serem afectados terceiros de boa-fé (o título não entrou em circulação), pelo que nada impede que se discuta a prova da data da emissão do título cambiário e, repetimos, a protecção de terceiros [não intervenientes na convenção executiva] inerente à circulabilidade cambiária, não se colocar.

O erro, para ser manifesto, há-de revelar-se no contexto da emissão da declaração negocial – art. 249º do Código Civil – não havendo qualquer regime especial por se tratar de título cambiário.

Ora, com o devido respeito, o preenchimento da data aposta como da emissão não exprime falsificação, nem aposição de *data impossível* como alega o recorrente.

Do cotejo de ambos os títulos em branco (a livrança de 1991 e a de 1997) resulta claro que o exequente quis dar à execução a livrança que lhe foi

entregue na sequência do acordo feito em 1997 que modificou aquele outro de 1991.

Como se afirma, a propósito, na decisão da 1ª Instância – fls. 106 e verso:

“Conforme resulta da factualidade assente, ao contrário do que pretende sustentar o opoente, não restam dúvidas de que a livrança dada à execução é aquela que foi entregue à exequente aquando da celebração, em 30.09.1997, do aditamento ao contrato de empréstimo sob a forma de abertura de crédito em conta-corrente celebrado em 12.12.1991.

Senão vejamos.

É certo que da livrança dada à execução consta como **data de emissão 12.12.1991**, data essa que corresponde à da celebração do contrato inicial. Porém, conforme refere a exequente na contestação, tal deveu-se a lapso imputável à própria exequente. E, de facto, tal lapso resulta manifesto em face dos elementos que constam dos autos bastando, para tanto, comparar a cópia da primeira livrança entregue à exequente e junta aos autos a fls. 81, com a livrança dada à execução, resultando à saciedade que são distintas, designadamente no que respeita à localização da aposição do carimbo da sociedade subscritora e respectivas assinaturas.

Verifica-se, ainda, que a primeira livrança entregue à exequente foi avalizada por EE, GG e pelo opoente (cfr. ponto 5. da factualidade assente), sendo que a livrança dada à execução foi avalizada por EE, FF e pelo opoente (cfr. pontos 7., 8. e 9. da factualidade assente).”.

Resulta claro que a livrança exequenda, pese embora o assinalado erro, é a livrança que foi entregue em branco ao exequente após o acordo de 1997.

Não se tratando, pois, de *data impossível* não existe qualquer nulidade do Acórdão por contradição entre os fundamentos e a decisão – art. 668º, nº1, c) do Código de Processo Civil – que considerou o título formalmente válido, malgrado o referido erro material.

Importa agora analisar a questão da *exequibilidade do título*, repudiada que foi a excepção da sua prescrição.

Quanto à exequibilidade do título, o recorrente, invocando a existência da livrança em branco e o pacto de preenchimento, que considera violado, coloca a questão de saber se a obrigação cambiária é exigível em função do acordado no referido pacto.

O art. 10º da LULL – Violação do pacto de preenchimento – aplicável às livranças por força do art. 77º, estatui:

“Se uma letra incompleta no momento de ser passada tiver sido completada contrariamente aos acordos realizados, não pode a inobservância desses acordos ser motivo de oposição ao portador, salvo se este tiver adquirido a letra de má-fé ou, adquirindo-a, tenha cometido uma falta grave”.

O contrato ou pacto de preenchimento é, na definição do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de Maio de 2005 – 05A1086, in www.dgsi.pt:

"O acto pelo qual as partes ajustam os termos em que deverá definir-se a obrigação cambiária, tais como a fixação do seu montante, as condições relativas ao seu conteúdo, o tempo do vencimento, a sede do pagamento, a estipulação de juros, etc."

Este acordo, que pode ser expresso ou de induzir perante certos factos provados (tácito), reporta-se à obrigação cartular em si mesma, que pode ou não coincidir com a obrigação que esta garante (obrigação extracartular), e que daquela é causal ou subjacente.

Mas ali valem, tão somente, os critérios da incorporação, literalidade, autonomia e abstracção e não a *“causa debendi”* bastando-se para a execução a não demonstração, pelo executado, de ter sido incumprido o pacto de preenchimento que pode ser invocado no domínio das relações imediatas.

Princípio que também é válido quanto aos avalistas, que subscreveram – como é o caso – o *pacto de preenchimento*.

O pacto de preenchimento é um contrato firmado entre os sujeitos da relação cambiária e extracartular que define em que termos deve ocorrer a *completude* do título cambiário, no que respeita aos elementos que habilitam a *formar* um título executivo, ou que estabelece em que termos se torna exigível a obrigação cambiária, daí que esse preenchimento tenha atinência não só com o acordo de preenchimento (no fundo o *contrato* que, como todos, deve ser pontualmente cumprido, art. 406º, nº1, do Código Civil); esse regular preenchimento em obediência ao pacto, é o *quid* que confere força executiva ao título, mormente, quanto aos requisitos de certeza,

liquidez e exigibilidade.

Para que o credor possa executar o seu crédito deve ele ser certo, líquido e *exigível*, requisito este que se liga ao vencimento.

No art.16º do contrato de aditamento ao contrato inicial que as partes celebraram em 30.9.1997, consta o regime acordado para o incumprimento do contrato de financiamento:

*“16.1- **O não cumprimento** pela cliente de qualquer uma das obrigações por assumidas neste contrato dará ao BIC o direito de considerar imediatamente vencido o financiamento, com a consequente exigibilidade do pagamento da totalidade da dívida, incluindo juros contratuais, juros de mora, comissões e demais encargos devidos.*

16.2- Haver-se-ão ainda, por não ser cumpridas definitivamente as obrigações que do presente contrato decorrem se a Cliente estiver em situação de falta de cumprimento ou tenha que reembolsar prematuramente qualquer outro empréstimo ou dívida, por motivo de falta de pagamento na respectiva data de vencimento, com exceção de qualquer tolerância que lhe tenha sido concedida, ou caso a garantia prestada relativamente a essas obrigações seja executada.

*16.3 - Para os efeitos do previsto nos números antecedentes **o BIC notificará, por escrito, e sem dependência de prazo, a Cliente de que as obrigações que sobre este impendem, nos termos do presente contrato, se vencem imediatamente sendo o seu cumprimento exigível nos termos dessa notificação. (...)”**. (destaque e sublinhado nossos)*

Quando se poderá considerar, à luz da cláusula 16ª, que a subscritora “G..... entrou em situação de incumprimento do contrato de financiamento celebrado com o Banco exequente?

Desde logo nos termos do art. 16.1 – importaria fazer a prova que a “G..... deixara de cumprir qualquer das obrigações assumidas no contrato, e depois, ante tal constatação o BIC teria de, por escrito, notificá-la que as obrigações, que sobre ela impendiam se venceriam imediatamente, sendo o seu cumprimento exigível nos termos dessa notificação.

Interpretando esta Cláusula 16.3, segundo a regra da hermenêutica negocial –

arts. 236º a 238º do Código Civil “(4). – não bastava aquele primeiro momento da verificação do incumprimento, importaria que ante ele, o BIC, por escrito “e sem dependência de prazo”, notificasse a “G..... de que as obrigações contratuais se tinham vencido imediatamente.

Mas uma realidade, segundo a cláusula, é o vencimento imediato, outra é a exigibilidade desse cumprimento e essa só ocorreria após a notificação ali prevista.

Portanto, competia ao exequente fazer a prova não só do incumprimento do contrato de financiamento, como também do cumprimento da parte final do estabelecido na Cláusula 16.3, ou seja, que tinha, por escrito, comunicado que as obrigações incumpridas seriam **imediatamente exigíveis** e só após essa formalidade lhe era lícito considerar *exigível* a obrigação incumprida prevista no contrato, fosse ela qual fosse.

A questão contende com o ónus probatório.

O art. 342º Código Civil estatui:

“1. Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado”.

O Professor Manuel de Andrade, in “Noções Elementares de Processo Civil”, 1979, pág. 201, escreveu acerca da repartição do “*onus probandi*”:

“ a) Cabe ao autor a prova dos factos constitutivos do seu direito: dos momentos constitutivos do facto jurídico (simples ou complexo) que representa o título ou causa desse direito;

b) O réu não carece de provar que tais factos não são verdadeiros: reo sufficit vincere per non ius actoris; actore non protante reus absolvitur.

O que lhe compete é a prova dos factos impeditivos ou extintivos do direito do autor; dos momentos constitutivos dos correspondentes títulos ou causas impeditivas ou extintivas;

c) Operando com a noção de título ou causa, a repartição do ónus da prova continuará por aí adiante entre o autor e o réu”.

As instâncias deram como provado no item 14) – “Na data de vencimento constante do documento referido em I) não foi paga a quantia nela aposta, nem posteriormente”.

Mas, como dissemos, o mero facto do não pagamento, face à existência da Cláusula 16.3, não conferia ao Banco a imediata exigibilidade da obrigação vencida (ademais, sempre se dirá que as instâncias não deram como provados factos que exprimiriam violação do contrato e, muito menos, que o exequente deu cumprimento a tal cláusula).

Constituía ónus da prova do Banco/exequente – art. 342º, nº1, do Código Civil – demonstrar que, após ter feito a notificação a que se aludiu, a “G..... não pagou a quantia devida; só após o cumprimento dessa obrigação assumida no pacto de preenchimento a livrança constituiria título executivo por verificado o requisito da exigibilidade.

Como se sentenciou no Acórdão deste Supremo Tribunal de Justiça, de 4.5.2004, Proc. 04A1044, in www.dgsi.pt.

“A acção executiva pressupõe o incumprimento da obrigação.

Ora, o incumprimento não resulta do próprio título, quando a prestação se apresenta, perante este, incerta, inexigível ou, em certos casos, ilíquida.

Há, então que a tornar certa, exigível ou líquida, sem o que a execução não pode prosseguir – art. 802º do Código de Processo Civil.

A prestação é exigível quando a obrigação se encontra vencida ou o seu vencimento depende, de acordo com estipulação expressa ou com a norma geral supletiva do art. 777º, nº1, do Código Civil, de simples interpelação ao devedor [...]”. (sublinhámos)

Esta questão tem a ver com aquela outra suscitada pela recorrente, qual seja a de saber se o recorrente, como avalista da subscritora, pode invocar o incumprimento da referida cláusula inserta no pacto e preenchimento onde interveio como avalista.

O aval é o acto pelo qual uma pessoa estranha ao título cambiário, ou mesmo um signatário – art. 30º da LULL – garante, por algum dos co-obrigados no título, o pagamento da obrigação pecuniária que este incorpora.

O aval é, pois, uma garantia dada pelo avalista à obrigação cambiária e não à relação extracartular.

“O aval pode ser prestado a favor de qualquer signatário da letra.

Porém, se o dador do aval não indicou a pessoa por conta de quem prestou o

aval, considera-se como dado ao sacador, sem que seja admissível a prova de que foi dado a outro obrigado” – “Lei Uniforme Sobre Letras e Livranças-Anotada” – 6ª edição, pág. 177, do Conselheiro Dr. Abel Pereira Delgado.

O aval é uma garantia autónoma (não é uma fiança): a obrigação do avalista é, por um lado, subsidiária ou acessória de outra obrigação cambiária ou da obrigação de outro signatário; no entanto, o aval é também um verdadeiro negócio cambiário, origem de uma obrigação autónoma; o dador de aval não se limita a responsabilizar-se pela pessoa por quem dá o aval, mas assume a responsabilidade do pagamento da letra.

O avalista não detém uma posição acessória em relação à obrigação garantida, tanto assim é que a sua vinculação como garante se mantém ainda que seja nula a obrigação garantida – art. 32º II da LULL – por qualquer motivo que não seja um *vício de forma*.

Tendo o avalista intervindo no pacto de preenchimento pode ele opor ao portador as excepções que competiam ao avalizado se o título cambiário estiver no domínio das relações imediatas – cfr. Acórdão deste Supremo Tribunal de Justiça, de 14.12.2006, in www.dgsi.pt.

“A qualidade de mero avalista não legitima a oponibilidade da excepção de preenchimento abusivo, se não subscreveu o pacto de preenchimento. Isto porque a prestação do aval estará então condicionada ao conhecimento e aceitação pelo avalista do montante a avalizar e data de vencimento... Não pode, em consequência, excepcionar o preenchimento abusivo, cujo “*onus probandi*” cabe ao obrigado cambiário (artigo 342.º, n.º 2 do Código Civil) já que integra um facto modificativo ou extintivo do direito emergente do título de crédito. (cfr., “*inter alia*”, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Março de 2007 – 07 A205 – e, desta Conferência – de 14 de Dezembro de 2006 – 06 A2589), **salvo se também tiver subscrito o pacto de preenchimento.**” – Acórdão deste Supremo Tribunal de Justiça, de 22.2.2011, Proc. 31/05-4TBVVD-B.G1.S1, in www.dgsi.pt.

Também neste sentido, que corresponde a jurisprudência prevalente neste Tribunal, decidiu o Acórdão de 23.9.2010 – Proc. 4688-B/2000.L1.S1 – acessível na referida base de dados:

“1. Em execução fundada em título de crédito, invocado pelo exequente como modo de demonstração da respectiva relação cambiária, literal e abstracta,

que constitui verdadeira causa de pedir da acção executiva – e mostrando-se respeitados os pressupostos e condições de que a respectiva lei uniforme faz depender o exercício dos direitos que confere ao seu titular ou portador legítimo, – não carece o exequente de alegar complementarmente, no requerimento executivo, os factos atinentes à relação causal ou subjacente à emissão daquele título cambiário, sendo, **porém, lícito ao executado/embargante opor ao exequente/embargado excepções fundadas nesta relação, desde que nos situemos no plano das relações imediatas.**

2.Sendo a execução instaurada pelo beneficiário de letra subscrita e avalizada em branco, **e tendo a avalista intervindo na celebração do pacto de preenchimento**, tal como o sacador, é-lhe possível opor ao beneficiário a excepção material de preenchimento abusivo do título, cabendo-lhe, porém, o ónus da prova dos factos constitutivos dessa excepção”.

É o que sucede no caso em apreço, a livrança está no domínio das relações imediatas – subscritor/tomador e no pacto de preenchimento interveio o avalista da subscritora, ora recorrente.

Neste entendimento tem de ser julgada procedente a invocação do preenchimento abusivo do pacto, na medida em que a obrigação cambiária só seria exigível após a exequente dar integral cumprimento à Cláusula 16.3.

Assim, não estando o documento invocado como título executivo provido dessa característica, a oposição tem de ser julgada procedente.

Esta consideração prejudica a apreciação das demais questões suscitadas – art. 660º, nº2, do Código de Processo Civil – mormente a da extemporaneidade do recurso no saneador – (que a Relação não censurou, mas sobre a qual emitiu pronúncia, não existindo, destarte, nulidade – art. 668º, nº1, d) do Código de Processo Civil), nem saber se houve abuso do direito pelo facto do recorrido não se ter pronunciado sobre a carta datada de 6.10.1998, que lhe foi dirigida pela “G..... referida em 12).

Do que dissemos haverá de concluir-se pela procedência do recurso.

Decisão.

Nestes termos, concede-se a revista, revogando o Acórdão recorrido e, na procedência da oposição, declara-se extinta a execução quanto ao recorrente.

Custas neste Tribunal e nas Instâncias pelo recorrente.

Supremo Tribunal de Justiça, 13 de Abril de 2011

Fonseca Ramos (Relator)

Salazar Casanova

Fernandes do Vale

(1) A oposição foi inicialmente apresentada na Vara de Competência Mista da Comarca de Setúbal, tribunal que se declarou territorialmente incompetente – despacho de fls. 86 a 90 – remetendo os autos ao Tribunal da Execução.

(2) “I – O contrato de abertura de crédito é um contrato atípico, resultante de uma prática bancária que é corrente, e meramente consensual, sem necessidade de completar-se mediante uma entrega de dinheiro ou outra coisa, podendo mesmo extinguir-se sem que o beneficiário do crédito tenha levantado qualquer quantia por conta dele. II – Tratando-se de uma operação bancária (artigo 362º do Código Comercial) e atenta a natureza do financiador (Banco), assim como a utilização dada ao capital mutuado (relacionada com a actividade de uma empresa), tal contrato tem natureza comercial, quer objectiva, quer subjectivamente, sendo por isso solidária a obrigação dos contratantes devedores (artigo 100º do Código Comercial), independentemente de quem destes tenha dado ordem de transferência ou de levantamento do dinheiro dessa conta bancária” – Ac. deste Supremo Tribunal de Justiça, de 13.12.2000, in CJSTJ, 2000, III, 174.

(3) Segundo Abel Delgado, in “Lei Uniforme sobre Letras e Livranças” em anotação ao art. 17º:

“A letra está no domínio das relações imediatas, quando está no domínio das relações entre um subscritor e o sujeito cambiário imediato (relações sacador-sacado, sacador-tomador, tomador primeiro endossado, etc.), isto é, nas relações nas quais os sujeitos cambiários o são concomitantemente das convenções extracartulares.

A letra está no domínio das relações mediatas, quando na posse duma pessoa estranha às convenções extracartulares.”

Está assente a jurisprudência no sentido de que o carácter literal e autónomo da letra só produz efeito quando o título entra em circulação e se encontra em poder de terceiro de boa-fé. Em relação aos portadores imediatos e aos terceiros de má-fé, o devedor pode livremente deduzir qualquer defesa. As

excepções pessoais são invocáveis nas relações imediatas entre intervenientes e portador.

(4) “No tocante à interpretação, o artigo 236º do Código Civil determinado por razões de protecção ao declaratório e de segurança do tráfico, consagrou a denominada *teoria da impressão do destinatário*, vindo privilegiar o sentido objectivo da declaração negocial temperado por um elemento de inspiração subjectivista: aquele sentido deixa de prevalecer quando não possa razoavelmente ser imputado ao declarante (n.º1, *in fine*). O mesmo sentido objectivo igualmente é inatendível quando não coincida com a vontade real do declarante e esta seja conhecida do declaratório (n.º 2). Assim, a interpretação das declarações negociais não se dirige, salvo no caso do artigo 236º, n.º2, a fixar um facto simples – o sentido que o declarante quis imprimir à sua declaração –, mas o sentido jurídico, normativo, da declaração.[...]” - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2.2.88, in BMJ 374, 436.