REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA



VOL. XIX

1965

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

COMISSÃO DE REDACÇÃO

RAUL VENTURA

Director da Secção de Ciências Históricas

COSTA LEITE (LUMBRALES)

Director da Secção de Ciências Económicas

MARCELLO CAETANO

Director da Secção de Ciências Políticas

PAULO CUNHA

Director da Secção de Ciências Jurídicas

DOUTRINA

Recepção e execução dos decretos do Concílio de Trento em Portugal, pelo Prof. MARCELLO CAETANO 7

Algumas considerações sobre o conceito jurídico de sucessão, pelo Prof. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES 89

Alguns problemas sobre revisão de sentença estrangeira, pelo Doutor JOÃO DE CASTRO MENDES 133

Da fiscalização da constitucionalidade das leis no Ultramar, pelo Doutor ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA 171

CONFERÊNCIAS

Une nouvelle méthode de financement international, por FERNAND COLIN 225

BIBLIOGRAFIA

Estudios sobre Derecho de Cosas y Garantias Reales, por Juan B. Vallet de Goytisolo, *Contribuição à Teoria do Valor dos Bens na Colação Hereditária,* por João Baptista Villela, *La Proprietà Forestale* e *Consorzi Reali in Agricoltura,* por Francisco Milani; recensões pelo Doutor OLIVEIRA ASCENSÃO 247

RELATÓRIOS

Union International des Avocats — Congrès de Arnhein, 13-17 septembre 1965, 2ème sujet d'étude: La formation professionnelle du juriste 273

Conclusões aprovadas com base no relatório atrás publicado 313

TRABALHOS DE ALUNOS

Algumas considerações sobre o problema da natureza e função do título executivo, por JOSÉ FERREIRA DE ALMEIDA 317

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROBLEMA DA NATUREZA E FUNÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO (*)

«...conduire par ordre mes pensés, en commençant par les objets les plus simples et les plus aisés à connaître, à la connaissance des plus composés, et supposant même de l'ordre entre ceux qui ne se précèdent point naturellement les uns les autres».

Nestas poucas linhas formulou Descartes uma regra metodológica que permanece ainda hoje como trave-mestra de toda a investigação científica.

Também a Ciência Jurídica (e portanto a Ciência do Processo) deve adoptar as regras de método gerais e comuns a todo o conhecimento científico para além das especialidades impostas pela configuração particular de cada objecto. Por isso, é plenamente válido no campo do Direito Processual o princípio cartesiano acima enunciado.

(*) A publicação do presente trabalho obedece ao duplo objectivo de enriquecer a nossa *Revista* com um estudo de real valor e de prestar homenagem à memória de José Ferreira de Almeida.

Passados quase cinco anos sobre a sua morte, ocorrida na Guiné em 9 de Fevereiro de 1961, no cumprimento do dever militar, a *Faculdade de Direito de Lisboa* recorda sentidamente aquele seu antigo aluno, que nos anos de juventude em que a frequentou, se impôs à admiração de todos pelas suas qualidades morais e intelectuais.

Esta advertência preliminar tem relevância e oportunidade especiais em matéria de processo de execução, no qual se integra a figura que é objecto deste trabalho — *o título executivo*.

Com efeito, na evolução dos estudos processuais só recentemente a Doutrina tem produzido um esforço sério no sentido de incluir o processo de execução em concepções teóricas que, apresentando-se como gerais, na realidade visavam apenas a forma declarativa do processo. Num estudo intitulado precisamente *Título Executivo e Ciência do Processo* (1), Carnelutti aponta Giuseppe Chiovenda como o grande obreiro da construção em Itália, de uma teoria do processo declarativo, e assinala como novo rumo a seguir pela Doutrina o de uma teoria geral do processo abrangendo tanto o processo declarativo como o executivo e até tanto o civil como o penal. Nesta orientação, nunca é demais recordá-lo, devem-se a Carnelutti importantíssimos passos. Mas, como expressivamente notou Liebman, «a execução continuou por muito tempo a ser a Cinderela dos estudos processuais» (2).

Este estado de coisas ainda hoje não está totalmente superado. É certo que já não se considera a execução «mera fase complementar do verdadeiro processo, apresentando interesse puramente prático e sem relações com a unidade do sistema». Pelo contrário, nota-se a preocupa-

---

(1) *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1934, vol. I, págs. 134 e segs., em nota a um artigo de Liebman; reproduzido nos *Estudios de Derecho Procesal*, edição argentina, vol. I, págs. 667 e seguintes.

(2) *Processo de Execução*, págs. 7-8 (S. Paulo, 1946).

ção de integrar a execução no sistema geral: mas, muitas vezes, de a integrar «à força». Frequentemente, com efeito, se nos deparam construções da teoria geral do processo que procuram adaptar aos quadros formulados predominantemente em função do processo declarativo as figuras e conceitos próprios da execução. Estas teorias invertem assim a ordem prescrita pelo preceito cartesiano. Em vez de procederem primeiro à definição e caracterização de cada um dos conceitos mais simples para depois «a pouco e pouco e por degraus» irem construindo noções mais amplas e compreensivas, os seus autores, pelo contrário, edificam as suas construções gerais apenas sobre alguns dos conceitos que estas devem abarcar e procuram depois a todo o custo «adaptar» em função delas as realidades que não consideraram.

Um dos conceitos hoje mais discutidos adentro do processo de execução é o de título executivo. Sucedem-se e degladiam-se as teorias que pretendem caracterizar esta figura, numa controvérsia em que se torna por vezes difícil ver claro, dada a grande diversidade de pressupostos de que parte cada uma das concepções apresentadas.

Cremos não exagerar ao dizer que tal situação resulta sobretudo da forma como, na persistência da orientação a que aludimos, as diversas construções da teoria geral procuram integrar em quadros aprioristicamente definidos a noção de título executivo.

Não pretendemos aqui resolver tão delicado e controvertido problema: isso não nos seria permitido nem pela escassez do tempo de que dispomos nem por outras limitações de toda a ordem. Com estas considerações pretendemos apenas apresentar sumária e esquemàticamente

os principais marcos da evolução da Doutrina sobre o tema e extrair dela algumas conclusões.

Para isso cremos fundamental a adopção de um método que obedeça àquela regra a cujo desrespeito atribuímos já os males de que enferma a Doutrina no tocante ao título executivo...

E, assim, afigura-se-nos da maior utilidade a distinção sobre a qual um grande jurista se tem baseado para obter resultados que se mostraram férteis em consequências, sobretudo no domínio da Ciência do Processo. Referimo-nos à distinção entre «*função*» e «*estrutura*», que trespassa toda a obra de Francesco Carnelutti a ponto de ele próprio lhe chamar «a espinha dorsal da minha teoria do processo» (3). Com a precisão e clareza que caracterizam os seus conceitos explica este autor que o ponto de vista da *estrutura* dá resposta à pergunta: «Que é?»; e que o aspecto da *função* corresponde à interrogação: «Que faz?».

Como já se notou, a generalidade das concepções sobre o título executivo parte de posições firmadas sobre a função desta figura na teoria do processo; e portanto procura amoldar a *estrutura* dela a uma *função* aprioristicamente determinada.

A distinção de pontos de vista devida a Carnelutti permitirá respeitar a orientação metodológica que reputamos preferível: procuraremos primeiro apurar a forma por que cada teoria caracteriza o título executivo *em si*, na sua *estrutura*, ou, como geralmente se diz, na sua *natureza jurídica*, o que vale dizer que começaremos por

---

(3) *Sistema del Diritto Processuale Civile* (Pádua, 1936), vol. I, pág. 78.

um daqueles «objectos mais simples» sobre cuja exacta caracterização se devem basear as noções que os compreendem como o género compreende a espécie.

De tudo isto há que extrair já uma conclusão: enquanto o problema da *estrutura* ou natureza jurídica do título pode e deve resolver-se numa relativa independência das construções gerais do processo, constituindo antes um dado que estas hão-de tomar em conta, o problema de definir a *função* do título executivo pressupõe, além do conhecimento da sua estrutura, o de todo o processo, isto é, pressupõe já edificada uma teoria geral. Por outras palavras: para dizer o que «o título faz no processo» é necessário saber primeiro o que é que faz o próprio processo.

I PARTE

A ESTRUTURA DO TÍTULO EXECUTIVO

Razão de Ordem

I — *Teorias que definem o título executivo como conceito puramente processual*

1 — A teoria do comando dirigido ao órgão de execução (Goldschmidt)

a) Exposição
b) Crítica

2 — A teoria do instrumento de legitimação (Binder, Satta)

a) Exposição
b) Crítica

3 — A teoria da aplicação da sanção (Liebman)

a) Exposição
b) Crítica

4 — A teoria da declaração de certeza e da ordem de execução (Azzolina)

a) Exposição
b) Crítica

II — *Teorias que definem o título executivo como conceito de Direito Substantivo*

1 — A teoria tradicional: o título executivo como atestação do direito de crédito

a) Exposição
b) Crítica

2 — A teoria da prova documental

A — A tese de Carnelutti

a) Exposição
b) Crítica

B — A tese de Garbagnati

a) Exposição
b) Crítica

3 — A teoria do acto de «accertamento» (Satta, Invrea)

a) Exposição
b) Crítica

4 — As teorias mistas

A — A tese de Furno

a) Exposição
b) Crítica

B — A tese de Mandrioli

a) Exposição
b) Crítica

C — A tese de Jaeger

a) Exposição
b) Crítica

III — *A Solução do Problema da Estrutura do Título Executivo*

1 — Conclusões da análise das correntes doutrinárias

2 — O título executivo como prova documental referida ao acto constitutivo de uma relação obrigatória

a) Títulos que não são sentença (ou equiparados)
b) Títulos que são sentenças (ou equiparados)

3 — Continuação: pontos duvidosos na posição adoptada

4 — Ainda em apoio da posição adoptada

Razão de Ordem

Justificada a prioridade lógica do problema da estrutura do título executivo sobre o da sua função, é desse primeiro problema que nos vamos ocupar. Começaremos

por uma exposição das diversas teorias que procuram caracterizar a natureza jurídica daquele título (4).

A tarefa está, porém, muito longe de ser simples. Não só a bibliografia sobre o assunto é abundante como variam muito os pressupostos de ordem geral de que partem os autores. Ora, como já acentuámos, esses pressupostos exercem em regra tão grande influência sobre as concepções de título executivo que sem referência a eles se torna difícil compreender plenamente tais concepções. E ainda por este mesmo motivo se mostra particularmente difícil distinguir, em cada teoria, o plano da *função* do da *estrutura ou natureza* do título, de tal forma os dois aspectos surgem ligados e até muitas vezes confundidos.

Apesar disso, e dentro da orientação que supomos necessária para se atingirem conclusões positivas, vamos procurar, na medida do possível, descobrir em cada teoria exposta o que ela sugere para caracterizar a natureza jurídica do título.

Outro problema a resolver é o da classificação das teorias sobre o título executivo. Os autores adoptam geral-

---

(4) Disto decorre imediatamente não caberem nesta primeira parte teorias que desprezem totalmente o aspecto estrutural do título para definirem apenas o funcional. Nestas condições só conhecemos a tese sustentada por Denti (*L'Esecuzione Forzata in Forma Specifica*, Milão, 1953, págs. 11 e segs.), *Intorno ai Concetti Generali del Processo de Esecuzione*, na *Riv. Dir. Proc.*, 1955, I, págs. 104 e segs.). Ela nada diz sobre a natureza do título executivo, não revela *o que este é;* preocupa-se apenas com a definição da sua função, *do que faz*. Por isso, ainda que sob o ponto de vista funcional fosse correcta, continuaria, apesar disso, apriorística e infundamentada. (Ver críticas a Denti por Mandrioli em *L'Azione Esecutiva*, págs. 354-358; e, mais completamente, em *Sul Cosidetto Problema Sostanziale dell'Esecuzione Forzatta*, em *Jus*, 1954, págs. 106 e seguintes).

mente uma ordem meramente cronológica na exposição destas teorias. É de supor que a tal são levados pela grande variedade de opiniões sustentadas — as quais, decorrendo de pontos de partida muito diversos, se mostram por isso refractárias à redução a esquemas sistemáticos. Mas é precisamente a grande diversidade de teorias que, segundo cremos, impõe a sua classificação a quem quiser ver claro através delas. E, além disso, a exposição que obedecesse à ordem puramente histórica obrigaria a constantes repetições, pois a cada passo iria deparar com formas mais ou menos renovadas de concepções já anteriormente defendidas.

Preferimos assim classificar as teorias sobre a natureza do título executivo em dois grandes grupos:

A — Teorias que definem o título executivo como conceito puramente processual

B — Teorias que definem o título executivo como conceito de Direito Substantivo

Com esta classificação não se pretende evidentemente afirmar a ideia de que as teorias do primeiro grupo integram o título no âmbito do processo ao passo que as outras o excluem de lá: isso seria absurdo, porque o título executivo, como tal, é figura que cabe no processo executivo e que só tem sentido enquanto referido a este. A distinção baseia-se na contraposição de teorias que caracterizam a *natureza* do título executivo através de um conceito próprio dos quadros do Direito Processual a teorias que usam para isso de figuras próprias do Direito Substantivo.

I

TEORIAS QUE DEFINEM O TÍTULO EXECUTIVO COMO CONCEITO PURAMENTE PROCESSUAL

Pode dizer-se que são quarto as principais: *a*) teoria que vê no título alguma coisa que contém um comando dirigido aos órgãos de execução; *b*) teoria que define o título como mero instrumento de legitimação; *c*) teoria que considera o título como acto de aplicação de uma sanção (processual); *d*) teoria que reputa o título uma declaração de certeza e uma «ordem de execução».

1 — *A teoria do comando dirigido ao órgão de execução*

a) *Exposição*

O autor desta teoria, Goldschmidt, partiu do pressuposto da correspondência entre acção executiva e titularidade do direito material, pressuposto geralmente aceite pela Doutrina alemã da época em que ele escrevia.

O problema principal com que se defrontou, no campo do título executivo, foi o de conciliar aquele pressuposto com uma característica do título designada hoje correntemente pelo termo «*abstracção*». Esta característica (que, na evolução posterior da Doutrina, veio a ser considerada como o elemento mais perturbador no conceito de título) consiste simplesmente na vida autónoma que o título ganha depois de formado, independentemente das vicissitudes da situação material a que se refere.

Compreende-se, na verdade, que um autor que partia da correspondência entre direito material e acção executiva encontrasse dificuldades para explicar casos em que o título executivo subsiste para além do desaparecimento da situação de Direito Substancial em que ele se baseava.

Esta mesma dificuldade foi experimentada por outros alemães contemporâneos de Goldschmidt, que a resolveram de diferentes formas. Assim alguns, como Geib, lançaram mão do expediente de descobrir uma dupla direcção na acção executiva (contra o Estado e contra o devedor), constituindo o título executivo só condição da acção contra o Estado.

Goldschmidt (5), porém, preferiu resolver o problema através de uma concepção sobre a natureza do título executivo. Afirma que este contém uma «*ordem de serviço*» caracterizada pela sua natureza interna, isto é, limitada às relações entre órgãos do Estado e com força obrigatória para se impor ao órgão a que se dirige, independentemente da subsistência efectiva do direito material. No caso de existir este direito a execução é lícita sob todos os aspectos, e não se levantam por isso dificuldades. Se faltar o direito subjectivo, não deixa de haver um título que permanece dotado de «ordem de serviço». Mas quem obtiver actividade executiva do Tribunal com base nesse título não utiliza verdadeiramente a acção executiva, antes se aproveita sòmente da «possibilidade de agir» por via executiva,

---

(5) *Ungetechtfertiger Vollstreckungsbetrieb*, Munique, 1910, cit. por Liebman.

Derecho Procesal Civil, págs. 539 e seguintes.

mero reflexo do comportamento devido pelo órgão judicial em face da «ordem de serviço».

Fundamentalmente parece, pois, que para Goldschmidt o título executivo é uma ordem, um comando dirigido a um órgão de execução. Poderá, à primeira vista, ser-se tentado a assimilar a esta tese a posição, aliás muito posterior, de Azzolina (6), que define o título pela conjunção de dois elementos: declaração de certeza («accertamento») e «ordem de execução». Mas aqui a «ordem» não tem carácter interno, não permanece dentro do âmbito das relações entre órgãos do Estado: cremos, como mais tarde se explicará, que a tese de Azzolina está mais próxima da posição de Liebman.

b) *Crítica*

Não é necessário alargar muito a apreciação crítica da tese de Goldschmidt, que não tem hoje qualquer projecção na Doutrina.

Note-se, em primeiro lugar, que este autor incorre no vício contra o qual já aqui se fizeram repetidas prevenções: parte da correspondência necessária entre o direito material e a acção executiva para, colocado perante a figura do título executivo, procurar harmonizá-la com o pressuposto estabelecido, ainda que deformando-lhe os contornos. Não cremos que seja verdadeiro o ponto de partida de Goldschmidt, que, aliás, é hoje contrariado

---

(6) *Titolo Esecutivo e Azione Esecutiva*, em *Rivista del Diritto Commerciale*, 1949, I, págs. 86 e seguintes.

pela maior parte da Doutrina; mas, mesmo que assim não fosse, nem por isso deixaria o autor de incorrer em grave erro de método: O que estaria certo era que, só depois de examinar a natureza do título executivo, ele verificasse se os resultados obtidos permitiam ou não confirmar a tese da correspondência entre direito substancial e acção.

Mas não é só neste aspecto que a teoria se mostra vulnerável. Entre as mais salientes críticas de que foi alvo aponta-se a dificuldade que há em conceber a existência de uma «ordem de serviço» entre órgãos do Estado no caso dos títulos extrajudiciais (7). Por outro lado, é evidente que Goldschmidt aceita aqui a coexistência de uma legalidade publicística e de uma ilegalidade privatística, coexistência contra a qual se insurgira vivamente em nome da unidade da Ordem Jurídica (8). Finalmente a noção de «possibilidade de agir» mostra-se vaga e imprecisa e não se encontram razões suficientes para negar que essa «possibilidade» seja a própria acção (9).

2 — *Teoria do instrumento de legitimação*

a) Exposição

Outra teoria que define a natureza do título executivo através de um conceito puramente processual é a que vê nele um *documento de legitimação para a execução.*

---

(7) Liebman, *Le Opposizioni di Merito nel Processo d'Esecuzione*, Roma, 1931, pág. 132.

Stein, *Grundfragen der Zwangsvollstreckung*, 1931, pág. 13.

(8) Liebman, *ob. cit., loc. cit.*.

(9) Mandrioli, *L'Azione Esecutiva*, Milão 1955, págs. 335-336.

Como muito justamente notou Mandrioli (10), esta teoria parte da imediata correspondência entre situação substancial e acção executiva e da necessária unidade de valoração da licitude do acto quer do ponto de vista publicístico quer do privatístico. Aceites tais pressupostos, logo se compreende a redução do título à categoria de um mero instrumento formal no processo, de simples fenómeno de legitimação. É só para efeito de determinar a parte legítima no processo, dizem os defensores desta tese, que o título se reporta a certa relação substancial: a «abstracção» do título fica limitada a este aspecto, não impedindo a ligação directa entre situação material e acção executiva.

Nesta corrente se integra Binder, que define o título como meio de legitimação formal da execução forçada (11).

Satta (12) segue hoje orientação semelhante; mas diz que o título executivo opera a legitimação para o «desenvolvimento externo da acção executiva».

A ideia de instrumento de legitimação tem recentemente recebido certo apoio da Doutrina, além de Satta. Assim, vários autores, embora definindo o título de outra forma (geralmente como um «accertamento»), acrescentam que ele *também* opera uma legitimação. É o caso de Furno (13). É ainda o caso de Redenti que, em correlação com a distinção feita entre título executivo em sen-

---

(10) *Ob. cit.*, pág. 336.

(11) *Prozess und Recht*, 1927, pág. 247. Cit. por Liebman e por José Alberto dos Reis.

(12) *L'Esecuzione Forzata*, edição 1952, pág. 26.

Diritto Processuale Civil, 4.ª ed., Pádua 1954, págs. 424-427.

(13) *Disegno Sistematico delle Opposizioni nel Processo Esecutivo*, Florença, 1942, pág. 68.

tido substancial (acto ou a providência do juiz) e título executivo em sentido processual (documento), afirma que há uma «legitimação aparente» para a acção executiva sempre que falte a situação substancial; só no caso de esta situação existir é que há «legitimação efectiva» (14).

Mas construções como estas não devem rigorosamente incluir-se na teoria do título como instrumento de legitimação. Com efeito, o que esta teoria tem de característico é reduzir a natureza do título executivo dizendo que ele contém uma relação substancial apenas para efeito de definir a legitimidade das partes, isto é, que apenas contém uma «relação qualificante». Pelo contrário, muitas outras teorias afirmam que, por ter certa natureza específica e como *consequência* dela, o título *também* define a legitimidade das partes na acção executiva. Isto evidencia a razão pela qual se inclui a posição de Binder e Satta no primeiro grupo de teorias — as que definem o título executivo como conceito puramente processual.

b) *Crítica*

Também esta tese oferece o flanco à mesma crítica de que foi objecto a teoria do comando: define a natureza do título executivo em obediência à preocupação de a harmonizar com posições de carácter geral já assumidas. Como se observou, Binder e Satta procuram reduzir o título à categoria de instrumento de legitimação para atenuar a sua *função* de intermediário entre a situa-

(14) *Diritto Processuale Civile*, vol. II, parte I (1949), págs. 251 e seguintes.

ção substancial e o processo executivo; isto porque temem que, dada a «abstracção» do título, o reconhecimento pleno da função intermediária venha perturbar a correspondência afirmada por ambos entre direito material e execução (15). É, portanto, nessa ordem de ideias que limitam a «abstracção» produzida pelo título relativamente à situação substancial, assegurando que ela se opera só para efeito de definir a legitimidade.

Outra crítica a esta concepção decorre da correcta caracterização da *legitimidade,* que perante o nosso Direito Processual é sempre «na sua essência, uma questão de posição das partes em relação ao objecto da demanda, no tocante à relação jurídica substancial...» (16). Tal maneira de considerar a legitimidade é incontroversa na nossa Doutrina — até porque resulta claramente do artigo 27.° do Código de Processo Civil (*) (embora se discuta a forma de determinar em concreto a legitimidade). Em face dela verifica-se a impossibilidade de afirmar que o título executivo isola um dado momento da vida da situação substancial, tornando irrelevantes as vicissitudes posteriores — e isto *apenas* para efeito de definir a legitimidade. Esta, ao menos no nosso Direito, tem de resultar sempre da relação material objecto da execução.

É certo que o «título executivo nos habilita a resolver

---

(15) Embora em termos diferentes: para Satta a acção deriva do direito subjectivo violado, para Binder o direito privado resulta da coercibilidade assegurada pela acção.

(16) Assim o afirmou José Alberto dos Reis durante os trabalhos da Comissão Revisora do Código — cit. em *Código de Processo Civil Anotado,* vol. I, pág. 74.

(*) O autor cita o Código de Processo Civil de 1939. Hoje, artigo 26.°.

a questão da legitimidade do exequente e do executado» (17), o que, entre nós, resulta até da letra do artigo 55.° do Código de Processo Civil. Mas não parece poder reduzir-se a tão pouco a estrutura do título: trata-se de mera consequência da verdadeira natureza deste. Ele permite resolver o problema da legitimidade só na medida em que respeita à situação material.

3 — *Teoria da aplicação da sanção*

a) Exposição

Liebman (18) definiu o título executivo como um «acto de aplicação da sanção». Mas a fórmula, para ser compreendida em todo o seu alcance, pede alguns esclarecimentos complementares que procuraremos sintetizar na medida do possível.

Em primeiro lugar, Liebman parte de um conceito estritamente processual de sanção (19). Esta não se integra no Direito substantivo, está fora do Direito Privado, pertence ao Estado e só ele tem o poder de a actuar. Ao credor cabe apenas o poder de provocar a actuação atra-

---

(17) José Alberto dos Reis, *Processo de Execução*, vol. I, pág. 98.

(18) A tese foi exposta em *Le Opposizioni...*, cit., págs. 143 e seguintes. Liebman procurou depois comprová-la em função de certos aspectos do regime do título executivo em *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, na *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1934, vol. I, págs. 127 e seguintes. Esses aspectos consistem principalmente na eficácia do título executivo perante terceiros investidos na posse das coisas a que respeita a execução. As conclusões de Liebman foram neste particular acertadamente criticadas por Satta em *Esecuzione Forzata*, ed. 1937, pág. 48, nota.

(19) Por isso se inclui a construção de Liebman neste primeiro grupo de teorias.

vés da acção executiva. Mas para ser actuada deve a sanção, que se encontra «latente» na ordem jurídica, tornar-se concreta, o que sucede no processo mediante a actividade do juiz. A concretização da sanção, por Liebman denominada «aplicação», é assim lògicamente anterior à sua actuação. De tudo resulta que «aplicação da sanção» não passa de «constituição da acção executiva».

A tese de Liebman aparece exposta a propósito da sentença de condenação (20). Ao tratar, porém, dos títulos executivos defronta-se com uma dificuldade: a existência de títulos extrajudiciais. Vê-se por isso compelido a procurar uma fórmula geral que permita abrangê-los. Mas nesse caminho não vai além da afirmação de que a lei considera actos de aplicação da sanção executiva não só a sentença do juiz mas certos negócios jurídicos e actos administrativos. Mais precisamente: afirma que, nestes actos, a uma mesma previsão legal corresponde relevência jurídica dupla e autónoma em cada um dos seus dois aspectos: por um lado, relevância do acto como sentença, negócio, acto administrativo; por outro lado, relevância do acto como aplicação da sanção executiva. O segundo destes aspectos tem natureza *abstracta,* isto é, uma vez realizada a aplicação da sanção, esta mantém-se concreta, pronta a ser actuada com perfeita independência da sua causa jurídica (21).

Na natureza abstracta da aplicação da sanção pre-

---

(20) *Le Opposizioni...*, cit., págs. 109 e seguintes. Já antes, em *La Sentenza come Titolo Esecutivo*, na *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1929, págs. 117-129.

(21) *Le Opposizioni...*, págs. 145 a 151.

tende Liebman basear a eficácia do título não condicionada pela situação substancial em que ele se funda. E daí conclui pela natureza autónoma da acção executiva. Efectivamente, se o título executivo constitui acto de aplicação da sanção executiva, ele torna-se condição necessária e suficiente da execução; e se o título, por outro lado, se mostra independente da efectiva subsistência de uma relação material, a acção executiva também o é (22).

b) Crítica

A posição de Liebman incorre no mesmo defeito que as duas teses anteriormente expostas: o apriorismo. Com toda a evidência ela resultou da adaptação — ou até da simples transposição para o campo do título executivo — de conceitos já formulados sobre a natureza da condenação. E também denuncia muito claramente a preocupação de definir o título em termos de, a todo o custo, garantir a autonomia da acção executiva perante a relação material que está na sua base. Isto através da impugnação de que no título esteja contida qualquer representação de uma situação substancial e do relevo dado à «abstracção» da sanção depois de aplicada.

Ainda no aspecto geral, a teoria de Liebman, além

---

(22) A teoria de Liebman encontrou algumas adesões na Doutrina. Foi o caso de Pugliati, *Esecuzione Forzata e Diritto Sostanziale*, Milão, 1935, págs. 136-138; Paolo Guidi, *Teoria Giuridica del Documento*, Milão. 1950, págs. 117-118; S. Costa, *Contributo allo Studio dell'Esecuzione Provvisoria delle Sentenze Civilli*, em *Studi Sassaresi*, 1939, págs. 245 e seguintes.

de apriorística, é, como já foi observado (23), tautológica, defeito que aliás o seu autor atribuiu a outras concepções que criticou (24). Na verdade, porque é que determinadas sentenças, determinados negócios e deternados actos administrativos são idóneos para produzirem os efeitos que a lei lhes atribui? E, sobretudo, porque é que o acto de concretização da vontade sancionadora da lei tem natureza abstracta?

Além disso, como também já se notou, a construção de Liebman repousa numa noção exclusivamente processual de sanção — exclusivamente processual sob dois aspectos ambos muito discutíveis. Em primeiro lugar, Liebman afirma ser através do processo que a sanção se concretiza ou se «aplica», embora depois venha a estender, sem base racional de considerar, esta eficácia a actos negociais e administrativos. Num segundo aspecto, limita a noção de sanção à execução, o que parece demasiado estreito. Tudo isto foi vivamente criticado por autores como Calamandrei (25), Mandrioli (26) e Carnelutti.

Muitas outras objecções têm ainda sido feitas a Liebman. Entre as principais contam-se as de Carnelutti, lançadas numa polémica que manteve com o autor de *Le Opposizioni...* (27).

---

(23) Azzolina, *Titolo Esecutivo...*, cit., pág. 88.

(24) *Le Opposizioni...*, pág. 127.

(25) *La Condanna*, em *Studi in Onore di Federico Cameo*.

(26) *L'Azione Esecutiva*, *cit.*, págs. 287 e seguintes.

(27) Esta polémica iniciou-se com a crítica formulada por Liebman em *Le Opposizioni...*, cit., págs. 135 e segs., à concepção de título executivo apresentada por Carnelutti nas *Lezioni...*, vol. V, n.º 503. Este respondeu num trabalho publicado nos *Studi in Onore di F. Cameo* e incluído depois nos *Estudios de Derecho Procesal* (citamos a tradução argentina), vol. I, págs. 653 e segs. — *Título Ejecutivo*. Liebman, no já atrás citado artigo *Il*

Carnelutti sustenta a impossibilidade de se conceber como noção autónoma a aplicação da sanção. Por esta fórmula pode entender-se ou a actuação da sanção ou a especificação dela. No primeiro caso há execução; no segundo declaração de certeza («accertamento») dos pressupostos de facto da sanção. Mas «tertium non datur». E, afastada a possibilidade do primeiro entendimento (pois a execução ainda não teve lugar), só resta tomar a fórmula como «accertamento» dos pressupostos de actuabilidade da sanção (28).

Liebman furtou-se, ao menos formalmente, a este dilema usando o termo sanção num sentido puramente processual. Como já dissemos, não julgamos aceitável tal posição; por isso se nos afigura substancialmente correcta a maneira como Carnelutti põe o problema.

Outro aspecto em que parece também plenamente válida a crítica de Carnelutti respeita à dificuldade de ver um acto de concretização da vontade sancionadora do Estado no próprio acto pelo qual o devedor se obrigou (29). Por outras palavras, Liebman, como já referimos atrás, encontra um obstáculo intransponível ao pretender

---

Titolo Esecutivo Riguardi ai Terzi, em *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1934, I, págs. 127 e segs., procurou pôr à prova certos aspectos da sua tese, aproveitando ao mesmo tempo o ensejo para se defender de algumas observações de Carnelutti. Este retorquiu no mesmo número da *Rivista*, págs. 154 e segs., numa apostila ao artigo de Liebman depois incluída nos *Estudios...*, vol. I, págs. 667 e segs., sob a epígrafe *Titulo Ejecutivo y Ciencia del Proceso*.

(28) *Titolo Esecutivo*, loc. cit., pág. 658.

(29) *Titulo Ejectivo y Ciencia del Proceso*, loc. cit., pág. 671.

Esta crítica é acolhida por J. A. dos Reis, *Processo de Execução*, vol. I, pág. 103.

generalizar aos outros títulos executivos noções formuladas para a sentença de condenação.

Finalmente, Carnelutti observou a Liebman que o título executivo é um documento e não um acto. Isto porque, se se conceber o título negocial como acto, acaba por se fazer coincidir título com negócio: como distinguir então o crédito constituído por este, da acção executiva que, para Liebman, é gerada pelo título? Chegar-se-ia assim à negação da autonomia da acção executiva, tão ardorosamente defendida por Liebman. A natureza documental do título é sustentada por Carnelutti (30) com base em argumentos lógicos (o título é o meio de manter a autonomia da execução interpondo alguma coisa, no caso do título negocial, entre negócio e acção executiva — o documento) e históricos — e até no simples bom-senso, o qual mostra que aquilo que sob a designação de título executivo se torna absolutamente necessário no processo é um documento, visto ser impossível trazer de outra forma (*v. g.*, por testemunhas) perante o juiz o conteúdo desse documento.

Também não pode contestar-se o valor desta argumentação: parece realmente preferível considerar o título executivo como documento. Entre nós assim se pronuncia a generalidade da Doutrina (31).

---

(30) *Titulo Ejecutivo*, loc. cit.

(31) J. A. dos Reis, *Processo de Execução*, vol. I, págs. 102 a 105.

Manuel de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil*, pág. 56. O Sr. Prof. Doutor Palma Carlos, também define o título como documento nas *Lições de Direito Processual Civil*, vol. II, 1956, pág. 8.

4 — *A teoria da declaração de certeza e da ordem de execução*

a) Exposição

Deixamos para o final deste primeiro grupo de teorias aquela que, aliás sem grande projecção na Doutrina, define o título executivo como conjunto de duas noções autónomas — uma de carácter substancial e outra de natureza estritamente processual. Trata-se da teoria apresentada por Umberto Azzolina num artigo — *Titolo Esecutivo e Azione Esecutiva* publicado na *Rivista del Diritto Commerciale...*, 1949, I, págs. 86 a 107.

Este autor considera o título constituído por dois elementos — independentes porque cada um deles poderia existir sem o outro.

O primeiro elemento é, como se disse, de natureza substantiva: o «accertamento» do direito subjectivo cuja violação dá lugar à sanção executiva. Não nos demoramos aqui na apreciação deste primeiro elemento, porque ele aparece em muitas das teorias do segundo grupo, que também concebem o título executivo como um «accertamento». Quando nos ocuparmos delas, referiremos as modalidades possíveis de tal entendimento e nos pronunciaremos sobre o seu mérito.

De maior interesse se reveste o segundo elemento: a «*ordem de execução*». Para definir tal conceito, Azzolina parte da observação de que muitas vezes se vêem «accertamentos» de natureza idêntica à dos contidos em títulos executivos e contudo desprovidos de eficácia executiva. Daí resulta que o «accertamento» se mostra insuficiente para definir o título: torna-se necessário jun-

tar-lhe mais qualquer coisa, exterior à própria declaração de certeza. É a «ordem de execução», entendida como declaração de que o *fattispecie* do acto «accertamento» é idóneo para servir de base à execução forçada. Esta declaração cabe ao Direito: uma vezes o legislador formula-a directamente (títulos extrajudiciais), outras vezes indirectamente, através do juiz (sentenças). Em resumo: a ordem de execução é a ordem de «actuação da sanção executiva que cabe ao direito subjectivo violado, para sua satisfação». Azzolina preocupa-se com mostrar as diferenças entre a sua «ordem de execução» e a «ordem de serviço» de Goldschmidt: esta surge nas relações internas entre órgãos do Estado, a primeira é simples afirmação de que a sanção executiva se pode actuar e pertence por isso — diz o seu autor — ao campo do Direito Substantivo.

De tudo isto se conclui fàcilmente que Azzolina afirma a estrita correspondência entre direito substantivo e acção executiva: não passa de mera «execução aparente» toda a sanção executiva que actua com base em «accertamento» não correspondente a uma situação jurídica material.

b) Crítica

Se examinarmos com atenção esta tese, concluiremos que ela é desprovida de qualquer originalidade. Na verdade, o seu autor limitou-se a tomar a construção de Liebman e a adaptá-la ao propósito de proclamar a dependência da acção executiva relativamente à situação material. Para proceder a essa adaptação, afastou a

«abstracção» do título, afirmada por Liebman, e introduziu nele a representação do direito subjectivo. Formulou depois o conceito de «ordem de execução», que afinal não difere do de «aplicação da sanção» de Liebman. Efectivamente, se bem repararmos, também a «ordem de execução» é aquele «tertium genus» entre os dois termos do dilema formulado por Carnelutti («accertamento» de uma situação de responsabilidade ou a própria execução) — terceiro termo que só é permitido por uma concepção estritamente processual da sanção (32), generalizada depois, sem base compreensível, ao caso dos títulos extrajudiciais.

Como já dissemos, a apreciação do primeiro elemento da tese de Azzolina reservamo-la, a fim de evitar repetições, para quando nos ocuparmos das teorias que concebem o título como «accertamento».

Quanto ao segundo elemento, parecem-nos aqui inteiramente aplicavéis as críticas dirigidas à «aplicação da sanção» da tese de Liebman, em especial a que salienta ser este conceito meramente descritivo: não consegue fornecer uma explicação. Com efeito: Quando, onde e porquê surge a «ordem de execução»? Qual a sua natureza? As únicas respostas que se encontram em Azzolina são: a de que a «ordem de execução» surge quando o «accertamento» ganha eficácia executiva, porque a ganha e onde a ganha; e a de que a natureza da ordem con-

---

(32) Por isso, a tese de Azzolina, comportando uma explicação do título executivo através de duas noções, das quais uma é puramente processual, foi aqui incluída como a de Liebman, no primeiro grupo de teorias.

siste em... mandar executar. A teoria de Azzolina é, assim, também tautológica, defeito que este autor assacou à de Liebman, tal como Liebman o apontaria à teoria do «accertamento».

II

TEORIAS QUE DEFINEM O TÍTULO EXECUTIVO ATRAVÉS DE UM CONCEITO DE DIREITO SUBSTANTIVO

É muito grande o número de teorias que se integram neste segundo ramo da classificação adoptada para a exposição das principais posições doutrinárias sobre a natureza do título executivo. E a dificuldade de exposição daí resultante é ainda agravada pelo facto de haver várias teorias que acolhem elementos de diferentes outras, dando assim lugar às mais variadas combinações.

Em obediência ao preceito metodológico que manda dividir para conhecer, cremos poder afirmar que todas as teses deste segundo grupo tomam uma de duas posições em face de cada um dos dois mais importantes problemas a resolver. Assim, qualquer teoria que defina o título executivo através de um conceito de Direito Substantivo acaba por dizer que:

o título é um { — acto / ou / — documento } e que contém { — uma prova / ou / — um «accertamento» / ou equivalente }

Veremos no decurso da exposição como a tese inicial aglomerava todos estes aspectos mais ou menos indistintamente; como se dividiu a Doutrina em duas teses

opostas; e como, no termo de uma verdadeira evolução dialéctica, hoje se tende para concepções que de novo combinam os diversos aspectos.

I — *A teoria tradicional: o título executivo como atestação do direito de crédito*

a) *Exposição*

A Doutrina tradicional até à segunda década deste século não dedicou grande cuidado à determinação da natureza do título executivo, o que aliás reflecte a atitude dos cultores da Ciência do Processo relativamente à execução, atitude a que fizemos já referência no início deste trabalho.

Os processualistas preocuparam-se mais do que com analisar o conceito de título executivo, com estabelecer o seu regime, tratando-o como mera formalidade sem qualquer interesse teórico. O pouco que disseram sobre o problema da natureza do título resultou de observações apressadas, de mera intuição, e não de uma análise profunda. Como veremos, isto, se os manteve numa grande imprecisão quanto às fórmulas que ofereceram, impediu-os de perderem o contacto com a realidade e levou-os a inspirarem-se num sólido bom-senso que, por vezes, falta nas construções excessivamente elaboradas.

O elemento comum e principal das teorias tradicionais parece ser a ideia de que o título executivo contém, de algum modo, uma atestação da existência do direito do exequente. Assim as caracteriza J. Alberto dos Reis (33), e cremos que muito mais correctamente do que

(33) *Processo de Execução*, vol. I, págs. 95-96.

outros autores, como Mandrioli, que atendem ao ponto de vista das relações entre situação substancial e acção executiva (34). Com efeito, este aspecto em nada caracteriza a posição de tais teorias sobre o problema da natureza do título executivo, visto ser apenas pertinente à sua função.

Através de que figura é que, nestas concepções, o título contém a atestação do direito? Aqui as posições são imprecisas, mas oscilam entre a prova e o «accertamento».

Os autores que falam de «accertamento» (35) têm, porém, geralmente consciência da dificuldade de recorrer a essa noção nos títulos extrajudiciais. Por isso tendem a restringi-la às sentenças e limitam-se a dizer, quanto aos outros títulos, que neles há alguma coisa que faz supor

---

(34) *L'Azione Esecutiva*, pág. 330.

(35) Como são: Fadda em *Foro Italiano*, 1898, I, 1282; e Bellavitis em *Studi in Onore di Chiovenda*, pág. 28 (citados por Liebman); Manfredini em *Dell'Esecuzione Forzata*, pág. 38). Geralmente inclui-se neste grupo de autores Chiovenda, que distingue entre significado formal do título (documento) e significado substancial («accertamento»). Mas, na verdade, o que baseia a execução e está contido no documento é o «accertamento» da vontade da lei dirigida à sua completa actuação prática. Há, por isso, títulos em que coexistem o «accertamento» da vontade concreta de actuação da lei e o «accertamento» do direito à prestação (é caso das sentenças definitivas) e títulos em que, pelo contrário, a vontade de actuação da lei está certificada, independentemente de um «accertamento» definitivo do direito subjectivo, perante «accertamentos» provisórios, actos administrativos ou meros negócios jurídicos (sobre este ponto ver, por exemplo, *Principii di Diritto Processuale Civile*, 3.ª ed., 1923, págs. 241 a 259). Isto mostra claramente que no pensamento de Chiovenda o que se «accerta» é a vontade concreta de actuação da lei, o que está muito distante da «atestação do crédito» dos autores tradicionais. Fica, antes, muito mais próximo da fórmula da «aplicação da sanção» de Liebman. É curioso notar que Liebman observou a Chiovenda a dificuldade de encontrar atestada nos títulos negociais a vontade de actuação da lei, sem reparar que incorria no mesmo defeito.

a provável existência efectiva do crédito, alguma coisa que já confere um grau apreciável de certeza nesse sentido (36).

Também são numerosos os autores (37) que a propósito do título falaram de «prova», de «força probatória», de «elemento probatório» do crédito.

Não se julgue porém que estas duas formas de conceber o título apareciam diferenciadas, chegando assim a definir-se duas correntes ou tendências opostas: nada de mais errado. Tratava-se, como se disse, de noções que eram aplicadas ao título quase intuitivamente, sem uma análise demorada. É até muito frequente o caso de autores que tanto dizem que no título executivo se contém um «*accertamento*» *do crédito* (ou algo que faz supor a sua provável existência, no caso dos títulos extrajudiciais): como afirmam que ele constitui um elemento de *prova* do crédito ou como lançam mão, fazendo-a derivar de qualquer destes dois conceitos ou de ambos, da ideia de *presunção:* caso de um processualista de grande projecção no seu tempo — Mortara (38).

Também não raramente os autores tradicionais concebem o título ora como *acto* ora como *documento:* caso do mesmo Mortara (39).

---

(36) Por ex.: De Palo, *Titolo Esecutivo*, 1901, pág. 9.

(37) Scialoja, *Commentario del Codice di Proc. Sardo*, V, parte I, Livro 4, n.° 2; Cesareo-Consolo, *Espropriazione*, I, pág. 21.

(38) *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, 4.ª edição, vol. III, págs. 559-560 e pág. 548, e vol. V, pág. 11. Aliás, embora seja difícil determinar claramente qual das referidas noções predomina no pensamento deste autor, parece-nos que ele prefere reservar a de «accertamento» para as sentenças, utilizando as de *prova* e de *presunção*, desta derivada, para os outros títulos.

(39) *Ob. cit., locs. cits.*. Parece aliás preferir *acto de «accertamento»* e *documento de prova*.

b) *Crítica*

A principal crítica a que se prestam estas teses é a de imprecisão, ponto já salientado e em que não vale a apena insistir agora.

A posição tradicional contém em si, como também já se notou, «em estado bruto» todos os elementos utilizados pelos autores posteriores que definiram o título executivo através de conceitos de Direito Substantivo. Simplesmente, os autores mais recentes fizeram uma profunda análise e uma trabalhada elaboração dessas mesmas noções, chegando à formulação de teses depuradas. De início opuseram-se a concepção do título como documento probatório e a do título como acto de «accertamento»; hoje, segundo cremos, as noções de documento e de acto, de prova e de «accertamento», tendem a combinar-se.

Deixaremos, por isso, a crítica pormenorizada destas noções para o momento da apreciação das teses que as formularam com maior precisão. Isto até para evitarmos repetições desnecessárias.

2 — *A teoria da prova documental*

A — A tese de Carnelutti

a) *Exposição*

A Carnelutti cabe o mérito de antes de qualquer outro ter chamado a atenção da Doutrina para o problema da natureza do título executivo.

Foi nas *Lezioni* (40), que primeiro se ocupou deste problema. Desenvolveu na já referida polémica com Liebman e no *Sistema del Diritto Processuale Civile* as opiniões aí apresentadas. E recentemente, na edição de 1951 da *Teoria Generale del Diritto* e nas *Istituzioni*, introduziu-lhes certas alterações, ao menos formais.

A concepção de Carnelutti consiste fundamentalmente nisto: o título executivo é a prova legal, sintética (ou integral) e documental do crédito.

Prova legal, quer dizer, prova cuja valorização é regulada pela lei e não deixada ao arbítrio do juiz (41). O tribunal é obrigado pela lei a considerar tal prova como *necessária e suficiente* para garantir a existência do direito do exequente (42).

Prova sintética ou integral, porque prova da pretensão na sua totalidade, isto é, incluindo as razões de facto e as de direito. A este respeito nota Carnelutti que nada impõe, lògicamente, a restrição do objecto da prova às razões de facto da pretensão. A prova integral, afirma, teve existência histórica no antigo processo romano («jus-jurandum in jure») e no germânico («juízo de Deus»). Existe ainda no processo moderno em certos institutos que são o título de crédito e o título executivo (43). Quanto ao último, a maior vinculação da actividade do juiz, a que conduz, está de acordo com a posição, lògicamente inferior, do órgão executivo (44).

---

(40) *Processo di Esecuzione*, I, págs. 223 e seguintes.
(41) *Sistema...*, vol. I, págs. 773-774.
(42) *Sistema...*, pág. 823 (vol. I).
(43) *Sistema...*, vol. I, págs. 676-677.
(44) *Titulo Ejecutivo*, ob. cit., loc. cit., pág. 662.

Pelo que respeita ao objecto da prova sintética, surge na construção de Carnelutti uma ideia que os expositores têm desprezado, mas que nos parece merecer referência: os títulos executivos diferentes da sentença provam o crédito do exequente, ao passo que nas sentenças o objecto da prova é mais amplo porque abrange não só o crédito mas também a condenação do devedor (45).

Finalmente, *prova documental.* Já atrás, a propósito da crítica a Liebman, se referiram as razões aduzidas por Carnelutti para sustentar que título executivo é o documento e não o acto que este contém. Razões de ordem lógica: a necessidade de interpor algo entre o negócio e a acção executiva, no caso de títulos negociais, para não fazer coincidir título e negócio, perdendo-se assim a autonomia da execução. Razões de ordem histórica: estamos perante o ponto de encontro da corrente romana, que exigia para a execução a concordância do devedor, com a corrente germânica, para a qual bastava a afirmação do credor: o conceito de prova legal é intermédio, porque é alguma coisa mais do que a simples afirmação do credor e alguma coisa menos do que a concordância do devedor (46). Razões sistemáticas: só o conceito de prova documental, legal e sintética fornece o elemento comum à estrutura das várias espécies de títulos executivos (o serem documentos) ao mesmo tempo que permite a integração do título, como figura da execução, nos quadros da Teoria Geral do Processo (47). E, por último, as razões de simples bom-senso: o facto de se tratar efectivamente

---

(45) *Sistema...*, vol. I, pág. 822.
(46) *Titulo Ejecutivo*, ob. cit., págs. 659-663.
(47) *Titulo Ejecutivo y Ciencia del Proceso*, ob. cit., loc. cit.

de um documento que é exigido no processo porque o autor não tem qualquer possibilidade de trazer perante o juiz o conteúdo do título senão através desse documento (48).

Sintetizando a eficácia probatória do título executivo, Carnelutti afirma ùltimamente que, enquanto qualquer prova legal simples apenas é capaz de dar ao juiz a certeza sobre a produção de um facto constitutivo de uma relação jurídica mas não sobre a efectiva subsistência dessa relação, pois podem ter sobrevindo factos impeditivos ou extintivos — pelo contrário, os *título*s até este segundo aspecto provam (49). Isto é, esta categoria — a dos títulos, que abrange, além do título executivo, o título de crédito, o título de estado (50) e o título injuntivo — tem a eficácia de provar um facto dado e a «eficácia material ultraprobatória» de excluir outros factos. Por isso Carnelutti vê no título uma combinação de facto jurídico e de prova: há uma prova que vale como facto (alusão à eficácia da prova legal, que certifica sem possibilidade de discussão o facto provado) e um facto que consiste numa prova (referência à «eficácia material ultraprobatória») (51).

---

(48) *Titulo Ejecutivo*, ob. cit., pág. 657.

(49) *Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano*, Barcelona, 1942, pág. 160.

(50) Este conceito de título tem já servido de base ùltimamente a uma elaboração doutrinária importante nos diversos ramos do Direito Civil. Ocorre-nos citar os trabalhos dos autores espanhóis de Castro e Sancho Rebullida que, em Direitos de Família, têm explicado com resultados notáveis os efeitos do registo de casamento e sobretudo da transcrição do casamento canónico através da noção de título de estado.

(51) *Teoria Generale del Diritto*, ed. 1951, pág. 394.

b) Crítica

Deve reconhecer-se que Carnelutti procurou caracterizar a natureza do título executivo por um caminho metodològ̀icamente correcto. Aparece nítida a preocupação de distinguir o ponto de vista estrutural do funcional: a definição do título como prova documental é puramente estrutural, limita-se ao aspecto da natureza jurídica, e não se deixa que este aspecto sofra qualquer influência vindo do problema da função. Para comprovar que este é o pensamento de Carnelutti basta recordar que a categoria jurídica *prova* pertence, na sistematização das suas obras, à parte que se ocupa da estrutura do processo; basta olhar o índice do *Sistema* ou das *Istituzioni;* basta recordar a classificação dos elementos estruturais do processo em subjectivos (partes e órgão judicial) e objectivos (provas e bens).

Por isso, cremos de rejeitar terminantemente a afirmação, feita por Azzolina (52), de que «com a sua fórmula Carnelutti definiu o título sob o ponto de vista da função e não sob o da estrutura que fica ignorada». Nem sequer conseguimos descobrir os fundamentos em que tal afirmação pretende alicerçar-se.

Outro grande mérito de Carnelutti é ter sido o primeiro a conceder igual atenção aos títulos judiciais e extrajudiciais em vez de, como fora prática geral, formar uma teoria com base na sentença de condenação e adaptá-la depois aos outros títulos. Isto é, foi o primeiro que pôs o problema fora do âmbito da sentença condenatória,

---

(52) *Ob. cit., loc. cit.*, pág. 89.

como nota Satta (53). E com este autor tem de se reconhecer que ao menos a maneira como Carnelutti coloca a questão assenta numa indiscutível intuição prática.

Alguns autores (54) aceitaram a teoria de Carnelutti, na sua totalidade ou só em alguns dos seus traços; muitos criticam-na; mas quase todos ou todos acusam a influência dela.

Vejamos as principais objecções que ela suscitou.

A crítica mais sistemática é a de Liebman, limitando-se em grande parte os autores posteriores a glosar os argumentos dele.

Em primeiro lugar, Liebman afirmou que o órgão executivo executa, não julga: portanto, a noção de prova, que implica a de juízo, é descabida numa figura que se integra na execução (55). Haveria aqui, pois, uma confusão entre as funções dos processos declarativo e executivo. A isso responde Carnelutti com o argumento, extraído da mera observação da realidade, de que mesmo a actividade executiva pressupõe prova, mesmo o juízo que se dirige à aplicação e não à declaração de certeza tem necessidade de provar para poder realizar-se (56), (57).

Notou ainda Liebman que, se prova pressupõe juízo,

---

(53) *Esecuzione Forzata*, ed. 1937, págs. 48-49.

(54) Em Itália foi o caso de Jaeger em *Diritto Processuale Civile*, Turim, 2.ª ed., 1943, págs. 576-577. Fora da Itália, Pietro Castro, *Derecho Procesal Civil*, 1949, vol. II, pág. 437.

(55) *Le Opposizioni...*, pág. 136.

(56) *Titulo Ejecutivo*, ob. cit., pág. 662.

(57) Não se referem aqui as observações de Liebman tendentes a demonstrar que o título é um acto e não um documento: este aspecto foi já suficientemente tratado aquando da exposição das teses de Liebman e de Carnelutti e da apreciação da primeira.

este importa, por sua vez, liberdade de aplicação da norma ao facto, o que levaria à conclusão de que o título não seria já condição necessária e suficiente da execução (58). A réplica de Carnelutti consistiu em recordar os conceitos de prova integral e legal (59). Mas esta atitude fez surgir em alguns espíritos a dúvida sobre se, em face de um juízo de tal forma vinculado e com objecto tão extenso, poderia falar-se ainda de prova (Micheli (60), Mandrioli (61), Liebman (62)).

Parece haver certa razão nestas observações: o conceito de prova integral não se pode dizer que se tenha imposto na Doutrina: repugna geralmente admitir um juízo tão formal.

Em grande parte por isso perguntam alguns se não seria preferível e até mais correcto dizer que há um juízo sobre alguma coisa que está depois do crédito embora pressupondo a existência deste. A ideia já estava implícita na observação de Liebman de que a lei atribui os efeitos jurídicos não à prova mas ao facto provado, o que conduziria Carnelutti a atribuir efeitos constitutivos da acção executiva ao facto constitutivo do crédito e a desmentir assim a autonomia da execução. Satta (63) também notou esta conveniência de colocar alguma coisa entre o crédito e a execução e de dispensar assim a prova legal e sintética como ponte entre dois conceitos tão afastados. O conceito intermédio vê-se geralmente no

---

(58) *Le Opposizione...*, pág. 137.
(59) *Titulo Ejecutivo*, ob. cit., págs. 661-662.
(60) *Commentario...*, cit., vol. VI, cit., pág. 380.
(61) *L'Azione Esecutiva*, cit., pág 341.
(62) *Processo de Execução*, S. Paulo, 1946, pág. 43, nota (15).
(63) *Esecuzione...*, ed. 1937, pág. 48.

«accertamento»: o título executivo viria provar o acto que, por sua vez, certifica a existência do crédito.

Sem olhar agora ao lado positivo das sugestões destes autores, a crítica que formulam parece realmente corresponder a um vício da construção de Carnelutti: mas isso é neles mais intuído do que realmente fundamentado, pois em regra para justificarem a procura do referido conceito intermédio não passam da afirmação de que o juízo implicado pela ideia de prova legal e sintética é demasiado formal.

Cremos ser outro o defeito que realmente legitima tais críticas. Com efeito, Carnelutti fala de prova cujo valor é imposto por lei ao juiz, sem possibilidade sequer de discussão da outra parte, como condição necessária e suficiente «para que o tribunal deva convencer-se do direito do credor». Mas a oposição do devedor não dá a este largas possibilidades de discutir o valor dessa prova, de acordo com os fundamentos admitidos nos artigos 813.° a 815.° do Código de Processo Civil? Por outro lado, como admitir no título executivo a «eficácia material ultraprobatória» de que fala Carnelutti, isto é, a certeza sobre a não verificação de factos impeditivos ou extintivos da situação jurídica provada? (64). Há aqui de novo flagrante contradição com a realidade, pois pode acontecer que o crédito constante da própria sentença de condenação definitiva já tenha sido extinto por pagamento ou por qualquer outro meio e, não obstante, a sentença seja usada como título executivo, ficando ao devedor a possibilidade de opor a extinção do crédito.

---

(64) Conf. *Instituciones...*, pág. 160, *in fine*.

Estas observações à teoria de Carnelutti não têm surgido na Doutrina, apesar de toda a sua simplicidade. Deixamo-las aqui apenas esboçadas para mais tarde as retomarmos a propósito das conclusões que procuraremos esboçar sobre o problema que é objecto deste trabalho.

Em conclusão: a tese de Carnelutti, embora certeira na forma de colocar os problemas, nem sempre os resolve de molde a explicar cabalmente a natureza do título executivo.

B — A tese de Garbagnati

a) Exposição

Em face de todas estas observações à tese de Carnelutti, um autor, Garbagnati (65), embora mantendo a ideia base do título executivo como prova documental, considera objecto dessa prova uma noção mais próxima que a do próprio crédito.

Para ele, o título executivo documenta o facto jurídico da emanação de uma providência ou da estipulação de um negócio. Colocando o problema nesse pé, já não sente necessidade de recorrer às noções de prova legal e, muito menos, de prova sintética: o título não passa de prova documental de um facto.

Simplesmente, ao referir-se ao facto objecto da prova documental, Garbagnati parece ter em mente a distinção entre o *acto jurídico,* a que se reduzem a providência e o negócio, e o simples *facto jurídico* da sua emanação. No

(65) Em *Il Concorso dei Creditori nell'Esecuzione Singolare*, Milão, 1938, págs. 125-127.

primeiro, os efeitos jurídicos são atribuídos pela lei olhando ao conteúdo normativo da vontade dos sujeitos; neste, os efeitos são independentes do conteúdo do negócio estipulado ou da providência pronunciada.

O título executivo seria simples documentação do facto de realização do acto jurídico.

b) *Crítica*

Garbagnati procurou, como se disse, manter da teoria de Carnelutti o que nela tinha resistido às críticas que defrontou: a noção da prova documental como único elemento capaz de basear um conceito unitário das várias espécies de títulos executivos. Até aqui, nada há a objectar a Garbagnati: muito pelo contrário, ele seguiu o caminho correcto, segundo cremos.

Depois, considerou o objecto da prova documental no plano da providência ou negócio, o que lhe permitiu afastar a noção de prova legal e sintética.

Assim procurou superar, das críticas dirigidas a Carnelutti, as que notavam dificuldade de entender um juízo tão rígido e formal como o implicado pela ideia de prova legal e sintética e pretendiam, por isso, se considerasse objecto da prova não o crédito mas outro conceito menos distante do título (66).

---

(66) Outro autor que se mostrou impressionado pelo valor desta objecção à teoria da prova integral do crédito foi Allorio, o qual, aliás, aceitou nas suas linhas gerais a construção de Carnelutti sobre processo executivo. Allorio notou que a acentuada vinculação do juiz, implicada no conceito de prova legal e sintética, está em aberta contradição com a atribuição ao julgador de amplos poderes na apreciação da prova segundo a concepção publicística do processo, que tende a dominar na moderna Doutrina.

Mas a parte positiva da construção de Allorio (*Esecuzione Forzata in Genere*, em *Nuovo Digesto Italiano*, vol. V, pág. 514) vota a um lamentável

Ainda aqui o raciocínio que está na base da posição de Garbagnati se nos afigura exacto, pelo menos nas suas linhas gerais.

Mas, como se disse, Garbagnati acaba por considerar objecto da prova documental apenas o facto jurídico de emanação do acto. Isto oferece o flanco à crítica irrespondível de que considerar como objecto da documentação apenas o facto da realização do acto, independentemente do conteúdo deste, está em contradição aberta com a realidade jurídica, além de ser dificilmente compreensível no plano lógico.

Como é possível dizer que certo documento — sentença ou escritura pública — prova o facto da pronúncia da sentença ou conclusão do negócio, mas não prova o conteúdo da sentença ou do negócio?

Estas observações, suscitadas por Micheli (67) e desenvolvidas por Mandrioli (68), levam assim a afastar a terceira etapa do raciocínio de Gabargnati, mas cremos que não impõem o sacrifício das duas primeiras.

---

abandono o problema da natureza do título executivo, preocupando-se só com a função deste, no plano das relações entre acção e processo.

Para este autor o título executivo é a prova da «fattispecie» *da acção executiva*, mas prova *directa*, não prova documental, histórica. Com efeito, como de tal «fattispecie» faz parte, além da existência do direito subjectivo, a posse do título executivo, o autor prova directamente este último elemento pela apresentação do título no processo. O título é prova apenas no sentido em que a apresentação de uma coisa *prova* a sua posse. Vê-se que a tese de Allorio se reduz à afirmação de que o título é condição necessária da acção executiva: tese puramente funcional, portanto.

(67) *Commentario al Codice Civile a cura di Scialoja e Bianca*, VI, *Tutela dei Diritto*, Bolonha e Roma, 1953, pág. 381.

(68) *L'Azione Esecutiva*, págs. 351-353.

3 — *A teoria do acto de «accertamento»*

a) Exposição

Viu-se como, de entre as posições que caracterizam a natureza do título executivo através de conceitos de Direito substantivo, a tese tradicional da «atestação» do direito de crédito usa indistintamente das noções de prova e «accertamento», acto e documento. Viu-se também como um sector da Doutrina, cuja principal figura é Carnelutti, considera o título como prova e documento. Contrapondo-se a tal sector, surgiu uma corrente que afirma ser o título acto e «accertamento», ou melhor, acto de «accertamento».

Nesta orientação se integrava Satta (69) durante uma fase que antecedeu a sua adesão à teoria da legitimação.

Tomava como ponto de partida que toda a sanção (não só, portanto, a sanção executiva) exige, para ser actuada, um prévio «accertamento». Esta existe indubitàvelmente na sentença de declaração (Satta é partidário da tese da natureza declarativa da condenação (70). Mas nos títulos diferentes da sentença? Falta um «accertamento» em sentido próprio, isto é, entendido como «exclusão da pretensão que tornava contestada a subsistência do direito». Mas permanece alguma coisa que é o perfeito equivalente do «accertamento»: o acto voluntário do devedor de se reconhecer obrigado por uma forma especial que exclui, embora só em sentido relativo, a *eficácia* de toda a pretensão contrária à declaração.

---

(69) *Esecuzione Forzata*, ed. 1937, págs. 47 a 56.

(70) Defendida já em *Premesse Generali alla Dottrina della Esecuzione Forzata*, em *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1932, I, págs. 332 e seguintes.

«Accertamento» ou declaração formal — eis, para Satta, a natureza do título executivo. O documento não é o título, mas antes o documento do título.

É certo que Satta chega a dizer que, admitido isto, se deve reconhecer razão no restante à doutrina da prova legal e que o título vem dar ao órgão executivo a prova formal do fundamento da execução. À primeira vista, parece descortinar-se aqui, afinal, uma adesão à tese de Carnelutti. Mas não: para Satta o «accertamento» ou a declaração formal é que são os factos a que a lei atribui carácter de prova legal perante o órgão de execução, prova do fundamento da acção (71).

Vê-se pois que a noção de *prova* referida a factos e não a documentos não tem qualquer papel real nesta teoria: o termo prova aparece usado impròpriamente — para fornecer a imagem da eficácia própria dos actos de «accertamento» e declaração formal.

Teoria semelhante à de Satta é a de Invrea (72), a qual, no entanto, se ressente de menor cuidado da sua elaboração. Também para ela o título executivo é no caso da sentença definitiva um «accertamento» e este acto faz prova plena («prova legal absoluta», *juris et de jure)* da subsistência do crédito, produzindo certeza jurídica. Mas a prova respeita só ao momento do acto de «accertamento», podendo por isso o crédito declarado certo já não existir quando se pede a execução: o título basta para que o órgão executivo inicie o processo de

---

(71) *Esecuzione...*, 1937, págs. 148-149.

(72) In *Il Torto e L'Azione* na *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1930, I, págs. 154 e seguintes, especialmente págs. 166-169.

execução, mas fica ressalvada a possibilidade de o devedor demonstrar, opondo-se, que o direito se extinguiu.

Em relação aos títulos executivos que não sejam sentenças definitivas, segue Invrea o mesmo caminho de Satta: vê neles alguma coisa de equivalente à sentença definitiva, inclusivamente através da ideia de «accertamento» provisório. Quando atribui valor probatório às providências e aos contratos subentende uma ideia que parece digna de ser desenvolvida: a de que é ao exequente que cabe a prova dos actos constitutivos do crédito, segundo as regras gerais sobre ónus da prova; e de que à prova de tais actos constitutivos procede o credor mediante o título executivo.

b) *Crítica*

Satta pretendeu, aliás muito correctamente, determinar a natureza do título executivo fora do plano das relações entre condenação e execução, plano que respeita já à função daquele. Censura, e com razão, a certas correntes da Doutrina da época (refere-se especialmente a Liebman) chegarem a uma noção de título exclusivamente baseada na sentença de condenação e, por isso inadaptável aos outros títulos.

Mas não podem aceitar-se as conclusões a que Satta e Invrea foram levados ao admitirem o título como acto de «accertamento» do crédito.

Como *acto,* a noção de título é inaceitável: demonstraram-no cabalmente os argumentos aduzidos por Carnelutti, argumentos que têm de ser reconhecidos válidos independentemente da aceitação da teoria do seu autor (como já se disse, José Alberto dos Reis perfilha-os, embora rejeite a teoria do título como prova legal e

sintética do crédito). Aliás, Satta e Invrea não conseguem furtar-se à ideia de que o título é um documento: basta recordar a atribuição, por eles feita, de valor probatório ao título. Com efeito, prova é admissível que o seja o documento; considerar, porém, prova um *acto* de «accertamento» ou um negócio jurídico não tem qualquer sentido, a não ser, como se disse, o de imagem usada para explicar a eficácia do título. Mas, se se quiser traduzir essa eficácia em conceitos dotados de rigor técnico e harmónicos com os dados da Teoria Geral do Direito, então terá de se considerar o título o documento.

O título executivo não é, portanto, um acto. Conterá um «accertamento»? A posição que responde afirmativamente depara com dificuldades de ordem vária. A mais importante consiste na impossibilidade de conceber como declaração de certeza o conteúdo do título executivo negocial. Não vamos alongar-nos agora sobre este ponto — até porque tencionamos volver a ele mais tarde. Para a apreciação das teses de Satta e Invrea basta indagar se elas conseguiram superar tal observação crítica. Parece que não.

Assim, Satta considera, já se viu, equivalente ao «accertamento» a declaração formal em que o devedor se obrigou, porque com ela se exclui, ainda que só em sentido relativo, a eficácia de qualquer pretensão contrária e susceptível de gerar incerteza.

É de notar, desde já, que Satta toma a noção de incerteza em termos demasiado restritos, uma vez que se não refere à eficácia de pretensões contrárias de terceiros (por ex.: outros credores do devedor).

Mas, além disso, — e está aqui a principal crítica a Satta — como admitir que a certeza resultante de negócio

jurídico formal é equivalente à obtida no caso de sentença definitiva, se aquele é atacável pelo próprio devedor — o qual pode sempre vir a juízo pedir, com base em qualquer dos fundamentos admitidos pela lei civil, que o negócio seja declarado inválido, que seja anulado, que seja declarado jurìdicamente inexistente? Através da ideia de «accertamento», Satta não logra, como se vê, alcançar uma noção unitária de título executivo.

Invrea quase nem tenta resolver o problema defrontado por Satta: lança apenas a ideia de «accertamento» provisório. As dificuldades de conceber o negócio jurídico como declaração jurídica de certeza ainda que provisória ressaltam do que atrás se disse — ao menos para quem, como Satta e Invrea, pretende caracterizar a noção de «accertamento» pelo resultado de produção de uma certeza objectiva.

4 — *As teorias mistas*

Após a definição das duas orientações extremas, assiste-se hoje a uma certa tendência para regressar à teoria tradicional sobre a natureza do título executivo, integrando na caracterização desta diferentes conceitos: acto e documento, declaração de certeza e prova.

Como se disse, aquela teoria, embora correspondendo a uma inegável intuição jurídica, mostrava-se muito imprecisa e a esta imprecisão se devia em grande parte o uso simultâneo de diferentes conceitos para definir o título executivo.

Não é o caso das teses mais recentes que se assinalam por forte preocupação de rigor técnico e de exactidão de conceitos.

Mas nem por isso deixa de ser certo que em alguns tratadistas modernos a diversidade de noções utilizadas não dá lugar a uma construção unitária da estrutura do título. É o caso de Redenti e de Zanzucchi.

Redenti (73) distingue entre título executivo em sentido substancial e título executivo em sentido processual: duas figuras independentes, inintegráveis numa noção mais geral e compreensiva.

No primeiro sentido, o título é o acto negocial ou a providência administrativa ou judicial de que resulta a sujeição, voluntária ou autoritàriamente estabelecida, do devedor à sanção; é elemento necessário para que surja a acção executiva, a par da existência do direito sujectivo e da sua lesão.

Título na acepção processual é o documento do acto negocial ou providência, revestido de certos requisitos formais, suficiente, por si só, para dar origem a um processo executivo, isto é, para desencadear a actividade do tribunal, independentemente da efectiva existência da acção executiva em sentido substancial.

Esta distinção entre os dois sentidos de título executivo está assim, como é evidente, ligada à que Redenti faz entre direito de acção e direito de iniciar o processo — tese correspondente à conhecida construção dualista do direito de acção (acção material e acção formal).

Zanzucchi (74) adopta antes um conceito monista de acção como direito público «abstracto» e considera o título executivo condição do exercício da acção em via executiva. Título executivo será tanto o negócio ou o

---

(73) *Diritto Processuale Civile*, vol. II, parte I, 1949, págs. 251-262.

(74) *Il Nuovo Diritto Processuale Civile*, 1942, I, págs. 163 e seguintes.

«accertamento» como o documento em que estão consubstanciados; isto porque tanto o acto negocial ou de «accertamento» como o documento são pressupostos necessários para o exercício da acção executiva.

Os dois autores, usando a mesma variedade de conceitos que caracterizavam a posição tradicional, não chegam a uma noção unitária da natureza do título executivo. A razão, está, porém, à vista. Tanto Redenti como Zanzucchi se limitam a encarar o título no seu aspecto funcional, como pressuposto ou condição do direito de acção. Contentam-se, por isso, com uma mera descrição da estrutura do título: mostram-se, neste aspecto, totalmente alheios a um esforço de elaboração conceitual. Não estamos aqui, portanto, em face de verdadeiras teorias sobre a natureza do título executivo, mas perante teorias sobre a sua função. E, mesmo assim, de teorias sobre a função do título privadas de uma base indispensável: a exacta caracterização da natureza dele.

Dito isto, passemos às teorias que com maior rigor combinam vários conceitos na definição da natureza do título executivo. E consideremos as três que se nos afiguram mais dignas de menção: a de Furno, a de Mandrioli e a de Jaeger.

A — A tese de Furno

a) Exposição

Para Furno (75), o título executivo consiste num documento enquanto prova documental e legal de certo

(75) *Condanna e Titolo Esecutivo*, na *Riv. It. per le Scienze Giuridiche*, 1937, págs. 97 e seguintes; *Contributo alla Teoria della Prova Legale*, Pádua 1940.

conteúdo, documento a que se atribui idoneidade para exercício da acção executiva. Esse conteúdo é o acto de «accertamento» de uma situação material ou antes a qualidade deste «accertamento» como exequível.

Nas providências judiciais não encontra Furno qualquer dificuldade em afirmar a existência de um «accertamento». Mas já assim não sucede com os títulos diferentes da sentença. Aí evita aplicar a noção de «accertamento» ao negócio jurídico — até porque isso conduziria a sacrificar a autonomia da execução e, como disse Carnelutti, a não distinguir acção executiva e crédito, pois ambos ficariam em situação idêntica como efeitos do negócio. O problema, que consiste assim em encontrar no título negocial um «accertamento» diferente do próprio negócio, resolve-o Furno através da ideia da prova legal. Baseia-se em que esta supõe que o legislador estabeleceu um juízo de certeza, partindo de certa valoração dos meios de prova (76).

Há, portanto, no título executivo baseado em negócio jurídico um verdadeiro «accertamento» legal que é possível equiparar ao «accertamento» judicial contido na sentença.

O título será assim prova de um «accertamento»? Parece que para Furno é antes prova documental e legal da exequibilidade desse «accertamento» (77). Prova legal, porque referida a uma qualidade jurídica do «accertamento» e não directamente ao acto em si.

Mas esta tese sofreu depois modificações.

---

(76) *Contributo...*, cit., pág. 23.

(77) Neste sentido, Mandrioli, *L'Azione...*, pág. 379.

Ao ocupar-se do «accertamento» (78), Furno acaba por apresentar essa noção em termos que excluem dela a prova legal: afirma, com efeito, a incompatibilidade entre «accertamento» e plano negocial.

O «accertamento» supõe o juízo e a imparcialidade de julgador. Além disso, o negócio produz modificações jurídicas, ao passo que aquele mantém intactas as situações jurídicas anteriores (79).

Por isso o «accertamento», que é definido em função do conceito de certeza *objectiva*, existe só nas providências judiciais. O título negocial não contém «accertamento» porque não logra eliminar incerteza objectiva: para isso o juízo do legislador tem de se concretizar através de providência do juiz. À noção de «accertamento» extrajudicial substitui Furno a de actividade que tende a preparar o resultado de certeza jurídica e a alcançá-lo mediante o juízo de um terceiro (80). Da declaração de vontade das partes, olhada no seu aspecto externo e formal, independentemente do conteúdo, resulta a eficácia de prova legal e autónoma. O objecto desta prova é a situação material nos termos em que foi constituída.

b) Crítica

Furno, na primeira forma da sua teoria, deparou, tal como já acontecera a Satta, com a dificuldade de ver uma declaração de certeza no título extrajudicial. Quanto

---

(78) *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiciale*, Florença, 1948.

(79) *Accertamento*, págs. 29 e seguintes., especialmente 34.

(80) *Accertamento...*, pág. 116.

a sua tentativa de reduzir a prova legal a um «accertamento» tinha de artificial e contrário à própria noção de «accertamento», acabou ele próprio por o reconhecer.

Na verdade, *certeza* é, em si, um fenómeno puramente subjectivo. Como nota Carnelutti (81), quando se fala de declaração de certeza objectiva está a usar-se esta expressão num sentido convencional, fora da acepção própria do termo «certeza». Está a pensar-se na possível variedade de juízos de aplicação do mandato genérico e abstracto que é a norma jurídica, variedade que representa exactamente o custo dessa generalidade e abstracção. O Estado, continua Carnelutti, confia em que, duma maneira geral, os seus cidadãos saibam determinar qual o juízo concreto que efectivamente corresponde ao mandato legal genérico. Mas isso não obsta a que persista a incerteza, já que há sempre possibilidade de juízos de aplicação diferentes. A incerteza objectiva, por isso, só desaparece com a concretização do comando abstracto, através de um comando dotado da eficácia própria para excluir a possibilidade de aplicação diferente da lei. É a ideia, também apresentada por Satta e já atrás referida, da exclusão da eficácia de qualquer pretensão contrária ao direito subjectivo resultante de uma aplicação da norma. A conclusão deste raciocínio torna-se agora evidente: a certeza objectiva só é estabelecida pela eficácia

---

(81) *Litis y Proceso*, em *Estudios...*, trad. argentina, vol. II, págs. 6-9. Carnelutti critica aqui a noção de certeza objectiva de Calamandrei, que parecia usar este termo no sentido de aplicação da norma legal mas desligada de qualquer ideia de eficácia vinculante dessa aplicação. E Calamandrei ainda recorreu, para definir a incerteza objectiva, à ideia de opinião pública. Ver: *Il Concetto di Lite nel Pensiero di Francesco Carnelutti*, em *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1928, I.

própria do caso julgado, como entre nós sustentou o Sr. Doutor Castro Mendes (82).

Examinando a teoria de Furno à luz destas noções, ressalta imediatamente que o juízo do legislador contido na atribuição do valor de prova legal é um juízo abstracto e genérico, o qual, para ser indiscutível em cada caso, requer uma aplicação pelo juiz, por maior que seja a vinculação deste à lei. Não existe assim verdadeiro «accertamento» na prova legal. Só pode falar-se de «accertamento» como resultado de um processo.

Na sua segunda forma, o pensamento de Furno já não incorre nos mesmos vícios. Mas, apesar de tudo, suscita certas observações.

Por um lado, traduz a desistência de uma construção unitária, ao apresentar noções diferentes para cada uma das duas categorias fundamentais de títulos. É o regresso à posição de Satta: definir a natureza do título através da ideia de «accertamento» e acrescentar que nos títulos extrajudiciais não há «accertamento» mas alguma coisa de mais ou menos semelhante ou equivalente.

Esta «alguma coisa» era para Satta a declaração formal do devedor e é agora para Furno a actividade preparatória da declaração de certeza, actividade traduzida na escolha de certa forma negocial a que a lei atribui o efeito secundário probatório. Ora, quanto aos títulos negociais, não se pode dizer que a nova posição de Furno seja contrária à realidade jurídica. Mas é pura descrição desta realidade: não procura apresentar qual-

---

(82) *O Direito de Acção Judicial*, 1957, pág. 235.

quer explicação dela. Com efeito, como e quando é que a actividade preparatória da declaração de certeza dá efectivamente lugar a tal declaração? A resposta falta nas obras de Furno, como observa Mandrioli (83), que procura preencher a lacuna através de uma teoria muito próxima da de Furno.

Finalmente, há ainda a fazer um reparo pelo que respeita ao objecto e eficácia da prova legal ínsita no título negocial. Dissemos que para Furno a eficácia probatória é atribuída ao acto, no seu aspecto formal, externo, e que essa eficácia incide sobre a situação substancial, a qual deve ser actuada na execução de acordo com o indicado no título executivo e independentemente da sua real subsistência. Ora, da mesma maneira que Carnelutti, Furno parece esquecer que, na oposição, o devedor tem possibilidade quer de fazer a contraprova quer de provar que a situação atestada pelo exequente através do título já não existe porque se produziram factos impeditivos ou extintivos. A mesma observação se pode fazer quanto à tese de que o título é prova legal da qualidade de um «accertamento» como exequível. Furno pretende, como se verá ao tratar da função do título executivo, escapar a esta dificuldade dizendo que a eficácia do título se reduz à propositura da acção executiva e não é a base sobre a qual a execução repousa: esta é o próprio «accertamento» (84).

---

(83) *L'Azione...*, pág. 368.
(84) *Disegno...*, pág. 45.

B — A tese de Mandrioli

a) Exposição

Mandrioli (85) define o título executivo como acto de «accertamento» contido no documento que prova esse acto.

Vejamos mais pormenorizadamente os elementos desta definição.

Como todas as teorias que fazem apelo à noção de «accertamento», também a de Mandrioli topou com a dificuldade de descobrir no título negocial uma declaração de certeza; tanto mais que o seu autor, preocupado com a manutenção da autonomia da acção executiva, afastara *in limine* a possibilidade de reduzir tal declaração ao negócio.

Como Furno, Mandrioli considera, além disso, a noção de «accertamento» incompatível com a de negócio: para ele «accertamento» é um conceito sempre referido ao processo. Acrescenta, porém, que nem sempre é necessária, para haver declaração de certeza, uma apreciação do juiz: elemento decisivo na noção de «accertamento» são a *pendência de um processo* e o comportamento das partes dentro dele (em alguns processos de natureza sumária não é a valoração do juiz que fundamenta o «accertamento», precisamente porque muito sumária, mas antes a conduta das partes, nomeadamente se uma delas não contesta).

Nestas condições, continua Mandrioli, pode falar-se de *certeza reflexa* quando a lei atribui a determinada prova a eficácia de vincular o juiz a pronunciar o «accer-

(85) Ob. cit.: *L'Azione Esecutiva*, 1955, págs. 368 a 388.

tamento» na falta de oposição da outra parte: *certeza reflexa* porque referida a um processo futuro. É o caso dos títulos executivos negociais, que, proposta a acção executiva, se transformam em «accertamento» próprio e verdadeiro, isto é, dão lugar a uma *certeza objectiva.*

Mas com que base é que a lei atribui ao título extrajudicial idoneidade para se transformar em «accertamento»?

Mandrioli baseia a resposta na possibilidade reconhecida à vontade das partes de produzir certeza jurídica; não à vontade negocial, mas à que se dirige à escolha de certa forma para a declaração negocial. Esta escolha, dado o valor atribuído pela lei à forma escolhida, importa uma confissão das partes relativamente às obrigações derivadas da situação jurídica que forma o conteúdo substancial do título.

Mas o acto de «accertamento» é trazido à execução através de um documento em que se contém e só nos termos em que nele se contém. Não se indaga sobre a validade actual desse «accertamento»; traz-se ao processo só o acto histórico da sua existência anterior; daí a chamada «abstracção» do título. Por isso, já não há que recorrer à ideia de prova legal mas só à de *prova documental simples.*

b) Crítica

Várias observações se podem fazer à tese de Mandrioli. As principais incidem sobre a sua tentativa de encontrar um «accertamento» nos títulos extrajudiciais.

Concordamos com este autor quando sustenta que a declaração de certeza só se entende referida ao processo.

Mas já não podemos aderir à sua afirmação de que o «accertamento» processual, mais do que de uma apreciação do órgão judicial, resulta da conduta das partes no processo. Com efeito, o «accertamento» realiza-se por uma concretização da norma abstracta através da emissão de um comando conforme aquela (86). Isto pressupõe necessàriamente uma apreciação do juiz para garantir a conformidade do comando concreto à norma. O juiz pode estar mais ou menos vinculado ao realizar essa apreciação; mas, por mais vinculado que esteja, não deixa de ser necessário uma decisão sua para que o «accertamento» surja. A afirmação de Mandrioli de que o juízo, quando sumàriamente formado com base na conduta das partes no processo, não fundamenta o «accertamento», só pode inspirar-se na ideia de que o processo prossegue uma verdade jurídica material. Ora, por muito que o aperfeiçoamento das instituições processuais tenda a fazer diminuir a distância entre os dois aspectos, ainda hoje infelizmente a verdade processual está longe de coincidir com a verdade material (87). O juízo do julgador assenta, efectivamente, numa grande parte, em bases puramente formais, como a conduta processual das partes.

---

(86) Carnelutti, *ob. cit., loc. cit.*

(87) Ver G. Radbruch, *Filosofia do Direito*, Coimbra, 1937, págs. 255-259, especialmente pág. 257: «O direito processual (formal) tem por fim, como é sabido, auxiliar a realização do direito privado (material) e contudo ele vale por si mesmo, e é obrigatório, não só no caso de não auxiliar coisa alguma, como ainda no de prejudicar essa realização».

Não podemos ocupar-nos aqui com maior demora deste discutidíssimo problema: limitamo-nos, por isso, a apontar a orientação que se nos afigura preferível. Em sentido diferente se pronunciou entre nós Barbosa de Magalhães, *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*, vol. I, págs. 305 e seguintes. Em sentido semelhante ao que defendemos, Sr. Doutor Castro Mendes, *ob. cit.*, págs. 121-126.

Mas isso não basta para afirmar que o resultado do processo... se não baseia em tal juízo.

Reputamos, por isso, inaceitável a posição de Mandrioli, para quem a pendência de um processo transforma a prova legal em «accertamento» verdadeiro e próprio, tal como o toque da vara de Moisés fez brotar água da pedra...

Aliás, Mandrioli atribui ao título negocial valor de certeza reflexa ou seja idoneidade para gerar certeza objectiva *se o devedor se não opuser*. Mas dizer que o título negocial, como categoria judicial, contém essa certeza reflexa é partir do pressuposto de que tal condição se verifica para todos os títulos, isto é, que o executado nunca se opõe à execução fundada em título negocial.

A contradição com a realidade é por demais evidente para que valha a pena insistir nela.

Por outro lado, e ainda que tudo isso fosse de admitir, a certeza reflexa só se transformaria em objectiva dentro do processo de execução. Ora, existindo o título executivo anteriormente ao processo, como é possível integrá-lo na definição de *acto de «accertamento» contido num documento?* Efectivamente, se o fundamento da declaração de certeza existe num momento anterior, isso não impede que a própria declaração surja apenas dentro do processo executivo. Sustentar o contrário é cair no vício, que Mandrioli tanto criticou a Furno, de ver um «accertamento» na apreciação do legislador ínsita na noção de prova legal.

De resto, ver na escolha da forma solene e documental, feita pelas partes, uma confissão das obrigações assumidas corresponde a pura fantasia: não tem qualquer

sentido dizer que ao lavrar-se o documento a parte confessa uma obrigação que está simultâneamente a assumir.

Um mérito importante deve no entanto reconhecer-se na tese de Mandrioli: ter concebido o título como prova documental simples de um acto, como já Garbagnati fizera. Mérito, porém, diminuído pela circunstância de se colocar o acento tónico da definição da natureza do título na noção de acto de «accertamento», de preferência à de documento probatório.

C — A tese de Jaeger

a) Exposição

Nicolau Jaeger é um discípulo de Carnelutti que, mais do que repetir as ideias do seu mestre, as desenvolveu, seguindo orientações e rumos muito próprios.

Em matéria do título executivo, limitou-se, de início (88), à aceitação quase pura e simples da tese de Carnelutti.

Recentemente, porém, parece ser outra a posição de Jaeger. Posição, aliás, muito confusa. Com efeito, na edição de 1956 do seu *Corso* (89), reproduz, na parte do título executivo, quase textualmente a edição de 1943 do *Diritto* (90), incluindo a expressa adopção da tese de Carnelutti. Pelo contrário, noutro capítulo da mesma edição do *Corso* (91), encontra-se, com a rejeição da teoria carneluttiana, uma tentativa de a superar.

Aqui Jaeger reconhece a procedência da crítica de

---

(88) *Diritto Processuale Civile*, ed. 1943, págs. 576-577.
(89) *Corso di Diritto Processuale Civile*, 2.ª ed., 1956, págs. 579-582.
(90) *Diritto*, cit., loc. cit.
(91) *Corso*, cit., págs. 169-175.

que foi alvo Carnelutti e que salienta a dificuldade de manter dentro do campo da prova a noção de «prova sintética». Afirma que tal noção está a meio caminho entre a prova e o conceito de «accertamento». E nota que, admitido ser o título executivo só o documento, atribuir-lhe a eficácia de prova sintética corresponde a deixar ignorada a natureza do acto documentado.

Integra, por isso, o título executivo na categoria do «accertamento» provisório («interinale») caracterizado por uma eficácia inferior e subordinada à do verdadeiro e próprio «accertamento» (definitivo). Quer dizer: a declaração de certeza provisória tem o valor que lhe dá o facto de uma declaração de certeza definitiva ser condição necessária para a eliminação dela.

Esta noção de «accertamento interinale» aparece primeiro definida em face da sentença sujeita a recurso, na qual Jaeger assegura que existe o *fim* característico da função jurisdicional (o qual, dentro da orientação que vê no Direito uma disciplina de interesses e que Jaeger levou ao extremo, consiste na declaração de correspondência do pedido ao «interesse público absoluto»), embora só exista um *resultado* diferente e inferior (falta o caso julgado). Depois abrange outras figuras, tanto de direito processual (*v. g.*, o título executivo e providências de urgência) como até de direito substantivo (certos registos públicos, por exemplo).

Título executivo é, pois, a prova documental (simples) de um acto de «accertamento» provisório.

b) *Crítica*

O que logo surge como criticável em Jaeger é a imprecisão ou a falta de sistematização de ideias, que o leva

a defender sobre o mesmo assunto duas teses diferentes e perfeitamente caracterizadas.

Olhando à que só apareceu em 1956, tem de reconhecer-se que Jaeger não conseguiu fugir à dificuldade clássica em que esbarram todos os que reduzem o título a um «accertamento». E mais: que essa dificuldade se mostra agora muito agravada.

Com efeito, não é «accertamento» provisório o título executivo consistente numa sentença passada em julgado. Jaeger parece basear-se, para lhe atribuir esse carácter, no facto de ser possível que entre o trânsito em julgado e a propositura da execução se tenha modificado a situação objecto do «accertamento» (92). Mas isto não implica o tal carácter provisório. Na verdade, todo o «accertamento» se refere a situações passadas; mesmo as chamadas declarações de certeza «in futurum» limitam-se a fazer o «accertamento» para a hipótese de virem a verificar-se as condições aí previstas, reservando-se toda a eficácia própria da declaração de certeza apenas para o momento em que essas condições, por se terem verificado, se tornaram passadas. Ora a sentença passada em julgado é «accertamento» definitivo relativamente ao período anterior à passagem, como aliás reconhecera o próprio Jaeger poucas páginas atrás. E quando esta sentença se apresenta para execução o lapso de tempo decorrido entre o trânsito e a execução não foi abrangido por qualquer «accertamento» ainda que provisório.

Também não são «accertamentos» provisórios os títulos diferentes da sentença, pela simples razão de que

---

(92) *Ob. cit.*, pág. 174.

não são «accertamentos»: basta recordar que Jaeger considera o «accertamento» resultado típico da actividade jurisdicional e conteúdo próprio da sentença passada em julgado (93).

É de admitir que a sentença sujeita a recurso seja um «accertamento» provisório, já que, como se disse, embora falte o *resultado* típico da declaração de certeza, há pelo menos o *fim* dela. Mas, quanto aos actos que não são providências judiciais, falta também o *fim* característico da função jurisdicional.

A que se reduzia então a noção de «accertamento»? À simples aplicação da norma? Então procederia também contra Jaeger a crítica, formulada por Carnelutti (94) a Calamandrei (defensor desse ponto de vista), de que se perderia a linha divisória entre as funções jurisdicional e administrativa.

Pretender-se-á ver o «accertamento» na eficácia própria de actos que só podem ser inutilizados por uma sentença definitiva? Mas esta eficácia, além de muito discutível, é simples resultante do juízo formulado sobre o acto pela lei, que lhe atribui certo valor. Trata-se de um juízo do legislador, logo genérico e abstracto, que, como se observou já relativamente à teoria de Furno, para se tornar «accertamento» tem de ser concretizado pelo juiz.

Tal como na anterior, o que parece haver de substancialmente correcto nesta tese é considerar o título executivo como prova documental simples.

---

(93) *Ob. cit.*, pág. 169.

(94) *Litis y Proceso*, ob. cit., loc. cit., págs. 6 a 9.

III

A SOLUÇÃO DO PROBLEMA DA ESTRUTURA

1 — *Conclusões da análise das correntes doutrinais*

Até aqui fizemos a exposição das diversas teorias que procuraram caracterizar a natureza ou estrutura do título executivo. E procurámos descortinar em cada uma o que se mostrava certo e capaz de resistir às críticas suscitadas. Isso nos ajudará agora a esboçar uma tentativa de solução construtiva.

Convém, antes de mais, sintetizar as conclusões a que chegámos no exame daquelas teorias.

A — Quanto às do primeiro grupo — as que definem a estrutura do título através de um conceito puramente processual:

a) *A teoria da «ordem de serviço»* nada mostrou de aproveitável, pois revelou-se simples expediente para conciliar a «abstracção» do título com a posição tomada quanto ao problema da autonomia da execução;

b) A *teoria da legitimação* tem de aceitável o considerar o título como representação de uma situação substancial, embora com a restrição inadmissível de que tal representação se dá apenas para efeitos de definir a legitimidade;

c) A *teoria da aplicação da sanção,* tomado este conceito nos seus devidos termos, acaba por se reduzir à ideia da verificação dos pressupostos necessários para a sanção actuar, o que não é mais do que a verificação de uma situação substancial;

d) *A teoria da declaração de certeza e da «ordem de execução»*, uma vez demonstrada a impossibilidade do segundo elemento, restringe o conteúdo do título à representação de uma relação de direito material.

Em conclusão: Estas teorias revelam-se aceitáveis apenas na medida em que os conceitos puramente processuais que utilizam se reduzem a conceitos de Direito material, isto é, na medida em que se reduzem a teorias do segundo grupo.

B — Quanto às teorias que procuraram definir a estrutura do título executivo através de conceitos de Direito substantivo, vimos que elas giram todas à volta de dois problemas: saber se o título é acto ou documento; saber se ele é «accertamento» de uma situação substancial ou prova. Ora:

a) As teorias que recorrem ao conceito de *«accertamento»* não conseguem determinar a existência de tal figura nos títulos extrajudiciais;

b) As teorias que consideram o *título como prova* têm que afastar o crédito como objecto dessa prova, pela rigidez e amplitude inadmissíveis que tal prova implicaria para apreciação do julgador;

c) As teorias que vêem o *título como acto*, além de terem dificuldade em justificar a necessidade do documento no processo, não conseguem explicar como é que o acto só é considerado nos termos e limites em que consta do documento;

d) A concepção do *título como documento* parece substancialmente exacta; em especial quando põe em relevo a eficácia probatória simples do título, necessàriamente referida a um facto.

2 — *O título executivo como prova documental referida ao acto constitutivo de uma relação obrigatória*

Cremos que, para superar as dificuldades em que se debatem todas as teorias expostas, há que orientar a tentativa de definição da estrutura do título executivo no sentido de que este é, essencialmente, uma *prova documental simples.*

A Doutrina recusou-se sistemàticamente a reconhecer esta verdade só porque olhou sempre o título do lado da função. E, nesse aspecto, considerou-o como a mola que desencadeia a execução. Dominados pela preocupação de sustentar a todo o custo a autonomia da acção executiva, os autores viram no título alguma coisa capaz de servir para fundamentar tal autonomia: antes de indagarem *o que é* o título, procuraram mostrar que ele *serve para* certos fins: por virtude de uma eficácia muito específica, gera o processo executivo como o toque de uma vara de condão faz surgir... tudo.

Dissemos que o primeiro autor que destacou a estrutura do título executivo foi Carnelutti. Mas mesmo este se mostra ainda muito apegado à ideia da omnipotência do título em face da execução. Daí que, definindo o título como prova, sinta a necessidade de acrescentar logo: prova legal e sintética do crédito, isto é, condição necessária e suficiente da execução.

Sensível progresso traduziram as teses de Garbagnati e de Mandrioli ao verem no título uma prova documental simples. Mas ao primeiro a ideia de que o título executivo deve garantir a autonomia da execução impediu-o de considerar objecto da prova o acto de «accertamento»

ou o acto negocial: pesava sobre ele o dilema de Carnelutti, segundo o qual não havia «tertium genus» entre perda da autonomia da execução e teoria da prova legal, dilema que, como reconhece Mandrioli, dominou toda a Doutrina posterior. O próprio Mandrioli foi ao ponto de «inventar» uma confissão das partes na escolha da forma do negócio só para vir a considerar objecto da prova documental simples esta confissão e não o próprio negócio...

Para quem examinar o problema da estrutura do título executivo, liberto de toda a concepção apriorística sobre a sua função e, pelo contrário, convencido de que a exacta definição da tal estutura é um dos pressupostos necessários do conhecimento do aspecto funcional — tudo se apresenta com relativa simplicidade.

Título executivo é um documento: o seu conteúdo só pode ser trazido ao processo nos termos e limites em que figura no próprio documento. *Documento* é, no sentido amplo, «uma coisa, enquanto serve para representar outra» (95) e «capaz de representar, de modo permanente, a quem indagar, um facto que está fora do próprio documento» (96). O documento prova pois um facto: a prova fornecida pelo documento aparece sempre como efeito da sua própria existência (97). A nossa lei processual, porém, abandonando significados mais amplos, emprega a palavra «documento» só no sentido de escrito destinado a exteriorizar um facto (artigos 527.°-529.° do Código de Processo Civil). Mesmo que se defenda dever

---

(95) Carnelutti, *Sistema...*, vol. I, págs. 690-691.
(96) Paolo Guidi, *Teoria Giurídica del Documento*, Milão, 1950, pág. 46.
(97) *Idem, idem*, pág. 117.

alargar-se o regime da prova documental a outras realidades (98), o certo é que o título executivo consiste sempre num documento *escrito* (basta, para o comprovar, a enumeração feita pelo artigo 46.°).

Qual o facto representado pelo documento escrito-título executivo? A resposta não oferece dificuldade: nos títulos judiciais, uma providência jurisdicional; em todos os outros títulos, o facto jurídico constitutivo da relação jurídica obrigatória e que serve de base à execução.

Examinemos cada uma destas categorias.

a) Títulos que não são sentenças (ou equiparados)

Comecemos pela segunda, que abrange os títulos executivos que não são providências jurisdicionais. Afirmámos todos eles se reduzirem à prova documental de um facto constitutivo da relação obrigatória que é executada no processo.

Isto mostra-se indubitável para os chamados títulos negociais. Assim, para a escritura pública (n.° 3 do artigo 46.°): nos termos do artigo 51.°, deve ser «instrumento de constituição de qualquer obrigação» para ter força executiva. Esta ideia encontra uma interessante confirmação no regime das escrituras de abertura de crédito e de contrato de fornecimento, que só podem servir de base à execução das obrigações nelas previstas se se fizer prova de que alguma prestação foi efectivamente realizada: dada a simples natureza de promessas própria

(98) J. A. dos Reis, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, págs. 353-354.

destes contratos, a relação obrigatória só se constitui quando alguma prestação for efectivamente feita (§ único do artigo 51.° (99).

Também não pode haver dúvida de que os «escritos particulares, assinados pelo devedor, dos quais conste a obrigação de pagamento de quantias determinadas», provam, pelo menos, o facto constitutivo destas obrigações (n.° 4 do artigo 46.°).

Quanto aos autos de conciliação (n.° 2 do artigo 46.°), eles provam uma espécie do negócio jurídico de transacção (artigos 1710.° e 1221.° do Código Civil); isto, quer se entenda que o n.° 2 do artigo 46.° do Código de Processo Civil só contempla aquela transacção que decorre perante o juiz de paz (artigos 478.° e 479.° do Código de Processo Civil), como sustentam os Senhores Prof. Palma Carlos (100) e Cons. Lopes Cardoso (101), quer se incluam aí também as transacções judiciais celebradas perante o juiz do processo, (não homologadas por sentença), como prefere J. A. dos Reis (102).

Pelo que respeita às diferentes classes de títulos executivos que podem incluir-se no n.° 5 do artigo 46.°, interessa focar especialmente os casos dos chamados títulos executivos administrativos e dos títulos judiciais impróprios.

Nos primeiros há geralmente prova documental do acto constitutivo de uma relação entre um serviço admi-

---

(99) J. A. dos Reis, *Processo de Execução*, vol. I, págs. 161-164.

(100) *Código do Processo Civil Anotado*, págs. 184-185. Fala-se aí da *prova da conciliação* através de um documento (certidão), para efeitos executivos.

(101) *Manual da Acção Executiva*, pág. 29.

(102) *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, págs. 152-153.

nistrativo e um particular pela qual aquele presta certa actividade em troca de certa quantia (taxa), ou há simplesmente a prova do facto constitutivo de uma relação de carácter público pela qual o cidadão é coagido a realizar um pagamento (imposto).

Nos títulos judiciais impróprios também esta construção não parece encontrar desmentido. Assim, por exemplo, no caso da apresentação de contas com saldo favorável ao autor, título executivo segundo o artigo 1015.°, § 2.°, pode dizer-se que com a apresentação se dá o encerramento de uma conta corrente (§ 1.° do mesmo artigo); ora a obrigação de pagamento do saldo só surge com este encerramento (artigos 346.°, n.° 4, e 350.° do Código Comercial). Por isso, em rigor, o título executivo é o documento de que resulta o saldo e que prova o acto do encerramento da conta, acto este constitutivo da obrigação de pagamento do saldo.

Em todos os casos considerados se verifica, portanto, que o título executivo é a prova documental do acto constitutivo de uma relação obrigatória.

b) Títulos que são sentenças (ou equiparados)

Vejamos agora o caso dos títulos que são providências jurisdicionais: sentença (n.° 1 do artigo 46.°) e decisões equiparadas (artigo 48.°). Nestes casos o título executivo é, rigorosamente, o documento da sentença ou decisão.

O acto provado pelo documento consiste evidentemente numa decisão jurisdicional. Parece revelar-se assim o mesmo defeito apontado a várias teorias que se expuseram atrás: a falta de uma noção unitária de título executivo.

Com efeito, a unidade conseguida pelas noções até aqui desenvolvidas seria muito precária: consistiria apenas na ideia de prova documental de um acto.

Cremos que é possível ir mais longe no caminho da unificação das várias espécies de título executivo num conceito mais amplo e compreensivo. Esta unidade alcançar-se-á através da referência da prova documental, que é o documento de sentença, ao próprio acto constitutivo da relação obrigatória cuja execução se pede no processo.

Como caracterizar jurìdicamente esta «referência»?

A resposta implica a solução do tormentoso problema da natureza da sentença de condenação (nos termos dos artigos 46.°, 48.° e 49.°, só podem ser títulos executivos decisões jurisdicionais com carácter condenatório).

Não podemos abordar aqui o problema, que não cabe no âmbito deste trabalho. Procuraremos equacioná-lo e extrair de cada solução possível as consequências que comporta para o problema em causa.

Fundamentalmente, são duas as principais atitudes assumidas quanto à relação existente entre sentença de condenação e situação substancial. De harmonia com a primeira, a sentença transitada em julgado constitui uma nova relação material: é a *teoria de natureza constitutiva da sentença de condenação*. Perante ela mostra-se facílimo entender o título executivo judicial como prova documental simples do acto constitutivo de uma relação obrigatória. Estaria assim demonstrada a unidade do conceito de título executivo.

Mas não podemos, na verdade, tomar por este caminho: cremos, seguindo a lição de Carnelutti, no estrangeiro, e de José Alberto dos Reis, entre nós, que a sentença

condenatória é geralmente só declarativa, embora também possa revestir natureza constitutiva. «Exerce a primeira função a sentença que julga procedente uma acção de dívida; exerce a segunda a sentença que condena em custas ou em multa e indemnização, o despacho que arbitra a indemnização às testemunhas e os honorários a um advogado oficioso, etc.» (103). Isto é: há casos em que a sanção, cujos pressupostos são verificados pelo juiz na condenação, se traduz na imposição de uma obrigação secundária (104); há outros em que esta função constitutiva não surge.

Pelo que respeita às sentenças de condenação com natureza constitutiva, não é difícil usar o mesmo conceito de título executivo sugerido para definir os títulos diferentes de sentença: o acto constitutivo da relação obrigatória será a própria sentença provada pelo documento.

Já a dificuldade é muito maior em relação ao outro grupo de sentenças de condenação: o das puramente declarativas. Quanto a estas, o facto provado pelo documento é uma decisão que se limita a fazer o «accertamento» da actuabilidade da sanção, resultante de ter sido violada uma obrigação (105).

Cremos, porém, que podem dar-se alguns passos mais no sentido da unidade desde que se olhe ao conteúdo do acto documentado no título. Isto, porque não nos parece de forma alguma possível dizer que o documento o é só do facto da emissão de uma declaração de vontade, independentemente do conteúdo dela, como para o título

---

(103) J. A. dos Reis, *Processo de Execução*, vol. I, pág. 129.
(104) Carnelutti, *Sistema...*, vol. I, pág. 140.
(105) Carnelutti, *Sistema...*, vol. I, pág. 139.

executivo tentou Garbagnati. Efectivamente, o documento representa o acto — dèclaração de vontade, não só no aspecto *de que se declarou* mas também no aspecto, necessàriamente indissociável do primeiro, *do que se declarou* (106). Ora a decisão jurisdicional constitui uma declaração de vontade que contém um juízo e um comando (107). O juízo é, quanto aos processos de declaração, um juízo de certeza. Daí, a afirmação de que o «accertamento» em sentido técnico é um acto de vontade, não chegando, para o definir, a indagação histórica da verdade (Liebman) (108): como já atrás se viu, rigorosamente o «accertamento» consiste sempre numa decisão jurisdicional.

Qual, porém, o conteúdo dessa declaração de vontade que se contém no «accertamento»?

Estamos de novo no plano de um problema de ordem muito geral e muito discutido: o conteúdo da sentença passada em julgado. Também limitações de tempo e exigências de equilíbrio sistemático desta exposição não permitem nos demoremos sobre ele: limitar-nos-emos, portanto, aos aspectos cujo conhecimento se torna indispensável para chegar a uma conclusão na matéria que constitui objecto do presente trabalho.

---

(106) Carnelutti, *Documento y Negocio Jurídico, Estudios...*, vol. I, págs. 518-519.

Paolo Guidi, *Teoria...*, págs. 79 e seguintes.

(107) Carnelutti, *Sistema...*, vol. I, págs. 270-275. A tese da natureza da decisão passada em julgado como juízo e comando teve entre nós a adesão de José Alberto dos Reis *(Código de Processo Civil Anotado*, vol. V, págs. 45-47).

(108) *Risoluzione Convenzionale del Processo, Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1932, I, págs. 274 e seguintes.

Segundo uma afirmação, aliás bastante discutida, de Carnelutti, o conteúdo da decisão jurisdicional traduz-se na solução das questões da lide (109). Ora tais questões podem ser de facto ou de direito, isto é, pontos duvidosos de facto ou de direito, que ao juiz cabe resolver (110).

Aceitando esta base, logo se compreende que a sentença de condenação comporta a declaração de certeza do facto constitutivo da relação obrigatória, da efectiva e válida constituição dela e da inexistência de factos impeditivos e extintivos até ao momento da própria sentença. Entre as questões que resolve inclui-se assim a do facto constitutivo da relação: a decisão comporta a declaração de certeza sobre a produção deste facto. É claro que resolve outras, como se disse: abrange todos os aspectos necessários para estabelecer que a obrigação se constitui vàlidamente e que ainda existe e pode ser actuada. Isto, pelo que respeita ao nosso Código de Processo, surge nítido em face dos artigos 480.°, n.° 4 (petição inicial) e 659.° e 660.° (sentença).

Aqui está o ponto de união entre os conceitos de título executivo decisão puramente condenatória transitada em julgado e de título diferente de tal decisão: este é prova documental do acto constitutivo de uma relação obrigatória; aquele é prova documental do acto que declara certo o acto constitutivo de uma relação obrigatória.

A unidade do conceito de título executivo não será talvez perfeita dentro deste entendimento. Mas a diferença

---

(109) «Capítulo (extremo) de sentença», em *Estudios...*, vol. II, págs. 215 e seguintes. Ver as objecções de Delitala e Sérgio Costa e a resposta.

(110) *Sistema...*, vol. I, pág. 353.

Litis y Proceso, Estudios..., vol. II, págs. 26-27.

é mais formal do que substancial. E, por outro lado, nenhuma das teorias até agora apresentadas conseguiu, nem sequer de longe, como vimos, alcançar tal unidade.

Eis, nos seus traços essenciais, o sentido em que cremos útil orientar um estudo sobre a estrutura do título executivo.

Há, no entanto, certos pontos que convém desde já esclarecer e algumas afirmações que se torna necessário precisar.

3 — *Continuação: pontos duvidosos na posição adoptada*

a) Em primeiro lugar, pode objectar-se à concepção exposta que a declaração de certeza contida na condenação respeita, sem dúvida, ao facto constitutivo de uma relação obrigatória, mas abrange um campo mais vasto: o Direito aplicável e a ausência de factos impeditivos e extintivos. Mas isto é o particularismo que caracteriza a espécie «título executivo sentença definitiva». O que define a sentença como título executivo é o respeitar *pelo menos* ao acto constitutivo de uma relação obrigatória.

Aliás, o mesmo sucede em alguns títulos executivos negociais: tal o caso dos títulos de crédito (n.° 4 do artigo 46.° do Código de Processo Civil) a que a Doutrina italiana (sobretudo Carnelutti) tem pretendido assimilar a noção geral de título executivo (aliás através de um ângulo que torna essa assimilação, como nota Mandrioli (111), fruto de simples jogo de palavras sem correspon-

(111) *L'Azione...*, ob. cit., pág. 374.

dência real). Com efeito, no título de crédito existe uma relação não entre documento e acto constitutivo do direito mas, de forma muito mais ampla, entre documento e direito (112). Também aqui o título executivo é *alguma coisa mais* do que a nossa definição diz: o que não impede que seja *também* o que essa definição afirma.

b) Poderá então perguntar-se: porque é que as sentenças puramente declarativas não podem ser títulos executivos, uma vez que elas fazem também declaração de certeza do acto constitutivo de uma relação obrigatória? Não cremos haja especial dificuldade em responder a esta pergunta dentro da posição que adoptamos quanto à natureza do título executivo. Mas, como a resposta pressupõe já o conhecimento de alguns aspectos da função do título, reservamo-la para a segunda parte deste trabalho.

c) Há ainda outro ponto que reclama se precisem algumas afirmações feitas. Dissemos que no título executivo que contém uma decisão puramente condenatória passada em julgado se declara certo o facto constitutivo de uma obrigação.

Quererá isto significar que consideramos a sentença como *prova* desse facto?

Entramos no problema da eficácia probatória da sentença. Este põe-se assim: «a sentença civil vale como meio de prova dos factos afirmados na sua motivação»? Como muito bem nota Calamandrei no seu excelente

---

(112) Por todos: Prof. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, vol. III — *Letra de Câmbio* (1956), págs. 3 e seguintes.

estudo (113) sobre o assunto, o problema é completamente diverso do que respeita ao documento de sentença como prova documental do acto da sentença: trata-se da eficácia probatória atribuída ao próprio acto.

Uma forte corrente jurisprudencial e doutrinal alemã bem como numerosas decisões de tribunais italianos reconheceram à sentença esta eficácia probatória. Calamandrei discorda, baseado sobretudo na necessária relatividade do juízo que decide certa causa e na impossibilidade, daí decorrente, de estender esse juízo a outras causas — razões que não podemos deixar de ter como procedentes. E a possibilidade de apoiar tal eficácia probatória na força do caso julgado afigura-se-nos igualmente de rejeitar, porque é muito imperfeita e está ultrapassada a concepção que explica o valor do caso julgado pelo recurso à ideia de prova e porque o julgado tem, em princípio, eficácia limitada à lide (114).

Entendemos, assim, que a espécie de título executivo a que nos vimos referindo não constitui uma «prova de prova», isto é, prova documental de um acto dotado de eficácia probatória, mas antes prova documental de uma declaração de certeza («accertamento»): a sentença é título executivo enquanto declara certo o acto constitutivo da relação jurídica e não enquanto a prova.

d) Dir-se-á que fazemos derivar esta espécie de título executivo do conteúdo do caso julgado material (da sentença puramente condenatória). Exacto: não seguimos

---

(113) *La Sentenza Civile come Mezzo di Prova — Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1938, I, págs. 107-129.

(114) Carnelutti, *Sistema*, vol. I.

a lição de Carnelutti, para o qual a exequibilidade da decisão jurisdicional é um «efeito externo» do caso julgado, que a lei atribui a este independentemente do comando do julgador contido no «accertamento» (115), isto é, um efeito sem ligação com a «imperatividade» do caso julgado, com a sua «eficácia interna». Para nós, a exequibilidade resulta directamente de conceber a decisão jurisdicional como juízo e comando e aparece como consequência da eficácia própria do caso julgado, da sua imperatividade. Por isso, e ao contrário do que sustenta Carnelutti (116), a exequibilidade está sujeita aos limites da imperatividade, aos limites do caso julgado — isto é, aos limites da lide. Bem elucidativo se mostra a este respeito o artigo 57.° do nosso Código de Processo Civil: «Se a sentença de condenação tiver força de caso julgado não só contra o vencido, mas ainda contra outra pessoa, pode a execução ser promovida contra esta, independentemente de habilitação».

Pode objectar-se que há decisões exequíveis ainda antes de transitadas em julgado: são sobretudo as sentenças sujeitas a recurso, acerca da natureza das quais se levantou na Doutrina interessante controvérsia (117).

---

(115) Carnelutti, *Sistema...*, págs. 276-277; págs. 300-303.

(116) *Idem, idem*, págs. 301-302.

(117) Estamos novamente perante um problema que pela sua extensão não podemos tratar aqui devidamente. Em todo o caso, indicamos as principais posições que têm sido definidas quanto à natureza da sentença sujeita a recurso: *a*) Sentença que cria uma mera *situação jurídica* que tem idoneidade para determinar um «accertamento» definitivo, uma vez verificada a preclusão do prazo do recurso — Chiovenda (*Principii...*, cit., págs. 951 e seguintes); *b*) «Accertamento» cuja eficácia imutável está submetida à *condição suspensiva* da preclusão do prazo — Calamandrei *(La Cassazione Civile)*; *c*) Verdadeira decisão jurisdicional, com a sua eficácia própria — a imperati-

Não será difícil explicar o caso desde que se sustente que há uma imperatividade limitada ou condicionada, correspondente à exequibilidade também limitada ou condicionada (veja-se o § único do artigo 47.° do nosso Código de Processo Civil) que a lei estabelece neste caso.

4 — *Ainda em apoio da posição adoptada*

A concepção que expusemos acerca da natureza do título executivo corresponde, em primeiro lugar, a uma indiscutível intuição.

O próprio significado tradicional do termo «*título*» no Direito Civil anda próximo dela.

Com efeito, Carneiro Pacheco diz que a prova documental, também chamada titulada, é a que resulta de documento escrito; e acrescenta que a designação é fruto de a nossa lei empregar por vezes a palavra título como sinónimo de documento (Código Civil, artigos 951.°, 953.°, 959.°, n.° 5, 960.° e § 5.°, 962.°, 970.°, 976.°, § único, etc.), «embora se não deva esquecer que título é rigorosamente o facto jurídico ou facto *aquisitivo do direito*, não podendo pois confundir-se com o documento que o materializa e prova» (118). Isto é: Carneiro Pacheco refere o conceito

---

vidade — apenas sujeita à condição resolutiva de alteração pela decisão do recurso; falta-lhe a imutabilidade, mas esta é conceitualmente autónoma da imperatividade — Carnelutti (especialmente *Reflexiones sobre la condición jurídica de la sentencia sujeta a impugnación*, em *Estudios...*, cit., vol. II, págs. 389-397); *d*) «Accertamento» *provisório* (tese retomada com especial vigor por Jaeger). Como se disse atrás, neste «accertamento interinale» há o *fim* jurisdicional; o *resultado* é caracterizado pela eficácia de só poder ser afastado por um «accertamento» definitivo (*Corso...*, págs. 171-172).

(118) *A Prova Documental em Direito Português Substantivo*, 1915, pág. 6, texto e nota (1).

de título ao facto aquisitivo de um direito provado por documento. A única diferença perante o conceito de título executivo aqui defendido resulta de nós preferirmos chamar título ao documento...

Para o artigo 518.° do Código Civil, «justo título» é «qualquer modo legítimo de adquirir», como nota o Sr. Cons. Lopes Cardoso (119), o qual afirma ainda designar-se muitas vezes por «título» o documento que prova o facto aquisitivo e ser *esta a acepção em que o termo é usado no Código de Processo Civil.*

Na teoria tradicional sobre título executivo surgia a ideia de que o título é um acto jurídico ou um «accertamento» provado por um título. A doutrina posterior desenvolveu a ideia; mas — levada pela preocupação de construir a autonomia da execução na base do título, considerando este algo de muito mais importante do que uma prova — em vez de procurar a unidade da construção no conceito de acto, deixou-se arrastar para o verdadeiro trabalho de Sísifo de tudo reduzir à ideia de «accertamento» (Satta, Mandrioli, Furno, Jaeger...).

E é em autores pouco preocupados com realizar uma construção mais cuidada do título executivo que a verdade surge à tona: precisamente porque livres de tal preocupação... Este o caso de Invrea, que, no seu artigo já citado, chega mesmo a falar, embora muito de passagem, em prova dos factos constitutivos (120). A ideia deve ter parecido quase sacrílega a um autor como Liebman, que baseava a «abstracção» da execução na «abstracção» do título; mais: que baseava toda a acção executiva no tí-

---

(119) *Manual...*, pág. 19, nota (1), em que cita também Carneiro Pacheco.
(120) *Il Torto e l'Azione*, ob. cit., loc. cit., pág. 167.

tulo. Certamente por isso a criticou (121) com um cuidado e uma veemência muito para além do que normalmente reclamaria a simples alusão feita de passagem por Invrea.

Também Guasp, embora se não ocupe «ex professo» do problema da estrutura do título executivo, afirma que ele é simplesmente «título da pretensão executiva» (122). E não se verifica aqui uma situação excepcional, porque toda a pretensão exige um título (123). Mas que é, para Guasp, título? É o conjunto de «acontecimentos concretos da vida que particularizam a pretensão». Assim, quem pretende a entrega duma coisa tem de alegar os factos concretos de que resulta a propriedade: compra, herança, legado, etc.. Para efeito de «juízo executivo» o título não é o facto mas o seu documento (124).

Em resumo: A posição que defendemos é intuitiva, molda-se directamente sobre a realidade e por isso muitas vezes está como que subentendida em vários autores. Só não tem sido defendida sistemàticamente — pelo menos cremos que o não foi — devido, com toda a probabilidade, à orientação seguida pela Doutrina em matéria de execução.

Damos aqui por terminada a justificação da nossa posição em face do problema da estrutura ou natureza do título executivo. Passamos agora ao problema da função deste, em harmonia com o programa que de início traçámos.

Sem qualquer ideia de subordinação do aspecto

---

(121) *Le Opposizioni...*, ob. cit., pág. 129.
(122) *Derecho Procesal Civil*, 1956, pág. 852.
(123) *Idem*, pág. 244.
(124) *Derecho Procesal Civil*, 1956, pág. 783.

estrutural ao funcional, ideia que temos sempre repelido, cremos no entanto que a concepção aqui defendida sobre a natureza do título só poderá ser apreendida em todo o seu alcance quando integrada numa construção funcional que a tome por base. Esta segunda tarefa constitui assim complemento necessário do trabalho já realizado.

II PARTE

A FUNÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO

Razão de Ordem

1 — Direito subjectivo, acção e título executivo.
2 — Natureza, objecto e pressupostos do direito de acção.
3 — Execução e declaração de certeza.
4 — A função do título executivo: solução adoptada.

Razão de Ordem

Repetidas vezes afirmámos que o conhecimento da função do título executivo supõe a exacta caracterização da sua estrutura. Dissemos também que esta é um dos dados de que deve partir-se para uma teoria geral do processo; e que da integração da figura título executivo nessa teoria geral resultará a *função* de tal figura.

Mas o objecto da nossa atenção está no presente trabalho limitado ao título executivo. Temos, por isso, de dar aqui como assentes certas posições que defendemos no campo da teoria geral do processo e que são pressu-

posto necessário para o estudo do aspecto funcional do título.

Começaremos pois por indicar esquemàticamente tais posições.

1 — *Direito subjectivo, acção e título executivo.*

Estamos inteiramente de acordo com Satta quando afirma ser um problema de acção, mais do que um problema de acção executiva, o que domina o aspecto funcional do título executivo. Problema, mais precisamente, de relação entre direito subjectivo e acção.

Na verdade, se examinarmos as concepções doutrinais sobre função do título executivo, vemos que todas elas estão na mais estrita dependência das ideias que os respectivos autores têm acerca das relações entre direito subjectivo e acção. Não podemos, portanto, fazer aqui o estudo daquelas concepções, porque isso importaria o estudo das teorias sobre a relação entre direito e acção, o que está fora do âmbito deste trabalho. Como dissemos, somos obrigados a dar por resolvidos os problemas da teoria geral do processo que são pressupostos do problema que nos ocupa agora.

Para documentar a afirmada dependência basta pensar em algumas das questões que os autores costumam debater a propósito do aspecto funcional do título (aspecto que, já o notámos, quase nunca destacam nìtidamente).

É frequentíssima a pergunta se o título é condição necessária e suficiente ou só necessária para o exercício da acção executiva (Carnelutti, Mandrioli, Liebman, Azzolina, Furno, Invrea). Ora isto é o mesmo que per-

guntar se, além do título, é necessário direito subjectivo para exercer a acção executiva.

Há ainda quem pergunte se nasce primeiro o título ou a acção executiva, numa controvérsia que evoca irresistìvelmente a da prioridade histórica do ovo ou da galinha...

Derivação directa de certas posições acerca da relação entre direito e acção é o conceito de «título aparente» (Chiovenda, Redenti, etc.) ou «título inexistente» (Satta), de que se lança mão quando falta o direito subjectivo e há título (125).

Enfim, a chamada «abstracção» do título consiste na sua independência perante as vissicitudes do direito subjectivo, independência em que um não pequeno número de autores funda a autonomia da acção executiva relativamente àquele direito.

Tudo isto mostra que o conceito da função do título executivo há-de decorrer, além da exacta definição da sua estrutura, de uma certa posição no problema das relações entre acção e direito.

2 — *Natureza, objecto e pressupostos do direito de acção* (126)

Quanto à natureza da acção, cremos que ela consiste em um poder jurídico, um direito subjectivo ou, talvez

---

(125) Esta ideia é criticada por Michelli, *ob. cit.*, pág. 383.

(126) Sobre este tema não podemos nem pretendemos entregar-nos a estudos desenvolvidos.

Procurar-se-á antes indicar muito sumária e esquemàticamente a posição que parece melhor corresponder à realidade das instituições processuais.

Em *O Direito de Acção Judicial*, do Sr. Doutor Castro Mendes, encontra-se completa e lúcida exposição e exame de toda a problemática levantada nesta

de preferência, um poder funcional. Para esta concepção tende Carnelutti ao afirmar que quem exerce a acção satisfaz o interesse público na composição dos conflitos e por isso actua no «exercício privado de uma função pública» (127). É certo, como nota o Sr. Doutor Castro Mendes (128), que Carnelutti designa a acção por «direito subjectivo público» e não por poder funcional, como seria lógico nesta ordem de ideias. Isto, certamente porque, segundo cremos, Carnelutti desconhece o poder funcional como figura autónoma da Teoria Geral do Direito.

A acção é, pois, um poder jurídico; mas poder dirigido contra o Estado, tendo por objecto uma prestação deste.

E aceitamos a integração de tal poder na categoria dos direitos subjectivos públicos (usando o termo *direito* em sentido muito amplo, de forma a abranger todas as categorias de poderes jurídicos).

Parece-nos, portanto, substancialmente correcto equiparar o poder de acção ao direito constitucional de petição (de importância muito especial em Estados com Constituições decalcadas sobre a Norte-Americana), equiparação em que insistiram particularmente Angelotti (129) e Couture (130). Isto é: integramos a acção na relação jurídica entre Estado e cidadão (contra Satta

---

matéria, bem como uma linha de soluções derivada, com absoluta firmeza de raciocínio, dos resultados daquele trabalho prévio de análise. A posição que aqui se adopta coincide, nos seus traços essenciais, com a tese apresentada pelo Sr. Doutor Castro Mendes.

(127) *Sistema...*, págs. 888 a 894.

(128) *Ob. cit.*, pág. 57.

(129) *La Pretesa Giuridica*, 1932, pág. 86.

(130) *Introdução ao Estudo do Processo Civil*, 1952, separata do *Jornal do Foro*, págs. 20-24.

(131), por exemplo, que negou qualquer significado processual a essa relação). Aderimos assim à expressiva definição de acção que Couture (132) dá: «direito à jurisdição».

Quais os pressupostos do exercício deste poder e qual o seu preciso objecto, isto é, qual o conteúdo da prestação do Estado?

É sobretudo neste plano que a tese do Sr. Doutor Castro Mendes supera as teorias correntes.

Baseia-se esta tese na ideia de que a jurisdição, entendida como dever do Estado para com o cidadão, se traduz na pronúncia de decisões sobre os pedidos dirigidos ao órgão competente. A relevância das decisões é muito variável (desde a rejeição da petição inicial pela secretaria do tribunal, no caso de ela carecer por forma evidente de requisitos formais necessários, até à decisão sobre o mérito do pedido).

Assim, deve falar-se não, em abstracto, de objecto da acção mas de objecto da acção que se exerce em certas e determinadas condições. Há «condições mínimas da acção», a que corresponde uma decisão de menor relevância; «condições máximas da acção», que conduzem a uma decisão de relevância máxima; e dentro destes limites há toda uma gama de condições intermédias, em paralelo com decisões também de relevância intermédia.

A condição mínima é o simples facto de alguém se dirigir a um órgão judicial. Assim, quando se pretende entregar na secretaria judicial uma folha de papel em branco e o funcionário, depois de a examinar, a rejeita,

---

(131) *Ultime Tendenze della Teoria dell'Azione, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1940, pág. 5.

(132) *Ob. cit.*, pág. 20.

verifica-se aquela condição mínima à qual corresponde o exercício da jurisdição na forma de decisão de menor relevância. Na verdade, se a missão do órgão judicial é compor conflitos, a forma mais elementar do exercício dessa missão consiste em verificar se o conflito existe.

Mas interessam aqui especialmente as condições de uma decisão de relevância máxima. Tal decisão é uma providência sobre o mérito do pedido (não necessàriamente favorável ao autor: se a jurisdição tem por objecto a composição de conflitos, então não se concebe que o direito à jurisdição possa ser mais do que direito à composição do conflito).

Quais as «condições máximas» a que corresponde esta decisão? Para haver direito à composição de um conflito, é necessário demonstrar, antes de mais, a existência efectiva de um conflito a compor. Que conflito, porém? Seguindo a orientação de Carnelutti, o Sr. Doutor Castro Mendes vem a afirmar que o conflito é a *lide*. Esta constitui, para Carnelutti, a «chave de abóboda» da sua *Teoria Geral do Processo* (133), a noção através da qual elabora todos os institutos processuais (134). Define-a como «conflito (intersubjectivo) de interesses qualificado por uma pretensão resistida» (135) (136). A resistência, atitude do

(133) *Litis y Proceso*, ob. cit..

(134) Calamandrei, *Il Concetto di Lite...*, ob. cit., loc. cit., pág. 379.

(135) Esta noção de *lide* tem hoje, segundo cremos, tendência a impor-se na nossa Doutrina como conceito-base do processo. Assim, para o Sr. Prof. Doutor Palma Carlos, lide é o conteúdo do processo (*Ensaio sobre o Litisconsórcio*, 1956, págs. 47-48). José Alberto dos Reis usou esta figura como instrumento na elaboração de muitas instituições e conceitos processuais, como o de legitimidade (*Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, págs. 72 e seguintes, especialmente 74). E o nosso Código parece adoptar o referido conceito, embora talvez um pouco modificado (artigos 3.º, que teve por fonte os artigos 1.º e 3.º do Projecto Carnelutti, e 662.º).

(136) *Istituzioni del Processo Civile Italiano*, 5.ª ed. (1956), vol. I, pág. 7.

titular do interesse cujo sacrifício o autor da pretensão exige, comporta duas modalidades: contestação da razão que assiste ao autor da pretensão, ou pura e simples insatisfação de tal pretensão (coexistindo ou não com a contestação). As duas espécies de resistência dão lugar a outras tantas modalidades de lide: a lide de pretensão contestada e a lide de pretensão insatisfeita. A última caracteriza o conteúdo do processo de execução; a primeira deve estar presente no processo declarativo (137).

Contra Carnelutti alegou-se a existência de processos sem lide. Mas a crítica (que levou o Sr. Doutor Castro Mendes a uma modificação do conceito de lide de pretensão contestada, modificação que se mostra capaz de superar as observações formuladas (138) refere-se sòmente ao processo declarativo: deixou intacta a figura da lide de pretensão insatisfeita (139), que, por ser o

---

(137) Carnelutti não tomou uma posição muito precisa neste ponto. A afirmação do texto corresponde à forma como ele punha as relações entre lide e forma do processo no 5.° volume das *Lezioni* e em estudos como *Litis y Proceso* (já cit., págs. 20 e 21) e *Lineas generales de la reforma del proceso civil de cognición* (em *Estudios...*, vol. I, págs. 69 a 72). No *Sistema*, admite, porém, que qualquer lide basta para o processo de condenação. Nas *Istituzioni* (vol. I, pág. 28) volta à primitiva posição, sobretudo devido à extensão dada pelo novo Código à figura do processo injuntivo, que teria eliminado os processos de declaração sem lide.

(138) Como sustentámos no nosso trabalho *O Problema do Processo sem Lide no Direito Processual Civil Português*.

(139) Calamandrei afirmou que pode deixar de haver lide no processo de execução (*Il Concetto di Lite...*, ob. cit., loc. cit., pág. 367). Mas esta afirmação deve-se a certa confusão entre o conceito de lide em Carnelutti e o significado tradicional do termo: controvérsia. A confusão explica-se pela circunstância de na época em que Calamandrei escrevia não estarem ainda publicados o 5.° volume das *Lezioni* e o *Sistema:* Carnelutti só naquele volume se ocupou da execução e só nesta obra destacou uma parte geral comum às formas declarativa e executiva do processo.

conteúdo do processo executivo, aqui interessa mais directamente.

Seguindo o Sr. Doutor Castro Mendes (140), consideramos condições da acção executiva como direito a uma providência relativa ao mérito do pedido, além dos «pressupostos processuais» resultantes da lei, a prova da existência de uma lide de pretensão insatisfeita.

Esta a concepção da natureza, objecto e condições do poder de acção de que partimos para caracterizar o aspecto funcional do título executivo.

E dela partimos porque, além de representar uma perfeita caracterização das instituições processuais, nos fornece uma base de trabalho mais nítida e precisa do que outras teses que permitem chegar, sobretudo no tocante às condições da acção, a resultados semelhantes, como, por exemplo, a teoria da «pretensão», de Jaime Guasp (141).

Aliás, diga-se de passagem, o próprio Carnelutti parece tender hoje para uma concepção mais elástica dos pressupostos da acção.

Outro significado parece não ter uma frase das *Istituzioni,* na edição de 1956, frase que o autor sublinha e se nos afigura conter uma curiosa e inesperada alteração do seu pensamento. Ei-la:

«A verdade é que a acção, ainda que só com efeitos limitados, não pertence já à parte (em sentido material), mas a quem assume a posição de parte, e consequentemente aquilo de que depende é a aparência de ser sujeito

---

(140) Sobre o assunto, ver especialmente *ob. cit.*, págs. 230 a 238.
(141) *Derecho Procesal Civil,* págs. 15 e 16.

da lide ou do «affare»; por isso, cabe a qualquer cidadão» (142).

Nesta «aparência», que lògicamente poderá ser mais ou menos forte, há algo de muito próximo das «condições mínimas» do Sr. Doutor Castro Mendes; e nos «efeitos limitados» poderá descortinar-se a «decisão de menor relevância».

3 — *Execução e declaração de certeza*

Mas, para obter uma providência executiva sobre o mérito do pedido, isto é, uma providência que decida sobre a efectivação da sanção executiva, será suficiente, além da presença dos pressupostos processuais, a prova da existência da lide?

Parece que não.

«O *accertamento* é pois (nunca se repetirá demais) uma exigência não só da sanção executiva mas até de toda a forma de execução», diz Satta (143). De uma maneira geral, toda a Doutrina salienta que a ideia de um «accertamento» prévio é imposta pela própria natureza do conceito de execução (144). Assim, Azzolina (145), seguindo Calamandrei (146), afirma que, enquanto a acção declarativa é «abstracta», a executiva é «concreta», porque postula necessàriamente a existência de um direito cuja violação a execução sanciona. Também

---

(142) *Ob. cit.*, vol. I, pág. 202.
(143) *L'Esecuzione Forzata*, ed. 1937, pág. 47.
(144) Furno, *Disegno...*, pág. 45.
(145) *Titolo Esecutivo e Azione Esecutiva*, loc. cit. pág. 105.
(146) *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, vol. I, pág. 124.

Allorio (147) acentua que a composição da lide de pretensão insatisfeita pressupõe a declaração do modo de ser dessa composição.

Posta perante os títulos executivos negociais, viu-se como a generalidade da Doutrina tentou o impossível para manter na execução o «accertamento» prévio. E, assim, tanto os autores da corrente tradicional, como muitos modernos (Satta, Mandrioli, Azzolina, Furno, Jaeger) procuraram caracterizar a estrutura de tais títulos como «accertamento», ou, pelo menos, como alguma coisa de muito semelhante. Já se mostrou o inêxito destas tentativas.

Isso não impede, porém, que demos razão à tese que afirma ser pressuposto necessário da acção executiva como direito a uma providência de mérito o «accertamento» do modo de ser da composição da lide, isto é, da actuabilidade da sanção. Constitui exigência da mais elementar lógica que para executar seja necessário saber o que se vai executar. Onde encontrar então o «accertamento», uma vez que se afastou a possibilidade de o ver no título? Cremos que dentro do próprio processo de execução, na oposição do devedor.

Várias são as teses sobre a natureza da oposição, ou antes, da sentença que declara procedente a oposição. Não podemos entrar aqui numa exposição completa de tais teorias — até porque elas se mostram na mais estreita dependência das posições adoptadas pelos respectivos autores perante os problemas da natureza da sentença de condenação e da estrutura do título executivo.

---

(147) *Esecuzione Forzata in Genere*, em *Nuovo Digesto Italiano*, vol. V, págs. 504-505.

De uma maneira geral, tais posições levam, quanto à natureza da sentença que atende a oposição, a tomar um de dois rumos:

a) Os autores que afirmaram a «abstracção» do título executivo e basearam neste a autonomia da execução sustentam que esta sentença *constitui ex nunc* a ineficácia formal do título executivo e tem por isso a natureza da sentença de condenação, da qual é o exacto reverso. Tal a posição de Liebman (148) e Pugliati (149). Mandrioli (150), tomando o título «abstracto» como base da execução, considera a contestação do crédito meio idóneo para afastar a «abstracção», através da contestação do acto de «accertamento» contido no título; a sentença que atende a oposição tem assim natureza declarativa *ex nunc*, porque é um «accertamento» que vem substituir o contido no título.

b) Pelo contrário, os que ligaram a execução ao direito substantivo sem ser por intermédio do título distinguem entre oposição fundada na inexistência do crédito e oposição fundada em deficiência formal do título. No primeiro caso, a sentença procede a um «accertamento» do crédito, tem por isso natureza declarativa e determina *ex tunc* a ilegitimidade substancial da execução; no segundo, procede a mera determinação da ilegitimidade processual da execução. É a tese de Satta (151). Furno (152) considera a eficácia do título executivo limitada

(148) *Le Opposizioni...*, pág. 173.
(149) *Esecuzione Forzata e Diritto Sostanziale*, págs. 135 e seguintes.
(150) *L'Azione...*, págs. 416 e seguintes.
(151) *Diritto Processuale Civile*, págs. 526-527. *L'Esecuzione...*, pág. 208.
(152) *Disegno...*, págs. 165 e seguintes.

ao exercício da acção em via executiva: a execução tem por base não o título mas o «accertamento» documentado pelo título e «actualizado» pela oposição sempre que esta surge (e surge também com a natureza de «accertamento»).

A necessidade de um «accertamento» como condição prévia da execução leva-nos a procurar descobrir uma declaração de certeza na fase preliminar do processo executivo. Mas note-se que, indo além do que vemos sustentado unânimemente pela Doutrina, entendemos que não é só na decisão do órgão executivo sobre a oposição que existe «accertamento». Sendo um pressuposto indispensável da execução, o «accertamento» opera-se quer pela decisão do juiz sobre a oposição, quer pela simples falta de oposição do devedor. E insistimos muito especialmente em que o «accertamento», pressuposto lógico da sanção, deve verificar a actuabilidade desta: a declaração de de certeza que pretendemos encontrar no julgamento da oposição ou na falta de oposição deverá ser declaração condenatória.

Esta concepção não deixa de encontrar pela frente sérias objecções.

Em primeiro lugar esta: o título executivo sentença condenatória contém em si um «accertamento», parecendo por isso estar plenamente satisfeita a necessidade de certeza, pressuposto da execução. A decisão condenatória na execução seria inútil e, por inútil, de rejeitar, segundo o princípio da economia processual. É o argumento usado por Liebman contra os que vêem na estrutura do título executivo uma prova: não é de admitir que o órgão executivo *julgue,* pois um juízo, sobretudo declarativo,

seria *bis in idem*, pelo menos nos casos em que a execução foi precedida de condenação (153).

Tal crítica, frequente aliás na Doutrina, só pode ser fruto da irreflexão, salvo o respeito que nos merece um processualista da categoria de Liebman. Já atrás aludimos ao conteúdo da declaração de certeza condenatória: tem de estabelecer como certos o facto constitutivo da obrigação, a aplicação do Direito e a não produção de factos impeditivos ou extintivos. É evidente, porém, que a decisão só pode certificar que estes factos se não produziram até ao momento do julgamento. Ora como é impossível obter uma execução instantânea da decisão pronunciada, esta quando é trazida ao processo executivo já não pode dar a certeza da actuabilidade da sanção. Por isso, o «accertamento» desta actuabilidade, ainda que incida apenas sobre o espaço de tempo posterior à decisão, não só não é inútil *bis in idem* mas é até pressuposto lògicamente necessário da execução.

Afastada a primeira objecção, outra se nos depara — e não menos importante: Pode admitir-se um «accertamento» na decisão sobre a oposição do devedor; mas como entender que o mesmo «accertamento» exista quando o devedor se não opôs (ou nomeou bens à penhora ou ficou inerte)? Nestes casos, falta uma decisão de juiz que proceda ao «accertamento».

A resposta não é difícil, cremos, desde que se olhe às duas características fundamentais do juízo cognitivo que se insere na execução: forma sumária e finalidade interna.

O juízo do órgão executivo deve ser sumàriamente

(153) *Le Opposizioni...*, pág. 136.

formado para corresponder à natural divisão de funções entre os órgãos judiciais declarativos e os executivos — nota geralmente a Doutrina (*v. g.*, Carnelutti (154), Mandrioli (155).

Ora um dos traços mais característicos do processo de natureza sumária é o de a decisão do juiz se fundar numa grande parte em elementos colhidos da simples conduta processual das partes. Assim, por exemplo, o processo declarativo sumário é cominatório pleno, pois a falta de contestação do réu dá lugar, regra geral, à sua condenação no pedido formulado pelo autor: a cominação abrange não só a matéria de facto como a de direito (artigo 784.° do Código de Processo Civil). Nada repugna admitir, por isso, que no início do processo executivo a não contestação do executado conduza imediatamente à condenação (156).

Resta agora explicar a ausência de uma declaração expressa que contenha essa condenação.

O «accertamento» da fase inicial do processo executivo destina-se apenas a efeitos internos, isto é, destina-se a operar só dentro do próprio processo. Concebe-se a necessidade de ser expressa a declaração de certeza que não tem por fim exclusivo a imediata execução. Mas quando o «accertamento» tem ùnicamente em vista a sua realização executiva imediata, dentro do mesmo processo e perante o mesmo órgão judicial, compreende-se perfeitamente que, no caso de falta de contestação do réu

---

(154) *Titulo Ejecutivo*, ob. cit., loc. cit., pág. 662.

(155) *L'Azione...*, págs. 368-371.

(156) Aliás, não é totalmente correcto dizer que há aqui cominação plena: o juiz conserva ao menos os poderes de oposição oficiosa conferidos pelo artigo 820.°

(executado), a cominação seja *tàcitamente* declarada pela providência que ordena o prosseguimento da execução (despacho de penhora). E isto é ainda mais de admitir em face do carácter sumário do «accertamento»: o legislador, preocupado com eliminar neste tipo de processo toda a formalidade dispensável e reduzir a sua duração (157), dispensou a decisão condenatória expressa, a qual importaria certamente novos prazos.

A ideia de que o processo executivo começa por uma fase declarativa é afirmada por vários autores, embora geralmente sem a amplitude que nós lhe atribuímos. Guasp vê no início da execução não fundada em sentença um verdadeiro juízo de condenação autónomo e de forma sumária. Estuda-o mesmo desenvolvidamente entre os processos sumários de declaração (158). E sustenta que o título executivo é então não verdadeiro título da execução mas título que justifica o processo declarativo (159).

Já nas suas *Lezioni* Carnelutti (160) falava, a propósito da oposição à execução, de «juízo executivo». E, como se sabe, ele reservava então o termo «juízo» para designar a actividade declarativa.

Também Allorio (161) caracteriza a oposição como verdadeiro processo de condenação e assegura que ela satisfaz a necessidade de «accertamento» prévio imposta pelo próprio conceito de execução.

---

(157) Formas mais simples e movimento mais rápido — assim caracteriza José Alberto dos Reis o processo sumário *(Código de Processo Civil Anotado*, vol. VI, pág. 449).

(158) *Derecho Procesal Civil*, págs. 769-827. Já antes, em *La Ejecución Procesal en la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1951, págs. 59-61.

(159) *Idem*, págs. 782-783.

(160) *Lezioni...*, vol. V, n.° 552.

(161) *Esecuzione Forzata in Genere*, ob. cit., loc. cit., pág. 505.

Parecem assim afastadas as principais objecções à tese que defendemos: na fase «preliminar ou introdutiva» (162) da execução procede-se ao «accertamento» da actuabilidade da sanção executiva. Este «accertamento» é uma verdadeira condenação, a não ser que se tenha concluído pela superveniência de factos impeditivos ou extintivos da relação obrigatória (ainda que declarada certa por sentença condenatória anterior). Neste caso o «accertamento» tem natureza de absolvição: é perfeitamente idêntico ao contido na sentença que absolve o réu do pedido, num processo condenatório autónomo (163).

Resumindo o que deixámos escrito nesta segunda parte do nosso trabalho: As condições da acção executiva como direito a providência sobre o mérito do pedido são, além dos pressupostos processuais, a demonstração da existência de uma lide de pretensão insatisfeita e o «accertamento» do modo de ser da sua composição.

A função do título executivo resulta da simples consideração da sua natureza estrutural à luz destes princípios.

4 — *A função do título executivo: solução adoptada*

Se o título executivo é uma prova, a sua função no processo pode definir-se pela função da prova no pro-

---

(162) Designação usada pelo Sr. Prof. Doutor Palma Carlos (*Direito Processual Civil — Acção Executiva*, lições 1958/59, pág. 53).

(163) Rejeitamos, por isso, a afirmação, feita por Carnelutti, de que a sentença que atende a oposição tem carácter constitutivo quando o juiz nega o direito do autor exequente pela superveniência de factos extintivos ou impeditivos (*Istituzione...*, vol. II, pág. 673).

cesso: «formar a convicção do juiz sobre a verdade das afirmações feitas pelas partes» (164). A prova constitui, como costuma dizer-se, a fonte da certeza jurídica. O juiz baseia-se em provas para proceder ao «accertamento».

Mas sobre quem pesa o encargo de fazer a prova? É o problema do ónus da prova e da sua repartição. Não pretendemos abordar aqui tão transcendente questão, para a qual já autores como Hisch e Andrioli (165) disseram ser impossível encontrar uma solução geral. A solução entre nós defendida por J. A. dos Reis (166) consiste em afirmar que sobre o autor recai o ónus da prova dos factos constitutivos alegados; ao réu incumbe a prova dos factos extintivos e impeditivos; o ónus da contraprova impende sobre aquele a quem é oposto um facto alegado e provado.

O título executivo é prova documental do acto constitutivo de uma relação obrigatória ou do acto que declara certo o primeiro.

A sua função aparece agora clara: corresponde ao ónus da prova que cabe ao exequente, na demonstração da existência do litígio e no «accertamento» do modo de ser da sua composição (167).

Como satisfaz o autor este ónus?

No caso dos títulos executivos que não são decisões

---

(164) José Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, pág. 239.

(165) *Idem, idem*, pág. 274.

(166) *Idem, idem*, págs. 274 e seguintes.

(167) Esta ideia encontra-se criticada por Liebman *(ob. cit.*, pág. 129). Não vale a pena, porém, ocuparmo-nos de tal crítica, pois as bases de que parte foram já por nós afastadas.

judiciais, a resposta torna-se evidente e não exige mais explicações: pela produção da prova do acto constitutivo, prova revestida de especiais requisitos que a lei prescreve (só é admissível a prova documental nos termos dos artigos 46.° e segs. do Código de Processo Civil).

Já no caso dos títulos que são decisões judiciais a questão se não apresenta com a mesma simplicidade.

O exequente, juntando o título executivo, satisfaz, certamente, o ónus de prova. Mas faz alguma coisa mais: traz ao processo uma condenação que tem a eficácia própria da decisão judicial: se já transitou em julgado, a força do caso julgado; se não transitou, eficácia limitada ou condicionada (conforme a tese que se adoptar sobre a natureza da sentença sujeita a recurso).

Com efeito, não há motivo algum para recusar ao «accertamento» condenatório, documentado pelo título, o valor de caso julgado dentro do processo de condenação contido na fase preliminar da execução. Os limites do caso julgado são aqui respeitados (artigo 502.° do Código de Processo Civil, aplicável à execução por força do artigo 801.°); existe identidade de sujeitos (artigos 55.° a 57.°) e existe identidade de objecto. Há, porém, uma divergência entre o âmbito do caso julgado e o do «accertamento» pressuposto da execução: este abrange também, como dissemos, factos posteriores à sentença de condenação. Tudo o que foi objecto da sentença de condenação não tem de ser examinado pelo «accertamento» a realizar na fase preliminar do processo executivo, sob pena de se ofender o caso julgado, de se verificar aquele *bis in idem* de que falava Liebman. Este «accertamento» vai incidir apenas sobre factos posteriores à sentença.

É certo que o regime legal da oposição não admite

a excepção de caso julgado. Isso não impede, porém, que seja verdade o que afirmámos. O legislador, para garantir o respeito pelo caso julgado, pode usar um de dois sistemas: proibir que a decisão transitada em julgado seja discutida (excepção de caso julgado); ou enumerar taxativamente os fundamentos em que a parte pode basear a sua pretensão. O condicionalismo próprio do processo declarativo impõe o primeiro sistema. O segundo é o da oposição à execução: quando se atenta nos fundamentos admitidos pelos artigos 813.° e 814.° do Código de Processo Civil vê-se logo que eles não podem conduzir ao desrespeito do caso julgado, pois o juízo a emitir será limitado a factos posteriores à sentença de condenação. Revestem especial interesse o n.° 7 do artigo 813.° que aplica o princípio consagrado no artigo 675.° relativamente a julgados sucessivos; e o § único do mesmo artigo 813.° que se ocupa dos limites subjectivos do caso julgado no campo da execução.

Abra-se agora um parêntesis para voltar a uma questão já formulada a propósito do problema da estrutura do título e nessa altura deixada sem resposta. Por que é que a sentença de simples declaração não pode ser título executivo, desde que ela pode declarar a certeza do acto constitutivo de uma obrigação? Não foram, parece, razões de pura lógica que levaram o legislador a recusar força executiva a tais sentenças mas antes razões de conveniência que podem resumir-se em poucas palavras. O «accertamento» tem o seu lugar próprio no processo declarativo, pois este oferece, para o efeito, mais garantias de justiça do que o executivo: é de desejar por isso que o «accertamento» realizado em processo declarativo assuma a maior extensão, deixando à exe-

cução o menos possível. A recusa do carácter de título executivo à sentença puramente declarativa é, afinal, o meio usado pela lei para compelir o credor que tenha de recorrer ao processo de declaração a pedir a forma mais extensa de «accertamento»: a condenatória. Revestirá, na verdade, força executiva a sentença declarativa que certifique não só a constituição da obrigação mas também a actuabilidade da sanção. Se, a despeito disto, o credor recorrer ao processo de simples declaração, não terá que se queixar de a sentença não constituir título executivo. Não vemos outra explicação para o facto, aparentemente chocante, de a sentença certificando a constituição de um direito valer menos, para fins de execução, do que os «escritos particulares, assinados pelo devedor, dos quais conste a obrigação de pagamento de quantias determinadas».

Fechado o parêntesis, concluímos: ainda no caso do título sentença a fase preliminar da execução inclui um «accertamento», embora com um campo mais limitado.

O que deixamos exposto permite-nos definir *função do título executivo: meio de satisfazer o ónus de prova do exequente na condenação que se dá no início do processo executivo e condição necessária mas não suficiente da acção executiva como direito a uma providência de mérito*. Condição não suficiente, acentua-se, porque é só parte da prova a realizar: se o executado na oposição fizer a contraprova ou a prova de factos impeditivos ou extintivos, não há já direito a uma providência de mérito.

Estas ideias andam relativamente próximas das de Mandrioli e Furno; mas acusam diferenças resultantes

de um trabalho prévio de caracterização da estrutura do título. Permitiu esse trabalho evitar certas imprecisões dos autores citados, como a já criticada transformação «automática», pela simples pendência do processo, do «accertamento» contido no título negocial de reflexo em objectivo (Mandrioli) e a arbitrária distinção entre a eficácia do título restrita à propositura da acção e o «accertamento» base da execução (Furno).

Também a já referida teoria do título como *causa petendi* da execução (Denti) tem traços comuns com a tese aqui defendida. Só que a posição de Denti se ressente da falta da análise prévia da estrutura do título. Tal carência revela-se fàcilmente se repararmos em que o autor confunde a *causa petendi* com a sua prova, pois é esta o título executivo. E o mesmo defeito é evidenciado pela hesitação de Denti em considerar a *causa petendi* como uma situação de direito substantivo ou como um elemento dela: facto de que deriva o direito (artigo 502.° do Código de Processo Civil).

A tese que sustentamos permite cabal explicação de um problema, autêntico «quebra-cabeças» da Doutrina em matéria de título executivo: a «abstracção» deste, a sua eficácia incondicionada perante a relação substancial.

Segundo cremos, trata-se de um «falso problema» — produto de concepções que pretenderam caracterizar a estrutura do título sujeitando-se às exigências de teorias sobre a função dele.

Na verdade, se não pretendermos ver no título mais do que ele é — prova de um facto — não podemos considerar a abstracção como fenómeno específico. O título será abstracto apenas no sentido em que toda a prova documental de um facto o é: não desaparece material-

mente quando desaparecem os efeitos do facto que documenta. E toda a tentativa de fundar na pretensa abstracção a autonomia da acção executiva está condenada de início: basta pensar que a prova do facto, que é o título, pode ser imediatamente seguida, na oposição do devedor, pela prova do facto extintivo.

Outro aspecto do regime da acção executiva que só à luz desta concepção se torna compreensível: o de o devedor e o credor verem invertidas, na oposição, as suas posições a respeito do ónus da prova: não é, diz-se (J. A. dos Reis, Jaeger, Liebman), o credor que tem de provar a existência da obrigação mas o devedor que tem de provar a sua inexistência. A causa desta mudança aparece agora claramente: o credor já satisfez através do título executivo o encargo de demonstrar os factos constitutivos. Esta explicação encontra-se, além do mais, de acordo com as regras gerais de repartição do ónus da prova.

Ainda a nossa tese torna possível determinar o que realmente está por detrás da confusa figura do título *aparente* (Chiovenda, Redenti, Azzolina e até, em certa medida, Carnelutti) ou *inexistente* (Satta), isto é, do título executivo a que não corresponde um direito subjectivo ainda existente.

Este título não é, na verdade, aparente nem inexistente: desempenha plenamente a função que lhe cabe de provar o acto constitutivo de uma obrigação. Se, mais tarde, o devedor opõe e prova a extinção do direito, isso não afecta a existência e a realidade do título: respeita a circunstâncias que estão para lá da sua função. E se o devedor não quer ou não pode provar a extinção do direito que efectivamente já não existe, estamos então perante um caso de divergência entre verdade formal e ver-

dade material, entre eficácia e existência, entre processo e direito material.

Não há assim que falar de títulos executivos «aparentes» ou «inexistentes». Os autores que recorrem a esta noção mostram-se presos à ideia de que o título é a mola real da execução, alguma coisa capaz de desencadear por si o processo executivo, e de que quando o processo surge sem fundamento material o título usado é simples aparência ou não existe.

Como mostrámos, esta hipótese não corresponde a qualquer forma especial do título executivo: sucede apenas que à prova do acto constitutivo, que é o título, pode seguir-se a prova de factos impeditivos ou extintivos.

José Ferreira de Almeida