

DA RESPONSABILIDADE PELA EVICÇÃO NAS VENDAS JUDICIAIS

EXEGESE DO ART.º 910.º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Pelo DR. MANUEL FERNANDES DE OLIVEIRA

Antes de estudar o problema de saber quem é o responsável pela evicção nas vendas judiciais, e quais as tonalidades com que essa responsabilidade surge aos olhos do estudioso, importa frisar, ainda que sumariamente, as duas soluções que ao problema têm sido dadas pela jurisprudência e que têm sido acolhidas através dos tempos nas mais variadas legislações.

Na verdade, este problema da responsabilidade pela evicção nas vendas judiciais, só tem razão de ser naqueles sistemas em que se não admita o princípio de que a venda judicial purga os bens adjudicados de qualquer ónus ou vício que sobre eles incida. Na Alemanha, por exemplo, acontecia que a venda em hasta pública e a correlativa adjudicação por parte do comprador, tornavam a venda absolutamente irrevogável independentemente do facto de a coisa adjudicada ter pertencido em parte ou na totalidade a outrem que não ao vendedor executado.

Ao contrário, em França e na Itália, tem-se entendido que através da venda judicial apenas se transmitem os direitos que ao executado pertenciam, pelo que a evicção é sempre possível, e terá lugar logo que os bens adjudicados não pertençam ao vendedor, ou não lhe pertençam na sua totalidade.

Há ainda quem, adoptando uma posição ecléctica, misto das posições extremistas que apontámos, admita a evicção, com todas as

suas consequências, no que se refere aos móveis, mas já não no que se refere aos imóveis. É o que acontece, ou acontecia, por exemplo, na Áustria.

Por conseguinte, o problema que agora tratamos, resolver-se-á, antes de mais, em face do direito positivo, considerado no espaço e no tempo, e lógico é concluir, que nos países que seguem a doutrina segundo a qual a venda judicial purga a totalidade dos ónus ou vícios desconhecidos no momento da adjudicação, não tem razão de ser o problema que ora nos preocupa.

Mas, pergunta-se, pondo de parte o direito positivo de cada povo, será lógico o princípio apontado? Será lógico que com Pothier se possa entender que os bens móveis ou imóveis, transferidos para o adjudicatário, por meio de uma venda judicial, apenas fiquem sujeitos, em si mesmos, aos ónus ou vícios declarados no decorrer do processo executivo, e não a quaisquer outros que porventura sejam desconhecidos? Será porventura admissível, e até jurídico, que a sentença que reconhece a adjudicação, purgue ou liberte o bem adjudicado de uma servidão, ou de um foro, não conhecidos ao tempo da mesma?

É evidente que não. A ordem jurídica seria gravemente lesada, se porventura se desse àquele princípio a amplitude que pretendem os seus defensores. Efectivamente, e encarando as coisas apenas *de iure constituendo*, não pode deixar de concluir-se que, trate-se de uma venda voluntária ou judicial, um terceiro que tenha por qualquer processo reconhecido na lei, adquirido quaisquer direitos sobre a coisa adquirida ou adjudicada, não pode, só pelo simples facto de se realizar uma venda judicial, ver-se privado desses mesmos direitos que legitimamente adquiriu.

Entender as coisas de modo diverso seria desrespeitar gravemente a ordem jurídica, fazendo perigar a ideia de certeza e segurança, que presidem ou devem presidir, ao comércio jurídico.

Quer dizer, exemplificando, que o facto de a aquisição se ter efectuado judicialmente, numa venda em hasta pública, não impede que a mesma venha a ser anulada, por se verificar posteriormente que o prédio já não pertencia ao executado, mas sim a um terceiro que o havia adquirido por meio da prescrição.

O princípio de que a adjudicação purga a propriedade, voltamos a repeti-lo, não pode consequentemente admitir-se, sem desrespeitar

e ofender gravemente qualquer direito que porventura um terceiro tenha adquirido anteriormente sobre a coisa adjudicada.

Creio que me fiz entender. O princípio, entendido como queria Pothier, ou admitido com a latitude que lhe foi dada nas legislações alemã e austríaca, não o podemos nós conciliar, em nossa modesta opinião, com a necessidade de certeza e segurança do comércio jurídico. Repudiamo-lo, conseqüentemente, pelos motivos apontados.

A adjudicação, por tudo o que dissemos, não extingue, nem deve extinguir, os direitos válidamente constituídos sobre a coisa judicialmente vendida, anteriores ao momento da adjudicação.

Desta afirmação resulta que, se um terceiro invocar e provar em juízo que tem um direito de propriedade sobre parte ou totalidade da coisa vendida, de tal modo que o pleito intentado para conseguir aquele *desideratum* demonstre cabalmente a existência daquele direito, resulta, dizíamos nós, que o adjudicatário ficará evicto de parte ou da totalidade da coisa, conforme os casos, não lhe sendo permitido, para obstar à sua entrega, ou para evitar o exercício daquele direito, invocar a natureza judicial da compra efectuada.

Sendo assim, sendo certo que o adjudicatário pode sofrer a evicção na mesma medida em que o pode qualquer outro comprador, importa agora determinar também, se ele poderá agir de modo idêntico ao prescrito para as vendas voluntárias. Nestas, como sabemos, evicto em parte ou na totalidade, o comprador poderá exigir do vendedor, nos termos dos art.^{os} 1.047.º e 1.049.º do Código Civil, as prestações ali referidas. Não se levanta aqui o problema de saber quem é o responsável pela evicção, nem muito menos se essa responsabilidade terá ou não lugar. A lei é precisa e determinante ao prescrever contra quem o comprador há-de intentar a *actio evictionis*, e quais as prestações a que o mesmo terá direito.

Já outro tanto não acontece nas vendas judiciais. Aqui pode pretender-se que essa responsabilidade seja exigida ao credor exequente, ao devedor executado, aos credores satisfeitos, ou até ao próprio Estado.

Importa, pois, estudar imediatamente contra quem deve ser intentada a *actio evictionis*, quem é o responsável pelos prejuízos que o adjudicatário sofre com a evicção, e só então se averiguará do colôrido dessa mesma responsabilidade, isto é, das tonalidades que a mesma nos apresenta.

Para certos autores, a acção de garantia por evicção deve ser intentada única e simplesmente contra o credor expropriante. Fundamentam-se tais autores, segundo cremos, no que se passava no direito romano, onde o instituto «da garantia por evicção» atingiu alto relevo e uma floração doutrinal digna dos maiores encómios. Acontecia, então, que o credor penhoratício, ao alienar a coisa que constituía o penhor, o fazia na verdade por direito próprio, como se fora um verdadeiro vendedor. Sendo assim, apresentando-se-nos o credor penhoratício, no direito romano, como um verdadeiro vendedor, era absolutamente lógico que ele respondesse pela evicção, na mesma medida em que a nossa lei civil estipula tal responsabilidade para o vendedor voluntário. Tal doutrina modificou-se, porém, com o andar dos tempos e ainda mesmo dentro do direito romano. A regra *creditorum evictionem pignoris non debere*, que encontramos no direito justinianeu, e que, como vemos, contém em si mesma uma doutrina inversa à que acima expusemos, derivou do facto de, com o tempo, a venda do objecto do penhor ter deixado de ser realizada pelo credor penhoratício, para passar antes a sê-lo por um *magister bonorum*, o que implica, como é evidente, a ideia de que o credor, nesta fase já avançada do direito romano, deixou de ser ele próprio, o vendedor do objecto penhoratício. Fora deste caso, que agora considerámos, o credor exequente não era nunca obrigado à responsabilidade que da evicção deriva.

Contudo, e apesar de no direito justinianeu se ter enveredado por um caminho diferente — o de o credor não responder nunca pela evicção — vamos encontrar no direito francês, bem perto dos nossos dias, quem afirme «que o adjudicatário terá necessariamente uma acção de garantia contra o credor exequente, pois que, de qualquer modo, é a ele e só a ele que nós podemos atribuir a qualidade de vendedor». Na venda judicial, diz-se, não será em última análise o devedor executado o responsável pela evicção, pois é o credor exequente, por hipótese o credor hipotecário, quem goza do direito de vender, mercê do seu direito real sobre a coisa, que lhe confere aquele direito. O credor exequente alienaria, pois, a coisa sob a protecção da autoridade judiciária e adquiriria, como vendedor, o direito de exigir o preço (*actione venditi*) do adjudicatário.

Esta doutrina, porém, está hoje completamente abandonada. Na verdade, o credor expropriante não é um vendedor, podendo, única

e simplesmente, promover, soltar, digamos assim, o mecanismo da venda. E para verificar que ele não é um vendedor, basta atender ao que se dispõe nos art.º 874.º e segs. do Código de Processo Civil, onde se permite, dentro de certos limites, que ele, credor exequente, adjudique os bens que forem suficientes para o seu pagamento, para o que, diz o mesmo artigo, terá de «indicar o preço que oferece».

Ora, se ele oferece um preço, é porque a sua posição é a de um comprador, e creio ser jurídica e humanamente impossível que alguém seja ao mesmo tempo, e dentro do mesmo negócio jurídico, comprador e vendedor.

O credor exequente não é proprietário da coisa, nem tão-pouco toma esta posição por força da execução que promoveu. Ele limitou-se, segundo cremos, a desencadear o mecanismo da execução, por virtude daquele princípio segundo o qual, sendo os bens do devedor a garantia comum dos seus credores, a estes compete solicitar a intervenção dos tribunais, que é o mesmo que dizer do Estado, para o pagamento dos seus créditos.

É certo que, algumas vezes, o credor exequente nos aparece como responsável perante o adjudicatário. Será, por exemplo, a hipótese, de, tendo-lhe cabido a nomeação de bens à penhora, por o devedor executado o não haver feito, ter apresentado bens que não pertencem ao devedor, mas a outrem.

Em tal caso, e por força do disposto na alínea e) do art.º 909.º, a venda ficará sem efeito e o credor exequente será responsável perante o adjudicatário. Responsável pela evicção ou por qualquer outro motivo?

Sem querermos, por enquanto, analisar tal hipótese à luz do art.º 910.º do Código de Processo Civil — guardaremos para mais tarde a sua interpretação — cremos que *de jure constituendo* dois casos se podem distinguir: o de o credor exequente, ao indicar certos e determinados bens à penhora, haver procedido com dolo ou má fé, ou sem dolo.

Nesta hipótese — a de o credor exequente haver procedido sem dolo ou má fé —, pode na verdade acontecer que o credor exequente estivesse convencido que os bens nomeados à penhora pertenciam ao vendedor; nesta primeira hipótese, cremos que o credor exequente não será responsável perante o adjudicatário por qualquer indemnização a que este tenha direito.

Na verdade, o credor agiu sem culpa, pleno de boas intenções, e dentro da doutrina subjectivista, que perfilhamos, não se lhe pode imputar aquela responsabilidade.

Na segunda hipótese, a de haver procedido com dolo, já as coisas tomarão uma feição diversa, e então parece-nos que o credor exequente litigou de má fé, utilizando a própria expressão do art.º 465.º do Código de Processo Civil, «alterou conscientemente a verdade dos factos», e porque agiu com dolo, já é de lhe imputar aquela responsabilidade de que falámos. De qualquer modo, porém, e isto é que importa, esta responsabilidade não terá nunca o seu fundamento na evicção sofrida pelo adjudicatário, mas antes na má fé, no dolo, no litigar consciente contra a verdade dos factos, do credor exequente.

Isto, como dissemos, apreciando tal questão *de iure constituendo*, pois, como veremos em breve, as coisas não se passam assim à face do nosso direito positivo.

Examinámos a responsabilidade do credor exequente perante o adjudicatário, e agora ocorre indagar com minuciosidade, se a este adjudicatário, quando evicto, é ou não concedida uma acção contra o devedor executado. Não há dúvida que para as vendas voluntárias o problema nem sequer chega a pôr-se, de tal modo ele se encontra resolvido nas diversas legislações, e também na unanimidade de vistas dos diversos autores que ao assunto têm dedicado a sua atenção. Nas vendas voluntárias, o devedor é responsável pela evicção. Responsável nos dois sentidos: no sentido de que é obrigado a restituir o preço e no sentido de que é obrigado a uma indemnização para com o evicto. Nas vendas judiciais, porém, já o mesmo não acontece. E assim é que, se de um lado encontramos autores como Pothier, Troplong, Colin et Capitant e Rocco, que sustentam não existir qualquer obrigação da parte daquele cujos bens tenham sido judicialmente vendidos, de outro lado deparamos com outros autores — o maior número — dos quais destacaremos apenas Laurent, Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie, Guillouard, Planiol, etc., que sustentam, ao contrário, que o devedor executado é obrigado a garantir o adjudicatário, sempre que este venha a sofrer a evicção.

O primeiro princípio, acolhido no século XIX em várias legislações, tem sido a pouco e pouco abandonado no decorrer do tempo; e teria caído em desuso, restando para sempre arquivado na poeira

dos compêndios, se não fora a circunstância, aliás incompreensível, de haver sido retomado no § 204.º do Código Civil russo de 1921.

O segundo princípio, o que admite a responsabilidade, pela primeira vez adoptado no Código Civil japonês, foi em Itália, objecto de profundas locubrações por parte da jurisprudência — e acabou por ser admitido na própria lei.

E eis, sumàriamente apresentadas, as duas concepções de responsabilidade do devedor, nas suas formas extremas, e que se nos apresentam, como vemos, em franca e nítida opposição.

Mas há ainda uma terceira doutrina, diremos melhor, uma tentativa de conciliação, de acordo com a qual, na hipótese de evicção, o devedor executado seria obrigado à restituição do preço, mas não ao ressarcimento dos danos. As duas concepções antagónicas, confluem nesta doutrina intermédia, cedendo cada uma delas, em parte, um pouco do seu rigorismo e da sua rigidez.

E parece, dizem os defensores desta doutrina de tão nobres intenções, que uma solução justa e equitativa resultaria da sua adopção, pois que, se por um lado o facto de o adjudicatário não ter direito à acção de indemnização, não implica que ele deixe de ter direito à restituição do preço, por outro lado até consagra a opinião defendida por tantos e tão bons autores, dos mais diversos partidos, de que o devedor executado, imune de culpa, nos mais variados coloridos desta expressão, ficaria restrito na sua responsabilidade, à restituição do preço e jamais lhe seria exigido o pagamento de qualquer indemnização.

Examinemos a doutrina.

Há um princípio básico, desde já, do qual partimos e que não podemos ignorar: o de que a obrigação de garantia, tem pelo seu conteúdo e pelo seu fundamento dois lados diversos, a que correspondem de igual modo, efeitos diversos: a restituição do preço e a indemnização de perdas e danos. A obrigação de garantia, deste modo, como que se desdobra, pois, se por um lado, desfeita a venda, o preço recebido pelo vendedor executado, permanece no seu património sem causa, por outro lado, a evicção apresenta-se-nos de algum modo como um facto danoso, imputável ao vendedor. Para a tal doutrina intermédia, que agora nos preocupa, o executado vendedor teria a sua responsabilidade limitada única e simplesmente à restituição do preço. Na verdade, se aquele duplo aspecto em que se nos apresenta

a responsabilidade por evicção, assenta, de algum modo, num conceito de imputabilidade, é evidente que não podemos considerar que o executado vendedor seja um imputável quanto aos danos. Estes pressupõem, baseiam-se, assentam num conceito de culpa, e a verdade é que o executado no processo executivo, desempenha um papel de natureza passiva, um papel tal que normalmente não podemos dizer que ele tenha tido culpa na evicção que o adjudicatário sofra. Se assim é, compreende-se perfeitamente que ele seja isento de ressarcir os danos; mas quanto ao preço o princípio do não locupletamento à custa alheia obriga-o à repetição do indevido.

Eis a doutrina intermédia na sua nudez, naquilo a que poderíamos chamar, com precisão, o seu esqueleto.

Mas, dir-se-á, não será tantas vezes o executado devedor responsável, e, portanto, não isento de culpa, por haver deixado alienar em hasta pública, como sua, e em pagamento de débitos próprios, uma coisa que sabia, ou podia facilmente saber, que não lhe pertencia? Ou que lhe pertencia somente em parte?

Respondem os defensores de tal doutrina, dizendo que, na verdade, o executado pode ter tido culpa na evicção, por saber que o imóvel alienado, por exemplo, não lhe pertencia, mas na realidade o que acontece é que, em variadíssimos casos, ele ignora os defeitos, os vícios, entendida esta palavra no seu significado vulgar, de que a própria coisa alienada enferma.

Como obrigar, pois, o executado a responder pela indemnização, se na maior parte dos casos, na sua quase totalidade — no dizer da doutrina — ele agiu sem culpa ou má fé, e conseqüentemente em nada contribuiu para que a evicção se verificasse? Será lógico que se lhe imponha, além da restituição do preço indevido — restituição absolutamente lógica e natural — a obrigação de ressarcimento dos danos?

Para o vendedor voluntário, tais danos ainda se poderão fazer remontar a um facto por ele realizado, pois que foi sua a iniciativa da venda, mas para o executado poderá dizer-se porventura que a venda tenha sido da sua iniciativa, quando é certo que a realidade nos mostra que a venda forçada ou judicial é sempre ou quase sempre realizada contra a vontade do devedor?

Porque não se dizer que os danos sofridos pelo adjudicatário

evicto derivam da acção da justiça, e não do executado, que passivamente assistiu à execução?

Já será talvez demasiado fazer recair sobre o vendedor voluntário a responsabilidade pelos danos sofridos, quando não haja culpa ou má fé da sua parte, quanto mais responsabilizar pelos mesmos o devedor executado. Mais até, a doutrina chega mesmo a afirmar que nem a restituição do preço será sempre devida. É o que acontecerá, por exemplo, na hipótese de o devedor executado não haver recebido preço algum, por ele haver sido entregue aos credores para pagamento dos seus créditos.

Há, porém, uma interrogação a que os defensores desta doutrina intermédia não respondem, porque responder-lhe seria o mesmo que destruir a sua própria doutrina. É a hipótese de o executado haver procedido com culpa ou má fé, apesar da passividade do seu papel, abstando-se de vir ao pleito declarar que os bens que vão ser alienados não lhe pertencem, ou não lhe pertencem na sua totalidade.

Nesta hipótese, deve ou não o executado ser responsável pelos danos que o adjudicatário evicto venha a sofrer?

Não o dizem os defensores da doutrina em questão. Parece depreender-se, aliás, que eles pretendem sobretudo libertar o executado da responsabilidade pelos danos que da evicção derivam para o adjudicatário. E na sua campanha da caridade em favor dos devedores, e mais do que devedores — executados —, entendem que mesmo a restituição do preço só será devida quando, como acima dissemos, eles o hajam recebido. Quer dizer, umas vezes o executado é responsável, outras vezes não, o que é incompreensível. O executado ou é responsável pelo preço, e então não deve deixar nunca de o ser, ou não, e então não se compreende como ele possa ser obrigado a entregá-lo.

Pode pensar-se que, quanto aos seus efeitos, à venda forçada falta alguma coisa de voluntário, e que, portanto, a obrigação de responder pela evicção, por ser independente de dolo ou culpa, deveria sempre existir. Mas a admitirmos tal subtilidade de raciocínio, seremos forçados igualmente a pensar do mesmo modo quanto à restituição do preço, e então teríamos que o executado seria sempre responsável pela indemnização e pela restituição do preço.

Donde se conclui que o que importa determinar para a boa compreensão de tais motivos, é se a venda forçada se distingue ou não

da venda voluntária. E então, se a resposta for afirmativa, parece que não poderemos admitir qualquer responsabilidade nem mesmo quanto ao preço. Se for negativa, nada autorizará a que se restrinja a responsabilidade do vendedor. Autorizar qualquer restrição será talvez pretender harmonizar as duas doutrinas extremas, única e simplesmente pelo prazer de harmonizar, e não segundo um critério científico, fundamentado em razões jurídicas sérias.

Ainda comentando a doutrina que temos estado a analisar, verificamos que, segundo ela, para que haja lugar à indemnização, é preciso que o facto que lhe deu origem, tenha sido «um facto querido por aquele que tinha um direito defeituoso ou aparente sobre a coisa». Quer dizer, desde que o facto que deu origem à evicção tenha sido cometido sem dolo ou má fé, a imputabilidade do mesmo não poderá atribuir-se ao executado, e consequentemente não poderá responsabilizar-se o mesmo pela evicção. Tal obrigação de ressarcimento pressupõe, portanto, uma certa causalidade entre o facto cometido, causa da evicção, e a imputabilidade do mesmo ao executado. É coisa evidente, se interpretarmos este conceito de causalidade conforme deixamos dito, que não pode imputar-se a quem quer que seja um facto qualquer, desde que ele tenha sido praticado sem culpa. E assim, porque a venda judicial é realizada sem o concurso do executado, que nela tem um papel verdadeiramente passivo, não se lhe poderia imputar o facto que deu origem à evicção, e como consequência, não se poderia igualmente responsabilizá-lo pela obrigação de ressarcimento de danos, que como acima dissemos, assenta num conceito de culpa e, portanto, de imputabilidade.

Mas, atentemos melhor nesta construção doutrinal. Se a obrigação de indemnizar assenta, como quer aquela doutrina, na voluntariedade do facto que origina a evicção, parece-me que tal voluntariedade existe tanto na venda voluntária, como na venda judicial, pois esta é, se analisarmos bem, a consequência de o executado haver contraído um débito, e não o haver satisfeito no tempo devido.

Se podemos responsabilizar o vendedor voluntário muitas vezes só porque ele tomou a iniciativa da venda, desconhecendo muito embora que a coisa alienada lhe não pertencia, ou lhe não pertencia na totalidade, porque não havemos igualmente de responsabilizar o executado pela indemnização, quando é certo que foi ele, com o não

pagamento do crédito a que se havia obrigado, que originou a venda judicial?

Não há dúvida que o executado deu origem à venda judicial, ainda que admitamos que dentro dela, como querem certos autores, ele tenha desempenhado um papel puramente passivo.

Parece, portanto, e esta é a conclusão a que chegamos, não ser possível distinguir a venda voluntária da venda judicial, e sendo assim há que submeter o vendedor executado às mesmas obrigações a que se encontra sujeito o vendedor voluntário.

Mas nós dissemos haver uma doutrina que exclui, de maneira radical, qualquer responsabilidade ao devedor executado, e que tal doutrina era a consequência de um modo particular de conceber o procedimento executivo.

Examinemos as razões em que se fundamentam os defensores de tal doutrina para assim pensarem. O seu mais forte argumento baseia-se naquilo que já tantas vezes dissemos: no facto de se tratar de uma venda não voluntária, mas forçada. A venda judicial não é um contrato, requerendo um concurso de vontades, espontâneas e determinadas por motivos internos, ou no cumprimento de uma obrigação legal ou convencional. Na venda judicial não só se não reconhece a livre vontade do proprietário, como nem tão-pouco a que poderia nascer de uma obrigação legal de vender, já que falta qualquer vontade dirigida. A execução realiza-se, portanto, sem a mínima cooperação do proprietário, que não a quer, nem a deseja. Alegar que a vontade do devedor executado contém a dos credores ou do magistrado, é mero artifício, pois que os primeiros agem no seu interesse próprio e exclusivo, e o segundo não faz mais do que garantir o cumprimento da lei. Quer dizer: é absurdo, segundo esta doutrina, ver no devedor expropriado um verdadeiro vendedor, pois que ele não só não presta o mínimo consentimento para a venda, como ainda suporta uma autêntica espoliação.

O devedor executado não presta, portanto, qualquer consentimento. No processo de execução, estaríamos assim em presença, como querem certos autores, não de qualquer consentimento essencial à existência do negócio, mas apenas do império e acção da vontade soberana da lei, representada pelo juiz. Os querereres de todos os outros participantes não seriam, em substância, mais do que simples ele-

mentos e condições de facto, necessários à material e perfeita realização do escopo a que tende o mesmo processo.

Sendo assim, se na verdade o executado é um autêntico zero no processo executivo, ao ponto de a venda judicial se lhe apresentar até com um carácter de espoliação, como é possível responsabilizá-lo pela evicção que o adjudicatário venha a sofrer? Seria ilógico pensar em tal.

O acolhimento dado a esta teoria, cujo esqueleto agora indicámos, foi de certo modo grande. Mas não tardou que surgissem argumentos para a combater. E assim é que, uma das razões mais impressionantes imediatamente apresentadas pelos seus detractores foi que, se é certo que o devedor não consente na venda judicial, no momento em que ela se realiza, a verdade é que o credor exequente, que nela intervém, agiria como seu mandatário. Pode conceber-se, na verdade, que o devedor executado tenha atribuído ao credor exequente o direito de alienar, seguindo os trâmites do processo executivo, os bens necessários e indispensáveis para o pagamento dos seus débitos.

Na verdade, diz-se, logo que os créditos sejam exigíveis, ou até mesmo no momento em que o débito é contraído, surge em favor do credor, pelo menos, uma garantia genérica sobre os bens. Sendo assim, consista esta garantia numa hipoteca concedida em favor do credor, ou seja antes uma garantia geral sobre todos os bens que constituem o património do devedor, a verdade é que o devedor teria condescendido numa alienação possível na hipótese de a obrigação, na data do cumprimento, não ser voluntariamente cumprida. De outro modo, isto é, se as coisas não se passassem efectivamente desta maneira, a garantia geral ou especial sobre os bens do devedor não cumpriria o seu fim.

O credor exequente, portanto, ao promover, por iniciativa sua, a venda em hasta pública de certos bens do devedor, agiria tão-sòmente como seu mandatário e, conseqüentemente, na hipótese de se verificar a evicção, o adjudicatário teria que se dirigir não ao credor exequente, mas sim ao devedor executado, já que, como salientámos, o credor exequente no processo executivo agiria como um verdadeiro mandatário do devedor.

Poder-se-á, contudo, perfilhar tal solução? Apresentar-se-á o credor exequente como um verdadeiro mandatário do devedor? Poder-se-á considerar, como ponto assente, que o devedor, no mo-

mento do débito, consinta na realidade na alienação das coisas do seu património ?

Respondamos a esta interrogação analisando as duas hipóteses que nos podem surgir: a de o credor exequente ter uma garantia especial sobre os bens do devedor, uma hipoteca, ou a de apenas ter sobre os mesmos bens uma garantia de ordem geral — a garantia comum a todos os credores.

Na hipótese de garantia especial por hipoteca, há que considerar o tratar-se de uma hipoteca voluntária ou judicial.

Se a hipoteca que sobre os bens incide é judicial, poder-se-á pensar de algum modo que o devedor tenha consentido na alienação ? É evidente que não. Nunca o devedor pode ter consentido em tal, pois a hipoteca, como sabemos, resultou não da sua vontade, mas do império da lei.

Mas se a hipoteca é voluntária, parece que também não pode conceber-se que o devedor haja dado o seu consentimento, pois que, e apesar da hipoteca, ele conserva sempre o seu direito de alienação sobre a coisa hipotecada, sendo-lhe sempre facultado o exercitar aquele direito, alienando a coisa a outrem. E se assim é, se lhe é dado alienar a coisa hipotecada, não pode também pensar-se que aquele consentimento para a alienação do imóvel em hasta pública, de que acima falámos, seja dado pelo novo adquirente da coisa hipotecada, pois que este, não tendo interferido na realização da hipoteca, não se encontra em condições de autorizar com o seu consentimento aquela alienação em hasta pública.

Por outro lado, também é certo que não pode pretender-se que tal consentimento seja dado pelo devedor executado, pois que este, tendo de resignar-se à alienação da coisa em consequência da hipoteca, nada consente, e com o poder alienar a coisa hipotecada mostra, de modo insofismável, não desejar adjudicá-la ao credor hipotecário para pagamento dos seus créditos.

Mas, se se trata antes de uma garantia de ordem geral, sobre todos os bens do devedor, então, ou se vendem em hasta pública bens que já se encontravam no seu património no momento da assunção do débito, e então não poderemos supor que exista qualquer consentimento da sua parte na alienação em hasta pública, dado que ele podia haver alienado tais bens a outrem, e se não o fez não foi por consideração para com os seus credores, ou se vendem em hasta

pública bens que ainda não pertenciam ao devedor no momento da assunção do débito, e que, portanto, não se encontravam ainda no seu património, e então não se pode pensar, de modo algum, em que no momento da assunção do débito o devedor tivesse consentido na sua alienação, na hipótese de não vir a efectuar voluntariamente o pagamento dos débitos.

O facto de o devedor, ao contrair um débito, colocar o seu património a garantir os credores, não importa uma vontade de vender, mas somente uma obrigação legal de deixar vender. Ora, para que um contrato possa existir, e produzir os seus efeitos, é absolutamente necessário, como sabemos, que ambos os contraentes tenham dado o seu consentimento, o que não acontece nas vendas em hasta pública. Nestas, como vimos, parece não se verificar a existência de qualquer consentimento por parte do devedor e, sendo assim, lógico é concluir que a construção doutrinal que nos aponta o credor exequente como mandatário do executado, cai por terra. E se tal acontece, se de facto o credor exequente não age em nome do executado, então seria absolutamente absurdo o pretender responsabilizar este último pela evicção que o adjudicatário venha a sofrer.

Observa-se, porém, e esta é uma segunda razão que se pode apontar, que a venda judicial não se realiza, sem que, logo no início do processo executivo, o devedor seja citado para nomear bens à penhora. Logo, parece de concluir, que se o devedor executado, não tendo usado daquela faculdade que lhe é conferida entre nós pelo art.º 834.º do Código de Processo Civil, assiste de braços cruzados à venda em hasta pública, como seus e em pagamento de débitos próprios, de bens que sabia não lhe pertencerem, ou pertencerem-lhe apenas em parte, parece de concluir dizíamos, que o devedor executado agiu com culpa, agiu com dolo, tanto mais quanto é certo que ele podia, com relativa facilidade, libertar-se de uma tal responsabilidade, avisando os interessados.

Contudo, tal razão, quer-nos parecer, não se apresenta ainda como definitiva. Na verdade pode afirmar-se que é absurdo que o executado, que já tem a desdita de se ver privado dos seus bens, seja ainda obrigado a prevenir o credor exequente dos inconvenientes que podem advir para terceiros, de factos resultantes da execução contra ele iniciada. Por outro lado, se é certo que o executado pode saber se

a coisa lhe pertence ou não, na totalidade ou em parte, não é menos certo também que ele pode ignorar, sem culpa, os direitos que possui sobre a mesma. Quer dizer, a obrigação de garantia por evicção é inteiramente independente da situação de culpa em que se encontre o devedor.

Sendo assim, estamos, porém, em desacordo com aquilo que atrás dissemos. Afirmámos, então, que a obrigação de indemnização assentava sobre um facto pessoal do vendedor, e que se fundamentava na imputação que do mesmo facto se lhe pudesse fazer. Dissemos então ter de existir uma certa causalidade entre o facto — origem da evicção — e a imputabilidade do mesmo ao executado, para que este pudesse ser responsabilizado pelo ressarcimento dos danos sofridos pelo adjudicatário.

Surge-nos agora, porém, uma nova interpretação desta causalidade a que atrás nos referimos. Na verdade, pode entender-se que para que alguém seja responsável por um dano derivado de um facto, seja essencial e baste que este facto lhe pertença. O dano resultante de um facto, bastaria, portanto, na sua objectividade, independentemente da verificação de culpa, para responsabilizar o executado pelo seu ressarcimento. A causalidade seria, assim, aplicada de modo diverso daquele que atrás formulámos. Fonte causal do dano seria não mais o facto que o produz, e que com o nome de fonte imediata deve remontar ao vendedor, mas aquele que o torna possível. Fonte causal do dano seria, pois, o defeito, o vício, concernente ao próprio direito. E sendo assim, esta *mancanza di diritto*, como se diz em direito italiano, fonte causal do dano, viria esbater, apagar, digamos, a figura da venda forçada como figura autónoma. O dano derivado desse defeito ou vício do direito do vendedor, é comum à venda voluntária e à forçada, e não pode por isso estabelecer-se qualquer diferença entre uma e outra.

Cai assim por terra a afirmação de que as regras referentes à venda voluntária não se podem aplicar à venda forçada por virtude da sua natureza particular e diversa. Se bem que diversas sob outros aspectos, a diferente natureza da venda forçada não se estende, com efeito, à obrigação de responder pela evicção, que deriva de um facto comum a ambas, que é precisamente o facto da transferência. As normas sobre tal obrigação, relativas somente ao fenómeno jurídico da transferência, que tem lugar tanto na venda judicial como

na venda voluntária, não são consequentemente inconciliáveis com o carácter diverso da primeira.

O erro das doutrinas que admitem uma obrigação do executado vendedor, e que já expusemos, está precisamente em quererem fundamentar essa responsabilidade nos conceitos de consentimento ou de culpa. A verdade, porém, é que na venda judicial não há consentimento nem culpa. A obrigação de garantia prescinde, com efeito, de um e de outro daqueles conceitos. Mesmo na venda voluntária, para a qual se exige o consentimento de ambos os contraentes, a obrigação de garantia surge independentemente do consentimento e da culpa do vendedor, e única e simplesmente pela necessidade de manter um certo equilíbrio nas prestações. E é este equilíbrio, esta correlação entre as prestações, no qual se funda a obrigação de garantia, que tira todo o valor ao argumento da voluntariedade nas vendas não judiciais, pois se é certo que a venda judicial pode efectivar-se sem ou contra a vontade do executado, a verdade é que aquele equilíbrio entre as prestações a que agora nos referimos fundamenta e explica a obrigação de garantia, tanto para as vendas voluntárias, como para as vendas judiciais.

E é esta doutrina, segundo a qual o devedor executado é responsável perante o adjudicatário, na mesma medida em que o seria um vendedor voluntário, é esta doutrina, dizíamos, adoptada por grande número de legislações e defendida pelo escol dos juristas dos últimos tempos, aquela que se pode considerar prevalecente, e que, segundo a nossa modesta opinião, é indubitavelmente a melhor. Os Códigos de Processo Civil italiano e francês, por exemplo, seguem-na sem quaisquer restrições.

E já é tempo, cremos, de analisar, à face do nosso direito positivo, a doutrina adoptada pelo nosso legislador ao tratar da evicção no direito processual.

Interessa-nos sobretudo, o art.º 910.º do Código de Processo Civil, que parece prever sòmente a hipótese da evicção total. Nele se afirma que «quando se der a evicção, o comprador só tem o direito de pedir a restituição do preço às pessoas a quem tiver sido atribuído, salvo se o executado ou os credores houverem procedido de má fé ou assumido expressamente a responsabilidade pela evicção, pois nestes casos o comprador pode exigir deles a respectiva indemnização nos termos declarados no Código Civil».

O artigo, como vemos, analisa-se ou desdobra-se em duas partes fundamentais, sendo a primeira a regra e a segunda a excepção. A primeira parte aplica-se sempre que a evicção se verifique. A segunda só se aplica excepcionalmente, isto é, quando a má fé se verificar, ou quando o executado ou os credores houverem assumido expressamente a responsabilidade.

Por outro lado, interessa para uma boa interpretação do artigo, distinguir as duas facetas em que a evicção se desdobra: a restituição do preço e a indemnização de perdas e danos.

Analisemos em primeiro lugar o que nos diz o artigo quanto à restituição do preço.

«Quando se der a evicção, o comprador só tem o direito de pedir a restituição do preço às pessoas a quem tiver sido atribuído...» — é esta a regra contida no artigo. Em função de que princípio, portanto, pode o comprador exigir a restituição do preço?

Em face da posição que adoptámos ao fazermos a exposição sumária das doutrinas que atrás enunciámos, será talvez exagerado dizer que aquela responsabilidade pela restituição do preço, seja devida por força da evicção.

Nós dissemos que as vendas voluntária e judicial, pelo menos para efeitos de evicção, não se distinguiam entre si. É claro que esta afirmação, escusado será dizê-lo, é bastante discutível, e não será talvez demasiada modéstia da nossa parte, o lembrar que estamos a caminhar sobre um terreno acerca do qual, segundo cremos, ninguém escreveu aprofundadamente em Portugal. Seja, porém, como for, a verdade é que a doutrina que defendemos nos conduz directamente àquela afirmação, e sendo assim, as vendas voluntária e judicial, para efeitos de evicção, voltamos a repeti-lo, são idênticas.

Mas se assim é, na hipótese de a má fé, a que se refere a 2.^a parte do art.º 910.º do Código de Processo Civil, não se verificar, o adjudicatário, apesar da evicção, apenas tem direito à restituição do preço e não à indemnização. Quer dizer, o nosso legislador ao formular o preceito em questão mutilou, permita-se-me a expressão, um instituto cuja noção, requisitos e consequências desde há muito foram fixados pela doutrina e admitidos pela jurisprudência.

É que a evicção não é apenas restituição do preço; é também indemnização de perdas e danos.

Ninguém pretendeu até agora, cremos nós, limitar a venda a uma obrigação de entregar o preço, e afastar do seu conceito, para certos efeitos, a obrigação de entregar a coisa. É que uma e outra destas obrigações fazem parte da sua essência.

De igual modo, julgamos, que afastar de quem quer que seja o responsável pela evicção, a obrigação de ressarcir os danos, é o mesmo que amputar tal instituto, é o mesmo que destruir-lhe a sua própria essência.

A noção de evicção já vem desde o direito romano. Foi lá que ela nasceu e se desenvolveu; e a nossa lei, no art.º 1.046.º do Código Civil, ao definir este instituto, diz-nos que «se aquele, que adquiriu uma coisa por contrato oneroso, foi privado dela por terceiro, que a ela tinha direito, o alheador é obrigado a indemnizá-lo, etc., etc.; a *indemnizá-lo*, note-se bem. Ora quer-nos parecer, que o Código de Processo Civil não é senão um complemento, um prolongamento, do Código Civil, e que de modo algum o legislador processual podia esquecer aquela definição básica do art.º 1.046.º do Código Civil limitando a evicção, na hipótese de boa fé, a uma simples restituição do preço. A essência da evicção, ou pelo menos uma das suas consequências fundamentais, reside na indemnização, e esta é alguma coisa mais do que restituição do preço. Dizer que o adjudicatário sofre a evicção, e depois reduzir as consequências a que o mesmo instituto dá lugar, é o mesmo que destruir a sua própria seiva, é o mesmo que alterar o próprio conceito do instituto.

Vamos até mais longe no nosso pensamento, afirmando que o instituto da evicção dispensar-se-ia se porventura a sua consequência única se limitasse à restituição do preço.

Em função de que princípio pode, portanto, o comprador exigir a restituição do preço? Retomando a afirmação de que para efeitos de evicção a venda voluntária se não distingue da venda judicial, parece-nos que a restituição do preço a que se refere o art.º 910.º do Código de Processo Civil, teria lugar por força dos princípios gerais e das disposições legais que presidem ao contrato de compra e venda na lei civil.

Com efeito, a restituição do preço não é, como queria Domat, devida a título de ressarcimento de danos. É coisa assente na doutrina e na jurisprudência, que — com Doumoulin e Pothier, ao reba-terem a opinião de Domat—o preço foi pago ao vendedor, ou aos seus

credores, com o fim de obter a propriedade da coisa alienada. Ora, se a coisa foi evicta, o vendedor retém o preço sem causa, indevidamente, e o comprador terá o direito de que ele lhe seja restituído. Funcionará, aqui, como princípio básico fundamental, o do não locupletamento à custa alheia. Ao comprador, deve ser restituído o preço, pois, não há dúvida de que este o satisfaz como contraprestação, de uma prestação que afinal não chegou a receber.

Quer dizer, segundo o nosso entender, e de acordo com a opinião que perfilhamos, a restituição do preço teria sempre lugar, ainda mesmo que a primeira parte do art.º 910.º do Código de Processo Civil não existisse.

Por outro lado, quer-nos parecer, e já atrás o afirmámos, que a primeira parte do art.º 910.º não prevê um caso de evicção, na medida em que entendemos que o substracto da evicção, a sua essência, reside única e simplesmente na indemnização, entendida esta expressão no seu sentido lato, e consequentemente abrangendo também a restituição do preço.

Se consultarmos qualquer tratadista de renome, e abrirmos o seu livro no capítulo referente «às obrigações que incumbem ao vendedor por força da garantia por evicção», verificaremos que essas obrigações se resumem a três: 1 — a obrigação negativa de não perturbar o comprador; 2 — a obrigação positiva de o defender se ele for atacado no seu direito; e 3 — a obrigação de o indemnizar, se a evicção se verificar.

Ninguém nos aponta a restituição do preço, como consequência fundamental, essencial, primária, da evicção. Ao contrário, todos nos dizem ser a indemnização uma característica essencial, básica, da mesma evicção.

Quer dizer, podemos concluir como há pouco dissemos: o legislador processual, ao afirmar na 1.ª parte do art.º 910.º as prestações a que o adjudicatário evicto tem direito, mutilou a seu bel-prazer o instituto da evicção.

Convém acrescentar, porém, antes de passarmos à análise da 2.ª parte do art.º 910.º, que da afirmação de que a restituição do preço teria sempre lugar, por força dos preceitos legislativos do contrato de compra e venda, ou até por força do princípio universal do não locupletamento, podem resultar, à primeira vista, certas dificuldades.

Quanto às relações entre o executado vendedor e o comprador, tais dificuldades não têm razão de ser. O comprador entregando o preço, não recebeu em troca a correlativa entrega da coisa, logo, que o vendedor restitua o preço, pois, retendo-o, procede indevida e ilegalmente.

Mas quanto às relações entre os credores satisfeitos e o comprador, já as coisas se não explicam tão facilmente. A verdade, porém, é que os credores satisfeitos, tal como o vendedor, retêm igualmente o preço indevidamente, pois, muito embora nós saibamos que o preço que lhes foi entregue, para pagamento dos seus créditos, lhes é devido, a verdade é que ele resultou da venda de bens que não constituíam garantia dos seus créditos. Os bens vendidos não pertenciam ao executado, não faziam parte do seu património, logo não podem ser considerados garantia comum aos credores, e sendo assim, o preço resultante da alienação que lhes foi entregue para pagamento dos seus créditos, não lhes pertence, é retido indevidamente, pois, não saiu do património do executado vendedor, e só este património é garantia dos credores.

Concluiremos, portanto, afirmando que o legislador processual, ao legislar a 1.^a parte do art.º 910.º, regulou expressamente a restituição do preço indevidamente retido, mas não subordinou os responsáveis segundo uma teoria da evicção, entendida tal como na lei civil, ou como no direito justinianeu.

Passemos agora à segunda parte do artigo. Aí se afirma que «se o executado ou os credores houverem procedido de má fé ou assumido expressamente a responsabilidade pela evicção, o comprador poderá também exigir deles a respectiva indemnização, nos termos declarados no Código Civil».

Como acima dissemos, esta 2.^a parte do art.º 910.º apresenta-se-nos não como regra, mas sim como excepção. Na verdade, esta disposição aplica-se somente em duas hipóteses, previstas e indicadas pelo legislador.

A primeira hipótese é a de o executado ou os credores haverem assumido expressamente a responsabilidade. Pode, na verdade, suceder que o comprador, por qualquer circunstância, receie ficar evicto. O comprador pode na verdade duvidar da existência do direito do vendedor. E sendo assim, nada impede que antecipadamente se con-

vencione que o credor exequente ou o executado respondam nesta ou naquela medida pela evicção.

Trata-se de uma convenção ou de um contrato que as partes estipulam entre si, e que a lei protege na mesma medida em que o faz para todas as outras convenções, que não infrinjam as disposições reguladoras dos contratos. Não se levantam, pois, neste preceito, quaisquer dificuldades de monta.

A 2.^a hipótese, prevista na 2.^a parte, estipula que «se o executado ou os credores houverem procedido de má fé, pode o comprador exigir deles a respectiva indemnização».

Parece-nos, assim, que esta segunda hipótese prevê, ao contrário da primeira, um caso nítido de evicção. Talvez o legislador não carecesse de castigar assim a má fé de uma maneira tão grave, atendendo a que para a boa fé desrespeitou os princípios reguladores da evicção, mas a verdade é que, nesta 2.^a hipótese, o legislador não hesitou em mandar aplicar, remetendo para a lei civil, as disposições dos art.^{os} 1.047.^o e 1.048.^o do Código Civil.

Quer dizer, para a hipótese da má fé, o legislador não se afastou, quanto às consequências da evicção, da doutrina consagrada pelo visconde de Seabra na lei civil. Quanto às consequências, dissemos nós, pois, já o mesmo não sucede quanto à responsabilidade. Enquanto na lei civil nos aparece como responsável única e simplesmente o vendedor, agora surgem-nos como responsáveis o executado e os credores de má fé. É a afirmação da doutrina do Dr. Cunha Gonçalves, referida no seu trabalho *Da compra e venda*.

Quer dizer, o legislador não optou nem por uma, nem por outra das doutrinas que atrás expusemos. Não se inclinou para a doutrina da responsabilidade do credor exequente, nem tão-pouco para a doutrina da responsabilidade do executado. E assim é que, ao intérprete, é difícil averiguar em que medida é cada um deles responsável pela evicção.

Na hipótese, por exemplo, de se encontrarem de má fé o executado e dois credores, qual será a quota-parte de responsabilidade que cabe a cada um? Serão todos responsáveis solidariamente ou conjuntamente? E os credores serão responsáveis na mesma medida, ou atender-se-á ao montante dos seus créditos?

Eis duas interrogações essenciais, sem as quais não se pode fazer uma interpretação lógica do preceito, e às quais nem o legislador nem

o Dr. Cunha Gonçalves dão resposta. Serão talvez de aplicar os princípios gerais contidos nas diversas disposições do Código Civil, referentes às obrigações, mas creio bem que a aplicação de tais princípios nos afastará de uma solução justa e equitativa.

E tudo isto é consequência de o legislador processual se ter afastado da doutrina da responsabilidade do devedor executado. É consequência de o legislador se ter afastado da doutrina sã e justa do Código Civil, com o pretexto de que o vendedor executado é diferente do vendedor voluntário. E isto importa que se não houver ninguém de má fé, o comprador ficará privado da satisfação das despesas que fez com a compra ; não verá satisfeitos os gastos que porventura haja realizado ao opor-se judicialmente a terceiros no pleito de evicção, nem será indemnizado, tão-pouco, das despesas úteis e necessárias, que haja feito com a coisa, e que lhe não tenham sido abonadas pelo vencedor no pleito. Receberá única e simplesmente o preço e nada mais. Situação justa? Cremos que não.

O abismo entre a venda voluntária e a venda judicial, que parece ter existido na mente do nosso legislador ao formular o preceito, não é senão, pelo menos para efeitos de evicção, um abismo aparente. O facto de se ter estipulado até na própria lei que a venda pode ser feita judicial ou extrajudicialmente, podendo esta última realizar-se por negociação particular ou por outros modos, e o facto ainda, para mim bastante significativo, de o devedor executado poder obstar ou impedir a venda, em qualquer altura do processo, efectuando o pagamento das custas e dos respectivos créditos, são elementos decisivos, ou pelo menos bastante importantes, para que se não deva distinguir, ao menos para feitos de evicção, a venda voluntária da venda judicial.