

Processo n.º 1115/2018

(Recurso em matéria cível)

Relator: Fong Man Chong

Data : 06/Junho/2019

ASSUNTOS:

- Matéria exceptiva invocada pelo embargante e selecção para decisão
- Insuficiência de matéria de facto e consequência

SUMÁRIO:

I – Quando o embargante invoca factos para convencer o Tribunal que *ele não era nem é sujeito da relação jurídica material subjacente creditória*, ou seja, ele não é devedor da dívida, e como tal a acção executiva não deve ser movida contra ele (versão esta que, parece-nos, foi aceite pelo Tribunal *a quo*), esta matéria exceptiva (*artigo 7º a 14º do articulado – fls. 4 e 5 dos autos*) devia ser devidamente seleccionada para a base de instrução (BI), caso contrário verificar-se-ia insuficiência de matéria de facto para decisão.

II – Em matéria da elaboração do saneador, através do artigo 439º do CPC o legislador manda que sejam seleccionados factos relevantes segundo as várias soluções plausíveis das questões de Direito. No caso o Tribunal *a quo* tomou a

respectiva decisão com base apenas num facto provado (A exequente deu à execução o documento 10 junto com o p.i. da execução, subscrito pelo executado e cujo teor aqui se dá por reproduzido para os legais e devidos efeitos, titulando o valor de HKD\$1.000.000,00. (alínea A) dos factos assentes)! O que nitidamente é insuficiente!

III - De realçar que, uma coisa é não provar que “o executado não solicitou ao exequente empréstimo” (quesito 1º), outra é provar que “tal empréstimo foi contraído por um terceiro, sendo este que solicitou a intervenção do executado”, foi esta tese apresentada pelo embargante, ou seja, este pretende provar que ele não é sujeito da relação material subjacente, matéria esta que deve ser incorporada na BI, sujeita à contradição das partes.

IV - Pelo que, ao abrigo do disposto no artigo 629º/4 do CPC, há-de revogar-se a sentença, mandando-se ampliar a matéria de facto da BI, de modo a incluir os factos alegados pelo embargante que constituem excepções nos termos acima vistos.

O Relator,

Fong Man Chong

Processo n.º 1115/2018

(Autos de recurso em matéria cível)

Data : 06 de Junho de 2019

Recorrente : **A S.A. (A 有限公司)**

Recorrido : **B**

*

Acordam os Juízes do Tribunal de Segunda Instância da RAEM:

Nota preliminar:

Foi apresentado pelo Exmo. Juíz Relator o projecto do acórdão deste processo com o seguinte teor:

I

Por apenso à execução ordinária n.º CV3-15-0176-CEO que lhe move a A, S.A., veio B deduzir os embargos de executado, dizendo que lhe não emprestou dinheiro algum e portanto lhe nada deve.

A final veio a ser proferida a seguinte sentença julgando procedentes os embargos:

RELATÓRIO

B, portador do BIRM n.ºXXXX, residente em Macau, na XXXXXX, vêm intentar a presente

EMBARGOS À EXECUÇÃO contra

A, SA (A 有限公司), com sede em Macau no XXXXXX, matriculado na Conservatória do Registo Predial com o n.ºXXXXXX(SO).

Nos autos de execução, pretende a embargada executar a dívida que reclama ter contra o embargante na quantia de HKD\$1.000.000,00, tendo por título executivo uma declaração de dívida subscrita pelo embargante, alegando que é entidade habilitada para concessão de empréstimo para jogo, no exercício dessa actividade, tinha emprestado a quantia de HKD\$1.000.000,00 a este sem que lhe devolvesse o empréstimo concedido.

O embargante, através dos embargos constantes a fls. 2 a 7, opor-se à execução, admitindo a subscrição do

documento dado à execução, mas argumentando que foi o C pediu emprestar o montante indicado naquele documento à embargada e recebeu o montante através da conta nº1029, negando que tinha pedido emprestar dinheiro à embargada.

A embargada apresentou contestação com os fundamentos constantes de fls. 15 a 22 dos autos.

Realiza-se a audiência e julgamento pelo Tribunal Colectivo de acordo com formalismo legal.

*

O Tribunal é competente em razão da matéria, da hierarquia e internacionalmente e o processo é próprio.

As partes gozam de personalidade e capacidade jurídicas e são legítimas.

Não existem excepções, nulidades ou outras questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

I) FACTOS

Dos autos resultam assente a seguinte factualidade com interesse para a decisão da causa:

Da Matéria de Facto Assente:

- A exequente deu à execução o documento 10 junto com o p.i. da execução, subscrito pelo executado e cujo teor aqui se dá por reproduzido para os legais e devidos efeitos, titulando o valor de HKD\$1.000.000,00. (alínea A) dos factos assentes)

II) FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Cumpram analisar os factos e aplicar o direito.

Os fundamentos dos embargos deduzidos pelo embargante concentra-se na impugnação da relação de empréstimo alegada pela embargada no requerimento executivo, traduzindo nos factos em que foi o C pediu emprestar o montante indicado naquele documento à embargada e recebeu o montante através da conta nº1029, negando que ele próprio tinha pedido emprestar dinheiro à embargada.

Portanto, o embargante põe em causa a existência da relação fundamental de empréstimo com a embargada que subjaz o documento dado à execução pela mesma.

Feito o julgamento, consta dos factos assentes apenas o facto de que a exequente deu à execução o documento 10 junto com a p.i. da execução subscrito pelo executado, com o valor de HKD\$1.000.000,00.

Não vêm comprovados os factos alegados pela embargada na sua p.i. sobre a relação jurídica que fundamenta a

emissão do documento dado à execução.

Qual será a consequência que retirará da falta de prova desses factos?

Para responder a essa pergunta, urge saber sobre quem tem o ónus de prova desses factos.

De acordo com o disposto da alínea c) do artº677º do C.P.C., *“À execução apenas podem servir de base os documentos particulares, assinados pelo devedor, que importem constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias, cujo montante seja determinado ou determinável nos termos do artº689º, ou de obrigação de entrega de coisas móveis ou de prestação de facto.”*

Aos documentos particulares são conferidos força suficiente para desenrolar acções executivas. No entanto, o título executivo não é documento com força legal, “a força exequível dos títulos só presume a existência do crédito e não a prova a sua real existência, portanto, o crédito alegadamente existente e indicado no documento particular, poderá não se corresponder à veracidade.

O risco que representa a possibilidade de ao título executivo não corresponder um direito efectivamente existe é coberto pela defesa que a lei permite ao executado exercer em oposição à execução. ¹Através da oposição por embargos, são permitidos ao executado todos os fundamentos permitidos deduzir como defesa no processo de declaração. (artº699º do C.P.C.)

No que diz respeito à natureza dos embargos, diz Febr de Leitas, diversamente da contestação da acção declarativa, a oposição por embargos de executado, constituindo, de ponto de vista estrutural, algo de extrínseco à acção executiva, toma o carácter duma contra-acção tendente a obstar à produção dos efeitos do título executivo e (ou) da acção que nele se baseia. ²No entanto, essa característica própria dos embargos à execução não significa a alteração da regra geral do ónus de prova, os títulos executivos não possuem força probatórias legais, os executados deduzem embargos para infirmar a verdadeira existência dos créditos exequentes, não cabe aos executados fazer prova negativa dos factos constitutivos do direito que alegadamente tem o exequente, mas ao exequente a prova da sua existência. A regra de ónus de prova não é determinada pela posição ocupada pelas partes no processo mas pela sua posição na relação jurídica material. (Anselmos de Castro *in ob. ci*, pg. 49)

Por isso, nos embargos observa-se a mesma regra de ónus de prova regulada no processo de declaração, isto é, o disposto do artº335º do C.C..

Se os embargos forem de natureza substantiva, como por exemplos, impugnar a existência da relação jurídica material subjacente a título executivo, incumbirá ao exequente o ónus de provar os factos constitutivos do respectivo direito.

*

No caso em apreço, alegou o embargante que ele não tinha contraído empréstimo com a embargada, dizendo que quem tinha estabelecido empréstimo com ela é um indivíduo C.

O embargante põe em causa a própria relação material subjacente do título executivo, que a embargada alegou que o

¹ Anselmos de Castro *in* Acção Executiva, Singular, Comum e Especial, 2ª edi. pg. 46

² *In* Acção Executiva, 2ª Edi., pg. 157

crédito titulado no documento dado à execução emerge duma relação de empréstimo estabelecido entre ela e o embargante.

Portanto, segundo a regra do ónus de prova, cabe ao exequente a provar a real existência da relação jurídica material de empréstimo donde nasce o crédito reportado no documento dado à execução.

Não tendo a embargada logrado provar a relação jurídica material subjacente, que é empréstimo entre ela e o embargante, suporte fundamental do crédito reclamado com base no documento dado à execução, impõe-se julgar procedentes os embargos.

III) DECISÃO

Em face de todo o que fica exposto e justificado, o Tribunal julgam-se procedentes os embargos deduzidos pelo embargante **B** contra a **embargada A, SA** e, em consequência, declara-se extinta a execução movida pela última contra aquele.

*

Custas dos embargos pela embargada.

*

Registe e Notifique.

**

據上論結，本法庭裁定提出異議人透過異議反對執行的理由成立，因而宣告終止被提出異議人 **B 有限公司** 針對提出異議人 **A** 提起的執行程序

*

訴訟費用由被提出異議人承擔。

*

依法作出通知及登錄本判決。

Não se conformando com essa sentença, vem agora a embargada A, S.A. recorrer dela para este Tribunal de Segunda Instância, concluindo e pedindo:

III. 結論

一、 上訴人認為原審法庭作出的被上訴裁判基於以下五項原因，應當改判全部調查基礎事實均獲得證實，裁定被上訴人提出的執行異議理由不成立：

(一) 被上訴裁判違反《民法典》第368條第1款、第370條第1款，以及第387條第2款關於證據證明

力之規定。

(二) 違反《民法典》第335條第2款關於舉證責任之規定、第452條第1款，以及第355條規定之規定。

(三) 原審法庭就事實方面作出的合議庭裁判不正確，錯誤評價相關證據，綜合證人證言、載於卷宗第105頁至第108頁之開戶聲明，以至根據一般經驗法則，以及賭場借貸之實務操作，皆可認定上訴人是借款予簽署借據的被上訴人，而非借款予F。

(四) 於事實方面的合議庭裁判當中，錯誤判定證人之證言，錯誤認定F作出同意或准許的含意，誤解本案之借貸法律關係的主體。

(五) 於事實方面的合議庭裁判當中，原審法庭錯誤認定F向上訴人作出的聲明之法律定性，錯誤評價其證據價值，違反《民法典》第209條之規定。

二、 第一，被上訴裁判違反《民法典》第368條第1款、第370條第1款，以及第387條第2款關於證據證明力之規定。

三、 本案執行名義載於主案卷宗，附於執行聲請之附件10，文件左上方載明“正式借款憑證”，性質實際上是一借據。

四、 執行名義“借款人簽名”欄目載有被上訴人A之簽名，清晰可見。被上訴人對上述簽名沒有提出任何爭執或異議。

五、 根據《民法典》第356條第2款，公文書係指公共當局在其權限範圍內、或公證員或被授予公信力之官員在其所獲授權之行事範圍內依法定手續繕立之文書。本案之執行名義不符合公文書之要件，所以，屬於私文書。

六、 按同一法典第368條第1款，若私文書所針對之當事人不對私文書內之簽名提起爭議，則有關簽名視為真實。而本案中，執行名義所針對的當事人是被上訴人A，其沒有對“A”之簽名提出爭執，所以，該簽名視為確實由被上訴人簽署。

七、 按同一法典第370條第1款，經認定作成人之私文書，對其作成人所作之意思表示有完全證明力，即執行名義之內容對被上訴人具完全證明力，視為被上訴人作出該等意思表示，除非被上訴人透過完全反證推翻之。

八、 而法典第387條第2款規定，對於具完全證明力的意思表示，不得採納人證以作推翻。

九、 可是，原審法庭卻於事實事宜的合議庭裁判當中，指出基於證人證言，推翻被上訴人向上訴人借款之事實，此明顯違反《民法典》第368條第1款、第370條第1款，以及第387條第2款之規定。

十、 被上訴人亦沒有提出人證以外之方式，以推翻執行名義之意思表示的完全證明力。

十一、如此，執行名義上表述的關於“被上訴人向上訴人借取款項”之全部事實，以及被上訴人作出的還款承諾，皆應獲得證實，即調查基礎之全部三條事實應獲得證實，而被上訴裁判因採納人證而明顯違反上述關於證據證明力的規定，應當變更被上訴裁判，並判處調查基礎之全部事實獲得證實。

十二、第二，被上訴裁判違反《民法典》第335條第2款關於舉證責任之規定、第452條第1款，以及第355條規定之規定。

十三、被上訴人提出執行的異議，聲稱本案的執行名義不是由其本人向上訴人借貸引致，而是由C向上訴人提出借款，對此，被上訴人負舉證責任以證明之。

十四、根據《民事訴訟法典》第677條c項規定，構成執行名義的私文書須符合兩項要件：其一，經債務人簽名；其二，導致設定或確認金錢債務或交付動產之債或作出事實之債。

十五、本案的執行名義載有被上訴人之簽名，內容清楚表述被上訴人向上訴人借款港幣100萬元，承諾於20天內償還款項，逾期不還按年利率48%提計利息，直至全部清償為，所以，本案借據符合上述法律規定，構成執行名義。

十六、法律沒有規定本案涉及的消費借貸法律關係必須採用何種法定要式，而根據《民法典》第355條規定，本案執行名義亦構成書證，得作為證明存在相關消費借貸之證據。

十七、並且，按同一法典第452條第1款，一人僅以單方意思表示許諾作出一項給付或承認一項債務，但未指明原因者，債權人無須證明基礎關係。

十八、本案執行名義上，明確顯示被上訴人承認向上訴人借取款項，並承諾還款，此符合《民法典》第452條第1款，足以顯示被上訴人單方面作出意思表示。

十九、如此，上訴人無須證明基礎關係，且推定存在該基礎關係，除非出現完全反證。所以，被上訴人負舉證責任，必須以完全反證推翻之。

二十、若被上訴人欲避免執行的後果，其負責任主張並證明缺乏基礎關係，或使之不能作為執行之債的淵源的瑕疵，即被上訴人負義務主張並證明雙方之間的借貸關係不存在或存有瑕疵，以致不能執行。

二十一、《民法典》第335條第2款規定之意思，便是本案被上訴人提出異議的情況，被上訴人主張不存在相關消費借貸，則須證明其陳述之事實。

二十二、可是，被上訴裁判卻認為上訴人負舉證責任以證明存在相關借貸事實，違反《民法典》第452條第1款、第335條第2款，以及第355條。

二十三、見證被上訴人簽署借據之證人D和E，是上訴人的帳房職員，於庭審所作證言足以證明被上訴人向上訴人提出借款。

二十四、載於錄音資料Recorded on 16-Jan-2018 at 18.10.51 (2@DS7BFW00720319)的07:55至08:30之時間段內，證人D明確表明其是本案執行名義的帳房經手人，見證被上訴人A要求借款並簽署借據。

二十五、載於錄音資料Recorded on 16-Jan-2018 at 18.27.22 (2@DSSEFG00720319)的10:22至11:17時間段內，證人E亦表明其負責本案執行名義的借款手續，是被上訴人要求借款。

二十六、證人D和E是上訴人貴賓廳的帳房職員，以其職員身份接待被上訴人，二人親身經歷證實被上訴人向他們要求借款。

二十七、並且，本案執行名義載有被上訴人的簽名，承認借款。

二十八、不論書證還是人證，皆充分證明被上訴人向上訴人借取本案涉及款項，並簽署了本案執行名義。

二十九、原審法庭於事實方面的合議庭裁判當中，認定全部調查基礎事實無法獲得證實，明顯違反《民法典》第452條第1款、第335條第2款，以及第355條之規定，錯誤認定上訴人負舉證責任以證明存在相關借貸，因此，應當變更被上訴裁判，判處調查基礎之全部事實獲得證實，被上訴人提出的異議理由不成立。

三十、第三，原審法庭就事實方面作出的合議庭裁判不正確，錯誤評價相關證據，綜合證人證言、載於卷宗第105頁至第108頁之開戶聲明，以至根據一般經驗法則，以及賭場借貸之實務操作，皆可認定上訴人是借款予簽署借據的被上訴人，而非借款予F，所以，根據《民事訴訟法典》第599條，對相關事實之合議庭裁判提出爭執。

三十一、原審法庭於事實事宜之合議庭裁判當中，認為上訴人只是借款予F並確認F是借款人，可是，此認定違反一般經驗法則，以及澳門賭場借貸之實務操作。

三十二、在澳門娛樂場，凡借貸賭博，皆需簽署marker，即本案執行名義之借據。

三十三、涉及簽署marker的借貸金額動輒數十萬、數百萬，甚至數千萬元，如此巨額，即使貸與方是一般自然人，皆不可能僅以口頭方式訂定此消費借貸，因這方式極不保障，亦難以舉證。更何況涉及博彩中介人，以博彩借貸作為其中一項業務。

三十四、上訴人作為博彩中介人，亦按一般賭場之實務操作，要求借款人簽署借據，由賬房職員見證，並由職員將等額籌碼交付予借款人，完全不可能僅以口頭方式設定消費借貸。況且，本案涉及的借貸金額為港幣100萬元，金額巨大，更不可能不要求借款人簽署借據。

三十五、本案當中，被上訴人簽署了執行名義，沒有證據顯示F向上訴人簽署了任何書面借據，以借取本案涉及的借款。

三十六、故此，按照如上所述的實務操作，結合一般經驗法則，足以認定被上訴人A為借款人，而非認定F為借款人。

三十七、而且，根據F庭審證言，載於錄音資料Recorded on 16-Jan-2018 at 17.51.28 (2@DRH^GG00720319)的03:39至04:01時間段內之證言，可證實借款之時，F不在場，不可能簽署任何借據。

三十八、其次，執行名義之兩名見證人D和E亦在庭審上作證，證實被上訴人本人前往貴賓廳提出借款要求，二人的證言載於錄音資料Recorded on 16-Jan-2018 at 18.10.51 (2@DS7BFW00720319)的07:55至08:30，以及錄音資料Recorded on 16-Jan-2018 at 18.27.22 (2@DSSEFG00720319)的10:42至11:17之時間段內。

三十九、案發時，上述兩名證人皆是上訴人的賬房職員，代表上訴人向客戶(即被上訴人)提供服務，沒有證據顯示他們二人須為F本人的私人事務提供任何工作，並且，兩名證人皆證實被上訴人前往上訴人之貴賓廳賬房，以要求借款。

四十、被上訴人之如此行徑，根據《民法典》第209條，已可顯露並認定被上訴人是要求上訴人借取籌碼，而非要求F借貸。

四十一、再者，沒有任何證據顯示被上訴人是受F的委託，以向上訴人借取款項。

四十二、載於卷宗第106頁之開戶聲明，顯示F沒有設定任何受權人。證人D和E亦於庭審上表示，被上訴人本

人要求借取款項，被上訴人沒有提出他的行為是代表何人，亦沒有表示是向F借取籌碼。

四十三、在於上訴人的角度，亦在於上訴人的職員D和E的角度，借款人是被上訴人A本人，向上訴人借取款項。

四十四、另外，載於卷宗第105頁至第108頁之開戶文件，是由上訴人提供予F填寫並簽署的開戶資料，當中的第108頁開戶聲明之條款，尤其b項、c項及k項，亦可明確顯示F即使獲批准帳戶信用額，不等同已向F上訴人借取任何款項。

四十五、F在上述條款下方簽署作實，無人對其簽署提出爭執。

四十六、故此，從上述條款可得知，博彩者欲向上訴人借貸，必須簽署借據等文件，由簽署借據之人向上訴人借取和領取籌碼，並自身承擔債務，此運作是澳門博彩中介人的一般慣常運作，更是本案件的借貸情況。

四十七、原審法庭認為F與上訴人之負責人達成協議，便以此認定相關借貸是被授予F而非A，此明顯將“信用額度”與“實際借貸款項”混為一談。

四十八、比如，某人向銀行申請辦理信用卡一樣，銀行批准該人擁有信用卡簽賬額度一萬元，但不等同該人已向銀行成功借取了一萬元款項，該人亦不會因為擁有了該信用卡而擁有了一萬元。

四十九、同理，根據上述開戶聲明，顯示F即使擁有帳戶信用額度，但若其需要借款，需另行向上訴人提出借款要求，簽署借據，這才是實際向上訴人借取並取得款項。

五十、本案沒有任何證據顯示F已實際向上訴人借取涉案的港幣100萬元款項，證人D和E亦從沒有作證指出F向他們提出借款要求。

五十一、沒有證據顯示F的帳戶內存有港幣100萬元，如此，F既然沒有港幣100萬元，如何答應被上訴人提出的借款要求？

五十二、原審法庭於事實事宜的合議庭裁判當中，在理由說明部分，認定相關借貸是被授予F而非A，即使被上訴人A簽署了執行名義的聲明，但上訴人只是借款予F並確認她是借款人，藉此認定被上訴人A是向F要求借款，而非向上訴人要求借款。顯然，此認定違反一般經驗法則，錯誤評價證人D和E之證言，錯誤認定載於卷宗第105頁至第108頁之開戶聲明的意思表示。

五十三、如上所述，借貸之時，F不在場。而從錄音資料Recorded on 16-Jan-2018 at 18.10.51 (2@DS7BFW00720319)的07:55至08:30，以及資料Recorded on 16-Jan-2018 at 18.27.22 (2@DSSEFG00720319)的10:42至11:17內容，可得知證人D和E於被上訴人簽署本案執行名義時，皆在場見證，他們力指被上訴人本人向他們要求借取款項。

五十四、上述錄音內容均可證實被上訴人向上訴人借取涉案款項，如此，應以此改判調查基礎之全部事實獲得證實，並判處異議理由不成立。

五十五、第四，於事實方面的合議庭裁判當中，原審法庭錯誤審查證據，錯誤判定證人之證言，錯誤認定F作出同意或准許的含意，誤解本案之借貸法律關係的主體，根據《民事訴訟法典》第599條，對相關事實之合議庭裁判提出爭執。

五十六、根據F之庭審作證錄音資料Recorded on 16-Jan-2018 at 17.51.28 (2@DRH^GG00720319)03:39至05:18時間段之內容，得知F在上訴人的貴賓廳賬戶內，存有信用額度，而被上訴人則沒有信用額度。於是，被上訴人使用證人F賬戶的信用額度。

五十仁、按照載於卷宗第108頁之開戶聲明第b項和第c項規定，F承諾，以該聲明內容處理並操作其在上訴人貴賓廳的賬戶。

五十八、按該聲明，被上訴人使用F的帳戶信用額度，不等同被上訴人向F借取任何款項，而且，庭審也沒有證實F擁有相關籌碼以出借予他人。

五十九、被上訴人需以自身名義，向上訴人簽署借據和領取籌碼，由被上訴人本人承擔債務，所以，本案執行名義涉及的港幣100萬元是由被上訴人向上訴人借取的。

六十、證人F於庭審上表示，在被上訴人成功借取款項前，上訴人的賬房需要致電予她，此做法是由於根據上指開戶聲明第c項，若被上訴人借用F的賬戶信用額度，則F須擔保被上訴人拖欠上訴人的全部債務，所以，上訴人的賬房職員致電F，是為了確認F是否願意為被上訴人作擔保。

六十一、若如原審法庭所認定，本案借貸是被上訴人向F要求借貸，那麼，只是F和被上訴人之間的法律關係，被上訴人無需前往上訴人的賬房以要求借款；上訴人的賬房職員亦無需致電F，因為，上訴人的賬房是為上訴人工作，而非為F工作，根本無需理會F和被上訴人之間的私人關係。

六十二、錄音資料Recorded on 16-Jan-2018 at 18.01.02 (2@DS#A1G00720319) 之04:03至04:16，以及05:45至05:52當中，F也表示，上訴人是借款予被上訴人。

六十三、Recorded on 16-Jan-2018 at 18.01.02 (2@DS#A1G00720319)之00:31至00:39之庭審錄音記錄當中，F也表示若被上訴人不還款，上訴人會向被上訴人追討欠款。但原審法庭於事實方面的合議庭裁判當中卻從不提及此證言。

六十四、借貸期限屆滿後，上訴人會先行向被上訴人追討欠款，亦會通知F，此是由於卷宗第108頁之開戶聲明第b項、第c項及第f項規定，被上訴人自行承擔債務，而F須擔保相關債務，所以，被上訴人不償還欠款時，則F負義務償還之。

六十五、上述事實也可透過錄音資料Recorded on 16-Jan-2018 at 18.01.02 (2@DS#A1G00720319)之00:31至01:19，以及Recorded on 16-Jan-2018 at 18.01.02 (2@DS#A1G00720319)之05:45至07:28的F證言，以茲證實。

六十六、根據上述證言，F明確表示，其本人不會向被上訴人追討款項，而是上訴人向被上訴人追討，此完全足以推翻原審法庭認為“被上訴人向F借款”之事實，但原審法庭卻完全忽略此重要證言。

六十七、按一般邏輯，倘若上訴人與被上訴人之間不存在任何借貸關係，為何在遲延的情況下，不是F向被上訴人追討款項，反而是上訴人作出追討？F是上訴人的職員，應是F為上訴人提供工作，而不可能反過來，由上訴人幫忙F工作，幫F追討F之私人債權，此實在不合常理。

六十八、既然原審法庭採納F之證言，便要考慮上述內容，但相關裁判卻隻字不提，更沒有解釋為何不採納該等證言，此明顯違反《民事訴訟法典》第556條第2款之規定，沒有解釋為何不採納F的上述部分之證言。

六十九、就被上訴人遲延還款，上訴人要求F作出處理，只是基於F是擔保人，且其介紹被上訴人前往上訴人

的貴賓廳借款項，所以，上訴人亦要求F對此負責。

七十、況且，本案之執行名義是按照上訴人公司規定之式樣訂定，沒有證據證實該文件是由F訂定，倘相關借貸是涉及F和被上訴人，為何借貸條款之訂定完全欠缺二人之參與？

七十一、原審法庭以F的證言，判定無法證實調查基礎之全部事實，可是，按照上述錄音資料內容，即Recorded on 16-Jan-2018 at 17:51:28 (2@DRH^GG00720319)之03:39至05:18、Recorded on 16-Jan-2018 at 18:01:02 (2@DS#A1G00720319)之04:03至04:16、Recorded on 16-Jan-2018 at 18:01:02 (2@DS#A1G00720319)之05:45至05:52、Recorded on 16-Jan-2018 at 18:01:02 (2@DS#A1G00720319)之00:31至01:19、Recorded on 16-Jan-2018 at 18:01:02 (2@DS#A1G00720319)之05:45至07:28，可明顯得出一個與原審法庭的合議庭裁判完全相反之事實認定——可認定上訴人會向被上訴人追討欠款，亦會向F追討(基於其為擔保人)，而F完全不會向被上訴人要求還款。

七十二、並且，考慮F是上訴人之職員，以及載於卷宗第108頁之開戶聲明之規定，再結合一般經驗法則和正常邏輯，更加可以確實無誤認定存在本案爭議之消費借貸關係。

七十三、所以，原審法庭作出的事實方面之合議庭裁判出現審查證據之錯誤，錯誤評價證人F之證言，錯誤認定載於卷宗第108頁之開戶聲明的條款，亦違反一般經驗法則。

七十四、第五，於事實方面的合議庭裁判當中，原審法庭錯誤認定F向上訴人作出的聲明之法律定性，錯誤評價其證據價值，違反《民法典》第209條之規定。

七十五、載於卷宗第105頁至第108頁之開戶文件是按照上訴人公司規定之格式訂定，要求開戶者，即F，填寫相關資料，並作出個人承諾。

七十六、根據《民法典》第209條，法律行為意思表示不局限於以明示方式作出，透過顯露當事人之意思的事實也可推斷其意思表示。

七十七、雖然上述開戶文件只有F的簽名，但該等文件由上訴人交予F簽署，由上訴人保存並遞交予原審法庭，此一系列行徑足以合理推斷並顯示上訴人是同意該等條款，也同意F作出相關承諾；否則，按照正常邏輯，若上訴人不同意該等條款，根本不會使用之。

七十八、而且，法律沒有規定上述開戶聲明之要式，完全不妨礙默示之意思表示。

七十九、可是，原審法庭於事實方面的合議庭裁判當中，卻單單以上訴人沒有參與該等開戶聲明為由，而認為該等聲明之內容無助於認定誰人是借款人，誰人是債權人，此明顯忽略考慮上訴人之上述默示意思表示。

八十、即使被上訴人A沒有參與該等開戶聲明，但也完全不妨礙上訴人與F一直以來均以該等聲明之內容而進行賬戶之操作，更不妨礙上訴人和F在本案的借貸當中以開戶聲明所規定的條款而設定自身的角色。

八十一、從卷宗第108頁之開戶聲明的條款第b項和第c項可得知，F清晰明白其擁有賬戶信用額度並不同已向上訴人借取任何款項，而必須另行向上訴人簽署借據，即marker，而不可能單憑一通電話而借取港幣100萬元之巨額款項，不論澳門哪一位博彩中介人也不可能單憑口頭方式便同意借款人借取百萬元籌碼。

八十二、所以，不論上訴人的職員D和E，還是F，均清楚了解，向上訴人借款，必須簽署如本案執行名義之借

據，亦了解本案之債權人是上訴人，債務人是被上訴人

八十三、更何況，沒有證據證實“F向上訴人簽署港幣100萬元之借據”，如此，怎可能妄斷上訴人確認F為借款人？

八十四、從上訴人和F的上述一系列關於開戶聲明之行為，完全可以表現該等文件內容是符合雙方的意思表示，符合《民法典》第209條之規定，存在雙方之參與，所以，原審法庭於事實方面的合議庭裁判作出的理由說明，違反了法律規定。

八十五、按照上訴人的上述理解，相關開戶聲明表現上訴人和F的意思表示，完全足以認定本案涉及的借貸關係之債務人是被上訴人，而非F，因此，原審法庭在審查證據方面出現錯誤，調查基礎的全部事實應獲得證實，而原審法庭作出的被上訴裁判應予以變更。

八十六、基於以上所述，被上訴裁判違反《民法典》第368條第1款、第370條第1款、第387條第2款、第335條第2款、第452條第1款、第355條、第209條，《民事訴訟法典》第556條第2款之規定，亦違反一般經驗法則。

八十七、並且，根據《民事訴訟法典》第599條，原審法庭作出的事實方面之合議庭裁判不正確，在審查證據方面出現錯誤，以庭審證言得出之證據可認定調查基礎之全部三條事實。

綜上所述，請求尊敬的法官 閣下：

- i. 根據《民事訴訟法典》第599條，裁定原審法庭作出的事實方面之合議庭裁判不正確，在審查證據方面出現錯誤，以庭審證言可認定調查基礎之全部事實屬實，並基於此而變更原審法庭所作之裁判，判處全部調查基礎事實獲得證實，並判處被上訴人的異道理由不成立；
- ii. 倘上述請求不獲接納，則請求裁定被上訴裁判違反《民法典》第368條第1款、第370條第1款、第387條第2款、第335條第2款、第452條第1款、第355條、第209條，《民事訴訟法典》第556條第2款之規定，亦違反一般經驗法則，撤銷被上訴裁判。

O embargado contra-alegou defendendo a improcedência do recurso (fls. 173 a 184 dos p. autos).

II

Foram colhidos os vistos, cumpre conhecer.

Antes de mais, é de salientar a doutrina do saudoso PROFESSOR JOSÉ ALBERTO DOS REIS de que “*quando as partes põem ao tribunal determinada questão, socorrem-se, a cada passo, de várias razões ou fundamentos para fazer valer o seu ponto de vista; o que importa é que o tribunal decida a questão posta; não lhe incumbe apreciar todos os fundamentos ou razões em que elas se apoiam para sustentar a sua pretensão*” (in *CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ANOTADO*, Volume V – Artigos 658.º a 720.º (Reimpressão), Coimbra Editora, 1984, pág. 143).

Conforme resulta do disposto nos art.ºs 563º/2, 567º e 589º/3 do CPC, são as conclusões do recurso que delimitam o seu objecto, salvas as questões cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras e as que sejam de

conhecimento oficioso.

A embargada, ora recorrente, coloca-nos, em sede de recurso, as seguintes questões:

1. **Do ónus de prova;**
2. **Da força probatória do título executivo; e**
3. **Da impugnação da matéria de facto.**

Então vejamos.

1. **Do ónus de prova**

A presente acção executiva baseia-se num escrito particular, ora constante das fls. 94 dos autos de execução.

Citado para a execução, o executado, ore recorrido, deduziu embargos de executado, pugnando pela inexistência da relação material subjacente de empréstimo, tendo alegado, em síntese, que o empréstimo foi contraído por um outro indivíduo, de nome C.

Produzidas as provas requeridas e examinados documentos nos autos, o Tribunal *a quo* julgou não provada a relação material subjacente do empréstimo, documentada no título executivo que serviu de base à execução.

No plano de direito, foi com fundamento na não demonstração pela exequente da existência da relação material subjacente de empréstimo, que julgou procedentes os embargos de executado.

Para a recorrente, o Tribunal *a quo* violou as regras sobre a repartição de ónus de prova, estabelecidas nomeadamente nas seguintes normas do Código Civil.

“A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita.” – artº 335º/2;

“Se alguém, por simples declaração unilateral, prometer uma prestação ou reconhecer uma dívida, sem indicação da respectiva causa, fica o credor dispensado de provar a relação fundamental, cuja existência se presume até prova em contrário.” – artº 452º/1; e

“Prova documental é a que resulta de documento; diz-se documento qualquer objecto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto.” – artº 355º.

Sinteticamente falando, a tese que a recorrente defendeu apoia-se na alegada força probatória do título executivo.

Na óptica da recorrente, desde que fiquem satisfeitos os seus requisitos exigidos pelo artº 677º/-c) do CPC, o título executivo faz presumir já a existência da relação material subjacente nele documentada. Assim, no âmbito dos embargos de executado deduzidos, é ao executado/embargante cabe provar a inexistência da relação subjacente, e não à exequente/embargada a existência da mesma relação.

A mesma questão foi tratada na sentença recorrida nos termos seguintes:

Não vêm comprovados os factos alegados pela embargada na sua p.i. sobre a relação jurídica que fundamenta a emissão do documento dado à execução.

Qual será a consequência que retirará da falta de prova desses factos?

Para responder a essa pergunta, urge saber sobre quem tem o ónus de prova desses factos.

De acordo com o disposto da alínea c) do artº 677º do C.P.C., *“À execução apenas podem servir de base os documentos particulares, assinados pelo devedor, que importem constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias, cujo montante seja determinado ou determinável nos termos do artº 689º, ou de obrigação de entrega de coisas móveis ou de prestação de facto.”*

Aos documentos particulares são conferidos força suficiente para desenrolar acções executivas. No entanto, o título executivo não é documento com força legal, “a força exequível dos títulos só presume a existência do crédito e não a prova a sua real existência, portanto, o crédito alegadamente existente e indicado no documento particular, poderá não se corresponder à veracidade.

O risco que representa a possibilidade de ao título executivo não corresponder um direito efectivamente existe é coberto pela defesa que a lei permite ao executado exercer em oposição à execução.³Através da oposição por embargos, são permitidos ao executado todos os fundamentos permitidos deduzir como defesa no processo de declaração. (artº699º do C.P.C.)

No que diz respeito à natureza dos embargos, diz Febre de Leitas, diversamente da contestação da acção declarativa, a oposição por embargos de executado, constituindo, de ponto de vista estrutural, algo de extrínseco à acção executiva, toma o carácter duma contra-acção tendente a obstar à produção dos efeitos do título executivo e (ou) da acção que nele se baseia. ⁴No entanto, essa característica própria dos embargos à execução não significa a alteração da regra geral do ónus de prova, os títulos executivos não possuem força probatórias legais, os executados deduzem embargos para infirmar a verdadeira existência dos créditos exequentes, não cabe aos executados fazer prova negativa dos factos constitutivos do direito que alegadamente tem o exequente, mas ao exequente a prova da sua existência. A regra de ónus de prova não é determinada pela posição ocupada pelas partes no processo mas pela sua posição na relação jurídica material. (Anselmos de Castro *in ob. ci*, pg, 49)

Por isso, nos embargos observa-se a mesma regra de ónus de prova regulada no processo de declaração, isto é, o disposto do artº335º do C.C..

Se os embargos forem de natureza substantiva, como por exemplos, impugnar a existência da relação jurídica material subjacente a título executivo, incumbirá ao exequente o ónus de provar os factos constitutivos do respectivo direito.

*

No caso em apreço, alegou o embargante que ele não tinha contraído empréstimo com a embargada, dizendo que quem tinha estabelecido empréstimo com ela é um indivíduo C.

O embargante põe em causa a própria relação material subjacente do título executivo, que a embargada alegou que o crédito titulado no documento dado à execução emerge duma relação de empréstimo estabelecido entre ela e o embargante.

Portanto, segundo a regra do ónus de prova, cabe ao exequente a provar a real existência da relação jurídica material de empréstimo donde nasce o crédito reportado no documento dado à execução.

Não tendo a embargada logrado provar a relação jurídica material subjacente, que é empréstimo entre ela e o embargante, suporte fundamental do crédito reclamado com base no documento dado à execução,

³ Anselmos de Castro *in* Acção Executiva, Singular, Comum e Especial, 2ª edi. pg. 46

⁴ *In* Acção Executive, 2ª Edi., pg. 157

impõe-se julgar procedentes os embargos.

A propósito de título executivo, ensina o Prof. Antunes Varela que:

Essencial para que possa instaurar-se a execução é que haja um título executivo.

.....

..... dir-se-á que títulos executivos são os documentos (escritos) constitutivos ou certificativos de obrigações que, mercê da força probatória especial de que estão munidos, tornam dispensável o processo declaratório (ou novo processo declaratório) para certificar a existência do direito do portador.

O título executivo reside no documento e não no acto documentado, por ser na força probatória do escrito atentas as formalidades para ele exigidas, que radica a eficácia executiva do título (quer o acto documentado subsiste, quer não) – in Manual de Processo Civil, 2ª ed. revista e actualizada, pág. 77 e s.s.

Beneficiando da força probatória especial inerente aos documentos por lei reconhecidos como título executivo que faz presumir a existência do crédito exequendo, ao seu portador é legítimo desenrolar a acção executiva quando munido de um título executivo.

In casu, foi dado à execução um simples escrito particular, assinado pelo executado, ora embargante, consubstanciado no reconhecimento do recebimento de uma quantia no valor de HKD\$1.000.000,00 e na promessa de a devolver nas condições mencionadas no documento, até com a indicação da respectiva causa que é um empréstimo contraído pelo executado à exequente.

Trata-se de um acto recognitivo de uma dívida ou uma promessa unilateral de uma prestação, cujos efeitos se encontram regulados no artº 452º do CC, à luz do qual *se alguém, por simples declaração unilateral, prometer uma prestação ou reconhecer uma dívida, sem indicação da respectiva causa, fica o credor dispensado de provar a relação fundamental, cuja existência se presume até prova em contrário.*

Não obstante poder beneficiar da presunção estabelecida a seu favor, o credor munido do documento particular reconhecido como título executivo pode vir a ser confrontado, na execução, com a oposição do executado. É aliás justamente o que *in casu* sucede.

Na verdade, apesar da rigorosa exigência quanto às suas formalidades, o título executivo, pela sua força probatória especial, faz inclinar para o lado do credor a balança da justiça, o que torna necessário e justifica a existência de um mecanismo de oposição estabelecido em prol do devedor para restaurar o equilíbrio da balança (neste sentido, cf. Amâncio Ferreira, *in* Curso de Processo de Execução, 2005, 8ª ed., pág. 153).

A oposição mediante embargos de executado é uma verdadeira acção declarativa inserida na execução, e através da qual se assegura ao executado o pleno contraditório, para contestar o pedido de execução, negando, contrariando, desdizendo, regateando ou discutindo em tudo quanto relacionado com a alegada dívida exequenda, nomeadamente a autenticidade do título executivo, a exigibilidade da dívida exequenda, a verificação das eventuais causas extintivas da dívida exequenda.

Voltemos ao caso *sub judice*.

O Tribunal *a quo* julgou procedentes os embargos com fundamento na não demonstração nos autos de embargos pela exequente/embargada do empréstimo alegadamente documentado no título executivo.

Para a exequente/embargada, ora recorrente, é sobre o embargante que impende o ónus de provar que não havia a *causa debendi*. Portanto, na sua óptica, ao fundamentar a procedência dos embargos no entendimento de que, não tendo

sido demonstrado pela embargada o empréstimo por ela invocado, procedem os embargos, o Tribunal violou as regras do ónus de prova.

Compulsados os autos e lida a sentença recorrida, parece que não foi isso que aconteceu.

Citado para a execução, o executado deduziu os embargos negando ter pedido à exequente qualquer empréstimo para jogo, tendo alegado que, apesar de ter assinado o documento dado à execução como título executivo, se limitou a deslocar-se à sala de jogo da exequente, na data do documento, a pedido de um amigo seu de nome C, a fim de o ajudar a assinar o tal documento para que fosse depositado na conta desse amigo o montante de HKD\$1.000.000,00, e que, por isso, quem contraiu o empréstimo junto da exequente foi C e não ele, executado/embargante.

Para o efeito, o embargante requereu a produção da prova testemunhal.

Cumprido assim pelo embargante o ónus de alegar a matéria exceptiva do direito invocado pela exequente, e assim como o ónus de requerer a produção de prova para tentar comprovar aquela matéria alegada.

Esta matéria exceptiva, de acordo com as regras do ónus de prova, deve ser quesitada.

Só que, infelizmente, não foi levada à base instrutória a matéria exceptiva alegada pelo embargante, tendo sido apenas quesitada a seguinte matéria cujo conteúdo é essencialmente proveniente da contestação aos embargos:

1. *Em 16.11.2013 o executado solicitou ao exequente um empréstimo de um milhão de HKD, tendo este declarado concedê-lo?*
2. *O executado obrigou-se na sequência da entrega da quantia referida a devolvê-la no prazo de 20 dias a exequente?*
3. *Foi na sequência do referido em 1.e 2. que o executado subscreveu o doc. id. em A?*

Nos termos como foram redigidos os quesitos, esta matéria neles contida, pelo seu teor, é nitidamente alegada para a demonstração dos factos objecto da declaração contida no título executivo e da existência de uma relação material subjacente.

Portanto, se viesse a ser provada a tal matéria, os embargos de executado não poderiam deixar de improceder.

Todavia, inquiridas em audiência de julgamento as testemunhas arroladas por ambas as partes e examinados os documentos juntos aos autos, o Colectivo julgou não provada toda a matéria da base instrutória.

O Colectivo fundamentou a sua decisão de facto nos termos seguintes:

A convicção do Tribunal baseou-se nos documentos juntos aos autos, nomeadamente os de fls. 8 a 9, 23 a 26, 98 a 100 e 105 a 108 dos autos, no depoimento das testemunhas ouvidas em audiência que depuseram sobre os quesitos da base instrutória, cujo teor se dá reproduzido aqui para todos os efeitos legais, o que permite formar uma síntese quanto à veracidade dos apontados factos.

Em especial, segundo o depoimento de todas as testemunhas ouvidas, nomeadamente, o depoimento

da F que deu conta de que o embargante lhe pediu emprestar, o empréstimo feito ao embargante foi feito através da sua conta com o nº 3399 na embargada e sob a sua autorização por ela ter acordo de concessão de crédito com o patrão da sala VIP e que a sala VIP também lhe tinha exigido a restituição da quantia levantada pelo embargante. As restantes testemunhas também afirmaram que as fichas de jogos foram entregues ao embargante com o consentimento da F, portanto, é que sob a autorização expressa daquele é que a embargada permitiu o embargante levantar “fichas mortas” através dessa conta. Segundo o que disseram as testemunhas, o empréstimo foi concedido à Fe não ao embargante. Apesar de ser o embargante a assinar na declaração dada à execução, não é menos verdade que a embargada só concedeu empréstimo à Fe reconheceu-a como sua devedora, o levantamento das fichas de jogo pelo embargante depende sempre da autorização prévia da F. A declaração da F perante a embargada não se permite alterar esse facto, pois se trata da declaração desta sem intervenção nem da embargada nem do embargante. Daí que levamos a convencer que o embargante solicitou à Fe não à embargada o empréstimo, não havendo relação de empréstimo entre o embargante e a embargada. Pelo que não se considera provado o facto do empréstimo constante do quesito 1º. Consequentemente, não se permite provar os factos dos quesitos 2º e 3º.

Perante esta cena, afinal quê aconteceu?

Se a exequente não logrou provar o seu crédito?

Ou se o executado conseguiu provar a matéria exceptiva, no sentido de que quem contraiu o empréstimo junto da exequente foi C e não o executado, e que este se limitou a ajudar o Lam a assinar o documento, ora dado à execução como título executivo, a fim de efectivar o empréstimo a favor de C?

Parece que não podemos dizer que o executado conseguiu demonstrar a matéria alegada na oposição, pura e simplesmente porque esta matéria não foi levada à base instrutória, e consequentemente nunca podia ficar provada, não obstante alegada pelo embargante.

Também não podemos dizer que a exequente não cumpriu o ónus de provar o crédito por ela invocado, pois ao que parece, o Tribunal *a quo* julgou procedentes os embargos com fundamento de que o tal crédito foi infirmado pela mensagem contida nos depoimentos de testemunhas, nomeadamente os de C e de F.

Então *quid juris*?

In casu, a exequente beneficia da presunção estabelecida a seu favor da existência da relação material subjacente, que é o empréstimo contraído pelo executado a ela.

Presunção essa é ilidível mediante prova em contrário.

Ao passo que nos embargos por ele deduzidos, o executado não só impugnou o empréstimo contraído por ele junto da exequente, documentado no título executivo, como também alegou matéria exceptiva consistente num facto incompatível com esse facto constitutivo (o tal empréstimo) presumido.

Não obstante não ter sido levada à base instrutória essa matéria exceptiva alegada pelo embargante, foram produzidas provas requeridas por ambas as partes, nomeadamente o depoimento prestado pela testemunha F, arrolada pela embargada, cujo depoimento foi considerado merecedor da credibilidade.

Valorados os depoimentos testemunhais e examinados os documentos nos autos, o Tribunal *a quo* formou convicção de que o empréstimo não foi contraído pelo embargante, mas sim, de duas uma, ou por F – *vide* a fundamentação da convicção do Colectivo de 1ª instância, acima transcrita).

Por força do princípio da aquisição processual, consagrado no artº 436º do CPC, *o tribunal deve tomar em consideração todas as provas realizadas no processo, mesmo que não tenham sido apresentadas, requeridas ou produzidas pela parte onerada com a prova.*

A propósito do princípio da aquisição processual, fundamental na matéria da instrução do processo, ensina Lebre de Freitas que *“no momento da decisão, é irrelevante que a proposição do meio de prova tenha provindo de uma ou de outra parte, ou ainda que a produção do meio de prova constituindo ou a apresentação no processo do meio de prova pré-constituído tenha resultado de iniciativa oficiosa; uma vez que produzida a prova constituenda ou admitida a prova pré-constituída, ela deverá ser considerada na decisão; por isso, não pode a parte retirar do processo, para nele não ver considerado, o meio de prova por si proposto, sem prejuízo de o poder fazer antes de produzido (se se tratar de prova constituenda) – in CPC Anotado, Vol. 2º, 2ª ed., pág. 431 e 432.*

Voltemos ao caso em apreço, cremos que, não obstante requerido pela embargada com vista à demonstração do facto constitutivo do empréstimo contraído pelo embargante, o meio de prova testemunhal constituendo, consubstanciado no depoimento de F, pode ser valorado pelo Tribunal na decisão de matéria de facto em desfavor da exequente/embargada.

Assim sendo, não obstante a não demonstração pelo embargante da matéria exceptiva por razões que vimos *supra*, não pode subsistir a presunção da existência do empréstimo, de que beneficiava a exequente, por ter sido ilidida pela prova produzida a pedido dela própria.

Portanto, nada é de censurar a decisão de facto no sentido de que toda a matéria ficou infirmada pela prova testemunhal de F.

2. Da força probatória do título executivo

Para a recorrente, o título executivo é dotado de força probatória plena quanto à existência da relação material subjacente, que não pode ser infirmada por outros meios de prova, nomeadamente o da prova testemunhal.

É de relembrar que, no saneador, a seguinte matéria de facto foi levada à base instrutória:

1. *Em 16.11.2013 o executado solicitou ao exequente um empréstimo de um milhão de HKD, tendo este declarado concede-lo?*
2. *O executado obrigou-se na sequência da entrega da quantia referida a devolvê-lo no prazo de 20 dias a exequente?*
3. *Foi na sequência do referido em 1.e 2. que o executado subscreveu o doc. id. em A?*

A única matéria especificada tem o seguinte teor:

A exequente deu à execução o documento 10 junto com a r. i. da execução, subscrito pelo executado e cujo teor aqui se dá por reproduzido para os legais e devidos efeitos, titulando o valor de 1.000.000,00 HKD.

Produzidas as provas testemunhais em audiência de julgamento, toda a matéria foi julgada não provada.

Na óptica da exequente/embargada, ora recorrente, toda esta matéria quesitada deveria ter sido provada, dada a força probatória plena do documento que se serviu de título executivo.

Para a recorrente, ao dar como não provada toda a matéria na base instrutória, o Tribunal *a quo* andou mal por ter violado o disposto nos artºs 368º/1, 370º/1 e 387º/2, todos do CC, que em termos conjugados, conferem força plena probatória ao título executivo para a demonstração da matéria levada à base instrutória.

Estes artigos têm a seguinte redacção:

Artigo 368.º

(Autoria da letra e da assinatura)

1. A letra e a assinatura, ou só a assinatura, de um documento particular consideram-se verdadeiras, quando reconhecidas ou não impugnadas pela parte contra quem o documento é apresentado, ou quando esta declare não saber se lhe pertencem, apesar de lhe serem atribuídas, ou quando sejam havidas legal ou judicialmente como verdadeiras.
2. Se a parte contra quem o documento é apresentado impugnar a veracidade da letra ou da assinatura, ou declarar que não sabe se são verdadeiras, não lhe sendo elas imputadas, incumbe à parte que apresentar o documento a prova da sua veracidade.

Artigo 370.º

(Força probatória)

1. O documento particular cuja autoria seja reconhecida nos termos dos artigos antecedentes faz prova plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor, sem prejuízo da arguição e prova da falsidade do documento.
2. Os factos compreendidos na declaração consideram-se provados na medida em que forem contrários aos interesses do declarante; mas a declaração é indivisível, nos termos prescritos para a prova por confissão.

3. Se o documento contiver notas marginais, palavras entrelinhadas, rasuras, emendas ou outros vícios externos, sem a devida ressalva, cabe ao julgador fixar livremente a medida em que esses vícios excluem ou reduzem a força probatória do documento.

Artigo 387.º

(Inadmissibilidade da prova testemunhal)

1. Se a declaração negocial, por disposição da lei ou estipulação das partes, houver de ser reduzida a escrito ou necessitar de ser provada por escrito, não é admitida prova testemunhal.
2. Também não é admitida prova por testemunhas, quando o facto estiver plenamente provado por documento ou por outro meio com força probatória plena.
3. As regras dos números anteriores não são aplicáveis à simples interpretação do contexto do documento.

O argumento invocado pela recorrente segue este raciocínio:

- *In casu*, do título executivo, que é o escrito particular constante das fls. 94 dos autos de execução, constam as declarações e a assinatura do embargante;
- Não tendo sido impugnada pelo embargante, a assinatura no documento aposta é considerada verdadeira – artº 368º/1 do CC;
- Face ao disposto no artº 370º/1 do CC, não tendo o embargante apresentado outros meios de prova que não sejam o de prova testemunhal para afastar a força probatória plena do título executivo, o facto de o embargante ter contraído empréstimo à embargada, objecto das declarações contidas no título executivo, deve ser tido por provado;
- Assim, de acordo com o teor das declarações contidas no título executivo, o executado/embargante, ora recorrido, reconhece o recebimento das fichas no valor de um milhão de dólares de Hong Kong e compromete-se a devolver a quantia no prazo de 15 dias;
- Tendo estas declarações sido demonstradas pela prova plena e insusceptíveis de ser objecto de prova testemunhal – artº 387º/2 do CC, toda a matéria probanda deveria ter sido julgada por provada.

Não tem razão a recorrente.

É exacto que, face à conjugação das normas invocadas, o documento que se serviu de título executivo demonstra plenamente que foram feitas pelo embargante as declarações dele constantes.

O que significa apenas que o embargante fez aquelas declarações.

A propósito do alcance da força probatória de um escrito particular cuja autoria é reconhecida por não ter sido impugnada pela parte contra quem o documento é apresentado, diz Vaz Serra que:

Uma vez determinado que o documento particular é da autoria da pessoa ou pessoas a quem se refere, provado fica que estas fizeram as declarações que nele lhes são atribuídas (Cód. Proc. Civil de 1961, art. 538º, nº 1; novo Cód.Civil, art. 376º, nº 1), e os factos compreendidos na declaração consideram-se provados na medida em que forem contrários aos interesses do declarante (Cód. Proc. Civil de 1961, art. 538º, nº 2; novo Cód.Civil, art. 376º, nº 2).

Isto só quer dizer que os factos que são objecto da declaração (.....) se consideram provados quando contrários aos interesses do declarante, não excluindo a possibilidade de o interessado se valer dos meios gerais de impugnação da declaração documentada. Trata-se ali apenas de uma presunção derivada da regra de experiência de que quem afirma factos contrários aos seus interesses o faz por saber que são verdadeiros: ora essa regra não tem valor absoluto, bem podendo acontecer que alguém afirme factos opostos aos seus interesses apesar de eles não serem verdadeiros, e que tal afirmação não concorde com a sua vontade ou se ache afectada por algum vício do consentimento (o facto declarado no documento considera-se verdadeiro, embora não o seja, por aplicação das regras da confissão, mas também de harmonia com as regras desta, pode o declarante valer-se dos meios de impugnação respectivos).

Não está, por isso, o interessado inibido de provar que a declaração constante do documento não correspondeu à sua vontade ou que esta foi afectada por algum vício do consentimento. – in RLJ, ano 101º, págs. 269 e s.s..

Segundo esse douto Ensinamento de Vaz Serra, aqui citado como doutrina no direito comparado, uma coisa é a materialidade das declarações, outra é a veracidade dos factos contidos nas declarações.

A força probatória plena a que se refere o artº 370º/1 do CC só diz respeito à materialidade das declarações e não também à veracidade do facto declarado.

Assim, a força probatória plena do documento particular, a que se refere o artº 370º do CC, em relação ao qual o ensinamento doutrinário acima citado se não encontra desactualizado, não vai além da existência da declaração nele contida.

Na esteira desse entendimento, o título executivo prova *in casu* plenamente que foram feitas pelo embargante as declarações dele constantes, mas já não comprovam absolutamente que sejam exactos os factos constantes das declarações exaradas nele.

Não sendo absolutamente exactos, os factos objecto das declarações não representam mais do que factos presumidos e por isso ilidíveis mediante meios gerais de prova em contrário, nomeadamente a prova testemunhal.

Assim, não é de censurar o Tribunal *a quo* por ter admitido e valorado a prova testemunhal no julgamento de facto relativamente à matéria da base instrutória.

3. Da impugnação da matéria de facto

Pretende ver julgado procedente o recurso, a título principal, a recorrente começou por invocar, no plano de direito, os fundamentos apoiados nas regras quanto ao ónus de prova e nas regras da hierarquização do valor probatório de provas, e subsidiariamente tentou questionar a bondade da decisão de facto e a convicção do Tribunal da primeira instância e alterar a matéria de facto dada por assente na primeira instância com vista à revogação da decisão de direito recorrida e em substituição à improcedência dos embargos.

Ora, se é verdade que, por força do princípio da livre apreciação das provas consagrado no artº 558º do CPC, como regra geral, o tribunal aprecia livremente as provas, decidindo os juízes segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto, não é menos certo que a matéria de facto assente na primeira instância pode ser alterada nos termos e ao abrigo do disposto no artº 629º do CPC.

Diz o artº 629º/1-a) do CPC que a decisão do tribunal de primeira instância sobre a matéria de facto pode ser alterada pelo Tribunal de Segunda Instância, se do processo constarem todos os elementos de prova que serviram de base à decisão sobre os pontos da matéria de facto em causa ou se, tendo ocorrido gravação dos depoimentos prestados, tiver sido impugnada, nos termos do artº 599º, a decisão com base neles proferida.

Reza, por sua vez, o artº 599º, para o qual remete o artº 629º/1-a), todos do CPC, que:

1. Quando impugne a decisão de facto, cabe ao recorrente especificar, sob pena de rejeição do recurso:

a) Quais os concretos pontos da matéria de facto que considera incorrectamente julgados;

b) Quais os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo nele realizado, que impunham, sobre esses pontos da matéria de facto, decisão diversa da recorrida.

2. No caso previsto na alínea b) do número anterior, quando os meios probatórios invocados como fundamento do erro na apreciação da prova tenham sido gravados, incumbe ainda ao recorrente, sob pena de rejeição do recurso, indicar as passagens da gravação em que se funda.

3. Na hipótese prevista no número anterior, e sem prejuízo dos poderes de investigação oficiosa do tribunal, incumbe à parte contrária indicar, na contra-alegação que apresente, as passagens da gravação que infirmem as conclusões do recorrente.

4. O disposto nos n.os 1 e 2 é aplicável ao caso de o recorrido pretender alargar o âmbito do recurso, nos termos do n.º 2 do artigo 590.º

No caso dos autos, houve gravação dos depoimentos.

Os meios probatórios que, na óptica da recorrente, impunham decisão diversa são os depoimentos testemunhais e as provas documentais juntas aos autos.

E foram indicadas as passagens da gravação dos depoimentos e identificadas as provas documentais.

Satisfeitas assim as exigências processuais para a viabilização da reapreciação da matéria de facto com vista à eventual modificação por este Tribunal de Segunda Instância da decisão do Tribunal *a quo* sobre a matéria de facto, passemos então a apreciar se existem as alegadas incorrecções na apreciação da prova pelo tribunal *a quo*.

O recorrente entende que o Tribunal *a quo* não valorou correctamente os depoimentos das testemunhas inquiridas na audiência de julgamento e os documentos por ela identificados na petição de recurso, na parte do *thema probandum* que diz respeito a “*quem*” contraiu o empréstimo à exequente.

Ora, o Tribunal *a quo* teve o cuidado de motivar, na fundamentação do Acórdão do julgamento da matéria de facto, a sua convicção – *vide supra*.

Essencialmente falando, foi o depoimento da testemunha F que levou o Tribunal *a quo* a formar a sua convicção íntima no sentido de que o empréstimo não foi contraído pelo executado junto da exequente, ou pelo menos não foi contraído directa ou imediatamente pelo executado junto da exequente.

Na verdade, depois de valorar as provas produzidas em audiência e examinar as provas juntas aos autos, se todas legalmente admissíveis, mesmo com teores e sentidos entre si compatíveis, ou até contraditórios, o Tribunal *a quo* pode, por força do princípio da livre apreciação da prova, conceder credibilidade a umas e não a outras, o que não pode ser sindicável pelo Tribunal *ad quem*, desde que na primeira instância se não verifiquem erros manifestos na apreciação de provas ou que não fique provada matéria de facto intrinsecamente contraditória ou ilógica.

In casu, auscultadas e analisadas todas as passagens da gravação identificadas pela recorrente e examinadas as provas documentais especificadas pelo recorrente, não consideramos que estas provas, *de per se* ou em conjugação com outros elementos existentes nos autos, têm a virtualidade de abalar a convicção que formou o Tribunal *a quo*.

A mensagem que nós captámos através da audição de todos os depoimentos gravados, aponta a ocorrência dos factos instrumentais, não obstante não quesitados, de que:

- o empréstimo foi feito através da conta pertencente a F, aberta junto da exequente que é promotora de jogo;
- Por acordo entre a exequente e F, a esta foi concedido um limite do crédito até a vários milhões de HK dólares; e
- o empréstimo consistente na transmissão da titularidade de fichas de jogos não podia ser feito directamente pela exequente ao executado B, pura e simplesmente por este não ser titular de uma conta aberta junto da exequente.

O que nos leva a crer que se houvesse empréstimo contraído pelo executado B, este empréstimo só poderia ser contraído a F, e nunca directamente à promotora de jogo, ora exequente, pois a efectivação do empréstimo pressupõe

sempre a titularidade de uma conta junto da promotora de jogo e a fixação prévia, por acordo entre a promotora de jogo e o titular da conta, de um limite do crédito até ao qual é possível o empréstimo.

E a intervenção de C, reputado como devedor pelo embargante, explica-se pelo facto de ser ele quem angariou clientes para jogar na sala de jogos da exequente, que lhe conferiu o direito de receber as comissões pelo sucesso de angariação da clientela.

Na verdade, por força do princípio de imediação, é de reconhecer que, o Tribunal *a quo* está sempre no mais privilegiado posicionamento e em melhores condições para valorar as provas produzidas na audiência de julgamento do que o Tribunal de recurso.

Portanto, não tendo as provas indicadas pela recorrente força probatória suficientemente forte para impor decisão diversa da recorrida, não temos fundamentos para considerar que o Tribunal *a quo* andou mal na apreciação das provas e em consequência para alterar as respostas dadas pela primeira instância aos quesitos acima identificados.

É de improceder a impugnação da matéria de facto.

Em conclusão:

1. A oposição mediante embargos de executado é uma verdadeira acção declarativa inserida na execução, e através da qual se assegura ao executado o pleno contraditório, para contestar o pedido de execução, negando, contrariando, desdizendo, regateando ou discutindo em tudo quanto relacionado com a alegada dívida exequenda, nomeadamente a autenticidade do título executivo, a exigibilidade da dívida exequenda, a verificação das eventuais causas extintivas da dívida exequenda.
2. Por força do princípio da aquisição processual, não obstante requerido pelo embargado com vista à demonstração do facto constitutivo do empréstimo contraído pelo embargante, alegado na contestação aos embargos, o meio de prova testemunhal constituindo produzido pode vir a ser valorado pelo Tribunal na decisão de facto em desfavor do próprio embargado, infirmando a versão fáctica por ele defendida.
3. A força probatória plena a que se refere o artº 370º/1 do CC só diz respeito à materialidade das declarações e não também à veracidade do facto declarado, não indo portanto além da existência da declaração nele exarada.
4. Depois de ter valorado as provas produzidas em audiência e examinado as provas juntas aos autos, se todas legalmente admissíveis, mesmo com teores e sentidos entre si compatíveis, ou até contraditórios, o Tribunal *a quo* pode, por força do princípio da livre apreciação da prova, conceder credibilidade a umas e não a outras, o que não pode ser sindicável pelo Tribunal *ad quem*, desde que na primeira instância se não verifiquem erros manifestos na apreciação de provas ou que não fique provada matéria de facto intrinsecamente contraditória ou ilógica. Dado que, por força do princípio de imediação, é de reconhecer que, o Tribunal *a quo* está sempre no mais privilegiado posicionamento e em melhores condições para valorar as provas produzidas na audiência de julgamento do que o Tribunal de recurso.

Tudo visto resta decidir.

III

Nos termos e fundamentos acima expostos, acordam em julgar improcedente o recurso, mantendo na íntegra a decisão recorrida que julgou procedentes os embargos deduzidos pelo executado.

Custas do recurso pela recorrente.

Registe e notifique.

* * *

Submetido à discussão e votação, tal projecto não obteve vencimento da maioria do Colectivo, passa o primeiro-adjunto a ser relator deste processo, ao abrigo do disposto no artigo 631º/3 do CPC.

* * *

I - RELATÓRIO

Por apenso à execução ordinária nº CV3-15-0176-CEO que lhe move a **A, S.A. (A 有限公司)**, ora Recorrente, em 17/03/2016, veio **B**, ora Recorrido, deduzir os embargos de executado, dizendo que lhe não emprestou dinheiro algum e portanto lhe nada deve.

A final veio a ser proferida a sentença, datada de 23/05/2018 (fls. 115 a 117), julgando-se procedentes os embargos.

Desta decisão veio, em 03/09/2018, a Exequente/Embargada interpor recurso jurisdicional com as conclusões já transcritas no projecto.

*

II - PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Este Tribunal é o competente em razão da nacionalidade,

matéria e hierarquia.

O processo é o próprio e não há nulidades.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciária e são dotadas de legitimidade “*ad causam*”.

Não há excepções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

* * *

III – FACTOS ASSENTES:

A sentença recorrida deu por assente a seguinte facticidade:

São os já constantes do projecto do acórdão acima transcrito.

*

IV – FUNDAMENTAÇÃO

A posição que saíu vencedora deste acórdão acolhe parte da fundamentação do projecto do acórdão apresentado pelo Exmo. Juíz, ex-relator, nomeadamente a argumentação:

“Para o efeito, o embargante requereu a produção da prova testemunhal.

Cumprido assim pelo embargante o ónus de alegar a matéria exceptiva do direito invocado pela exequente, e assim como o ónus de requerer a produção de prova para tentar comprovar aquela matéria alegada.

Esta matéria exceptiva, de acordo com as regras do ónus de prova, deve ser quesitada. (sublinhado nosso)

Só que, infelizmente, não foi levada à base instrutória a matéria exceptiva alegada pelo embargante, tendo sido apenas quesitada a seguinte matéria (sublinhado nosso) cujo conteúdo é essencialmente proveniente da contestação aos embargos:

1. *Em 16.11.2013 o executado solicitou ao exequente um empréstimo de um milhão de HKD, tendo este declarado concede-lo?*
2. *O executado obrigou-se na sequência da entrega da quantia referida a devolvê-la no prazo de 20 dias a exequente?*
3. *Foi na sequência do referido em 1.e 2. que o executado subscreveu o doc. id. em A?*

Nos termos como foram redigidos os quesitos, esta matéria neles contida, pelo seu teor, é nitidamente alegada para a demonstração dos factos objecto da declaração contida no título executivo e da existência de uma relação material subjacente. (sublinhado nosso)

Portanto, se viesse a ser provada a tal matéria, os embargos de executado não poderiam deixar de improceder.

Todavia, inquiridas em audiência de julgamento as testemunhas arroladas por ambas as partes e examinados os documentos juntos aos autos, o Colectivo julgou não provada toda a matéria da base instrutória.”

1) – Igualmente merece o nosso apoio quando foram tecidas as seguintes considerações:

“Então *quid juris?*”

In casu, a exequente beneficia da presunção estabelecida a seu favor da existência da relação material subjacente, que é o empréstimo contraído pelo executado a ela.

Presunção essa é ilidível mediante prova em contrário.

Ao passo que nos embargos por ele deduzidos, o executado não só impugnou o empréstimo contraído por ele junto da exequente, documentado no título executivo, como também alegou matéria exceptiva consistente num facto incompatível com esse facto constitutivo (o tal empréstimo) presumido. (sublinhado nosso)

Não obstante não ter sido levada à base instrutória essa matéria exceptiva alegada pelo embargante, foram produzidas provas requeridas por ambas as partes, nomeadamente o depoimento prestado pela testemunha F, arrolada pela embargada, cujo depoimento foi considerado merecedor da credibilidade. (sublinhado nosso)

Valorados os depoimentos testemunhais e examinados os documentos nos autos, o Tribunal *a quo* formou convicção de que o empréstimo não foi contraído pelo embargante, mas sim, de duas uma, ou por F – *vide* a fundamentação da convicção do Colectivo de 1ª instância, acima transcrita).

Por força do princípio da aquisição processual, consagrado no artº 436º do CPC, *o tribunal deve tomar em consideração todas as provas realizadas no processo, mesmo que não tenham sido apresentadas, requeridas ou produzidas pela parte onerada com a prova.*

A propósito do princípio da aquisição processual, fundamental na matéria da instrução do processo, ensina Lebre de Freitas que *“no momento da decisão, é irrelevante que a proposição do meio de prova tenha provindo de uma ou de outra parte, ou ainda que a produção do meio de prova constituindo ou a apresentação no processo do meio de prova pré-constituído tenha resultado de iniciativa oficiosa; uma vez que produzida a prova constituenda ou admitida a prova pré-constituída, ela deverá ser considerada na decisão; por isso, não pode a parte retirar do processo, para nele não ver considerado, o meio de prova*

por si proposto, sem prejuízo de o poder fazer antes de produzido (se se tratar de prova constiuenda) – in CPC Anotado, Vol. 2º, 2ª ed., pág. 431 e 432.

Voltemos ao caso em apreço, cremos que, não obstante requerido pela embargada com vista à demonstração do facto constitutivo do empréstimo contraído pelo embargante, o meio de prova testemunhal constituindo, consubstanciado no depoimento de F, pode ser valorado pelo Tribunal na decisão de matéria de facto em desfavor da exequente/embargada.”

2) – No caso *sub judice*, o que o embargante pretende é invocar factos para convencer o Tribunal que *ele não era nem é sujeito da relação jurídica subjacente creditória*, ou seja, ele não é devedor da dívida, e como tal a acção executiva não deve ser movida contra ele, versão esta que, parece-nos, foi aceite pelo Tribunal *a quo*, só que esta matéria exceptiva (*artigo 7º a 14º do articulado – fls. 4 e 5 dos autos*), alegada pelo embargante, não foi devidamente seleccionada para a base de instrução (BI), verificando-se insuficiência de matéria de facto para decisão.

3) – Pois, o Tribunal *a quo* tomou a respectiva decisão com base apenas num facto provado (A exequente deu à execução o documento 10 junto com o p.i. da execução, subscrito pelo executado e cujo teor aqui se dá por reproduzido para os legais e devidos efeitos, titulando o valor de HKD\$1.000.000,00. (alínea A) dos factos assentes)! O que nitidamente é insuficiente!

4) – Ao elaborar o saneador, através do artigo 439º do CPC o legislador manda que sejam seleccionados factos relevantes segundo as várias soluções plausíveis das questões jurídicas.

5) – Por outro lado, o teor do documento de fls. 8 é decisivo, não obstante a fundamentação do acórdão que decidiu a matéria de facto ter uma

referência a ele (fls. 111/verso dos autos), **não chegou a apurar devidamente o seu conteúdo**. Tal documento, com assinatura reconhecida pelo notário, contém a declaração voluntária e unilateral do devedor (C) da dívida incorporada no título executivo, confessando ele próprio que foi ele que pediu o “executado” ir buscar “*fichas*” e assinar os respectivos papéis. Esta matéria devia igualmente ser quesitada por ser importante para a decisão da causa.

6) – De realçar que, uma coisa é não provar que “o executado não solicitou ao exequente empréstimo” (quesito 1º), outra é provar que “tal empréstimo foi contraído por um terceiro, sendo este que solicitou a intervenção do executado”, foi esta tese apresentada pelo embargante, ou seja, este pretende provar que ele não é sujeito da relação subjacente, matéria esta que deve ser incorporada na BI, sujeita à contradição das partes.

7) – Pelo que, ao abrigo do disposto no artigo 629º/4 do CPC, há-de revogar a sentença, mandando-se ampliar a matéria de facto da BI, de modo a incluir os factos alegados pelo embargante que constituem excepções nos termos acima vistos.

* * *

Tudo visto e analisado, resta decidir.

* * *

V - DECISÃO

Em face de todo o que fica exposto e justificado, os juízes do Tribunal de 2ª Instância **acordam em anular a decisão recorrida, ordenado que sejam aditadas matérias exceptivas alegadas pelo embargante e repetido o**

julgamento em conformidade, caso não haja motivo que o impeda.

* * *

Remetam-se OPORTUNAMENTE os autos para o TJB para cumprir o ordenado.

*

Custas pelas partes em proporção de igualdade.

*

Registe e Notifique.

*

RAEM, 06 de Junho de 2019.

Fong Man Chong

Ho Wai Neng

Lai Kin Hong

Vencido nos termos do projecto do Acórdão por mim apresentado, ora integralmente transcrito.