

# SOBRE O FUNDAMENTO POSSESSÓRIO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO DEDUZIDOS PELO LOCATÁRIO, PARCEIRO PENSADOR, COMODATÁRIO E DEPOSITÁRIO

*Pela Dr.<sup>a</sup> Maria do Rosário Palma Ramalho \**

## SUMÁRIO

### I — CONSIDERAÇÕES GERAIS

1. Considerações genéricas para o enquadramento dos embargos de terceiro no sistema de direito positivo português
2. O fundamento possessório dos embargos de terceiro
  - 2.1. Qualificação da situação possessória do terceiro. Razão de ordem
  - 2.2. Classificações de posse — breve referência

### II — O FUNDAMENTO POSSESSÓRIO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO DEDUZIDOS PELO LOCATÁRIO, PARCEIRO PENSADOR, COMODATÁRIO E DEPOSITÁRIO

3. Considerações gerais. Delimitação das situações de posse em nome alheio objecto de estudo
  - 3.1. Preliminares
  - 3.2. As situações de posse em nome alheio subsumíveis à previsão residual do art. 1253.º al. c) *in fine* do C.C.
4. Análise legal dos casos de extensão da tutela possessória a determinados possuidores em nome alheio
  - 4.1. A tutela possessória do locatário — as normas legais e a aplicação jurisprudencial
  - 4.2. A tutela possessória do parceiro pensador
  - 4.3. A tutela possessória do comodatário
  - 4.4. A tutela possessória do depositário

---

\* Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

5. A questão da tutela possessória dos possuidores em nome alheio na doutrina portuguesa
  - 5.1. Considerações preliminares
  - 5.2. As doutrinas da excepcionalidade/representação
  - 5.3. As doutrinas qualificativas
  - 5.4. A posição de Castro Mendes: o argumento da *exceptio dominii*
6. Apreciação crítica das várias concepções doutrinárias
7. A solução proposta: o critério do interesse tutelável do possuidor
  - 7.1. A enunciação do critério
  - 7.2. A necessidade do critério e a sua aplicação prática

### ABREVIATURAS UTILIZADAS

C.C	.....	Código Civil Português
C.P.C.	.....	Código de Processo Civil Português
RC	.....	Tribunal da Relação de Coimbra
REv	.....	Tribunal da Relação de Évora
RLx	.....	Tribunal da Relação de Lisboa
RP	.....	Tribunal da Relação do Porto
STJ	.....	Supremo Tribunal de Justiça
BMJ	.....	Boletim do Minitério da Justiça
CJ	.....	Colectânea de Jurisprudência
RLJ	.....	Revista de Legislação e Jurisprudência
ROA	.....	Revista da Ordem dos Advogados
RT	.....	Revista dos Tribunais

## I

### CONSIDERAÇÕES GERAIS

1. *Considerações genéricas para o enquadramento dos embargos de terceiro no sistema de direito positivo português*

A figura dos embargos de terceiro é consagrada, com autonomia, no nosso sistema juspositivo, em sede de defesa da posse, no art. 1285.º do Código Civil Português <sup>(1)</sup>, configurando-se como um meio de reacção contra a ofensa da situação possessória decorrente de diligência ordenada judicialmente <sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> De ora em diante referiremos este diploma apenas pelas iniciais C.C.

<sup>(2)</sup> Esta disposição corresponde ao art. 484.º do código Civil de 1867, embora com um âmbito muito mais restrito, uma vez que aquele preceito estabelecia, em termos genéricos, o direito do possuidor à manutenção ou restituição na posse, contra qualquer tipo de perturbação ou de esbulho.

Paralelamente, a lei civil substantiva prevê o recurso aos meios de protecção da posse, e, designadamente, aos embargos de terceiro, fora deste quadro sistemático: neste sentido dispõem, no Código Civil, o art. 670.º al. a), a propósito do credor pignoratício; o art. 758.º, com referência ao titular do direito de retenção; o art. 1037.º n.º 2, quanto ao locatário; o art. 1125.º n.º 2, quanto ao parceiro pensador; e os arts. 1133.º n.º 2 e 1188.º n.º 2, respectivamente quanto ao comodatário e ao depositário.

A lei substantiva não cuida, no entanto, de regulamentar a figura, remetendo genericamente o art. 1285.º para as normas de processo. O que nos reconduz aos arts. 1037.º a 1043.º do Código de Processo Civil <sup>(3)</sup>, integrados sistematicamente no título do Código dedicado aos meios possessórios, mas numa secção própria <sup>(4)</sup>.

Em sede de normas processuais, relevam para a delimitação conceptual da figura essencialmente o art. 1037.º n.º 1 <sup>(5)</sup> e o art. 1043.º n.º 1 do C.P.C. — o primeiro referido aos embargos de terceiro repressivos ou recondutores na posse, e o segundo admitindo os embargos preventivos <sup>(6)</sup>.

<sup>(3)</sup> Que, a partir de agora, referiremos simplesmente como C.P.C.

<sup>(4)</sup> De salientar que, ao contrário do que sucedia no plano do direito positivo substantivo, em que se não verificava, no domínio do Código de Seabra, o tratamento autónomo dos embargos de terceiro, no plano processual a autonomia sistemática da figura é tradicional no nosso sistema jurídico. Já na Lei de 23 de Dezembro de 1761 ela aparece regulamentada e, posteriormente, no art. 635.º da Novíssima Reforma Judiciária, como forma de reacção contra um acto de penhora ou de apreensão judicial de bens, fundamentada na «efectiva posse na coisa penhorada ou na que se mandar entregar ao exequente». Esta norma transitou para o Código de Processo Civil de 1876, cujo art. 922.º dispunha sobre a matéria de um modo algo diverso, uma vez que deixava de fazer referência à efectividade da posse. Os embargos eram aqui tratados como um incidente do processo executivo e o seu fundamento objectivo alargado ao arresto — arts. 370.º e 378.º — vindo ainda a estender-se, por lei avulsa, ao arrolamento e à posse judicial avulsa (Dec. n.º 2, de 15 de Setembro de 1892, cujo regime veio a ser reproduzido pelos arts. 91.º e 153.º § único do Dec. n.º 21 287, de 26 de Maio de 1932), bem como ao arrendatário — art. 20.º do Dec. n.º 5411, de 17/04/1919 — *vd.*, nesta matéria, António Leite Ribeiro de MAGALHÃES, *Manual das Acções Possessórias e seu Processo*, 2.ª ed., Coimbra, 1910, pp. 193 e ss.

<sup>(5)</sup> Norma que tem por fonte directa o art. 1036.º da lei processual de 1939 (correspondente ao art. 852.º do Projecto), cujo sentido foi totalmente mantido.

<sup>(6)</sup> Norma correspondente ao art. 1039.º do Código de Processo Civil de 1939.

Da leitura destas normas substantivas e processuais e da respectiva inserção sistemática decorre a delimitação conceptual dos embargos de terceiro como um processo especial de defesa da posse, ameaçada ou lesada pela prática de uma diligência judicial, que assiste a quem, pela sua própria qualidade, ou pela qualidade em que detém os bens, não deva ser afectado por essa diligência (7) (8).

Qualificados como meio de tutela judicial da posse, os embargos de terceiro exigem, pois, para a sua delimitação, os seguintes requisitos: a existência de uma situação jurídica de posse; a qualificação do titular da situação possessória como terceiro, ou, excepcionalmente, como executado ou obrigado; e a origem judicial do acto ofensivo da posse.

O segundo requisito apontado permite delimitar este meio de tutela do ponto de vista subjectivo, ou seja, pelo critério da titularidade da situação jurídica ofendida. O terceiro requisito permite a autonomização substantiva e processual da figura dos embargos de terceiro: é em virtude da especificidade que o legislador reconhece ao facto ofensivo da posse do terceiro que estipula uma forma, também ela especial, de reagir contra aquela

---

(7) Esta noção tem um objectivo meramente operatório ou funcional, permitindo-nos realçar os traços mais característicos da figura para entrarmos na análise do seu fundamento possessório. Não se trata pois de um conceito acabado, que, de qualquer modo, só poderia resultar da análise (prévia) da globalidade do regime jurídico da figura, que não podemos empreender em sede deste estudo.

(8) A qualificação dos embargos de terceiro como um processo especial parece não oferecer dúvidas desde o Código de Processo Civil de 1939, sendo aceite pela unanimidade da doutrina portuguesa. Neste sentido, *vd*, por exemplo, Alberto dos REIS, *Processos Especiais*, vol. I, Coimbra, 1955, pp. 400 e ss., que, aliás, os considerava como um «processo especialíssimo», em confronto com o processo especial dos arts. 1032.º do Código de Processo Civil de 1939; João de Barros Couto ROSADO, *Embargos de Terceiro no Código de Processo Civil*, Lisboa, 1941, p. 12; Manuel Augusto Gama PRAZERES, *Do Processo de Execução no actual Código de Processo Civil*, Braga, 1963, p. 210; Artur Anselmo de CASTRO, *A Acção executiva Singular, Comum e Especial*, 3.ª ed., Coimbra, 1977, p. 341 e João de Castro MENDES, *Direito Processual Civil*, ed. revista e actualizada, vol. III, Lisboa, 1986/87, p. 394.

ofensa — o que permite delimitar os embargos de terceiro em relação aos outros meios de tutela possessória <sup>(9)</sup>.

No entanto, a análise que vamos empreender circunscreve-se apenas ao primeiro requisito individualizado, isto é, a posse do terceiro, que constitui, na expressão de Alberto dos REIS, o «fundamento de direito» dos embargos de terceiro <sup>(10)</sup>. E, dentro dos problemas suscitados pelo estudo deste requisito, só nos ocupará a temática da distinção entre posse em nome próprio e posse em nome alheio, na tentativa de procurar encontrar a razão da tutela possessória desta última.

## 2. O fundamento possessório dos embargos de terceiro

### 2.1. Qualificação da situação possessória do terceiro. Razão de ordem

A análise do requisito possessório dos embargos de terceiro não deveria, em rigor, ser efectuada sem a resolução de uma ques-

---

<sup>(9)</sup> Embora a autonomização da figura seja tradicional no nosso Direito, ela não mereceu acolhimento noutros sistemas jurídicos. Assim, por exemplo, no domínio do direito francês, não encontramos uma acção correspondente aos embargos de terceiro, mas antes uma acção possessória mais ampla (a *complainte*), pela qual o possuidor pode defender o seu poder sobre a coisa contra uma ofensa, de facto ou de direito e sem carácter violento — dentro das ofensas de direito inclui-se, designadamente, a negação da posse em processo judicial — *vd.*, neste sentido, Henri, Léon e Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil Français*, vol. II, 2.ª ed. Paris, 1962, pp. 1175 e s.

Também o sistema jurídico espanhol parece não individualizar, do ponto de vista processual, os embargos de terceiro relativamente a outros meios de tutela da posse, embora do ponto de vista da legitimidade processual para articular a defesa possessória a solução não seja unívoca, consoante a ofensa da posse provenha de um acto material ou de um acto jurídico — *vd.*, José Castan TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Comun y Foral*, tomo II, vol. I, Madrid, 1978, pp. 611 e ss e *infra*, p. 17, nota 30.

Já no sentido da autonomização dos embargos de terceiro em relação aos outros meios de tutela da posse, em função da origem judicial da ofensa, podem apontar-se, a título exemplificativo, o direito italiano (art. 619.º do *Codice di procedura civile*), o direito alemão (§§ 771.º e ss. do ZPO) e o direito brasileiro — art. 1046.º do Código de Processo Civil, cuja redacção é, aliás, bastante próxima da do art. 1037.º n.º 1 do C.P.C.

<sup>(10)</sup> Cfr., *op. cit.*, p. 404.

tão qualificativa prévia: a questão da delimitação da situação jurídica do terceiro como situação possessória. Se os embargos são um meio de tutela judicial da posse, não podemos saber como opera esta tutela sem definir a realidade a tutelar, ou seja, sem sabermos o que é a posse.

Não cabe, no entanto, no âmbito deste estudo, a abordagem das questões relativas à matéria da conceptualização da posse, não só pelas dificuldades que comprovadamente suscitam, como também pelo objectivo primacialmente processual que a nossa investigação se propõe: analisar algumas situações de detenção susceptíveis de fundamentar o processo especial de embargos de terceiro. Deste modo, não só não faremos qualquer incursão pela temática da conceptualização da posse, como também todas as referências feitas ao fenómeno possessório, genericamente considerado, devem ser entendidas numa perspectiva de funcionalização ao objectivo proposto, o que justifica a sumariedade que revestem.

\*

\*      \*

Estabelecida a premissa analítica, diremos apenas que a qualificação da situação possessória do terceiro, que fundamenta os embargos, terá que decorrer da noção legal de posse, contante do art. 1251.º do C.C., uma vez que é a esta norma que necessariamente se reportam as referências à posse do terceiro embaraçante feitas ao nível do direito substantivo — art. 1285.º do C.C. — bem como a referência adjectiva do art. 1037.º do C.P.C. (11); mas esta noção legal carece de ser conjugada com as duas normas subsequentes: o art. 1252.º, admitindo a representação na posse e estabelecendo a presunção de posse na pes-

---

(11) Parece-nos esta conexão especialmente relevante na matéria que nos ocupa pela diferença entre a actual noção legal de posse e o tratamento da questão no Código de Seabra, que admitia tanto a posse de coisas como a posse de direitos (art. 474.º) e regulava não só situações de posse efectiva como alguns casos de posse meramente civil (arts. 953.º e 2011.º), o que veio a ter implicações no plano da fundamentação possessória dos embargos de terceiro.

soa que exerce poderes de facto sobre a coisa; e o art. 1253.º que, por recurso a diversos critérios, concorre para a delimitação entre posse e detenção e enuncia algumas situações de posse em nome alheio. Esta delimitação entre posse e detenção <sup>(12)</sup>, que o legislador aparentemente estabelece, tem como efeito a subtracção das situações que (bem ou mal) são qualificadas como situações meramente detentórias ao regime jurídico da posse e, dentro dele, à tutela possessória. Assim, se poderia concluir, em matéria de embargos de terceiro, que revestindo este a qualidade de simples detentor ou «possuidor precário», não poderia opôr-se à diligência judicial lesiva da sua situação por falta do fundamento de direito dos embargos, isto é, por falta de posse.

Mas a simplicidade desta afirmação é aparente e enganadora, já que a lei, não obstante a destrinça que estabelece entre posse e detenção, confere tutela possessória a situações qualificadas como detenção ou posse em nome alheio, à luz dos seus próprios critérios — são os casos do locatário, do parceiro pensador, do comodatário e do depositário, a que já fizemos referência <sup>(13)</sup>, e que analisaremos ao longo deste estudo.

## 2.2. *Classificações de posse — breve referência*

Reportando-se este estudo à matéria da fundamentação dos embargos de terceiro em algumas situações de posse em nome alheio, cabe ainda, como última nota introdutória, fazer uma brevíssima referência às várias classificações doutrinárias de posse, apenas na perspectiva do seu relacionamento com a posse em nome alheio, de que nos iremos ocupar.

Assim, por recurso ao critério da necessidade ou desnecessidade de uma actuação directa do sujeito sobre o bem, é tradicional a distinção doutrinal entre *posse efectiva ou material* e *posse*

<sup>(12)</sup> Cujos aprofundamento sai, naturalmente, fora do âmbito do nosso estudo.

<sup>(13)</sup> Cfr., *supra*, ponto 1.

jurídica ou civil <sup>(14)</sup>: se a constituição da situação possessória decorre do efectivo exercício de poderes materiais sobre o bem, a posse é efectiva; se, pelo contrário, a posse resulta directamente de previsão legal, sem necessidade de qualquer actuação física do agente sobre o bem, então estamos perante uma posse meramente jurídica ou legal <sup>(15)</sup>. A posse em nome alheio é, na generalidade dos casos, uma posse efectiva, porque assenta no exercício de poderes materiais sobre o bem.

Já por recurso ao critério da relação estabelecida entre a titularidade do direito real sobre o bem e o exercício dos poderes materiais correspondentes ao título se distingue entre *posse causal* e *posse formal*: se é o titular do direito que exerce sobre o bem os poderes materiais correspondentes a sua posse é causal, porque manifestação do conteúdo do direito de fundo; pelo contrário, se a pessoa que exerce sobre o bem determinado poder material não é o titular do direito real sobre ele, tem sobre o bem uma posse meramente formal <sup>(16)</sup> <sup>(17)</sup> <sup>(18)</sup>. Esta distinção tem

---

<sup>(14)</sup> A terminologia utilizada para esta distinção varia segundo os Autores. Assim Alberto dos REIS, *op. cit.*, p. 404, usa os termos «posse material» e «posse jurídica», enquanto que Luís da Cunha GONÇALVES, *Da Propriedade e da Posse*, Lisboa, 1952, pp. 185 e s. e Couto ROSADO, *op. cit.*, p. 27, preferem a designação «posse civil» e José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Reais*, 2.ª ed., Lisboa, 1978, p. 263, se refere simplesmente a «posse efectiva e não efectiva» — classificação esta que, tal como o Autor refere posteriormente (Direito Civil — Reais, 4.ª ed., Coimbra, 1983, p. 100) é omissa no Código Civil.

<sup>(15)</sup> Em matéria de embargos de terceiro, esta é uma distinção que remonta ao art. 635.º da Novíssima Reforma Judiciária, que exigia a efectividade na posse do terceiro embargante, situação que, como vimos — *cfr.*, *supra* nota 4 — não se manteve na legislação subsequente, o que suscitou, aliás, grande polémica doutrinária e não obistou a que alguma jurisprudência mais recente continue a sustentar a necessidade do carácter real e efectivo da posse do terceiro embargante, como condição de procedência dos embargos — neste sentido, por exemplo os Acs. R.P. de 13/12/1988 e de 20/12/1988, Sum, BMJ n.º 382, p. 532.

<sup>(16)</sup> Neste sentido, *vd.*, por exemplo, António Menezes CORDEIRO, *Direitos Reais*, vol. II, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal* (114), Lisboa, 1979, p. 859.

<sup>(17)</sup> Empregamos aqui o termo «posse causal» em sentido amplo, isto é, com referência a todos os possuidores titulares de qualquer tipo de direito real, em razão do qual exerçam poderes possessórios sobre o bem. Se, pelo contrário, qualificássemos apenas como possuidores causais os titulares de direitos reais de gozo, teríamos que considerar como posse formal a posse do credor pignoratício ou do titular do direito de retenção. A opção por um sentido mais amplo ou mais restrito do conceito de posse causal é, contudo, problema que não nos pode ocupar nesta sede.

<sup>(18)</sup> Naturalmente que, na mesma pessoa, podem coexistir, relativamente a um



a maior relevância em matéria de embargos de terceiro, constituindo o alicerce da construção de um sector da doutrina quanto à admissibilidade deste meio de tutela da posse, com fundamento no requisito possessório (19). Relacionando-a com a posse em nome alheio, pode dizer-se que esta é uma posse formal, porque não assente na titularidade de um direito real do possuidor (20).

Mas, naturalmente que a distinção que mais nos interessa é a que se estabelece entre *posse em nome próprio e posse em nome alheio*. O critério distintivo é aqui o do reconhecimento da titularidade do direito real pelo possuidor: se a pessoa que exerce poderes materiais sobre o bem reconhece outrém como titular do direito real sobre ele, possuindo em nome desse titular, diz-se possuidor *nomine alieno*; pelo contrário, será possuidor em nome próprio aquele cuja posse se baseia em direito real próprio, ou o que detém o bem abusivamente, porque, não tendo embora qualquer direito sobre ele, actua como se tivesse, não reconhecendo a outrém a titularidade do direito (21) (22). Situações de posse em nome alheio são as do locatário, do parceiro pensador, do comodatário ou do depositário e, de um modo geral,

---

único bem, duas situações possessórias, decorrentes da interacção da tipologia da posse: assim, o usufrutuário é, simultaneamente, possuidor causal em nome próprio, em função do seu direito de usufruto; e possuidor formal em nome alheio, relativamente ao direito do proprietário.

(19) *Vd.*, por exemplo, a construção de CASTRO MENDES, *op. cit.*, vol. III, pp. 399 e ss.

(20) No entanto, como teremos ocasião de verificar, esta posse será causal e em nome próprio, se os direitos do arrendatário, do comodatário ou do parceiro pensador sobre o bem forem qualificados como direitos reais — é a posição de MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais cit.*, vol. II, pp. 979, 996 e 1001, que teremos ocasião de aprofundar, *infra*, ponto 5.3.

(21) O primeiro tipo de posse pode configurar-se de uma forma simples — é o caso da posse do proprietário sobre o bem objecto do direito de propriedade — ou de uma forma complexa, quando o possuidor é titular de um direito real de garantia ou de gozo sobre alheia, que coexiste como o direito do proprietário sobre a coisa — é o caso da posse do credor pignoratício ou do usufrutuário; exemplo da segunda situação é a posse do ladrão sobre o objecto roubado.

(22) Equiparando os conceitos de posse precária ou detenção e de posse em nome alheio, na vigência do Código Civil de Seabra, CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, p. 188.

todas as situações em que a origem dos poderes materiais sobre o bem não está num direito real, mas decorre de um vínculo obrigacional. São algumas dessas situações que nos ocuparão, embora apenas no âmbito restrito dos embargos de terceiro.

## II

### O FUNDAMENTO POSSESSÓRIO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO DEDUZIDOS PELO LOCATÁRIO, PARCEIRO PENSADOR, COMODATÁRIO E DEPOSITÁRIO

#### 3. *Considerações gerais: delimitação das situações de posse em nome alheio objecto de estudo*

##### 3.1. *Preliminares*

De uma breve análise do disposto nos arts. 1251.º a 1253.º do C.C. decorre a distinção legal <sup>(23)</sup> entre as situações de posse e de mera detenção ou «posse precária» e a inclusão, dentro desta última, das denominadas situações de «posse em nome alheio».

Por outro lado, a leitura dos arts. 1252.º e 1253.º do C.C. permite-nos enunciar várias situações de posse precária ou detenção, por recurso a diferentes critérios qualificativos: a posse pelo representante do possuidor — art. 1252.º n.º 1 e 1253.º al. c), 1.ª parte; a posse por tolerância do titular do direito real sobre o bem — art. 1253.º al. b); a posse por inércia do titular do direito real sobre o bem e sem intenção de actuar como beneficiário do direito real — art. 1253.º al. a); e outras situações de posse em nome alheio, ao abrigo da previsão residual do art. 1253.º al. c) *in fine*.

Mas, de uma parte, os critérios qualificativos que o art. 1253.º fornece não correspondem a situações completamente diferenciadas, podendo um único caso concreto enquadrar-se em mais do

---

(23) Naturalmente que a procedência ou improcedência desta distinção não pode ser abordada em sede do presente estudo.

que uma das alíneas <sup>(24)</sup>; e, de outra parte, todos os detentores referidos nesta norma são possuidores em nome alheio, uma vez reconhecem noutra pessoa a titularidade do direito real sobre o bem que detêm <sup>(25)</sup> — pelo que o critério residual da al. c) se configura, afinal, como um critério englobante.

E finalmente, não obstante a qualificação de certas situações como não possessórias, ao abrigo dos critérios apontados, decorre da conjugação destas normas, *maxime* do art. 1253.º al. c), com outros preceitos dispersos no Código, a extensão da tutela possessória a alguns possuidores em nome alheio — é o caso do locatário (art. 1037.º n.º 2), do parceiro pensador (art. 1125.º n.º 2), do comodatário (art. 1133.º n.º 2) e do depositário — art. 1188.º n.º 2. Será justamente sobre estas últimas situações, cobertas pela previsão residual do art. 1253.º al. c) *in fine* do C.C., que faremos incidir a nossa investigação, tentando responder à questão do porquê da tutela possessória que a lei lhes atribui, não obstante as ter excluído do âmbito do fenómeno possessório <sup>(26)</sup>.

### 3.2. *As situações de posse em nome alheio subsumíveis à previsão residual do art. 1253.º al. c) in fine do C.C.*

Dispõe o art. 1253.º al. c) *in fine* do C.C. que são ainda de qualificar como detentores todos aqueles que «de um modo

---

<sup>(24)</sup> *Vd.*, neste sentido, Fernando Andrade Pires de LIMA e João de Matos Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, 2.ª ed., Coimbra, 1984, p. 9, que exemplificam com o caso do locatário, que é havido como detentor tanto por via do critério da al. a), já que não age como beneficiário do direito de propriedade, como por aplicação do critério da alínea c), uma vez que é um possuidor *nomine alieno*.

<sup>(25)</sup> Cfr. a nossa delimitação conceptual da posse em nome alheio, *supra*, ponto 2.2. *in fine*.

<sup>(26)</sup> A nossa restrição temática é ditada não apenas por motivos práticos atinentes com a necessária concisão deste estudo, como também por nos parecer que o tratamento legal específico de que estes casos são objecto faz relevar alguns problemas de aplicação prática das disposições legais em matéria de tutela possessória, que poderá ter mais interesse aprofundar.

geral possuem em nome de outrém». Esta previsão residual que a lei estabelece para os possuidores *nomine alieno*, apesar de os ter já equiparado a detentores pelo critério da al. a) do mesmo artigo, parece reforçar a intenção legislativa de afastar estes possuidores precários do âmbito do instituto possessório — o legislador afirma-o por recurso a dois critérios! No entanto, se ambos os critérios qualificativos concorrem para a caracterização das situações de posse em nome alheio, a verdade é que as situações tipicamente visadas na al. a) e as contidas na previsão residual da parte final da al. c) são substancialmente diferentes (27). E é desta diversidade substancial que pode decorrer a necessidade de tutela possessória destes detentores.

Incluem-se na previsão normativa deste artigo possuidores em nome alheio como o locatário, o comodatário, o parceiro pensador, o depositário e, de um modo geral, todas as pessoas que exercem poderes materiais sobre uma coisa, em nome de outrém. E a sua qualificação como detentores, paralelamente com a distinção legal entre posse e detenção, deveria conduzir à inaplicabilidade da tutela possessória em geral e dos embargos de terceiro em particular, por falta do respectivo fundamento de direito, ou seja, por falta de posse (28). No entanto, o que é facto é que a qualificação destas situações como casos de detenção não tolheu em alguns casos o nosso legislador na fixação do regime respectivo: possuidores ou não, é extensível a tutela possessória, par-

---

(27) Não obstante o facto de se enquadrarem na al. a) do art. 1253.º do C.C. todas as situações de posse em nome alheio, já que é da essência deste tipo de posse o reconhecimento pelo possuidor precário da titularidade do direito real sobre o bem noutro sujeito, não pretendendo, em consequência, agir como beneficiário desse direito, a doutrina tem entendido serem especialmente visadas nesta norma as situações em que os poderes de facto do possuidor decorrem da inércia do titular do direito real sobre o bem — são os denominados «actos facultativos» do art. 474.º do Código Civil de Seabra, nos quais a vantagem do detentor está na completa dependência da vontade do titular do direito real — *vd.*, neste sentido, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *op. cit.*, vol. III, p. 9, nota 2.

(28) Especialmente no que respeita aos embargos de terceiro, esta posição conta com defensores na nossa doutrina — é esta, por exemplo, a lição de CASTRO MENDES, *op. cit.*, vol. III, pp. 361 e ss., com recurso ao argumento da *exceptio dominii*, que teremos ocasião de debater em sede deste trabalho (*vd.*, *infra*, ponto 5.4.)

cela fundamental do normativo possessório, ao locatário, ao parceiro pensador, ao comodatário e ao depositário, nos termos dos arts. 1037.º n.º 2, 1125.º n.º 2, 1133.º n.º 2 e 1188.º n.º 2 do C.C.

No nosso entender, esta extensão da tutela possessória pode ser justificada por uma de três vias: ou considerando como excepcionais cada uma das normas que, no caso concreto, confere protecção possessória a estes possuidores em nome alheio, o que não contraria a inadmissibilidade genérica da tutela da posse *nomine alieno* — mas, mesmo assim, há que procurar o critério legislativo excepcionante; ou repensando a qualificação destas situações como simples detenção, configurando-as antes como casos de posse verdadeira e própria — o que, automaticamente, justificaria a tutela possessória; ou ainda procurando encontrar um critério justificativo da protecção possessória, independentemente da qualificação não possessória das situações a que se aplique e que, a existir, poderá inclusivamente ser extrapolada para outras situações de posse em nome alheio, subsumíveis à previsão normativa da al. c) do art. 1253.º, mas em relação às quais a lei não estendeu expressamente a tutela possessória — neste caso, a questão desloca-se do plano da qualificação para o da mera equiparação regimental limitada.

A opção por uma ou por outra destas vias de solução não pode ser feita sem uma análise dos diversos casos de extensão legal da tutela possessória. É a essa análise que vamos proceder de seguida, referindo posteriormente o tratamento da matéria no plano doutrinal, para, num momento ulterior, tentarmos lançar as bases de uma possível proposta de solução.

#### 4. *Análise legal dos casos de extensão da tutela possessória a determinados possuidores em nome alheio*

##### 4.1. *A tutela possessória do locatário — as normas legais e a aplicação jurisprudencial*

Nos termos do art. 1037.º n.º 2 do C.C., o locatário pode recorrer aos meios possessórios, quando seja «privado da coisa ou perturbado no exercício dos seus direitos», sendo-lhe possível

articular a defesa possessória tanto contra actos de esbulho ou de turbação dos seus direitos sobre a coisa provenientes de terceiro como do próprio locador <sup>(29)</sup> <sup>(30)</sup>. Se a ameaça ou lesão

---

<sup>(29)</sup> Especificamente em matéria de embargos de terceiro, a sua extensão ao locatário provém do art. 20.º do Dec. n.º 5411, de 17/4/1919, sendo então admitidos como forma de oposição ao processo especial de execução do despejo.

<sup>(30)</sup> No plano do direito comparado, a tutela possessória é reconhecida ao locatário por exemplo no sistema jurídico espanhol. Referindo-se o art. 446.º do *Código Civil* à tutela possessória de *todo* o possuidor e distinguindo o art. 1651.º da lei do processo entre *posesión e tenencia*, a doutrina tem entendido que a protecção possessória se estende a possuidores e a detentores e, dentro destes últimos, não só ao arrendatário, como ao depositário, ao comodatário e ainda a toda e qualquer pessoa que tenha sobre um bem uma *posesión*, natural ou civil, em termos do direito de propriedade ou não — saliente-se que os conceitos de posse natural e posse civil do art. 430.º da lei civil espanhola parecem equivaler *grosso modo* aos nossos conceitos legais de detenção e de posse. No entanto, especificamente em matéria de diligências judiciais ofensivas da posse, a solução espanhola é diversa, em virtude da distinção estabelecida entre as ofensas da posse que decorrem de perturbações de facto (*perturbaciones de mero hecho*) e as que derivam de perturbações de direito (*perturbaciones de derecho*). Incluindo nestas últimas as emanadas de diligência judicial, só é conferida legitimidade para a elas reagir ao locador, que tem a posse jurídica sobre a coisa, limitando-se a legitimidade activa do locatário à reacção contra ofensas à posse de facto, que lhe é reconhecida — nesta matéria, *vd.*, por exemplo, TOBENAS, *op. cit.*, pp. 606 e ss. e pp. 611 e s.

No sistema italiano, decorre da distinção entre o *possessore in proprio* e o *possessore per mezzo di altri* a integração do locador na segunda categoria, já que possui por meio do locatário. O locatário (*conduttore*) é, por sua vez, qualificado como um detentor, porque possui em nome de outrém e exerce poderes materiais sobre a coisa (art. 1140.º § 2.º do *Codice civile*), mas, dentro da categoria genérica de detentor, é um *detentore autonomo qualificato*, porque tem um interesse próprio na detenção, bem como o sublocatário — *subconduttore*. É a existência deste interesse próprio que justifica a legitimidade do locatário e do sublocatário, bem como de outros detentores autónomos, para promover a *azione de reintegrazione*, tal como o locador, contra terceiros ou contra o próprio locador (art. 1168.º do *Codice civile*), bem como a *opposizione di terzo*, autonomizada no art. 619.º do Código de Processo Civil e fundamentada no direito de propriedade ou na mera posse. Este critério do interesse próprio na coisa detida explica por sua vez a recusa da tutela possessória aos mandatários e aos meros beneficiários da tolerância do possuidor, que a doutrina estipula — *vd.*, nesta matéria, Ettore PROTETTI, *Le azione possessorie*, 3.ª ed., Milão, 1968, pp. 203 e ss., 219 e s., 229 e ss. e 242 e ss. Contra, embora de uma forma não muito clara, e tanto no caso do locatário, como nos casos do depositário, comodatário e outros detentores, sem justificação contratual, Enrico

provier de terceiro, a lei impõe ao locatário o dever de avisar o locador, dever este que coexiste pois com o direito de actuação da tutela possessória — art. 1038.º al. h) do C.C.

---

REDENTI, *Diritto Processuale civile*, vol. III, reimpressão da 2.ª ed., Milão, 1957, pp. 237 e 328 e ss., que parece reconduzir a *opposizioni di terzi* do art. 619.º da lei de processo ao titular do direito real de propriedade.

No domínio do direito francês, a doutrina não tem admitido a extensão da tutela possessória aos detentores, nomeadamente através da ampla acção possessória de *complainte*, em que se podem integrar os embargos de terceiro — cfr., *supra*, nota 9 — com base no argumento de que, em caso de detenção, se mantém a posse no proprietário, pelo que a protecção possessória é a este que aproveita. No entanto, esta recusa genérica da tutela possessória não é total, já que é possível o recurso pelo locatário a uma defesa própria contra os actos perturbadores provenientes de terceiro, desde que sejam violentos, através da *action en réintégrand*e e, por meio cautelar, mediante os *référé*s — art. 1725.º do *Code civil*. De qualquer modo, a razão desta possibilidade parece decorrer não do reconhecimento de uma qualquer posse ofendida do locatário-detentor, mas antes do carácter violento do acto do terceiro, que desaconselharia as delongas necessariamente ocasionadas pelo mero aviso ao senhorio — saliente-se, no entanto, que, na prática, os *référé*s parecem ser preferidos à *action en réintégrand*e, pela sua natureza de procedimento urgente. *Vd.*, nesta matéria, Henri, Léon e Jean MAZEAUD, *op. cit.*, pp. 1175 e ss. e p. 1152. Dando maior extensão à *action en réintégrand*e do locatário, no sentido de admitir o seu exercício contra o próprio locador, *vd.*, por exemplo, Elisabeth MICHELET, *La règle du non-cumul du possesseur et du pétitoire*, Paris, 1973, pp. 186 e ss. Em matéria de embargos de terceiro, forçoso é, no entanto, concluir que no sistema francês eles não se podem fundamentar na posse em nome alheio, já que não se consubstanciam numa acção violenta de um terceiro.

No sistema jurídico brasileiro, o locatário tem uma *posse directa*, que coexiste com a *posse indirecta* do locador, nos termos do art. 486.º do Código Civil. Desta bipartição decorre para ambos o direito de recorrerem aos meios de defesa possessória: o locador, em caso de ausência de interesse ou de negligência do locatário; e o locatário, nas restantes situações de ofensa da sua posse sobre o bem, por acto do terceiro ou do próprio locador e, neste último caso, sem prejuízo do direito de propriedade reconhecido ao locador, que não é afectado pela decisão possessória. A doutrina tem entendido que as situações enumeradas no art. 486.º não são taxativas, a elas devendo assimilar-se casos como o do depositário e o do comodatário, aos quais será de aplicar o mesmo regime — neste sentido, por exemplo, Jefferson DAIBERT, *Direito das Coisas*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1979, pp. 65 a 68. Especificamente em matéria de embargos de terceiro, a interpretação conjugada dos arts. 1046.º e 1047.º do Código de Processo Civil brasileiro, leva a doutrina a admitir a sua dedução tanto pelo proprietário, como pelo mero possuidor da coisa, qualquer que seja o título subjacente — o que, naturalmente, inclui o locatário. Neste sentido, *vd.* ainda Jefferson DAIBERT, *op. cit.*, p. 108.

Deste modo, e não obstante o locatário ser qualificado como possuidor precário, em nome alheio, ao abrigo do art. 1253.º al. c) *in fine* do C.C. (31), o legislador facultou-lhe o recurso à tutela possessória, o que, naturalmente, inclui os embargos de terceiro (32).

Ao nível jurisprudencial, também o recurso genérico à tutela possessória tem sido admitido entre nós, embora os fundamentos invocados nem sempre se mostrem concordantes (33).

---

(31) No sentido da qualificação da posse do locatário como posse precária, em nome alheio, *vd.*, por exemplo, o Ac. RLx. de 2/4/1976, *CJ*, Ano I (1976), tomo 2, p. 467; o Ac. RC. de 4/12/1979, *BMJ* n.º 294, p. 405; o Ac. RLx. de 6/12/1979, *BMJ* n.º 286, p. 297, cit. também *in CJ*, Ano IV (1979), tomo I, p. 139; e o Ac. STJ de 15/4/86, *BMJ* n.º 356, p. 291.

(32) Nem se diga que o legislador se contraditou na qualificação do locatário como mero possuidor precário, pretendendo, afinal, ao atribuir-lhe a tutela possessória por via do art. 1037.º n.º 2, qualificá-lo como possuidor no sentido do art. 1251.º do C.C.: a letra da norma é clara no sentido de que, para o legislador, o locatário é um simples detentor, pois só assim faz sentido que ele possa usar «dos meios facultados ao possuidor» (que não é!). Coisa diferente é, se chegarmos à conclusão que a qualificação legal não corresponde ao regime estipulado pela própria lei, optarmos por uma revisão doutrinal dessa qualificação — neste sentido, se pronunciou, por exemplo, MENEZES CORDEIRO, cuja posição teremos ocasião de analisar, *infra*, ponto 5.3. e s. O que pretendemos salientar neste momento é que se a redacção do preceito aponta, de facto, para uma discrepância entre a qualificação e o regime jurídico, bem ou mal, essa discrepância foi conhecida e pretendida pelo legislador.

(33) Admitindo genericamente o recurso aos meios possessórios pelo locatário, apontamos, a título exemplificativo, o Ac. RLx. de 2/4/1973, *BMJ* n.º 226, p. 262, salientando a origem contratual dos poderes de fruição do bem pelo arrendatário; o Ac. REv. de 8/2/1979, *CJ*, Ano IV (1979), tomo I, p. 222, este especificamente quanto à admissibilidade da acção de restituição de posse; Ac. RC. de 4/12/1979, *BMJ*, n.º 294, p. 405; Ac. RP. de 22/4/1980 *BMJ* n.º 296, p. 331. Expressamente referido a um caso de embargos de terceiro, tem ainda interesse referir o Ac. RP. de 12/4/1983, *BMJ* n.º 326, p. 525, que fundamenta o recurso aos embargos pelo arrendatário na posse «real e efectiva» do senhorio, que aquele exerce em nome deste — como veremos (*cfr.*, *infra*, ponto 5.2.), este entendimento corresponde a uma importante orientação doutrinal entre nós.

Por outro lado, a jurisprudência divide-se quanto ao problema da origem da posse do locatário, com as inerentes implicações no plano da admissibilidade da tutela possessória. Assim, enquanto que um Ac. RLx. de 6/12/1979, *BMJ* n.º 286, p. 297, só permite a fundamentação dos embargos de terceiro pelo locatário quando



Esta tutela destina-se a defender a coisa locada de actos tendentes a diminuir ou a excluir o seu gozo pelo locatário (atente-se na epígrafe da norma, especialmente reveladora, neste caso), e, o que é mais relevante, pode ser exercitada não só contra terceiros como contra o próprio locador, cedente da coisa e titular de um direito real sobre ela, *verbi gratia*, do direito de propriedade. Verifica-se pois não só a atribuição de um meio de defesa de uma situação de natureza real ao titular de uma situação possessória absolutamente «precária»<sup>(34)</sup>, como ainda o fenómeno, aparentemente aberrante, de tal meio poder ser exercido contra o próprio titular do direito real sobre o mesmo bem e contra a respectiva posse, de natureza causal. O que levanta a questão da possibilidade, eventual mas efectiva, de uma prevalência da posse formal e em nome alheio do locatário sobre a posse causal e própria do locador-proprietário.

A doutrina tem respondido de diversas formas a esta questão fundamental, assim como a jurisprudência. Deixando para um momento ulterior a análise desta temática pela doutrina<sup>(35)</sup>, uma vez que ela pode ser feita genericamente para todas as situações de posse em nome alheio susceptíveis de fundamentar embargos de terceiro, referiremos agora apenas algumas das preocupações que, a nível jurisprudencial, a tutela possessória em geral e os embargos de terceiro em particular, têm suscitado, quando

---

haja tradição, ainda que simbólica, do imóvel e não com base na mera celebração de contrato de arrendamento, já o Ac. RC. de 4/12/1979, *CJ*, Ano IV (1979), tomo 5, p. 1432, admite o recurso à tutela possessória pelo arrendatário, ainda que não tenha habitado o imóvel; e, em sentido idêntico se manifestou o Ac. RLx. de 19/1/1980, *BMJ* n.º 397, p. 396, sobre um caso de segunda residência, considerando que, na vigência de contrato de arrendamento, se mantém a posse do arrendatário sobre o imóvel mesmo na falta de ocupação efectiva deste.

<sup>(34)</sup> Nem colocamos sequer, a este passo do nosso estudo, a questão muito mais complicada de saber se esta situação precária corresponde ou não à titularidade de um direito real pelo próprio locatário, eventualmente em conflito com o direito real do locador — *vd. infra*, a nossa breve referência a este problema, ponto 5.3. e especialmente nota 59.

<sup>(35)</sup> *Vd., infra*, ponto 5.

ligados à posse *nomine alieno* e à situação do locatário em particular <sup>(36)</sup>.

De um modo esquemático, isolámos três das questões mais debatidas em sede jurisprudencial, a propósito da tutela possessória do locatário: a questão da natureza do art. 1037.º n.º 2 do C.C.; a questão, já mencionada, da real possibilidade de articulação da defesa possessória e dos embargos de terceiro em particular contra o locador; e a questão da tutela possessória do arrendamento comercial. Relativamente a qualquer destas questões, a diversidade de soluções com que deparámos é bem reveladora da incerteza das opiniões dos aplicadores do direito neste domínio.

No que se refere à questão da *natureza do art. 1037.º n.º 2 do C.C.*, um número considerável de acórdãos qualifica-o como norma excepcional, com base no argumento da natureza precária da posse do locatário; o que tem como consequência a negação da possibilidade de extensão da tutela possessória que a norma lhe confere a qualquer outra pessoa <sup>(37)</sup>. Mas outros negam tal excepcionalidade, permitindo, em consequência, o recurso à tutela possessória em geral e aos embargos de terceiro

---

<sup>(36)</sup> De facto, embora a matéria da tutela possessória dos possuidores em nome alheio seja objecto de ampla e diversíssima jurisprudência, no decurso da nossa investigação jurisprudencial — limitada, de qualquer modo, às decisões nacionais mais recentes — deparámos quase sempre com situações ligadas ao locatário e, em especial, ao arrendatário, razão pela qual damos já conta dos resultados a que chegámos.

<sup>(37)</sup> Neste sentido, a propósito de contratos de arrendamento, negaram o recurso aos embargos de terceiro pelo cônjuge do arrendatário o Ac. REv. de 13/3/1980, *BMJ* n.º 299, p. 428 e o Ac. STJ de 15/4/1986, *BMJ* n.º 356, p. 291, ambos com recurso ao argumento da excepcionalidade do art. 1037.º n.º 2 do C.C. Negando ainda a possibilidade de defesa por embargos ao cônjuge do arrendatário, mas com base na falta de posse deste, justificada na incomunicabilidade do arrendamento para habitação, *vd.* os Acs. RLx. de 12/4/1984, *CJ*, Ano IX (1984), tomo 2, p. 130, e de 26/11/85, *CJ*, Ano X (1985), tomo 5, p. 94.

Ainda com base no argumento da incomunicabilidade do arrendamento, o Ac. RP. de 30/3/1989, *CJ*, Ano XIV (1989) tomo 2, p. 43, a propósito de uma situação de arrendamento rural, não admite a dedução de embargos pela mulher do arrendatário, e o Ac. RLx de 15/11/1990, *CJ*, Ano XV (1990), tomo 5, p. 117 dispõe em sentido idêntico relativamente aos embargos de terceiro deduzidos pela família do locatário.

em particular não só pelo locatário, como também pelo seu cônjuge<sup>38)</sup> e pelo sublocatário<sup>(39)</sup>. Já em relação a outras pessoas que coabitam com o locatário, mas em favor das quais se não transmite o arrendamento, a jurisprudência se inclina sempre no sentido da não extensão da tutela possessória e, em particular, dos embargos de terceiro<sup>(40)</sup>.

No que diz respeito à defesa possessória do locatário contra o locador, nomeadamente por meio de embargos de terceiro, encontrámos apenas uma decisão no sentido da sua admissibilidade<sup>(41)</sup>. Já quanto à possibilidade da articulação da defesa possessória pelo locatário contra terceiros não parecem suscitar-se dúvidas na jurisprudência<sup>(42)</sup>.

Mas é em matéria de arrendamento para comércio e indústria que deparamos com a maior incerteza jurisprudencial. Assim,

---

<sup>(38)</sup> Neste sentido, por exemplo, o Ac. RLx. de 14/11/1980, *CJ*, Ano V (1980) tomo 5, p. 10, exigindo apenas a qualidade de terceiro do cônjuge em relação à acção de despejo movida contra o arrendatário, a que pretenda opôr-se por meio de embargos; o Ac. RLx. de 13/11/1981, *CJ*, Ano VI (1981), tomo 5, p. 137, com base no argumento de que a posse do cônjuge que coabita com o arrendatário é tão material e tão legítima como a do titular do direito ao arrendamento, pelo que poderá ser defendida nos mesmos termos; e o Ac. RLx. de 9/2/1988, *CJ*, Ano XIII (1988), tomo I, p. 125, com base no argumento de que o contacto material do cônjuge com a coisa justifica a extensão da tutela apesar da incomunicabilidade do arrendamento.

<sup>(39)</sup> Neste sentido, *vd.*, por exemplo, os As. RLx. de 25/5/1982, *CJ*, Ano IX (1982), tomo 3, p. 110; de 17/1/1984, *CJ*, Ano IX (1984), tomo I, p. 116, que acentua, aliás, a natureza precária e em nome alheio da posse do sublocatário; e de 3/12/1987, *CJ*, Ano XII (1987), tomo 5, p. 134; e ainda o Ac. RP. de 24/11/1987, também na *CJ*, Ano XII (1987), tomo 5, p. 195.

<sup>(40)</sup> Neste sentido, por exemplo, os Acs. RLx. de 17/3/1981 e de 6/11/1981, ambos na *CJ*, Ano VI (1981), respectivamente no tomo 2, p. 176 e no tomo 5, p. 122, o primeiro não reconhecendo a tutela possessória ao hóspede do arrendatário, e o segundo negando-a à empregada doméstica.

<sup>(41)</sup> Ac. RLx. de 2/4/1976, *CJ*, Ano I (1976), tomo II, p. 467.

<sup>(42)</sup> *Vd.*, neste sentido, por exemplo, o Ac. RLx. de 23/1/1981, *CJ*, Ano VI (1981), tomo I, p. 210, reconhecendo o direito à tutela possessória do arrendatário contra aquele que detém o bem por sua mera tolerância; e o Ac. REv. de 28/4/1983, *CJ*, Ano VIII (1983), tomo 2, p. 312, que, num caso de duplo arrendamento, concede ao arrendatário mais antigo tutela possessória contra o mais recente.

um elevado número de acórdãos afirma a total inadmissibilidade de tutela possessória, normalmente com base no argumento da insusceptibilidade da posse sobre o estabelecimento, pela sua natureza incorpórea, ou de universalidade de direito (43); diferentemente, outros admitem a tutela possessória do local do estabelecimento e dos elementos corpóreos que o integram (44); e outros ainda admitem a tutela possessória do próprio direito ao arrendamento comercial (45).

#### 4.2. *A tutela possessória do parceiro pensador*

Nos termos do art. 1125.º n.º 2 do C.C., é lícito ao parceiro pensador recorrer aos meios de tutela possessória para defesa dos seus direitos sobre os animais, mesmo contra o parceiro proprietário 46.

---

(43) Neste sentido, *vd.* o Ac. STJ de 15/12/1977, *BMJ* n.º 264, p. 231; o Ac. RC. de 7/7/1987, *CJ*, Ano III (1978), tomo 4, p. 1126; o Ac. RP. de 13/3/1979, *BMJ* n.º 286, p. 301; o Ac. REv. de 5/7/1979, *CJ*, Ano IV (1979), tomo 4, p. 1318; o Ac. RP. de 4/3/1980 *CJ*, Ano V (1980), tomo 2, p. 110; o Ac. RP. de 27/5/1985, *BMJ* n.º 318, p. 481; o Ac. STJ de 25/6/1985, *BMJ* n.º 384; bem como o Ac. REv. de 14/12/1988, *Sum BMJ* n.º 382, p. 547, este especificamente reportado à acção de restituição de posse.

(44) Neste sentido, por exemplo, os Acs. RLx. de 19/10/ 1979 e de 16/2/1982, respectivamente na *CJ*, Ano IV (1979), tomo 4, p. 1214 e no *BMJ* n.º 320, p. 450; e o Ac. REv. de 21/3/85, *BMJ* n.º 347, p. 478.

(45) Neste sentido, o Ac. RLx. de 21/6/1972, *BMJ* n.º 218, p. 303, admite os embargos de terceiro deduzidos pelo senhorio contra o arresto do direito ao arrendamento e trespasso do local do estabelecimento, mas também exactamente em sentido contrário sobre um caso do mesmo tipo, o Ac. RLx. de 10/7/1979, *CJ*, Ano IV (1979), tomo 4, p. 1168; o Ac. do STJ de 19/1/1973, *BMJ* n.º 223, p. 170, permitindo o recurso aos embargos de terceiro pela sociedade arrendatária em defesa do seu direito ao arrendamento, ofendido em execução movida contra um dos sócios; e o Ac. STJ de 21/12/82, *BMJ* n.º 322, p. 338, que permite o recurso aos embargos de terceiro para defesa do direito ao arrendamento pela natureza pessoal deste direito, cuja relação com uma coisa justifica a equiparação aos direitos reais.

(46) No âmbito do Código de Seabra, o art. 1303.º mandava aplicar à parceria as normas sobre locação, pelo que o reconhecimento da tutela possessória ao locatário pelo Dec. n.º 5411 operou a sua automática extensão ao parceiro pensador.

Decorre pois, mais uma vez, da lei que, não obstante a qualificação do parceiro como possuidor em nome alheio, ao abrigo da al. c) do art., 1253.º do C.C. (qualificação essa reforçada, também aqui, pelo texto do próprio art. 1125.º n.º 2), lhe é permitido defender a «utilização dos animais» (recorrendo à terminologia da epígrafe, também neste caso bastante reveladora) pela via possessória e mesmo contra o proprietário. Assim, ele poderá socorrer-se dos embargos de terceiro, em caso de ameaça ou lesão com origem em acto judicial <sup>47</sup>, desde que se verifiquem, naturalmente, os outros requisitos da figura.

Não há sequer neste caso qualquer disposição legal que imponha ao parceiro pensador o dever de avisar o proprietário, em caso de ameaça ou de lesão proveniente de terceiros — o que, no nosso entender, não põe em causa o direito de acção do proprietário que conheça a situação lesiva, uma vez que dificilmente se poderá configurar uma situação em que a ameaça ou a lesão que pende sobre os animais não contenda com a própria posse causal do proprietário sobre eles.

#### 4.3. *A tutela possessória do comodatário*

Exactamente nos termos previstos para o locatário e para o parceiro pensador, também o art. 1133.º n.º 2 do C.C. faculta ao comodatário a tutela possessória, nomeadamente contra o comodante, o que inclui a possibilidade de recurso aos embargos de terceiro <sup>48</sup>. Paralelamente, o art. 1135.º al. g) institui o comodatário no dever de avisar o comodante, em caso de lesão ou ameaça do bem por terceiros.

(<sup>47</sup>) Expressamente neste sentido PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *op. cit.*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra, 1986, p. 655, nota 3.

(<sup>48</sup>) No domínio da doutrina brasileira, estende expressamente a possibilidade de tutela possessória ao comodatário, por interpretação extensiva do art. 486.º do Código Civil, Jefferson DAIBERT, *op. cit.*, pp. 65 a 68. Também no direito espanhol, TOBÉÑAS, *op. cit.*, pp. 606 e ss. perfilha opinião idêntica.

#### 4.4. *A tutela possessória do depositário*

Finalmente, no que se refere ao depositário, é-lhe conferida tutela possessória pelo art. 1188.º n.º 2 do C.C., de uma forma que a lei expressamente considera independente da obrigação de aviso ao depositante, que é estipulada no n.º 1 do mesmo preceito, para os casos em que a lesão ou a ameaça provenham de terceiro <sup>49</sup>. Tanto no n.º 1 como no n.º 2 do artigo o legislador se refere, também por forma expressa, à situação do depositário como situação de «detenção» (aliás como a epígrafe do artigo), não restando pois qualquer dúvida quanto à qualificação legal do depositário.

Acresce que a própria obrigação de aviso parece ter aqui um conteúdo mais restrito, uma vez que a lei a refere apenas para aquelas situações em que o depositário seja privado da coisa (e não meramente ameaçado) por causa que lhe não seja imputável — o que, no nosso entender, não obsta à possibilidade de o próprio proprietário do bem depositado fazer actuar a defesa possessória, se, apesar de não ter sido avisado pelo depositário, vier a ter conhecimento do esbulho ou da ameaça que impendem sobre o bem.

Resta dizer que, mais uma vez, a tutela possessória pode ser articulada pelo depositário contra o depositante — art. 1188.º n.º 2 <sup>(50)</sup>.

Antes de passarmos à apreciação das diversas concepções doutrinárias que, entre nós, suscitaram estas normas, algumas conside-

---

<sup>(49)</sup> Esta obrigação de aviso constava já do art. 1451.º do Código de Seabra e era extensível ao comodatário e ao arrendatário — arts. 1515.º e 1608.º

<sup>(50)</sup> No plano do direito comparado, admitem, por exemplo, a tutela possessória do depositário Jefferson DAIBERT, *op. cit.*, pp. 65 a 68, em apreciação do art. 486.º da lei civil brasileira, TOBEÑAS, *op. cit.*, pp. 606 e ss., conjugando o art. 446.º do Código Civil espanhol com o art. 1651.º da lei de processo. Já no domínio do direito italiano, a qualificação do depositário como *detentore non autonomo* (cfr., *supra*, a nossa referência a esta matéria, nota 30) teria como consequência a exclusão da tutela possessória — contra, por exemplo, Ettore PROTETTI, *op. cit.*, p. 253, com base no argumento de que o depositário tem um interesse próprio na detenção.

rações se impõem, no nosso entender, de forma imediata, a partir da análise legal e das referências à jurisprudência que efetuámos:

- A tutela possessória dispensada pela lei ao locatário, ao parceiro pensador, ao comodatário e ao depositário é sempre atribuída em termos idênticos, sem atender às especificidades de cada situação nem à qualificação jurídica dos direitos destes sujeitos.
- É uma tutela ampla, isto é, sem estabelecer qualquer limitação quanto à tipologia dos meios possessórios ao alcance destes possuidores *nomine alieno* — eles serão *todos*.
- É uma tutela que pressupõe a autonomização, sobre o bem, de direitos diferentes das duas partes contratantes — outra conclusão não se compatibiliza com a existência de um dever de aviso ao proprietário, concomitantemente com o reconhecimento da legitimidade do possuidor em nome alheio para defender a sua posse, ou em alternativa com o proprietário (contra violações externas ao contrato) ou mesmo contra ele (contra violações intra-contra-tuais).
- E, finalmente, porque pode ser exercida contra o proprietário, esta tutela prevê a possibilidade de prevalência do direito do possuidor em nome alheio sobre a coisa objecto do contrato (seja ele um direito real ou meramente obrigacional) contra o direito real do titular do fundo — outra conclusão tornaria vazia de sentido a norma legal.

## 5. *A questão da tutela possessória dos possuidores em nome alheio na doutrina portuguesa*

### 5.1. *Considerações preliminares*

Passadas em revista as normas legais sobre a tutela possessória dos possuidores *nomine alieno*, cabe analisar o problema na perspectiva doutrinal, apreciando as diversas tentativas de resposta à questão essencial colocada nesta matéria: a questão do

porquê da tutela possessória a entidades que a lei não reconhece como possuidores <sup>(51)</sup>.

É certo que a apreciação desta matéria não deve ser dissociada da problemática mais ampla da natureza dos direitos destes possuidores precários, isto é, da sua qualificação como direitos reais ou como direitos de crédito. É, aliás, como base na qualificação do direito que um sector da doutrina justifica, de uma ou de outra forma, a tutela possessória.

No entanto, abtemo-nos de fazer referência à polémica questão da natureza dos direitos destes possuidores, não só devido às necessárias limitações espaciais impostas a este estudo, no nosso entender incompatíveis com uma apreciação, mesmo sumária, de temática tão polémica e difícil; mas sobretudo, porque o nosso objectivo se resume à tentativa de compreensão do regime de protecção possessória de alguns possuidores em nome alheio, na perspectiva processual da clarificação do fundamento possessório dos embargos de terceiro.

Na procura da justificação do recurso aos meios possessórios pelos possuidores em nome alheio, podemos dizer, esquematicamente, que a doutrina portuguesa tem recorrido a uma de duas soluções: a justificação pela via excepcional, normalmente fundamentada no instituto da representação; ou a justificação pela via qualificativa — qualificando os direitos destes sujeitos como direitos pessoais, equiparados aos direitos reais, para os efeitos tutelares; ou considerando-os como verdadeiros direitos reais, com a inerência da protecção possessória. Ao lado destas duas grandes orientações, cabe ainda referir uma construção que, especificamente em matéria de embargos de terceiro, responde à questão da respectiva admissibilidade, pela via processual.

Exporemos sucintamente cada uma destas orientações, procedendo de seguida à respectiva apreciação crítica.

---

<sup>(51)</sup> A nossa análise doutrinal desta temática será limitada à doutrina nacional, pese embora o interesse que teria a consideração de outras opiniões para a sua completa dilucidação. No entanto, a natureza sucinta deste estudo, juntamente com a especificidade que a questão revela no nosso ordenamento jurídico, ditaram esta opção.



5.2. *As doutrinas da excepcionalidade/representação*

As doutrinas da excepcionalidade/representação constituíram, entre nós, a primeira justificação do recurso aos meios possessórios pelos possuidores em nome alheio, perfilhada por um largo sector da doutrina civilista e processualista tradicional, embora com diversas formulações. O seu pressuposto é a qualificação obrigacional do direito do locatário e dos outros possuidores em nome alheio, com a inerente insusceptibilidade de conferir posse ao respectivo titular<sup>(52)</sup>; e a sua ideia força é a da representação: ao recorrer à tutela possessória, o possuidor em nome alheio está a defender um direito do possuidor causal, em nome de quem detém o bem. É pois na posse (causal e em nome próprio) deste que se fundamenta o recurso à tutela possessória pelo possuidor *nomine alieno*<sup>(53)</sup>.

---

(52) É de notar, no entanto, que a discussão sobre a possibilidade de incidência da posse sobre direitos de crédito (e, conseqüentemente, da sua eventual defesa por meio de embargos de terceiro) é clássica entre nós. Alberto dos REIS, *op. cit.*, pp. 407 a 409, dá já conta de diversos acórdãos em sentido afirmativo e parece inclinar-se no sentido da admissibilidade da tutela possessória do locatário, desde que os direitos lesados se encontrem perfeitamente determinados — atenda-se, no entanto, ao facto de estarmos no domínio do Código de Seabra, que admitia a posse sobre direitos. Contra, por exemplo, RIBEIRO DE MAGALHÃES, *op. cit.*, pp. 78 e ss., com base no argumento da falta de posse do arrendatário.

(53) A ideia da representação lançou raízes, entre nós, logo aquando da discussão, na Comissão Revisora, do Projecto de Código Civil do Visconde de Seabra, tendo-se colocado o problema do arrendatário, do depositário, do comodatário e do colono a propósito da inclusão do elemento *animus* no conceito legal de posse. Entendeu então o Autor do Projecto, que, não assistindo qualquer posse a estes sujeitos, eles só poderiam recorrer aos meios possessórios afim de evitar os prejuízos decorrentes para o real possuidor da demora da acção; de qualquer modo, sendo-lhes negada a posse sobre a coisa, era-lhes reconhecida a posse do direito que tinham adquirido por força do contrato, o que, *de per se*, justificaria o recurso aos meios possessórios — cfr. Couto ROSADO, *op. cit.*, pp. 24 e s.

Também no sentido da representação se inclinou, ainda na vigência do C.P.C. de 1876, RIBEIRO DE MAGALHÃES, *op. cit.*, pp. 74 e ss., quanto ao depositário, ao comodatário, ao parceiro e ao arrendatário, e, já na vigência da lei processual de 1939, Alberto dos REIS, *op. cit.*, p. 405, ambos reconhecendo aos possuidores em nome alheio o direito de recorrer aos meios possessórios, com fundamento na posse do proprietário, que continua a ser uma posse material ou efectiva exercida por intermédio das pessoas que possuem em seu nome.

Parte da doutrina argumenta ainda com a natureza excepcional das normas legais que conferem a tutela possessória a estes possuidores, o que não colide com o princípio geral da inadmissibilidade da sua extensão para além das fronteiras da posse causal em nome próprio<sup>(54)</sup>.

Finalmente, ainda dentro deste sector da doutrina, que não discute a natureza obrigacional dos direitos dos possuidores em nome alheio, foi justificado o recurso a tutela possessória por outra via: a via da interpretação extensiva do art. 1251.º do C.C.

---

(54) Neste sentido, por exemplo, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *op. cit.*, vol. III, p. 6, nota 7, que afirmam expressamente a natureza excepcional da tutela possessória, nos casos de posse em nome alheio, com base na falta do *animus possidendi* destes detentores, de onde fazem decorrer a impossibilidade de tutela possessória genérica dos direitos pessoais de gozo. Por outro lado, considerando estes Autores que todos os possuidores em nome alheio são representantes do real possuidor, concluem ser esse nexo de representação o que afinal justifica o recurso à defesa possessória — *op. cit.*, pp. 7 e s., nota 1.

Especificamente em relação ao parceiro pensador, consideram estes Autores, em anotação ao art. 1125.º n.º2 do C.C. (*op. cit.*, vol. II, p. 655, nota 3) que a tutela possessória aí estabelecida abrange os embargos de terceiro, o que não significa um alargamento conceptual da noção de posse, mas apenas uma consequência normal do facto de o parceiro pensador se encontrar em melhores condições para defender os animais que detém. Também em relação ao art. 1133.º n.º 2 do C.C., os Autores justificam o recurso aos embargos de terceiro pelo comodatário em razões meramente práticas — *op. cit.*, vol. II, pp. 667 e s., nota 4. Finalmente, no que se refere ao depositário, os Autores sobrelevam o carácter «bastante mais precário» da sua posse, mas admitem ainda assim o recurso aos embargos, embora apenas se e enquanto o depositante não puder ser avisado e agir por si; razão pela qual justificam também a necessidade de o depositário nomear à acção o depositante, sempre que seja demandado por terceiro como possuidor em nome próprio — *op. cit.*, vol. II, pp. 762 e s., nota 3.

Já no sentido da recusa da excepcionalidade da tutela possessória destes possuidores se parecem inclinar, por exemplo, Eurico LOPES CARDOSO, *Manual da Acção Executiva*, reimpressão, Lisboa, 1987, p. 385 e, mais recentemente, Adelino da PALMA CARLOS, *Direito Processual Civil — Acção Executiva*, textos policopiados, Lisboa, 1970, pp. 163 e s., uma vez que, embora não questionando a natureza obrigacional do direito do locatário e de outros possuidores em nome alheio nem a exigência genérica da posse em nome próprio para a fundamentação dos embargos de terceiro, admitem a extensão da tutela dos possuidores *nomine alieno* para além dos casos expressamente previstos na lei, desde que haja um «título semelhante» ao daqueles casos.

para efeitos regimentais, e, designadamente, para efeitos da protecção possessória <sup>(55)</sup> <sup>(56)</sup>.

### 5.3. *As doutrinas qualificativas*

Enquanto que os defensores da concepção da excepcionalidade — representação explicam a protecção possessória dos possuidores em nome alheio dentro dos quadros regimentais e qualificativos definidos pelo próprio legislador, os apologistas da orientação que denominámos de qualificativa, partem, na sua tentativa de resposta ao problema, exactamente da premissa contrária: a qualificação legal destes sujeitos como não possuidores não é, *de per si*, vinculante, mas, pelo contrário, terá que ser questionada sempre que a análise dos traços regimentais da figura revele a sua inadequação.

Delimitada a premissa metodológica, os Autores procedem pois a uma análise do regime legal de cada uma das situações que, embora subsumíveis aos critérios legais delimitativos da denominada «posse em nome alheio», têm tutela possessória. E, ela-

---

<sup>(55)</sup> Esta a posição sustentada entre nós por Oliveira ASCENSÃO, *Direitos Reais, cit.*, pp. 284 e s., (excepto para o caso do locatário, que o Autor resolve pela via da qualificação da respectiva situação jurídica como situação real): em face da não integração da posse dos possuidores em nome alheio na noção legal do art. 1251.º do C.C., concomitantemente com a tutela possessória que o legislador lhes confere expressamente, há que interpretar aquela noção legal de posse extensivamente, admitindo a existência de posse nos direitos destes possuidores, apesar da sua natureza obrigacional.

<sup>(56)</sup> Terá também que ser incluída nas doutrinas da excepcionalidade/representação a opinião defendida por alguns Autores, no sentido da redução da posse aos direitos reais de gozo e, em particular, ao direito de propriedade, uma vez que daqui decorre a necessária fundamentação dos meios possessórios na posse causal do titular daqueles direitos, mesmo que materialmente eles sejam articulados por um possuidor em nome alheio — neste sentido se parecem inclinar, entre nós, Manuel Henrique MESQUITA, *Direitos Reais*, textos policopiados, Coimbra, 1967, pp. 77 e ss e 128 e s. e Carlos Alberto da Mota PINTO, *Direitos Reais*, Lições compiladas por Álvaro MOREIRA e João Carlos FRAGA, textos policopiados, Coimbra, 1975, pp. 195 e ss. — para este Autor, no entanto, será também de exceptuar o caso do locatário, dada a natureza real do seu direito (*op. cit.*, pp. 155 e s.).

borada essa análise, concluem pela natureza real, ou pelo menos justificativa de posse, de algumas das ditas situações de posse *nomine alieno*. Conclusão que, naturalmente, permite explicar a tutela possessória como uma inerência à qualificação jurídica operada: é porque são susceptíveis de conferir posse aos seus titulares que estas situações são tuteladas pelos meios possessórios; e estes visam salvaguardar a posse causal de cada um destes sujeitos e não a posse das entidades em nome de quem possuem.

A primeira orientação doutrinal neste sentido, desenvolveu-se, entre nós, ainda na vigência do Código de Seabra, revelando um pendor pessoalista: ela apoia a admissibilidade genérica da defesa possessória na qualificação dos direitos destes possuidores sobre a coisa como *direitos pessoais de gozo, susceptíveis de conferir posse aos seus titulares*. Trata-se pois de uma posse (de natureza causal) sobre direitos (nos termos do art. 474.º do Código de Seabra), decorrente do vínculo contratual entre o titular e o proprietário do bem e limitada apenas pelos próprios termos do contrato e, designadamente, pelos respectivos limites de vigência<sup>(57)</sup>.

Desta qualificação dos direitos dos possuidores em nome alheio sobre os bens objecto do contrato decorre a sua equiparação (regimental) aos direitos reais. E é neste quadro equiparador que surge a protecção possessória que a lei concede aos titulares destes direitos: ela nada tem de excepcional, não se configura como forma de defesa de um direito alheio mas como tutela de um direito próprio deste possuidor em nome alheio, susceptível de conferir posse<sup>(58)</sup>.

---

(57) A limitação dos poderes possessórios pelos termos contratuais verifica-se logo no Dec. n.º 5411, de 17/4/1919, em relação ao arrendatário, já que o art. 20.º circunscreve os efeitos do recurso à tutela possessória ao «prazo do arrendamento».

(58) Esta orientação foi defendida por exemplo por Manuel RODRIGUES, *A Posse: Estudo de Direito Civil Português*, 3.ª ed., Coimbra, 1980, pp. 166 e ss., em relação ao locatário (tanto no caso do arrendamento como no caso do aluguer), ao parceiro pensador e ao comodatário, com base no argumento da coexistência, na titularidade destes sujeitos, de uma dupla situação possessória: uma posse (formal) em nome do titular do direito de propriedade sobre o bem objecto do contrato; e uma posse (causal) em nome próprio do direito ao arrendamento ou ao aluguer, ao comodato ou à parceria, decorrente do reconhecimento dos poderes destes sujeitos sobre os bens objecto do contrato.

Uma orientação mais recente justifica a tutela possessória destes sujeitos pela via da qualificação realista: os direitos dos denominados possuidores em nome alheio sobre os bens objecto do contrato revestem a natureza de *direitos reais de gozo*, o que tem como consequência a atribuição de posse causal aos respectivos titulares e, logo, da tutela possessória respectiva, e, dentro desta, dos embargos de terceiro — é pois, também aqui, a situação possessória do próprio possuidor «em nome alheio» que constituiu o objecto da tutela <sup>(59)</sup>.

---

(59) Esta posição foi, entre nós, sustentada por MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais cit.*, vol. II, pp. 979 e ss., 996 e 1001, quanto ao locatário, ao terceiro pensador e ao comodatário. Para o Autor, a função primordial dos arts. 1037.º n.º 2, 1125.º n.º 2 e 1133.º n.º 2 do C.C. é exactamente a atribuição da posse da coisa nos termos do contrato de locação, de parceria ou de comodato, posse esta que é uma simples manifestação da natureza real dos direitos destes sujeitos sobre a coisa — ou seja, uma posse causal, porque apoiada na titularidade de um direito real, e em nome próprio, porque coexistem na mesma pessoa a titularidade do direito e os poderes possessórios correspondentes; logo, uma posse que se subsume ao conceito do art. 1251.º do C.C. e não à previsão legal do art. 1253.º c). Já no que se refere ao depositário, recusando a natureza real do seu «direito» sobre o bem depositado, o Autor advoga uma interpretação restritiva do art. 1188.º n.º 2 do C.C. no sentido da representação: o depositário apenas poderá recorrer à tutela possessória em defesa do direito do depositante e deve qualificar-se como mero detentor, ao abrigo do critério do art. 1253.º al. c) do C.C. — *op. cit.*, vol. II, pp. 1005 e s. No que se refere ao locatário, *vd.* ainda, a análise mais aprofundada, do mesmo Autor, *Da Natureza do Direito do Locatário*, Separata da R.O.A., Lisboa, 1980, especialmente, quanto a esta matéria, pp. 113 e s. e 117 e s.

Neste sector da doutrina são ainda de integrar as construções de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos Reais*, (2.ª ed), cit. pp. 520 e 284 nota 1 e *Direito Civil — Reais* (4.ª ed.) cit., p. 470; e de MOTA PINTO, *op. cit.*, pp. 155 e ss., embora apenas quanto ao caso do locatário; bem como a posição de António Ferrer CORREIA, *sobre a Reforma da Legislação Comercial Portuguesa*, in R.O.A., Ano 44, Maio de 1984, Lisboa, pp. 5 e ss., a propósito do estabelecimento comercial: a partir da afirmação do direito de propriedade do empresário sobre a empresa (enquanto organização concreta de pessoas e de bens com um objectivo económico determinado, e não como algo de puramente incorpóreo), com o inerente reconhecimento da respectiva posse causal, o Autor estende-lhe expressamente a tutela possessória, em caso de turbação ou de esbulho, não exigindo sequer uma prova antecipada da titularidade do próprio estabelecimento pelo comerciante perturbado ou esbulhado na sua posse.

#### 5.4. *A posição de Castro Mendes: o argumento da exceptio domini*

Especificamente em matéria de embargos de terceiro, cabe ainda fazer referência à posição defendida entre nós por CASTRO MENDES, que demarcamos das anteriores pelo cunho marcadamente processualista dos argumentos utilizados.

Não questionando a natureza dos direitos do locatário, do parceiro pensador, do comodatário ou do depositário, o Autor afirma claramente que, enquanto condição de procedência dos embargos de terceiro, a posse deve revestir natureza causal — ou seja, só pode embargar de terceiro, com êxito, o possuidor que seja também proprietário; pelo que a posse em nome alheio não legitima os embargos de terceiro <sup>(60)</sup> <sup>(61)</sup>.

A exigência da posse causal na fundamentação jurídica dos embargos de terceiro tem, para o Autor, um motivo puramente processual: a possibilidade de oposição pelo embargado da *exceptio domini*, nos termos do art. 1042.º al. b) do C.P.C. <sup>(62)</sup>: se a posse do embargante não estiver acompanhada do direito de fundo, este ser-lhe-á oposto pelo embargado e, por remissão do art. 1042.º para o regime dos arts. 1034.º e ss. do C.P.C., prevalecendo o petitório sobre o possessório, os embargos não procederão.

---

<sup>(60)</sup> *Op. cit.*, vol. III, pp. 400 e 406.

<sup>(61)</sup> Conceção diferente mas que chega, parcialmente, a esta mesma conclusão, foi defendida entre nós na *R.T.*, Ano 56 (1938), pp. 66 e ss., em comentário crítico ao sistema do Código de Processo de 1876. Para os defensores desta tese, nos casos em que a apreensão judicial motivadora dos embargos pressuponha a propriedade do requerido na diligência, os embargos devem fundamentar-se no direito de propriedade sobre os bens, saindo, em consequência, do âmbito puramente possessório — p. 99.

<sup>(62)</sup> *Op. cit.*, vol. III, pp. 400 e 402. De salientar que o embargado pode opôr, ao abrigo desta norma, tanto o seu direito de propriedade sobre o bem como o direito de fundo do próprio executado ou obrigado, caso em que parece configurar-se uma situação de substituição processual, uma vez que é feito valer um direito alheio na prossecução de um interesse legítimo e próprio — neste sentido, por exemplo, Alberto dos REIS, *op. cit.*, p. 457 e, do mesmo Autor, *Embargos de Terceiro — Comentário a dois Acórdãos*, in *R.L.J.*, Ano 87 (1954-55), n.º 3022, p. 167.

Especificamente quanto aos possuidores formais em nome alheio, o Autor adianta ainda um argumento de legitimidade no sentido da recusa do fundamento possessório dos embargos: por um lado, considera que não podem articular a tutela possessória em defesa do direito real da pessoa em nome da qual detêm o bem, a título de representantes, porque não existe entre as duas partes contratantes qualquer vínculo de representação — em apoio desta afirmação, o Autor refere o dever de aviso dos arts. 1038.º al. h), 1135.º al. g) e 1187.º b) do C.C., cuja razão de ser não pode ser outra do que dar a possibilidade ao proprietário de actuar, *de per se*, a defesa possessória; mas, por outro lado, não podem pretender defender a sua própria posse sobre o bem por meio dos embargos, porque, revestindo essa posse natureza precária, ela não pode ser «ofendida» no sentido dos arts. 1285.º do C.C. e 1037.º do C.P.C. — e aqui invoca, como argumento adjuvante, o art. 831.º do C.P.C., que permite a penhora de bens que se encontrem em poder de terceiro por «qualquer título» (63) (64).

Recusada a possibilidade de embargarem de terceiro aos possuidores em nome alheio, o Autor acaba por concluir que a remissão genérica feita pelas normas civis aos meios possessórios deve excluir o meio de tutela do art. 1285.º do C.C. E o juiz deverá mesmo rejeitar liminarmente a petição de embargos oposta por

(63) *Op. cit.*, vol. III, pp. 403 e s. e 406.

(64) O argumento de que o arrendatário não é prejudicado pela penhora, uma vez que fica depositário do bem é tradicional na nossa doutrina — *vd.*, por exemplo, RIBEIRO DE MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 207, neste sentido, socorrendo-se do (correspondente) art. 819.º § 4.º da lei processual de 1876. Invocando também o art. 831.º do C.P.C., *vd.* ainda GAMA PRAZERES, *op. cit.*, p. 208, que, a propósito da penhora, admite igualmente a apreensão dos bens detidos a título de locação ou de comodato; no caso do locatário e do parceiro, o efeito da penhora será atenuado pela sua nomeação como depositários especiais, nos termos do art. 841.º do C.P.C. — *op. cit.*, pp. 238 e s. Ainda neste sentido, Adriano Paes da Silva Vaz SERRA, *Realização Coactiva da Prestação (execução) — Regime Civil*, *BMJ*, n.º 73, pp. 31 a 394, que considera o preceituado no art. 841.º da lei processual aplicável não só ao arrendatário e ao parceiro como a outros terceiros, detentores do bem objecto da penhora — pp. 72 e s.

estes possuidores, por falta de fundamento, possessório bastante (65).

### 6. *Apreciação crítica das várias concepções doutriniais*

Apresentadas algumas concepções doutriniais susceptíveis de responder à problemática da fundamentação dos embargos do terceiro possuidor em nome alheio, que elegemos como objecto do nosso estudo, cabe proceder à apreciação crítica dessas doutrinas (66).

Iniciando este percurso analítico pela ordem expositiva anterior, cabe apreciar a *doutrina da excepcionalidade-representação*. E, no nosso entender, ela é de rejeitar, essencialmente por dois motivos.

Por um lado, porque em todos os casos em que a lei atribui a tutela possessória fora dos quadros restritos do art. 1251.º do C.C. se reconhece a existência de um *direito próprio* dos sujeitos qualificados legalmente como possuidores em nome alheio: o direito de gozar o bem imóvel ou móvel, no caso do locatário; o direito de utilizar os animais detidos ou o objecto comoda-

---

(65) Trata-se pois de uma solução liminar e não de uma solução intermédia, que possibilitasse a propositura da acção, mesmo que, eventualmente, ela não viesse a proceder, se o embargado opusesse a *exceptio dominii* — *op. cit.*, vol. III, pp. 406 e s. O Autor aplica-a a vários casos de oposição à penhora, considerando que, no confronto entre os arts. 831.º e 1037.º n.º 1 do C.P.C., o primeiro deverá prevalecer sempre que os embargos sejam suscitados pelo depositário, pelo comodatário, e pelo próprio locatário — em relação ao comodatário, o radicalismo da solução é temperado com a atribuição de um direito de indemnização, com fundamento na impossibilidade superveniente de cumprimento, imputável ao comodante; e, no caso do arrendatário, o efeito prático da inadmissibilidade dos embargos é também colmatado pela aplicação do art. 841.º do C.P.C., que evita o seu dessapossamento material — norma esta que, aliás, o Autor não considera extensível ao aluguer. *Vd. op. cit.*, vol. III, pp. 360 e ss.

(66) Pela natureza sucinta que o presente trabalho deve revestir, a sumariaidade que caracterizou a nossa apresentação de cada uma das construções doutriniais desenvolvidas nesta matéria será mantida na apreciação crítica que delas faremos, afim de deixar lugar a uma apresentação mais alargada do nosso pensamento quanto a esta questão.



tado, nos casos do parceiro pensador e do comodatário — cfr. arts. 1031.º al. b) e 1037 n.º 1, 1121.º e 1125.º n.º 1, 1129.º e 1133.º n.º 1 do C.C. (67). E, independentemente da qualificação jurídica deste direito, ele corresponde necessariamente a um *interesse próprio* do seu titular. Ora, o direito e o interesse próprios destes sujeitos não se nos afiguram compatíveis com a ideia da representação do proprietário, quando se actua a defesa possessória — o que está em causa é o interesse destes possuidores e não o interesse do «representado» (fundamento essencial do instituto da representação), porque é a possibilidade de exercício efectivo dos poderes daqueles sobre a coisa que o meio possessório permite acautelar (68) (69).

Por outro lado, a ideia de representação afigura-se-nos também incompatível com uma outra realidade: a possibilidade expressa de actuação possessória do possuidor em nome alheio contra o próprio proprietário. Ela decorre do reconhecimento legal da autonomização das posições jurídicas das duas partes contratantes, também no plano possessório, o que, *de per si*, afasta a representação.

Em consequência, não podemos concordar com a conclusão final dos defensores desta doutrina, no sentido da justificação da defesa possessória destes possuidores precários no motivo puramente prático de actuação em substituição do proprietário, se e enquanto este não actuar: em face da titularidade do interesse pelo detentor, não se verifica qualquer substituição, mas uma defesa processual directa; e, ainda que o não fosse, sempre care-

---

(67) Excluímos, para já da nossa análise, a questão do depositário, cujos direitos sobre o bem depositado suscitam as maiores dúvidas. Voltaremos, no entanto, a ela.

(68) Veja-se como o texto legal (e as próprias epígrafes dos artigos) é neste ponto elucidativo: a tutela possessória é sempre atribuída para defender o detentor contra actos impeditivos do gozo da coisa ou da utilização dos animais.

(69) Esta conclusão não implica que o proprietário do bem não possa, ele próprio, recorrer à tutela possessória. Ele poderá fazê-lo sempre que o acto perturbador da situação do detentor o afecte na sua própria posse causal. Mas será a lesão desta posse causal o fundamento do recurso à tutela e não a posse em nome alheio do detentor

ceriam estes sujeitos de legitimidade processual bastante para actuarem em juízo em defesa do proprietário, uma vez que não se encontram expressamente mandatados para o efeito.

Apreciando agora as *doutrinas qualificativas*, verificamos, de imediato, o mérito da simplicidade de construção: se o regime jurídico das figuras demonstra a impropriedade da qualificação legal respectiva, a questão reconduz-se, afinal, à correcção qualificativa, que, uma vez operada, justifica, *de per si*, a tutela possessória.

No entanto, no que respeita à *concepção pessoalista*, entendemos que ela não é hoje defensável, pelo menos como forma de justificação da tutela destes possuidores em nome alheio, por um motivo atinente com a evolução legislativa: é que ela parte da admissibilidade da posse sobre direitos, nos termos da previsão ampla do art. 474.º do Código Civil de 1867. Ora, este tipo de posse não é admitido pelo actual sistema juspositivo, que limita com clareza o âmbito do fenómeno possessório ao domínio das coisas, desde logo a partir da noção legal de posse do art. 1251.º do C.C. (70) (71).

Quanto à *concepção realista*, defendida à face do ordenamento jurídico vigente, não podemos naturalmente nesta sede

---

(70) Como verificámos, no entanto (*supra*, nota 45), esta noção não impediu alguma jurisprudência de admitir, por exemplo, a tutela possessória do direito ao trespassse do estabelecimento comercial.

(71) No plano do direito comparado, poderá justificar-se, ainda hoje, uma solução deste tipo, por exemplo, no sistema jurídico espanhol, que admite a posse sobre direitos — arts. 430.º e ss. da lei civil. O que, em matéria de *interdictos possessórios*, leva a doutrina a admitir o respectivo fundamento tanto na posse *como na detenção ou tenencia* (art. 1651.º da *Ley de Enjuiciamiento Civil*), considerando como objecto da tutela possessória não apenas os direitos reais mas também os direitos pessoais. Neste sentido, por exemplo, Alberto Monton REDONDO, *Procedimientos Civiles Especiales*, vol. I, Salamanca, 1982, pp. 223 e s.; e Carlos Millan HERNANDEZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. III, Madrid, 1987, pp. 1172 e ss., este admitindo expressamente a tutela interdital do arrendatário (tanto contra actos de terceiro, como contra actos do locador) e até do detentor meramente tolerado, com base no argumento do carácter amplo da tutela possessória, que protege não o direito de posse, mas o facto material de possuir.

tomar posição sobre a polémica questão da natureza jurídica dos direitos do locatário, do parceiro pensador, do comodatário ou do depositário. No entanto, independentemente da questão qualificativa, permitimo-nos tecer-lhe uma crítica — essencialmente metodológica — na sua mais ampla e elaborada contrução: a construção de Menezes Cordeiro.

Parte este Autor da análise do regime legal para a qualificação das situações do locatário, do parceiro pensador e do comodatário como situações reais. E fá-lo, por recurso, entre outros, ao argumento da atribuição da tutela possessória aos respectivos titulares: ela demonstraria a natureza real dos direitos destes sujeitos, com a inerente posse causal. No entanto, o argumento perde validade quando o Autor aborda o caso do depositário: concluindo da análise regimental que a situação do depositário não corresponde à titularidade de nenhum direito real sobre a coisa <sup>(72)</sup>, confronta-se com a existência de uma norma que lhe atribui tutela possessória exactamente nos mesmos termos em que são protegidos os outros possuidores em nome alheio. E, em face desta situação, o Autor acaba, afinal, por fazer uma interpretação restritiva de uma norma, que nos outros casos, serviu de suporte à afirmação da natureza real do direito a que respeitava. Acresce que, nesta interpretação restritiva, o Autor opta pela doutrina da representação, pelo que se sujeita às críticas que esta doutrina suscita: mesmo que a negação de qualquer tipo de direito sobre o bem ao depositário permita ultrapassar a objecção da prevalência do seu interesse sobre o do proprietário, incompatível com o fundamento da representação, continua por explicar a possibilidade de actuação do depositário contra o proprietário, bem como a questão da falta de legitimidade processual para actuar o seu interesse em juízo.

Parece-nos, pois, que também a perspectiva da qualificação realista não responde cabalmente a todas as dúvidas que se colo-

---

<sup>(72)</sup> Nem sequer, eventualmente, a situação do depositário corresponderá à titularidade de um direito de qualquer espécie, mas simplesmente à adstrição do depositário ao dever de guardar a coisa depositada, uma vez que sempre que lhe seja permitido usar a coisa estar-se-á perante um mútuo ou um comodato encapitados — *Direitos Reais* cit., vol. II, pp. 1005 e s.

cam nesta matéria. Como veremos, apesar de genericamente compreensível em função da qualificação dos respectivos direitos, a tutela possessória destes sujeitos poderá ter que ser explicada por recurso a um critério de tipo não qualificativo.

E cabe, finalmente, analisar a *concepção de Castro Mendes* e a sua conclusão de que, independentemente da admissibilidade substantiva da tutela possessória destes possuidores precários, por meio de embargos de terceiro, ela não funciona em processo, pela possibilidade de discussão da questão da propriedade na apreciação dos embargos, com a subsequente e aparentemente inevitável prevalência do petitório sobre o possessório (73).

Reconhecendo embora o mérito de suscitar a relevantíssima questão da *exceptio dominii*, permitimo-nos discordar da tese de Castro Mendes, por motivos de ordem substantiva e de ordem processual.

No plano substantivo, verificámos já que a tutela possessória que a lei concede a estes possuidores é uma tutela em sentido amplo, isto é, abrangendo todos os meios possessórios; e que, por outro lado, essa tutela pressupõe uma ofensa da posse, que, não obstante a qualificação como precários destes possuidores, o legislador considerou pois possível (74) — não procedem pois os argumentos do Autor no sentido de que a remissão das várias normas de tutela para os meios possessórios não abrange o art. 1285.º do C.C. ou de que a posse destes sujeitos não pode ser ofendida.

Do ponto de vista processual, várias razões se podem também adiantar em contravenção desta solução. Desde logo, a possibilidade de suscitar a questão da propriedade não é exclusiva dos embargos de terceiro, podendo levantar-se também nas acções

---

(73) Naturalmente que esta inevitabilidade poderá ser questionada, pelo menos em alguns casos em que se afigura chocante a prevalência do direito do proprietário contra o do possuidor, por ele mesmo investido (*verbi gratia* por contrato) na situação possessória, apenas por decorrência sistemática do título de propriedade. No entanto, não podemos, em sede do presente estudo, abordar esta questão.

(74) *Vd., supra*, as nossas considerações subsequentes à análise legal desta matéria, ponto 4.4. in fine

possessórias; no entanto, quanto a estas, o Autor não parece inclinar-se no sentido da sua negação aos possuidores em nome alheio <sup>(75)</sup>. Mas argumento mais importante é o de que, para que a propriedade prevaleça sobre a posse, é necessária a verificação cumulativa de dois requisitos: que o embargado deduza efectivamente a *exceptio dominii*, já que se trata de uma excepção que não é de conhecimento officioso (art. 1042 al. b) e 1034.º n.º 1 do C.P.C.); e, que, simultaneamente, o embargado requeira o reconhecimento do direito de propriedade alegado — art. 1034.º n.º 1 do C.P.C. Basta pois a não verificação de qualquer destes requisitos para obstar à prevalência da propriedade sobre a posse. Mas, como esta verificação só poderá ter lugar no momento da contestação, não cremos ser correcta a solução de Castro Mendes, no sentido do não recebimento da petição de embargos, desde que o seu autor seja um possuidor precário <sup>(76)</sup>.

Em conclusão, no nosso entender, desde que observe os necessários requisitos substantivos e processuais, a petição inicial de embargos deverá suscitar um despacho de recebimento, nos termos do art. 1041.º do C.P.C., mesmo que o juiz verifique, na sua apreciação inicial da prova informatória fornecida pelo embargante (art. 1040.º da lei processual) que a posse deste é formal e em nome alheio <sup>(77)</sup>. Qualquer outra solução afigura-se-nos por demais injusta: a alegação pelo embargado do direito de propriedade é um ónus que lhe assiste; se o não utilizar, perde a vantagem dele decorrente em favor do possuidor formal. É pois necessário não coartar o direito de embargar do possuidor *ab initio*.

---

<sup>(75)</sup> Pelo contrário, admite-as expressamente em alguns casos: assim, por exemplo, admite a acção de prevenção e de restituição da posse no caso de o proprietário pretender retirar violentamente a coisa ao depositário — *op. cit.*, vol. III, p. 362.

<sup>(76)</sup> *Op. cit.*, p. 407.

<sup>(77)</sup> Aliás, como decorre expressamente do art. 1041.º n.º 2 do C.P.C., a possibilidade de improcedência posterior dos embargos, se vier a ser levantada a questão da propriedade, não é precludida pelo despacho de recebimento, que apenas assegura o prosseguimento da nação.

## 7. *A solução proposta: o critério do interesse tutelável do possuidor*

### 7.1. *A enunciação do critério*

Não aceitando as doutrinas da representação e rejeitando a solução de Castro Mendes, poderia parecer que só a doutrina qualificativa realista seria capaz de justificar a tutela possessória do locatário, do parceiro pensador, do comodatário e do depositário. Mas demonstrámos já que também a via qualificativa se depara com alguns obstáculos na resolução de um problema que, afinal, tem natureza regimental. Propomos, por isso, para a sua resolução, um critério operativo independente da qualificação jurídica dos direitos destes sujeitos.

O ponto de partida da proposta de solução que avançamos está na autonomização da última parte da al. c) do art. 1253.º da lei civil: os casos de posse em nome de outrem aí subsumíveis não podem equiparar-se às situações previstas na primeira parte da mesma alínea. E o critério de distinção entre os dois tipos de situações reside no reconhecimento, ao lado do interesse do proprietário do bem, de um *interesse próprio* do possuidor *nomine alieno* — pelo contrário, nas situações de detenção pelo representante da primeira parte da alínea, a detenção da coisa por este é, por definição, desinteressada.

Afirmámos já também que o interesse próprio destes sujeitos se reporta à possibilidade de uso e fruição do bem, objecto do contrato. É pois um interesse que tem subjacente a existência de uma relação própria e individualizada do seu titular com a coisa, um poder directo e imediato sobre ela, dentro dos limites do próprio contrato-fonte e dos direitos que dele emanam<sup>(78)</sup>. É certo que, se qualificarmos estes direitos como direitos reais, os poderes sobre a coisa em que se consubstancia o seu exercício correspondem a uma situação de posse (causal); mas, mesmo que os qualifiquemos como direitos de crédito, o interesse man-

---

<sup>(78)</sup> *Vd., supra*, ponto 6., a propósito da apreciação da doutrina da excepcionalidade-representação.

tém-se, bem como os poderes respectivos, porque atribuídos directamente pela lei — simplesmente, neste caso, tais poderes não correspondem a uma posse em sentido próprio sobre a coisa mas apenas a uma posse formal, em que o direito real é reconhecido na titularidade de outrém.

Parece-nos pois que não é tanto na qualificação da situação possessória e dos direitos destes possuidores em relação à coisa, mas antes na relevância do seu interesse na conservação dos poderes sobre ela (expressamente reconhecido e autonomizado pelo legislador) que se fundamenta a tutela possessória: se o interesse tem relevância bastante, o possuidor poderá recorrer aos meios possessórios, para defender os seus poderes sobre a coisa; se a não tiver, o possuidor carecerá de legitimidade para accionar esses meios, e, entre eles, os embargos de terceiro. No primeiro caso, o interesse é tutelável; no segundo caso, não o é.

Este critério, que designámos de *interesse tutelável do possuidor* (79), exige pois a delimitação precisa do que seja um interesse susceptível de justificar o recurso à tutela possessória. No nosso entender, para ser tutelável, o interesse do possuidor terá que obedecer aos seguintes requisitos: em primeiro lugar, terá que ser um *interesse próprio* daquele possuidor (e não um interesse da pessoa em nome de quem possui), isto é, um interesse fundado na titularidade de um *direito próprio* (de natureza real ou obrigacional); em segundo lugar, deverá ser um *interesse directo ou imediato*, ou seja, um interesse assente na possibilidade imediata de aproveitamento específico das qualidades do bem pela pessoa que o possui ou detém, que, embora filiada numa situação jurídica obrigacional ou real, se individualiza em relação a ela (80); e, finalmente, deverá ser um *interesse garantido*, con-

---

(79) Note-se que empregamos aqui o termo «possuidor» em sentido amplo e impróprio, uma vez que, estando ultrapassada a questão da qualificação, este possuidor poderá ser um possuidor causal, em sentido próprio, ou um mero detentor. Como veremos (*infra*, ponto 7.2.) o nosso critério poderá ser aplicado também na aferição da legitimidade de recurso aos meios possessórios pelos possuidores no sentido do art. 1251.º do C.C.

(80) Cremos, no entanto, que a natureza directa ou imediata do interesse não exige o exercício de poderes materiais ou efectivos sobre o bem detido, mas tão

vencional ou legalmente, por uma situação jurídica estranha à lesão ou à ameaça de lesão sobre o bem.

Ora, sendo a propriedade, a imediação e a garantia requisitos essenciais do interesse do possuidor, sem a sua verificação não haverá fundamento para a respectiva tutela possessória. O que, especificamente em matéria de embargos de terceiro, exige a prova destes requisitos ao lado da prova da posse, nos termos do art. 1040.º do C.P.C. Não basta pois que o embargante se socorra da previsão das várias normas tutelares da lei civil; é necessário que ele prove (sumariamente, embora, porque tanto basta para a lei do processo) que a lesão ou a ameaça decorrente da diligência judicial afecta de uma forma directa os seus poderes sobre a coisa (porque visa apreendê-la, por exemplo), que esses poderes decorrem de um direito seu, e que esse direito é tutelado por uma situação jurídica estranha ao processo de que emana a diligência judicial — um contrato de comodato, sujeito a um termo, por exemplo.

Em conclusão, o possuidor terá de provar, não apenas a sua posse ou detenção, mas também que tem uma efectiva necessidade de recorrer aos meios possessórios para obter o efeito substantivo de reconhecimento dos seus poderes sobre o bem — correspondam estes a uma situação real ou não <sup>(81)</sup>.

---

só a possibilidade (legal ou contratual) de os exercer — e, em consequência, de os defender. Neste sentido, por exemplo, o locatário terá interesse nos embargos, mesmo que ainda não tenha habitado a casa, porque tem título bastante para a habitar. A este propósito, não podemos deixar de referir o estudo de Françoise ALT-MAES, *Une évolution vers l'abstraction: de nouvelles applications de la détention*, in *Revue trimestrelle de droit civil*, Ano 86, n.º 1, Janeiro-Março de 1987, pp. 21 e ss., que distingue a *détention pour soi et pour autrui*, consoante é exercida no interesse do detentor ou do proprietário do bem (exemplificando a primeira modalidade com o caso do locatário), e salienta a progressiva abstracção do conceito de detenção, pela possibilidade de deter por intermédio de outrem, caso em que coexiste a detenção material deste último com a *détention pouvoir* do primeiro. Porque tem um suporte jurídico, esta detenção interessada, material ou abstracta, permite a defesa do detentor, inclusivamente contra o proprietário do bem — cfr., sobretudo, pp. 21 e ss. e p. 50.

<sup>(81)</sup> O critério que acabamos de equacionar parece estar subjacente ao sistema possessório italiano, a partir da distinção entre detentores autónomos e não autónomos (vd., *supra*, nota 30). Aos primeiros é concedida a tutela possessória justa-



Mas a enunciação do critério só ficará completa com a verificação da natureza que reveste este interesse a exigir ao possuidor, sem o que não poderemos, em definitivo, estabelecer as consequências da sua falta. Reportando-se à necessidade efectiva de estar em juízo, ele poderá ser reconduzido à categoria de pressuposto processual: o pressuposto do *interesse em agir* <sup>(82)</sup>. De facto,

---

mente com fundamento no interesse próprio que têm na conservação do bem, apesar de só lhes ser reconhecido *o possesso di fatto e não o diritto di possesso*.

No entanto, um sector da doutrina italiana parece ir ainda mais longe, no sentido de admitir a defesa possessória do detentor sem interesse próprio na detenção, com base numa ideia de prevalência do direito de crédito sobre o próprio direito real do executado sobre o bem, quando da diligência judicial decorra para o primeiro um prejuízo económico — neste sentido, Francesco BUCOLO, *Il pignoramento e il sequestro presso il terzo*, Pádua, 1986, pp. 446 e s., que dá o exemplo do detentor que tem a coisa em seu poder afim de prestar um serviço ao seu proprietário: o prejuízo decorreria aqui da impossibilidade de prestação do serviço convencionado, ao qual corresponde uma contraprestação em favor do detentor. Neste tipo de situações, o fundamento dos embargos estaria mais na ideia de prejuízo do que na natureza dos poderes do detentor sobre o bem. No mesmo sentido, Gian Antonio MICHELI, *Derecho Procesal Civil*, vol. III, tradução argentina de Santiago Sentís MALENDO, Buenos Aires, 1970, pp. 113 e s. Contra, por exemplo, Salvatore SATTA, *Diritto processuale civile*, 10.<sup>a</sup> ed., actualizada e ampliada por Carmine PUNZI, Pádua, 1987, pp. 735 e ss.

Também criticando o critério do interesse, *vd.* Giuseppe LIOTTA, *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, Nápoles, 1983, pp. 46 e s., dando alguns exemplos de detentores não qualificados com interesse na manutenção da coisa em seu poder. O Autor aplica o critério dos poderes autónomos de utilização e gestão do bem detido, que assistindo ao detentor qualificado permitem a prevalência da sua situação sobre o direito do próprio proprietário do bem — o que, o nosso entender, se reconduz à característica da imediação que atribuímos ao interesse tutelável.

Muito recentemente, entre nós, a necessidade de um interesse próprio do possuidor na manutenção da posse é afirmada como requisito indispensável à procedência dos embargos de terceiro, por Miguel Teixeira de SOUSA, «A Penhora de Bens na Posse de Terceiros»; ROA, Ano 51 (1991) p. 78 e s. Exemplificando com o caso do depositário, o A recorre à ideia de interesse para recusar a tutela possessória quando o possuidor não possa sequer usar a coisa, não obstante a previsão expressa da defesa possessória no art. 1188.º n.º 2 do CC. O critério do interesse próprio e tutelável do possuidor merece, pois, relevância autónoma.

<sup>(82)</sup> Atente-se na noção deste pressuposto processual, por exemplo, em João de Matos Antunes VARELA, J. Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1985, p. 179, reveladora desta ideia de necessidade de usar do processo, de propôr a acção, bem como em Manuel A. Domingues de

ele tem que revestir as características de pessoalidade, imediação e actualidade que normalmente são atribuídas ao interesse em agir <sup>(83)</sup>. E, qualificado como pressuposto processual, a sua falta teria como consequência a absolvição do Réu da instância, nos termos dos arts. 493.º n.º 2 e 288.º n.º 1 do C.P.C.

No entanto, cremos que o interesse tutelável do possuidor, Autor dos embargos, deve antes ser qualificado como uma verdadeira *condição da acção*, ou seja, como um requisito de procedência do pedido, com a consequente concessão da providência judicial requerida, e não apenas como um requisito de conhecimento, pelo tribunal, do fundo da causa <sup>(84)</sup>, redundando, a sua falta, na improcedência dos embargos.

A nossa opção qualificativa deve-se ao facto de pensarmos que o que está em causa na exigibilidade deste interesse é a verdade material, logo o mérito da causa: se, na petição de embargos, o Autor se limitar a invocar a sua posse, não estabelecendo a relação directa entre a lesão ou a ameaça de lesão decorrente da diligência judicial e a afectação dos seus poderes próprios, imediatos e garantidos sobre o bem, ou seja, não provando (sumariamente) o seu interesse na manutenção daqueles poderes, verifica-se uma deficiência na causa de pedir, justificativa do indeferimento imediato da petição, nos termos do art. 1040.º do C.P.C., ou, se este não for proferido, motivadora de um despacho de

---

ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, 5.ª ed. actualizada por Herculano ESTEVES, Coimbra, 1979, p. 79 e Artur Anselmo de CASTRO, *Direito Processual Civil Declaratório*, vol. II, Coimbra, 1982, p. 253; em sentido idêntico, Miguel Teixeira de SOUSA, *O Interesse Processual na Acção Declarativa*, Lisboa, 1989, pp. 9 e s., para quem a ideia de necessidade se configura com um dos critérios de aferição deste pressuposto processual; e ainda Fernando Luso SOARES, *Processo Civil de Declaração*, Coimbra, 1985, pp. 443 e s. e CASTRO MENDES, *op. cit.*, vol. II, p. 233 — pelo contrário, já no que se refere à questão da autonomização deste pressuposto relativamente ao pressuposto processual da legitimidade das partes a doutrina se divide.

<sup>(83)</sup> Não podendo aprofundar a nossa análise desta matéria, remetemos para a apreciação destes requisitos do interesse processual por TEIXEIRA DE SOUSA, *A legitimidade Singular em Processo Declarativo*, seg. *BMJ*, Lisboa, 1979, pp. 26 e ss.

<sup>(84)</sup> Sem podermos, mais uma vez, aprofundar esta distinção, limitámo-nos a fazer apelo à noção de «condições da acção» de Manuel de ANDRADE, *op. cit.*, p. 74.

rejeição, (art. 1041.º n.º 1 da lei processual) ou, posteriormente, da improcedência do pedido <sup>(85)</sup>.

### 7.2. *A necessidade do critério e a sua aplicação prática*

A proposta de solução apresentada levanta, desde logo, a questão da necessidade de autonomização do critério do interesse, na delimitação da posse que fundamenta os embargos de terceiro, já que poderá parecer que se vem complicar a prova de uma situação cuja qualificação é, *de per si*, difícil mas em relação à qual a lei exige apenas uma produção probatória sumária. Apesar disto, cremos não ser de dispensar o recurso a este critério, por duas ordens de razões: por um lado, porque só ele permite ultrapassar em definitivo o estigma da «representação», que mesmo as modernas concepções realistas mantêm em algumas situações <sup>(86)</sup>, e que vimos já ser de recusar <sup>(87)</sup>; por outro lado, porque, reposicionado o problema correctamente da perspectiva do interesse e não apenas do ponto de vista da qualificação possessória da situação

---

<sup>(85)</sup> A nossa opção qualificativa não obsta a que, no processo de embargos, se não possa levantar uma questão de pressupostos processuais relativos às partes, devido a este interesse tutelável. É que a sua falta pode também ocasionar um problema de ilegitimidade processual: se em execução contra o proprietário, o arrendatário vem embargar de terceiro a penhora do prédio, alegando a sua posse sobre o bem penhorado, ele não só carece de interesse na demanda, uma vez que os *seus poderes* directos sobre o bem não resultam afectados pela diligência judicial, como também é de considerar como parte ilegítima, porque não tem utilidade na procedência da acção — art. 26.º n.º 1 e n.º 2 do C.P.C. No entanto, a qualificação do interesse tutelável como condição da acção delimita de uma forma mais clara as duas situações, o que pode ter como consequência que, ainda que o problema da legitimidade não seja suscitado, os embargos improcedam por falta de interesse tutelável do embargante — esta poderia, aliás, ser uma das situações em que, verificada a ausência de um pressuposto processual, seria possível absolver o Réu do pedido, na medida em que essa falta cederia, afinal, perante a ausência de fundamento material — *vd.*, nesta matéria, TEIXEIRA DE SOUSA, *o Interesse Processual na Acção Declarativa* cit., pp. 38 e s.

<sup>(86)</sup> Veja-se a construção de MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais* cit., vol. II, pp. 1005 e s., quanto ao depositário, que já tivemos ocasião de apreciar — *v.d.*, *supra*, p. 36, nota 59.

<sup>(87)</sup> *V.d.*, *supra*, ponto 6.

jurídica, a exigibilidade deste será de estender a todos os possuidores, sejam eles causais ou formais: na apreciação do requisito possessório, não se procurará saber se os poderes do sujeito correspondem ou não ao direito de fundo, mas antes de verificar se eles têm subjacente um interesse próprio, directo e garantido, que suscite a protecção possessória, independentemente da qualificação.

A segunda razão apresentada permite ainda ultrapassar a presunção analítica, tradicional neste domínio, de que o possuidor causal terá sempre fundamento possessório bastante para recorrer à tutela respectiva, enquanto que o possuidor formal, por regra, não o terá. Ora, por aplicação deste critério, tal presunção não tem razão de ser. Confrontando as situações do possuidor causal e do possuidor formal em nome alheio, poderemos dizer que os respectivos interesses fundamentam os embargos de terceiro, nos seguintes termos: para o primeiro, o interesse decorre do conteúdo normal dos poderes possessórios integrativos do seu direito de fundo, mas só fundamenta os embargos de terceiro quando esses poderes sejam *directamente* postos em causa pela diligência judicial — por exemplo, o proprietário de raiz poderá embargar de terceiro a penhora do bem em execução contra o usufrutuário, mas já não o poderá fazer, se forem apenas penhoradas as rendas desse bem; no caso do possuidor formal, o interesse fundamenta os embargos quando a diligência judicial ponha em risco os seus poderes sobre o bem, garantidos convencional ou legalmente por situação jurídica estranha à lesão — por exemplo, será possível ao cônjuge do arrendatário embargar de terceiro contra a execução de despejo movida exclusivamente contra o outro, titular do direito ao arrendamento (neste caso, a garantia do interesse do embargante é uma garantia legal), mas não lhe é lícito opôr embargos à penhora do prédio, em execução movida contra o senhorio, já que tal penhora não afecta a sua situação jurídica de um modo directo. E se coexistirem sobre o mesmo bem várias posses (o que é, afinal, a situação normal em caso de posse em nome alheio), o critério do interesse e a sua qualificação como condição da acção permitem-nos dissipar as dúvidas ainda existentes em matéria de legitimidade processual: pode embargar de terceiro apenas o possuidor directamente atingido pela diligência

ofensiva — de onde decorrerão situações em que só um dos possuidores tenha legitimidade e outras em que os dois poderão recorrer à tutela possessória <sup>88</sup>.

Apresentada e justificada a nossa proposta de solução para a questão do fundamento jurídico dos embargos de terceiro em algumas situações de detenção, resta proceder ao teste da aplicação prática do critério do interesse tutelável às diversas situações que constituíram o objecto deste estudo.

Decorre da análise anterior que o locatário, o parceiro pensador e o comodatário têm um interesse tutelável em termos possessórios: trata-se de um interesse próprio, correspondente aos direitos em que foram investidos por contrato, directo e imediato sobre o bem (pois que o podem aproveitar para a satisfação das suas necessidades) e garantido por uma situação jurídica estranha à lesão — uma situação convencional ou de investidura legal. Nestas condições, terão fundamento jurídico bastante para recorrerem aos embargos de terceiro.

Quanto ao depositário, mais uma vez o critério do interesse nos dá a resposta: é porque, normalmente, o depositário não tem qualquer interesse próprio no bem (que, na maioria dos casos, nem sequer pode utilizar) que não poderá recorrer aos embargos de terceiro para defender a sua posição relativamente a ele. No entanto, em face desta conclusão, haverá que interpretar cuidadosamente a previsão tutelar do art. 1188.º n.º 2 do C.C. E, não subscrevendo, nem sequer aqui, a teoria da representação, pelos motivos já apontados <sup>89</sup>, só poderemos entender esta norma como o meio de assegurar a protecção possessória, quando se configure, na titularidade do depositário, algum interesse digno

---

(<sup>88</sup>) Veja-se, a este propósito, a construção de Giuseppe LIOTTA, *op. cit.*, pp. 146 e s., que coloca em pé de igualdade a tutela possessória do possuidor e do detentor, justificando a primeira pelos limites do título contratual e a segunda pelo direito real correspondente, mas qualificando essa tutela como real, não obstante a qualificação obrigacional do direito do detentor.

(<sup>89</sup>) Cfr., *supra*, ponto 6.

dessa protecção, ou seja, um interesse com as características indicadas <sup>(90)</sup> <sup>(91)</sup>.

Da mesma forma, o critério do interesse permite explicar o motivo da não extensão da tutela possessória aos outros detentores, subsumíveis à previsão do art. 1253.º do C.C.: tanto no caso do representante como nos casos dos detentores que aproveitam a tolerância ou a inércia do titular do direito real sobre o bem, ou não há um interesse próprio na detenção ou o interesse que se verifica é um interesse não garantido, porque totalmente na disponibilidade do titular do direito — logo, é um interesse não tutelável <sup>(92)</sup> <sup>(93)</sup>.

---

<sup>(90)</sup> Pense-se, por exemplo, no caso do depositário que aceitou guardar a coisa até que o depositante lhe pagasse uma determinada quantia, que o bem se destina a caucionar; parece-nos que poderá embargar de terceiro uma penhora sobre o bem, em execução contra o devedor, desde que prove a relação jurídica subjacente ao seu interesse directo no bem. A interpretação restritiva do preceito decorre pois do critério do interesse e não de qualquer ideia de representação.

<sup>(91)</sup> No plano do direito comparado, alguma doutrina italiana defende a existência de um interesse do depositário justificativo desta tutela: o interesse próprio na detenção decorreria da obrigação de zelar pela coisa que está à guarda do depositário e de ser um credor privilegiado em relação ao crédito resultante do depósito — arts. 1768.º e 2761.º § 3.º do *Codice civile*; o que justificaria a sua tutela possessória contra terceiros, embora não já contra o depositante — neste sentido, por exemplo, Ettore PROTETTI, *op. cit.*, p. 253.

<sup>(92)</sup> Aliás, a natureza precária da situação destes sujeitos não tem suscitado dúvidas no nosso sistema jurídico, sendo perfilhada pela doutrina e subscrita pela jurisprudência. No plano doutrinal, *vd.*, por exemplo, Adelino da Palma CARLOS, *op. cit.*, p. 165; e CASTRO MENDES, *op. cit.*, vol. III, p. 359, a propósito da inoponibilidade da detenção à penhora e distinguindo claramente os casos em que o terceiro tem a posse sobre o bem objecto da diligência judicial e aqueles em que se limita a detê-lo materialmente. Também no sentido da rejeição dos embargos se for invocada pelo terceiro embargante a simples detenção dos bens objecto de arrolamento se pronunciou o Ac. da Rel. Ev. de 22/3/1974, *B.M.J.* n.º 235, p. 368; e em sentido idêntico, o Ac. da Rel. Lx. de 17/5/1978, *C.J.*, Ano III (1978) tomo 3, pp. 952 e s., embora a propósito de uma acção de restituição de posse. O que, no nosso entender, não significa mais do que um indirecto reconhecimento da natureza não tutelável do interesse subjacente à posição destes detentores. *Vd.*, por exemplo, a noção clássica de detenção de Manuel RODRIGUES, *op. cit.*, pp. 228 e s., nos termos da qual o detentor ou possuidor precário é definido como aquele que exerce poderes materiais sobre a coisa, no interesse de outrem — o Autor fornece justamente como exemplo o caso do mandatário, por oposição ao detentor que é simultaneamente possuidor, como o usufrutuário, apresentando como critério distintivo a exclusividade do interesse do real possuidor.

<sup>(93)</sup> No plano do direito comparado, merece referência, por exemplo, o sis-

Como última nota, não podemos deixar de referir a admissibilidade da extensão da tutela possessória por embargos de terceiro e outras situações não especificamente tuteladas na lei civil mas directamente conexas com os casos que elegemos para objecto do nosso estudo. Deslocada a questão do plano da posse causal para o plano da detenção com interesse tutelável, a questão não pode deixar de se colocar.

Parece-nos que, desde que a detenção corresponda a um interesse tutelável nos termos definidos, deve ser admitida a tutela possessória por analogia com as disposições tutelares dos possuidores em nome alheio (que não consideramos excepcionais). Neste sentido, cremos que esta tutela pode ter uma dupla extensão: uma extensão a «título semelhante» <sup>(94)</sup> ao do locatário, do parceiro pensador ou do comodatário, desde que tal título revele um interesse legítimo do sujeito em recorrer à tutela possessória — será, por exemplo, o caso do sublocatário, desde que prove a autorização do senhorio na sublocação; e uma extensão a situações de detenção não titulada, mas correspondente a um interesse garantido legalmente — neste âmbito, poderá enquadrar-se a extensão da tutela do arrendatário ao seu cônjuge ou as outras pessoas que tenham um direito legal à transmissão do arrendamento.

---

tema brasileiro, que qualifica o representante como mero detentor e não como possuidor (art. 487.º do Código Civil), o que leva a doutrina a recusar-lhe a protecção possessória — neste sentido, Jefferson DAIBERT, *Op. cit.*, pp. 75 e s., que, no entanto, admite uma acção directa excepcional destas pessoas contra lesões da posse — é o «direito de desforço imediato».

<sup>(94)</sup> Utilizando a expressão de Lopes Cardoso — *vd.*, *supra*, nota 54.

**BIBLIOGRAFIA <sup>(95)</sup>**

ALT-MAES, Françoise

*Une évolution vers l'abstraction: de nouvelles applications de la détention, in Revue trimestrelle de droit civil, Ano 86, n.º 1, Janeiro-Março de 1987, pp. 21 e ss.*

ANDRADE, Manuel A. Domingues de

*Noções Elementares de Processo Civil, 5.ª ed., atualizada por Herculano ESTEVES, Coimbra, 1979.*

ASCENSÃO, José de Oliveira

*Direitos Reais, 2.ª ed., Lisboa, 1978.*

*Direito Civil — Reais, 4.ª ed., Coimbra, 1983.*

BUCOLO, Francesco

*Il pignoramento e il sequestro presso il terzo, Pádua, 1986.*

CARLOS, Adelino da Palma

*Direito Processual Civil — Acção Executiva, textos policopiados, Lisboa, 1970.*

CASTRO, Artur Anselmo de

*A Acção Executiva, Singular, Comum e Especial, 3.ª ed., Coimbra, 1977.*

*Direito Processual Civil Declaratório, vol. II, Coimbra, 1982.*

CARDOSO, Eurico Lopes

*Manual da Acção Executiva, reimpressão, Lisboa, 1987.*

CORDEIRO, António Menezes

*Direitos Reais, vols. I e II, in Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, (114), Lisboa, 1979.*

*Da Natureza do Direito do Locatário, Separata da R.O.A., Lisboa, 1980.*

CORREIA, António Ferrer

*Sobre a Reforma da Legislação Comercial Portuguesa, R.O.A., Ano 44, Maio de 1984, Lisboa, pp. 5 e ss.*

DAIBERT, Jefferson

*Direito das Coisas, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1979.*

---

(95) As indicações bibliográficas referem apenas as obras directamente citadas em texto.



- GONÇALVES, Luís da Cunha  
*Da propriedade e da Posse*, Lisboa, 1952.
- HERNANDEZ, Carlos Millan  
*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. III, Madrid, 1987.
- LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes  
*Código Civil Anotado*, vol. III, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1984 e vol. II, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1986.
- LIOTTA, Giuseppe  
*Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, Nápoles, 1983.
- MAGALHÃES, António Leite Ribeiro de  
*Manual das Acções Possessórias e seu Processo*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1910.
- MAZEAUD, Henri, Léon e Jean  
*Leçons de droit civil français*, vol. II, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 1962.
- MENDES, João de Castro  
*Direito Processual Civil*, vols. I, II e III, ed. revista e actualizada, Lisboa, 1986/1987.
- MESQUITA, Manuel Henrique  
*Direitos Reais*, textos policopiados, Coimbra, 1967.
- MICHELET, Elisabeth  
*La règle du non-cumul du possesseur et du pétitoire*, in *Bibliothèque de droit privé*, sob a direcção de Henri SOLUS, tomo CXXX, Paris, 1973.
- MICHELI, Gian Antonio  
*Derecho Procesal Civil*, vol. III, tradução argentina de Santiago Sentis MELENDO, Buenos Aires, 1970.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota  
*Direitos Reais*, Lições compiladas por Álvaro MOREIRA e João Carlos FRAGA, textos policopiados, Coimbra, 1975.
- PRAZERES, Manuel Augusto Gama  
*Do Processo de Execução no actual Código de Processo Civil*, Braga, 1963.
- PROTETTI, Ettore  
*Le azioni possessorie*, 3.<sup>a</sup> ed., Milão, 1968.
- REDENTI, Enrico  
*Diritto processuale civile*, vol. III, reimpressão da 2.<sup>a</sup> ed., Milão, 1957.

REDONDO, Alberto Monton

*Procedimientos Civiles Especiales*, vol. I, Salamanca, 1982.

REIS, Alberto dos

*Processos Especiais*, vol. I, Coimbra, 1955.

*Embargos de Terceiro — Comentário a dois Acórdãos*, R.L.J., Ano 87, (1954-55), n.º 3022, pp. 161 a 182 e 193 a 197.

*Revista dos Tribunais* — «Embargos de Terceiro» — Ano 56 (1938), pp. 66 e ss.

RODRIGUES, Manuel

*A Posse: Estudo de Direito Civil Português*, 3.ª ed., Coimbra, 1980.

ROSADO, João de Barros Couto

*Embargos de Terceiro no Código de Processo Civil*, Lisboa, 1941.

SATTA, Salvatore

*Diritto Processuale Civile*, 10.ª ed. atualizada e ampliada por Carmine PUNZI, Pádua, 1987.

SERRA, Adriano Paes da Silva

*Realização coactiva da prestação (execução) — Regime Civil*, BMJ n.º 73, pp. 31 a 394.

SOARES, Fernando Luso

*Processo Civil de Declaração*, Coimbra, 1985.

SOUSA, Miguel Teixeira de

*A Legitimidade Singular em Processo Declarativo, Separata BMJ — Lisboa*, 1979.

*O Interesse Processual na Acção Declarativa*, Lisboa, 1989.

A Penhora de Bens na Posse de Terceiros, ROA, Ano 51 (1991) pp. 75 e ss.

TOBEÑAS, José Castan

*Derecho Civil Español, Comum y Foral*, tomo II, vol. I, Madrid, 1978.

VARELA, João de Matos Antunes, BEZERRA, J. Miguel e NORA, Sampaio e

*Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra, 1985.