

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ACÓRDÃO DE 20 DE OUTUBRO DE 1988 *
EMBARGOS DE TERCEIRO

Acordam, em conferência, no Supremo Tribunal de Justiça:

No 8.º Juízo Cível da Comarca de Lisboa, Maria Eduarda Mendes Rocha de Andrade Correia de Oliveira deduziu embargos de terceiro contra Maria de Lourdes da Costa Lopes Simões Ferreira, Ilda da Costa Lopes Baptista e marido António Augusto Baptista, Vasco da Costa Lopes e mulher Maria Estela Simões Martins Costa Lopes, e Noémia da Conceição da Costa Lopes Maldonado Rodrigues casada com Luis António Maldonado, alegando que estes intentaram acção de despejo contra seu marido José Correia de Oliveira, relativamente ao barracão constituído por dois pavimentos, designado por n.º 2, com entrada pelo n.º 268, que faz parte do prédio a ele pertencente, situado na Rua da Palma, em Lisboa e com o mesmo número, com fundamento em sublocação não comunicada ao senhorio, e que o respectivo contrato de arrendamento foi considerado resolvido pelo Tribunal da relação, tendo sido ordenado o despejo do locado, o qual foi entregue à primeira embargada no dia 1 de Julho de 1985.

Alega que, tendo casado em 11 de Março de 1967, no regime de comunhão geral de bens, com o referido réu em tal acção de despejo, exerceu a posse do local arrendado em conjunto com seu marido, que era sócio da sociedade sublocatária.

(*) Recurso de agravo n.º 75 150, 2.ª Secção.

Pede que os embargos sejam recebidos e que seja restituída provisoriamente à posse do locado, prestando caução pelo valor que vier a ser fixado e que oferece do valor da renda de seis meses.

Os embargados vieram dizer que os embargos devem ser liminarmente indeferidos, visto o casal da ré não poder exercer em conjunto, depois do contrato de sublocação invocado, qualquer posse do barracão arrendado, cuja propriedade era deles embargados, que eram seus donos e senhores, e, quanto ao montante da caução, que só depois do recebimento dos embargos poderia ser requerida a restituição provisória da posse mediante a prestação de tal caução.

Depois de junto pelos embargados parecer do Prof. Antunes Varela, foi proferido o despacho de fls. 68 v.º, que indeferiu liminarmente os embargos por não poderem proceder.

A embargante recorreu de tal despacho, o qual foi mantido pelo acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de fls. 112.

Também deste acórdão interpôs recurso a embargante, que concluiu a sua alegação, dizendo que o acórdão recorrido violou os artigos 1024.º, 1722.º, *b*), 1678.º, n.º 2, *c*) e 1682.º-A n.º 1, *b*) do C. Civil, os artigos 19.º, 1037.º e 1038.º, n.º 2, *b*), do C. Proc. Civil, e o artigo único da Lei n.º 35/81 de 27 de Agosto, e que deve ser ordenada a admissão dos embargos, para que sigam nos termos dos artigos 1042.º e seguintes do C. Proc. Civil.

Na sua alegação, os embargados dizem dever ser confirmado o acórdão recorrido.

Tudo visto, cumpre decidir.

Tendo o acórdão recorrido confirmado a decisão da 1.ª Instância, que indeferiu liminarmente os embargos de terceiro por não poderem proceder, pretende a embargante, ora recorrente, que sejam admitidos tais embargos.

O acórdão recorrido baseou o indeferimento dos embargos em estar vedado à embargante a sua dedução, face ao determinado no artigo 1038.º, n.º 2, *b*), do C. Proc. Civil, e em caber unicamente ao marido da embargante a administração do direito ao arrendamento, só ele tendo legitimidade passiva para a acção de despejo contra si movida.

Dispõe-se na referida alínea *b*) do n.º 2 do artigo 1038.º que a nenhum dos conjugues é permitido deduzir embargos de terceiro, relativamente aos bens comuns, quando a diligência incida sobre bens levados para o casal pelo executado, ou por ele posteriormente adquiridos a título gratuito, e sobre os rendimentos de uns e outros desses bens, ou sobre bens subrogados no lugar desses bens, ou ainda sobre o produto do trabalho e os direitos de autor do executado.

O despejo, que a embargante diz ter ofendido a sua posse, incidiu sobre barracão de que era arrendatário o marido da mesma embargante, pelo que há que apurar se o direito ao arrendamento desse barracão para comércio — que era, sem dúvida, bem comum do casal, dado o regime de bens do casamento ser o da comunhão geral de bens (artigos 1732.º e 1733.º do C. Civil) e dada a comunicabilidade da posição do locatário nos arrendamentos comerciais — está ou não entre aqueles bens referidos na citada alínea *b*) do n.º 2 do artigo 1038.º do C. P. Civil como insusceptíveis de, em relação a eles, serem deduzidos embargos de terceiro por parte da embargante como cônjuge do arrendatário.

Tendo o arrendamento de tal barracão sido celebrado em data posterior ao do casamento da embargante e de seu marido, e não estando em causa rendimentos de bens, bens subrogados, produto de trabalho ou direito de autor, cumpre averiguar se o direito ao arrendamento em questão foi bem que o marido da embargante adquiriu a título gratuito, posteriormente ao casamento, caso em que a embargante está impedida de deduzir embargos de terceiro relativamente a tal direito.

Como diz o Professor Mota Pinto (Teoria Geral do Direito Civil, pág. 278), a distinção dos negócios jurídicos em onerosos e gratuitos tem como critério o conteúdo e finalidade do negócio, pressupondo os negócios onerosos, ou a título oneroso, atribuições patrimoniais de ambas as partes e a existência, segundo a perspectiva destes, de um nexó ou relação de conspectividade entre as referidas atribuições patrimoniais (normalmente traduzidas em prestações), e caracterizando-se os negócios gratuitos ou a título gratuito, ao invés, pela intervenção de uma intenção liberal com a criação de uma vantagem patrimonial para um dos sujeitos sem nenhum equivalente.

Ora, no contrato de arrendamento verifica-se a existência de atribuições patrimoniais a ambas as partes, pois o locador atribui ao locatário o direito de gozo do locado, enquanto este atribui àquele o direito a uma retribuição, a renda.

O bem comum constituído pelo direito ao arrendamento é assim adquirido pelo locatário a título oneroso, já que ele ficou obrigado à prestação de renda ao locador.

Contrariamente ao referido no acórdão recorrido, a aquisição da posição do locatário é uma aquisição de natureza onerosa, face ao pagamento, por este, da renda ao locador, sendo irrelevante, portanto, que não tenha havido trespasse ou cessão remunerada de tal posição.

Não sendo o direito ao arrendamento bem comum do casal adquirido a título gratuito pelo marido da embargante, pode esta deduzir embargos de terceiro relativamente a esse bem, a tal não se opondo o disposto no artigo 1038.º, n.º 2, b), do C. Proc. Civil.

Diz-se também no acórdão recorrido que, cabendo ao marido da embargante a administração do direito ao arrendamento, somente contra ele havia ter sido deduzida a acção de despejo, por não se aplicar o disposto na lei n.º 35/81, de 27 de Agosto, e no artigo 1682.º-B do C. Civil, dada a natureza não habitacional do arrendamento.

Sucede, porém, que o tomar de arrendamento não é acto de administração ordinária, pelo que só pode ser praticado com o consentimento de ambos os cônjuges (artigo 1678.º, n.º 3, do C. Civil), e o disposto no artigo único da Lei n.º 35/81 não conduz à desnecessidade de a acção ser proposta contra marido e mulher na medida em que a acção de despejo pode implicar a perda de direitos que só por ambos ou com o consentimento de ambos possam ser alienados, tendo-se destinado tal artigo único da Lei n.º 35/81 a esclarecer e precisar que as acções de despejo que tenham por objecto a casa da morada de família devem ser propostas contra ambos os cônjuges, sem afectar por qualquer forma o estabelecido no artigo 1038.º, n.º 2, b) do Proc. Civil.

Não tendo a embargante, mulher do locatário, sido demandada na acção de despejo, pode ela na execução do despejo, como contitular do património comum do qual faz parte o direito ao arrendamento, e no caso de ser ofendida a sua posse, deduzir

embargos de terceiro nos termos dos artigos 1037.º, n.º 1, e 1038.º, n.º 1, do C. Proc. Civil.

Por todo o exposto, concede-se provimento ao recurso, e, revogando-se o acórdão recorrido confirmativo da decisão da 1.ª Instância que indeferiu liminarmente os embargos, ordena-se que o processo prossiga nos termos e pra os efeitos do disposto na última parte do artigo 1040.º do C. Proc. Civil.

Custas nas instâncias e neste Supremo Tribunal pelos recorridos.

Lisboa, 20 de Outubro de 1988

- a) *Solano Viana*
- a) *Lima Cluny*
- a) *Almeida Ribeiro*

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ACÓRDÃO DE 2 DE FEVEREIRO DE 1993 *
EMBARGOS DE TERCEIRO

Na comarca de Lisboa (8.º Juízo Cível, 3.ª Secção), D. Maria de Lourdes da Costa Lopes Simões Ferreira, D. Ilda da Costa Lopes Baptista e marido, António Augusto Baptista, Vasco da Costa Lopes e mulher, D. Maria Estela Simões Martins Costa Lopes e D. Noémia Conceição da Costa Lopes Maldonado Rodrigues, casada com Luís António Maldonado Rodrigues, instauraram acção com processo especial de despejo contra José Correia de Oliveira, relativamente ao barracão de dois pavimentos — designado por n.º 2 — com entrada pelo n.º 268, que faz parte do prédio situado na Rua da Palma, em Lisboa, com o mesmo número, com o fundamento de que o réu havia cedido a terceiro — a sociedade «Lisalcar — Automóveis do Liz, L.^{da}», de que ele é um dos sócios — a fruição do imóvel sem dar conhecimento da cessão dos locadores.

Na contestação, o réu alegou que a sociedade se encontra instalada no barracão desde data anterior à celebração do arrendamento deste e que o contrato de locação autoriza o arrendatário a sublocar o imóvel uma vez, e que a cedência da fruição do prédio era conhecida há mais de um ano pelo procurador do senhorio, pelo que, se tivesse existido o direito de resolver o contrato, esse

(*) Recurso da revista n.º 83 026, 1.ª Secção.

direito já teria caducado em vista do disposto no art. 1094.º do Código Civil.

O Ex.^{mo} Juiz, logo no despacho saneador, julgou a acção improcedente, mas a Relação ordenou que prosseguisse, vindo na sentença final a ser julgada de novo improcedente.

Em recurso, o Tribunal de Segunda Instância revogou a sentença e ordenou o despejo do barracão.

Executada a decisão e realizado novo arrendamento do imóvel com outros inquilinos, D. Maria Eduarda Mendes Rocha de Andrade Correia de Oliveira, esposa do demandado, deduziu embargos de terceiro contra o despejo efectuado.

Alegou ser casada, segundo o regime da comunhão geral de bens com o réu Correia de Oliveira, ser contitular do direito ao arrendamento do imóvel e não ter sido demandada na respectiva acção.

Os embargos foram liminarmente indeferidos, mas este Supremo Tribunal, decidindo o agravo oportunamente interposto, ordenou o prosseguimento do processo nos termos e para os efeitos do disposto na última parte do art. 1040.º do Código de Processo Civil.

Recebidos os embargos, foram depois contestados.

De seguida foi proferido o despacho saneador e organizadas a especificação e questionário.

Os embargados agravaram do despacho saneador.

Seguindo o processo os seus regulares termos, veio a ser proferida sentença que julgou improcedente o pedido.

Apelou a embargante, mas a Relação de Lisboa confirmou o julgado e não apreciou o agravo do despacho saneador, por obediência ao preceituado no art. 710.º, n.º 1, do Código de Processo Civil.

A embargante pede revista e nas suas alegações conclui assim:

— Tomar de arrendamento não se caracteriza como um acto de administração;

— Celebrar o cônjuge, casado em regime de comunhão geral de bens, um contrato de arrendamento, para fins de comércio e indústria, constitui um acto de aquisição a título oneroso;

— O contrato de locação é oneroso, por envolver prestações recíprocas — cedência por parte do senhorio, do gozo e fruição do locado e, por parte do arrendatário, retribuição através da renda estipulada.

— A cedência, sem contrapartida, de tal gozo e fruição, seria caso de empréstimo ou de comodato;

— Ocorrendo trespasse, ou cessão de posição contratual, do que se trata é de uma aquisição, a título oneroso, da transmissão de um direito ao arrendamento;

— No preço, então pago, inclui-se o valor do estabelecimento — recheio, aviamento, clientela;

— Um arrendatário comercial ou habitacional e seu cônjuge não têm que demonstrar *animus possidendi* em relação ao locado, porque a posse, em nome do senhorio, se encontra titulada pelo respectivo contrato;

— A prova dos requisitos «corpus» e «animus» apenas é exigida em acções possessórias;

— Em embargos de terceiro, nomeadamente de cônjuge, ainda que não seja parte do contrato, não tem este que praticar actos que demonstrem a comunicabilidade do contrato (com eventual sucessão quanto ao mesmo);

— É indiferente, e irrelevante, para a procedência de embargos do cônjuge do arrendatário comercial, que o mesmo se desloque, utilize ou pratique actos no arrendado;

— Celebrado tal arrendamento por um dos cônjuges, casados no referido regime de bens, torna-se o bem locado parte do património comum;

— A celebração do contrato, e a administração do estabelecimento, cabe a qualquer dos cônjuges;

— A acção de resolução de tal contrato deve ser intentada, para poder ser executada sobre o referido património, contra ambos os cônjuges;

— A procedência de uma acção de despejo implica a perda, pelo património comum, do bem representado por tal direito ao arrendamento e seu eventual valor de trespasse ou cessão;

— Demandado apenas um dos cônjuges, é o mesmo parte ilegítima, por ocorrer uma situação de litisconsórcio necessário;

— Demandado apenas um dos cônjuges e executado o mandado de despejo, tem o outro cônjuge, enquanto terceiro, legitimidade para instaurar embargos;

— O acto ofensivo da posse do embargante encontra-se configurado no despacho que ordenou a passagem e cumprimento de tal mandado;

— A execução do mandado implica a perda de direitos que só por ambos, ou com o consentimento de ambos os cônjuges, podem ser alienados;

— Foram violados os arts. 1678.º, n.º 2 e 2682.º A, n.º 1, alínea h) do Código Civil, a Lei n.º 35/81, de 27 de Agosto e os arts. 19.º e 1038.º do Código de Processo Civil.

Pede que, revogando-se o acórdão em crise, se julguem procedentes os embargos e se ordene a restituição da embargante à posse do locado.

Os recorridos alegaram em defesa do decidido e, para a hipótese de ser outro o entendimento, pedem que, dando-se provimento ao agravo que interpuseram do despacho saneador, seja indeferida liminarmente a petição de embargos.

Cumprir tomar posição.

As instâncias consideraram provados os factos seguintes:

— A embargante Maria Eduarda casou com o José Correia de Oliveira, segundo o regime de comunhão geral de bens, em 11-3-1967;

— Por escritura notarial de 15-3-1977, junta a fls. 190, 9, 196, foi constituída a sociedade «Lisalcar — Automóveis do Liz, L.^{da}», com sede na Rua da Palma, n.º 268, Lisboa, sendo o seu objecto o de «armazém, exposição, venda e oficina de automóveis e seus acessórios, bem como estação de serviço e recolha de veículos»;

— Por escritura notarial de 29-3-1977, José Correia de Oliveira, marido da embargante, tomou de arrendamento o barracão constituído por dois pavimentos designados pelo n.º 2 do prédio sito na Rua da Palma, n.º 268, Lisboa, conforme fls. 498 da acção de despejo;

Por escritura notarial de 16-7-1980, junta a fls. 234 e segs., a Maria Eduarda (embargante) e marido sub-arrendaram, por sua vez, o dito barracão à «Lisalcar — Automóveis do Liz, L.^{da}».

— Por ordem deste Tribunal, o barracão foi entregue à Maria de Lourdes (aqui embargada) em 1-7-1985, como se vê de fls. 7 da execução apensa;

— O José Correia de Oliveira (marido da embargante) é sócio da «Lisalcar, L.^{da}», como se vê se fls. 191;

— A Maria Eduarda (embargante) sempre teve consigo a chave do barracão em causa, entrando e saindo do mesmo;

— A embargante algumas vezes se deslocou ao barracão para ver o andamento da firma «Lisalcar, L.^{da}»;

— O referido nos dois parágrafos anteriores foi praticado pela embargante em substituição do marido e em defesa dos interesses que detinham na «Lisalcar, L.^{da}»;

— A «Lisalcar, L.^{da}», mesmo antes de 15-3-1977 (data da sua constituição), já explorava o barracão, nele exercendo a indústria de reparação de automóveis e nele tendo instalado o seu telefone e aí sempre trabalharam os seus operários na reparação de automóveis;

— A «Lisalcar, L.^{da}» punha e dispunha do barracão em causa, como se sua arrendatária fosse.

Na sentença de primeira instância, os embargos foram julgados improcedentes, por se ter concluído que a embargante não tinha a posse do barracão despejado e no acórdão da Relação, para além de outras razões que, na sua óptica, sempre levariam à improcedência do pedido, foi confirmada a decisão por virtude de aquela não ser, na verdade, possuidora do barracão.

Terá sido bem julgado?

Obviamente que sim.

Com efeito, os factos materiais fixados pela Relação, a que este Supremo Tribunal terá de aplicar o regime jurídico adequado, por não ser caso de usar de qualquer das faculdades consentidas pelos n.ºs 2 e 3 do art. 729.º do Código de Processo Civil, não permitem duas interpretações.

É que, repare-se, o marido da embargante, em 29 de Março de 1977, tomou de arrendamento o barracão ora despejado e ambos os

cônjuges, em 16 de Julho de 1980, subarrendaram-no à Sociedade Comercial «Lisalcar, L.^{da}», de que o José Correia de Oliveira, marido da embargante, é um dos sócios.

Quer dizer, transmitiram para outrém — o uso e fruição do prédio, até então por eles exercidos, demitindo-se, por isso, dos poderes que sobre ele detinham.

E que isto é assim, deduz-se destes factos: a embargante, D. Maria Eduarda, sempre teve consigo a chave do barracão, entrando e saindo do mesmo, e algumas vezes a ele se deslocou para ver o andamento da «Lisalcar, L.^{da}», em substituição do marido e em defesa dos interesses que detinham naquela sociedade.

Quer dizer, a «posse» do barracão pertencia à «Lisalcar, L.^{da}» e esta até interveio na acção de despejo para resolução do contrato de arrendamento celebrado com o José Correia de Oliveira, a requerimento dos ora embargados, como se informa a fls. 28.

Mas ainda que outro possa ser o entendimento, ou seja, que a embargante tinha a «posse» do barracão, ainda assim a decisão final de ser a mesma.

Com efeito, como lucidamente observa o Prof. Antunes Varela, in Rev. Leg. Jur., Ano 119.º, pág. 250, «... o julgamento final do processo, posterior ao recebimento dos embargos, para que aponta o n.º 2 do art. 1041.º do Código de Processo Civil ao mandar prosseguir os embargos depois de recebidos, não visa apenas averiguar a existência dos fundamentos da opposição do embargante.

«Este é fundamentalmente o objectivo da primeira fase do procedimento, que finda com a rejeição ou recebimento dos embargos.

«Na segunda fase do proceso, o que cumpre apreciar e decidir é se a diligência judicial atacada, quer haja, quer não haja ofensa da posse do embargante, deve ou não ser mantida.

«Por essa razão se permite que, além da questão da posse, se levante e discuta nos embargos de terceiro (com a amplitude que resulta do disposto na al. b) do art. 1042.º) tal como nas acções possessórias, a questão da propriedade».

Significa isto que, recebidos como foram os embargos, o que importaria esclarecer era saber se a resolução do contrato de arren-

damento, com o conseqüente despejo do barracão, nasceu, como resulta dos respectivos autos, do facto de o locatário (marido da embargante) ter cedido a terceiro — a «Lisalcar, L.^{da}» — o gozo do local arrendado e não ter comunicado a cedência aos senhorios, como devia, no prazo de quinze dias fixado na lei (art. 1038.º, alínea g) do Código Civil.

Simplemente, a embargante não alegou, nem de perto nem de longe, na petição de embargos, que a comunicação ao senhorio tinha sido feita, pelo que estes, assim sempre teriam que improceder.

Como se diz no parecer de fls. 199 e segs., maxime fls. 227, «... o fundamento do despejo invocado pelos autores foi a falta de comunicação aos senhorios da cessão da posição contratual feita à «Lisalcar, L.^{da}».

«Foi esse o facto negativo que, por força do disposto na alínea f) do n.º 1 do art. 1093.º do Código Civil, determinou o pedido de resolução do arrendamento, bem como o deferimento dele.

«Pois a tal leitura atenta da petição dos embargos revela que nem uma palavra — nem uma só palavra — existe nesse articulado a negar ou impugnar o facto determinante do despejo.

«O que lá se encontra é apenas a tentativa de demonstração de que o despejo do imóvel ofende a posse da embargante, como locatária e que ela tem legitimidade, como terceiro, para requerer os embargos».

Em face do exposto, decide-se negar a revista.

Custas pela recorrente.

Lisboa, 2 de Fevereiro de 1993

- a) *Eduardo Augusto Martins*
- a) *Olimpio Fonseca*
- a) *Carlos da Silva Caldas* (Li o projecto e prescindi do visto).

CONSULTA

1. MARIA DE LOURDES SIMÕES FERREIRA e outros instauraram na comarca de Lisboa uma acção de despejo contra JOSÉ CORREIA DE OLIVEIRA, com o fundamento de que o réu, locatário dum barracão destinado a fins comerciais, cedeu a terceiro (uma sociedade comercial — LISALCAR — da qual ele é, aliás, um dos sócios) a fruição do imóvel, sem dar conhecimento da cessão aos locadores (art. 14.º da petição inicial).

Na contestação, o réu alegou, não só que a sociedade (LISALCAR) se encontra instalada no barracão desde data anterior à celebração do arrendamento deste e que o contrato de locação autoriza o arrendatário a sublocar o imóvel uma vez, mas também que a cedência da fruição do prédio era conhecida há mais de um ano pelo procurador do senhorio (que era o Dr. ERIDANO DE ABREU).

Assim, mesmo que tivesse havido o direito de resolução do contrato por virtude da cedência da fruição do imóvel a terceiro, esse direito teria já caducado, pela circunstância de a infracção do contrato ser conhecida do procurador do senhorio há mais de um ano (art. 1094.º do Cód. Civil).

A acção foi julgada logo no despacho saneador, que a considerou não provada e improcedente.

Dando embora como presumido que a cedência do gozo e fruição do barracão (com dois pavimentos) à LISALCAR se realizou a título gratuito (e não a título oneroso) e que a cessão não foi levada ao conhecimento dos locadores pelo locatário, como a lei prescreve, o juiz da causa deu como provado no despacho-sentença que os locadores souberam da transmissão e a reconhe-

ceram, nos termos previstos pelos artigos 1049.º e 1061.º do Código Civil.

A convicção do julgador acerca do reconhecimento da cessão do arrendamento, por ele qualificada como sublocação, baseou-se em dois factos.

Por um lado, era público nas imediações do barracão arrendado, sito na rua da Palma, por causa da placa publicitária com o nome e o número do telefone da LISALCAR, que esta se encontrava ali instalada desde o ano de 1977.

Por outro lado, apurou-se que várias rendas passaram a ser pagas aos senhorios pela LISALCAR, com cheques por ela emitidos e com o seu carimbo.

Nestes termos considerou o juiz lícito presumir que os autores — todos ou alguns deles, pelo menos — *sabiam* ou *deviam saber* que o prédio estava, realmente, a ser fruído pela LISALCAR.

2. Inconformados com a decisão, os autores interpuseram recurso dela para a Relação, tendo a sua alegação insistido na afirmação de que não tiveram conhecimento da instalação da LISALCAR no barracão da rua da Palma senão pouco tempo antes da proposição da acção de despejo. E, não tendo havido *comunicação* da cessão da fruição do imóvel aos senhorios, há sempre fundamento para a resolução do contrato, qualquer que tenha sido a modalidade que a cessão revestiu.

É certo que existem divergências entre as partes relativamente à questão de saber se houve ou não reconhecimento da LISALCAR, por parte dos senhorios, como beneficiários da cessão.

Mas, havendo controvérsia entre os litigantes acerca de factos com interesse decisivo para o julgamento da causa, a acção devia ter prosseguido, para a produção da prova necessária, não podendo ter sido julgada no saneador, como fez o tribunal de 1.ª Instância.

A Relação reconheceu a razão dos recorrentes nesse ponto, uma vez que eles impugnaram os dois factos que, segundo o réu, revelariam o conhecimento, por parte dos senhorios, da cedência da fruição do imóvel.

E a acção prosseguiu assim os seus termos, depois de revogado o despacho-sentença impugnado pelos autores.

Na sentença final, o juiz da 1.^a Instância julgou de novo a acção improcedente, considerando provado o reconhecimento da LISALCAR, pelos senhorios, como beneficiária da cedência do imóvel.

3. De novo inconformados com a decisão proferida, os autores apelaram para a Relação, alegando não haver nos autos, incluindo de modo especial as respostas do colectivo ao questionário, prova bastante de que os senhorios reconheceram a LISALCAR como locatária do imóvel.

E, sendo ao réu (*rectius*: aos réus, uma vez que os autores a breve trecho provocaram a intervenção da LISALCAR na acção) que incumbe o ónus da prova do reconhecimento, era contra o demandado e a LISALCAR que a acção devia ser julgada.

A Relação deu razão aos recorrentes, afirmando, por um lado, que os factos impeditivos da resolução do arrendamento devem ser claros e inequívocos e reconhecendo, por outro lado, que nenhum dos dois factos alegados pelos réus demonstrava, com a segurança necessária, o conhecimento pelos senhorios da instalação da LISALCAR no imóvel da rua da Palma, muito menos ainda o reconhecimento desta sociedade como locatária.

4. Executada a decisão contida no acórdão, que deu provimento ao recurso, realizado novo arrendamento do imóvel com outros inquilinos, surge a mulher do réu a deduzir embargos de terceiro contra o despejo efectuado.

Os embargos deduzidos baseiam-se nos argumentos de que a embargante, casada em regime de comunhão geral de bens com o réu, é contitular do direito ao arrendamento do imóvel e, apesar disso, não foi demandada, como devia ter sido, na acção de despejo.

A execução do despejo, atingindo assim um valor integrante do património comum do casal, ofende a sua posse e deve, por conseguinte, ser afastada, como ela requer nos embargos.

A embargante requer ao mesmo tempo a restituição provisória à sua posse, mediante prestação de adequada caução.

Notificados para se pronunciarem sobre os embargos e, em especial, sobre a caução oferecida, os donos do barracão repeliram a afirmação de que a embargante seja ou tenha sido alguma vez possuidora do imóvel e de que o despejo possa ter ofendido um direito na realidade inexistente.

Mas gostariam de conhecer o parecer de V. Ex.^a sobre a situação jurídica criada pela dedução dos embargos de terceiro.

Juntam para o efeito as peças principais da acção de despejo, a petição dos embargos de terceiro, o pronunciamento dos embargados, a resposta da embargante e a contra-resposta daquelas.

RESPOSTA

1. *Objecto do parecer. Estrutura peculiar dos embargos de terceiro.*

A questão formulada na presente consulta é a do *cabimento e procedência* dos embargos de terceiro deduzidos pela mulher do locatário de um imóvel que foi condenado em acção de despejo, por haver cedido a terceiro (uma sociedade comercial da qual o locatário era um dos sócios) o gozo da coisa arrendada e *não haver comunicado* em tempo útil aos senhorios a cedência realizada, como se prescreve na al. g) do artigo 1038.º do Código Civil.

Para se responder, com a necessária segurança, à dúvida suscitada na consulta, é de toda a vantagem (metodológica) proceder a uma análise prévia da *estrutura* e da *finalidade* próprias do *meio de defesa* de que a interessada (embargante) lançou mão para impedir a execução efectiva da decisão proferida pelo tribunal que, em via de recurso, julgou a acção de despejo.

Por um lado, interessa naturalmente saber se o instituto processual dos *embargos de terceiro* é o *meio de tutela possessória* capaz de conceder à mulher do locatário, nas circunstâncias reais e concretas da situação, o efeito que ela pretende.

Por outro lado, para fundamentar em termos convincentes a resposta, importa avivar os traços fisionómicos essenciais de um dos processos especiais menos elaborados na nossa literatura jurídica processualista e confrontá-los com os diversos aspectos da situação concreta que a dedução dos embargos de terceiro colocou perante o tribunal.

No que respeita à *estrutura* dos embargos de terceiro, é fácil concluir, pela leitura atenta dos textos que os regulam e pelo confronto com as disposições dos institutos afins, que várias notas típicas definem a sua caracterização.

Trata-se, em primeiro lugar, de um *procedimento* exclusivamente oponível a *actos de carácter judicial*.

Nascidos como um incidente da execução (meio de reacção contra a *penhora*, contra a *entrega judicial* e contra o *arresto*: arts. 922.º e 378.º do Código de 1876), estendidos mais tarde, pelo Decreto de 15 de Setembro de 1892, ao *arrolamento* e à *posse judicial* (cfr. arts. 91.º e 153.º do Decreto n.º 21 287), e, numa fase posterior, ao próprio *acto executivo do despejo* (art. 20.º do Dec. 5411) ⁽¹⁾, os embargos de terceiro acabaram por abranger, com a reformulação global do Código de 1939 (art. 1036.º), não só essas, mas qualquer *outra diligência ordenada judicialmente* ⁽²⁾.

E nessa natureza (*judicial*) do acto contra o qual a providência visa reagir reside o traço fundamental de distinção entre as *acções possessórias* (destinadas a remover as *ameaças* ou *perturbações* da *posse*, provenientes de actos dos particulares ou da administração pública) e os *embargos de terceiro* (que têm como alvo directo as providências emanadas dos órgãos judiciais) ⁽³⁾.

⁽¹⁾ «O inquilino que for ilegalmente perturbado ou esbulhado da posse dos direitos que, pelo arrendamento, tem sobre o respectivo prédio, dizia o artigo 20.º da antiga *Lei do Inquilinato* (de 17-4-1919), pode usar das acções possessórias e dos embargos de terceiro, a fim de ser mantido ou restituído na sua posse durante o prazo de arrendamento».

A tese da aplicação dos embargos de terceiro ao despejo foi largamente justificada na *Rev. Leg. Jurisp.*, 61, pág. 179 e segs.

E o assento do Sup. Trib. Just., de 28 de Março de 1930 (*Rev. Leg. Jurisp.*, 62, pág. 412), veio expressamente reconhecer o cabimento dos embargos, mesmo no caso de a decisão judicial, decretando o despejo do prédio, se haver tornado exequível.

⁽²⁾ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, 2.ª edição, Coimbra, 1940, pág. 720.

⁽³⁾ Contra os actos judiciais ofensivos da posse entendia mesmo a doutrina e jurisprudência mais qualificada, já na vigência do Código de Processo de 1939, que só os embargos de terceiro tinham cabimento: MANUEL RODRIGUES, *A posse*, 2.ª ed., Coimbra, 1940, pág. 435; e, especialmente, ALBERTO DOS REIS, *Processos especiais*, I (reimpressão), 1982, Coimbra, pág. 400 e segs.

A segunda nota processual *típica*, na *estrutura* do procedimento, é a de que este só pode ser requerido por *terceiro*.

Terceiro é, neste caso, a pessoa que não interveio no processo ou no acto jurídico de que emana a diligência judicial, nem representa quem foi condenado no processo ou quem se obrigou no acto (4).

Se a diligência ofensiva da posse provém de uma sentença de condenação, *terceiro* é quem não foi parte na acção da qual a sentença nasceu; se a diligência procede de uma execução baseada em título diferente (letra, livrança, cheque, escritura pública, etc.), *terceiro* é quem não figura entre os subscritores do título que serve de base ao procedimento executivo ou seus sucessores.

Sendo o *despejo* o acto ofensivo da posse, *terceiro* será, na maior parte dos casos, o *sublocatário* ou o *cônjuge do réu condenado à desocupação* (quando o despejo ofenda injustificadamente a posse do embargante) (5).

O próprio condenado, como expressamente se afirma no último parágrafo do n.º 2 do artigo 1037.º do Código de Processo vigente, pode deduzir embargos de terceiro, relativamente aos bens que não devam ser atingidos pela diligência ordenada, atento o *facto* em que esta se *fundamenta* ou o *fim* que visa obter.

É o caso típico da penhora, para execução de dívida da herança, que recaia sobre bens próprios do herdeiro, ou da penhora, para cobrança coerciva de dívida própria de um património autónomo, que indevidamente incida sobre bens pertencentes a um outro património autónomo, de que seja titular o mesmo devedor.

(4) Já no artigo 922.º do Código de processo de 1876 se prescrevia que podia deduzir embargos de terceiro quem não tivesse sido ouvido nem convencido na acção, nem representasse quem nela fora condenado. Claro que nesta vaga expressão dos *representantes de quem na acção foi condenado* estão obviamente compreendidas as pessoas para quem a sentença proferida tenha *força* ou *eficácia* e caso julgado.

(5) E poderá ser também o próprio arrendatário, no caso anómalo (mas que, durante algum tempo, surgiu com frequência na prática) de a acção de despejo ter sido instaurada contra um *suposto* ou *fictício* arrendatário e se pretender, em seguida, executar o mandato de despejo contra o *real, verdadeiro* ou *autêntico* locatário. Vide ALBERTO DOS REIS, *Processos especiais*, I, pág. 416.

A terceira *característica especial* dos embargos de terceiro, no que concerne ainda à sua *estrutura*, consiste no desdobramento processual da acção e, nomeadamente, na *fase preliminar* que marca o início do procedimento.

Essa *fase preliminar* ou *introdutória* destina-se à rejeição (*liminar*) ou à *admissão* (*provisória*) dos embargos deduzidos ⁽⁶⁾. É um período de algum modo semelhante, como ALBERTO DOS REIS justamente observa ⁽⁷⁾, aos *procedimentos cautelares*, porque o juiz, no seu final, ou rejeita imediatamente os embargos (com base na prova sumária requerida e produzida) ou, não havendo fundamento para a rejeição liminar, recebe os embargos, sobre um juízo de *mera probabilidade* acerca do seu *mérito* ⁽⁸⁾.

Só depois de proferido o despacho de recebimento dos embargos, se inicia o verdadeiro *processo contraditório* entre o embargante e o embargado.

Só nessa altura, ou seja, só depois de percorrida a breve *fase instrutória* descrita no artigo 1040.º do Código de Processo Civil e de proferido o despacho de *recebimento* dos embargos, a que introdutoriamente se refere o artigo 1042.º, se notifica o embargado *para contestar*.

No caso *sub iudice*, ocorreu uma circunstância especial, que não está prevista no *traçado normal* dos embargos de terceiro, mas que de nenhum modo pode prejudicar o direito fundamental de defesa reconhecido ao embargado ⁽⁹⁾.

É que, antes de ter *rejeitado* ou *recebido* os embargos, na tal fase preliminar deste processo especial, o juiz mandou notificar os

⁽⁶⁾ «É um despacho preliminar, escreve o Professor ALBERTO DOS REIS (*ob. e vol. cit.*, pág. 440), destinado a impedir que tenham seguimento embargos votados a insucesso».

⁽⁷⁾ *Processos especiais*, I, pág. 442.

⁽⁸⁾ «O despacho que receba os embargos, di-lo explicitamente o n.º 2 do artigo 1041.º do Código de Processo Civil, apenas assegura o seguimento deles...».

⁽⁹⁾ E só nesse pressuposto, como é evidente, o desvio introduzido no formalismo processual traçado na lei não constituirá nulidade processual (art. 201.º, 1, do Cód. Proc. Civil, *in fine*).

embargados para se *pronunciarem* sobre os embargos e, em especial, sobre a *caução oferecida*.

Esta audição dos embargados, antes de proferido despacho de *rejeição* ou de *recebimento* dos embargos e de produzida e apreciada a prova sumária relativa à *posse* e à *qualidade de terceiro* da embargante, só pode ser interpretada (quer pelo momento, quer pelo texto do despacho de 23 de Julho de 1985) como sinal do desejo de o magistrado se esclarecer, ouvindo os embargados, acerca do *cabimento (provisório)* da oposição deduzida, ou seja, da sua *rejeição liminar* (imediate) ou da sua *admissibilidade*.

Nunca a diligência ordenada pelo juiz poderá ser considerada como a *notificação para contestar*, a que se refere a alínea *a)* do artigo 1042.º d Código de Processo, quer porque os embargados não foram, de facto, notificados para esse fim, quer porque o juiz da causa ainda não havia proferido *despacho de recebimento* dos embargos, na altura em que mandou ouvir os embargados.

Uma última nota importa ainda referir ao *esquema processual* dos embargos.

É que os embargos com *função repressiva*, opostos por conseguinte a diligência já ordenada, não podem ser recebidos, quando o acto judicial ofensivo da posse já se encontre *consumado*, como se depreende da parte final do artigo 1039.º do Código de Processo Civil.

Aqui se diz que os embargos serão deduzidos no prazo de vinte dias subsequentes à prática do acto judicial ou ao conhecimento dele pelo embargante, mas *nunca depois de os bens terem sido judicialmente vendidos ou adjudicados*.

E a mesma doutrina procede, por óbvias razões, em relação ao *despejo* executado.

Logo que o acto judicial esteja consumado, o terceiro lesado terá naturalmente de socorrer-se, não dos *embargos de terceiro* (que não um procedimento especial *enxertado* numa *diligência* ou *acção pendente*: art. 1039.º do Cód. Proc. Civil), mas de *acção autónoma* destinada a defender o seu direito.

2. *Função específica dos embargos de terceiro.*

Outras são, obviamente, as *coordenadas definidoras* do instituto no plano do direito substantivo.

Nesse aspecto, pode dizer-se, em primeiro lugar, que os *embargos de terceiro* são um dos *meios de tutela* da posse, um dos instrumentos de defesa daquela situação que consiste no exercício de facto dos poderes correspondentes a um direito real de gozo.

Assim se compreende a inclusão no Código Civil (art. 1285.º) dos *embargos de terceiro* no capítulo dos *meios de defesa da posse*; e assim se explica que, à cabeça dos requisitos necessários ao *recebimento* dos embargos (que é, como vimos, coisa diferente da *procedência* dos embargos), o artigo 1040.º do Código de Processo Civil coloque a *prova sumária da posse* do embargante.

Em segundo lugar, pode acrescentar-se que os embargos de terceiro são um instrumento de reacção do possuidor contra o acto (judicial) *ofensivo* da sua posse.

Para o acto (judicial) ser considerado *ofensivo* da posse não basta evidentemente que ele prive o possuidor da relação de facto que exercia sobre a coisa. Para que haja *ofensa* da posse, é indispensável que o possuidor seja *injustificadamente, ilicitamente, injustamente* perturbado no exercício do seu poder.

Já o Doutor REIS, ao analisar atentamente o instituto e ao destacar a ofensa da posse como um dos seus dois fundamentos substantivos, aludia à circunstância de a apreensão judicial (proveniente da penhora, do arresto ou do arrolamento) e a posse judicial poderem constituir objecto dos embargos de terceiro por privarem «*injustamente*» ou por privarem «*indevidamente* da posse» quem, na sua condição de terceiro, não estava sujeito à diligência que se efectuou.

A necessidade incontestável deste requisito — a privação *injustificada, injusta* ou *ilícita* da *posse* do embargante — resulta logo da definição do instituto dos *embargos de terceiro*, formulada no n.º 1 do artigo 1037.º do Código de Processo.

Aí se fala, muito de caso pensado, na penhora, arresto, arrolamento, posse judicial, despejo ou outra diligência ordenada judicialmente que *ofenda* — e não apenas que *atinja, prejudique* ou *afecte* — a posse de terceiro.

E, para existir *ofensa* (como quem diz *violação, agressão*), não basta haver *privação*; é necessário que a *privação* seja *ilícita, infundada* ou *injustificada*. Quem abre e lê a minha carta, com minha permissão, *não ofende* o sigilo da minha correspondência; quem ocupa a casa de uma pessoa com autorização dela *não ofende* a posse do seu dono.

Assim se explica, aliás, a diferença nítida que a lei processual estabelece entre o *recebimento* dos embargos (que pode ser decretado à vista da prova sumária da posse e da qualidade de terceiro do embargante, bem como do acto judicial que o *privou da posse da coisa*) e o *provimento* ou a *procedência* dos embargos (que há-de preocupar-se especialmente com a questão de saber se a *privação da posse foi ou não justificada, foi ou não ilícita, foi ou não fundamentada*).

E só assim se compreende também que, precisamente em relação ao despejo, se preveja em termos inequívocos na lei (art. 986.º do Cód. Civil) a possibilidade de execução do respectivo mandado contra quem quer que ocupe o prédio, mesmo que não tenha intervindo no processo nem represente quem nele foi condenado, desde que a sua relação com o imóvel (quer se trate do *sublocatário*, quer do *comodatário* ou *cessionário da posição contratual* do locatário) seja *ineficaz* em face do locador.

3. *Roteiro lógico da apreciação jurisdicional da situação debatida nos embargos de terceiro.*

Fixados, embora sumariamente, os *traços essenciais* da figura dos embargos de terceiro e identificados os *pressupostos fundamentais*, quer do seu *recebimento*, quer da sua *procedência* a final, já se torna bastante fácil traçar o roteiro da indagação que mais convém à correcta apreciação e julgamento da causa.

Para sabermos se a mulher do locatário, embargante, tem ou não a *posse* do barracão cujo despejo foi ordenado, ou se, *não sendo embora possuidora*, goza da *protecção possessória* concedida ao locatário (art. 1037.º, 2 do Cód. Civil), há que determinar a natureza *comunicável* ou *incomunicável* da posição contratual

proveniente do arrendamento do barracão para fins comerciais e industriais.

Se porventura o arrendamento for *comunicável*, haverá que averiguar sobre quem recai o *ônus de comunicar* aos senhores a cedência da fruição do imóvel à LISALCAR, uma vez sabido que foi a *falta de comunicação* dessa cedência que serviu de fundamento ao despejo do imóvel da rua da Palma, requerido pelos embargados ⁽¹⁰⁾.

Por último, interessa naturalmente apurar se a *falta* de preenchimento do *ônus de comunicação* por parte do marido estende ou não *os seus efeitos* à mulher embargante.

Só percorrendo atentamente todas as fases que acabam de ser discriminadas será possível determinar, com rigoroso conhecimento de causa, se o despejo do imóvel, fundado na *falta de comunicação* da cedência do barracão, *procede ou não — e em que termos*, no caso afirmativo — contra a mulher do locatário.

4. *Comunicabilidade do direito ao arrendamento comercial.*

Foi dado como assente nos autos, através da especificação (letras A, B e C): *a*) que os autores deram de arrendamento ao réu (casado em regime de comunhão geral de bens?), um barracão de dois pavimentos, sito na rua da Palma, em Lisboa; *b*) que o arrendamento foi lavrado por escritura de 29 de Março de 1977; *c*) e que o local arrendado se destinava ao exercício de certas actividades industriais e comerciais (especialmente ligadas à reparação de

⁽¹⁰⁾ A nova redacção dada ao n.º 2 do artigo 1038.º do Código de Processo Civil pelo Decreto-Lei n.º 207/80, de 1 de Julho, sabendo-se que as leis processuais são, em princípio, de aplicação imediata, obriga a colocar previamente uma outra questão.

De acordo com a (nova) doutrina da al. *b*) do novo texto do n.º 2 desse artigo, a nenhum dos cônjuges é permitido deduzir embargos de terceiro relativamente aos *bens comuns*, quando a diligência incida, entre outros (bens comuns), sobre os bens que o executado tenha adquirido a título gratuito depois do casamento.

Essa restrição obrigará, por conseguinte, no caso de o arrendamento comercial ser considerado um *valor comunicável*, a perguntar se esse valor, obtido depois do casamento do locatário, *foi ou não adquirido a título gratuito*.

automóveis, aos trabalhos próprios das estações de serviço e à venda de peças e acessórios).

A primeira dúvida que pode naturalmente levantar-se, a propósito dos *embargos* deduzidos pela mulher do locatário, que não foi demandada na acção de resolução do contrato de arrendamento, é a de saber se o contrato de locação do barracão da rua da Palma se *comunicou ou não* a ela.

A questão interessa ao julgamento dos embargos, embora não tenha um interesse *decisivo* na acção.

Se o arrendamento *se não comunicou* à mulher, o direito do locatário é equiparado aos *bens próprios* (dele), e a mulher não tem, por conseguinte, *legitimidade* para deduzir embargos de terceiro, como se depreende desde logo do texto do artigo 1038.º, 1 do Código de Processo Civil, que justificadamente alude apenas à possibilidade de o cônjuge, como terceiro, defender a sua posse quanto aos bens *próprios* (*dele*, embargante) e quanto aos *bens comuns*.

No caso, porém, de o simples arrendamento do barracão constituir um *valor comunicável*, desse facto não resulta necessariamente a improcedência dos embargos de terceiro deduzidos pela mulher, visto que as regras *da administração e disposição dos bens do casal* podem perfeitamente tornar *extensivos* à mulher os efeitos do facto imputado ao marido, que serviu de *causa* ou *fundamento* do despejo ⁽¹⁾.

Esclarecido assim, previamente, o valor relativo da questão da *comunicabilidade* do arrendamento efectuado pelo marido, cabe reconhecer seguidamente que é bastante duvidosa, em face dos textos legais vigentes, a solução do problema da *comunicabilidade* entre os cônjuges do arrendamento para comércio ou indústria

⁽¹⁾ E pode, além disso, como vimos, suceder que, apesar de o arrendamento comercial constituir eventualmente um *valor comunicável*, os embargos de terceiro não tenham nenhum cabimento em relação a eles, nos termos da al. b) do n.º 2 do artigo 1038.º do Código de Processo Civil, por se tratar de um valor (comunicável) adquirido pelo marido (condenado a despejar o imóvel), a *título gratuito*, depois de efectuado o casamento.

celebrado por um deles, no caso de entre eles não vigorar o regime de separação absoluta.

Há, por um lado, a afirmação expressa da *incomunicabilidade* da posição do arrendatário, no arrendamento *para habitação*, feita no artigo 1110.º, 1 do Código Civil e frouxamente apoiada por PIRES DE LIMA, como relator do parecer da C. Corporativa sobre a Lei n.º 2030 ⁽¹²⁾, no *intuitus personæ* que preside no geral à escola do arrendatário habitacional ou residencial.

Da solução expressa consagrada na lei para o arrendamento habitacional ser-se-á naturalmente tentado a extrair a solução oposta, por argumento *a contrario*, para o arrendamento do imóvel efectuado por um só dos cônjuges, tendo em vista o *exercício do comércio* ou *indústria*.

Mas há, por outro lado, a consideração de que, ao redigir o artigo 1110.º, 1 do Código Civil, na sequência do artigo 44.º da Lei n.º 2030, de 22 de Junho de 1948, o legislador se *quis* apenas referir ao arrendamento *para habitação*, deixando deliberadamente em branco o problema da comunicabilidade do arrendamento para fins comerciais ou industriais ou para o exercício de profissões liberais. E, se o intérprete considerar este problema deliberadamente *omisso* na lei, é incontestável a analogia existente, no aspecto em foco, entre o arrendamento *para habitação* e o *arrendamento para o comércio ou indústria*.

O *intuitus personæ* que, muito relativamente, pode interferir na generalidade dos arrendamentos habitacionais não andarão longe do que comanda a escolha ou a aceitação do arrendatário comercial; e as dificuldades a que PIRES DE LIMA alude vagamente, no seu parecer, a propósito da *transmissão do arrendamento residencial*, no caso de morte de um dos cônjuges, de divórcio ou separação podem surgir também com a *comunicabilidade* do arrendamento comercial.

Simplesmente, na dúvida, nada repugna aceitar a tese da *comunicabilidade* do direito ao arrendamento para o exercício do

⁽¹²⁾ Vide, a propósito, a anotação de PIRES DE LIMA ao acórdão do Sup. Trib. Just., de 8 de Outubro de 1962 (na *Rev. Leg. Jurisp.*, 96, pág. 79) e o acórdão do Sup. Trib. Just., de 21 de Dezembro de 1982 (*Bol. Min. Just.*, 322, pág. 338 e segs.).

comércio ou indústria, considerando a posição do arrendatário, globalmente, como um *valor* por ele adquirido na constância do matrimónio e atendendo ao disposto nos artigos 1724.º, 1725.º e 1734.º do Código Civil.

5. *Bens comuns subtraídos aos embargos de terceiro, depois da entrada em vigor do Dec.-Lei n.º 207/80, de 1 de Julho.*

Aceitando assim a tese da *comunicabilidade* do arrendamento comercial celebrado pelo réu em 29 de Março de 1977, não poderia contrestar-se — antes da entrada em vigor da nova redacção que o Dec.-Lei n.º 207/80, de 1 de Julho deu à alínea *b*) do n.º 2 do artigo 1038.º do Código de Processo Civil — a *legitimidade* do seu cónjuge para deduzir embargos de terceiro contra a execução do mandado de despejo.

Dir-se-á que o locatário — e, conseqüentemente, o *co-locatário não é um possuidor*, mas um *mero detentor* (arts. 1251.º e 1253.º, al. *c*) do Cód. Civil). Mas todos sabem que a lei (art. 1037.º, 2 do mesmo Código) concede ao locatário, para defesa dos seus direitos, os mesmos meios de reacção de que pode socorrer-se o possuidor e que, entre estes meios, na galeria da tutela possessória, figuram (art. 1285.º do Cód. citado) os *embargos de terceiro*.

Simplemente, a solução mudou, na verdade, de *sinal* com a maior autonomia que, em certos aspectos, a reforma de 1977 do Código Civil veio conceder a cada um dos cônjuges na *administração*, quer dos bens próprios, quer dos bens comuns levados por qualquer deles para o casal.

Foi na sequência dessa nova linha de orientação que o Dec.-Lei n.º 207/80, de 1 de Julho deu outra redacção ao n.º 2 do artigo 1038.º do Código de Processo Civil, recusando a qualquer dos cônjuges a possibilidade de deduzir embargos de terceiro relativamente aos *bens comuns* (como será, na tese de PIRES DE LIMA e outros autores, o *valor* constituído pelo direito ao arrendamento para fins comerciais), quando a diligência (no caso presente, o *mandado de despejo*) incida sobre bens levados para o casal pelo executado ou por ele posteriormente *adquiridos a título gratuito*.

Ora, o direito ao arrendamento comercial celebrado em 29 de Março de 1977 fo adquirido a *título gratuito* pelo marido, como locatário, depois da celebração do seu casamento.

Embora a locação seja, em si mesmo considerada, um *contrato bilateral* e *oneroso*, a posição do locatário pode ser adquirida, *tanto a título gratuito*, como a título *oneroso*.

É adquirida a *título oneroso* no caso da cessão da posição contratual do locatário mediante remuneração, ou no caso do *trespasse* de estabelecimento comercial, que compreenda o direito ao arrendamento do imóvel onde o estabelecimento se encontre instalado, incluindo o preço do *trespasse*, nesse caso, o valor da transmissão do direito ao arrendamento do prédio.

E será adquirida a *título gratuito* quando, como no caso presente e, em princípio, em todos os casos de arrendamento originário, o locatário nada paga, antes das rendas e para além destas, para ser investido na sua posição contratual.

Nestes termos, sendo o mandado de despejo requerido, como foi, após a entrada em vigor da nova redacção da al. *b*) do n.º 2 do artigo 1038.º do Código de Processo Civil e sendo as novas regras de administração dos bens do casal aplicáveis aos casamentos celebrados antes do começo da sua vigência, tem de dar-se como certo que a mulher do locatário não pode, no caso *sub iudice*, deduzir embargos de terceiro contra o mandado de despejo.

6. *Ónus da comunicação ao senhorio da cedência do gozo do imóvel arrendado para fins comerciais.*

Admita-se, porém, que a *aquisição* do direito do arrendatário do imóvel para fins comerciais não constitui nem um acto *gratuito*, nem um acto *oneroso*, mas sim um acto *neutral*, equiparável às aquisições a título oneroso para o efeito do disposto na al. *b*) do n.º 2 do artigo 1038.º do Código de Processo Civil.

Nesse caso, reconhecida a legitimidade e afirmada a possibilidade de a mulher do locatário deduzir embargos de terceiro contra o mandado de despejo de imóveis que o marido tivesse arrendado para fins comerciais na vigência do casamento, haveria que prosseguir no exame da situação, para se averiguar se o despejo

decretado contra o arrendatário, atento o fundamento da decisão, constitui realmente um *acto ofensivo* do direito do seu cônjuge.

O despejo, ou seja, a resolução do contrato de arrendamento nasceu, no caso presente, como resulta dos autos, do facto de o locatário *ter cedido* a terceiro (uma sociedade comercial da qual ele é sócio — um dos três sócios) o gozo do local arrendado e *não ter comunicado* a cedência aos senhorios, como devia, *dentro do prazo de quinze dias* fixado na lei (art. 1038.º, al. g), do Cód. Civil).

A quem *cumpria* fazer tal *comunicação* aos senhorios (essencial à defesa dos direitos destes), para prevenir a *resolução* do contrato, mesmo estando a cessão *previamente* autorizada? Era evidentemente ao marido, por duas razões.

Primeiro, por força do próprio contrato de arrendamento, visto ser ele quem figura como contraente na celebração do contrato e ser sobre ele que recaem as obrigações, deveres e ónus decorrentes do acordo contratual.

Depois, porque se trata de um valor *comum* do casal, sujeito à administração do marido, como chefe da família, segundo a primitiva versão do n.º 1 do artigo 1678.º do Código Civil (vigente à data em que, segundo a declaração confessória do réu locatário, se deu a cedência do gozo do imóvel à LISALCAR); e de um valor comum mantido na administração do marido (de acordo com o novo regime instituído pela reforma de 1977 do Código Civil para as relações patrimoniais entre os cônjuges), *por ter sido o marido quem o introduziu na comunhão* ⁽¹³⁾.

Nada impedia, entretanto, note-se, que a mulher *pudesse fazer a comunicação*, mesmo antes da entrada em vigor do Dec.-Lei

⁽¹³⁾ É este, efectivamente, o *sentido geral* das novas disposições (art. 1678.º, 2, als. a), b), c) e e)) contidas na versão actual do n.º 2 do artigo 1678.º do Código Civil, como *expressamente* se afirma no relatório preambular do Dec.-Lei n.º 496/77 (n. 15): «A solução acolhida, afirma-se aí, assenta no alargamento do círculo de bens de que cada um dos cônjuges tem a administração exclusiva. Assim, para além dos seus bens próprios e dos proventos do seu trabalho, *cada um dos cônjuges administrará* ainda, entre outros, *aqueles bens que por seu intermédio entraram na comunhão* (art. 1678.º, n.ºs 1 e 2)» (Os sublinhados são de nossa iniciativa).

n.º 496/77, que introduziu o novo n.º 3 do artigo 1678.º do Código Civil, inclusivamente ao abrigo do dever de *auxílio mútuo* consagrado na primitiva redacção do artigo 1673.º do mesmo diploma.

Em resumo, pode assim dizer-se que, no caso de arrendamento comercial efectuado pelo marido (nos regimes de comunhão de bens), *é a ele que incumbe*, seja como *gestor* do seu direito de locatário, seja como *administrador dos bens do casal* ou como *administrador dos bens comuns por ele introduzidos* na titularidade comunitária, o *ónus de comunicar* ao locador a cedência do gozo do imóvel a terceiro, nos termos da al. g) do artigo 1038.º do Código Civil; mas nada impede que a mulher, co-titular do direito ao arrendamento, se substitua ao marido no preenchimento do ónus (art. 1673.º, red. primitiva, do Cód. Civil; art. 1678.º, n.º 3, 1.ª parte, redacção posterior ao Dec.-Lei n.º 496/77, de 25-11).

7. *Legitimidade passiva na acção de despejo fundada na falta de comunicação da cedência do gozo do imóvel.*

Aceite a *comunicabilidade* do arrendamento comercial realizado por um só dos cônjuges em regime de comunhão, analisada a nova orientação da lei quanto aos embargos de terceiro relativamente a bens comuns e definida a pessoa sobre quem *recai o ónus* da comunicação ao senhorio da cedência a terceiro do gozo do imóvel arrendado, importa agora saber contra quem devia então ser instaurada a *acção de despejo* baseada na *falta de comunicação* desta cedência.

Não falta quem sustente que a acção tem de ser proposta contra ambos os cônjuges, em obediência ao disposto no artigo 19.º (*in fine*) do Código de Processo Civil e do artigo 1.º da Lei n.º 35/81, de 27 de Julho de 1981, a pretexto de se tratar de acção da qual pode resultar a *perda* de um direito que *só por ambos* ou *com o consentimento de ambos* pode ser alienado.

Mas é evidente que a tese não tem o menor fundamento legal.

Se o acto de *dar* um imóvel de arrendamento, por parte do dono, apesar da profunda e duradoura oneração que a legislação vinculista do arrendamento lança sobre a coisa, constitui em princípio um *mero acto de administração ordinária*, nos termos do artigo 1024.º do Código Civil, por muito maior razão constituirá um simples *acto de administração ordinária*, quer a operação jurídica de *tomar* de arrendamento um imóvel (de outrem), quer o acto de *rescindir* ou *denunciar* o arrendamento ou de *alienar* a posição dele derivada.

Diferente é o caso do *trespasse* do estabelecimento comercial, que envolve a alienação da titularidade do estabelecimento e que, por isso mesmo, quer o artigo 1682.º, n.º 3 (primitiva redacção), quer o artigo 1682.º-A, n.º 1, al. *b*), na sua actual redacção, do Código Civil expressamente sujeitam ao *consentimento de ambos os cônjuges*.

No caso, porém, da mera *cedência* ou *alienação do direito ao arrendamento* (como sucedeu no caso dos autos, em que o locatário do imóvel confessa que a sociedade LISALCAR se encontra instalada no barracão *desde data anterior à formalização do arrendamento*), é o *simples direito pessoal de gozo* sobre imóvel alheio que está em causa como objecto da transmissão.

A alienação de tal direito, além de caber na esfera dos actos de administração ordinária, exorbita do raio de acção do disposto no n.º 1 do artigo 1682.º-A do Código Civil, em cuja alínea *a*) se exige o consentimento de ambos os cônjuges para o arrendamento ou constituição de outros direitos reais de gozo, mas apenas dos *imóveis próprios* ou *comuns* — não dos imóveis de outrem, como no caso *sub iudice*.

E a conclusão idêntica conduz o preceito do artigo 1682.º-B do mesmo diploma, que limita à *casa de morada da família* a necessidade de *consentimento de ambos os cônjuges* para a *resolução*, *denúncia* ou *revogação* do arrendamento, bem como para o *subarrendamento* e a *cessão da posição* de arrendatário.

Por consequência, sendo imputável ao marido (locatário) a falta contratual que servia de fundamento à acção de despejo, esta podia ser instaurada, como realmente foi, sem a menor quebra das regras da legitimidade (passiva), *apenas contra o cônjuge infractor*.

Esta é, aliás, a doutrina justificadamente aceite no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de Maio de 1984 ⁽¹⁴⁾, na sequência da solução firmada, tanto no tribunal de 1.ª Instância, como na Relação de Lisboa.

Aí se sustenta, com sólido apoio no texto e no espírito das disposições aplicáveis, que «uma acção de despejo de uma loja destinada ao 'comércio de restaurante típico, snack-bar e cervejaria', cumulando ainda o pedido de rendas em dívida, pode ser proposta apenas contra o marido, arrendatário no respectivo contrato, e não também contra a mulher, porque não há, neste caso, litisconsórcio necessário passivo».

E idêntica doutrina é sustentada, com grande firmeza, pelo acórdão da Relação do Porto, de 5 de Janeiro de 1984 ⁽¹⁵⁾, não obstante nele se aceitar a tese da *comunicabilidade* do arrendamento para o exercício do comércio ou indústria.

«De facto, escreve-se neste acórdão, mesmo que ela (refere-se à arrendatária, mulher casada) não fosse o cônjuge administrador..., nem por isso lhe estava vedada a possibilidade de tomar bens de arrendamento sem o consentimento do marido, como resulta do art. 1690.º, n.º 1 do citado Código ... e, conseqüentemente, de rescindir o arrendamento que celebrou, igualmente sem consentimento do marido. E isto porque, se a lei lhe permite tomar bens de arrendamento sem consentimento do seu cônjuge, tenha ou não administração dos bens do casal, nos termos em que lhe reconhece legitimidade para contrair dívidas, evidentemente que também lhe permite a rescisão do arrendamento, sem o dito consentimento».

As duas decisões completam-se e harmonizam-se na mesma linha lógica de pensamento, que é a do direito constituído.

Se o cônjuge arrendatário do imóvel destinado a fins comerciais (*seja ou não comunicável* a locação) pode, por si só, sem necessidade de consentimento do seu consorte, celebrar validamente o arrendamento e pôr termo ao contrato (denunciando-o ou

⁽¹⁴⁾ Publicado no *Bol. Min. Just.*, 337, pág. 322 e segs.

⁽¹⁵⁾ Publicado na *Col. Jur.*, IX, 1984, tomo 1, pág. 208.

cedendo a outrem a sua posição contratual), também será certo que *o locador pode instaurar contra ele — e só contra ele*, sem ferir as regras da *legitimidade* processual — a *acção de despejo*, sobretudo quando o despejo se funde na violação de algum dever contratual, imputado ao locatário.

8. *Eficácia da sentença de despejo contra o cônjuge (do arrendatário comercial) não demandado.*

Assente que a acção de despejo, baseada na violação de deveres contratuais do locatário comercial, pode ser instaurada *apenas* contra o cônjuge locatário (não obstante a possível *comunicabilidade* do arrendamento), porque o arrendatário pode denunciar o arrendamento ou ceder a sua posição sem necessidade do consentimento do outro cônjuge, uma conclusão se impõe necessariamente ao espírito do intérprete.

É a de que a sentença proferida na acção de despejo instaurada, em tais circunstâncias, contra o cônjuge arrendatário *produz efeitos contra o outro cônjuge* e constituirá *caso julgado* em relação a ele, logo que transite em relação ao demandado.

De contrário, seria dar com uma das mãos o que, em seguida, se tiraria com a outra.

Afirmar, por um lado, que o contrato pode ser resolvido e ordenado o despejo do (cônjuge) locatário em acção *só contra ele instaurada*, e admitir, em seguida, que o cônjuge do locatário despejado pode opor-se à desocupação do prédio mediante *embargos de terceiro* seria um verdadeiro absurdo, um ilogismo, uma espécie de *venire contra factum proprium* da parte do legislador, que o intérprete, em princípio, não pode aceitar (art. 9.º, 3 do Cód. Civil).

Isto significa que, em semelhantes circunstâncias, os *embargos de terceiro* devem ser (*liminarmente*) *rejeitados* — por manifestamente não haver nesse caso uma *ofensa* da posse do embargante.

Há, sem dúvida, uma privação do direito pessoal de gozo do embargante sobre o imóvel, mas uma privação *tão legítima* como

a que resultaria da *denúncia* do arrendamento pelo seu consorte (locatário) ou da *cedência da sua posição contratual*. Falta, por conseguinte, ao embargante, no caso *sub iudice*, o elemento substantivo fundamental da sua oposição: a *violação*, a *ofensa*, a *privação ilícita* ou *injustificada* do seu direito (pessoal) de gozo sobre o imóvel.

9. *Meio de obstar à eficácia da sentença contra o cônjuge não demandado.*

Admitamos, porém — embora sem conceder — que assim não era, que não estava certa a conclusão tirada da *legitimidade* do cônjuge arrendatário na acção de despejo para a *eficácia da sentença* nesta proferida contra o cônjuge não demandado.

Isto equivalia a admitir que, por virtude de o cônjuge do arrendatário comercial ser também contitular do arrendamento, a lei não pretendia, com a legitimidade reconhecida ao arrendatário para intervir isoladamente na acção, precluir ao outro cônjuge a possibilidade de alegar e provar *os meios pessoais de defesa* que lhe competissem.

Nesse caso, relativamente ao litígio a que se refere a presente consulta, é evidente que o *único meio pessoal* de defesa acessível ao cônjuge do locatário demandado, ou seja, à mulher embargante, seria a alegação de que *ela comunicou* aos senhorios, em tempo útil, a cedência da fruição do imóvel feita pelo marido à LISALCAR (que nele se instalou desde muito antes de 1977: vide arts. 3.º e 5.º da contestação do réu na acção de despejo).

Com efeito, uma vez provado, na acção de despejo, que *nem o réu (marido) nem a LISALCAR comunicaram* no prazo legalmente fixado a *cedência do gozo do imóvel* e que os senhorios *não reconheceram* a LISALCAR como sua inquilina (comercial), um *único meio pessoal* de defesa poderia servir ao cônjuge do locatário (embargante) para justificadamente impedir a execução do despejo: a alegação e a prova de que *ela própria*, co-titular do arrendamento, *efectuou a comunicação* da cedência aos senhorios.

A verdade, porém, é que os embargos de terceiro *não foram, como deveriam ter sido, liminarmente* rejeitados.

Mas a verdade também é que a embargante *não alegou sequer* na petição de embargos, o *único* facto que poderia justificadamente impedir a execução do mandado de despejo, levando à procedência da sua pretensão.

E já agora o não poderá fazer, visto o não ter feito na petição inicial.

Nestes termos, os embargos *não podem deixar de ser julgados improcedentes* na decisão final, *por falta manifesta de fundamento*.

10. *Resultado inadmissível no julgamento dos embargos.*

Verdadeiramente *condenável e inadmissível*, em face do espírito da lei, seria a solução de julgar *procedentes* os embargos, apesar de a embargante não alegar nenhum facto capaz de *impedir*, no plano do direito substantivo, a faculdade de *resolução* do contrato de arrendamento, no pressuposto de que aos senhorios caberia propor nova acção de despejo contra a mulher do locatário.

Esta ideia contraria abertamente a tese, justificadamente aceite pelos nossos tribunais superiores, de que a *acção de despejo* pode, em tais circunstâncias, ser proposta *apenas*, sem ofensa das regras da legitimidade, *contra o cônjuge arrendatário*.

E a solução levaria ainda a um outro resultado de *revoltante injustiça e iniquidade*.

É que, restituído o imóvel ao gozo da embargante, praticamente ao poder da LISALCAR que o ocupava, os locadores ficariam *definitivamente* impedidos de reagir contra a cedência do gozo do barracão a essa sociedade, visto que, na acção de despejo que propusessem agora contra a mulher do locatário, esta viria triunfantemente arguir a excepção da *caducidade* baseada no decurso do prazo previsto no artigo 1094.º do Código Civil.

Quer dizer: Os autores teriam reagido em tempo oportuno contra a violação contratual cometida pelo locatário e o cessionário do gozo do barracão. Teriam proposto a acção *contra quem é considerado parte legítima* e teriam obtido *ganho de causa*.

Porém, ao executarem a sentença — no caso da acção de despejo, o *mandado de despejo* — os autores encontrariam pela frente

uma espécie de *arma secreta* que o réu faltoso dispararia eficazmente contra eles: a reacção da mulher que, sem destruir nem sequer tentar combater o facto que justifica o despejo, conseguiria afastar para sempre o espectro da desocupação do imóvel.

Os autores teriam chegado a Roma... porém, jamais veriam o Papa!

A solução seria *ilógica, absurda*, e, além disso, *gravemente injusta* — *tão injusta* que, de modo nenhum, pode corresponder ao *verdadeiro pensamento legislativo*.

11. *Conclusões.*

Uma vez chegados a este ponto, são relativamente fáceis de resumir as conclusões que os elementos constantes dos autos (quer da acção de despejo, quer dos embargos de terceiro) e o exame das disposições legais aplicáveis (tanto do direito processual, como do direito substantivo correspondente) impõem ao julgador.

A) Os embargos de terceiro deduzidos pela mulher do arrendatário comercial contra o mandado de despejo passado contra este, por não ter comunicado aos senhorios, em tempo útil (os 15 dias subsequentes ao facto: art. 1038.º, g) do Cód. Civil), a cedência do gozo do imóvel a terceiro, *devem ser rejeitados liminarmente*, porque o artigo 1038.º, 2, al. b) do Código de Processo Civil, na sua nova redacção, não admite os embargos de terceiro relativamente a bens comuns (como seria o direito ao arrendamento comercial efectuado pelo marido, segundo a tese da autora) *que tenham sido introduzidos no casal pelo cônjuge demandado;*

B) E devem ser de igual modo liminarmente rejeitados, na hipótese de se considerar como *valor próprio*, exceptuado da comunhão, o arrendamento comercial celebrado por *um só dos cônjuges*, visto os embargos de terceiro só terem cabimento, como é lógico e *expressis verbis* se afirma no artigo 1038.º, 1 do Código de Processo Civil, quanto aos *bens próprios (do embargante)* e quanto aos *bens comuns;*

C) Mesmo admitindo que o direito proveniente do arrendamento comercial celebrado por um dos cônjuges é comunicável ao outro, e não é directamente abrangido pela limitação estabelecida na al. b) do n.º 2 do artigo 1038.º do Código de Processo Civil, os embargos de terceiro não podem, no caso concreto da consulta, deixar de ser liminarmente rejeitados ou julgados improcedentes a final;

D) Com efeito, a tomada do imóvel de alguém por arrendamento, para nele exercer o comércio, constitui manifestamente um acto de administração ordinária, uma vez que como tal qualifica a lei o acto, bem mais gravoso, de alguém ceder o seu imóvel de arrendamento a outrem (art. 1024.º, 1 do Cód. Civil);

E) Sendo um acto de administração ordinária, o marido poderia validamente, por si só, ter tomado o imóvel de arrendamento (art. 1678.º, 1, do Cód. Civil, red. primitiva; art. 1678.º, 3, 1.ª parte, redacção actual); tal como pode, validamente, *por si só*, denunciar ou transmitir o direito proveniente desse arrendamento;

F) Consequentemente, a acção de despejo fundada na falta de comunicação ao senhorio da cedência do gozo do imóvel ou em qualquer outra violação dos deveres contratuais do locatário *pode ser instaurada apenas* contra o cônjuge arrendatário, como os nossos tribunais superiores têm justificadamente entendido, visto a lei não estabelecer nestes casos nenhum *litisconsórcio passivo necessário* entre os cônjuges;

G) Podendo a acção de despejo ser proposta apenas contra o cônjuge arrendatário, sem necessidade de demandar o outro, isso significa que a *sentença* nela proferida, mesmo que o direito ao arrendamento seja considerado um valor comum do casal, *produz efeito contra o outro cônjuge*, constitui *caso julgado* contra ele;

H) Se a sentença assim proferida constitui caso julgado contra ambos os cônjuges, a conclusão inevitável dessa premissa é a de que *nenhum dos cônjuges* pode contra ela *deduzir embargos de terceiro*;

I) Aliás, num caso como o dos autos, em que a sentença e o consequente mandado de despejo se fundam num facto negativo

— a falta de comunicação aos senhorios, em tempo oportuno, da cedência do gozo do imóvel —, o *único meio pessoal de defesa* que a embargante poderia compreensivelmente pretender lhe fosse facultado seria a alegação de ter ela efectuado — ela própria — a *comunicação* aos senhorios, que nem o marido nem o beneficiário da cedência fizeram.

Como ela, porém, nem de perto nem de longe fez semelhante alegação na petição de embargos — porque certamente *não fez tal comunicação*, pois, se a tivesse feito, é evidente que *o marido a teria invocado na acção de despejo!* — os embargos, mesmo que *indevidamente* sejam recebidos, *não podem a final deixar de ser julgados improcedentes*;

J) De contrário, a sentença que os julgou procedentes não só envolveria uma séria de *ilegalidades*, como consagraria uma *verdadeira injustiça*.

Tal é, s.m.j., o meu parecer.

Lisboa, 18 de Novembro de 1985

Antunes Varela

CONSULTA

1. Os donos de um barracão de dois pavimentos, sito na rua da Palma, em Lisboa, deram esse imóvel de arrendamento a determinado indivíduo, mediante escritura lavrada em 29 de Março de 1977, destinando-se o arrendamento ao exercício de actividades comerciais, em geral, e à reparação e venda de automóveis, de peças e acessórios, em especial.

Entre as cláusulas do contrato figurava uma, que permitia ao arrendatário sublocar, mas por uma só vez, o local arrendado.

Cerca de três anos mais tarde, vieram os locadores a saber que o inquilino permitira, desde o início do contrato, a instalação de uma sociedade comercial no barracão locado, onde plenamente exercia a sua actividade, sem que do facto tivesse sido dado *qualquer conhecimento* aos senhorios.

Com base nessa *falta grave* do inquilino propuseram os locadores, em Julho de 1980, acção de despejo contra o arrendatário faltoso.

A acção foi julgada procedente, depois de duas decisões de sentido oposto proferidas pelo Tribunal de 1.^a Instância, sendo assim decretado o despejo do imóvel.

2. Passado e executado o *mandado de despejo* (e arrendado até o imóvel a novos inquilinos), veio a mulher do inquilino (que nos autos não fez ainda prova do casamento) deduzir *embargos de terceiro*, contra a diligência judicial decretada, que considerou ofensiva da sua *posse*.

A embargante alegou que, sendo ela casada com o arrendatário em regime de comunhão geral de bens desde 11 de Março de

1967, o arrendamento comercial celebrado com o marido em Março de 1977 constituía um *valor comum* do património do casal. Além de se tratar de um valor comum, pertencente a ambos os cônjuges, a embargante afirmou ter praticado sobre o direito de arrendamento proveniente do contrato de Março de 77 vários actos de *posse*, como por exemplo a *sublocação* que ela e o marido fizeram do barracão logo em 16 de Julho de 1980.

Consequentemente, ela devia ter sido demandada na acção de despejo. E, como o não foi e a diligência judicial da desocupação do imóvel ofende a sua posse de co-locatária, não pode deixar de lhe ser permitido deduzir *embargos de terceiro*.

Os embargados, que o juiz mandou ouvir previamente, sustentaram que os embargos deviam ser *liminarmente rejeitados*, por várias razões, entre as quais se destacavam as seguintes:

- a) porque o marido não comprou o direito ao arrendamento do barracão, mas o adquiriu sem remuneração especial, não podia deixar de se aplicar a esse direito o disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 1038.º do Código de Processo Civil, segundo a nova redacção que deu a esse n.º 2 o Decreto-Lei n.º 207/80, de 1 de Julho;
- b) sendo a celebração do arrendamento um acto de *administração ordinária*, que o marido tinha plenos poderes para realizar à data (29 de Março de 1977) em que a escritura foi lavrada, e não cabendo o acto da sua extinção entre aqueles que hoje requerem o *consentimento de ambos os cônjuges*, a acção de despejo não necessitava de ser proposta simultaneamente contra marido e mulher, para produzir todos os seus efeitos;
- c) como administrador dos bens do casal, à data em que o barracão foi cedido à sociedade Lisalcar, L.^{da}, era ao marido que incumbia levar o facto dessa cessão ao *conhecimento* dos senhorios, não podendo deixar de reflectir-se sobre o casal as consequências do incumprimento desse dever.

3. Com estes fundamentos foram os embargos liminarmente rejeitados no tribunal de 1.ª Instância e foi a decisão mantida pelo

tribunal da Relação, no julgamento do agravo contra ela interposto pela embargante.

De opinião diferente foi, porém, o Supremo Tribunal de Justiça no acórdão que, *admitindo os embargos*, mandou prosseguir o respectivo processo.

Como V. Ex.^a já emitiu parecer nestes autos contra a admissão dos embargos, gostaríamos de conhecer agora a sua posição relativamente à marcha ulterior do processo.

CONSULTA

I

Evolução da acção entre a primeira e a segunda consulta

1. *O acórdão do Supremo sobre a admissibilidade dos embargos de terceiro.* Esta é, realmente, a segunda vez que o consultor se defronta com a presente acção, já depois de deduzidos embargos de terceiro pela consorte do arrendatário condenado a desocupar o barracão da rua da Palma.

Mais de três anos são volvidos sobre a data da emissão do primeiro parecer, favorável à tese da *rejeição liminar* dos embargos.

Foi essa a doutrina que vingou no tribunal de 1.^a Instância e na Relação de Lisboa, num caso e noutro apoiada em razões que coincidem, nos pontos fundamentais focados, com a posição defendida no parecer.

Diferente foi, porém, a solução proclamada no acórdão do Supremo, de 20 e Outubro de 1988, que admitiu e mandou prosseguir os embargos.

Como o despacho de recebimento dos embargos de terceiro possui, no entanto, um *valor muito limitado e provisório* ⁽¹⁾ (seme-

(¹) Diz-se, com efeito, no n.º 2 do artigo 1041.º do Código de Processo Civil que «o despacho que receba os embargos apenas assegura o eguimento deles». A *limitação* introduzida pelo advérbio (*apenas*) quer manifestamente significar que os embargos podem, no termo da segunda fase a que se refere o artigo 1042.º, não só ser *juizados*

lhante ao do despacho que, no processo declaratório ordinário, determina a citação do réu), vale a pena referir a resposta dada neste acórdão de 88 às questões formuladas pelas partes e analisar atentamente os fundamentos em que ela assenta, pelo manifesto interesse que a matéria continua a revestir para o julgamento final da procedência dos embargos.

2. *Análise da decisão: A) Caracter (gratuito ou oneroso?) da aquisição do arrendamento do barracão.* O acórdão do Supremo, com o qual a justiça fez cair o pano sobre o 2.º acto deste pequeno drama judiciário, que há mais de oito anos se arrasta penosamente nos tribunais, é uma peça pouco feliz, das menos felizes que, nestes últimos tempos, emanadas do tribunal de revista, vieram ao nosso conhecimento.

Começa o acórdão por se referir à acção de despejo, que constituiu o processo principal, afirmando que ela teve por *fundamento* a *sublocação* do barracão da rua da Palma à Sociedade Lisalcar, L.^{da}. Afirmação que *não corresponde* à rigorosa realidade dos factos.

O *fundamento* invocado pelos autores para obterem a *resolução do arrendamento*, como se conclui da simples leitura da petição inicial, baseou-se na *cessão verbal* (ou *de facto*) da posição de locatário do imóvel, feita pelo demandado (na acção de despejo) à Lisalcar, que data do começo do arrendamento (Março de 1977), e na *falta de comunicação* do facto aos senhorios, dentro do prazo prescrito na lei (cfr. arts. 13.º e 14.º da petição). A *sublocação* feita à Lisalcar pelo réu e sua consorte, mediante escritura pública, data

improcedentes, mas ser também *rejeitados*, por qualquer dos fundamentos que poderiam ter determinado a sua *rejeição liminar*.

A disposição do n.º 2 do artigo 1041.º é, assim, uma disposição de sentido análogo à do n.º 2 do artigo 479.º (segundo a qual o despacho de citação do réu não obsta a que a petição venha a ser indeferida no saneador por qualquer dos fundamentos que podiam ter determinado o seu *indeferimento liminar*) e à do n.º 2 do artigo 475.º (do mesmo Código de Processo), por força da qual a decisão do tribunal superior favorável ao autor, no agravo contra o despacho de indeferimento da petição, quando se relacione com a alínea c) do n.º 1 do artigo 474.º apenas assegura o *seguimento* — mas não a *procedência* da causa. Cfr. a propósito, ANTUNES VARELA, M. BEZERRA e SAMPAIO E NORA, Manual de Processo Civil, 2.ª ed., n.º 86, pág. 270.

por sua vez de 16 de Julho de 1980 (cfr. art. 11.º da réplica dos autores).

Mesmo que tenha sido a embargante quem, na petição de embargos (de terceiro), trouxe aquela versão dos factos ao processo, haveria toda a vantagem em que, no relatório do acórdão, se fizesse a correcção devida, com a *reconstituição precisa da matéria de facto* capaz de interessar a todos os aspectos do julgamento da causa ⁽²⁾.

Mais importante, porém, do que a fidelidade histórica da narração do facto destacado (que apenas pode interessar à questão da *legitimidade passiva* na acção de despejo) é já a resposta dada pelo acórdão, na sua parte decisória, à primeira das questões de direito suscitadas pelas partes sobre a *admissibilidade dos embargos*.

Tratava-se concretamente de saber se, admitida a *comunicabilidade* entre os cônjuges da posição do arrendatário comercial ⁽³⁾, o direito ao arrendamento do barracão adquirido pelo marido através da escritura pública de 29 de Março de 1977 deve considerar-se incluído entre os bens «posteriormente adquiridos a

⁽²⁾ A precisão desse ponto reveste, com efeito, incontestável interesse para o exame da causa.

A *cessão de facto* da posição de locatário, efectuada a favor da Lisalcar, logo que o contrato de arrendamento começou a vigorar, é naturalmente imputável ao marido da embargante, que é o único dos cônjuges que subscreve, na qualidade de arrendatário, a escritura de arrendamento de 29 de Março de 1977. E por isso a acção de despejo foi *justificadamente* instaurada apenas contra ele.

A *sublocação*, pelo contrário, foi realizada por ambos os cônjuges, mediante escritura pública de 16 de Julho de 1980 (quando a acção de despejo já se encontrava distribuída em 17 deste mês). E, se a acção de despejo nela se fundasse, teria certamente de ser proposta contra ambos os cônjuges, sob pena de ilegitimidade, por força do disposto no artigo 19.º do Código de Processo Civil.

⁽³⁾ É um ponto bastante duvidoso, como já fora salientado no nosso parecer anterior.

Por um lado, há a indicação, por argumento *a contrario* do disposto no artigo 1110.º, 1, do Código Civil sobre a *incomunicabilidade* da posição do locatário habitacional, de que o legislador quis considerar a situação do arrendatário comercial como *comunicável* ao outro cônjuge.

Por outro lado, a estreita afinidade existente entre a posição jurídica do arrendatário para habitação e a situação do arrendatário comercial fará pender a balança da intuição do julgador para a aplicação analógica da norma contida no artigo 1110.º, apesar de à

título gratuito» ou entre os bens adquiridos *a título oneroso*, para o efeito do disposto na alínea *b)* do n.º 2 do artigo 1038.º do Código de Processo Civil.

Sobre a questão decidiu o acórdão, sem a menor hesitação, contra a doutrina aceite nas instâncias e sustentada no nosso parecer junto aos autos, que «o bem comum constituído pelo direito ao arrendamento é assim *adquirido* pelo locatário *a título oneroso*, já que ele ficou *obrigado à prestação da renda* ao locador».

O julgador confundiu manifestamente o *contrato de arrendamento*, em si mesmo considerado, com a *aquisição da posição de arrendatário*, que é realidade jurídica essencialmente distinta ⁽⁴⁾.

A tese simplista, aceite pelo Supremo, de que basta o arrendatário *ficar obrigado a pagar renda ao senhorio* para a aquisição do arrendamento (ou da posição jurídica do arrendatário) ser considerada *acto a título oneroso* leva a consequências verdadeiramente absurdas, que ditam sem apelo nem agravo a sua pronta rejeição.

Com efeito, segundo a tese (insustentável) do acórdão, se o arrendatário ficar *autorizado* no contrato a *ceder* a sua posição contratual e *usar da autorização concedida*, fará necessária e sis-

solução poder opor-se sempre o princípio da *inaplicabilidade*, por analogia, das normas de carácter excepcional.

Mais de um ano após a elaboração do parecer e sua junção aos autos, teve o autor nova oportunidade de reflectir mais demoradamente sobre o tema, na anotação feita ao acórdão do Supremo, de 21 de Dezembro de 1982 (na *Rev. Leg. Jurisp.*, 119, pág. 243 e segs.), acabando por se inclinar abertamente para a tese da *comunicabilidade* da posição do arrendatário comercial.

⁽⁴⁾ São realidades de tal modo distintas que, numa correcta aplicação dos conceitos da *gratuidade* e da *onerosidade*, o contrato de locação é sempre *um contrato a título oneroso*, ao passo que a aquisição da locação tanto pode realizar-se *a título gratuito* como *a título oneroso*. Sobre o conceito de *onerosidade* (característica dos contratos em que a *atribuição patrimonial* de cada uma das partes tem como *correspectivo*, *contraprestação* ou *equivalente*, segundo a intenção dos contraentes, a *atribuição patrimonial* do outro) e de *gratuidade* (característica dos contratos em que uma das partes faz uma atribuição patrimonial à outra, *sem qualquer correspectivo, equivalente ou contraprestação*), vide ANTUNES VARELA, *Ensaio sobre o conceito do modo*, Coimbra, 1965, n.º ???, pág. 53 e segs.; Id., *Das obrigações em geral*, I, 6.ª ed., Coimbra, 1989, n.º 96, pág. 368; MOSCO, *Onerosità e gratuità*, 1942; NICOLÒ, *Alea*, na *Enc. del dir.* e SACCO, *Il contratto*, n.º 234, pág. 825 e segs.; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, II, 4.ª reimpressão, n.º 69, pág. 54 e segs.

tematicamente uma *cessão a título oneroso*, quer cobre, quer não cobre, do outro contraente *retribuição* pela transmissão efectuada. A *cessão* da sua posição, por maior que seja o valor dela, será sempre feita a *título oneroso*, mesmo que o cedente *não receba um tostão em troca dela* ... só porque o cessionário fica obrigado a *pagar a renda ao senhorio!*

O cônjuge, o parente, ou o afim na linha recta do arrendatário habitacional que, nos termos do artigo 1111.º do Código Civil (com a alteração do texto introduzida pela Lei n.º 46/85, de 20 de Setembro), sucedam na posição do locatário, adquiririam esta posição, *não a título gratuito*, mas a *título oneroso* ... porque *terão de pagar a renda ao senhorio!*

O legislador brasileiro, ao publicar a célebre *Lei das luvas* (Dec. n.º 24 150, de 20 de Abril de 1934, art. 29.º), teria em grande parte, segundo a tese do acórdão do Supremo, andado a esgrimir contra moinhos de vento, porque a *obtenção ou a renovação do arrendamento* não relevam para o Direito e o que conta juridicamente é apenas a *renda devida ao locador* (5).

3. *Aquisição gratuita do arrendamento*. Há, efectivamente, que distinguir, como se depreende da apreciação crítica do acórdão feita no número precedente, entre a *remuneração do gozo temporário da coisa locada* (a *renda*), que torna a locação um contrato *típico*, simultâneamente bilateral e *oneroso* (6), e a *retribuição da aquisição do arrendamento*, ou seja, da *posição contratual do arrendatário*, nos casos em que ela não é gratuita.

Há casos em que a aquisição da *posição* do arrendatário se faz a *título oneroso*, mediante uma contraprestação inteiramente dis-

(5) O defeito capital do acórdão está realmente em não se aperceber do que *custa* ou pode *custar* a aquisição da posição de arrendatário, de fornecedor, de vendedor ou representante em exclusivo, da aquisição de qualquer posição contratual em geral (cfr. art. 426.º, 1 do Cód. Civil) e em passar inteiramente em claro a influência decisiva que esse fenómeno exerce na classificação jurídica da aquisição como *gratuita ou onerosa* — à margem do carácter oneroso próprio da posição contratual cedida, no contrato em que ela se insere.

(6) PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, II, 3.ª ed., anotação aos arts. 1022.º e 1129.º — no confronto entre a *locação* e o *comodato*.

tinta da *renda* e que não é por via de regra paga sequer ao locador, mas a outra pessoa, como sucede quando o arrendatário, autorizado a ceder a sua posição contratual, o faz a troco de um *cor-respectivo*, ou quando o arrendatário comercial trespassa o seu estabelecimento comercial, mas acrescentando, no preço convenicionado, ao valor do estabelecimento em si mesmo considerado o valor do arrendamento do imóvel (alheio), no qual o estabelecimento tem a sede (7).

E outros casos há em que a aquisição do arrendamento (*rectius*: da *posição contratual do arrendatário*) se processa a título *gratuito*, como sucede no caso da transmissão legal prescrita no artigo 1111.º do Código Civil e ainda no caso de o arrendatário, autorizado a ceder a sua posição, o fazer em benefício de terceiro, *sem dele receber qualquer contraprestação*.

Se o acórdão do Supremo tivesse sabido distinguir, como fizeram as instâncias, entre a *remuneração do gozo da coisa locada* e a *remuneração da aquisição do arrendamento* ou da *posição contratual do arrendatário*, fácil lhe teria sido encontrar o *rumo certo* da solução procurada, em face da legislação vigente.

Verifica-se, com efeito, que a reforma de 1977 do Código Civil, depois de ter sujeitado a gestão dos bens comuns dos cônjuges ao espartilho da *administração conjunta*, em qualquer das variantes previstas no n.º 3 do artigo 1678.º (nova redacção) (8), abriu uma série de *válvulas de descarga* ou de *descompressão* no n.º 2 da mesma disposição, para permitir a um só dos cônjuges,

(7) Diferente era a situação no caso apreciado e julgado no acórdão do Supremo, de 21 de Dezembro de 1982, por nós anotado na *Rev. e de Jurisp.* (ano 119.º, pág. 233 e segs.), em que o marido adquiriu o direito à locação do imóvel através do trespasso do estabelecimento nele instalado. Aliás, no próprio sumário do acórdão (n.º III) se distingue, implicitamente, entre a aquisição do arrendamento a título gratuito e a título oneroso, ao afirmar-se que «no regime da comunhão de adquiridos fazem parte da comunhão de bens adquiridos pelos cônjuges na constância do matrimónio, inexistindo disposição legal a exceptuar da comunhão, o estabelecimento comercial e o direito ao arrendamento que dele faça parte, ou o simples direito ao arrendamento para comércio ou indústria, quando a sua aquisição, por qualquer dos cônjuges, tenha lugar na constância do matrimónio, a título oneroso». (sublinhado nosso).

(8) Vide, acerca do novo regime, ANTUNES VARELA, *Direito da família*, 3.ª ed., Lisboa, 1993, n.º 76, pág. 370 e segs.

sem necessidade do consentimento do outro, a administração de determinados bens comuns.

Entre essas *válvulas de escape*, instaladas na área dos *bens comuns*, destacam-se as da alínea *a*) e da alínea *c*) do n.º 2 do artigo 1678.º do Código Civil. A primeira confere ao cônjuge a administração dos *proventos que receba pelo seu trabalho*; a segunda, a administração dos bens comuns por ele *levados para o casamento ou por ele adquiridos a título gratuito* depois do casamento.

Ora, a realização do arrendamento que o réu, *por sua iniciativa e sem qualquer remuneração para o efeito* (visto se tratar dum *arrendamento originário*), celebrou com os autores (da acção de despejo) em 29 de Março de 1977, é um acto que cabe perfeitamente no texto e no espírito da al. *c*) do n.º 2 do artigo 1678.º, visto ter sido realizado com a exclusiva intervenção do marido, *sem o dispêndio de um centavo sequer do património comum do casal*. E, apesar de o acto de aquisição do arrendamento ser anterior à publicação e entrada em vigor da reforma do Código Civil, não restam dúvidas sobre a aplicação da nova doutrina do artigo 1678.º ao arrendamento de Março de 1977, dada a aplicação imediata do *novo regime de administração* dos bens do casal, quer aos casamentos futuramente constituídos, quer aos casamentos anteriores que se mantivessem ainda ao tempo da entrada em vigor da reforma.

Ora, o novo preceito da alínea *b*) do n.º 2 do artigo 1038.º do Código de Processo Civil — que afasta os embargos de terceiro por parte do cônjuge, sempre que a diligência judicial que se pretende impugnar incida sobre determinados bens comuns —, introduzido no texto legal pelo Decreto-Lei n.º 207/80, de 1 de Julho, encontra-se intimamente ligado à nova orientação da reforma de 1977. São precisamente os bens discriminados nas alíneas *a*), *b*) e *c*) do n.º 2 do artigo 1678.º do Código Civil, como confiados à *administração de um só dos cônjuges*, que o Código de Processo Civil coloca fora do alcance dos *embargos de terceiro* opostos ou deduzidos pelo outro cônjuge.

Quer isto dizer que, se não fora a *confusão* feita pelo acórdão e a *infundada qualificação* que o Supremo atribuiu ao acto de celebração do arrendamento de 29 de Março de 1977, já a questão a esta hora se encontraria definitivamente arrumada, de harmonia

com a lei aplicável, e as partes não continuariam ingloriamente, por alguns meses mais, a sua luta pelo Direito.

4. *Cont. B) A legitimidade passiva na acção de despejo.* A segunda questão que o acórdão do Supremo atacou — e também neste caso, como se vai ver, com *manifesta infelicidade* — foi a da *legitimidade passiva* na acção de despejo instaurada pelos donos do barracão.

Afirmou-se, a esse propósito, no acórdão da Relação que, cabendo ao marido da embargante a administração do direito ao arrendamento, apenas contra ele devia ser proposta a acção de despejo, visto não ser aplicável à situação, nem o disposto no artigo único da Lei n.º 35/81, de 27 de Agosto, nem o preceituado no artigo 1682.º-B do Código Civil, atenta a natureza *não habitacional* do arrendamento.

A estas considerações opõe o acórdão do Supremo duas razões, qual delas *mais inconsistente*.

A primeira é que a operação jurídica de *tomar de arrendamento* não constitui *um acto de administração ordinária* e necessita, por conseguinte, de ser praticado com o consentimento de *ambos os cônjuges*, nos termos do artigo 1678.º, n.º 3, do Código Civil.

A segunda é que a doutrina do artigo único da Lei n.º 35/81, de 27 de Agosto, não conduz à desnecessidade de a acção de despejo ser proposta contra marido e mulher, uma vez que a acção de despejo pode implicar a *perda de direitos* que só com o *consentimento de ambos* podem ser alienados.

5. *Apreciação crítica das razões invocadas no acórdão.* É manifesta a improcedência das razões invocadas no acórdão.

Não se indica especificadamente na lei qual seja a natureza jurídica do acto de *tomar de arrendamento* um imóvel, não se dizendo directamente se é *um acto de disposição*, se *um acto de mera administração* ⁽⁹⁾.

(9) A ideia geral que preside à distinção entre os *actos de mera administração* e os *actos de disposição* é, como se sabe, a de que os primeiros não excedem o perímetro dos actos de *conservação e de frutificação normal dos bens* (vide M. ANDRADE, *Teoria*

Mas diz-se, em contrapartida, que o acto de *dar uma coisa em locação* (quer se trate de *coisa móvel*, quer de *coisa imóvel*) constitui, para o locador, um *acto de administração* — e de *administração ordinária* —, excepto quando for celebrado por prazo superior a seis anos (art. 1024.º, 1, do Cód. Civil).

Ora, se o acto de *dar o imóvel em arrendamento*, podendo o arrendamento *perpetuar-se* por vontade do inquilino e podendo o contrato transmitir-se, por morte do arrendatário, para outras pessoas, constitui um *acto de administração ordinária* (e não de *disposição*), por maioria incontestável de razão se terá de qualificar como acto de *administração ordinária* a operação de *tomar o imóvel de arrendamento*, sabendo-se que o locatário pode *pôr termo livremente ao contrato*, logo que finde o prazo convencionado ou a prorrogação legal ou convencional desse prazo.

Por outro lado, desde que o arrendamento do barracão da rua da Palma foi realizado em 29 de Março de 1977, antes por conseguinte da entrada em vigor da reforma da 1977 do Código Civil, é inquestionável que *o marido* (da embargante), na qualidade de *chefe de família*, tinha plenos poderes para celebrar aquele contrato (art. 1678.º, 1, do Cód. Civil, primitiva redacção).

É de igual modo evidente que a *acção de despejo*, instaurada em Julho de 1980, se não inscreve dentro do círculo de acções que, por força do disposto no artigo 19.º do Código de Processo Civil, nos artigos 1682.º-A e 1682.º-B (provenientes da reforma de 1977) do Código Civil e até no próprio artigo único da Lei n.º 35/81, de 27 de Agosto⁽¹⁰⁾, devem ser propostas *contra ambos os cônjuges*, sob pena de *ilegitimidade*.

geral da relação jurídica, cit., n.º 70, pág. 61 e segs.; ANTUNES VARELA, *Direito da família*, 1987, n.º 73, pág. 366; LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 5.ª ed., 1980, § 18, II, c), pág. 290), enquanto os *actos de disposição* se caracterizam pelo facto de, incidindo sobre um direito existente, *o modificarem, o transmitirem ou o revogarem*.

Ora, sob nenhum dos aspectos por que a distinção pode ser tomada, o acto de *tomar de arrendamento bens de outrem* excede os limites da *administração ordinária*.

(10) Embora a acção questionada (de despejo) tenha sido proposta antes da entrada em vigor da Lei n.º 35/81, não pode esquecer-se que o n.º 2 do artigo único mandava aplicar a doutrina do diploma às próprias *acções pendentes*, em que não houvesse decisão com trânsito em julgado incompatível com a sua aplicação.

Diz-se, com efeito, no artigo 19.º do Código de Processo Civil que «devem ser propostas contra o marido e a mulher as acções emergentes de factos praticados por ambos os cônjuges, as acções emergentes de facto praticado por um deles, mas em que pretenda obter-se decisão susceptível de ser executada sobre bens comuns ou sobre bens próprios do outro, e ainda as acções compreendidas no artigo antecedente».

Como a *acção de despejo*, em que se inserem os embargos de terceiro, se baseou *num facto imputado a um dos cônjuges* (o cônjuge arrendatário, que *não comunicou* — em tempo oportuno — a cessão da sua posição contratual) e a decisão (desocupação do imóvel) se destina a ser executada sobre o imóvel pertencente aos autores (e não aos cônjuges ou a qualquer deles), só por força do preceituado na parte final do artigo 19.º do Código de Processo Civil poderia exigir-se a presença simultânea de marido e mulher nessa acção.

Ora, no artigo antecedente (art. 18.º do Código Processo Civil) — a tal disposição para que remete a parte final do artigo 19.º do mesmo diploma — determina-se que «sejam propostas por marido e mulher, ou por um deles com o consentimento do outro, as acções de que possa resultar a perda ou oneração de bens que *só por ambos possam ser alienados*, ou a perda de direitos que *só por ambos possam ser exercidos*».

E idêntico critério veio praticamente a ser consagrado no artigo único da Lei n.º 35/81, por força do qual «devem ser propostas contra o marido e a mulher as acções que possam implicar a *perda de direitos que só por ambos ou com o consentimento de ambos possam ser alienados*, designadamente as acções que tenham por objecto directa ou indirectamente a casa de morada de família».

Deixando de lado as acções relativas à *casa de morada da família*, entre as quais se não inscreve a presente acção, que nada tem a ver com a morada de família da embargante, verifica-se que a *regra de legitimidade passiva* proclamada na lei de 1981 coincide praticamente com a exarada no artigo 19.º da lei processual.

E então a interrogação que uma e outra disposições levantam perante a questão da admissibilidade dos embargos do cônjuge do

condenado contra a execução do despejo é concretamente a mesma.

Será a acção de despejo instaurada contra qualquer dos cônjuges uma dessas acções de que possa resultar a *perda* de direitos que *só por ambos possam ser exercidos ou a perda ou oneração de bens que só por ambos possam ser alienados?*

Se o acto de *tomar um imóvel de arrendamento* é, como se depreende do disposto no artigo 1024.º, n.º 1, do Código Civil, por argumento *a maiori ad minus*, um acto de *administração ordinária* e se os actos de administração ordinária dos bens comuns, em geral, podem ser válida e eficazmente praticados por um só dos cônjuges, sem necessidade de consentimento do outro ⁽¹¹⁾, é evidente (por força do princípio do *contrarius actus*) que qualquer deles pode, por si só, extinguir o arrendamento que tenha realizado para gozar imóveis pertencentes a outrem.

E não se diga, como faz a embargante, que outra é, pelo menos, a solução decorrente do disposto no n.º 1 do artigo 1682.º-A do Código Civil.

Na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 1682.º-A exige-se, com efeito, o consentimento de ambos os cônjuges para a *alienação, oneração* e também para o *arrendamento* ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre *imóveis próprios ou comuns*.

Como, porém, nesta disposição legal se trata apenas — e muito justificadamente! — do arrendamento de *imóveis próprios ou comuns dos cônjuges* e, no caso dos autos, se trata, bem pelo contrário, do arrendamento de um *imóvel pertencente a terceiro*, é manifesta a inaplicabilidade do preceito (bem como do artigo único da Lei n.º 35/81) à situação da consulta.

⁽¹¹⁾ Era diferente a situação registada no caso do acórdão do Supremo de 21 de Dezembro de 1982, por nós anotado na *Rev. Leg. Jurisp.* (ano 119.º, pág. 243 e segs.).

O que nesse caso estava em risco era a *perda da locação do estabelecimento comercial* (incluída no trespasse dele) e a *locação do estabelecimento comercial, próprio ou comum*, é dos actos que hoje necessitam do consentimento de *ambos os cônjuges*, por força do disposto na al. *b*) do n.º 1 do artigo 1682.º-A do Código Civil.

No caso da presente consulta, o que está em risco é apenas o *direito de arrendamento* (para comércio ou indústria), porque o estabelecimento comercial instalado no imóvel *pertence à Lisalcar — e não aos cônjuges ou a qualquer deles*.

E outro tanto pode dizer-se, *mutatis mutandis*, relativamente à determinação da alínea *b*) do n.º 1º do mesmo artigo 1682.º-A do Código Civil, que sujeita ao consentimento de ambos os cônjuges a *alienação, oneração ou locação* de estabelecimento comercial *próprio ou comum*.

Desde que, segundo a confissão do réu e da própria embarcante, o estabelecimento comercial instalado no barracão da rua da Palma *pertence à Sociedade Lisalcar — e não a nenhum deles*, é também evidente a inaplicabilidade desse preceito à situação dos autos (12).

6. *Análise da jurisprudência sobre a matéria.* Pode assim concluir-se, através da análise das duas razões em que assenta o acórdão do Supremo sobre a *admissibilidade dos embargos de terceiro*, que a tese do *litisconsórcio necessário passivo* dos dois cônjuges, na acção de despejo destinada a extinguir apenas o direito ao arrendamento comercial celebrado por um deles como administrador dos bens do casal, sem interferir com qualquer estabelecimento comercial comum ou próprio do marido ou da embarcante, não tem, salvo o devido respeito, que é muito, ponta por onde se lhe pegue.

Esta conclusão pode, aliás, ser facilmente *abonada* com o exame da *jurisprudência mais qualificada*, quer sobre a *legitimidade* dos cônjuges na acção de despejo, tendo o arrendamento comercial sido celebrado por um deles apenas, quer sobre a

(12) Diferente, como vimos, é a situação analisada no acórdão de 21 de Dezembro de 1982, por nós anotado na *Revista* (ano 119.º, pág. 242).

Nesse caso estava instalado no imóvel arrendado um *estabelecimento comercial* pertencente a *ambos os cônjuges* e a *perda* da acção de despejo envolveria a perda de um direito (à instalação do estabelecimento no imóvel que era a sua sede) que só com o consentimento de ambos os cônjuges poderia ser exercido, nos termos da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 1682.º-A.

Com efeito, se a simples oneração do estabelecimento comercial, próprio ou comum, exige o consentimento de ambos os cônjuges, igual exigência haverá naturalmente de ser formulada para o estabelecimento sair do imóvel onde tem a sua sede, com a implícita renúncia a um dos elementos mais valiosos do estabelecimento, que à a sua situação local e a sua instalação.

admissibilidade dos embargos de terceiro, deduzidos pelo outro cônjuge.

No acórdão do Supremo, de 3 de Maio de 1984⁽¹³⁾, já referido e comentado no nosso primeiro parecer sobre a *inadmissibilidade dos embargos*, decidiu-se a questão de saber se «uma acção de despejo de uma loja destinada ao comércio do restaurante típico, snack-bar e cervejaria, cumulando ainda o pedido de rendas em dívida, pode ser proposta apenas contra o marido, arrendatário no respectivo contrato, e não também contra a mulher».

E a resposta do Supremo foi *categoricamente afirmativa*: «As instâncias decidiram que não se verificava a arguida excepção de ilegitimidade do réu arrendatário, único que contestou, *decisão que se adianta desde já não merecer qualquer censura*». A aplicabilidade do artigo 1682.º-A, alínea b), do n.º 1 do Código Civil foi declaradamente afastada, por se ter entendido que «o *objecto imediato da acção* não é um *estabelecimento comercial*, mas tão-somente o *direito à resolução do contrato de arrendamento e restituição do local arrendado*».

Mais longe, no mesmo rumo (ligando a questão da *legitimidade da acção de despejo*, embora num caso de *arrendamento para habitação*, com o problema da *legitimidade* do cônjuge — não demandado — para a dedução de *embargos de terceiro* contra o mandado de despejo»), foi o acórdão do Supremo, de 15 de Abril de 1986⁽¹⁴⁾, no qual se concluiu que

«quando o contrato de arrendamento tenha sido celebrado apenas por um dos cônjuges, não seja lícito ao outro deduzir embargos de terceiro à execução duma acção de despejo antes proposta apenas contra o cônjuge arrendatário».

O fundamento aqui invocado é o de que, não havendo no arrendamento para habitação *comunicação* da posição contratual do locatário, o cônjuge do arrendatário não é locatário (co-locatário), e a tutela possessória que o n.º 2 do artigo 1037.º do Código Civil

(13) Pub. no *Bol. Min. Just.*, 337, pág. 322 e segs.

(14) Pub. no *Bol. Min. Just.*, 356, pág. 291.

confere ao locatário, como *medida excepcional* que é, não pode considerar-se *extensiva* ao *cônjuge do arrendatário*.

E ainda no mesmo sentido final de *inadmissibilidade de embargos de terceiro* por parte do *cônjuge do demandado*, mesmo nos casos abrangidos pelo artigo único da Lei n.º 35/81, de 27 de Agosto — cumpre referir, por último, o acórdão do *Supremo*, de 28 de Maio de 1986, cuja doutrina vem sumariada, no *Boletim do Ministério da Justiça* ⁽¹⁵⁾, nos termos seguintes:

«I — o n.º 1 do artigo único da Lei n.º 35/81, de 27 de Agosto, não é aplicável à *denúncia* do arrendamento celebrado pelo marido da embargante, decretada por decisão transitada em julgado antes da sua entrada em vigor.

II — Esse preceito contém uma exigência de ordem processual — refere-se ao pressuposto da *legitimidade*, impondo o *litisconsórcio passivo* — sem atribuir ao *cônjuge não arrendatário* qualquer direito de *natureza substantiva*, designadamente o de *defesa da posse* por meio de embargos de terceiro relativamente à casa de morada de família».

Nesse caso, a razão decisiva da doutrina firmada pelo acórdão foi a de se entender que o artigo 1682.º-B, alínea a) do Código Civil exige o consentimento de ambos os *cônjuges* ou o seu suprimento judicial, quanto à *denúncia*, feita pelo *arrendatário*, do contrato de arrendamento respeitante à casa de morada de família, mas já não abrange a *denúncia, por iniciativa do senhorio*, com fundamento na alínea a) do artigo 1096.º do Código Civil.

Embora algumas das soluções perfilhadas nestes acórdãos, bastante significativos, do Supremo Tribunal de Justiça, sejam susceptíveis de *controvérsia*, parece haver ao longo das decisões proferidas algumas ideias comuns que merecem franca aceitação.

A primeira, conquanto nem sempre explicitamente formulada, é a de que a *tomada de arrendamento* de qualquer imóvel, seja para habitação, seja para o exercício do comércio, da indústria ou de profissão liberal constitui um *acto de administração ordiná-*

(15) *Bol. Min. Just.*, 357, pág. 345 e segs.

ria que qualquer dos cônjuges pode livremente contrair (arts. 1690.º, 1 e 1678.º, n.º 3 do Cód. Civil).

O direito ao arrendamento, ou seja, a posição jurídica do arrendatário não é comunicável no arrendamento para habitação (art. 1110.º, 1 do Código Civil), mas comunica-se ao outro cônjuge, no caso dos arrendamentos comerciais.

Porém, mesmo nos casos em que o arrendamento seja comunicável, a acção de despejo pode ser instaurada apenas contra o cônjuge arrendatário, salvo nos casos abrangidos nos artigos 1682.º-A e 1682.º-B, do Código Civil e nos termos fixados pelo artigo 19.º do Código de Processo Civil e pelo artigo único da Lei n.º 35/81, de 27 de Agosto.

A aplicação destes princípios, sabendo que o arrendamento do barracão da Rua da Palma não integra nenhum dos casos previstos nos artigos 1682.ºA e 1682.ºB do Código Civil (nem, consequentemente, no artigo 19.º do Cód. Proc. Civil ou do art. único da Lei n.º 35/81), conduz em linha recta à solução que as instâncias deram ao caso dos autos — e não à que vingou no acórdão do Supremo.

II

Fase actual dos embargos de terceiro e seu julgamento final

7. *Sequência.* A verdade, porém, é que, depois de terem sido liminarmente rejeitados nas instâncias, os embargos (de terceiro) deduzidos pela mulher do réu (cônjuge arrendatário) contra o mandado de despejo acabaram por ser admitidos.

Notificados para os contestar, nos termos da alínea a) do artigo 1042.º do Código de Processo Civil, os embargados já apresentaram a sua defesa.

De harmonia com o disposto no artigo 1033.º, n.º 1, para o qual remete o artigo 1042.º do mesmo diploma, os embargos seguem a forma sumária, visto não ter havido nenhuma alegação específica do direito de propriedade, por parte dos contestantes, que pudesse levar à aplicação do disposto nos artigos 1034.º a 1036.º

Como os embargados se defenderam, *não por excepção* (mediante alegação de qualquer facto *impeditivo, modificativo ou extintivo* do direito invocado pela embargante), mas por *impugnação*, sustentando que os factos alegados pela embargante não podem conduzir ao deferimento da sua pretensão, *não haverá lugar à réplica*. E o processo transitará imediatamente para a fase do *saneamento*, podendo ser julgado logo no *saneador*, como é natural. De contrário, havendo necessidade de produção de prova, os embargos seguirão para a audiência final, nos termos do artigo 790.º do Código de Processo Civil.

De qualquer modo, o que mais importa salientar é que a *embargante já não dispõe de nenhum outro articulado* (além da *petição de embargos*) para complementar a fundamentação do seu pedido de *revogação do mandado de despejo* (da tal *diligência* que o Supremo, embora infundadamente, julgou *ofensiva da posse do embargante*).

Tal como os embargados de nenhum outro papel (articulado) podem socorrer-se para, completando a contestação, ampliarem ou consolidarem a sua defesa.

8. *Julgamento final dos embargos.* Ao proferir agora a *decisão final* sobre o *mérito* dos embargos, seja no saneador, seja na sentença final, pode o julgador colocar-se numa de duas posições.

A primeira é a de levar à risca a prescrição do n.º 2 do artigo 1041.º do Código de Processo Civil, segundo a qual o *despacho de recebimento dos embargos* apenas assegura o seguimento deles — como quem diz que não impede a *rejeição final dos embargos* pelas razões que poderiam ter determinado a sua *rejeição inicial*.

Se assim entender, o julgador poderá, por conseguinte, a despeito do acórdão do Supremo que admitiu inicialmente os embargos, e sem ofensa do julgado, *vir a rejeitá-los afinal*, por entender que a embargante carece de legitimidade para deduzi-los. E essa seria, sem dúvida, a solução mais ousada, mas também *a mais acertada*, como resulta da exposição precedente.

A segunda é a de, reverenciando a decisão do Supremo, para não dar a impressão de desrespeitá-la, o julgador de 1.ª Instância dar como definitivamente assente a *verificação dos pressupostos da admissibilidade dos embargos*.

Nesse caso, o tribunal terá apenas que averiguar se foram ou não alegados e provados factos que *obstam à procedência do despejo*, ou seja, à *execução do mandado de despejo*. O julgador terá, quando assim for, de pronunciar-se, já não sobre a *admissibilidade*, mas sobre a *procedência* dos embargos de terceiro.

Ora, lendo atentamente a *petição de embargos*, de cima para baixo e de baixo para cima, fácil é concluir que os embargos estão fatalmente destinados a *condenação à morte*.

Sabe-se, com efeito, que o *fundamento* do despejo invocado pelos autores foi a *falta de comunicação aos senhorios* da cessão da posição contratual feita à Lisalcar.

Foi esse o *facto negativo* que, por força do disposto na alínea f) do n.º 1 do artigo 1093.º do Código Civil, determinou o *pedido de resolução do arrendamento*, bem como o *deferimento* dele.

Pois a tal leitura atenta da *petição dos embargos* revela que *nem uma palavra* — *nem uma só palavra* — existe nesse articulado a *negar* ou *impugnar* o facto determinante do despejo.

O que lá se encontra é apenas a tentativa de demonstração de que o despejo do imóvel *ofende a posse* da embargante, *como locatária*, e que ela tem *legitimidade*, como terceiro, para *requerer os embargos*.

Quer isto dizer que a *petição* gasta os seus vinte e cinco artigos com a alegação dos *pressupostos* que interessam à *admissibilidade* dos embargos — e não consome um só com a invocação dos factos que poderiam interessar ao *mérito* desses embargos.

Como o juiz, quer no processo *comum*, quer nos processos *especiais* (exceptuando os *processos de jurisdição voluntária*) se encontra vinculado ao *princípio dispositivo*, definido no artigo 664.º do Código de Processo Civil, a circunstância de *nem um só facto* ser alegado na *petição de embargos* contra a causa de despejo do imóvel, condena, sem apelo nem agravo, os embargos à sua *total e definitiva improcedência*.

Tal é, s. m. j., o meu parecer

Lisboa, 8 de Março de 1989

Antunes Varela

ANOTAÇÃO

Pelo Dr. Eridano de Abreu

1. No primeiro dos acórdãos agora publicados, entendeu-se que a aquisição da posição do locatário é uma aquisição de natureza onerosa, face ao pagamento, por este, da renda do locado, sendo irrelevante, portanto, que não tenha havido trespasse ou cessão remunerada de tal posição.

Acrescentou-se nele, ainda, que não sendo o direito ao arrendamento bem comum do casal adquirido a título gratuito pelo marido da embargante, pode deduzir embargos de terceiro relativamente a esse bem, a tal não se opondo o disposto no artigo 1038.º, n.º 2, *b*), do Código de Processo Civil.

Por outro lado, diz-se no mesmo acórdão que o tomar de arrendamento não é acto de administração, pelo que só pode ser praticado com o consentimento de ambos os cônjuges (artigo 1678.º, n.º 3, do Código Civil), e o disposto no artigo 35/81 não conduz à desnecessidade de a acção ser proposta contra marido e mulher, na medida em que a acção de despejo pode significar a perda de direitos que só por ambos, ou com o consentimento de ambos, podem ser alienados, tendo-se destinado tal artigo único da Lei n.º 35/81 a esclarecer e precisar que as acções de despejo que tenham por objecto a casa da morada de família devem ser propostas contra ambos os cônjuges, sem afectar por qualquer forma o estabelecido no artigo 1038.º, n.º 2, *b*) do Código de Processo Civil.

E conclui:

Não tendo a embargante, mulher do locatário, sido demandada na acção de despejo, pode ela na acção referida, como conti-

tular do património comum do qual faz parte o direito ao arrendamento, e no caso de ser ofendida a sua posse, deduzir embargos de terceiro nos termos do artigo 1037.º, n.º 1, do Código de Processo Civil.

Por isso, revogou a decisão das instâncias que não haviam recebido os embargos deduzidos pela embargante, ordenando o prosseguimento do processo nos termos e para os efeitos do artigo 1040.º do Código de Processo Civil.

2. No segundo acórdão, face aos factos dados como provados pelas instâncias através das quais se verificou que a embargante não tinha a posse do local arrendado e, por outro lado, uma vez que foram recebidos os embargos, importava esclarecer se a resolução do contrato de arrendamento, com o conseqüente despejo do local arrendado, nasceu do facto de o locatário, marido da embargante, ter cedido a terceiro o gozo do local arrendado e não ter comunicado a cedência aos senhorios, como devia, no prazo de quinze dias fixado na lei (art. 1038.º, alínea g) do Código Civil), os embargos foram julgados improcedentes.

3. Estes dois acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de Outubro de 1988 e de 2 de Fevereiro de 1993, contêm matéria merecedora de publicação nesta revista e, mais ainda, os pareceres que a seguir a eles se publicam, do Prof. Antunes Varela, cuja doutrina não foi aceite no primeiro dos acórdãos referidos, o mesmo não acontecendo com o segundo.

Realmente, o primeiro dos citados acórdãos não atendeu às razões apontadas pelo sábio civilista, tendo merecido o comentário e a crítica que o segundo parecer expõe.

Conhecedores dos dois trabalhos jurídicos do Ilustre Professor, não podemos deixar de manifestar aqui a nossa gratidão por haver autorizado a sua publicação nesta revista.

4. O acórdão de 20 de Outubro de 1988 mereceu a crítica que se lê no segundo parecer referido e que o qualifica como uma peça pouco feliz, das menos felizes que nestes últimos tempos, emanadas do tribunal de revista, vieram ao nosso conhecimento».

Também assim pensamos, e só temos a acrescentar em abono da tese defendida pelo referido Mestre, relativamente ao problema da legitimidade passiva na acção de despejo instaurada pelos donos do barracão arrendado contra o locatário que o que a este respeito se diz nos referidos pareceres sempre foi ensinado, sem lugar a quaisquer dúvidas, por todos quantos sobre este assunto se têm debruçado — Alberto dos Reis, *Processos Especiais*, vol I, pág. 189, Pinto Loureiro, *Tratado de Locação*, Curso de Direito dos Arrendamentos Vinculísticos, págs. 422 e 423, onde se diz textualmente, referindo-se à acção de despejo: «que esta deve ser proposta por quem seja *senhorio*, contra quem tenha no contrato posição de *arrendatário*, ou seu sucessor, executando-se depois o *mandado de despejo* sobre seja qual fôr a pessoa que esteja na detenção do prédio (art. 896.º-1 do C.P.C.)».

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

PROC. N.º 3 130 — 1.ª SEC.

APELAÇÃO N.º 3130/89 — 5/90

*PENHORANTE E COMPRADOR DE UM PRÉDIO
SÃO TERCEIROS, PREVALECENDO O REGISTO DE
PENHORA FEITO EM PRIMEIRO LUGAR*

Acordam no Tribunal da Relação de Lisboa:

Por apenso à acção executiva com processo ordinário que A instaurou contra B e C, veio D deduzir embargos de terceiro, alegando que na execução foi penhorado um prédio que lhe pertence, devendo, portanto, ordenar-se o cancelamento de tal penhora.

A contestou, alegando, em síntese, que a compra feita pelo embargante foi efectuada depois da penhora, pelo que esta prevalece, tanto mais que o embargante nunca registou a aquisição do prédio em causa, sendo certo que a penhora foi registada em 20-1-89.

Foi proferido despacho saneador sentença, tendo sido julgados improcedentes os embargos.

Dessa decisão interpôs recurso o embargante que, na sua alegação, formulou as seguintes conclusões:

1.ª À data do registo da penhora, o possuidor do prédio penhorado era o recorrente, pelo que tal penhora ofendeu a sua posse;

2.^a A sentença recorrida viola, entre outros, as normas dos arts. 408.º, n.º 1, 879.º, alínea *a*), 291.º e 1254.º, n.º 2, do Cód. Civil.

3.^a Deve ser revogada a sentença, julgando-se procedentes os embargos.

A contra-alegou, pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

Colhidos os vistos legais, há que apreciar e decidir.

A sentença recorrida baseou-se na seguinte matéria de facto que foi considerada a assente na 1.^a Instância e que as partes não põem em crise:

— Por *A* foi instaurada a acção executiva com processo ordinário n.º 44/83 contra *B* e *C*:

— Entre os bens nomeados à penhora nesse processo encontra-se o prédio misto, composto de casa de morada com loja e cisterna, e uma mata, inscrito na matriz sob os arts. ..., e descrito na Conservatória do Registo Predial sob o n.º ...;

— Esse prédio foi penhorado, nessa execução, em 28 de Novembro de 1988;

— No dia 30 de Novembro e, portanto, dois dias depois, esse prédio foi vendido, por escritura de compra e venda (doc. de fls. 8), pelos executados ao ora embargante *D*;

— O comprador não procedeu ao registo dessa aquisição;

— O exequente, ora embargado, registou a penhora desse prédio em 20 de Janeiro de 1989.

Entendeu-se na sentença recorrida, que, quando foi efectuada a penhora, o prédio pertencia aos executados que o possuíam, para além de que a alienação não foi registada pelo que sempre a penhora, devidamente registada, subsiste para todos os efeitos.

Vejamos se assiste razão ao apelante.

Com efeito, dispõe-se no art. 1037.º, n.º 1, do Cód. de Proc. Civil que, quando a penhora, o arresto, o arrolamento, a posse judicial, o despejo ou qualquer outra diligência ordenada judicialmente, que não seja a apreensão de bens em processo de falência ou de insolvência, ofenda a posse de terceiro, pode o lesado fazer-se restituir à sua posse por meio de embargos.

A este respeito, escreve Alberto dos Reis, *Processos Especiais*, vol. 1.º, p. 406, que a posse há-de ser anterior à diligência contra a qual se reage; de nada vale a posse posterior. Se no acto da penhora, do arrolamento, do arresto, etc., a pessoa não tinha posse, ou a sua posse não revestia os requisitos necessários, segundo a lei civil, para ser protegida pelas acções ou meios possessórios, é óbvio que os embargos não oferecem condições de viabilidade.

Como ensina Castro Mendes, *Acção Executiva*, 1980, p. 107 o desapossamento do exequente com transferência de posse para um representante do tribunal, ou seja, o essencial do acto da penhora, é neste caso uma transferência de posse para um representante do tribunal, ou seja, o essencial do acto da penhora, é neste caso uma transferência meramente jurídica da posse — a entrega dos bens ao depositário, por termo (art. 838.º, n.º 2, pró-mio). Esta transferência pode aliás, se o caso o requerer, ser seguida das operações de transferência material (art. 840.º). E acessoriamente manda a lei realizar três formalidades complementares: notificação ao executado do despacho que ordena a penhora (art. 838.º, n.º 1); registo da penhora, o qual é condição da sua oponibilidade a terceiros (art. 838.º, n.º 3); e junção ao processo do certificado do registo e do certificado de encargos (art. 838.º, n.º 3, in fine).

O acto essencial da penhora, ou seja, a entrega do imóvel ao depositário, por termo, ocorreu no dia 28 de Novembro de 1988 e, dias depois, foi expedida carta registada para notificação da executada B, tendo o registo da penhora sido efectuado em 20 de Janeiro de 1989.

Tendo o embargante procedido, em 30 de Novembro de 1988, à compra desse imóvel a B, sem que dessa aquisição tivesse sido feito o registo, é certo que a penhora, efectuada em 28 de Novembro, não ofendeu a posse do embargante.

Note-se, porém, que os factos sujeitos a registo só produzem efeitos contra terceiros depois da data do respectivo registo (art. 5.º, n.º 1, do Cód. do Reg. Predial) e estão sujeitos a registo os factos jurídicos que determinem a constituição, o reconhecimento, a aquisição ou a modificação dos direitos de propriedade sobre coisas imóveis (art. 2.º, n.º 1 e alínea *a*) do mesmo diploma) e também a penhora de bens imóveis (alínea *n*) do citado preceito).

Também o art. 838.º, n.º 3, do CPC dispõe, no tocante à penhora, que, em relação a terceiros, a penhora de imóveis só produz efeitos desde a data do registo.

Com efeito, o registo definitivo constitui presunção de que o direito existe e pertence ao titular inscrito, nos precisos termos em que o registo o define (art. 7.º do Cód. do Reg. Predial), e o direito inscrito em primeiro lugar prevalece sobre os que se lhe seguirem relativamente aos mesmos bens, por ordem da data dos registos e, dentro da mesma data, pelo número de ordem das apresentações (art. 6.º, n.º 1, do referido Código).

Do exposto resulta que quer a penhora efectuada sobre o prédio, quer a sua compra pelo apelante careciam de ser registadas sem o que não podiam produzir efeitos sobre terceiros, sem embargo de inter partes a constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada se dar por mero efeito do contrato (art. 408.º do Cód. Civil) e de a compra e venda ter como um dos efeitos essenciais a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito (art. 879.º alínea *a*), não tendo aplicação ao caso os arts. 291.º e 1254.º, n.º 2, do citado Código; e entre a penhora e o acto de alienação, tem prioridade o que primeiro for registado.

Como escreve Vaz Serra, R.L.J. 103.º-165, terceiros, para efeitos do registo predial, são, em princípio, os adquirentes de direitos sobre a coisa incompatíveis entre si e procedentes do mesmo autor. E pode dizer-se que, se um prédio for comprado a determinado vendedor e for penhorado em execução contra esse vendedor, o comprador e penhorante são terceiros: o penhorante é terceiro em relação à aquisição feita pelo comprador, e este é terceiro em relação à penhora, pois os direitos do comprador e do penhorante são incompatíveis entre si e derivam do mesmo autor.

Aliás o art. 819.º do Código Civil, que dispõe que, sem prejuízo das regras do registo, são ineficazes em relação ao exequente os actos de disposição ou oneração dos bens penhorados, consagra, assim, o princípio da ineficácia em relação ao exequente-credor dos actos de disposição ou oneração de bens penhorados, com ressalva das regras do registo.

Como escrevem Pires de Lima e Antunes Varela, em Código Civil anotado, vol. 2.º, anotação ao art. 819.º, deste princípio resulta que o devedor pode livremente alienar os bens penhorados.

Simplesmente, a execução prossegue, como se esses bens pertencessem ao executado. mas esclarecemos nós que isso só acontece se, como é óbvio, não tiver havido registo do acto de disposição ou oneração dos bens penhorados pois que, havendo registo da penhora e do acto de alienação, prevalece o que primeiro for registado.

No caso, a aquisição do prédio penhorado encontra-se inscrita, na Conservatória do Registo Predial de Angra do Heroísmo a favor da executada *B*, por o ter comprado a ... (doc. de fls. 3 e segts.).

É certo que, por escritura de 30-11-88, o apelante comprou à executada *B*, o referido prédio, mas tal aquisição não foi registada e, portanto, não tem eficácia em relação ao exequente que, para garantia do seu crédito, fez penhorar, em 28-11-88, o dito prédio, e tal penhora foi registada em 20-1-89 e produz efeitos em relação a terceiros, designadamente ao apelante.

Assim, o acto da aquisição do prédio penhorado por parte do apelante, devido à falta de registo, é ineficaz em relação ao exequente-apelado, subsistindo, porém, com eficácia em relação a terceiros, designadamente ao embargante, a penhora efectuada e registada.

Por todo o exposto, julgam improcedente o recurso e confirmam a douda decisão recorrida. Custas pelo apelante.

Lisboa, 26 de Junho de 1990

(Ilegível)

(Ilegível)

(Ilegível)