

Recurso nº 183/2001

Data: 26 de Setembro de 2002

- Assuntos: - Embargos de terceiro
- Aplicação da lei processual no tempo
 - Ampliação da causa de pedir
 - Cônjuge do executado
 - Dívida comercial
 - Comercialidade substancial
 - Ónus de prova

Sumário

1. Em princípio, a aplicação das leis processuais no tempo surge sempre que o processo é instaurado na vigência duma certa lei, mas não está ainda concluído no momento da entrada em vigor duma lei nova, incompatível em dados pontos com a anterior, ou sempre que o direito material, cuja tutela se pretende obter, procede de facto anterior à lei processual, vigente na altura em que a acção é proposta
2. Sem disposições transitórias gerais, válidas para todas as novas leis ou para as novas leis de certo tipo ou categoria, nem disposições transitórias especiais, válidas somente para determinada lei processual concreta, hão-de valer para o efeito os critérios formulados em tese geral pela doutrina.
3. Quanto aos embargos de terceiro, o novo Código de Processo Civil define-os como um incidente, enquanto no Código de 1961, os

embargos de terceiro integram no âmbito do processo especial, um tipo dos meios possessórios.

4. Os embargos de terceiro, tendo embora característica de uma verdadeira “acção declarativa”, estão processualmente ligados ao processo principal (de execução), nomeadamente pelos seus pressupostos processuais – acto judicial e diligência de penhora ordenadas com fundamento no âmbito do Código de Processo Civil aplicado aos termos processuais do principal, e derivadores dos embargos de terceiro.
5. Sob uma dependência processual, proferido o despacho de recebimento dos embargos de terceiro, os termos do processo de que são dependências ficam suspensos quanto aos bens a que os embargos dizem respeito e o embargante pode requerer, prestando caução, a restituição provisória da posse, e, a procedência dos embargos acarreta o levantamento da penhora ordenada no processo principal sobre os bens respectivos, que serão entregues ao embargante.
6. Em caso concreto de embargos de terceiro, aos mesmos é aplicável a lei processual que regula o processo principal de execução.
7. No âmbito do Código de Processo Civil de 1961, recebidos os embargos de terceiro, são notificadas para contesta as partes primitivas, seguindo-se os termos do processo sumário (de declaração).
8. Na acção declarativa, não havendo acordo das partes, a causa de pedir só pode ser alterada ou ampliada na réplica, se o processo a admitir, a não ser que a alteração ou ampliação seja consequência de confissão feita pelo réu e aceita pelo autor; seguindo-se o processo sumário (de declaração), nos embargos de terceiro não é admitida a ampliação da causa de pedir, sem se encontrar aquelas condições.

9. A palavra “réplica” referida no artigo 273º do Código de Processo Civil é empregada no sentido restrito de articulado ao qual o réu pode opor a tréplica, e não no sentido amplo de resposta à contestação, ou seja, a resposta a que se refere o artigo 785º não vale como réplica para o efeito do artigo 273º.
10. Um cônjuge que tenha a posição de terceiro na execução pode deduzir embargos de terceiro à penhora de bens comuns do casal, alegando quando a dívida não é comunicável.
11. Senda a dívida exequenda uma dívida resultante de uma livrança, que constitui um acto de comércio objectivo, e quando o seu pagamento, que tiver de ser feito pela meação do devedor nos bens comuns, for exigido antes de dissolvido o matrimónio ou de haver separação, cabe ao cônjuge não executado, nos embargos de terceiro deduzidos, fazer afastar, com vista de beneficiar da moratória os bens penhorados, a comercialidade substancial da dívida exequenda, ou seja, provar a dívida não ser comercial.
12. Perante a falta de alegação dos factos comprovativos de não comercialidade substancial da dívida, pode o Tribunal tomar imediatamente decisão conscienciosa dos embargos, no sentido de improceder os embargos.

O Relator,
Choi Mou Pan

Recurso nº 183/2001

Recorrente: A

Recorrido: O Banco Luso Internacional, S.A.R.L. (澳門國際銀行)

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da

R.A.E.M. :

Nos autos de Execução Ordinária nº 87/99 do 5º Juízo do Tribunal Judicial de Base, em que é exequente o Banco Luso Internacional, S.A.R.L. que moveu contra B, por título de uma livrança sacado pelo executado a favor do exequente, foi ordenada a penhora sobre a fracção autónoma designada por "A31" do 31º andar A, para habitação, e de 2/415 da fracção autónoma designada por "AC/V1" da 1ª Cave "A", com 1ª e 2ª caves, para estacionamento, do prédio com os nºs XX.

Efectuada a penhora, foi citada A, casada com o executado no regime de bens de comunhão de adquiridos, para, nos termos do artigo 825º do Código de Processo Civil, requerer a separação de bens ou juntar certidão da pendência de outro processo em que a separação já tenha sido requerida.

Correndo por apenso, a citada A deduziu embargos de Terceiro, alegando que:

- “A ora embargante é casada no regime de comunhão de adquiridos com o executado (cfr. cópia do assento de casamento que se junta como doc. n° 1).
- As mesmas fracções foram adquiridas durante a constância do matrimónio, pelo que constituem bens comuns do executado e da embargante - cfr. certidão da Conservatória do Registo Predial de Macau, junta à execução a fls. 51.
- Dispunha o n° 1 do art. 1696° do Código Civil de Macau antecedente, aplicável nos termos do n° 2 do artigo 6° do Decreto-Lei n° 39/99, de 3 de Agosto, que pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges respondem os bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente, a sua meação nos bens comuns.
- No que respeita à meação nos bens comuns, o cumprimento só é exigível depois de dissolvido, declarado nulo ou anulado o casamento ou depois de decretada a separação judicial de pessoas e bens ou a simples separação judicial de bens (segunda parte do n° 1 do mesmo artigo).
- A esta regra, o regime admitia uma excepção que consistia em não haver lugar à moratória assim estabelecida se a incomunicabilidade da dívida cujo cumprimento se pretendia exigir resultasse do disposto na alínea b) do art. 1692° do Código Civil (n° 3 do art. 1696° do Código Civil precedente).
- Com este regime se relacionava a regra do art. 825° do Código de Processo Civil de 1961 que sustentava: “Na execução movida contra um só dos cônjuges, a execução dos bens comuns fica suspensa, depois de penhorado o direito à meação do devedor, até ser exigível o cumprimento, nos termos da lei substantiva”.

- Enquanto que o artigo 1696º estatuiu para as dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges, o artigo 825º do Código de Processo fazia-o para todos os casos de execução movida contra um só dos cônjuges (Lebre de Freitas, *in* “A Acção Executiva”, Coimbra Editora, 1993, pág. 188),
- A aplicação da excepção constante do nº 3 do art. 1696º do Código Civil devia, por seu lado, obedecer à norma do nº 2 do art. 825º do Código de Processo anterior, cuja previsão se destinava exclusivamente aos casos que consubstanciassem a excepção referida.
- De facto, apenas na situação do nº 3 do art. 1696º é que não há lugar à moratória prevista no nº 1 do mesmo artigo.
- Assim, quando não houvesse lugar à moratória podiam os bens comuns do casal ser imediatamente penhorados, contanto que o exequente, ao nomeá-los à penhora, pedisse a citação do cônjuge do executado para requerer a separação de bens (nº 2 do art. 825º do Código de Processo Civil anterior).
- Tendo sido a execução movida, exclusivamente, contra o executado, só os bens próprios deste e o seu direito à meação nos bens comuns podiam ter sido objecto da penhora.
- “Por isso, se a penhora recair sobre os bens comuns, é nula, resultando daí que pode ser atacada por meio de embargos de terceiro ...” (Alberto dos Reis, *in* Processo de Execução, vol. 1º, 3ª Edição, Coimbra Editora, 1985, pág. 281).
- O nº 2 do art. 825º, conjugado com a alínea c) do nº 2 art. 1038º, ambos do Código de Processo Civil de 61, admite uma excepção a esta regra, permitindo que a penhora recaia sobre os bens comuns, desde que o exequente, ao nomeá-los à penhora, peça a

citação do cônjuge do executado para requerer a separação de bens.

- Mas para que assim seja, é necessário, naturalmente, que não haja lugar à moratória prevista no n.º 1 do art. 1696.º do Código Civil de Macau precedente, o que, conforme resulta claramente dos autos, não acontece.
- Pelo que, ao exequente não lhe era permitido nomear à penhora as fracção comuns do casal.
- A lei apenas lhe conferia a faculdade de, demonstrada a inexistência de bens próprios do executado, nomear o direito à meação nos bens comuns, ficando no entanto, a execução destes suspensa até à dissolução, declaração de nulidade ou anulação do casamento ou até ser decretada a separação judicial de pessoas e bens ou a simples separação judicial de bens.”

Pediu que se declarasse nula a penhora sobre os bens em causa.

O Tribunal recebeu liminarmente os embargos, sem ter procedido qualquer diligência, e ordenou a notificação da exequente para contestar.

Notificado o despacho de recebimento dos embargos de terceiro, o exequente contestou, alegando que:

- “Invoca a embargante que, nos termos do n.º 1 do art. 1696.º do Cód. Proc. Civil (1961), “pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges respondem os bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente, a sua meação nos bens comuns”, “pelo que, ao exequente não lhe era permitido nomear à penhora as fracções comuns do casal”.
- Ora, a dívida que deu causa à execução ora embargada foi contraída no exercício da actividade comercial do executado.

- E como tal, na medida em que, de acordo com o art. 10.º do Cód. Comercial então vigente, não há lugar à moratória prevista no n.º 1 do art. 1696.º do Cód. Civil (1966) quando for exigido de qualquer dos cônjuges uma obrigação emergente de acto de comércio, o exequente podia nomear, como nomeou, à penhora bens comuns do casal, desde que, requeresse, nos termos do art. 825.º, n.º 2 do Cód. Proc. Civil (1967), a citação do cônjuge do executado, a ora embargante, para requerer a separação de bens - o que o exequente fez!
- De facto, estabelecendo o art. 15.º do citado Cód. Comercial a presunção de que as dívidas comerciais do cônjuge comerciante são contraídas no exercício do seu comércio, trata-se aqui portanto de saber se o executado B é comerciante nos termos e para os efeitos do art. 13.º do mesmo Cód. Comercial.
- Na verdade, o aludido B está inscrito no cadastro industrial da Repartição de Finanças de Macau como proprietário de 3 estabelecimentos comerciais, a saber:
 - (i) XX, sito em Macau, na Avenida XX;
 - (ii) Estabelecimento de Comidas XX, sito em Macau, na Rua XX"; e
 - (iii) YY, sito em Macau, no Pátio de XX - conforme se comprovará por certidão emitida pela Repartição de Finanças de Macau, que ora se protesta juntar.
- Ora, define o citado art. 13.º que “são comerciantes [...] as pessoas, que tendo capacidade para praticar actos de comércio fazem deste profissão” (sublinhado nosso).
- Como refere Miguel J. A. Pupo Correia in *Direito Comercial*, 3.ª edição, Universidade Lusíada, 1994, p.97 “comerciante é quem,

enquadrando-se numa das duas categorias do art. 13.º, seja titular de uma empresa que exerça uma das actividades comerciais, tais como as qualificam o art. 230.º do C. Com.”.

- Quem inicia a actividade comercial, adquire a qualidade de comerciante desde que começa a exercê-la com manifesta intenção de fazer disso modo de vida estável” - v. Abílio Neto, ob cit. p. 35.
- Ora, o executado é não só proprietário de 3 estabelecimentos comerciais, que explora, como, no exercício da sua actividade, subscreveu uma livrança a favor do Banco exequente - que é inquestionavelmente uma sociedade comercial.
- E, ainda que assim não fosse entendido - o que, sem conceder, se admite - o certo é que o aludido art. 10.º refere expressamente que “não há lugar à moratória estabelecida no n.º 1 do artigo 1696.º do Código Civil quando for exigido de qualquer dos cônjuges o cumprimento de uma obrigação emergente de acto de comércio, ainda que este o seja apenas em relação a uma das partes”.
- De facto, como bem refere Antunes Varela in Direito da Família, 2.ª Ed., 1987, pags. 403 e ss. “o novo preceito afasta a moratória legal à execução da meação do cônjuge devedor, mesmo que a execução provenha de um acto apenas comercial em relação ao credor. Assim, se o banco descontar uma letra [leia-se, livrança] a um dos cônjuges, que não seja comerciante, à dívida em que o cônjuge incorre para com o banco, no caso de o aceitante ou o sacador não pagar na data do vencimento, não deixará de ser aplicável o art. 10.º do Código Comercial, apesar de o acto apenas ser mercantil em relação a uma das partes (o Banco)”, e ainda que, “todos sabem, no entanto, que há, por um lado, obrigações

provenientes de actos de comércio praticados por um dos cônjuges que, revertendo efectiva ou presuntivamente em proveito comum do casal, oneram imediatamente os bens comuns e não a meação a que se reporta a moratória estabelecida no n.º 1 do artigo 1696.º do Cód. Civil; e que há, por outro lado, dívidas provenientes de actos de comércio, mas comprovadamente contraídas em proveito exclusivo de um dos cônjuges, que, nos termos do art. 1691.º, 1, al. d) do Código Civil, devem ficar sujeitas à moratória consignada no art. 1696.º deste Código”.

- Ou seja, teria a embargante de, ilidindo a presunção de comercialidade da dívida estabelecida pelo aludido art. 15.º, ter alegado e logrado provar que a dívida contraída o foi exclusivamente em proveito do cônjuge executado - o que não fez!
- Por outro lado, como refere Abílio Neto in Código Comercial, Código das Sociedades Comerciais, Legislação Complementar Anotados, Livraria Petrony, 9.ª Ed., 1988 “as obrigações originadas pela subscrição de uma letra ou de uma livrança são objectivamente comerciais, pois os actos que dão origem a uma tal subscrição estão regulados em lei mercantil”.
- Neste cenário, o executado B contraiu junto do Banco, ora embargado, uma dívida que é comercial, designadamente:
 - (i) porque o executado é comerciante; e ainda que o não fosse
 - (ii) porque o Banco exerce inquestionavelmente uma actividade comercial e, como ficou exposto, o art. 10.º do aludido Cód. Comercial, estabelece uma excepção à moratória prevista no n.º 1 do art. 1696.º do Cód. Civil (1966); excepção esta que

opera ainda que o acto de comércio subjacente à dívida contraída o seja apenas em relação ao Banco.

- Assim, se impugnando para todos os efeitos legais, os factos alegados nos arts, 5 a 21,º da petição de embargos que ora se contesta.
- Doutra banda, a alínea c) do n.º 2 do art. 1038.º do Cód. Proc. Civil (1961) veda o uso de embargos de terceiro, contra a penhora de bens conjugais, entre outros, nos casos em que, por força do n.º 2 do art. 825.º do mesmo código, o credor tenha pedido a citação do cônjuge do executado para requerer a separação de bens.
- De facto, os meios que o cônjuge não executado tem para defender a penhora dos seus bens, como refere Eurico Lopes-Cardoso, diferem consoante a natureza ou origem da dívida e, estando esta incluída no art. 825.º, n.º 3 do Cód. Proc. Civil (1961), conforme tenha sido, ou não, citado nos termos desse n.º 3.
- O cônjuge poderia obstar ao levantamento da penhora, mediante embargos de terceiro, caso a dívida exequenda não fosse comercial, sendo vedado o uso dos embargos de terceiro, nos termos do n.º 2 do citado art. 1038.º, entre outros, no caso de a dívida ser comercial - o que também corresponde a uma das excepções estabelecidas nos n.ºs 2 e 3 do art. 825.º, relativamente à penhorabilidade dos bens comuns, quando seja executado um só dos cônjuges.
- Ou seja, o cônjuge do executado, mesmo tendo sido citado para requerer a separação, poderia ainda assim, em vez de a requerer, deduzir embargos de terceiro, nos quais, além do resto, demonstrasse que a dívida não é comercial, correndo "é certo, o

risco de, sendo vencido nos embargos, perder a oportunidade e, portanto, o direito de requerer aquela separação” (sublinhado nossos) - Eurico Lopes-Cardoso, ob. cit., p. 328.

- Por outro lado, para que a proibição da referida alínea c) do n.º 2 do art. 1038.º funcione basta, para além de a dívida ter natureza comercial, que o exequente peça a citação do outro cônjuge para requerer a separação de bens, e que este tenha sido efectivamente citado.
- Neste cenário, os embargos de terceiro por parte do cônjuge do executado só seriam admissíveis, se o exequente não tivesse requerido a sua citação oportunamente, i.e. no requerimento de nomeação de bens à penhora, ou se a citação não tivesse sido feita - o que, nos presentes autos, não aconteceu, porquanto a ora embargante foi devidamente citada (v. fls. 56 e 57 dos autos principais).
- Pois, como refere Eurico Lopes-Cardoso in Manual da Acção Executiva, 3.ª Edição, Livraria Almedina, 1992, p. 324, “pedida a citação do cônjuge do executado no momento próprio, ou seja, no requerimento de nomeação de bens à penhora, faz-se essa citação logo em seguida à penhora “para que este, no prazo de 10 dias, requeira a separação de bens, sob pena de a execução prosseguir nos bens penhorados (v. n.º 3 do citado art. 825.º).
- Ou seja, tendo sido citada para requerer a separação de bens, deveria, pois, a embargante, independentemente de, demonstrando que a dívida exequenda não tem natureza comercial, deduzir embargos de terceiro, ter requerido a separação de bens.
- É, aliás, o entendimento de Eurico Lopes-Cardoso, ob. cit., p. 324, “se a mulher não é citada, a garantia para ela já não é esta; é a dos

embargos de terceiro, como está hoje fora de questão perante o preceito claro do art. 1038.º, n.º 2, alínea c), do Código de Processo Civil”.

- Doutra banda, como refere ainda o mesmo Magistrado, os embargos de terceiro, enquanto meio possessório, “destinam-se a proteger a posse que a penhora tenha ofendido” (sublinhado nosso).
- Neste quadro, para fazer uso dos embargos de terceiro, teria a ora embargante de ter articulado e provado:
 - (i) a sua qualidade de terceiro;
 - (ii) a sua posse nos bens penhorados;
 - (iii) que eles são exclusivamente seus ou comuns; e
 - (iv) que, tendo sido citada nos termos do art. 825.º, n.º 2, a dívida não é comercial.
- Ora, no caso dos autos, a embargante, se bem que tivesse alegado a sua qualidade de terceiro e que os bens penhorados são bens comuns do casal - o que, de resto, já estava provado, quer pelos documentos juntos com o requerimento de nomeação de bens à penhora, quer por indicação do próprio exequente que, por isso, requereu a citação do cônjuge do executado, não logrou alegar e muito menos provar (i) a ofensa da sua posse e (ii) a não comercialidade da dívida exequenda.
- De facto, articula na sua petição, para além da transcrição de vários preceitos, quer de lei substantiva, quer de lei adjectiva, apenas que é casada com o executado no regime da comunhão de adquiridos, e que, as fracções autónomas penhoradas são bens comuns do casal.

- Factos que o exequente aceita como verdadeiros, na medida em que, como se referiu, já estavam provados por documentos juntos aos autos pelo próprio exequente.
- No entanto, a embargante, no seu petitório, não logra demonstrar exercer qualquer posse, sobre o referido imóvel, designadamente alegando factos susceptíveis de a consubstanciar.
- De facto, embora a embargante goze da presunção que a inscrição registral definitiva a seu favor lhe confere, nos termos do art. 8.º do Cód. Reg. Predial então vigente, a posse susceptível de fundamentar os embargos de terceiro - para além de, como já se referiu, ter de ser alegada e provada pela embargante - é a posse real e efectiva e não a simples posse jurídica ou civil - v. Alberto dos Reis, RLJ, 87.º, p. 180 e in Processos Especiais, 1.º, p. 404.
- Uma vez que, nos termos do art. 1040.º do Cód. Proc. Civil (1961), a embargante está obrigada a fazer prova sumária da sua posse, os presentes embargos estão votados ao insucesso, pelo que, também por esta via, devem ser julgados improcedentes.
- Também no entendimento de José Lebre de Freitas in A Acção Executiva, Coimbra Editora, 1993, p. 235 “para além da prova da posse, o embargante deverá provar a natureza (própria ou comum) dos bens penhorados e, tratando-se de bens comuns, que não se verifica nenhum dos casos do art. 1038-2.”
- Ora, não tendo posse - e, ainda que a tivesse, não a tendo alegado, nem logrado provar quaisquer factos que a consubstanciassem - não pode agora a embargante, fazendo uso do meio possessório embargos de terceiro, opôr-se à penhora realizada.

- Deste modo, é manifesto que não há qualquer fundamento legal ou contratual susceptível de permitir à embargante prosseguir com êxito a presente demanda, porquanto a ora embargante:
 - (i) violou a proibição imposta na alínea c) do n.º 2 do art. 1038.º do Cód. Proc. Civil (1961), fazendo uso de um meio que a lei não lhe faculta, na medida em que deduziu embargos de terceiro, sem que tivesse logrado demonstrar que não se estava perante qualquer dos casos referidos no n.º 2 do art. 825.º do aludido Cód. Proc. Civil, porquanto a dívida exequenda estava sujeita à moratória prevista no referido n.º 1 do art. 1696.º;
 - (ii) e, mesmo que pudesse fazer uso deste meio possessório - o que sem conceder, se admite - embargando de terceiro,
 - a) não articulou, nem provou quaisquer factos demonstrativos de exercer posse sobre os imóveis penhorados; e
 - b) nem, ilidindo a presunção estabelecido pelo art. 15.º do Cód. Comercial, provou que a dívida não tem natureza comercial.
- Por outro lado, citada para requerer a separação de bens nos termos do referido art. 825.º, n.º 2, não o fez, perdendo o direito de o fazer mais tarde e de a execução prosseguir contra os bens penhorados.

Da contestação, a embargante apresentou resposta, tendo ampliado a causa de pedir, de modo de acrescentar os seguintes articulados:

- “A embargante reside, juntamente com o executado, na fracção autónoma designada por “A32”, do prédio com os nsº XX, sendo esta a casa de morada de família fixada pelos cônjuges.

- A embargante e o executado utilizam diariamente a fracção autónoma designada por “AC/V1” da 1ª Cave “A” do referido prédio para estacionamento de automóveis.
- Em suma, a embargante pratica todos os actos materiais que consubstanciam a posse correspondente ao direito de propriedade dos referidos imóveis, sempre com a convicção de que é comproprietária dos mesmos.
- E ainda subsidiariamente, para o caso de também se entender que o ónus da prova sobre a natureza da dívida incumbe à embargante e não ao embargado, sempre se dirá que o empréstimo em causa não foi contraído no exercício do comércio e que o mesmo tem natureza exclusivamente civil.
- Nem o objecto cedido se destina a qualquer acto mercantil.
- Tratou-se, de facto, de um financiamento particular do executado que em nada se relaciona com a sua actividade comercial.”

Findou por arrolar as testemunhas.

Por sua vez, o exequente veio opor-se à ampliação da causa de pedir, pediu o desentranhamento da “resposta à contestação”.

À esta houve ainda “resposta” da embargante.

O Mmº Juiz do processo proferiu despacho saneador-sentença, e, tendo julgado as questões prévias, julgou improcedentes os embargos.

Por não conformada com a decisão, recorreu a embargante, alegando, em síntese o seguinte:

- I. “Estando a execução pendente à data de entrada em vigor do nove Código Civil de Macau, são aplicáveis ao processo em causa as normas do Código Civil de 1966, por força do

disposto no nº 2 do artigo 6º do Decreto-Lei nº 39/99. de 3 de Agosto.

- II. É, portanto, ao abrigo destas normas que a legalidade da penhora pose e deve ser apreciada.
- III. No entanto, tal não significa que os embargos de terceiro intentados devam reger-se pelo Código de Processo Civil de 1961.
- IV. Como princípio, as leis do processo são de aplicação imediata.
- V. O nº 2 do artigo 2º do Decreto-Lei 55/99/M é claro ao afirmar que apenas os processos que estejam pendentes no dia 1 de Novembro de 1999 regem-se pela legislação revogada.
- VI. Os embargos de terceiro, embora sejam deduzidos como dependência do processo em que é ordenado o acto ofensivo do direito da embargante, não deixam de constituir um novo processo.
- VII. Os embargos, sejam qualificados como incidente ou acção possessória, constituem, por si, um processo autónomo, ao qual é aplicado o novo código por força da primeira parte da norma prevista no nº 2 do artigo 2º do Decreto-Lei 55/99/M.
- VIII. Mas ainda que não pudéssemos conferir autonomia processual aos incidentes da instância, nem assim deveríamos deixar de aplicar o novo código aos embargos em causa.
- IX. É que as modificações introduzidas no processo de embargos de terceiro iriam consubstanciar, de acordo com

o entendimento que próprio recorrido tem acerca do mesmo, uma alteração dos pressupostos da prática de alguns actos processuais.

- X. Ora, mesmo nos casos em que apliquemos a lei revogada aos processos pendentes não devemos deixar de aplicar imediatamente a lei que, dentro da forma de processo que está a ser seguida, suprima um acto ou altere os pressupostos da sua prática.
- XI. Que também se passa relativamente aos pressupostos de admissibilidade dos próprios embargos porquanto o nº 1 do artigo 292º do novo Código de Processo Civil veio, neste contexto, ampliá-los.
- XII. Com efeito, a normas referidas conferem expressamente ao embargante a possibilidade de, através dos embargos, efectivar qualquer direito incompatível com o acto de agressão patrimonial cometido, que não apenas a posse.
- XIII. Os embargos, tendo em conta o seu valor, deveriam ter seguido o processo ordinário, por força do disposto no nº 2 do artigo 298º do actual Código de Processo Civil de Macau, processo esse que admite réplica e tréplica.
- XIV. Pelo que, admitida a tréplica, poderia o embargado sempre alterar a causa de pedir da acção.
- XV. Tendo sido a execução movida, exclusivamente, contra o executado e havendo lugar à moratória prevista no nº 1 do art. 1696º do Código Civil de Macau precedente, só os bens próprios deste e o seu direito à meação nos bens comuns podiam ter sido objecto da penhora.

- XVI. Ao exequente não lhe era permitido nomear à penhora as fracções comuns do casal.
- XVII. Pelo que se conclui que as penhoras ordenadas ofenderam indevidamente o direito da recorrente, sendo, legítimo a esta opor-se às mesmas, mediante embargos de terceiro.
- XVIII. Tanto ao abrigo do código anterior como do actual, a lei é claríssima no sentido de permitir ao cônjuge do executado o recurso aos embargos de terceiro para defesa dos seus bens próprios e dos seus bens comuns que tenham sido indevidamente atingidos pela penhora.
- XIX. A moratória estabelecida no nº 1 do art. 1696º do Código Civil antecedente não foi afastado por força do disposto no art. 10º do Código Comercial.
- XX. Efectivamente, nas execuções fundadas em títulos de crédito, o pagamento das dívidas comerciais, de qualquer dos cônjuges, que tiver que ser feito pela meação do devedor nos bens comuns do casal, só está livre da moratória estabelecida no nº 1 do art. 1696º do Código Civil, ao abrigo do disposto no art. 10º do Código Comercial, mesmo no domínio das relações mediatas, se estiver provada a comercialidade substancial da dívida exequenda.
- XXI. É ao exequente, portador do título cambiário, que incumbe provar natureza comercial da obrigação fundamental, a fim de ver afastada a moratória.
- XXII. No entanto, o recorrido não alegou na execução que a dívida tivesse natureza comercial.

- XXIII. Ou seja, não invocou na causa de pedir ou no pedido do processo executivo a natureza comercial do empréstimo concedido, tendo-o, apenas, feito na contestação aos embargos.
- XXIV. Ora, os embargos de terceiro não são o processo próprio para o exequente provar a comercialidade substancial da dívida exequenda.
- XXV. Não deve competir ao cônjuge do executado a prova da não comercialidade substancial de uma dívida que não foi por ele contraída.
- XXVI. Não se trata de saber a quem incumbe o ónus da prova da comercialidade substancial da dívida mas sim me apreciar se ao exequente, ora recorrido, competia alegar, na execução, o facto de se estar perante uma dívida de natureza comercial, o que, como vimos, não aconteceu.
- XXVII. Mas ainda que admitíssemos que a natureza da dívida for a, na realidade, invocada e que competia, então, à recorrente, em sede de embargos de terceiro, demonstrar a não comercialidade substancial da mesma, a verdade é que esta nunca chegou a ter a possibilidade de produzir a prova em causa.
- XXVIII. Os autos não contêm elementos que permitam concluir estarmos perante um crédito comercial em relação a ambas as partes.
- XXIX. Ainda que concedêssemos quanto ao facto de se tratar de um acto mercantil em relação ao Banco, nem assim deveríamos deixar de considerar que, em Macau, o art. 10º

não era aplicável ao outorgante em relação ao qual o contrato não era mercantil.

- XXX. A posse da recorrente sobre os bens penhorados foi efectivamente, por esta, alegada.
- XXXI. Nos termos do art. 1264º do Código Civil de 1966, a posse adquire-se com o negócio jurídico de transmissão do direito real, sem necessidade de quaisquer actos materiais correspondentes ao exercício do respectivo direito.
- XXXII. Assim, alegado o facto de ser proprietária do imóvel, ficou a recorrente dispensada de alegar a respectiva posse.
- XXXIII. Mesmo que assim não se entendesse, o certo é que a posse em causa teria sido expressamente alegada na réplica apresentada pela recorrente.
- XXXIV. O que era-lhe, ainda, permitido fazer.
- XXXV. Ainda que a posse da recorrente não tivesse sido invocada ou não o pudesse ter sido na réplica, tal como entende o despacho recorrido, nem assim os embargos poderiam, pelo menos pela razões em causa, ser julgados improcedentes.
- XXXVI. É que, mesmo no âmbito Código de Processo Civil precedente, nem sempre o embargante necessitava de ter a posse efectiva sobre os bens para que a legitimidade de recurso aos embargos de terceiro lhe fosse reconhecida.
- XXXVII. Em particular, no que respeita ao recurso a embargos de terceiro por parte do próprio executado, admitia-se, expressamente, que o embargante não tivesse sequer a posse efectiva sobre os bens.

- XXXVIII. Funcionam nos embargos de terceiro deduzidos pelo cônjuge razões semelhantes às que vimos nos embargos interpostos pelo executado.
- XXXIX. Mais do que a ofensa da posse referida no n.º 1 do art. 1038º, pois ela até pode não existir, inclusive quanto aos seus bens próprios, o que frequentemente está em causa é a ofensa do direito de propriedade ou outro, por desvio às regras de responsabilidade pro dívidas.
- XL. Será à volta daquela última, e não da primeira, que a produção de prova é decisiva.
- XLI. Pelo que, a embargante, ora recorrente, estaria, desde logo, dispensada de alegar a posse sobre os bens penhorados, bastando-lhe mencionar a propriedade sobre os mesmos.
- XLII. Ainda que assim não fosse, nem assim a recorrente estava obrigada a invocar a posse sobre os bens penhorados, uma vez que, conforme já aqui se explicou, aos embargos seriam aplicadas as normas previstas nos artigos 292º e seguintes do novo Código de Processo Civil de Macau.
- XLIII. As quais dão, expressamente, a possibilidade ao embargante de poder efectivar, em todas as situações, qualquer direito incompatível com o acto de agressão patrimonial cometido que não apenas a posse.”

Do recurso, contra-alegou o exequente, para concluir que:

- i) “O requerimento da embargante de 5/12/2000 for apresentado no segundo dia útil seguinte ao termo do prazo legal;
- ii) A embargante não requereu a passagem das guias para pagamento imediato da multa

- iii) O direito de a embargante praticar o acto caducou no dia 1/12/2000'
- iv) O recorrido não foi notificado da apresentação daquele requerimento, nem tão-pouco da passagem das guias;
- v) A prática de um acto fora do prazo implica que o acto não possa ser atendido e, como tal, deveria aquele requerimento ter sido desentranhado;
- vi) Em sede de recurso não podem ser apreciadas questões novas;
- vii) Assim, a questão da aplicação aos presentes autos de embargos de terceiro, das disposições do novo Código de Processo Civil, não pode ser objecto do presente recurso;
- viii) Ainda que assim se não entenda, processos novos, nos termos do n.º 2 do art. 2.º do Dec-Lei 55/99/M, são as acções declarativa ou executivas instauradas depois de 1/11/1999;
- ix) Da interpretação do art. 2.º do citado Dec-Lei 55/99/M, pode concluir-se que a lei nova só se aplica às acções referidas na alínea anterior, e aos procedimentos a que o Legislador expressamente conferiu aplicabilidade imediata, i.e. aos recursos e aos procedimentos cautelares não dependentes de acção já instaurada;
- x) Aos presentes autos de embargos de terceiro aplicam-se as disposições do Cód. Proc. Civil (1961);
- xi) Deveria a embargante, ao deduzir os embargos:
 - a) ter alegado factos que pudessem consubstanciar a sua posse sobre os imóveis penhorados;

- b) ter alegado a não comercialidade da dívida e, assim, justificar ao recurso aos embargos de terceiro e não ao meio previsto no n.º 2 do art. 825.º do C.P.C.;
 - c) ter oferecido logo os meios de prova.
- xii) Os presentes embargos seguem a forma do processo sumário;
 - xiii) Na resposta à contestação não é admissível a ampliação da causa de pedir;
 - xiv) Doutro passo, apenas nos presentes autos poderia discutir-se e ser apreciada a questão da comercialidade da dívida;
 - xv) A causa de pedir na acção executiva é o título – que determina o seu fim e limites;
 - xvi) Assim, não é lícito ao exequente, na acção executiva, pedir ao Tribunal que aprecie quaisquer outras questões;
 - xvii) A única obrigação do exequente ao nomear bens comuns à penhora e o cônjuge do executado não seja parte, é pedir a sua citação para requerer a separação de bens;
 - xviii) A dívida que deu causa à execução é comercial:
 - a) Porque o executado é comerciante; e ainda que o não fosse
 - b) Porque o Banco é inquestionavelmente uma sociedade comercial; e a excepção à moratória opera ainda que o acto de comércio subjacente à dívida contraída o seja apenas em relação ao Banco.”

Foram colhidos os vistos legais dos Mm^{os} Juizes-Adjuntos.

Cumpre-se decidir.

Conhecendo:

1. Questão prévia - tempestividade do requerimento da fl. 74 e ss.

Na resposta do recurso apresentada pela recorrida ora embargado, foi levantada a questão-prévia acerca da extemporaneidade da apresentação do requerimento do fl. 74 e ss. da embargante.

Porém, tendo o relator mandado notificar o recorrido da certidão da fl. 72 dos autos que comprovou a apresentação do requerimento por via telefax no dia 4 de Dezembro de 2000, o recorrido não veio oferecer qualquer subsequente esclarecimento.

Assim, e conforme os expedientes constantes dos autos, a questão improcede por o requerimento em questão ter sido apresentado tempestivamente.

2. Aplicação da Lei Processual no tempo.

Surgiu-se a questão por os embargos de terceiro serem deduzidos após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, tendo o processo principal - execução - instaurado no âmbito do anterior Código.

Entendeu o Tribunal *a quo*:

Considerando que a penhora foi ordenada no âmbito do C.P.C. anterior, onde devem ser apreciados os seus requisitos legais; que quer no âmbito do novo CC (artº 1564º), que no novo C.P.C. (artº 709º), a figura de moratória deixou de existir. Pelo que, os presentes autos de embargos devem reger pelas regras do C.P.C. de 1961, caso contrário, a embargante nem tem fundamento para embargar, visto que a figura de moratória deixou de existir actualmente.

Ao contrário, entendeu a recorrente:

13. Os embargos de terceiro, embora sejam deduzidos como dependência do processo em que é ordenado o acto ofensivo do direito da embargante, não deixam de constituir em novo processo.
14. Os embargos, sejam qualificados como incidente ou acção possessória, constituem, por si, um processo autónomo, ao qual é aplicado o novo código por força da primeira parte da norma prevista no nº 2 do artigo 2º do Decreto-Lei 55/99/M.

Quanto à aplicação das leis processual no tempo, conforme Manuel Andrade, “o problema surge sempre que o processo é instaurado na vigência duma certa lei, mas não está ainda concluído no momento da entrada em vigor duma lei nova, incompatível em dados pontos com a anterior, ou sempre que o direito material, cuja tutela se pretende obter, procede de facto anterior à lei processual, vigente na altura em que a acção é proposta”. Neste âmbito, continua o Professor, “trata-se principalmente de saber se o processo deve ser regulado pela lei do tempo do facto ou relação material cuja apreciação está em causa, ou se deve ser inteiramente disciplinado pela lei do tempo da propositura da acção, ou ainda se para cada acto de processo não rege antes a lei do tempo da sua realização”.¹

O problema pode evidentemente ser solucionado quer por meio de disposições transitórias gerais, válidas para todas as novas leis ou para as novas leis de certo tipo ou categoria, quer por meio de disposições transitórias especiais, válidas somente para determinada lei processual concreta. Sempre, porém, que nada esteja legislativamente fixado, não-de valer para o efeito os critérios formulados em tese geral pela doutrina.²

¹ *In* *Nocões Elementares de Processo Civil*, Edição de 1993 (reimpressão), p.41.

² *sup. cit.*

Na lei aprovadora do Código de Processo Civil (o D.L. n.º 55/99/M), ao passo de manter o princípio de aplicação imediata da lei processual (artigo 2.º n.º 2 do mesmo decreto-lei) – pelo que, ao processo principal, instaurado antes da entrada em vigor o C.P.C. de 1999, é aplicável o Código de 1961 -, manda expressamente a aplicar aos processos pendentes nos aos casos previstos seguintes artigos contidos no novo C.P.C.:

- artigo 97.º n.º 2 (prorrogação do prazo por acordo das partes)
- artigo 100.º (Entrega ou remessa a juízo das peças processuais)
- artigo 223.º n.º 4 (suspensão da instância por acordo das partes)
- artigo 224.º (Incumprimento de obrigações fiscais)

Além disto, a lei aprovadora do CPC não contem outras disposições transitórias quer geral quer especial, nomeadamente quanto aos embargos de terceiro.

Em Portugal, cuja teoria do direito processual é seguida pela lei de Macau, especificou as seguintes regimes especiais:

- Aos procedimentos de natureza declarativa enxertados em execuções pendentes e que devam ser deduzidos na sequência de prazos iniciados após 1 de Janeiro de 1997 são inteiramente aplicáveis as disposições da lei nova, incluindo as referentes ao novo processamento do processo declarativo ordinário, sumário ou sumaríssimo (art.º 26.º, n.º 1, DL 329-A/95). Esta previsão abrange, por exemplo, os embargos de executado (art.ºs 812.º a 818.º, 926.º, n.º 1, 929.º e 933.º, n.ºs 2 e 3) e os embargos de terceiro (art.ºs 351.º a 359.º).

O art.º 26.º, n.º2, DL 329-A/95 determina que às penhoras ordenadas após 1 de Janeiro de 1997 é aplicável o disposto nos art.ºs 821.º a 832.º (bens que podem ser penhorados) e 837.º-A a

863º-B (relativos à averiguação oficiosa de bens penhoráveis e ao dever de cooperação do executado, bem como à penhora de imóveis, de móveis e de direitos).

- Em caso de moratória forçada, segundo o artº 27º DL 329-A/95, é aplicável às causas pendentes em 1 de Janeiro de 1997 a nova redacção dada ao artº 1696 CC pelo artº 4º, nº 1, DL 329-A/95. Isto significa que a supressão da moratória forçada (que existia quando, numa execução por uma dívida da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges, fosse penhorada a meação nos bens comuns) é imediatamente aplicável às execuções pendentes em 1 de Janeiro de 1997.³

Os Acórdãos do STJ de Portugal demonstram-se ter julgado neste sentido (v.g. o Ac. de 20/11/98, do processo nº 98A847).

Ora, os embargos de terceiro são deduzidos, por quem não é parte no processo de execução, com a finalidade de se opoe à decisão de penhora – in casu, a cônjuge do executado – a processar na dependência processual (no novo Código, em vez da dependência processual, diz-se “por apenso”).

Por os embargos de terceiro correrem por apenso ao processo de execução, é de saber qual relação com o principal.

Quanto aos embargos de terceiro, o novo Código define-os como um processo diferente do anterior: no âmbito do Código de 1961, os embargos de terceiro integram no âmbito do processo especial, um tipo dos meios possessórios, e no do novo Código, os mesmos são colocados no capítulo que regula o incidente da instância. Mas, não trouxe qualquer coisa nova no seu processamento.

³ Miguel Teixeira de Sousa, Estudos Sobre O Novo Processo Civil, 1997, p.p.20-21

Embora os mesmos não deixam de ter característica de uma verdadeira “acção declarativa”, estão processualmente ligados ao processo principal, pendente na dedução dos embargos, pois os seus pressupostos processuais – acto judicial e diligência de penhora ordenadas com fundamento no âmbito do Código de Processo Civil aplicado aos termos processuais do principal, e derivadores dos embargos de terceiro – dependem necessariamente do seu principal.

Sob uma dependência processual, proferido o despacho de recebimento dos embargos de terceiro, “os termos do processo de que são dependências ficam suspensos quanto aos bens a que os embargos dizem respeito e o embargante pode requerer logo, prestando caução, a restituição provisória da posse” (artigo 1041º nº 2 do Código de Processo Civil). E, finalmente a procedência dos embargos acarreta o levantamento da penhora ordenada no processo principal sobre os bens respectivos, que serão entregue ao embargante.⁴

Por este entendimento, afigura-se-nos mais aceitável manter-se a coincidência na aplicação da lei entre o processo apenso e principal.

Assim sendo, é de concluir, nesta parte, pela aplicação do C.P.C. que era aplicável ao processo principal.

Pelo que prosseguimos.

3. Ampliação da causa de pedir.

Antes de prosseguir, cabe destacar a questão de admissibilidade dos embargos de terceiro, em caso de aplicação do CPC de 1961. É assim de considerar o disposto do artigo 1038º do CPC.

⁴ Vide também, Prof. Castro Mendes, *Direito Processual Civil*, Vol. III, 1989, p. 417.

No Novo CPC, a sentença de mérito proferida nos embargos constitui caso julgado material quanto à titularidade do direito invocado – artigo 299º do C.P.C. (1999).

Disponha este artigo:

“2. A nenhum dos cônjuges é permitido deduzir embargos de terceiro relativamente aos bens comuns:

- c) Quando, não havendo lugar à moratória previsto no nº 1 do artigo 825º, o credor tenha pedido a citação do cônjuge não responsável para requerer a reparação de bens.”

Porém a resolução desta questão pressupõe a falta de moratória nos termos do artigo 825º do CPC, isto é a questão que cumpre apreciar neste recurso – ónus de prova sobre a comercialidade da dívida exequenda para o efeito de alegação da moratória.

Pelo que esta questão não teria solução sem responder em primeiro lugar essa última.

Passemos então a apreciar a questão de admissibilidade da ampliação de causa de pedir.

Decidida a questão da aplicação da lei processual no tempo, esta questão não será difícil de resolver.

Recebidos os embargos, são notificadas para contesta as partes primitivas, seguindo-se os termos do processo sumário (de declaração), – artigo 1033º *ex vi* artigo 1042º nº 1 do C.P.C., (como é obvio não se aplica o disposto no artigo 1034º pois o embargado não alegou ter direito de propriedade sobre a coisa).

Como regra geral, a alteração ou ampliação da causa de pedir pode haver lugar em qualquer altura por acordo das partes sem perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento do pleito – artigo 272º do C.P.C. (1961), que não é o caso.

Não havendo acordo das partes, a causa de pedir só pode ser alterada ou ampliada na réplica, se o processo a admitir, a não ser que a

alteração ou ampliação seja consequência de confissão feita pelo réu e aceita pelo autor – nº 1 do artigo 273º do C.P.C. (1961).

In casu, a embargante, perante a contestação do embargado que excepcionou por falta de alegar a posse para os efeitos dos embargos de terceiro, veio sob título de “resposta à contestação” articular factos respeitante à sua “posse”, e subsidiariamente os factos da ilidir a comercialidade da dívida.

No processo sumário, havendo embora figura de “resposta à contestação”, que tem por finalidade de “impugnar” às algumas excepções deduzidas pelo réu, tal expressão “réplica”, conforme Alberto Reis, “é empregada aqui no sentido restrito de articulado ao qual o réu pode opor a tréplica, e não no sentido amplo de resposta à contestação”, ou seja, “a resposta a que se refere o artigo 785º não vale como réplica para o efeito do artigo 278º”.⁵

Pelo que não é admissível a ampliação da causa de pedir e, em consequência, os novos factos articulados na resposta serão considerados não escritos.

Assim, passamos a apreciar a questão essencial do presente recurso.

4. Comercialidade da dívida

Como resulta dos autos, na execução ordinária, movida contra o marido da embargante e com título de uma livrança por ele sacada, foi penhorada a fracção autónoma designada por “A31” do 31º andar A, para habitação, e a 2/415 parte da fracção autónoma designada por “AC/V1” da 1ª Cave “A”, com 1ª e 2ª caves, para estacionamento, do prédio com os nºs XX. Citada a ora embargante, veio deduzir embargos de terceiro, alegando que era casada no regime de comunhão de adquiridos com o

⁵ *In* Comentário Vol III, p. 123.

executado, as mesmas fracções foram adquiridas durante a constância do matrimónio, pelo que constituem bens comuns do executado e da embargante, assim, a penhora deve ser ilegal e nula.

Antes de avançar, destaca-se que não parece necessário para a embargante alegar ainda os factos respeitantes à sua “posse real”, uma vez que a embargante já tinha alegado os factos demonstrativos da sua propriedade, em comunhão com executado, do bem penhorado (artigo 2º - 4º do requerimento dos embargos).

Os embargos de terceiro deduzido pelo cônjuge do executado são especialmente previsto no artigo 1038º do Código de Processo Civil, e basta o cônjuge não executado comprovar que a sua meação nos bens comuns penhorados não são responsáveis pela dívida exclusiva do executado.

O que tem que fazer é que, como no presente caso, um cônjuge que tenha a posição de terceiro pode deduzir embargos de terceiro à penhora de bens comuns do casal quando a dívida não é comunicável.⁶

Assim, vejamos.

Na motivação do recurso, o recorrente entendeu essencialmente que: os bens penhorados eram bens comuns da embargante e o executado, casados sob regime de comunhão de adquiridos; a embargante goza do poder de moratória nos termos da lei substantiva sobre os bens comuns dos cônjuges contra a dívida próprio de um deles; a dívida exequenda é dívida própria do executado, cuja comercialidade substancial, para o efeito do afastamento da existência da moratória, devia caber ao exequente a provar, no momento da nomeação de bens para a penhora.

O que nos parece é que a embargante partiu doutro entendimento

⁶ Castro Mendes, *Direito Processual Civil*, III, p. 398. Neste sentido também o Ac. do TSJ de Portugal de 17 de Abril de 1980, *in BMJ*, 296º, 229.

sobre a questão jurídica em causa, considerando não estar sujeito ao ónus de prova da não comercialidade substancial da dívida exequenda, acabou por não ter alegado factos essenciais nos presentes embargos.

Como resultou dos autos, a penhora, que derivou os presentes embargos, foi efectuada sobre um bem comum numa execução movida contra só um dos cônjuges, com base numa livrança por ele subscrita; foi depois citado o cônjuge não executado nos termos do artigo 825º do Código de Processo Civil.⁷

Sobre os embargos de terceiro, dispõe o artigo 1037º do Código de 1961:

“1. Quando a penhora, o arresto, o arrolamento, a posse judicial, o despejo ou qualquer outra diligência ordenada judicialmente, que não seja apreensão de bens em processo de falência ou de insolvência, ofenda a posse de terceiro, pode o lesado fazer-se restituir à sua posse por meio de embargos de terceiro.

2. ...”

Ao cônjuge do executado, em especial, é conferido o direito de deduzir os embargos de terceiro, quando não for executado. Dispõe o artigo 1038º do Código de Processo Civil:

“O cônjuge que tenha a posição de terceiro pode, sem autorização do outro, defender por meio de embargos a sua posse quanto aos bens próprios e aos bens comuns.”

Vejamos assim de que fundamento serve para os embargos de terceiro.

Perante a penhora sobre bens comuns do casal, o cônjuge não

⁷ A citação deve ser requerida pelo exequente na nomeação dos bens para a penhora, mas a citação requerida não deve ser ordenada imediatamente, podendo efectuada ao cumprir o artigo 864º ou actualmente o artigo 755º do Código de Processo Civil.

executado deve fazer tudo para defender os seus próprios direitos sobre os bens comuns penhorados, por via da excussão dos bens próprios do cônjuge devedor e da incomunicabilidade da dívida.

Logicamente é por este que a embargante devia fazer em primeiro lugar. Depois, na procedência da questão, é que defender o seu direito da meação sobre os bens comuns atingidos, com fundamento na “moratória forçada”.

Como dispõe o artigo 1696º do Código Civil,

“1. Pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges respondem os bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente, a sua meação nos bens comuns; neste caso, porém, o cumprimento só é exigível depois de dissolvido, declarado nulo ou anulado o casamento, ou depois de decretada a separação judicial de bens.”

“Esta dilação, na palavra do Acórdão de 17 de Fevereiro de 2000 do Processo nº 1274, para que o credor se faça pagar pelos bens comuns, doutrinariamente apelidada de “moratória forçada”, tem como razão de ser o facto de os bens comuns estarem afectados à satisfação das necessidades comuns do casal.”

E como entendeu o Prof. Ferrer Correia, os bens comuns do casal “Constituindo ... um património de afectação especial, é lógico que só respondam pelas dívidas relacionadas com... a satisfação das necessidades comuns do casal. E, ... quando passam a responder por dívidas próprias dos cônjuges, é num momento em que, por se ter dissolvido o casal – ou por se ter verificado a separação das meações – já deixaram de ser bens comuns para passarem a ser bens próprios”.⁸

Porém isto é o que acontece quanto às dívidas civis. Sendo dívida

⁸ In “Lições de Direito Comercial”, Vol. I, pág. 181 e segs.

comercial, a resolução seria outra.

Como resultou dos autos, sendo a dívida exequenda titulada por uma livrança, que constitui um acto de comércio objectivo, por ser especialmente regulado na lei comercial.

Previa o artigo 10º do Código Comercial (1888) que “[o] pagamento das dívidas comerciais do marido – leia-se, de um dos cônjuges – que tiver de ser feito pela meação dele nos bens comuns, pode ser exigido antes de dissolvido o matrimónio ou de haver separação, sendo, porém, a mulher – o outro cônjuge – citada para querendo, requerer a separação judicial de bens no decêncio posterior à penhora”.

O essencial deste artigo foi a dispensa da moratória forçada à dívida comercial, como entende Pinto Furtado, “o sentido profundo da norma estatuída no artigo 10º do Código Comercial resume-se ao seguinte: o credor do cônjuges individualmente obrigado por dívida incomunicável ao outro cônjuges não terá de esperar pela extinção do casamento ou pela separação para se fazer pagar através de bens da meação do seu devedor, desde que o crédito se insira em obrigação emergente de acto de comércio”.⁹

E o funcionamento desta disposição da lei substantiva encontra-se preceituado no nº 2 do artigoº 825º do Código de Processo Civil (1961): “não havendo lugar à moratória, podem ser imediatamente penhorados os bens comuns do casal, contanto que o exequente, ao nomeá-los à penhora, peça a citação do cônjuge do executado, para requerer a separação de bens”.

Esta situação, sendo dívida exequenda formalmente comercial, insere-se, na palavra do Pinto Furtado, “no quadro processual do princípio da tutela provisória da aparência, dispensando toda a exigência

⁹ Pinto Furtado, Dívidas comerciais ou dos comerciantes e execitorieidade por dívida dos cônjuges, in Inocêncio Galvão Telles, *O Direito*, Anos 106º -119º, 1974/1987.

de prévia documentação da comercialidade da obrigação exequenda”,¹⁰ admitindo, porém, que o executado ou um terceiro cujo direito se encontrar atingido pela penhora, faz afastar, com vista de beneficiar da moratória os bens penhorados, a comercialidade substancial da dívida exequenda, ou seja, provar a dívida não ser comercial.

Quer dizer, *in casu*, incumbe à embargante o ónus de prova da não “comercialidade substancial da dívida”.

A idêntica questão tinha sido pronunciado nos recentes dois Acórdãos deste TSI de 17 de Fevereiro de 2000 do Processo nº 1262 e de 17 de Fevereiro de 2000 do Processo nº 1274, que consignou:

“Perante um requerimento de penhora de um bem comum efectuado numa execução movida com base numa livrança subscrita por um dos cônjuges, desde que requerida a citação do cônjuge não executado, deve o Tribunal, com base na “prova da primeira aparência” do título exequendo, e desde que do mesmo não resulte, desde logo, afastada a “comercialidade substancial da dívida”, ordená-la e, relegar para os eventuais embargos, o momento da prova da “comercialidade substancial da dívida exequenda”.

Sobre a questão, como citou também o Acórdão do processo nº 1274, já Guilherme Moreira se tinha pronunciado, afirmando que “é ao cônjuge do subscritor cambiário, ao embargar a penhora, que incumbe provar que a letra não teve por causa uma relação mercantil”.¹¹ Sendo secundado por Alberto dos Reis que no seu “Processo de Execução” escreveu que “não é ao credor, munido de título formalmente comercial que incumbe a prova da comercialidade substancial para poder aproveitar do benefício do artº 10º; é ao devedor ou à mulher que incumbe alegar e provar, para

¹⁰ In, “Disposições Gerais do Código Comercial”, págs. 30 e segs..

¹¹ In, Boletim de Faculdade de Direitos de Coimbra, V, pág.251.

afastar a aplicação do artigo, a natureza civil da obrigação subjacente”.¹²

Logo se vê, concluiu Pinto Furtado, “que não pode verdadeiramente impender sobre o credor nenhum ónus de prova dos factos demonstrativos da comercialidade substancial da obrigação, quando nomeia à penhora bens comuns requerendo a citação do cônjuges do devedor para assim obter pagamento imediato pelos bens vierem a final a caber na meação do executado.

O cônjuge citado é que, se entender que a obrigação exequenda não tem aquele carácter, deverá embargar de terceiro e, por directa aplicação dos princípios estatuídos no artigo 342º do Código Civil, cabendo-lhe demonstrar os factos constitutivos do direito que oponha à penhora, terá de fazer então a prova de que falta à dívida comercialidade substancial susceptível de excluir a moratória civil”.¹³

Assim, sendo os embargos a sede própria para se discutir desta comercialidade (substancial), deve alegar os factos demonstrativos da sua negativa.

Perante a falta de alegação dos factos em contrários, pode o Tribunal tomar imediatamente decisão conscenciosa dos embargos, caso outro motivo não impeça.

In casu, e em consequência da decisão acima tomada quanto à parte da (in)admissibilidade da ampliação da causa de pedir, ficando apenas os alegados factos de serem bens comuns do casal as fracções autónomas penhoradas, considera-se impossível consignar factos comprovativos, por

¹² Vd. vol. I, pág. 296 e no mesmo sentido ainda, Vaz Serra, in R.L.J., n.º110, pág. 196. vd. Ac. de 17.02.2000, Proc. n.º 1262, também por nós relatado. Tal doutrina, cremos, é também acolhida pela jurisprudência mais recente do S.T.J., em especial, no que diz respeito à adequação dos embargos para se discutir da “comercialidade substancial da dívida” (Vd., vg., Ac. do S.T.J. de 21.06.94, P. n.º 085266; de 26.09.95, P. n.º 087328; de 09.11.95, P. n.º 087330; de 07.05.96, P. n.º 96A028; de 26.11.96, P. n.º 96A549 e de 24.02.99, P. n.º 96A410 in, <http://www.dgsi.pt/>).

¹³ Pinto Furtado, Dívidas comerciais ou dos comerciantes e executoriedade por dívida dos cônjuges, in *O Direito*, p. 44.

provar, da não comercialidade substancial da dívida exequenda.

Assim sendo, o que nos parece é que, sem necessidade de prosseguir o julgamento da matéria de facto, pode-se já decidir liquidamente a causa, nos termos do artigo 510º nº 1 al. c) do Código de Processo Civil.

E por não terem alegados factos para fundamentar os seus embargos de terceiro, devem os embargos ser julgados improcedentes.

Ponderado, resta decidir.

Acordam neste Tribunal de Segunda Instância em:

- a. Improceder o fundamento do recorrido no incidente da fl. 76.
- b. Negar provimento ao recurso interposto pela embargante, mantendo-se a decisão recorrida.

Custas do incidente pelo recorrido, com taxa de justiça de 1/2 UC, e do recurso pela embargante.

Macau, RAE, aos 26 de Setembro de 2002

Choi Mou Pan (Relator) - José Maria Dias Azedo - Lai Kin Hong (com a declaração de voto)

Recurso nº 183/2001
Declaração de voto

Concordando embora com o Acórdão antecedente na parte que diz respeito à aplicabilidade ao presente caso do CPC de 1961, não posso deixar de manifestar a minha discordância em relação à decisão do Acórdão no sentido de considerar que, no âmbito de embargos deduzidos pelo cônjuge não executado com fundamento na existência da moratória, é a ele cabe o ônus de prova da não comercialidade da dívida exequenda e julgar improcedentes os embargos com fundamento na falta de alegação e produção de prova demonstrativa de não comercialidade da dívida.

Votaria a favor dessa tese se o exequente, ao nomear um bem comum à penhora, tivesse já demonstrado a comercialidade substantiva da dívida exequenda.

Entendo assim dado que a eventual procedência dos embargos não pode deixar de se relacionar com a legalidade da penhora, ora posta em crise pelos mesmos embargos.

Salvo o devido respeito, não acolho a doutrina de “tutela provisória da aparência” defendida por Pinto Furtado, ora acolhida pelo Acórdão antecedente.

Pelo contrário, entendo como boa a tese preconizada na douda declaração de voto junta ao Acórdão de 17FEV2000, proferido no Processo nº 1262, na esteira da jurisprudência e doutrinas nela identificadas.

De acordo com essa tese, para poder fazer penhorar imediatamente os bens comuns do casal no caso de execução movida contra um só cônjuge pela dívida da sua exclusiva responsabilidade, o exequente, quanto munido de uma livrança como título executivo como acontece no presente caso, terá que provar factos que afastem a moratória (i.e. factos que provem a comercialidade substancial da dívida exequenda titulada pela livrança, bem como a inexistência ou insuficiência de bens próprios do cônjuges devedor).

Na verdade, o instituto de embargos do cônjuge como terceiro não executado se destine a reagir contra uma penhora judicialmente ordenada que ofenda a sua posse, como um mecanismo de resistência contra a ilegalidade dessa diligência

judicial a operar *a jusante*, através de alegação e produção da contraprova demonstrativa dos factos impeditivos do direito do exequente em ver penhorados imediatamente os bens comuns do casal, à luz da regras probatórias previstas no artº 346º do Código Civil de 1966.

Não tendo o exequente (a quem cabe o ónus de prova do seu direito a ver penhorados imediatamente os bens comuns por força do disposto no artº 342º do CC de 1966 ou 335º do Código Civil de Macau) demonstrado *a montante* a comercialidade substancial da dívida subjacente ao título cartular (livrança) no processo principal da execução, deve o cônjuge não devedor, no âmbito dos embargos, ficar desonerado de alegar e produzir a contraprova da não comercialidade substancial dessa dívida, nos termos do artº 346º do Código Civil de 1966 (ou artº 339º do Código Civil de Macau), bastando para tal alegar e provar a sua posse e a natureza de bem comum do bem penhorado, uma vez que o exequente não beneficia da presunção da comercialidade substancial da dívida de que é credor.

Pelo exposto, *in casu* não são relevantes a não alegação e a não produção da prova demonstrativa da não comercialidade substancial da dívida pelo embargante, dado que a ilegalidade *a montante* da penhora ordenada de um bem comum por não demonstrada pelo exequente a comercialidade substancial da dívida conduz necessariamente à procedência dos embargos desde que o embargante tenha logrado provar a posse em relação ao bem penhorado e a sua natureza de um bem comum.

R.A.E.M., 26SET2002

Lai Kin Hong