

à compreensão do regime da penhora e dos embargos de terceiro e, designadamente, à articulação entre os arts. 831.º e 1037.º-1 C.P.C., dos quais TEIXEIRA DE SOUSA parte para a sua análise.

À interpretação e aplicação dos arts. 818.º C. C. (execução de bens de terceiro relativamente à obrigação exequenda), 819.º C.C. (ineficácia relativa dos actos de disposição ou oneração posteriores à penhora), 822.º C.C. (preferência do exequente contra o titular de direito real de garantia eficaz de constituição posterior à penhora), 824.º-2 C.C. (efeitos da venda executiva sobre outros direitos reais incidentes sobre o bem que é objecto do direito do executado) e 838.º-3 C.P.C. (eficácia perante terceiros da penhora sujeita a registo) é totalmente estranho o conceito de posse.

Fundam-se, pelo contrário, nesse conceito os arts. 831.º C.P.C. (apreensão dos bens do executado em poder de terceiro), 832.º C.P.C. (protesto do executado no acto da penhora de bens em seu poder), 1285.º C.C. e 1037.º-1 C.P.C. (apreensão que ofenda a posse de terceiro).

Finalmente, algumas disposições há que, menos rigorosas no uso dos seus instrumentos conceituais, dão lugar a graves dúvidas interpretativas. É o caso do art. 56.º-2 C.P.C., que se diria admitir, sem impôr, a propositura da acção executiva contra o *possuidor* dos bens onerados, em alternativa à sua propositura contra o devedor, sem prejuízo da faculdade do subsequente chamamento do devedor à execução, mas a que a doutrina, confrontada com a necessidade de fazer intervir na execução o proprietário dos bens que garantem a dívida exequenda, tem vindo a dar outra interpretação ⁽²⁾. É ainda, em certa medida, o caso do art. 1038.º-1

dica activa distinta do direito subjectivo (SCHWAB-PRÜTTING, *Sachenrecht*, München 1991, ps. 14-17. Art. 1251.º CC: "poder"), sem prejuízo de dela poderem emergir determinados direitos subjectivos (direito aos frutos, direito de indemnização por despesas, benfeitorias ou prejuízos). De qualquer modo, direito ou não, a posse sempre se distingue do direito a cujo exercício corresponde (art. 1251.º CC) e cuja titularidade faz presumir (art. 1268.º-1 CC).

⁽²⁾ A clarificação interpretativa deve-se a ANSELMO DE CASTRO (*A acção executiva singular, comum e especial*, Coimbra 1973, ps. 81 e 85): devendo a penhora começar pelos bens afectos à garantia (art. 835.º CPC) e não podendo o credor renunciar a esta tacitamente, mas apenas pelas formas exigidas na lei civil (arts. 663.º-3, 677.º e 731.º), a opção do exequente não pode ir além da alternativa de demandar desde logo o terceiro e o devedor ou de demandar apenas o terceiro e só mais tarde, se se verificar a

C.P.C., que, ao facultar ao cônjuge do executado a defesa da sua *posse*, por meio de embargos, quanto aos *bens próprios* e quanto aos *bens comuns*, permite entender que dispensa o requisito da posse, substituído pelo da titularidade do direito de fundo, acompanhado, no caso de bens comuns, da existência de moratória ⁽³⁾, ou, pelo menos, entender que a exigência cumulativa da posse terá de ser atenuada com a consideração da normal dificuldade concreta de individualização dos actos de posse praticados sobre os bens por cada um dos cônjuges que vivam em comum ⁽⁴⁾. E pela precisão do conceito de posse utilizado no art. 1037.º-2 C.P.C., não necessariamente coincidente com o do art. 1037.º-1 C.P.C. ⁽⁵⁾, passam ainda algumas das dificuldades que põe a admissibilidade da dedução de embargos de terceiro pelo próprio executado.

3. Deixando fora do âmbito do presente artigo os casos de dedução de embargos de terceiro pelo cônjuge do executado e por este, porém carecidos de cuidadosa análise crítica antes de as actuais soluções legais serem precipitadamente vertidas no texto do novo C.P.C. ⁽⁶⁾ ou objecto de correcção menos pen-

insuficiência dos bens onerados, o devedor. Esta interpretação, por mim perfilhada (*Direito processual civil*, II, Lisboa 1980, p. 70), vale plenamente para os casos em que a propriedade (ou outro direito real de gozo) é de terceiro, quer já assim fosse à data da constituição da garantia, quer se tenha dado a subsequente transmissão dos bens; mas, como melhor será adiante dito no texto, já assim não será quando a titularidade do direito radica no devedor e o terceiro é mero possuidor, ainda que em nome próprio, caso que não pode já ser considerado como de litisconsórcio necessário.

⁽³⁾ Assim, ANSELMO DE CASTRO, *cit.*, ps. 349-351.

⁽⁴⁾ Cf. o meu *D.P.C. II*, p. 170.

⁽⁵⁾ Cf. ainda o meu *D.P.C. II*, p. 169, nota 1.

⁽⁶⁾ O regime actual levanta graves dúvidas interpretativas. Quanto aos embargos de terceiro por parte do cônjuge do executado, é discutido se a lei os admite com a finalidade de sustentar a existência de moratória, assim entendendo a doutrina dominante (cf. ALBERTO DOS REIS, *cit.*, I, p. 300, LOPES CARDOSO, *Manual da acção executiva*, Coimbra 1964, p. 354 ou ANSELMO DE CASTRO, *cit.*, p. 350), mas dividindo-se a jurisprudência (positivamente, ac. do S.T.J. de 04/01/72, *BMJ* 213, p. 171; negativamente, ac. do T.R.L. de 24/06/77, *CJ* 1977, III, p. 670). Quanto à admissibilidade dos embargos de terceiro do próprio executado, as divergências são maiores e é grande a distância que medeia entre a posição de ANSELMO DE CASTRO, que os entende admissíveis em todos os casos de impenhorabilidade, absoluta ou relativa, objectiva ou subjec-

sada ⁽⁷⁾, a primeira constatação a fazer é que, de acordo com a

tiva, em que seja necessário fazer prova do respectivo fundamento (*cit.*, p. 333), e a daqueles que os restringem a casos como os do art. 827.º-3 CPC (embargos do herdeiro executado por dívida da herança), da penhora imediata de bens próprios em execução por dívida de ambos os cônjuges (ALBERTO DOS REIS, *cit.*, I, p. 402) ou da penhora de bens comuns ou próprios do cônjuge em execução por dívida própria (LOPES CARDOSO, *cit.*, ps. 355 e 380). A clarificação impõe-se no novo texto e, quanto à dedutibilidade de embargos pelo executado, não só não fará grande sentido mantê-la nos casos em que hoje é possível o protesto no acto da penhora, se este meio for suprimido (*infra*, n.º 9), ou quando a norma ofendida tutela um interesse de terceiro (*maxime*, o cônjuge do executado), mas também importará distinguir, entre os casos de penhora indevida dum bem próprio do executado, aqueles em que o título executivo só a ele abrange e aqueles em que pelo título executivo também outrem (*maxime*, o cônjuge) está obrigado (cf., em síntese das várias posições no caso dos cônjuges, o meu *D.P.C. II*, ps. 141-143). Será de ter em conta que em direito italiano constitui oposição à execução a oposição à penhora deduzida pelo executado com *qualquer* fundamento de impenhorabilidade objectiva (art. 615.º, II CPC; MANDRIOLI, *cit.*, p. 131) e que em direito alemão é também através da *Vollstreckungsgegenklage* (e não mediante a *Widerspruchsklage*, de uso limitado, como a *opposizione del terzo* italiana, a terceiros relativamente ao processo executivo) que o executado poderá pôr em causa a penhora que incida sobre um bem pessoal quando deveria ter incidido sobre um bem pertencente, ou que haja pertencido, a uma outra massa patrimonial (§§ 781-785 ZPO e § 1489, II BGB; BROX-WALKER, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Köln 1990, p. 744). As soluções destes sistemas jurídicos compreendem-se, se se tiver em conta que a execução começa sempre pela penhora (regime cujas vantagens para o exequente são evidentes, embora elas sejam grandemente atenuadas com a obrigatória actividade preliminar da notificação do título executivo, e cuja adopção entre nós, condicionada a um regime rigoroso de sanções aplicáveis no caso de execução temerária, deveria ser também objecto de discussão) e as subsequentes oposições do executado podem revestir a forma de um único meio (ver, entre nós, art. 927.º-3 CPC para o processo sumaríssimo).

(7) No Anteprojecto, o art. 880.º-2 (embargos de terceiro do executado) limitou-se a reproduzir o actual art. 1037.º-2 CPC, com uma alteração apenas: onde actualmente se diz que o executado pode deduzir embargos “relativamente aos bens que, (...) *pela qualidade em que os possuir*, não devam ser abrangidos pela diligência ordenada” (o que permite defender que o preceito abrange, por um lado, os casos em que é também possível o protesto no acto da penhora e, por outro, aqueles em que um bem não é penhorável, ou imediatamente penhorável, em virtude das normas que regem a separação de patrimónios: cf. o meu *D.P.C. II*, ps. 169-170), propôs-se que se dissesse “relativamente aos bens que, (...) *pelos termos em que são possuídos*, não devam ser atingidos pela diligência ordenada” (o que aponta mais para uma incompreensível fundamentação dos embargos de terceiro do executado na posse do que, como hoje se defende, em considerações respeitantes à titularidade do direito de fundo: ANSELMO DE CASTRO, *cit.*, ps. 333-334). O imobilismo do Anteprojecto foi criticado (parecer da Comissão de Legislação da Ordem dos Advogados, *ROA*, 1989, II, p. 666), mas o Projecto da Comissão Encarregada da Revisão do CPC manteve o texto proposto (art. 875.º-2).

A PENHORA DE BENS NA POSSE DE TERCEIROS

Pelo Prof. Doutor Lebre de Freitas

1. No seu número de Abril de 1991, publicou a R.O.A. um estudo do Prof. Doutor MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA centrado na ideia de que, havendo que articular o art. 1037.º-1 C.P.C. com o art. 824.º-2 C.C., só pode embargar de terceiro em processo de execução o possuidor cuja posse se baseie num direito que não caduque com a venda executiva.

A meu ver, esta tese não se harmoniza com o regime vigente e, embora conduza a algumas soluções práticas com ele coincidentes e tenha o grande mérito de levantar questões sob uma perspectiva nova, não vem clarificar uma matéria do processo executivo que se apresenta necessitada de debate e reflexão crítica, neste momento em que se prepara um novo C.P.C. português.

2. Posse e direito de fundo são categorias jurídicas conceitualmente diferenciadas ⁽¹⁾ e cuja clara distinção é indispensável

⁽¹⁾ Abstrairo da discussão sobre a configuração da posse como um direito. Como direito, e mesmo como direito real, é ela tida, desde SAVIGNY, por uma muito significativa parte da doutrina (cf. MANUEL RODRIGUES, *A posse*, Lisboa, edição de 1980, ps. 33-40, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos Reais*, Coimbra 1987, ps. 130-135 e, no direito alemão, WOLF, A.T., München 1982, p. 130); mas a dependência em que, em regra, está duma situação de domínio fáctico sobre a coisa, o desfasamento entre o seu regime e o dos direitos ou ónus reais, a distinção entre as figuras da tradição duma coisa e da alienação dum direito levarão talvez melhor a qualificá-la como uma situação jurí-

nossa tradição jurídica ⁽⁸⁾, os embargos de terceiro se configuram como um meio possessório, como tal classificado quer na lei civil (art. 1285.º) quer na lei de processo (art. 1037.º).

Tal não implica contradição com o art. 831 C.P.C.

A penhora, acto de apreensão de bens ⁽⁹⁾ *ad usum processum* mas com efeitos de direito substantivo, entre os quais, no caso de

Quando ao art. 881.º do Anteprojecto (embargos de terceiro do cônjuge), reproduzido no art. 876.º do Projecto, propôs-se apenas alterar a redacção da alínea c) do actual art. 1038.º-2 CPC, suprimindo a expressão *não havendo lugar à moratória prevista no n.º 1 do art. 825.º*. A inovação não seria feliz, pois permitiria defender a solução negativa da questão controvertida da dedutibilidade de embargos visando pôr em causa a imediata penhorabilidade dos bens comuns em face da natureza do crédito exequendo, na medida em que a expressão suprimida fornece precisamente um argumento à (*de jure constituendo* preferível) solução contrária (cf. o meu *D.P.C. II*, p. 171 e a crítica vertida no parecer da Comissão de Legislação da Ordem dos Advogados sobre o Projecto, *ROA*, 1990, III, p. 802).

⁽⁸⁾ Não muito antiga. Nas Ordenações Filipinas os embargos de terceiro à execução tinham por base a propriedade (“vindo alguma pessoa a embargar alguma cousa, em que se peça a execução, assi movel, como de raiz, por dizer, que a dita cousa *perence* a ele...”) e, embora pudesse um terceiro alegar a posse (“vindo algum terceiro com embargos, dizendo ser *possuidor* dos bens, em que se faz a execução”), o consequente imediato levantamento da penhora (“se o condenado não der logo outros penhores livres e desembargados, será preso até os dar”) dá a entender que tal posse teria de ser causal, radicando no titular dum direito real menor (livro III, título LXXXVI, § 17); e o mesmo acontecia com os embargos à entrega judicial de coisa móvel emprestada, arrendada ou alugada (“se... viesse algum terceiro, que dissesse *ser sua...*”), mas não com os que se opusessem à entrega da coisa móvel (“de raiz”), a qual era entregue a quem a tivesse emprestado, arrendado ou alugado, sem prejuízo de o terceiro poder recorrer aos meios comuns (“*depois que lhe for entregue*, lha poderá demandar esse terceiro”), segundo SILVA PEREIRA precisamente porque nas acções possessórias não era admitido discutir-se a propriedade, que os embargos de terceiro precisamente postulavam (livro IV, título LIV, § 4). Não se vê por isso que esteja certo ANSELMO DE CASTRO ao dizer que os embargos de terceiro *sempre* constituíram entre nós uma acção possessória (*cit.*, p. 347). Mas já na Novíssima Reforma Judiciária os embargos se fundavam na posse (art. 635.º) e o CPC de 1876, que manteve esta orientação, vedava a discussão da propriedade nos embargos (art. 497.º).

⁽⁹⁾ De bens e não de direitos, ao invés do que já foi por mim defendido (*D.P.C. II*, ps. 155-156). Não obstante a multiplicidade possível de objectos da penhora, que o CPC ordena na classificação tripartida *penhora de bens imóveis, penhora de bens móveis e penhora de direitos*, o que há de comum a qualquer penhora é que, através dela, como que se *paraliza* ou *suspende*, na previsão dos actos executivos subsequentes, a afectação jurídica de determinado bem à realização dum fim ou de fins do executado, que fica con-

execução dum crédito comum, o de concretização da garantia geral das obrigações mediante a constituição dum direito real de garantia ⁽¹⁰⁾, delimita o seu objecto no âmbito do património do executado, sendo-lhe indiferente que os bens apreendidos se encontrem na posse (em nome próprio ou alheio) de terceiro. Mas, não sendo o acto da penhora normalmente precedido de qualquer prévia indagação sobre a titularidade do direito do executado sobre o bem apreendido ⁽¹¹⁾, a possível dúvida sobre a sua pertença ao executado passa por se facultar ao terceiro possuidor um meio expedito de oposição que, baseado embora meramente na posse, se subordina à finalidade de evitar a apreensão de bens de terceiro. Esta subordinação é estabelecida através do mecanismo do art. 1042.º, al. b): uma vez alegado na contestação dos embargos que a propriedade (ou outro direito real de gozo) radica no executado, a subsequente discussão processa-se,

sequentemente impedido de exercer plenamente os poderes que integram o direito de que sobre esse bem é titular. Rigorosamente, a penhora não se deixa classificar, quanto ao seu objecto, em penhora *de coisas* e penhora *de direitos* (assim, por exemplo, em BRUNS-PETERS, *Zwangsvollstreckungsrecht*, München 1987, p. 124), nem, quando estão em causa créditos ou bens imateriais, deixa de ser uma penhora para passar a caracterizar uma mera substituição numa relação jurídica e, portanto, nas consequências, prováveis ou possíveis, dessa relação (SATTA, *Diritto Processuale civile*, Padova 1987, p. 603). Ela actua em qualquer caso sobre um *bem* (o que explica a constituição do direito real de garantia, nem sempre acompanhado duma transferência de posse), enquanto objecto da afectação própria do *direito subjectivo* (de onde deriva a ineficácia relativa dos actos de disposição ou oneração subsequentes à penhora, bem como dos actos extintivos do direito de crédito). A classificação legal, que divergências de regime impõem, não resiste à consideração de que em dois dos seus termos (penhora de bens imóveis e penhora de bens móveis) está em causa o direito de propriedade plena e exclusiva ou um direito real menor que acarrete a posse efectiva e exclusiva da coisa, enquanto o terceiro (penhora de direitos) respeita a todos os outros tipos de situação.

⁽¹⁰⁾ PALMA CARLOS, *Ação executiva*, Lisboa 1970, p. 148; CASTRO MENDES, *Ação executiva*, Lisboa 1971, p. 97; JAUERNIG, *Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht*, München 1990, p. 72, após exposição e crítica das várias doutrinas sobre a natureza do direito resultante da penhora; SCHWAB-PRÜTTING, *Sachenrecht*, München 1991, p. 324. Nem sempre a nossa jurisprudência se dá conta deste efeito da penhora: nega-o, por exemplo, o ac. do TRP de 22/11/91 (CJ 1991, I, p. 231).

⁽¹¹⁾ A esta indagação prévia se poderá chegar pelo mecanismo do art. 832.º CPC, inexistente em outras legislações e cuja supressão no novo CPC plenamente se justifica em nome da eficácia do processo executivo, como adiante se dirá.

já não no plano da posse, mas no da titularidade do direito de fundo ⁽¹²⁾ ⁽¹³⁾.

Na base da configuração dos embargos de terceiro como acção possessória, só poderão, portanto, logicamente estar duas considerações: a vontade de criação dum meio sumário para rápida tutela do terceiro ⁽¹⁴⁾; a presunção ilidível de propriedade de que beneficia o possuidor em nome próprio (C.C., arts. 1268.º-1 e 1251.º).

Por isso se ensina que *todo* o possuidor em nome próprio pode embargar de terceiro, sem prejuízo das questões que subseqüentemente se ponham no plano da procedência dos embargos ⁽¹⁵⁾. Por isso também não há que distinguir entre posse titulada e posse não titulada para apenas conceder ao titular da primeira legitimidade substantiva para a invocar ⁽¹⁶⁾: no âmbito

⁽¹²⁾ Sem prejuízo de, julgado improcedente o reconhecimento desse direito, a questão da posse do embargante voltar a ser determinante para a procedência da acção.

⁽¹³⁾ Muito duvidoso é saber se, no plano do direito constituído, a questão da propriedade (ou outro direito real de gozo) pode ser conhecida oficiosamente. A essa questão dei já uma resposta negativa (*D.P.C. II*, p. 168), conforme com o ensinamento tradicional (por todos: PALMA CARLOS, *Acção executiva*, p. 166; CASTRO MENDES, *cit.*, p. 120); mas inclino-me hoje para pensar, com apoio no art. 1041.º-1 CPC, que, desde que os factos constitutivos do direito do executado constem do processo, o juiz deve conhecer oficiosamente da questão. Julgo, por outro lado, que neste sentido se deverá claramente orientar o novo CPC.

⁽¹⁴⁾ ANSELMO DE CASTRO, *cit.*, p. 348, em nota.

⁽¹⁵⁾ PALMA CARLOS, *cit.*, ps. 163-164 e autores que cita.

⁽¹⁶⁾ TEIXEIRA DE SOUSA, p.77, que daí tira que o ladrão não pode defender a sua posse sobre o bem penhorado (também em CASTRO MENDES, *cit.*, p. 126). Discordo. O ladrão pode, tal como o titular de posse fundada num modo legítimo de adquirir, defender a sua posse por embargos (cf. art. 1267.º 1-d CC). Mas isto no pressuposto de que o bem não pertence ao executado ou por ele não era possuído. Se a questão da propriedade do executado for levantada e a pretensão de quem a levantar se revelar procedente, os embargos improcederão. Ainda que a questão não seja levantada na contestação, se a propriedade do executado resultar dos factos constantes do processo (processo de embargos, processo executivo, outro apenso deste, processo declarativo precedente: art. 514.º-2 CPC), a improcedência continuará a impor-se (*supra*, nota 13). Se, independentemente da prova dos factos constitutivos da propriedade do executado, se provar que o embargante se apropriou dum bem de que o executado era possuidor, o conflito resolve-se, no plano da posse, de acordo com as regras do art. 1278.º CC. Se se provar que o bem apropriado pertencia ou era possuído por outrem, que não embargue, os embargos do ladrão não deixarão de ser procedentes, visto que, não sendo o executado o proprietário, o levantamento da penhora se impõe, sem prejuízo das providências extra-

da defesa da posse, o título é apenas um factor de prevalência em caso de concorrência de posses (art. 1278-3 C.C.), pelo que também o possuidor não titulado pode embargar de terceiro (arts. 1285.º C.C. e 1037.º C.P.C.). Nem o embargante tem de alegar a causa da sua posse ⁽¹⁷⁾, estando para o efeito equiparados o possuidor casual e o possuidor formal ⁽¹⁸⁾.

Assim, não há que recorrer ao critério da subsistência ou extinção do direito de fundo em consequência da venda executiva para determinar se o terceiro que dele seja titular pode lançar mão do meio dos embargos de terceiro. Nem no plano da admissibilidade dos embargos (discutida na sua fase introdutória) nem no da sua procedência (objecto da posterior discussão contraditória). No primeiro plano, cuida-se tão só da posse do embargante e, com o limite do disposto no art. 1041.º-1 C.P.C., abstrai-se inteiramente da titularidade do direito de fundo e, portanto, do destino que este possa vir a ter com a venda executiva. No segundo plano, quando é posta em causa a titularidade do direito de fundo, a indagação a fazer incide sobre a existência dum direito real de gozo *do executado* legitimador da penhora e não directamente sobre a natu-

processuais que o tribunal deva tomar para a restituição ao proprietário ou ao titular de melhor posse e para a negação da restituição ao embargante numa coisa sobre a qual cessou de se presumir a sua propriedade. A posição de TEIXEIRA DE SOUSA teria, além do mais, a consequência de se dever exigir ao embargante a alegação e prova do título da sua posse, devendo os embargos ser rejeitados no caso de tal não ser feito. Mas a admissão dos embargos contenta-se com a prova sumária da posse (art. 1040.º CPC) e a sua procedência, quando não devam ser decididos no plano da titularidade do direito de fundo, com a prova da mesma posse nos termos gerais, se ela tiver sido contestada, e com a sua admissão pelos embargados, se não a tiverem contestado (arts. 1036.º-1 e 1042.º CPC).

⁽¹⁷⁾ Cf. arts. 1035.º e 1042.º CPC.

⁽¹⁸⁾ Há assim que interpretar em termos hábeis a afirmação de CASTRO MENDES de que "a posse, como condição de procedência dos embargos de terceiro, é *em regra* a posse causal", pois só pode embargar de terceiro, "com fundadas esperanças de êxito", em regra, o proprietário possuidor (*cit.*, p. 119). E dele é frontalmente de discordar quando, com muito pouca clareza, não obstante defender que só o embargado pode levantar a questão da propriedade (e só quando esta é do executado), entende que o juiz, quando verifique que a posse do embargante é meramente formal, deve rejeitar os embargos (p. 126). Indiferente é também que a posse do embargante seja efectiva ou meramente jurídica, isto é, independente do contacto material com a coisa (cf. arts. 1264.º e 1255.º CC); ou que seja exercida directamente ou por intermédio de outrem (art. 1252.º-1 CC).

reza e regime dum eventual direito *do embargante*, o que tem inevitáveis repercussões em sede de ónus da prova⁽¹⁹⁾.

O caso que, no campo dos direitos reais de gozo, serve de argumento a TEIXEIRA DE SOUSA para a defesa do seu ponto de vista (o registo ou a constituição de direito real menor de gozo posteriormente ao registo ou à efectivação da penhora) não carece do tratamento que lhe é dado com base naquela distinção.

Efectuada a penhora, são ineficazes perante o processo executivo os actos de disposição ou de oneração dos bens penhorados (art. 819.º C.C.), norma esta que deverá ser articulada com o art. 838.º-3 C.P.C. e com as regras do registo predial, quando o objecto da penhora seja por este abrangido⁽²⁰⁾. Consequentemente, o acto de constituição dum direito real de gozo, *por vontade do executado* (art. 820.º C.C.), em data posterior à penhora, é ininvocável no processo de execução ou em qualquer dos seus

⁽¹⁹⁾ Os ónus da alegação e da prova do direito do executado são do embargado, neste sentido (e não no de configurar uma excepção em sentido próprio) se devendo entender o disposto no art.1042.º-*b* CPC. Quanto ao embargante, beneficia da presunção da propriedade (ou de outro direito real de gozo), a menos que, não impugnando a propriedade invocada pelo embargado, esta se deva ter por assente, por admissão (efeito cominatório pleno, estabelecido no art. 1035.º-1 CPC, que logo ilide a presunção, mediante a prova, por implicação, dos factos que fundam a pretensão de reconhecimento da propriedade).

⁽²⁰⁾ É controvertido se uma penhora registada antes da inscrição numa aquisição que lhe é anterior é abrangida pela tutela dos direitos de terceiro, de acordo com o art. 5.º-1 do Código do Registo Predial. A jurisprudência dominante do STJ (acs. de 17.4.80 *in* RLJ, ano 114, p. 347 ss., de 27.5.80 *in* BMJ 297, p. 270 ss., de 7.6.83 *in* BMJ 328, p. 50 ss.) tem sido no sentido de restringir a tutela do terceiro aos casos em que o direito deste tenha derivado de acto em que tenha tido intervenção o anterior titular da inscrição, excluindo a protecção do registo quanto a situação do terceiro é gerada por uma sua actuação unilateral ou por acto judicial por ele provocado (hipoteca judicial, arresto, penhora, apreensão de bens para a falência). Contra esta orientação, baseada na concisa definição que MANUEL ANDRADE dava de terceiro antes do actual CC (“pessoa que *do mesmo autor ou transmitente* adquire direito incompatível, total ou parcialmente, sobre o mesmo prédio”: *T.G.*, Coimbra 1974, II, p. 19), mas combatida pela doutrina dominante (VAZ SERRA, *RLJ* 103, p. 165; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos Reais*, ps. 363-366; VARELA, *C.C. anotado*, art. 819.º; ANSELMO DE CASTRO, *cit.*, p. 161; PEDRO MACEDO, Coimbra 1968, *Manual de falências*, II, p. 77), há que ter em conta que a regra da prevalência do registo efectuado em primeiro lugar não visa sanar erros provocados em terceiros *pelo titular da inscrição* (em casos que podem, inclusivamente, consistir na constituição numa hipoteca voluntária ou na transmissão gratuita dum

apensos (reclamação de créditos, embargos de terceiro), pelo que não pode o terceiro titular valer-se da situação jurídica dele decorrente na fase contraditória dos embargos em que se discuta a titularidade do direito.

De solução mais difícil são os casos de constituição dum direito real *por acto independente da vontade do executado*. Não sendo abrangidos pelo efeito da ineficácia relativa, esses factos constitutivos são alegáveis no processo executivo, mesmo quando ocorram posteriormente à penhora. Mas, se o terceiro titular invocar o seu direito na fase contraditória dos embargos, em resposta à contestação do embargado, e a invocação proceder, será o objecto da penhora reduzido ao direito (limitado) do executado; com ele coincidindo o objecto da venda, será que não caduca então o direito do terceiro?

Tratamento especial merece o caso da usucapião, quando o prazo para ela estabelecido se tiver completado em data anterior à penhora, mas a sua invocação (arts. 303.º e 1292.º C.C.) for posterior. A usucapião, por exemplo, dum direito de superfície deverá poder ser eficazmente invocada em embargos de terceiro ou, se o possuidor não embargar, em acção comum que, se for procedente, poderá levar à anulação da venda (arts. 909.º-1-d e 908.º-1 C.P.C.). O direito do terceiro, embora constituído posteriormente à penhora, não se extingue com a venda executiva, o que implica a sua equiparação aos direitos constituídos em data anterior à penhora, com base na verificação antes desta dos factos que constituem o núcleo essencial da fatispécie constitutiva. A consideração do interesse do possuidor, que, confiado na sua posse, poderá ter descurado a invocação da usucapião, justificará a equiparação ⁽²¹⁾.

direito. Quanto a esta, esboçou, porém, o acórdão, igualmente do STJ, de 4.3.82 *in* BMJ 315, p. 244 ss. uma interpretação excludente da protecção do registo predial), mas sim resolver conflitos de interesses entre terceiros que confiaram no (ou tinham acesso ao) conteúdo do registo (cf. PROTO-PISANI, *Titolo executivo, precetto, opposizioni*, Torino 1983, p. 258). É neste sentido expressa, quanto à penhora, a lei italiana (arts. 2914.º e 2915.º CC). Na continuação do texto, abstrairei, em regra, do regime resultante do registo predial.

⁽²¹⁾ Paralelamente, a usucapião do direito de propriedade levará ao levantamento da penhora quando invocada em embargos de terceiro e à directa anulação da venda se for invocada em acção de reivindicação.

Quid juris, porém, se, após a penhora, for, por exemplo, proferida sentença de execução específica dum contrato-promessa de constituição dum usufruto ⁽²²⁾? A eficácia do acto (judicial) em face do processo executivo não é duvidosa, mas o direito assim constituído não deixará de caducar, por aplicação do art. 824.º-2 C.C., transferindo-se o seu objecto para o produto da venda, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo ⁽²³⁾. No nosso direito, não caducam, pois, apenas, de entre os direitos reais de gozo de constituição (ou registo) posterior à penhora, aqueles que já antes da venda se encontravam afectados por ineficácia do respectivo acto constitutivo relativamente à execução ⁽²⁴⁾. Ora o terceiro promittente, se tiver a posse em nome próprio correspondente ao usufruto, poderá, com base nela, embargar de terceiro; mas, levantada a questão da titularidade do direito de fundo, inclino-me para pensar que o seu direito deverá ceder perante uma penhora que foi correctamente efectuada (o embargo de terceiro é um meio de reacção perante uma penhora ilegal, que visa levantar), consideradas as situações jurídicas à data existentes ⁽²⁵⁾.

Dir-se-ia que, embora com uma justificação diversa, esta última conclusão corresponde à tese de TEIXEIRA DE SOUSA,

⁽²²⁾ A solução do caso deverá ser paralela à da sentença de execução específica dum contrato-promessa de contrato translativo, designadamente de compra e venda, em que fica em causa o direito de propriedade do executado. Pressupõe-se não haver registo anterior da acção proposta.

⁽²³⁾ Para melhor precisão, no entanto, deste conceito de caducidade: CASTRO MENDES, *cit.*, p. 178.

⁽²⁴⁾ Esse outro é o regime estabelecido na lei italiana (art. 2919.º CC), que, porém, no caso de venda executiva de coisa móvel, estatui que nenhuns direitos reais de terceiros podem ser feitos valer perante o adquirente de boa fé (art. 2920.º CC). Entre os actos afectados de ineficácia relativa, contam-se expressamente os de alienação ou oneração anteriores à penhora, mas objecto de inscrição posterior à inscrição desta (*supra*, nota 20) — e também as hipotecas judiciais inscritas depois da penhora (art. 2916.º CC), embora a sua constituição não dependa de acto de vontade do executado.

⁽²⁵⁾ Um outro caso hipotizável (a constituição duma servidão legal em data posterior à penhora) poderá ter solução diversa, tido em conta que nele está em causa o condicionalismo objectivo (não alterado pela venda executiva) respeitante aos prédios dominante e serviente, e só indirectamente a titularidade dos direitos reais que sobre eles incidem. Mas à interpretação restritiva do art. 824.º CC corresponderá neste caso então a inutilidade da dedução de embargos de terceiro, em algum paralelismo com o caso do arrendamento (*infra*, n.º 4).

pois nela coincidem caducidade do direito e improcedência dos embargos. Mas a tese não resiste à consideração do caso de constituição (ou registo) dum direito real de gozo de terceiro em data anterior à constituição (ou registo) de qualquer direito real de garantia do exequente — decorrente da penhora ou de acto a ela anterior ⁽²⁶⁾ —, mas depois da constituição (ou registo) do direito real de garantia invocado por algum dos credores reclamantes.

A penhora não poderá abranger, neste caso, salvo ilegalidade, o direito real de gozo do terceiro, limitando o seu objecto ao direito de propriedade limitada do executado. Mas a subsistência do direito do terceiro pode representar um prejuízo para o credor reclamante com garantia constituída antes da oneração da propriedade plena, sempre que obtenha, na execução, um pagamento apenas parcial do seu crédito, vendo-se na consequente eventual necessidade de nova execução contra o terceiro para a cobrança do restante, quando a soma do produto das duas vendas executivas raramente renderá o mesmo que a venda do direito de propriedade plena. Por esta razão, o art. 824.º C.C. estatui a caducidade do direito do terceiro, condicionada porém a que o credor com garantia real anterior, uma vez citado, requeira a extensão do objecto da penhora por forma a abranger o objecto total da sua garantia e, simultaneamente, a citação do terceiro para, nos termos do art. 56.º-2 C.P.C., ocupar a posição de executado ⁽²⁷⁾. Mas, se a penhora inicial já tiver abrangido o seu direito e tal ofender a sua posse, o terceiro titular do direito real de gozo pode embargar de terceiro, sem prejuízo do posterior exercício daquela

⁽²⁶⁾ Quando, à data da execução, o crédito do exequente já estiver provido de uma garantia real e a constituição (ou registo) desta tiver sido anterior à constituição (ou registo) dum direito real menor de gozo de terceiro, por sua vez anterior à penhora, esse terceiro (relativamente à obrigação exequenda) deve ser demandado ao lado do devedor (art. 56.º-2 CPC), ocorrendo, caso contrário, ilegitimidade do executado. No caso de não constituição do litisconsórcio necessário, escapando a acção ao indeferimento liminar e não tendo havido, ou não estando ainda positivamente decididos, embargos de executado fundados em ilegitimidade, os embargos de terceiro ou a acção autónoma permitirão ao terceiro a inutilização ou redução dos actos executivos, sem que o seu direito caduque com a venda executiva, não obstante, no caso da acção autónoma, só a anulação da venda, em consequência do reconhecimento do direito do terceiro, vir destruir o efeito de transmissão da propriedade plena (diversamente no meu *D.P.C. II*, p. 212).

⁽²⁷⁾ CASTRO MENDES, *cit.*, p.184.

faculdade do credor reclamante; e, no entanto, o seu direito caducará, se esta for exercida, com a posterior venda executiva.

O critério da caducidade dum direito real menor de gozo por efeito da venda em execução não serve, pois, para determinar nem a admissibilidade nem a procedência dos embargos de terceiro.

4. A ideia de que a configuração dos embargos de terceiro como meio possessório se funda na presunção de propriedade de que beneficia o possuidor em nome próprio, presunção essa ilidível nos termos do art. 1042.º-*b*) C.P.C., é aparentemente posta em crise quando se defende que o meio dos embargos é também facultado a certos possuidores em nome alheio, taxativamente indicados na lei civil. Começemos por aqueles cuja posse se baseia numa relação obrigacional: locatário (art. 1037.º-2), parceiro (art. 1125.º-2), comodatário (art. 1133.º-2), depositário (art. 1188.º-2) (28) (29).

(28) ALBERTO DOS REIS, *cit.*, I, ps. 405-406; LOPES CARDOSO, *Manual da acção executiva*, p. 381; PALMA CARLOS, *cit.* p. 164; ANSELMO DE CASTRO, *cit.*, p. 346; meu *D.P.C. II*, p. 165. Contrariamente, CASTRO MENDES defende a exclusão dos embargos de terceiro do elenco das providências facultadas a esses possuidores em nome alheio para a defesa da sua posse (*cit.*, ps. 87, 88 e 123-125), argumentando com a cedência da posse em nome alheio perante a *exceptio domini* (o que também acontece no caso de posse em nome próprio) e com a impossibilidade de, como posse precária (art. 1253.º-*c* CC), a posse em nome alheio ser *ofendida* no sentido dos arts. 1285.º CC e 1037.º-1 CPC. Quanto a este segundo argumento, a distinção de TEIXEIRA DE SOUSA entre os casos em que a posse satisfaz, exclusivamente ou não, um interesse próprio do possuidor e aqueles em que não o satisfaz ou, satisfazendo, pode cessar a qualquer momento por acto do titular do direito de fundo (p. 78), permite ver ofensa apenas no primeiro caso, em que a penhora vem perturbar o exercício dum *direito perdurável*.

(29) No direito italiano, não obstante a lei circunscrever o fim dos embargos à protecção dum direito de propriedade ou outro direito real de terceiro sobre os bens penhorados (art. 619.º-1 CC), parte da doutrina sustenta que o titular dum direito de crédito relativo aos bens penhorados (direito à entrega ou restituição duma coisa) pode embargar de terceiro (cf. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino 1987, III, p. 141), o que não deixa de ser criticado como produto de equívoco, com o argumento de que um direito de crédito, em si considerado, não pode impedir a execução (SATTA, *D.P.C.*, Padova 1987, p. 736), e é reduzido pela jurisprudência ao mero jogo da presunção da propriedade do possuidor (comodante, locador, etc.) através de outrem (PROTO PISANI, *cit.*, p. 256-257); mas, colocando-se os embargos, em direito italiano, logo no plano do direito de fundo, não se usa pôr a questão da defesa do interesse do

O caso do locatário terá um tratamento diferenciado se se entender que configura um direito real: sujeito à disciplina a que o art. 824.º-2 C.C. sujeita os direitos reais de gozo ⁽³⁰⁾, configurará, por outro lado, a posse em nome próprio do locatário que entre a usar a coisa locada; mas, perante o disposto no art. 841.º C.P.C., não vejo como poderá a penhora ofender a sua posse, requisito de que depende a admissibilidade dos embargos (art. 1037.º-1 C.P.C.).

A atribuição ao possuidor em nome alheio de legitimidade para embargar só se compreende como medida de tutela directa do interesse do terceiro (pessoa diversa do executado) que através dele possui, na medida em que dele dependa o interesse do embargante. Quando o locatário (se se entender que não tem um direito real), o parceiro, o depositário ou o comodatário possuir a coisa penhorada em nome do executado, os embargos de terceiro não são admissíveis, visto que, no conflito entre o direito real (constituído através da penhora) e o direito de crédito, este, independentemente da data da sua constituição, terá de ceder perante o primeiro ⁽³¹⁾: as expressões *mesmo contra o loca-*

mero detentor (ligeira referência, obviamente negativa, em MANDRIOLI, p. 141, nota 7). Em direito alemão, em que a *Widerspruchsklage* do § 771 da ZPO é concedida a terceiros titulares dum “direito impeditivo da venda”, entende-se que o titular dum direito à entrega ou restituição do bem penhorado se pode opôr à penhora, mesmo que não seja o proprietário e desde que a propriedade não radique no executado (BROX-WALKER, *cit.*, p. 761; JAUERNIG, *cit.*, p. 58); a mesma solução é dada no caso de posse de bem móvel por intermédio de outrem (JAUERNIG, *ibidem*; BROX-WALKER, p. 760. Contra ambas as soluções: BRUNS-PETERS, *cit.*, p. 101); quanto à tutela do possuidor de coisa móvel em nome alheio, faz-se através do meio da *Erinnerung* e não através da *Widerspruchsklage* (*infra*, nota 46).

⁽³⁰⁾ Essa sujeição é feita por OLIVEIRA ASCENSÃO (R.O.A., 1985, II) independentemente da qualificação do direito do locatário como um direito real: constituindo o arrendamento, do ponto de vista económico, uma indubitável oneração e não sendo objecto de qualquer regulamentação especial a sua constituição após a hipoteca do bem arrendado, não pode ele deixar de ter o tratamento que os arts. 695.º e 824.º-2 CC reservam às restantes onerações (ps. 359-363). Mas, seguidamente, o autor justifica a natureza de direito real da locação através da análise do art. 1057.º CC (transmissão da posição do locador) e da tese, que defende, de que o locador, uma vez que a coisa locada lhe seja entregue, tem ao seu alcance, não apenas os meios possessórios, mas também a acção de reivindicção.

⁽³¹⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos reais*, ps. 558-559.

dor (art. 1037.º C.C.), *mesmo contra o parceiro proprietário* (art. 1125.º-2 C.C.), *mesmo contra o comodante* (art. 1133.º-2 C.C.) e *mesmo contra o depositante* (art. 1188.º-2 C.C.) não têm aplicação no caso de embargos de terceiro, em que não está em causa a defesa do possuidor em nome alheio em face da pessoa que através dele possui, mas a sua defesa perante o terceiro exequente que, através da penhora, agride o património dela ⁽³²⁾. Mas quando a posse tiver lugar em nome dum terceiro, da sintonia entre o interesse deste e o do possuidor em nome alheio resulta a *legitimação extraordinária* deste último para embargar, em *substituição processual* daquele ⁽³³⁾. Daqui resulta a necessidade de o possuidor em nome alheio, na petição de embargos, alegar o título da sua posse e identificar a pessoa em nome de quem possui, em regime diverso do vigente para o possuidor em nome próprio e justificado pela excepcionalidade da sua legitimação para embargar; e, na contestação dos embargos, a *exceptio domini* continuará a poder ser deduzida nos mesmos termos em que é dedutível perante o possuidor em nome próprio, isto é, mediante a invocação do direito de propriedade (ou outro direito de fundo) do executado ⁽³⁴⁾.

Assim se resolve o impasse criado na doutrina pela concessão legal de legitimidade para embargar a certos possuidores em nome alheio, de que TEIXEIRA DE SOUSA se faz eco a ps. 76, 78-79 e 82-83 do seu escrito, sem necessidade de recorrer ao art. 824.º-2 C.C., em harmonia com a presunção de propriedade que sempre subjaz à utilização do meio dos embargos (*presume-se a propriedade do terceiro em nome de quem se possui*), sem prejuízo da negação de legitimidade ao possuidor em nome alheio desinteressado ou obrigado à entrega da coisa mediante mera

⁽³²⁾ Se a posição de CASTRO MENDES (*supra*, nota 28) briga com o disposto nos preceitos referidos, já com tal não briga uma interpretação que, admitindo os embargos de terceiro desses possuidores em nome alheio, adapte as normas em causa às especificidades decorrentes da penhora (ou de outro acto judicial de apreensão de bens).

⁽³³⁾ Sobre a substituição processual, vejam-se as referências da minha obra *A confissão no direito probatório*, Coimbra 1991, ps. 81-85.

⁽³⁴⁾ Diversamente no meu *D.P.C. II*, p. 166, nota 2, em posição que ora se ultrapassa.

interpelação ⁽³⁵⁾ e sem que se veja a possibilidade de recurso à aplicação analógica do art. 824.º-3 C.C. (concurso ao pagamento por força do produto da venda) ao caso do possuidor em nome alheio que, nos termos defendidos, não tenha legitimidade para embargar ⁽³⁶⁾.

Poderá este regime ser alargado ao caso de posse do promitente adquirente duma coisa a quem antecipadamente tenha sido feita a sua entrega, em cumprimento de obrigação estabelecida no contrato celebrado, e cujo interesse é no sentido de o contrato definitivo ser cumprido ou de, no caso de incumprimento, poder reservar para mais tarde a opção entre a execução específica e a indemnização compensatória?

Direito de retenção sobre a coisa só o tem o beneficiário da promessa que, após o incumprimento definitivo, tenha optado pela indemnização compensatória, nos termos dos arts. 442.º-2 e 755.º, al. f C.C. e, a partir do momento em que essa opção seja tomada, ser-lhe-á aplicável o regime, a seguir considerado (n.º 6), a que está sujeito o titular do direito real de garantia.

⁽³⁵⁾ A circunstância de, através dos embargos, se defender o interesse (principal) daquele que possui através do embargante, não significa que o interesse (subordinado) deste não tenha de ser considerado quando se encara a sua legitimidade para embargar. Veja-se o que acontece no domínio paralelo da acção subrogatória: *A confissão no direito probatório*, ps. 88-89, notas 19 e 20. Neste ponto, as distinções de TEIXEIRA DE SOUSA (*supra*, nota 28) são certas. Quanto à afirmação de que a concessão do meio dos embargos de terceiro se funda na presunção de propriedade, não pretende reduzir a esse os efeitos da posse (à maneira da doutrina tradicional, que explicava a posse apenas em função da propriedade: LUSO SOARES, *Ensaio sobre a posse*, introdução à 3.ª edição do estudo de MANUEL RODRIGUES, p. XLI) nem esquece que a tutela do possuidor em nome próprio passa pela concessão da acção possessória contra a pessoa que através dele possui e que pode ser o proprietário (arts. 1037.º-2, 1125.º-2, 1133.º-2, 1188.º-2 CC); baseia-se, sim, na razão de ser específica dos embargos de terceiro.

⁽³⁶⁾ Essa aplicação analógica é defendida por TEIXEIRA DE SOUSA, logicamente quanto a todo o possuidor em nome alheio, visto que lhe recusa, em qualquer caso, o recurso aos embargos de terceiro.

Mas se, ocorrida a mora ⁽³⁷⁾, o beneficiário da promessa tiver requerido a execução específica do contrato-promessa ou se ele não tiver ainda feito qualquer opção, tenha o incumprimento definitivo já ocorrido ou não, a consideração de que a entrega da coisa prometida antecipa um efeito indirecto do contrato prometido, em consequência do qual a titularidade da posse da coisa vai coincidir com a do direito de fundo, inclinaria para a configuração duma posse em nome próprio, enquanto a consideração de que essa entrega foi feita em cumprimento duma obrigação levará a pensar que se está perante uma posse em nome alheio.

Esta é a configuração correcta. A posse do promitente adquirente é exercida na expectativa duma aquisição futura, mas, enquanto esta não tiver lugar, não terá nunca como suporte um direito real, cuja presunção de titularidade tão pouco fará sentido. Baseada num direito obrigacional, a posse do promitente adquirente é exercida *em nome do promitente alienante* e, assim sendo, só poderá fundar embargos de terceiro quando este não for o executado, cedendo de outro modo perante a garantia constituída pela penhora (dum bem do executado). Só as regras do registo poderão alterar esta prevalência, cedendo a penhora perante a retroactividade da oponibilidade a terceiros duma aquisição precedida de contrato-promessa com eficácia real com registo anterior ao da penhora, ou resultante de sentença proferida em acção de execução específica também registada em data anterior ao registo da penhora. No entanto, constituindo a substituição processual uma legitimação extraordinária para actuar em juízo, é duvidoso, no plano do direito constituído, que o promitente adquirente possuidor, para cuja situação não existe norma paralela às dos arts. 1037, 1125-2, 1133-2 e 1188-2 CC, possa embargar de terceiro, embora um argumento de paridade de razão o devesse impôr.

6. Resta considerar os casos de posse baseada em direito real de garantia (credor pignoratício ou titular do direito de retenção: arts. 670.º-a, 758.º e 759.º-3 C.C.).

⁽³⁷⁾ Pressuposto da execução específica é a mora, não o incumprimento definitivo (CALVÃO DA SILVA, *Sinal e contrato-promessa*, Coimbra 1988, p. 97).

Esta posse não é, em regra, ofendida pela penhora, pois tem um mero fim de garantia dum crédito do possuidor e, reclamando-o no processo de execução, o credor verá o seu interesse totalmente satisfeito (38). Mas pode haver casos em que se vislumbra um interesse jurídico do credor em embargar. É o que acontece quando o prazo para o cumprimento é estabelecido no interesse, ainda que não exclusivo, do credor pignoratício (39).

Se o proprietário da coisa (ou titular de outro direito real de gozo sobre ela) for o executado, a consideração da finalidade do direito real de garantia não permitirá defender que o credor pignoratício possa embargar de terceiro, sem prejuízo do seu eventual direito a uma indemnização que pode, em conformidade com o contrato celebrado, ser igualmente abrangido pela garantia constituída.

(38) Acs. do S.T.J. de 06/07/62, *B.M.J.* 119, p. 322 e de 21/11/79, *B.M.J.* 291, p. 420. Na doutrina é por vezes dado o mesmo tratamento a este caso e ao de posse em nome alheio baseada em direito pessoal de gozo (PALMA CARLOS, *cit.*, p. 164; ANSELMO DE CASTRO, *cit.*, p. 346). Outros distinguem as duas situações e defendem que o credor com garantia real, diversamente do titular de direito pessoal de gozo, só é admitido a embargar quando a coisa possuída for penhorada em execução movida contra pessoa diferente do seu proprietário (CASTRO MENDES, *cit.*, ps. 127-128; ALBERTO DOS REIS, *cit.*, I, p. 406, justificando o diferente regime do possuidor baseado em direito pessoal de gozo por ele rigorosamente se apresentar "como um possuidor em nome próprio", na medida em que defende, com os embargos, o seu direito ao uso e fruição da coisa penhorada). A doutrina alemã divide-se entre os autores que concedem a *Widerspruchsklage* ao titular de direito real de garantia que possua a coisa móvel penhorada (assim evitando a apreensão material da coisa, sem prejuízo da sua afectação aos fins da execução) e aqueles que a negam (cf. BROX-WALKER, *cit.*, p. 759, que se pronuncia no primeiro sentido), todos a recusando quando um direito real de garantia sobre coisa móvel não concede a posse desta (JAUERNIG, *cit.*, p. 60; BRUNS-PETERS, *cit.*, p. 100; ROSENBERG, *D.P.C.*, Buenos Aires 1955, III, p. 123). A posse do titular do direito real de garantia é uma posse em nome próprio (MANUEL RODRIGUES, *cit.*, ps. 161-162; OLIVEIRA ASCENSÃO, *cit.*, p. 283. Cf., para o penhor, o art. 669.º-2 CC: "composse").

(39) Em tribunal italiano foi já também decidido admitir a defesa da posse do titular de direito de retenção (no caso, por despesas de reparação de coisa móvel) cujo crédito não seja certo, líquido e exigível (PROTO PISANI, *cit.*, p. 258), requisitos da reclamação de créditos de acordo com o art. 525.º do código italiano, mas que entre nós não a impedem (art. 865.º-3 CPC).

Mas se o proprietário for um terceiro, já é defensável que o credor pignoratício possa, como possuidor em nome próprio, embargar de terceiro, em termos semelhantes àqueles em que o poderá fazer o possuidor em nome alheio cuja posse se baseie num direito de crédito, embora a sua legitimação não decorra já dum mecanismo de substituição processual.

Tão pouco aqui se pode ver uma ligação directa entre a legitimidade para embargar e a caducidade do direito real (que sempre se verifica) por efeito da venda executiva.

7. A configuração dos embargos de terceiro como acção possessória, obedecendo, como se disse, à ideia da criação dum meio expedito de oposição à penhora, não deixa de ser limitativa quando considerado o caso do terceiro proprietário não possuidor do bem penhorado. Forçado a recorrer aos meios comuns, não beneficia da suspensão dos actos executivos que os embargos de terceiro proporcionam (art. 1041.º-2 C.P.C.) e a recuperação do bem próprio terá de passar, após vencimento na acção que propoña, pela anulação da venda executiva entretanto realizada (art. 909.º-1-d C.P.C.). Se é certo que o seu direito ficará desde logo acautelado se tiver protestado pela reivindicação (art. 910.º C.P.C.), não é menos certo que o terceiro só poderá entrar na posse do bem após este, por vezes longo, calvário judicial e mediante efectiva perturbação do comprador na acção executiva.

Não é esta a opção de outras legislações.

Em direito italiano, o recurso à *opposizione di terzo* é concedido a todo o pretense titular duma pretensão real (de propriedade ou dum direito real menor de gozo) sobre os bens penhorados e deverá ter lugar antes de efectuada a venda ou a adjudicação (art. 619.º, I C.P.C.). Se estiverem em causa bens móveis, a oposição posterior à venda, ou a não suspensão desta pelo juiz, transfere o objecto dos direitos do terceiro para o produto da venda (art. 620.º C.P.C.). A fim de, segundo a doutrina dominante, se obter uma decisão definitiva, com eficácia extraprocessual, o processo de oposição tem lugar autonomamente, no tribunal competente (art. 619.º, III C.P.C.); mas esta solução é criticada por uma importante corrente minoritária, com o argumento de que o terceiro encontra, no processo de oposição, limitações probatórias

que não tem no processo comum⁽⁴⁰⁾. Discute-se se o terceiro pode também opôr-se com base num direito à entrega ou restituição da coisa penhorada (*supra*, nota 29). Admite-se, com efeito suspensivo da execução sobre os bens até ao proferimento da sentença, a oposição com base em registo de acção declarativa, ainda pendente, anterior ao registo da penhora (art. 2915.º C.P.C.), sempre que, de acordo com os arts. 2652.º e 2653.º C.C., o direito do autor deva prevalecer sobre o dos credores, o que designadamente acontece no caso de acção de execução específica (art. 2652.º-2 C.C.), e o juiz da execução tenha por provável a procedência da acção⁽⁴¹⁾. No caso de venda com reserva de propriedade até ao pagamento integral do preço, a Cassação entende que basta ao vendedor oponente a prova do contrato celebrado, competindo à parte contrária provar o pagamento⁽⁴²⁾ ou efectuá-lo ela própria no decorrer da oposição; mas os tribunais de 2.ª instância inclinam-se para rejeitar a oposição quando, ocorrida a mora, o prazo para o cumprimento não tenha sido prorrogado, os bens tenham continuado na posse do comprador e o vendedor não tenha actuado para cobrança do seu crédito⁽⁴³⁾.

Em direito alemão, a *Widerspruchsklage* é concedida ao terceiro que se pretenda titular dum direito impeditivo da alienação do objecto da execução (§ 771, I ZPO), o que é entendido como

⁽⁴⁰⁾ MANDRIOLI, *D.P.C. III*, p. 140, nota 4; PROTO PISANI, *cit.*, ps. 272-273. As limitações referidas respeitam à prova dos direitos de terceiro sobre os bens móveis existentes na casa ou no estabelecimento do executado, que o Tribunal Constitucional teve já ocasião de considerar constitucionais: não é admitida prova testemunhal ou por presunção judicial, a menos que a existência do direito decorra como verosímil da profissão ou comércio exercido pelo terceiro ou pelo devedor (art. 621.º CPC. SATTI, *cit.*, ps. 740-741). O argumento baseado nestas limitações de prova poderá levar à negação da eficácia de caso julgado à decisão de improcedência, mas não à que julgue a oposição procedente (PROTO PISANI, *cit.*, p. 273, que, porém, também no primeiro caso recusa o argumento, com a justificação de que o terceiro tem sempre a escolha entre o meio comum e o meio especial da oposição, ainda que o primeiro, no caso de bens móveis, só lhe possa reconhecer o direito ao respectivo valor).

⁽⁴¹⁾ PROTO PISANI, *cit.*, p. 259.

⁽⁴²⁾ Não assim, porém, num caso concreto em que o vencimento ocorrera há muito tempo, nenhuma das letras emitidas para pagamento do preço tinha sido protestada, o prazo de pagamento não tinha sido prorrogado e não era conhecida qualquer tomada de posição do vendedor para a cobrança do preço.

⁽⁴³⁾ PROTO PISANI, *cit.*, ps. 270-271.

abrangendo todos os casos em que a alienação do direito pelo executado seria ferida de ilicitude perante o terceiro ⁽⁴⁴⁾. Fundam-na, em primeiro lugar, os direitos reais e, no caso de alienação condicional, incluindo a venda com reserva de propriedade, as expectativas de aquisição ou recuperação da coisa ⁽⁴⁵⁾. Além da questão da tutela do titular do direito à entrega ou restituição do bem penhorado e do possuidor através de outrem (*supra*, nota 29), põe-se a de caber também ao possuidor de coisa móvel em nome alheio, por um título obrigacional, o recurso à *Widerspruchsklage*, o que a doutrina usa excluir ⁽⁴⁶⁾. Admite-se a propôr a acção o terceiro titular dum direito de anulação cujo

⁽⁴⁴⁾ BRUNS-PETERS, *cit.*, p. 99. A alienação *a non domino* é, em direito alemão, eficaz quanto o adquirente está de boa fé (§§ 892 e 932 ss BGB).

⁽⁴⁵⁾ BRUNS-PETERS, *cit.*, ps. 99-100; BROX-WALKER, *cit.*, ps. 754-755, 759; JAUERNIG, *cit.*, ps. 56-57. Mas o segundo expressamente nega o recurso à acção em causa ao adquirente com reserva de propriedade, enquanto o pagamento do preço não ocorra, ao contrário do que, também expressamente, é defendido por JAUERNIG. A posição do adquirente com reserva de propriedade é equiparada a do utilizador de *leasing* (BROX-WALKER, ps. 762-763, que apenas ao fornecedor de *leasing* concede o recurso à acção). Discute-se se, na *fiducia cum creditore*, o fiduciário tem um direito impeditivo da alienação, no sentido do § 771 ZPO, sendo dadas a esta questão respostas divergentes: equiparam-no uns ao titular de direito real de garantia que não concede a posse da coisa (*supra*, nota 38); defendem outros a sua equiparação ao titular do direito de propriedade puro e simples, invocando para tanto a vontade das partes ao constituiu-lo. Relativamente ao fiduciante, entende-se sem dificuldade que tem acesso à *Widerspruchsklage*, sendo na *fiducia cum amico* o único a tê-lo (cf. autores citados e, em especial, BROX-WALKER, ps. 756-759). A discussão não tem entre nós grande valor prático, dada a ilicitude dos negócios fiduciários (por todos: MANUEL ANDRADE, *T.G.*, Coimbra 1953, I, p. 138).

⁽⁴⁶⁾ BRUNS-PETERS, *cit.*, p. 101; JAUERNIG, *cit.*, ps. 58, 46 e 75. O possuidor em nome alheio não deixa, porém, de ser tutelado, pois pode recorrer ao meio da *Erinnerung* (§ 766 ZPO), que visa tutelar um interesse (das partes ou de terceiros), afectado pela violação duma norma processual — no caso a norma do § 809, que não permite a penhora de bens em poder de terceiro (isto é, na sua detenção) que não esteja obrigado a uma entrega imediata, só podendo ter então lugar a penhora do direito à entrega (BROX-WALKER, *cit.*, ps. 147 e 156-157, que expressamente enquadra neste meio de tutela o adquirente com reserva de propriedade e o utilizador de *leasing*: cf. nota anterior). A posição do possuidor em nome alheio, assim defendido, não cede perante o direito de propriedade do executado, mas pressupõe a titularidade dum direito, ainda que de crédito, em face do qual se distinguem os casos de obrigação de entrega imediata e de obrigação de entrega futura (JAUERNIG, *cit.*, ps. 75-76), pelo que nem para a *Widerspruchsklage* nem para a *Erinnerung* de terceiro está legitimado o possuidor formal não titular de qualquer direito, real ou pessoal, relativo à coisa penhorada.

exercício lhe conceda o direito à restituição da coisa penhorada (47). É competente para a acção o tribunal da execução (§ 771 I ZPO). Entende-se que a sentença que a julgue improcedente constitui caso julgado impeditivo duma posterior acção de indemnização ou por enriquecimento sem causa; se a acção for julgada procedente, o reconhecimento do direito do terceiro dispensa-o de, *nessa acção posterior*, fazer prova da violação do seu direito, mas o caso julgado não cobre, *em termos genéricos*, a existência desse direito (48).

8. Nem a lei italiana nem a lei alemã consagram, como o art. 909.º-1-d) do nosso C.P.C., a regra da anulação da venda por virtude da procedência duma acção autónoma de reivindicação.

Os embargos de terceiro têm como limite o momento da venda ou adjudicação, após o que os direitos do terceiro se farão exclusivamente valer sobre o produto da venda, até ao momento da distribuição deste, e após este momento só poderão dar lugar a uma acção autónoma de indemnização contra o credor *de má fé* ou a uma acção, também autónoma, de reivindicação contra o adquirente *de má fé*, sem prejuízo das regras do registo (49).

Por outro lado, nada há nelas de semelhante ao nosso art. 832.º C.P.C. (protesto do executado no acto da penhora), proporcionador de entendimentos com o funcionário encarregado da penhora e da subtracção de bens do executado à execução. A legitimidade para a defesa dum bem de terceiro só neste radica e, para evitar eventuais conluios entre o executado e terceiro, o art. 621.º do C.P.C. italiano presume que os bens móveis encontrados na casa ou no estabelecimento ou escritório do devedor a este pertencem e, deduzida opposição de terceiro à penhora, só um documento escrito com data certa anterior à penhora permite, em

(47) BROX-WALKER, *cit.*, p. 763. Pode também, na contestação da acção, ser exercido um direito de anulação contra o direito do terceiro (p. 768).

(48) BRUNS-PETERS, *cit.*, ps. 105-106; BROX-WALKER, *cit.*, p. 775, não tão claramente.

(49) Arts. 619.º e 620.º CPC, arts. 2914.º, 2919.º e 2920.º CC, MANDRIOLI, *cit.*, p. 143 (para a Itália); §§ 771, 775, 805 e 869 ZPO, §§ 823, 892 e 932 BGB, BROX-WALKER, *cit.*, ps. 748-750, JAUERNIG, *cit.*, p. 55 (para a Alemanha).

regra (*supra*, nota 40), afastar tal presunção, encarregando-se seguidamente a Cassação de exigir do terceiro, além da prova da propriedade, a de ter entregue os bens ao executado por título não constitutivo de direito real⁽⁵⁰⁾.

Os embargos de terceiro são assim, em qualquer destes sistemas, um meio tendencialmente exclusivo de oposição à penhora subjectivamente ilícita.

9. Creio que, com o novo C.P.C. à porta, deveria ser repensada a configuração dos embargos de terceiro como uma acção possessória e que, sem prejuízo da presunção substantiva do direito de propriedade do possuidor em nome próprio, o meio dos embargos deveria ser concedido a todos os terceiros que se arroguem a titularidade dum direito real de gozo sobre os bens penhorados, ainda que, dada a consequência da suspensão dos actos executivos subseqüentes à penhora e a conveniência duma decisão tão rápida quanto possível, a admissão dos embargos deva continuar a ser precedida da prova sumária da sua viabilidade. A extensão do direito de embargar ao proprietário não possuidor terá a vantagem de reduzir os casos de protesto pela reivindicação e de anulação da venda executiva após a procedência da acção de reivindicação. Considerada a tramitação dos embargos, estes resultarão simplificados comparativamente aos casos em que actualmente é levantada, na contestação, a questão da propriedade, sem que, nos outros casos, deixem de ser, com igual simplicidade, decididos com fundamento na presunção de propriedade.

Quanto ao possuidor em nome alheio cuja posse se baseie num direito de crédito comum, será de lhe conceder, tal como ao

⁽⁵⁰⁾ MANDRIOLI, *cit.*, ps. 144-146, onde são sumariadas várias decisões da Cassação. Desta segunda prova é liberto o cônjuge do executado, quando não outro terceiro com ele convivente. A Cassação chegou a fazer jogar a presunção relativamente a *todos* os bens existentes numa casa em que vivem várias pessoas, em execução movida contra *uma* delas. SATTA entende que, neste caso, o funcionário se deve abster de penhorar as coisas que, segundo os dados da experiência, pertencem a terceiro, mas, mesmo assim, defende que bastará que o exequente insista pela sua penhora, sob sua responsabilidade, para que ela deva ter lugar; e defende que a proibição da prova testemunhal se limita à entrega dos bens ao devedor, podendo ser livremente provada a propriedade (*D.P.C.*, ps. 646 e 740).

possuidor cuja posse se baseie num direito real de garantia, a possibilidade de embargar, na qualidade de substituto processual, nos termos atrás definidos. Continuando a estar em causa a defesa, embora por interposta pessoa, dum direito real de gozo alheio, a solução em nada brigará com a concepção dos embargos como uma acção real.

A figura do protesto no acto da penhora deverá, pura e simplesmente, desaparecer: só o terceiro proprietário deverá ter legitimidade para defender o seu direito, acabando-se com a generosa concessão ao executado dum meio que, de facto, lhe permite furtar bens à penhora. Uma solução como a que a lei italiana consagra para a penhora de bens existentes na casa ou no estabelecimento do executado talvez não deva ser introduzida entre nós, na medida em que limita os meios de prova a que o terceiro pode recorrer para estabelecer o seu direito de propriedade: a limitação paralela que, entre nós, é consagrada no art. 394.º C.C. salva-guarda os direitos de terceiro e, se o mesmo não faz o art. 393.º C.C., é por respeito pela força probatória do documento, à qual não é equiparável a presunção de propriedade do possuidor em nome próprio (art. 1268.º-1 C.C.) nem a presunção da posse em nome próprio no que exerce o poder de facto (arts. 1252.º-2 e 1253.º C.C.). No entanto, a frequência com que, na prática, os executados se furtam ao pagamento forçado das suas dívidas e a facilidade com que um terceiro pode com eles pactuar justificam alguma discussão sobre esse ponto. A não se consagrar tal solução, deverão os tribunais usar do maior rigor na apreciação da prova testemunhal destinada a ilidir essas presunções.

A configuração dos embargos de terceiro como acção real imporá ainda a adaptação do actual art. 56.º-2 C.P.C.. O credor deverá continuar a propôr necessariamente a acção executiva contra o proprietário ou titular de outro direito real de gozo sobre o bem dado em garantia (*supra*, nota 2), visto que o objecto da subsequente penhora será um bem do *seu* património e não do do devedor. Mas a possibilidade de demandar também o possuidor só deverá ser mantida na medida em que, simultaneamente com a posse, o exequente alegue a propriedade do possuidor (ainda que, dada a presunção do art. 1268.º-1 C.C., não tenha que a provar), isto é, na medida em que o possuidor não seja demandado

enquanto tal, mas enquanto proprietário (presumido). A referência legal ao possuidor perderá toda a razão de ser e, sempre que o exequente não o creia proprietário, a acção executiva não deverá, *nem poderá*, ser movida contra ele, acabando-se assim com um factor atributivo de legitimidade passiva para a execução que já hoje só encontra como justificação considerações práticas atinentes ao afastamento da eventualidade da dedução de futuros embargos de terceiro ⁽⁵¹⁾. Em compensação, nos casos em que

⁽⁵¹⁾ Não posso acompanhar TEIXEIRA DE SOUSA quando interpreta o art. 56.º-2 no sentido de exigir a propositura da acção executiva contra o possuidor do bem dado em garantia, quer a sua posse se funde num direito real (posse causal em nome próprio), quer se funde num direito obrigacional (posse em nome alheio). O comodatário, por exemplo, dum prédio hipotecado teria de ser demandado pelo credor privilegiado. Contra esta interpretação bastará, julgo, a consideração prática decorrente do normal desconhecimento, pelo credor exequente, dos contratos meramente obrigacionais celebrados pelo seu devedor e das situações de posse que deles emergem. Já bastará a imposição ao exequente da necessidade de demandar o titular de direito real sobre o bem dado em garantia, caso em que a consideração da dificuldade que, sendo o bem móvel (no caso de imóveis, há o registo), poderá ter em conhecer essa situação terá de ceder perante a tutela do direito real de terceiro. Tão pouco posso acompanhar ANTUNES VARELA quando, perante a crítica formulada ao projecto de CPC na ROA, ano 50, III, p. 733 (o Projecto não exige nem prevê a propositura da execução contra o proprietário não possuidor, assim inexplicavelmente afastado da acção executiva), entende que a citação do proprietário do bem onerado é dispensável porque a garantia constituída é normalmente eficaz contra ele e que, quando excepcionalmente tal não acontece, lhe é facultado o recurso aos embargos de terceiro (RLJ 124, p. 167). Não só este último pressuposto não se verifica no Projecto (em que a actual regra da legitimidade para os embargos de terceiro se mantém), como é precisamente a normal eficácia do acto constitutivo do direito real de garantia perante o proprietário que impõe a propositura da execução contra ele, como principal interessado em a evitar — sem prejuízo de a exigência da simultânea propositura da execução contra o devedor, que o Projecto impõe, ter, para o proprietário que embargue de executado com fundamento de direito substantivo, a vantagem de também nas relações entre ambos definir a existência da dívida e isso poder levar, condicionadamente ao valor de caso julgado que se atribua à sentença proferida sobre os embargos, a reequacionar a questão, talvez não tanto da propositura da execução contra o devedor, mas da admissibilidade do seu chamamento ao processo de embargos, a requerimento do proprietário. Nem vejo consequentemente razão para que, como também defende TEIXEIRA DE SOUSA (ps. 84-85), a *exceptio domini* não possa ser invocada contra o embargante de terceiro que seja mero possuidor em nome alheio dum bem dado em garantia, não se justificando maior tutela do seu direito no caso de garantia pré-constituída do que no de garantia constituída através da penhora. A interpretação do art. 56.º-2 que me parece preferível deslocará decididamente a questão do campo da legitimidade para o campo exclusivo dos embargos.

um terceiro for proprietário do bem dado em garantia, ou titular dum direito real menor sobre ele, a não propositura da execução contra ele gerará ilegitimidade passiva, ainda que dela só se venha a ter conhecimento no processo de embargos de terceiro: não podendo a execução prosseguir contra outros bens sem que aquele seja executado ou se verifique a extinção da garantia, a sentença proferida nos embargos tem como consequência, não só o levantamento da penhora, mas também a extinção da própria execução por absolvição da instância, não se equacionando assim, neste caso, a questão da produção de caso julgado.

O problema da configurabilidade do caso julgado nos embargos de terceiro é, mais do que o da sua configuração nos embargos de executado⁽⁵²⁾, uma questão controvertida⁽⁵³⁾, para cuja solução o novo C.P.C. deverá apontar, designadamente se vier a conferir aos embargos de terceiro a natureza de acção real. A consideração da economia processual aconselhará a que, pelo menos em regra, se possa atingir nos embargos de terceiro a segurança do caso julgado; mas uma opção definitiva, ou a introdução de excepções específicas, terá de passar pela prévia análise do regime global a estabelecer, podendo a introdução duma norma

⁽⁵²⁾ Para algumas referências, veja-se o meu parecer *Aplicabilidade do art. 486.º-2 do C.P.C. em sede de dedução de embargos de executado*, CJ 1989, III, p. 50. É negada eficácia de caso julgado à decisão que ordena o pagamento na acção executiva para pagamento de quantia certa (ANSELMO DE CASTRO, *cit.*, p. 296), admitida a propositura, pelo executado, duma acção ordinária autónoma em que faça valer a inexistência da obrigação exequenda (ANSELMO DE CASTRO, *cit.*, ps. 301-302; MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, ps. 417-421) e afirmada a circunscrição ao processo executivo da eficácia do caso julgado formado nos embargos de executado (BROX-WALKER, *cit.*, ps. 702-703 e 736). A lei espanhola (art. 1479.º LEC) é expressa em estabelecer que as sentenças proferidas nos processos executivos não produzem caso julgado, conservando as partes o direito de promover um processo declarativo com o mesmo objecto. Mas em contrário não falta quem, embora muito minoritariamente, atribua à decisão dos embargos de executado eficácia de caso julgado (REDENTI, *D.P.C.*, Milano 1953, III, ps. 309-310 e 317, nela baseando a sua eficácia no próprio processo de execução, em face do qual os embargos constituem uma acção declarativa autónoma, mas negando eficácia de caso julgado às decisões proferidas no próprio processo executivo; BRUNS-PETERS, *cit.*, ps. 93-94, entendendo que o objecto dos embargos de executado é o accertamento da inexistência do direito exequendo).

⁽⁵³⁾ Ver *supra*, n.º 7.

semelhante à do art. 821 C.P.C. italiano ⁽⁵⁴⁾ ou a manutenção do actual art. 1041-1 C.P.C. ⁽⁵⁵⁾ condicionar a opção a fazer.

⁽⁵⁴⁾ A limitação dos meios de prova utilizáveis pelo terceiro justificará que este possa recorrer a um meio comum, em que não encontra tal limitação. Mas resta saber se aí não deverá ter apenas direito a uma indemnização contra o executado e, no caso de má fé do exequente, também contra este.

⁽⁵⁵⁾ A norma do art. 1041.º-1 CPC (rejeição dos embargos quando, pela sua data ou outras circunstâncias, for manifesto que a transmissão foi feita para o transmitente se subtrair à sua responsabilidade) será questionada se os embargos de terceiro passarem a ser uma acção real. É que os pressupostos da aplicação dessa norma vão além dos da impugnação pauliana de actos gratuitos (art. 610.º CC), mas ficam aquém dos da impugnação pauliana de actos onerosos (art. 612.º CC), na medida em que ela exige a má fé do executado transmitente e com ela se contenta, e este desfasamento entre o regime (substantivo) geral e o regime específico do processo de embargos é explicado pela circunscrição dos efeitos deste à execução (ANSELMO DE CASTRO, *cit.*, ps. 342-346, entendendo, aliás, que o preceito é apenas aplicável no caso de transmissão onerosa). O preceito, tal como existe actualmente ou de algum modo alterado, dever-se-á manter, para protecção do exequente perante transmissões, fictícias ou reais, cuja nulidade ou impugnabilidade ponha problemas de prova que muitas vezes são praticamente insolúveis. Deverá, porém, ser cuidadosamente pensada a sua articulação com um regime que aponte para a consagração da eficácia de caso julgado da sentença proferida nos embargos de terceiro.