

EMBARGOS DE TERCEIRO PREVENTIVOS DEDUZIDOS A UMA PENHORA DE IMÓVEIS EM ACÇÃO EXECUTIVA PARA PAGAMENTO DE QUANTIA CERTA

Pela Dr.^a Isabel Ribeiro Parreira ()*

SUMÁRIO:

I. APRESENTAÇÃO DO TEMA – II. OS EMBARGOS DE TERCEIRO. 1. Os embargos de terceiro antes da revisão do Código. 2. Os embargos de terceiro à luz da Reforma de 95/96. 2.1. O carácter incidental. 2.2. O alargamento da causa de pedir. 2.3. Questões soltas de tramitação. 2.4. A natureza jurídica dos embargos de terceiro – III. O CONCEITO DE TERCEIRO. 1. O conceito de terceiro para efeitos do registo predial. 1.1. Os efeitos do registo. 1.2. Os vectores clássicos da controvérsia. 2. A polémica actual: o conceito de terceiro no registo e nos embargos. 2.1. O passo em frente dado pelo Ac. do STJ 15/97 de 4/7. 2.2. O passo atrás dado pelo Ac. do STJ 4/98 de 18/12. 2.3. Os dois passos atrás dados pelo Ac. do STJ de 18/5/99. 3. A nossa posição. 3.1. Crítica aos fundamentos do Ac. 15/97. 3.2. Crítica à anotação ao Ac. 15/97. 3.3. Crítica à posição do Professor Teixeira de Sousa. 3.4. Adesão crítica à concepção restrita. 3.5. Registo predial e terceiro embargante à luz do CPC – IV. OS EMBARGOS PREVENTIVOS. 1. O regime dos embargos preventivos. 1.1. A dedução de embargos preventivos. 1.2. Os efeitos da dedução de embargos preventivos. 1.3. O recurso do despacho de rejeição dos embargos preventivos. 2. A natureza jurídica dos embargos preventivos. 3. Os embargos preventivos e o reforço da nossa posição sobre o conceito de terceiro para efeitos de embargos – V. CONCLUSÕES – VI. BREVE NOTA DE ACTUALIZAÇÃO SOBRE O DL 533/99 DE 11/12.

(*) Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Advogada.

I. Apresentação do tema ⁽¹⁾

Aceitámos com particular agrado a proposta de proceder a um estudo crítico sobre o regime dos embargos de terceiro preventivos previstos no artigo 359.º do Código de Processo Civil (CPC) que se destacam da figura geral dos embargos de terceiro repressivos pela função de óbvia cautela que prosseguem ao permitirem ao embargante a sua dedução mesmo antes da efectivação da penhora e com efeitos suspensivos imediatos da execução a que correrão necessariamente apensos como incidentes.

Para que a relevância dos aspectos salientados surgisse mais notória, optámos por concentrar a discussão nas hipóteses em que todo o regime dos embargos de terceiro tem maior aplicação e suscita maiores dúvidas, limitando o nosso tema à penhora de imóveis em execuções para pagamento de quantia certa.

Contudo, verificámos que a análise do regime dos embargos preventivos se revelaria estéril em inovações e efeitos práticos, não fora a sua confrontação com as grandes discussões que se levantam recentemente a propósito da figura geral dos embargos de terceiros e que decorrem, também estas, de opções do legislador só compreendidas numa sequência histórico-legislativa.

Daí o extenso enquadramento inicial do objecto do nosso trabalho que serviu tão só uma melhor explanação dos vectores que fizeram disparar as reacções e as orientações actuais relevantes e uma preparação sistemática da matéria a especializar na análise dos embargos preventivos.

E se a ousada ambição de tratar toda a matéria dos embargos de terceiros foi castigada pela violação da expectativas criadas,

⁽¹⁾ Este estudo corresponde ao relatório de Mestrado apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no âmbito do Seminário de Direito Processual Civil subordinado ao tema "A Penhora" sob a orientação do Excelentíssimo Senhor Professor Miguel Teixeira de Sousa. Como a primeira data de entrega foi marcada para Dezembro de 1999, o presente trabalho já se encontrava terminado em 28/4/00, termo final definitivo da apresentação dos relatórios, pelo que, de acordo com o Professor Miguel Teixeira de Sousa, decidimos, nessa data, evitar a total reformulação do trabalho e limitámo-nos à conformação da nossa posição com a nova perspectiva do legislador, numa nota final de actualização. Portanto, o texto que se segue, embora escrito à luz do Código de Registo Predial antigo, pondera, na referida nota final, a respectiva versão actual, bem como a jurisprudência e as posições doutrinárias publicadas entre Dezembro de 1999 e Abril de 2000.

atente-se à boa vontade de quem apenas pretender saltar as cingidas barreiras que envolvem a análise particular dos embargos preventivos e concretizar em texto as discussões tão frutíferas que empreenderam ao decurso dos seminários um carácter de tão acesa dialéctica como agradável incentivo ao seu desenvolvimento.

Que seja, por isso, relevada a pobre forma pela riqueza dos intentos.

II. Os embargos de terceiro

1. Os embargos de terceiro antes da revisão do Código ⁽²⁾

Desde a Novíssima Reforma Judicial de 1841 até à entrada em vigor do DL 329-A/95, de 12/12, alterado pelo DL 180/96 de

⁽²⁾ Seguimos nesta matéria JOSÉ REMÉDIO MARQUES, *Curso de Processo Executivo comum à face do Código revisto*, SPB Ed., Porto, 1998, pp. 266-268; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Civil Executivo — Acção Executiva Singular, Comum e Especial*, UCP Ed., Lisboa, 1995; JOÃO AZEVEDO DA SILVA, *Lições de Processo de Execução Civil*, Rei dos Livros Ed., Lisboa, 1995; JOSÉ JOÃO BAPTISTA, *Acção Executiva*, 5.ª ed., Lisboa, 1993; RUI PINTO, *A Penhora por dívidas dos cônjuges*, Lex Ed., Lisboa, 1993; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Direito Processual Civil II*, Lisboa, sem data; idem, *A Penhora de Bens na Posse de Terceiros*, in *ROA*, ano 52, 1992, pp. 313-339; idem, *A Acção Executiva e Caso Julgado*, in *ROA*, ano 53, 1993, pp. 225-250; idem, *Direito Processual Civil II, Relatório*, in *BFDL*, vol. XXXVII, Lex Ed., Lisboa, 1996; HENRIQUE MESQUITA, *Anotação ao Ac. do STJ de 29/09/92*, in *RLJ*, ano 125, 1992/1993, n.º 3814-1825, n.º 3822, pp. 277-288; DUARTE PINHEIRO, *Fase Introdutória dos Embargos de Terceiro*, Almedina Ed., Coimbra, 1992; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A Penhora de Bens na Posse de Terceiros*, in *ROA*, ano 51, 1991; idem, *Sobre a Exceptio Domini nas Acções Possessórias e nos Embargos de Terceiro*, in *ROA*, ano 52, 1992, pp. 21-28; JOAQUIM PIRES DE LIMA, *O insucesso da providência cautelar e a sanção aplicável ao requerente*, in *ROA*, ano 51, 1991, pp. 101-105; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Sobre o Fundamento Possessório dos Embargos de Terceiro deduzidos pelo Locatário, Parceiro Pensador, Comodatário e Depositário*, in *ROA*, ano 51, 1991, III, pp. 649-698; HELDER MARTINS LEITÃO, *Do processo de execução*, Elcla Ed., Porto, 1990; ALBERTO DOS REIS, *Embargos de Terceiro (Comentário a dois acórdãos)*, in *RLJ*, ano 87, 1954/1955, n.º 3032, pp. 161-169, n.º 3033, pp. 177-182, n.º 3034, pp. 193-197; idem, *Acções Possessórias*, in *RLJ*, ano 87, 1954/1955, n.º 3040, pp. 292-295, n.º 3041, pp. 309-312, n.º 3042, pp. 321-325, n.º 3043, pp. 337-341; idem, *Comentário ao Código de Processo Civil*, vols. I a II, Coimbra Ed., Coimbra, 1945, 1946 e 1960; idem, *Processos Especiais*, vols. I e II, Coimbra Ed., Coimbra, 1955 e 1982; idem, *Código de Processo Civil anotado*, vols. I a VI, Coimbra Ed., Coimbra, 1980 a 1981; idem, *Processo de Execução*, vols. I e II, Coimbra Ed., Coimbra, 1982; ANTUNES VARELA, *Anotação ao Ac. do STJ de 21/12/82*,

25/9, que os embargos de terceiro representaram um exclusivo meio de tutela da posse, possibilitando que terceiros a decisões judiciais pudessem reagir contra estas quando estivesse em causa, por ameaça ou perturbação injustificada ou ilícita, a ofensa dos seus poderes de facto sobre determinada coisa cuja apreensão tivesse sido por aquela decisão ordenada, quebrando a tradição das ordenações, que previam, quer a posse, quer a propriedade, como fundamentos da dedução de embargos de terceiro.

No regime anterior a 1939, contudo, os embargos enervavam as vestes de incidente da execução, visando o levantamento da penhora ou da apreensão em já efectuada execução ⁽³⁾.

Foi o Código de 1939 que lhes conferiu não apenas a autonomia de acção *in se* ⁽⁴⁾, embora afecta por apenso aos autos onde a

in *RLJ*, ano 119, 1986/1987, n.º 3749, pp. 243-251; JOÃO DE CASTRO MENDES, *Acção Executiva*, Lisboa, 1980; idem, *Direito Processual Civil*, vols. I a III, AAFDL Ed., Lisboa, 1980; GUERRA DA MOTA, *Manual da Acção Possessória*, vols. I e II, Athena Ed., Porto, 1980; JORGE BARATA e M. LARANJO PEREIRA, *Acção Executiva Comum — Noções fundamentais*, vol. II, P&R Ed., Lisboa, 1979, pp. 115-124; ARY DE ALMEIDA ELIAS DA COSTA, *Guia do Processo Executivo*, 3.ª ed., PJE Ed., Porto, 1979; ARTUR ANSELMO DE CASTRO, *A Acção Executiva Singular, Comum e Especial*, 2.ª ed., Coimbra Ed., Coimbra, 1977, pp. 341-362; MANUEL AUGUSTO DA GAMA PRAZERES, *Da intervenção de terceiros na relação processual*, Athena Ed., Porto, 1972; EURICO LOPES CARDOSO, *O Processo de execução na Reforma de 1961*, in *SI*, tomo XII, 1963, pp. 479-497; Idem, *Manual da Acção Executiva*, 3.ª ed., INCM Ed., Lisboa, 1967, pp. 383-396; MANUEL BAPTISTA LOPES, *A Penhora*, Coimbra, 1967, pp. 317-353; ADELINO DA PALMA CARLOS, *Direito Processual Civil — Acção Executiva, Lições polic.*, AAFDL Ed., Lisboa, 1962, pp. 123-130; ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Realização Coactiva da prestação (Execução) (Regime Civil)*, in *BMJ*, n.º 73, 1958, pp. 31-394; idem, *Resposta a uma consulta*, in *RLJ*, ano 92, 1958/1959, n.ºs 3142-3165, n.º 3146, pp. 68-72, n.º 3147, pp. 84-91; idem, *Anotação ao Ac. do STJ de 7/03/61*, in *RLJ*, ano 94, 1961/1962, n.ºs 3190-31213, n.º 3211, pp. 348-352; idem, *Anotação ao Ac. do STJ de 14/06/63*, in *RLJ*, ano 97, 1964/1965, n.ºs 3262-3285, n.º 3262, pp. 12-15; ADRIANO BORGES PIRES e ERNESTO PEREIRA D'ALMEIDA, *Lições de processo preventivo e conservatório*, Lisboa, 1942; COUTO ROSADO, *Embargos de Terceiro no Código de Processo Civil*, Lisboa, 1941; ANTÓNIO BATOQUE e ANTÓNIO CÉSAR ABRANCHES, *Curso de processos especiais civis e comerciais*, Atlântica Ed., Coimbra, 1929; ANTÓNIO RIBEIRO DE MAGALHÃES, *Manual das acções possessórias e seu processo*, 2.ª ed., França Amado Ed., Coimbra, 1910; EDUARDO J. DA SILVA CARVALHO, *Manual de Processo de Execução*, vol. I, França Amado Ed., Coimbra, 1908.

⁽³⁾ Como um meio de reacção do possuidor contra a penhora, a entrega judicial e o arresto, nos termos dos artigos 922.º e 378.º do Código de 1876. O Decreto n.º 21287 de 15/9/1892, artigos 91.º e 153.º, estendeu-o ao arrolamento e à posse judicial e o Decreto n.º 5411, de 17/4/1919, ao mandado de despejo.

⁽⁴⁾ Contra, ANTUNES VARELA, *Anotação ao Ac. do STJ de 21/12/82* (...), ob. cit., p. 245, alegando que essa autonomia não existe porque os "embargos de terceiro não for-

diligência embargada era ordenada, como também a possibilidade de ser deduzida logo com o despacho ordenatório da penhora mas antes da sua efectivação — criando a figura dos embargos de terceiro preventivos —, como, ainda, a característica de no seio da mesma acção possessória a respectiva tutela ser preterida pela invocação por parte do embargado do domínio ou direito de propriedade ⁽⁵⁾.

Mas foi com o DL 44129, de 28/12, que em 1962, os embargos de terceiro tomaram a forma de verdadeiras acções de posse servindo a sua manutenção ou restituição ⁽⁶⁾, processos que, como aquelas acções, se especializaram por permitirem a excepção da questão da propriedade, mas que delas se destacavam apenas pelo facto de o esbulho ou a ameaça, seus pressupostos alternativos, serem consequência de um acto judicial ⁽⁷⁾.

De especial relativamente ao seu processo, não apenas a subordinação à respectiva dedução na acção da diligência embargada, mas sobretudo a divisão dos embargos em duas fases, constituindo a primeira uma prova sumária da sua viabilidade e só a

mam um processo especial sujeito a distribuição própria fechado sobre si mesmo". Pela nossa parte, é inegável a autonomia da então natureza de especial acção possessória perante a anterior natureza de mero incidente na execução.

⁽⁵⁾ Como releva, DUARTE PINHEIRO, ob. cit., p. 25, apesar de, durante a revisão do projecto do Código de processo Civil de 1939, se criticar a orientação anterior que acentuava com exagero a natureza possessória dos embargos, este Código acabou por mantê-la, concedendo aos ventos de mudança e em contraste com o artigo 497.º do Código de 1876, a possibilidade de na mesma acção ser possível a invocação da questão do domínio. Cfr., também, ALBERTO DOS REIS, *Processos especiais (...)*, ob. cit., pp. 402-404; MANUEL RODRIGUES, ob. cit., pp. 349-351.

⁽⁶⁾ Restituição no caso da penhora já se ter efectivado — embargos repressivos; manutenção no caso de mera ordem de penhora — embargos preventivos.

⁽⁷⁾ Como refere ANTUNES VARELA, *Anotação ao Ac. do STJ de 21/12/82 (...)*, ob. cit., p. 245, enquanto os procedimentos possessórios especiais regulados nos artigos precedentes — 1033.º a 1036.º —, visavam prevenir ou combater a ofensa da posse situada na "área do direito substantivo", os embargos de terceiro tutelavam a perturbação da posse pelos actos judiciais. ALBERTO DOS REIS, *Processos especiais (...)*, p. 401, qualificava, por isso, os embargos de terceiro como processos especialíssimos perante os já especiais das acções possessórias. MANUEL RODRIGUES, *A posse-Estudo de Direito Civil Português*, 3.ª ed., Almedina Ed., Coimbra, 1980, p. 367, acentuava (e acentua ainda na sua 4.ª ed., de 1996, *ibidem*) que os embargos teriam nascido exactamente da inadequação das acções possessórias à defesa da posse contra os actos judiciais.

segunda observando o princípio do contraditório e os contornos declarativos ⁽⁸⁾.

Ao abrigo, pois, do Código anterior, a grande discussão doutrinária e jurisprudencial assentava na qualidade da posse ⁽⁹⁾ alegada pelo embargante — se era apenas causal, efectiva ou material e em nome próprio ou se podia ser igualmente formal, ⁽¹⁰⁾ civil ou jurídica ⁽¹¹⁾ e em nome alheio ⁽¹²⁾ —, e na qualidade de terceiro,

⁽⁸⁾ A fase inicial ou introdutória dos embargos dá-se com a apresentação da petição no tribunal onde foi decretada a penhora, sujeita às regras do artigo 467.º, oferecendo com ela o embargante a prova sumária das suas posse e qualidade de terceiro, podendo juntar documentos e indicar até 5 testemunhas, nos termos do artigo 1040.º. Quando a petição não fosse indeferida liminarmente nos termos do artigo 474.º (o que era discutido à luz do Código de 1939. Cfr. BAPTISTA LOPES, *A penhora*, ob. cit., p. 332), iniciava-se a produção sumária da prova, após o que era proferido o despacho de rejeição ou recebimento. Na segunda fase, que se segue naturalmente apenas a esta última hipótese, os embargos começam com a notificação do embargado para contestar, seguindo os ulteriores termos o regime das acções possessórias que era previsto nos artigos 1033.º e seguintes.

⁽⁹⁾ Cfr., em matéria de posse, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, reimp. da ed. de 1979, Lex. Ed., Lisboa, 1991; idem, *A posse, perspectivas dogmáticas actuais*, 2.ª ed., Almedina Ed. Coimbra, 1999; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil-Reais*, 4.ª ed., Coimbra Ed., Coimbra, 1983; ÁLVARO MOREIRA E CARLOS FRAGA, *Direitos Reais*, Almedina Ed., Coimbra, 1971; MANUEL RODRIGUES, ob. cit..

⁽¹⁰⁾ Era, à data, unânime a aceitação do embargante com posse causal, ou seja, não apenas beneficiário da afectação material como titular do direito respectivo, mas já era duvidosa a possibilidade de embargar apenas com base na posse formal, ou seja, quando só fosse possuidor e não titular. Enquanto à luz do Código de 1876 a aceitação da posse meramente formal se justificava com o expreso afastamento da questão da propriedade pelo artigo 497.º, já durante a vigência do Código seguinte a problemática assumiu relevo, com a novidade do artigo 1042.º, al. b). Com esta possibilidade de excepcionar o domínio, CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil* (...), vol. III, ob. cit., p. 400, sustentava que a necessidade da posse causal apenas decorria e só existia quando o embargado alegasse a propriedade pois nesse caso o possuidor meramente formal não podia contestar validamente e perdia os embargos.

⁽¹¹⁾ Já relativamente à hipótese inversa, ou seja, a de saber se pode mover embargos o mero titular do direito de propriedade sobre a coisa penhorada que não é possuidor ou apenas o titular da posse efectiva, a doutrina distribuía-se por igual nas duas versões. ALBERTO DOS REIS, *Processos especiais* (...), ob. cit., pp. 418-419, e alguma jurisprudência antes da entrada em vigor do Código de 1939 (referida por COUTO ROSADO, ob. cit., pp. 30 e seguintes), entendiam que a posse meramente jurídica ou civil não era suficiente para embargar. CASTRO MENDES, ob. cit., p. 413, e COUTO ROSADO, ob. cit., p. 41, sustentavam a opinião oposta. TEIXEIRA DE SOUSA, *A penhora de bens* (...), ob. cit., p. 75-85, avançou com uma estruturada e desenvolvida solução que conjuga posse, direito e registo e que acabou por lançar as bases da actual discussão sobre conceito de terceiro para efeitos de registo predial e de embargos de terceiro. Resumidamente, a posse para este autor deverá ter sido constituída ou registada antes desta, nos termos do artigo 819.º do CC, titu-

sujeita igualmente à necessária prova informatória da fase introdutória dos embargos e abrangendo o próprio executado nos termos

lada (não podendo o ladrão embargar), interessada (no caso de o bem possuído não estar onerado com alguma garantia real) e de duração independente da pura vontade do titular do direito de fundo, devendo subsistir após a venda executiva (baseada em direitos reais de gozo registados antes do registo da penhora ou constituídos antes quando produzam efeitos em relação a terceiros independentemente de registo, ou baseada numa posição real ou quase real como a do locatário, ficando, pois, de fora, os direitos não reais que caducam com a venda como o do comodatário, os direitos resultantes de garantia real sobre o bem penhorado como o do credor pignoratício e o retentor que podem apenas reclamar o seu crédito na execução, exceptuando, neste último caso, a hipótese destes credor e retentores não terem sido chamados à execução, razão pela qual nela não podem deduzir reclamação, podendo embargar). Em resposta, LEBRE DE FREITAS, *A penhora de bens (...)*, ob. cit., defende que reportando-se os artigos 818.º, 819.º, 822.º, 824.º, n.º 2, e 838.º do CC ao conceito de direito de fundo e não ao conceito de posse ao qual são completamente estranhos e considerando a natureza possessória dos embargos de terceiro à luz do Código de 1962, não podem aqueles preceitos contribuir para qualquer interpretação conjugada sobre os pressupostos dos embargos. Assim, como os embargos constituem verdadeiramente um meio sumário para rápida tutela de terceiro baseado numa presunção ilidível de propriedade, não interessa se o embargante tem posse titulada ou causal, porque na fase introdutória se abstrai completamente da questão do direito de fundo e na fase contraditória quando essa matéria é trazida à colação o problema incide sobre a existência de um direito real de gozo do executado e não directamente sobre a natureza e regime de um eventual direito do embargante. Se o terceiro não se pode valer de registo feito após a penhora é apenas porque o artigo 820.º do CC o torna inaplicável à execução. Pela nossa parte e no aspecto da discussão ainda relevante, remetemos para infra, quando tratarmos da matéria referente ao conceito de terceiro.

(12) Desde o Código de 1962 que os artigos 1278.º-1287.º, 1133.º, n.º 2, 1125.º, n.º 2, 1037.º, n.º 2, 758.º e 759.º, n.º 3, 1188.º, n.º 2, e 670.º, al. a), do CC, alargaram o direito de embargar de terceiro aos possuidores em nome alheio, ou seja, ao comodatário, locatário, titular do direito de retenção, parceiro pensador, depositário. Mas, segundo o artigo 1253.º, al. c) do CC, não seriam verdadeiros possuidores todos os que possuem em nome de outrem. A doutrina dividia-se, mais uma vez. De um lado, ALBERTO DOS REIS, *Processos especiais (...)*, ob. cit., p. 405, e COUTO ROSADO, ob. cit., pp. 59-81, sustentavam que o possuidor em nome alheio (depositário, arrendatário, comodatário, para o primeiro autor, também mandatário, gestor e credor pignoratício para o segundo) podia embargar em nome de quem possuía. Sob outra perspectiva, CASTRO MENDES, ob. cit., p. 404, defendia que o possuidor em nome alheio não pode defender os interesses alheios do possuidor em nome próprio, impondo a lei apenas que deva avisar a pessoa em nome de quem possui. LEBRE DE FREITAS, *Direito Processual Civil (...)*, ob. cit., pp. 166-167, escrevia que, em princípio, só pode embargar o possuidor em nome próprio, mas certos possuidores em nome alheio (locatário, parceiro pensador, comodatário e depositário) teriam o direito de embargar com base na “especial relevância do seu interesse próprio”, o que não era o caso do credor pignoratício e do retentor, pois que estes só podem reclamar na execução e não embargar. Em *A penhora de bens (...)*, ob. cit., pp. 326-327, o mesmo autor acrescenta que quando o locatário, o parceiro pensador, o depositário ou o comodatário

expressos do artigo 1037.º, n.º 2 — se era terceiro apenas o que foi executado apesar de também condenado ou se todos os condenados independentemente de não terem sido executados ⁽¹³⁾.

A este propósito realçam-se as expressas previsões das figuras dos embargos de terceiro do executado ⁽¹⁴⁾ feita no ar-

possuam em nome do executado, não podem embargar de terceiro pois o seu direito de crédito, independentemente da sua data de constituição, não poderá ceder perante o direito real resultante da penhora. Estes só podem embargar quando possuam em nome de pessoa diferente do executado, actuando nesse momento como substitutos processuais. No mesmo sentido, já escrevia M. HENRIQUE MESQUITA, ob. cit., p. 284, que a causa de pedir nos embargos deduzidos por estes possuidores em nome alheio não é a posse mas o seu direito de crédito. ROSÁRIO RAMALHO, ob. cit., após resumir as posições doutrinárias em geral sobre o assunto e afastá-las criticamente, defende que, utilizando um critério objectivo que parte do regime previsto na lei para o locatário, parceiro pensador, comodatário e depositário, e afastando, portanto, o problema da qualificação dessas figuras como direitos reais ou obrigacionais, a esses possuidores em sentido lato é concedido pela lei o direito de embargarem de terceiro dada a relevância do seu interesse próprio na conservação da posse da coisa, de uma relação de poder própria, directa, individual e imediata com a coisa. Portanto, para esta autora, o fundamento da admissibilidade de embargar para estas figuras reside no interesse tutelável do possuidor — próprio porque fundado na titularidade de um direito próprio; directo ou imediato de aproveitamento das utilidades de um bem e garantido pelo direito — pelo que se é certo que existe quanto ao locatário, ao parceiro pensador e ao comodatário, não o será sempre em todos os casos de depositário.

⁽¹³⁾ A maioria da doutrina era no sentido de ser considerado terceiro apenas o que foi demandado para a acção, independentemente de constar ou não do título executivo. ANSELMO DE CASTRO, ob. cit., pp. 356-357, liderava a posição contrária. A própria lei permitia que o executado deduzisse embargos de terceiro nos termos do artigo 1037.º, n.º 2, o que reforça a primeira opinião.

⁽¹⁴⁾ Embargos de terceiro de executado que, contudo, se destacavam dos normais embargos de executado pois estes atacavam a própria execução e aqueles apenas a penhora de certo bem. Nesta matéria a discussão centrava-se no âmbito dos próprios embargos. A corrente maioritária seguia o pensamento de LEBRE DE FREITAS, *Direito Processual Civil*, vol. II, 3.º ed., Lisboa, pp. 168 e seguintes, e defendia apenas a alegação da impenhorabilidade objectiva [em consequência do título através do qual entraram no património do executado: artigos 827.º, n.º 3 e 823.º, n.º 1, al. e) e 603.º, n.º 2, do CC] e impenhorabilidade em razão da qualidade pela qual o executado os possuía (mera detenção, mero usufruto em caso de penhora da nua propriedade, bens próprios ou bens comuns em primeiro lugar fora do regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges), com base na excepionalidade da norma do artigo 1037.º, n.º 2. Dentro desta ideia limitativa, CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil* (...), ob. cit., vol. III, pp. 390-391, acrescentava que considerava forçada a aplicação do artigo 1037.º, n.º 2, às hipóteses de impenhorabilidade convencional como as previstas nos artigos 602.º e 603.º do CC. A tendência minoritária — protagonizada por ANSELMO DE CASTRO, ob. cit., p. 333 —, sustentava que estes embargos se alastravam a “todos os casos de impenhorabilidade absoluta ou relativa”. Este era já o regime, à data, vigente no direito italiano e alemão, onde o executado podia deduzir oposição à execução com qualquer fundamento de impenhorabilidade objectiva, o que se

tigo 1037.º, n.º 2, e relativa aos seus bens que não devessem ser objecto de penhora e a dos embargos de terceiros deduzidos pelo cônjuge do executado constantes do artigo 1038.º ⁽¹⁵⁾.

Outro dos fundamentos de rejeição dos embargos residia no artigo 1041.º, n.º 1, que previa o facto de a posse do embargante resultar de transmissão feita pelo executado com manifesta intenção de subtrair os bens à execução, o que se presumia pela data da transmissão ou por quaisquer outras circunstâncias ⁽¹⁶⁾.

compreendia se relevarmos o facto de nestes regimes a execução começar sempre com a penhora podendo o executado deduzir todas as suas oposições sob a forma de um único meio. Cfr. artigo 615.º, II, do CPC italiano e CRISANTO MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Turim, 1987, p. 131; §§ 781-785 ZPO e § 1489, II, BGB e BROX-WALKER, *Zwangsvolltreckungsrecht*, Köln, 1990, p. 744, apud LEBRE DE FREITAS, *A Penhora de bens na posse de terceiros*, in *ROA*, ano 53, 1993, pp. 225-250.

⁽¹⁵⁾ A este respeito, face ao texto do artigo 1038.º que incluía a directa referência à possibilidade do cônjuge do executado defender a sua posse por meio de embargos e perante a natureza possessória destes, defendia ANSELMO DE CASTRO, ob. cit., p. 350, que o verdadeiro fundamento dos embargos não seria a posse mas a natureza dos bens como próprios ou comuns do casal, dada a “equivocidade” da posse no seio da sociedade conjugal. Contra, LEBRE DE FREITAS, *Direito Processual Civil (...)*, ob. cit., p. 170, acrescentava, e bem no nosso entender, que, apesar do tribunal não dever ser exigente no que respeita à prova dessa posse, não havia uma desnecessidade da prova da posse nem a sua concentração exclusiva na natureza do bem em questão.

⁽¹⁶⁾ Esta era uma das razões fundamentais para que ANSELMO DE CASTRO, ob. cit., pp. 343-349, considerasse os embargos de terceiro um “meio de tutela possessória parcial ou incompleto”. Mas este preceito foi desde cedo objecto de alguma controvérsia doutrinária e sobretudo jurisprudencial resultante do enquadramento desta hipótese de rejeição de embargos prevista no direito adjectivo nas figuras análogas do direito substantivo como nomeadamente a impugnação pauliana. Por isso, em anotação aos Acs. do STJ de 14/6/63 e de 7/3/61, obs. cit. VAZ SERRA, defende que o artigo 1037.º, n.º 2 do Código de 1939 que deu lugar ao artigo 1041.º, n.º 1 do Código de 1962, exige, numa analogia imprescindível em termos sistemáticos com a impugnação pauliana, a participação do adquirente na fraude levada a cabo pelo executado alienante com a venda subtrato dos embargos. Com efeito, o verdadeiro prejudicado com a rejeição dos embargos é o adquirente e só tem sentido ele perder se entrou na fraude em conluio com o executado, conhecendo que a venda de que é também parte visava a fuga a dívidas. E, contrariando nomeadamente a decisão do STJ de 14/6/63, o mesmo autor escreve que tem que ser manifesta a participação do adquirente nessa fraude como um pressuposto básico da aplicação do preceito em causa, — não bastando, como se alega na sentença anotada, apenas a sua interpretação cuidada assinalando a diferença da acção pauliana com a prova somente informatória dos embargos, para depois concluir pela aceitação dos embargos, sem ponderação da boa ou má fé do adquirente no caso deste ter registado a aquisição antes do registo da penhora (no caso, arresto), — sob pena do direito do adquirente de má fé registado prevalecer sobre o direito do adquirente de boa fé sem registo.

Recebidos os embargos, seguia-se o processo sumário nos termos dos artigos 1033.º, n.º 1, e 1042.º, podendo, na contestação, o embargado alegar o seu direito de propriedade e pedir no mesmo processo o seu reconhecimento, passando este, nessa eventualidade, a seguir a tramitação especial, sumária ou ordinária conforme o valor da acção ⁽¹⁷⁾.

2. Os embargos de terceiro à luz da Reforma de 95/96

2.1. *O carácter incidental*

Actualmente, os embargos de terceiro mantêm a sua estrutura dualista alternativa — abrangendo uma fase introdutória seguida de uma verdadeira acção contraditória —, mas perderam o seu enquadramento como acção autónoma possessória e de processo especial, retomando a figura incidental inicial ⁽¹⁸⁾.

Na verdade, não se justificava que as acções possessórias continuassem processos especiais apenas porque nelas se podia discutir a questão do domínio, tendo, pois, por isso, sido remetidas para o processo comum onde tal propriedade pode perfeitamente ser conhecida a título reconvenicional — recuperando-se a posse em acções principais e pedindo-se a sua manutenção em providências cautelares.

Destacados foram, todavia, os embargos de terceiro que, pela diferença, mereceram tratamento especial ao consubstanciarem a figura da oposição mediante embargos, incidente nominado —

⁽¹⁷⁾ Retirava alguma doutrina — nomeadamente ALBERTO DOS REIS, *Processos especiais*, ob. cit., p. 354 — da leitura conjugada dos artigos 1035.º, n.º 1, e 1042.º, que a falta de contestação pelo embargante da reconvenção do embargado baseada na propriedade gerava a procedência do pedido reconvenicional e a improcedência dos embargos. TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre a exceptio dominii* (...), ob. cit., sustentou posição oposta que veio a ser acolhida no novo Código, alegando que tal interpretação é incompatível com a presunção e titularidade do direito de fundo estabelecida pelo artigo 1268.º, n.º 1, do CC, que, nessa hipótese, não foi ilidida pelo embargado.

⁽¹⁸⁾ No Código de 1876, os embargos de terceiro eram um incidente da execução, assim como a liquidação e os embargos de executado e o concurso de credores, nos termos dos artigos 909.º e seguintes.

intervenção de terceiros — da instância executiva e que lhe corre apenso ⁽¹⁹⁾.

Não obstante, a nova arrumação sistemática não lhes retirou a sua estrutura de acção declarativa, autónoma e especial.

Com efeito, as características incidentais dos embargos ocorrem apenas na fase introdutória, pois a seguir renascem como uma verdadeira acção, sumária ou ordinária consoante o valor.

E tanto assim é que só na primeira fase, de apresentação da petição inicial, é que se seguem os termos dos artigos 302.º e seguintes — devendo logo nesse momento ser oferecidos e requeridos todos os meios de prova, incluindo a sua gravação, não se podendo juntar mais do que 3 testemunhas por cada facto e oito no total — e os artigos 313.º e 311.º — devendo o valor dos embargos ser aferido pelo valor dos bens penhorados; porque na segunda fase, notificados os embargados, seguem-se os termos gerais das acções sumárias ou ordinárias, ou seja, revê-se o valor e renova-se a produção de prova de acordo com o artigo 512.º e seguintes, aumentando em conformidade o número de testemunhas admissível.

Portanto, o que de original caracteriza os embargos é, em boa verdade, apenas esta fase introdutória, verdadeira antecâmara de uma acção declarativa enxertada numa execução, em regra, com efeitos suspensivos ⁽²⁰⁾.

Fase introdutória que é verdadeiramente um incidente com efeitos cautelares de averiguação do direito do embargante a fim de ser ponderada, ou não, a necessidade de se protelar no tempo a limitação das partes na execução.

Essa cautela ao serviço da lei é ainda reforçada pela previsão dos embargos preventivos deduzidos logo após o conhecimento do despacho ordenatório da penhora mas antes da efectivação desta, cujo tratamento em especial e no que for relevante se fará na terceira parte deste estudo.

⁽¹⁹⁾ Livro III, "Do Processo"; título I, "Das disposições gerais"; capítulo III, "Dos incidentes da instância" (artigos 302.º-380.º); secção III, "Intervenção de terceiros" (artigos 32.º-359.º); subsecção III, "Oposição" (artigos 342.º-359.º); divisão III, "Oposição por embargos" (artigos 351.º-359.º).

⁽²⁰⁾ Na execução especial de alimentos, e na suspensão cautelar de alimentos provisórios, os embargos nunca têm efeito suspensivo, atendendo à natureza dos valores do exequente nessas acções que são de tal forma protegidos que nem os recursos têm também efeito suspensivo automático, nem são devolvidos os alimentos percebidos durante uma providência cautelar que entretanto veio a caducar.

E se na acção contraditória ambos os tipos de embargos se encontram pois os efeitos suspensivos são idênticos, é a sua fase inicial que os destaca, assumindo os preventivos uma natureza duplamente cautelar, como adiante desenvolveremos.

A própria formação de caso julgado material, como o artigo 358.º agora expressamente prevê, relativamente à decisão de mérito ⁽²¹⁾ sobre a questão da titularidade do direito de fundo traz um reforço manifesto da natureza declarativa da fase contraditória, ⁽²²⁾ pois que assim não seria certamente se nos embargos não estivessem garantidos os direitos das partes interessadas ⁽²³⁾ pela complexidade e solenidade da respectiva tramitação.

De qualquer modo, de relevar que o caso julgado dependerá do próprio âmbito dos embargos pois que se o embargado alegar apenas a situação de facto da posse e os embargos procederem com base exclusiva na respectiva presunção de titularidade só ficará assente que o embargante era ou não possuidor antes da penhora; se o embargante alegar o seu direito de fundo, é a sua titularidade que ficará assente; se, quer o embargante, quer os embargados, alegarem direitos, ficará assente a respectiva titularidade na medida em que os referidos direitos sejam compatíveis ⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ Portanto, do despacho que decide a final a fase contraditória dos embargos e não do mero despacho de recebimento dos mesmos que, nos termos do artigo 355.º só produz caso julgado formal negativo referente ao mesmo pedido (não podendo o embargante, em caso de rejeição, embargar novamente com a mesma causa de pedir e, no caso de admissão, não afastando a possibilidade de os mesmos embargos virem a ser rejeitados por negação do que ficou sumariamente provado). Neste sentido, TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção Executiva* (...), ob. cit., pp. 315.

⁽²²⁾ Declarativa de mera apreciação, no entender de LEBRE DE FREITAS, *Acção* (...), ob. cit., p. 242.

⁽²³⁾ Todas elas presentes na acção.

⁽²⁴⁾ Por exemplo, se o embargante alega o usufruto numa penhora de nua propriedade e o embargado reconveném com o direito de propriedade, no caso dos embargos serem admitidos, ficará assente a titularidade dos dois direitos, desde que a sua declaração tenha sido pedida. Isto é, tudo também dependerá do pedido, quer do embargante, quer dos embargados. Se estes se limitarem a invocar os direitos sem pedir o seu reconhecimento (sobretudo no caso dos embargados que podem apenas recorrer ao direito de fundo para afastar o direito ou a posse do embargante e não pedem o seu reconhecimento), a titularidade não poderá fazer caso julgado. Neste sentido, LEBRE DE FREITAS, *Acção* (...), ob. cit., pp. 242-243; idem, *Acção executiva e o caso julgado*, in *ROA*, 1993, II, pp. 236-239; idem, *Código* (...), ob. cit., pp. 628-230. REMÉDIO MARQUES, ob. cit., pp. 296-297, acrescenta que, deste modo, improcedentes os embargos, o embargante não pode propôr acção de reivindicação ou declarativa de apreciação porque a decisão sobre a titularidade concedeu o direito a outrem e faz caso julgado.

2.2. O alargamento da causa de pedir

Foi o alargamento da fundamentação destes meios de reacção contra diligências judiciais que, quebrando finalmente a tradição, cortou o cordão umbilical que os ligava, pelo acto desencadeador da sua dedução, às acções possessórias. Assim, hoje, os embargos de terceiro não correspondem, em exclusivo, a meios de tutela possessória, já que podem justificar o seu recurso não apenas a ofensa da posse como a violação de qualquer direito incompatível com a realização ou o âmbito da diligência ⁽²⁵⁾.

A razão ou causa de pedir dos embargos — que justifica o levantamento de uma penhora em prejuízo das finalidades da execução e dos interesses do exequente, do executado e dos credores reclamantes apesar do artigo 831.º permitir expressamente a apreensão de bens em poder de terceiro — já não reside apenas na posse e na presunção ilidível de titularidade do direito de fundo em que esta se traduz quando em nome própria prevista no artigo 1268.º, n.º 1 e 1251.º do CC, mas também em qualquer outro direito real ou obrigacional que, de forma directa ou indirecta possa ser violado pela diligência judicial ⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ Salvo no caso excepcional previsto no artigo 351.º, n.º 2, do processo especial de recuperação da empresa e de falência.

⁽²⁶⁾ No direito italiano, desde há muito que a lei limita os embargos à protecção de um direito de propriedade ou outro direito real de terceiro sobre o bem penhorado, nos termos do artigo 619.º do CC. Cfr. CRISANTO MANDRIOLI, ob. cit., vol. III, p. 141; FRANCISCO CARNELUTTI, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, trad. Jaime Guasp, Bosch Ed., Barcelona, 1942, pp. 580-581; NICOLA PICARDI, *Codice di Procedura Civile*, Giuffrè Ed., Milão, 1994, anotações aos artigos 618.º a 620.º do CC; SALVATORE SATTA, *L'esecuzione forzata*, Giuffrè Ed., Milão, 1937, pp. 409-410; LUIGI PAOLO LOMOGGIO, *Lezioni sul processo civile*, Molino Ed., 1995, pp. 765-766; MICHELE AIELLO e GIOVANNI GIACOBBE, *Guida ragionata ai provvedimenti cautelari*, Giuffrè Ed., Milão, 1996, p. 74; ENRICO REDENTI, *Diritto processuale civile*, vol. III, Milão, 1057, p. 333; MARCO TULLIO ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, vol. III, Milão, 1946, p. 290. O direito alemão também sempre possibilitou ao terceiro a oposição à execução com base em direitos e não apenas na posse, embora a tutela do possuidor de coisa móvel em nome alheio se faça através de uma outra via, a *Erinnerung* e não através da *Widerspruchsklage*. Cfr. § 771 ZPO que concede a oposição a terceiros titulares de um direito impeditivo da venda, apud LEBRE DE FREITAS, ob. cit., p. 326. No direito espanhol, os embargos de terceiro denominam-se *tercerias* e dividem-se em *tercerias registais* — que assentam na titularidade do registo que pode prevalecer sobre o registo da penhora, nos termos do artigo 38.º, III, LH —; *tercerias de domínio* — onde a causa de pedir é um direito real —; e as *tercerias de melhor direito* — deduzidas por um credor do executado que se considera preferencial ao

De qualquer modo, continua a ser o seu fundamento o traço da distinção das acções possessórias. Enquanto estas, em geral, visam atacar ou remover ameaças ou perturbações, da posse e só desta, provocadas por actos de particulares ou da administração pública, os embargos de terceiro podem proteger não apenas a posse como qualquer direito, embora só atacado por uma providência emanada de um órgão judiciário ⁽²⁷⁾.

Esta inovação do legislador do Código revisto respondeu às vozes que se levantavam fazia tempo, no sentido de limitar os casos, de escassa utilidade em termos de segurança jurídica e de subsidiariedade processual, que resultavam do facto do titular do direito de fundo que não tinha posse e, por isso, não podia embar-

exequente. Todas as tercerias só podem ser deduzidas até ao momento da venda executiva dos bens penhorados, em processo separado e autónomo incidental mas a sua admissão não suspende a instância executiva, apenas impedindo aquela venda judicial. Cfr. JUAN MONTERO AROCA e AA, *Derecho Jurisdiccional*, vol. II, Bosch Ed., Madrid, 1995, pp. 586-58; FRANCISCO RAMOS MENDEZ, *Derecho procesal civil*, 5.ª ed., tomo II, Bosch Ed., Madrid, 1992, pp. 1072-1075. No direito brasileiro, os embargos de terceiro tanto se podem fundamentar no direito como na posse; constituem também um processo incidental à execução onde os respectivos bens foram penhorados, podem ser deduzidos até à efectiva concretização da venda judicial; são constituídos por uma fase de prova sumária que depois de deferida provoca a ordem de mandado de manutenção ou restituição em favor do autor e a suspensão da execução e por outra que se lhe segue e aplicando-se-lhe os procedimentos cautelares, podem também ser preventivos e usados expressamente pelo credor com garantia real para evitar a venda. Cfr. JÔNATAS MILHOMENS, *Da intervenção de terceiros*, Forense Ed., Rio de Janeiro, 1985, pp. 80-96; CLÓVIS DO COUTO E SILVA, *Comentários ao código de processo civil*, vol. XI, tomo II, ERT Ed., São Paulo, 1982, pp. 437-479; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao código de processo civil*, tomo XV, Forense Ed., Rio de Janeiro, 1977, pp. 3-120. No direito francês, a posição do terceiro detentor não proprietário cabe na figura geral do incidente à penhora onde se alega a nulidade desta por variadas razões previstas na lei (artigos 715.º e 727.º do CPC) — “nullité de la saisie”. Sendo a nulidade de forma, apenas se extingue o acto nulo e os posteriores mantendo-se os anteriores. Sendo a nulidade de fundo, todo o processo cai. Contudo, o terceiro proprietário, além da acção normal de reivindicação, pode também impugnar desde logo a penhora através do incidente de “demande en distraction de saisie” que acaba por funcionar como uma variedade de acção reivindicativa. Cfr. VICENT, Jean, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 3.ª ed., Dalloz Ed., Paris, 1978, pp. 388-395 e JAUFFRET, Alfred, *Manuel de procédure civile et voies d'exécution*, 13.ª ed., LGDJ Ed., Paris, 1980, pp. 248-249.

⁽²⁷⁾ Por isso os embargos são o único meio de oposição contra essa diligência judicial, não podendo ser utilizadas as acções possessórias e não podendo, contra uma ofensa à posse feita por um acto de um particular ou da administração pública, ser deduzidos embargos de terceiro.

gar de terceiro, se ver forçado a propôr acção de reivindicação mesmo após a cessação da execução onde o seu bem foi penhorado e vendido, contra o respectivo adjudicatário ou comprador com registo posterior ao seu.

Mas a esta titularidade do direito e/ou da posse sobre o bem penhorado que o embargante tem que demonstrar, acresce outro requisito legal de fundamental relevo: a ofensa feita pela diligência judicial de apreensão ou entrega judicial do bem. Para que a penhora consubstancie essa ofensa, aquela posse e/ou direito têm que ser incompatíveis com os ulteriores termos da execução, ou seja, nos termos mais precisos do artigo 824.º do CC, têm que extinguir-se com a futura transmissão para terceiros do bem penhorado que ocorrerá com a sua venda ou adjudicação ⁽²⁸⁾.

2.2.1. *A legitimidade activa e passiva*

Como a própria denominação dos embargos indicia, o outro seu requisito legal de procedência assenta na qualidade de terceiro que deve caber ao embargante.

Nesta matéria, a lei foi novamente mais longe na concretização de tendências doutrinárias e jurisprudenciais, tendo o texto do artigo 351.º cristalizado a posição de carácter processual que nasceu tímida com o Código de 1961 ⁽²⁹⁾. Assim, apartando-se da posição que o terceiro ocupa no título executivo e da eventualidade de ele poder ou não ter sido parte da acção, o Código revisto impõe definitivamente que só é terceiro para efeitos de embargos quem

⁽²⁸⁾ E será exactamente nestes efeitos extintivos que residirá a grande controvérsia que trataremos infra e que acaba por inter-ligar todos os fundamentos dos embargos. O embargante tem que demonstrar que é terceiro titular de uma posse e/ou direito que foi ofendido pela penhora, ou seja, tem que provar que é titular de uma posse e/ou direito que se extinguirá com a venda ou adjudicação do respectivo bem. Cabe, pois, ponderar sobre que direitos serão esses.

⁽²⁹⁾ No Código de 1876, nos termos do artigo 922.º, a qualidade de terceiro afearia-se unicamente do título executivo. O Código de 1939 manteve quase inalterada a mesma tendência. Só o artigo 1037.º, n.º 2, do Código de 1961 é que levantou a dúvida pois do seu texto não se podia retirar a qualidade de terceiro abstraindo por completo da lide em concreto.

não é executado na acção específica onde aquela oposição se deduz ⁽³⁰⁾.

No que se refere à posição do cônjuge do executado, o texto da previsão legal aplicável foi simplificado com efeitos bastante positivos, pois que reduziu a uma regra geral os problemas relativos aos bens próprios e bens comuns, deixando à doutrina a tarefa da sua concretização — com as adaptações resultantes das novas regras: supressão da moratória forçada (novo artigo 1696.º do CC) e imposição da citação do cônjuge do executado em todos os casos de penhora de bens comuns (novo artigo 825.º, n.º 1) — e eliminou o seu carácter possessório que tantas dificuldade em termos de prova tinha trazido o direito anterior ⁽³¹⁾.

Actualmente, os embargos do cônjuge do executado, previstos no artigo 352.º, não apresentam, pois, a natureza de meios possessórios ⁽³²⁾, pois neles apenas se discute a questão da titularidade dos bens penhorados, a sua natureza comum ou própria, pela remissão para as regras gerais do direito patrimonial da família ⁽³³⁾.

O cônjuge do executado só pode, pois, embargar, quando a penhora tenha incidido sobre os seus bens próprios, que só respondem à cabeça por dívidas próprias e subsidiariamente por dívidas

⁽³⁰⁾ Assim, será sempre terceiro o cônjuge do executado ou os co-devedores deste que não tenham sido demandados, ou mesmo os devedores subsidiários. Mas, quanto a estes últimos, como refere REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 269, se o exequente fizer uso do novo artigo 828.º, n.º 3, e requerer a execução também contra o devedor subsidiário, quando este for citado supervenientemente para a execução a instância dos embargos extingue-se por inutilidade superveniente.

⁽³¹⁾ Resultantes da promiscuidade patrimonial da sociedade conjugal.

⁽³²⁾ Embora, nos termos gerais, o embargante possa alegar a posse como presunção da titularidade do direito que alega e consequente inversão do ónus da respectiva prova.

⁽³³⁾ Expressamente neste sentido, REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 289. Este autor refere, ainda, que o cônjuge do executado pode sempre embargar como qualquer terceiro nos termos do artigo 351.º. Duvidamos que o artigo 352.º não tenha natureza imperativa e que mesmo na prática se possam consubstanciar situações em que, fora da previsão do artigo 352.º, o cônjuge do executado possa ser terceiro. Com efeito, entendemos o referido preceito como excepcional e taxativo, até porque nos termos do direito da família, todos os bens sobre os quais os cônjuges possam exercer direitos, ou são próprios, ou integram a comunhão conjugal, ou são adquiridos em compropriedade. Só quanto a esta última hipótese é que se poderia pensar que o cônjuge poderia embargar de terceiro nos termos gerais alegando o seu direito de compropriedade porque violado o artigo 862.º. Mas essa eventualidade já se encontra prevista no artigo 352.º quando este se reporta aos bens comuns.

comuns, e ele não seja executado, e quando tenham sido penhorados bens comuns e ele não tenha sido citado para requerer a separação nos termos do artigo 825.º, n.º 1 ⁽³⁴⁾ ⁽³⁵⁾.

Quanto aos sujeitos passivos dos embargos de terceiro, estes são cumulativamente as partes primitivas da execução nos termos expressos do artigo 357.º, n.º 1. Ou seja, o embargante tem que deduzir os embargos necessariamente contra o executado e o exequente, em litisconsórcio necessário passivo ⁽³⁶⁾.

2.2.2. *A titularidade do direito de fundo e as fases introdutória e contraditória*

No respeitante à causa de pedir dos embargos de terceiro, a maioria da doutrina pós 95/96 admite a possibilidade de esta con-

⁽³⁴⁾ TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção Executiva (...)*, ob. cit., p. 302, defende que se trata de uma situação de litisconsórcio necessário passivo natural ao abrigo do artigo 28.º, n.º 2. No mesmo sentido para o direito italiano, LUIGI PAOLO LOMOGGIO, ob. cit., p. 766.

⁽³⁵⁾ Por isso, como refere TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., p. 301, não existe litisconsórcio necessário activo entre os cônjuges nos embargos de terceiro, ou seja, o cônjuge do executado tem sempre que embargar sozinho porque o executado não pode embargar de terceiro. Mas, no que respeita aos bens comuns, o que pode acontecer é uma simultânea utilização dos embargos de terceiro pelo cônjuge do executado e do incidente de oposição à penhora por parte do executado, já que se preenchem as respectivas previsões legais, como no exemplo de penhora de bens comuns por dívida própria do executado. Ambos irão defender os bens comuns que só subsidiariamente responderão por aquela dívida. Neste caso, por questões de celeridade processual e para obviar ao duplo tratamento dos mesmos factos em processos distintos, o mesmo autor entende que se o executado recorrer ao incidente de oposição, deve admitir-se a intervenção principal do executado, o que em nosso ver se conjuga com os prazos de ambas as figuras, pois que, como o executado tem 10 dias para se opor e o seu cônjuge 30 para embargar, este pode sempre aguardar por aquela oposição. Só assim não poderá ser quando o cônjuge queira embargar de terceiro preventivamente pois o prazo dos 10 dias para a oposição só começa a contar da efectivação da penhora e o cônjuge pode ter interesse em embargar desde que saiba do despacho ordenatório.

⁽³⁶⁾ REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 270, escreve que assim já se impunha à luz do direito anterior pois que se o exequente pretendesse fazer uso do artigo 1041.º, n.º 1, e invocasse em resposta aos embargos a transmissão fraudulenta do bem do executado para o adquirente embargante, teria que provocar a intervenção do executado se este já não fosse também embargado. Tendo sido apenas o executado o embargado, o exequente, para poder trazer à colação dos autos a referida fraude — ou o facto da titularidade dos bens não pertencer ao embargante mas a ele ou ao executado —, era obrigado a provocar a sua própria intervenção espontânea.

sistir unicamente na alegação da posse afastada do direito cuja titularidade presume ⁽³⁷⁾ — porque o texto do artigo 351.º, n.º 1, coloca as duas possíveis causas de pedir de forma alternativa —, para daí retirar que na fase introdutória dos embargos ou aquando do proferimento do respectivo despacho de recebimento ou rejeição, deve ser apenas ponderada a posse, excluindo a titularidade do direito de fundo, só tratada na fase contraditória ⁽³⁸⁾. Neste sentido, a interpretação da expressão “existência do direito invocado pelo embargado” constante do artigo 354.º, n.º 1, a propósito da prova sumária, seria reportada exclusivamente à presunção da titularidade que a prova da posse acarreta, podendo, por isso, os embargos ser admitidos em casos de posse manifestamente formal e jurídica ⁽³⁹⁾.

Contudo, tais interpretações parecem-nos, salvo o devido respeito, um pouco deslocadas da prática. A realidade dos factos diz-nos que quando é elaborada uma petição de embargos o autor alega como causa de pedir nunca só a posse mas sempre também o direito de fundo a que esta corresponde, pois que traz sempre à colação dos autos os factos que expliquem a origem dessa posse ⁽⁴⁰⁾. O que pode de facto ocorrer é que a essa posse não cor-

⁽³⁷⁾ Assim, REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 271; TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção Executiva Singular*, Lex Ed., Lisboa, 1999, p. 379; LEBRE DE FREITAS, *A acção Executiva à luz do Código revisto*, 2.ª ed., Coimbra Ed., Coimbra, 1997; idem *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, Coimbra Ed., Coimbra, 1999, p. 236.

⁽³⁸⁾ Expressamente concluindo neste sentido, REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 272-273.

⁽³⁹⁾ Neste sentido, REMÉDIO MARQUES, ob. cit., pp. 271-271; LEBRE DE FREITAS, *A penhora de bens (...)*, ob. cit., p. 320; idem, *A acção executiva (...)*, ob. cit., p. 228; idem, *Reforma (...)*, ob. cit., pp. 461-460; CASTRO MENDES, *Acção executiva (...)*, ob. cit., pp. 134-138;

⁽⁴⁰⁾ Referimo-nos a uma questão de probabilidade, não afastando de todo a hipótese de o embargante alegar apenas a posse, mas considerando-a extremamente remota e tão virtual, a ponto de não podemos interpretar a lei moldando-a a essa situação especial. O embargante desenvolverá sempre, mesmo que acabe por no pedido final se referir só ao levantamento da penhora e à procedência dos seus embargos, as circunstâncias que levaram à sua posse, o que se traduz necessariamente na alegação do direito a que corresponde a posse, que não pode deixar de constituir também a causa de pedir dos embargos. Se o comodatário, por exemplo, alega a sua posse pedindo o levantamento da penhora, explicará certamente a que título é que tem a posse, descrevendo que tem um contrato de comodato ou apenas alegando factos que o consubstanciem. Se o embargante alegar apenas que tem posse porque tem poderes de facto sobre a coisa, certamente a petição terá que ser considerada pelo juiz como incompleta, proferindo este, normalmente, ao abrigo do artigo 265.º, n.º 2, um despacho de aperfeiçoamento aconselhando o embargante a expli-

responda o direito de propriedade mas um direito real menor ou um direito meramente obrigacional.

Por isso, a expressão “existência do direito invocado pelo embargante” constante do artigo 354.º deve ser interpretada no seio da alteração legislativa entretanto ocorrida como um todo, nomeadamente à luz do artigo 351.º. Se é verdade que o antigo artigo 1040.º do Código de 1961 apenas prescrevia que os embargos seriam recebidos ou rejeitados consoante a prova produzida, também é inegável que no direito anterior só se previa uma causa de pedir que era a posse. Portanto, o direito invocado deve encontrar-se sempre constante da causa de pedir de forma expressa ou então resultar da prova sumária produzida na fase introdutória, visando, contudo, esta prova apenas o direito e não só a posse como um facto perfeitamente destacado de qualquer direito que a legitime ⁽⁴¹⁾.

Por esse motivo, não podemos deixar de discordar da argumentação de que, quando se alega só a posse, a discussão — de facto e de direito — do direito de fundo, é sempre remetida para a fase contraditória ⁽⁴²⁾.

car melhor a sua posse. Se o embargante o não fizer, entendemos que a petição não deve ser logo indeferida liminarmente pois que durante a produção de prova se pode concluir pelo melhor enquadramento factual da alegada posse. Se isso não acontecer, ou seja, se após a prova sumária não se descortinar qual é o direito que titula a posse, o juiz só recebe os embargos, apesar de continuar a não ter elementos suficientes para decidir sobre a legitimidade do embargante, por causa da presunção de titularidade que a situação de facto de posse provada provoca. Apesar de não saber exactamente que direito é que justifica aquela posse, parece-nos que o juiz tem que presumir, nesta fase introdutória, que à posse corresponde em última *ratio*, o direito de propriedade, salvo, é claro, se da produção de prova resultar que outrém detém esse direito de propriedade e que a referida posse não é justificada por outro direito real mesmo menor.

⁽⁴¹⁾ Aparentemente neste sentido, LEBRE DE FREITAS, *Código Processo Civil Anotado*, vol. I, Coimbra Ed., Coimbra, 1999, pp. 621-623. A prova sumária, como referimos, visará a procura do direito que legitime a situação de facto consubstanciada na posse. Ou se prova que o direito de propriedade pertence a outrém que não o embargante mas também se prova que este detém a coisa a título de outro direito menor, ou se prova que ninguém detém o direito de propriedade e o embargante beneficia da presunção de titularidade do direito de propriedade, ou se prova directamente que ele tem mesmo esse direito de propriedade ou outro direito real menor ou de gozo.

⁽⁴²⁾ Por isso o artigo 355.º prescreve que a rejeição dos embargos nesta fase preliminar não impede que o embargante possa fazer uso do seu direito de fundo e proponha acção declarativa ou reivindicação. Também por essa razão, a admissão dos embargos não é grande motivo de alegria para o embargante que não seja titular do direito de fundo, já que esta questão será tratada na fase contraditória, podendo os embargos cair com a *exceptio dominii*.

Como a rejeição ou admissão dos embargos se baseia exclusivamente na probabilidade — séria — da existência do direito invocado pelo embargante, nos termos do artigo 354.º, a prova incidirá sempre sobre o direito e eventualmente também sobre a posse⁽⁴³⁾. Por isso, a questão da titularidade desse mesmo direito poderá sempre ser ponderada na fase introdutória, na medida da prova produzida.

Por outro lado, prevê a lei expressamente, agora no artigo 354.º, primeira parte, que a petição de embargos possa ser objecto de despacho de indeferimento liminar. Assim, nos termos conjugados dos artigos 234.º-A, n.º 1, 476.º, 265.º, n.º 2, 288.º, n.º 1, al. d) e n.º 3, o juiz só pode aceitar a petição inicial de embargos após certificar-se, nomeadamente, ⁽⁴⁴⁾ da legitimidade das partes, o que implica, da parte do embargante, a verificação da sua qualidade de terceiro. Ora, esta qualidade depende, como referimos, não apenas da prova fácil de que o embargante não é parte naquela execução em particular, mas da difícil e complexa demonstração de que é terceiro legítimo para embargar, ou seja, de que é terceiro titular de um direito ou de uma posse incompatível com a penhora porque se extingue com a venda executiva.

Seguido este despacho de deferimento do despacho de recebimento dos embargos, ambos em momento processual em que as partes contrárias não são ouvidas, cabe, pois, indagar sobre se a prova da titularidade do direito de fundo, embora sempre sumária, em todos os casos, ⁽⁴⁵⁾ não terá que ser feita mesmo antes da fase contraditória.

⁽⁴³⁾ O que pode acontecer é provar-se apenas a situação de facto da posse e não se provar que o direito pertence a alguém. Nesse caso, para que a probabilidade séria de existência do direito de propriedade presumido pela posse possa ser decidida pelo juiz no despacho de recebimento dos embargos, é preciso que da prova sumária não tenham resultado dúvidas em sentido oposto (no sentido, por exemplo, de à posse não corresponder nenhum direito e ser, portanto, posse precária ou detenção). Mas o que é facto é que mesmo nestas hipóteses remotas, a prova e a decisão incidem sempre sobre o direito e não sobre só a posse.

⁽⁴⁴⁾ Além dos casos de caducidade dos embargos ou de outras razões de manifesta improcedência, como prevê o artigo 234.º-A.

⁽⁴⁵⁾ Incluindo as hipóteses remotas de só ser alegada a posse como uma situação de facto. Aí, ou o embargante completa a explicação da posse após despacho de aperfeiçoamento, ou resulta da produção sumária de prova a probabilidade séria de a ninguém, senão ao embargante, corresponder o direito de propriedade ou qualquer outro direito, real menor ou obrigacional. Será apenas uma dificuldade de prova, pois ao resultado aplicar-se-ão, no nosso entender, as mesmas conclusões que às hipóteses de ter sido desde logo alegado o direito de fundo.

Entendemos que sim.

Porque na altura da recepção da petição inicial de embargos o juiz não tem todos os elementos necessários para averiguar da verificação do pressuposto processual da legitimidade, poder-se-ia defender que o despacho de indeferimento só trataria das questões mais óbvias como se o embargante é ou não parte, se a posse que alega pode em qualquer tese ser ou não admitida. Neste sentido, o juiz devia indeferir liminarmente os embargos quando, por exemplo, a causa de pedir consistisse apenas na detenção manifesta do embargante, ou seja, quando este alegasse situações de óbvia mera detenção e não de posse, às quais o direito não concede nenhuma protecção a título de embargos.

Mas o que se segue de diferente até ao despacho de recebimento dos embargos é apenas a produção de prova sumária após a qual as partes apenas podem alegar rapidamente de facto e não de direito.

Assim, a mais valia para o juiz ponderar o deferimento ou indeferimento da petição de embargos trazida pela remissão do assunto para a fase introdutória, é, em regra, ⁽⁴⁶⁾ apenas a prova dos factos e não qualquer enquadramento jurídico, jurisprudencial ou doutrinário.

Por isso, ousamos concluir que deve ser no primeiro despacho a proferir pelo juiz, ⁽⁴⁷⁾ que este se deve pronunciar sobre a legiti-

⁽⁴⁶⁾ Não no caso de o embargante ter apenas alegado a situação de posse sem qualquer referência ao direito de fundo e assim continuar mesmo após despacho de aperfeiçoamento, porque, como defendemos, nessas hipóteses a mais valia da produção de prova sumária feita a seguir ao despacho inicial e durante a fase introdutória corresponde ao enquadramento jurídico da referida situação de facto.

⁽⁴⁷⁾ DUARTE PINHEIRO, ob. cit., pp. 36-37, destaca dos fundamentos do despacho de indeferimento liminar dos embargos, a manifesta ilegitimidade activa (porque o autor não é possuidor ou não é terceiro), a manifesta ilegitimidade passiva e a caducidade, não especificando se será logo neste momento ou apenas no despacho de recebimento dos embargos que o juiz deve ponderar a qualidade de terceiro do embargante. LEBRE DE FREITAS, *Código (...)*, ob. cit., pp. 622-623, escreve que o indeferimento liminar, como é anterior à produção de prova, deve ser reservado aos casos de caducidade, de ilegitimidade do embargante por não se verificarem os requisitos do artigo 351.º (embargos deduzidos por uma das partes da causa ou com base em posse ou direito compatível com a penhora) ou de manifesta improcedência do pedido (artigo 234.º-A, n.º 1); enquanto o despacho de rejeição “deverá ter lugar quando, embora a posse ou o direito invocado fosse em abstracto susceptível de fundamentar embargos de terceiro, da prova sumariamente produzida não resulta a séria probabilidade de verificação dos respectivos factos constitutivos ou resulta,

midade do embargante e, portanto, sobre se ele é ou não terceiro para efeitos de embargos ⁽⁴⁸⁾. Isto porque essa sua análise necessita apenas de ponderar questões de direito e de qualificação que não serão alteradas pela produção de prova que se segue porque pressupõe-se nesse momento, pela forma como a factualidade é colocada pelo embargante na petição, que depois este a conseguirá provar. Se não o fizer, os embargos serão então rejeitados.

A opção por deixar para o despacho de recebimento dos embargos a questão da legitimidade do embargante significa somente um protelar no tempo de uma decisão que o juiz pode logo tomar aquando da entrada da petição de embargos.

Esta conclusão apesar das consequências muito liminares — porque traduz-se na força vinculativa da opinião do juiz — poderá à partida parecer muito limitativa dos direitos do embargante porque ele não tem muito mais oportunidades para reforçar a sua defesa teórica. Mas acaba por ser, em boa verdade, uma solução realista, já que a remissão do assunto para o despacho de recebimento apenas adia a solução e ilude o embargante com o decurso do tempo.

Outra hipótese seria a de considerar, como a que começámos por referir, que como esta questão é mesmo de direito muito complicada, deveria ser sempre deixada para a fase contraditória. Ora, mas isso seria fazer tábua rasa da utilidade da função introdutória e da sua natureza cautelar e célere que, apesar de tudo, não resulta num despacho liminar mas num despacho de recebimento ou de rejeição antecedido de uma sumária produção de prova.

A fase contraditória, como se traduz, ao contrário da primeira, sobretudo numa produção de prova solene e feita por todas as partes, com salvaguarda de todas as hipóteses de defesa nos termos gerais, acaba por também não trazer muito de novo em termos de

pelo contrário, a séria probabilidade da ocorrência de factos impeditivos, modificativos ou extintivos do efeito dos primeiros". Parece, pois que este autor, defende actualmente o tratamento da questão do direito de fundo logo na fase introdutória, mas apenas após a produção de prova, ou seja, só no momento do recebimento ou rejeição dos embargos e não logo aquando do despacho liminar.

(⁴⁸) Em correspondência com o conteúdo da nota anterior, não nesses casos, onde todos os elementos para o juiz aplicar o direito só se reúnem com a produção de prova. De qualquer modo, o relevante é que a questão de fundo, decidida no momento do despacho inicial ou no momento decisivo da fase introdutória, não é remetida na sua totalidade para a fase contraditória.

razões de direito, só acrescentando a reconvenção do domínio. Esta fase deveria, por isso, reportar-se apenas ao aprofundamento dos factos e das argumentações jurídicas daquelas situações de direitos incompatíveis com a penhora que mesmo na doutrina e na jurisprudência são controvertidos mas admitidos.

Assim, na fase introdutória deveriam ser logo tratadas as questões da titularidade do direito, afastando-se desde logo aqueles direitos que são pela unanimidade da doutrina e da jurisprudência considerados como não incompatíveis com a penhora ⁽⁴⁹⁾ e deixando-se então para a fase contraditória os casos mais polémicos ⁽⁵⁰⁾.

Não obstante, sempre pode o juiz, antes de proferir o despacho liminar, socorrer-se do artigo 265.º, n.º 2, e proferir despacho de aperfeiçoamento, aconselhando o embargante a esclarecer melhor as suas razões de facto e de direito e a juntar mais provas, reforçando a sua argumentação ⁽⁵¹⁾.

Pelo exposto, o juiz não admite embargos de terceiro quando fique provado sumariamente que a posse é meramente formal ou que é só jurídica não podendo o titular do direito exercer a posse

⁽⁴⁹⁾ Releva-se o requisito da unanimidade porque se determinado direito for defendido como incompatível com a penhora mesmo por uma doutrina ou jurisprudência minoritárias (ou, independentemente da doutrina e da jurisprudência, consoante a argumentação do embargante e a fundamentação do juiz), devem ser os embargos recebidos porque se concede o benefício da dúvida ao embargante que será esclarecido na fase seguinte. De qualquer modo, essa fundamentação tem que ser minimamente consistente, sob pena do requisito da "probabilidade séria do direito invocado pelo embargante" previsto no artigo 354.º não ficar preenchido.

⁽⁵⁰⁾ Como veremos mais à frente, podemos considerar em regra como unanimemente incompatíveis com a penhora, os direitos pessoais de gozo, os direitos reais de garantia, os direitos de crédito.

⁽⁵¹⁾ ANTUNES VARELA, *Parecer ao Ac. do STJ de 20/10/98*, in *ROA*, ano 53, 1993, II, pp. 311-369, admite como válida a possibilidade de o juiz, antes do despacho de rejeição ou recebimento dos embargos, notificar os embargados para se pronunciarem, entendendo-a como mera intenção de esclarecimento por parte do juiz acerca do cabimento dos próprios embargos, e nunca como notificação para contestar. Pela nossa parte entendemos que estas notificações atípicas dos embargados logo na fase introdutória devem ser de evitar em casos — a ponderar cuidadosamente pelo próprio juiz — em que o conhecimento imediato dos embargos por parte dos embargados possa colocar em perigo os interesses do embargante. Não obstante, revela uma preocupação da parte do juiz em melhor e com mais cuidado compreender a situação de facto de modo a poder com mais certezas terminar a fase introdutória com finalidades de celeridade processual, evitando a remissão da matéria para a fase contraditória.

efectiva ⁽⁵²⁾. Este entendimento serve, pois, as finalidades de celeridade processual quer dos próprios embargos quer, essencialmente, da sua fase introdutória, sem prejuízo dos seus efeitos práticos e úteis ⁽⁵³⁾.

2.2.3. Os direitos incompatíveis com a execução

Contudo, a esta argumentação e ao tratamento da causa de pedir dos embargos de terceiro, falta a matéria mais controvertida que incide sobre a completa compreensão da qualidade de terceiro

⁽⁵²⁾ Tudo resultará da prova produzida. Se se conclui que, no caso de se ter alegado só a situação de facto da posse, a esta não corresponde nenhum direito (ou porque, por exemplo, se provou que o respectivo direito de propriedade corresponde a outra pessoa e ao embargante nem cabe a titularidade de um direito menor; ou porque se provou que o embargante é de facto detentor), ou seja, que é uma posse formal, os embargos devem ser rejeitados. Se se provar, no caso de se ter alegado posse e direito ou só o direito, que não existe posse efectiva mas apenas jurídica, não exercendo o titular desse direito poderes de facto sobre a coisa nem podendo exercer porque a posse pertence legitimamente a outro diferente do embargante (por exemplo quando o embargante é proprietário e o usufrutuário é outra pessoa e foi penhorado o usufruto e não a nua propriedade), os embargos devem ser rejeitados. Se a posse for meramente jurídica mas o titular do direito poder exercê-la também de facto (quando o bem está onerado com um usufruto pertencente a pessoa diferente do embargante mas é penhorada a nua propriedade ou quando e penhorado o direito de propriedade ou outro real menor e embargante não tem posse efectiva mas pode ter porque a coisa não se encontra legitimamente na posse de outrem). A ideia geral é a de admitir as situações que possam, independentemente da iniciativa processual posterior dos embargados, vir a fundamentar os embargos a final. Por exemplo, a alegação do direito de usufruto pelo embargante sendo o direito de propriedade do executado e incidindo a penhora sobre a nua propriedade, em princípio só constituirá razão para a rejeição dos embargos caso o executado alegue a *exceptio dominii* e mesmo nessa hipótese sempre o embargante poderá responder à excepção. Ou seja, esse direito deverá ser admitido como fundamento de embargos no final da fase introdutória.

⁽⁵³⁾ Assim, decidem-se imediatamente situações que eram remetidas para a fase contraditória sem haver necessidade de aprofundamento da prova porque tudo depende de um posicionamento jurídico e de qualificação e limitam-se os casos de utilização daquela segunda fase verdadeiramente declarativa e necessariamente mais demorada. Os verdadeiros interesses do embargante não ficam prejudicados de maneira nenhuma já que, nos termos do artigo 476.º, desde que os bens ainda não tenham sido judicialmente vendidos ou adjudicados, sempre pode o embargante deduzir em 10 dias nova petição de embargos ou recorrer do despacho de indeferimento liminar (embora com efeitos meramente devolutivos) ou do despacho de rejeição ou mover acção paralela a pedir a declaração do direito ou a reivindicação.

para efeitos de embargos, sobre o que sejam os direitos incompatíveis com a penhora. Cumpre debruçar-nos agora sobre ela.

O critério da incompatibilidade dos direitos com a penhora tem sido defendido de forma unânime na pouca doutrina que sobre o assunto tem escrito à luz do Código revisto, como referindo-se aos efeitos da continuação da penhora, ou seja, aos efeitos da venda em execução. Nesse sentido, serão incompatíveis com a penhora os direitos que não se devam extinguir, que se mantêm, com e apesar da venda executiva, ou seja, nos termos do artigo 824.º, n.º 2, do CC, os direitos, entre outros, reais de gozo que não tenham registo anterior ao de qualquer arresto, penhora ou garantia, excepto aqueles que, constituídos em data anterior, produzam efeitos em relação a terceiros independentemente de registo ⁽⁵⁴⁾ ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Penhora de bens (...)*, ob. cit., pp. 80-82; idem, *Ação Executiva (...)*, ob. cit., pp. 377-378; LEBRE DE FREITAS, *A ação executiva (...)*, ob. cit., p. 233; idem, *Código (...)*, ob. cit., pp. 616-617 [apesar de anteriormente em *A penhora (...)*, ob. cit., p. 313 e seguintes ter criticado este critério ao abrigo do direito anterior]; REMÉDIO MARQUES, ob. cit., pp. 268, 275, 277; e a jurisprudência apud TEIXEIRA DE SOUSA, *Ação Executiva (...)*, ob. cit., p. 378; SALVADOR DA COSTA, *Os incidentes da instância*, 2.ª ed., Almedina Ed., Coimbra, 1999, p. 181. Como refere REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 276, podem embargar “os terceiros titulares de direitos impeditivos da alienação do objecto penhorado”. São direitos reais que produzem efeitos independentemente de registo, por exemplo, os direitos sobre móveis não registáveis, ou então, qualquer direito real de gozo (a propriedade, propriedade horizontal, usufruto, superfície, servidões prediais, etc) com excepção das servidões legais não aparentes e os direitos de uso e de habitação, que seja constituído por usucapião nos termos dos artigos 1296.º, ou seja, independentemente de qualquer registo. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, ob. cit., pp. 471-473.

⁽⁵⁵⁾ Esta incompatibilidade implica também a prevalência sobre qualquer *exceptio dominii* alegada pelos embargados. Estes ou afastam a posse ou os factos que sustentam a alegação do direito ou são obrigados a reconvir com o direito de propriedade para afastarem os embargos. Por exemplo, o caso do usufruto alegado pelo embargante numa penhora do direito de propriedade (tendo o usufruto registo anterior): ao embargado não lhe serve de nada alegar em reconvenção o seu direito de propriedade pois que o usufruto com registo anterior não se extingue com a venda executiva nos termos do artigo 824.º, n.º 2, e, por isso, não é afastado pelo direito de propriedade do embargado e prevalece sobre a penhora, podendo constituir fundamento válido de embargos. Outro exemplo inverso que releva apenas questões de prova: se o embargado alega só a posse como situação de facto (nos casos remotos que vimos acima) que presume o direito de propriedade. Apesar deste pertencer ao executado (porque, por exemplo, o embargado só tinha o usufruto com registo anterior à penhora), se este não o alegar em reconvenção e não afastar os factos que sustentam a referida posse, não ilide a presunção de titularidade e os embargos podem pro-

Esta incompatibilidade, pressupondo uma análise do referido preceito do CC, implica necessariamente uma tomada de posição sobre a relação entre o registo do direito e o registo da penhora, sobretudo porque o nosso tema restringe-se exactamente às situações em que o registo predial é obrigatório, pois que se trata da penhora de imóveis.

Como essas situações registais se reportam também à noção de terceiro para efeitos de registo predial, figura que nos últimos meses tem sido objecto de energéticas jurisprudência e doutrina, entendemos por melhor autonomizar esta matéria no ponto que se seguirá e tratar primeiro a questão da incompatibilidade dos direitos alegados pelo embargante de acordo com os princípios gerais, sem prejuízo das adaptações a final, se necessárias.

Assim, aplicando o critério acima delineado, diríamos que são incompatíveis com a penhora e que constituem fundamento legítimo para embargar de terceiros os direitos que de seguida se identificam ⁽³⁶⁾.

ceder. Mas nesse caso o que acontece é a manutenção de uma situação presumida que não corresponde à realidade e não a negação da previsão do artigo 824.º, n.º 2, porque nos termos da prova produzida, o embargante tinha o direito de propriedade. Por isso dissemos acima que, aquando da fase introdutória, se nada se provar em sentido contrário e ficar provado o suficiente para criar uma séria probabilidade, devem seguir os embargos com fundamento em alegação apenas da situação de facto da posse pois esta presume o direito de propriedade. É que, se esta presunção acabar por não ser afastada durante a fase contraditória, onde existe maior oportunidade para isso acontecer, os embargos podem proceder. Portanto, na recepção dos embargos nunca se deve ter como certa a alegação da *exceptio dominii* para qualificar o embargante como terceiro, pois aquela alegação é eventual. Deve ter-se sempre em consideração o artigo 824.º, n.º 2, e os casos em que independente de reconvenção do domínio, os embargos não podem proceder porque o direito extingue-se com a venda executiva (por exemplo, quando o embargado alegasse usufruto registado após a penhora, em princípio os embargos poderiam proceder se os embargados não reconviassem o domínio, mas devem ser rejeitados porque nunca se mantém após a venda executiva).

⁽³⁶⁾ Seguimos neste ponto os ensinamentos de TEIXEIRA DE SOUSA, *Ação Executiva* (...), ob. cit., pp. 307-313. No direito italiano, apesar de a lei expressamente atribuir a possibilidade de oposição à execução a terceiros titulares do direito de propriedade ou outros direitos reais, alguma doutrina defende a oponibilidade de terceiro titular de um direito de crédito, quando este se referia à entrega ou à restituição de uma coisa — portanto, no nosso caso, o promitente comprador com tradição da coisa, por exemplo. Cfr. CRISANTO MANDRIOLI, ob. cit., p. 141. Contra, SALVATORE SATTA, *Diritto processual civile*, Pádova, 1987, p. 736; PROTO PISANI, ob. cit., pp. 256-257. No direito alemão, o terceiro oponente à execução pode ser apenas o titular de um direito à entrega ou restituição de uma coisa mesmo que não seja o seu proprietário, desde que o domínio não pertença ao executado. Cfr. BROX-WALKER, ob. cit., p. 761; BRUNS-PETERS, ob. cit., p. 101 e JAUERNIG, ob. cit., p. 58 apud LEBRE DE FREITAS, ob. cit., p. 326.

Dentro dos direitos reais de gozo com registo anterior à penhora, a propriedade⁽⁵⁷⁾ por excelência, claro,⁽⁵⁸⁾; os direitos reais menores (usufruto, uso e habitação, direito de superfície, direito real de habitação periódica) quando penhorada a propriedade plena; a compropriedade se violado o artigo 826.º; a reserva de propriedade, excepto se a penhora incidir sobre a expectativa de aquisição nos termos do artigo 860.º-A⁽⁵⁹⁾. Nos termos do artigo 824.º, n.º 2, parte final, os direitos reais de gozo constituídos antes da penhora que produzam efeitos independentemente do

(57) Assim, o locador financeiro em execução movida contra o locatário sobre a penhora de bens objecto do respectivo contrato. Cfr., relativamente a todos os direitos que de seguida se indicarão, a jurisprudência apud TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção Executiva* (...), ob. cit., pp. 384-390.

(58) Quando tenha sido penhorada a nua propriedade em todos os casos; quando tenha sido penhorado um direito real menor sobre o mesmo bem; não quando tenha sido penhorado um direito real menor e o proprietário o tenha alienado a outra pessoa (em penhora de usufruto quando o usufruto pertence a outro que não o embargante, este não pode embargar de terceiro porque a sua propriedade não vai ficar prejudicada).

(59) O alienante sob reserva de propriedade continua, por isso, a ser titular do direito de propriedade pelo que pode deduzi-lo em embargos de terceiro. O que conta para efeitos de registo a comparar com o da penhora é o registo da cláusula de reserva de propriedade. Alguma jurisprudência é contra por entender que o vendedor sob reserva de propriedade não tem a posse real e efectiva do bem. TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., p. 384, discorda porque a efectividade da posse é hoje irrelevante. Neste caso pensamos que sim porque o adquirente não tem efectivamente nenhum direito real sobre o bem mas apenas uma expectativa jurídica registável e, portanto, mesmo se a penhora incidisse só sobre direitos reais menores, sempre estes ainda se encontrariam na esfera jurídica do vendedor. Já assim não seria se em vez disso o adquirente tivesse um direito real menor e a penhora incidisse só sobre esse direito, pois aí o direito de propriedade não seria incompatível com ela porque não se extinguiria com a venda. A este propósito TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., pp. 384-385, e alargando as condições a todas as situações de propriedade do executado sob condição resolutiva, também refere que o adquirente sob reserva de propriedade pode embargar numa penhora sobre esse bem no âmbito de uma execução contra o respectivo vendedor, desde que alegue apenas a sua expectativa de aquisição para evitar a extinção desta pelo artigo 824.º. No mesmo sentido no direito alemão, BRUNS-PETERS, ob. cit., pp. 99-100, BROX-WALKER, ob. cit., pp. 754-759; JAUERNIG, ob. cit., pp. 56-57, apud LEBRE DE FREITAS, ob. cit., p. 333. Temos, salvo o devido respeito, algumas dúvidas pois que o fundamento dos embargos de terceiro ou é a posse ou é o direito e a expectativa de aquisição não é um direito. De qualquer modo, o que é verdade é que o direito de propriedade do adquirente existe embora sob condição resolutiva e se aplicarmos as regras gerais, incluindo o artigo 273.º do CC, o adquirente pode efectuar actos conservatórios do seu direito, o que justificaria a dedução de embargos. No direito italiano, os tribunais entendem que basta ao embargante a prova do contrato de compra e venda com reserva de propriedade por pagar, caindo o ónus da prova do pagamento ao executado que o pode cumprir mesmo na acção executiva.

registro. E nos termos do artigo 291.º do CRegP, o direito do embargante que se fundamenta na declaração de nulidade ou anulação da transmissão onerosa do bem penhorado a favor do executado, quando deduz os embargos registados nos três anos subseqüentes à conclusão daquela transmissão ⁽⁶⁰⁾.

Quanto aos direitos reais de garantia, a regra é a de que os seus titulares não podem embargar de terceiro porque têm o direito de, no âmbito da execução, reclamar os seus créditos nos termos do artigo 864.º, n.º 1, al. b) e 865.º, n.º 1, pelo que dessa forma os seus direitos não se extinguirão com a venda executiva ⁽⁶¹⁾. As excepções são as do credor titular da garantia que embarga com fundamento no facto de o seu devedor não ser o executado pois nesse caso ele não pode reclamar, ⁽⁶²⁾ e a do direito do promitente comprador no caso de tradição da coisa constituído antes da penhora ⁽⁶³⁾.

⁽⁶⁰⁾ Mesmo que tenham sido registados após a penhora, mas só no caso de dupla alienação previsto no artigo 291.º do CRegP, ou seja, quando o embargante tiver sido o primeiro adquirente do bem que não registou, tendo o seu vendedor vendido o bem a outro que por sua vez o registou e o alienou ao executado que estava de boa fé porque nada sabia da história e confiou no registro. Aceitamos esta hipótese por ora, sem prejuízo de diferente conclusão infra após explicarmos a nossa posição sobre a noção de terceiro para efeitos de embargos.

⁽⁶¹⁾ No mesmo sentido no direito italiano, SEMIANI BIGNARDI, *La retenzione sull'esecuzione singolare e nel fallimento*, Pádova, 1960, pp. 88 e seguintes.

⁽⁶²⁾ Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., p. 383; CASTRO MENDES, *Direito Processual* (...), vol. III, ob. cit., pp. 409 e seguintes; REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 278-279, que acrescenta os casos de privilégios creditórios; LEBRE DE FREITAS, *Ação Executiva* (...), ob. cit., p. 233-234. Este último autor alarga esta hipótese também aos direitos reais de aquisição.

⁽⁶³⁾ MENEZES CORDEIRO, *Da retenção do promitente na venda executiva*, in *ROA*, ano 57, 1997, pp. 551-552, escreve apenas que nestes casos o direito de retenção não tem apenas eficácia compulsória porque a coisa retida responde por débitos que se aproximam do seu valor real e porque dominam preocupações sociais que protegem a posse da coisa mesmo contra pretensões de terceiros. Concluindo, que o retentor promitente comprador não tem um direito real de garantia mas de gozo pois a protecção legal garante-lhe o gozo da coisa numa posse própria e legítima, aplicando o artigo 824.º, n.º 2, parte final, porque, sendo de garantia ou de gozo, este direito produz sempre efeitos contra terceiros independentemente de registro. TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., p. 307 entende que este autor, apesar de concluir pela não caducidade do direito de retenção do promitente comprador, não esclarece sobre a dedução de embargos ou a possibilidade de reclamação de créditos. Em nosso entender e salvo o devido respeito, pensamos que os termos limitados da colocação do problema por MENEZES CORDEIRO, não nos deixa sequer concluir que este direito não caduca com a venda executiva, mas tão somente que preenche a previsão da parte final do

No que se refere aos direitos reais de aquisição e no caso paradigmático do promitente comprador com eficácia real nos termos do artigo 413.º do CC, não existe, em regra, legitimidade para embargar de terceiro porque o seu titular, tendo apenas a faculdade de impôr a sua aquisição a qualquer terceiro, pode adquirir o bem através da venda executiva nos termos do artigo 903.º. Excepcionalmente, tal como no caso anterior, existindo tradição da coisa, o promitente comprador actua como um verdadeiro possuidor em nome próprio pelo que pode embargar ⁽⁶⁴⁾. Quanto aos preferentes

artigo 824.º, n.º 2, porque pode ser aposto a terceiros independentemente de registo. Com efeito, deste preceito, aqueles direitos que não dependem de registo apenas têm outra forma de se relacionar com a penhora para efeitos de prevalência: não podendo valer a prioridade do registo, valerá a data de constituição do acto. Assim, serão fundamento de embargos, porque não se extinguem com a venda executiva, estes direitos desde que constituídos antes da penhora. Por isso, entendemos que MENEZES CORDEIRO só poderá defender que o promitente comprador retentor poderá embargar de terceiro desde que o seu direito tenha sido constituído antes da data da penhora, pois que, nesse caso, apesar de poder continuar a reclamar, poderia também embargar. De relevar que MENEZES CORDEIRO, a p. 552 realça que o seu estudo trata do direito obrigacional do promitente comprador com tradição da coisa, ou seja, afastando da hipótese de sujeição desse direito a registo com efeitos reais. Como o artigo 755.º, n.º 1, al. f) concede ao seu titular esse direito real de garantia, este funciona *erga omnes* mesmo em relação ao direito obrigacional. Contra TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., p. 310, refere, citando jurisprudência, que apesar dos artigos 759.º, n.º 3, e 670.º, al. a) concederem o direito de embargar de terceiro ao retentor, o promitente comprador não pode embargar quando é executado o próprio promitente vendedor, mas apenas pode reclamar o seu crédito. Entendemos, pela nossa parte, que se assim é perante o promitente vendedor por maioria de razão o será perante qualquer terceiro que venha a adquirir a coisa, já que o direito de retenção a persegue. Considerando os circunstancialismos e a argumentação apresentados por MENEZES CORDEIRO, temos dúvidas em que no caso da tradição da coisa, o direito de retenção, embora excepcionalmente, não conceda ao promitente comprador, mesmo contra o promitente vendedor, o direito de embargar de terceiro. Aliás, essa parece ser também a opinião de TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., p. 310, a propósito do mesmo caso com efeitos reais. Ora, sob a perspectiva do direito de retenção, não nos parece que exista diferença em relação à promessa real ou obrigacional com a tradição da coisa. A diferença existe, sim, quando encaramos a situação na perspectiva apenas da imposição do direito de aquisição (execução específica) porque só esse é que depende do registo real para poder ser oponível a terceiros.

⁽⁶⁴⁾ Neste sentido, TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., p. 310; MENEZES CORDEIRO, *A posse (...)*, ob. cit., p. 77; ANTUNES VARELA, *Anotação ao Ac. do STJ de 25/02/86*, ob. cit., pp. 347 e seguintes, referindo, nomeadamente, os casos em que o promitente comprador celebra já em nome próprio os contratos de electricidade e água e telefone. Neste caso, para evitar uma posterior execução específica do contrato contra o adquirente do bem após a venda executiva (tal como a acção de reivindicação no caso do embargante com direito de propriedade sobre o bem penhorado), o promitente comprador real com tradição da coisa pode embargar de terceiro em qualquer execução, independentemente das pessoas

reais a estes também não assiste o direito de embargar porquanto podem exercer os seus direitos de preferência no âmbito do regime da execução, designadamente aquando da venda executiva nos termos dos artigos 421.º do CC, 892.º, n.º 1, e 896.º, n.º 1.

No que respeita aos direitos pessoais de gozo, como não prevalecem sobre os direitos reais, porque não são oponíveis ao exequente nos termos do artigo 819.º do CC, extinguem-se após a venda executiva nos termos do artigo 824.º, n.º 2, do CC pelo que, em regra, o seu titular não pode embargar de terceiro. Porém, nos termos conjugados dos artigos 1057.º e 1037.º, n.º 2, do CC, o locatário e o arrendatário com registo anterior à penhora podem embargar⁽⁶⁵⁾. A expressa remissão feita para as acções possessórias nos regimes do parceiro pensador, comodatário e depositário (artigos 1125.º, n.º 2, 1133.º, n.º 2, e 1188.º, n.º 2, do CC), levariam a pensar que estes titulares poderiam embargar de terceiro em todas as situações. Acontece que, presente o disposto no artigo 824.º, n.º 2, constituindo meros direito obrigacionais,⁽⁶⁶⁾ cedem sempre perante o direito real de garantia concedido ao exequente pela penhora, pelo que extinguir-se-ão sempre com a venda executiva⁽⁶⁷⁾. Não obstante, as referidas remissões legais não per-

dos embargados. Contra, entendendo que não fazendo uso do artigo 903.º a venda executiva continua e o promitente comprador real não pode mais exercer o seu direito real de aquisição, TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., p. 389. A favor, REMÉDIO MARQUES, ob. cit., pp. 279 e 362. Este autor acrescenta, ainda, a hipótese de o embargante já ter proposto acção de execução específica registada antes da penhora, caso em que pode embargar. Pela nossa parte, constituindo o direito de aquisição um ónus real, somos de entender, salvo o devido respeito, que se aplicam as regras da prioridade do registo, pelo que, nos termos do artigo 824.º, n.º 2, se o promitente comprador tiver registo anterior ao da penhora, o seu direito prevalece sobre esta, acompanhando a coisa penhorada e vendida na execução.

⁽⁶⁵⁾ Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Locação de bens dados em garantia — Natureza jurídica da locação*, in *ROA*, ano 45, 1985, III, pp. 345-390, pp. 363 e seguintes. No direito alemão, existe uma acção específica distinta dos embargos de terceiro que é utilizada por estes terceiros possuidores em nome alheio — a *Erinnerung*, nos termos do § 766 ZPO.

⁽⁶⁶⁾ Contra, defendendo a natureza real do direito do parceiro pensador e comodatário, MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, ed. de 1979, Lex Ed., Lisboa, 1993, pp. 695-704.

⁽⁶⁷⁾ TEIXEIRA DE SOUSA, *A penhora (...)*, ob. cit., pp. 82-83, defende que o comodatário não pode embargar de terceiro mas como a sua caducidade pela venda executiva não depende da sua vontade e não consta do artigo 824.º, n.º 2, pode exercer os seus direitos sobre o produto da venda e ser indemnizado pela perda da posse nos termos do artigo 824.º, n.º 3. Pensamos que o mesmo raciocínio será de aplicar no caso do parceiro pensador.

dem conteúdo útil, pois que estes titulares podem embargar em todas as outras situações de diligências judiciais que não impliquem uma transmissão judicial ⁽⁶⁸⁾ ⁽⁶⁹⁾.

Em consequência, também não podemos deixar de concluir que a posse formal, desprovida de qualquer direito de fundo, como a posse precária e a mera detenção, extingue-se sempre com a penhora, pelo que não é com esta incompatível, não podendo o seu titular embargar de terceiro.

Retomando o assunto anterior da titularidade do direito de fundo que deve ser desde logo na fase introdutória considerada pelo juiz, temos que este no despacho liminar ou no de rejeição dos embargos, deve (desde que tenham sido alegados factos ou produzida prova sumária nesse sentido, claro), afastar os casos do embargante que alega: mera situação de facto da posse desacompanhada de qualquer direito de fundo (posse formal, precária ou mera detenção); direito real menor quando a penhora incida apenas

⁽⁶⁸⁾ Não o arresto ou a penhora mas, por exemplo, o arrolamento. Assim, não perde significado a posição de ROSÁRIO RAMALHO, ob. cit., sobre os direitos em nome próprio do locatário, parceiro pensador, comodatário e, em alguns casos, do depositário que afasta, nomeadamente, as vozes que se levantam no sentido destes titulares de direitos pessoais de gozo poderem eventualmente embargar em nome e em substituição do proprietário. Se a tutela da posse que lhes assiste é, afinal um direito próprio, não tem sentido qualquer figura de representação jurídica, sobretudo quando a relação com o proprietário já se encontra tutelada pelo dever de avisar qualquer perturbação da posse, nos termos dos artigos 1038.º, al. h), 1135.º, al. g) e 1187.º, al. b). Contra esta posição, LEBRE DE FREITAS, *Acção (...)*, ob. cit., pp. 235-236; idem, *Enxertos declarativos do processo executivo — Aspectos do novo processo civil*, Lex Ed., Lisboa, 1997, pp. 322-323; idem, *Código (...)*, ob. cit., pp. 616-617, que escreve que é incompatível com a penhora a posse em nome de outrem, que não o executado, que se baseie em direito pessoal de gozo ou de aquisição do bem penhorado. Este autor, *Acção (...)*, ob. cit., p. 235, equipara a estes casos o direito pessoal de gozo de que é titular o promitente comprador com tradição da coisa. REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 278, embora considere que o direito meramente obrigacional destes embargantes não seja oponível à penhora por força do artigo 819.º do CC, defende que podem embargar se em vez do direito alegarem a posse em nome alheio relativa a pessoa diversa do executado. Pela nossa parte aderimos ao afastamento que ROSÁRIO RAMALHO, fez das doutrinas da representação a propósito da posse em nome alheio e à defesa de um interesse possessório próprio. Nem teria sentido com base nos mesmos factos, fossem eles interpretados como direito próprio ou como posse em nome de outrem, serem atingidos efeitos opostos.

⁽⁶⁹⁾ Embora para além do nosso tema que se limita à penhora de imóveis, cabe referir a possibilidade de um credor, no caso de penhora de crédito, poder embargar de terceiro se alegar que o crédito é dele e não do executado.

sobre a nua propriedade em execução contra o proprietário; a compropriedade e não existe uma violação do artigo 826.º; reserva de propriedade em penhora de expectativa de aquisição; direito real menor sobre imóvel com registo posterior à penhora; direito real sobre móveis ou qualquer direito real por usucapião constituídos em momento posterior à penhora; direito de garantia excepto se alegar que o devedor não é o executado e no caso do promitente comprador com tradição da coisa com constituição anterior à penhora; direito real de aquisição excepto no caso do promitente comprador real com tradição da coisa; preferência mesmo real; qualquer direito pessoal.

Assim, deixar-se-ia apenas para a fase contraditória os grandes dilemas de qualificação, desde que na fase anterior se tenha produzido prova sumária mas bastante para se criar a séria probabilidade de estes factos corresponderem à verdade. Se estas situações passam ao crivo do despacho que termina a fase introdutória, não será porque não se pode discutir a questão da titularidade do direito de fundo na fase preliminar mas apenas porque nesta se conseguiu provar suficientemente no sentido da rejeição. Portanto, a remissão para a segunda fase acontece por motivos probatórios e não por uma questão de maior ou menor dignidade da primeira fase.

2.2.4. *A reconvenção dos embargados*

2.2.4.1. *A excepção do domínio*

A revisão de 95/96 manteve a possibilidade de os embargados alegarem a excepção do domínio, já prevista no anterior artigo 1042.º, al. b), consagrando-a nos mesmos termos no artigo 357.º, n.º 2, como reconvenção ao abrigo do artigo 274.º, mas apenas nas hipóteses em que o embargante apenas alegue a situação de facto da posse e os embargos tenham sido admitidos porque a prova sumária da fase introdutória não afastou a séria probabilidade de esses factos terem ocorrido, o que se traduz na não ilisão da presunção da titularidade do direito respectivo.

Assim, tanto pode o executado contra-alegar que a coisa penhorada lhe pertence, como o pode fazer o exequente, mas só quando o embargado alegue a posse formal ou precária ou qualquer outra que se extinga com a venda executiva, ou seja, aquela que se baseia em direito não incompatível com a execução, como vimos supra. Porque se o embargado alegar posse incompatível com a penhora, a reconvenção não procede ⁽⁷⁰⁾.

Cabe indagar a razão da limitação legal da reconvenção aos casos de invocação da mera posse por parte do embargante, quando se acaba por concluir conforme o direito no qual ela se baseia ou cuja titularidade ela presume. Com efeito, se a reconvenção procede ou não conforme a posse alegada presuma a titularidade de um direito compatível ou incompatível com a venda executiva, não se compreenderia, à partida, porque tendo o embargante alegado só o direito não podiam os embargados responder com outro direito prevalecente ⁽⁷¹⁾.

Nestas hipóteses, em nosso entender, só haveria efeito útil, ou seja, a reconvenção só procederia, se o direito alegado pelo embargante fosse compatível com a penhora, ou seja, se se extinguisse com a venda executiva. Aí, o direito de propriedade do executado prevaleceria sempre. Caso contrário, prevaleceria sempre o direito do embargante porque oponível à penhora.

Ora, assim sendo, só tem sentido a previsão do 357.º, n.º 2, se considerarmos, como acima, que os direitos manifestamente compatíveis com a penhora devem ser logo sanados no despacho de recebimento dos embargos. Ou seja, se o embargante alega nesta fase inicial desde logo um direito que não se extinguirá com a venda executiva, não lhe assiste um fundamento válido para embargar, devendo os embargos cair logo aí. Por isso é que depois na fase contraditória não se pode reconvir contra direitos, porque aqueles que passaram a fase inicial, são todos incompatíveis com a

⁽⁷⁰⁾ Neste sentido, TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção Executiva (...)*, ob. cit., pp. 304-305; REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 274;

⁽⁷¹⁾ Por exemplo, tendo o embargante fundamentado os seus embargos num direito de usufruto com registo posterior à penhora do direito de propriedade total, sempre poderiam os embargados contestar com o seu direito de propriedade, pois que, como o usufruto se extingue com a venda, a reconvenção venceria.

penhora e prevalecerão sempre sobre o direito de propriedade do executado.

Essa situação não acontece quando o embargante alega a mera situação de facto que consubstancia a posse porque, em princípio, se pressupõe que, não tendo sido produzida prova suficiente para determinar qual o direito real em causa, esta presume a titularidade do direito de propriedade.

Se da prova sumária resultar que o direito presumido é um direito real menor, porque a situação de facto aponta nesse sentido, só poderemos aceitar a previsão do artigo 357.º, n.º 2, de forma restrita, ou seja, apenas para os casos em que, ou não se conseguiu fazer prova da data do registo do direito presumido, ou se conseguiu fazer prova de que o registo é anterior à penhora ⁽⁷²⁾.

É que, no caso de se ter conseguido provar que o direito que a posse presume é um direito real menor com registo posterior à penhora, ou um direito real menor em penhora de nua propriedade, somos de entender que não existe razão para não aplicarmos o mesmo raciocínio da alegação do direito e optarmos por uma rejeição dos embargos já que essa posse irá necessariamente extinguir-se com a venda independentemente da reconvenção do domínio.

2.2.4.2. *As outras excepções*

Aplicando-se os princípios gerais das acções declarativas e as regras da contestação, nada obsta à possibilidade de os embargados poderem deduzir quaisquer outras excepções peremptórias ou dilatórias previstas na lei contra a alegada posse, além de lhes ser igualmente permitido reconvenccionar com fundamento distinto do direito de propriedade, nomeadamente, atacando a própria transmissão feita do executado para o embargante — através da invocação da nulidade por simulação ou da impugnação pauliana nos termos do artigos 240.º e 605.º e 610.º do CC.

Inovando mais uma vez, o Código actual aboliu, pois, por completo, a referência que o antigo artigo 1041.º, n.º 2, fazia à transmissão do executado para o embargado e os seus efeitos legais

(72) Prova que depois será feita na fase contraditória.

de rejeição dos embargos no caso de ser manifesto — pela data do acto ou por quaisquer outras circunstâncias — que a transmissão tinha sido feita com o intuito do executado subtrair o respectivo bem à sua responsabilidade patrimonial.

Como supra se apontou, esta previsão legal já tinha muitos opositores no seio da doutrina e da jurisprudência sustentadas ao abrigo do Código anterior, pois que confrontada com o regime análogo da impugnação pauliana, manifestava muitas incompatibilidades de regulamentação que não se justificavam quando a razão da tutela jurídica era exactamente a mesma.

A nova ordem processual, na esteira do pensamento da doutrina que se debatia contra a jurisprudência, nomeadamente dos Acs. do STJ de 14/6/63 e de 7/3/6, ⁽⁷³⁾ veio consagrar a igualação das duas figuras, admitindo implicitamente a necessidade do exequente, no ataque à transmissão do bem penhorado para o embargante, provar que este pelo menos conhecia a intenção do executado fugir à sua responsabilidade patrimonial com o contrato entre ambos celebrado, ou seja, estava também de má fé em conluio com o executado.

Esta exigência justifica-se à luz dos próprios interesses do embargante. Sendo este também prejudicado pela execução, caso esteja de boa-fé, e tendo já provado uma transmissão oponível à penhora, não tem sentido dar-se prevalência novamente ao direito do exequente onerando o embargante com a automática e inilidível cumplicidade relativamente à intenção fraudulenta do executado. Se é também o embargante o prejudicado com a continuação da execução porque se provou que o bem tem que ser desta afastado, não pode ser ele o castigado por um acto ao qual possa ter sido perfeitamente alheio ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷³⁾ Anotados por VAZ SERRA, obs. cits.. Cfr. DUARTE PINHEIRO, ob. cit., pp. 67-83.

⁽⁷⁴⁾ Em sentido oposto, LEBRE DE FREITAS, *Penhora (...)*, ob. cit., pp. 339, embora não de forma muito clara, revogada, aparentemente, pela adesão às alterações legislativas patente em *Acção (...)*, ob. cit., pp. 239-240; REMÉDIO MARQUES, ob. cit., pp. 295-296, defendendo que não devem ser aplicadas as regras da impugnação pauliana e exigir-se ao exequente a prova da má fé do embargante porque essa protecção dos direitos do exequente só se justificam quando a responsabilidade patrimonial ainda não está accionada, ou seja, no momento da impugnação pauliana mas não no momento em que essa responsabilidade do executado já foi accionada e o exequente já tem uma penhora. Da nossa parte, mantendo o que supra defendemos, de relevar apenas que se o exequente tem uma penhora, o embargante tem um direito a esta oponível.

2.3. *Questões soltas da tramitação*

Na sequência das regras gerais sobre prazos previstas no Código revisto, os vinte dias após a efectivação da penhora ou o conhecimento dela por parte do embargante, previstos no antigo artigo 1039.º, passaram para 30 dias seguidos constantes do artigo 353.º, n.º 2 ⁽⁷⁵⁾. O termo final incerto de dedução dos embargos corresponde à venda ou adjudicação judicial pois que aí a execução extinguiu a sua instância ⁽⁷⁶⁾.

No que toca aos efeitos do despacho de recebimento dos embargos, a diferença entre o artigo 1041.º, n.º 2, e o artigo 356.º reside apenas na exigência impreterível de prestação de caução ⁽⁷⁷⁾ pelo embargante que tivesse requerido a restituição provisória na petição inicial, que actualmente se resumiu a uma mera possibilidade exercida ao abrigo da discricionariedade técnica do próprio juiz ⁽⁷⁸⁾. Esta restituição da posse, ⁽⁷⁹⁾ contudo, só pode ser aceite quando o possuidor anterior ao tribunal tiver sido o embargante ⁽⁸⁰⁾.

Mais complexa, embora não alterada pela Reforma, parece ser a matéria da suspensão da execução relativamente aos bens objecto de embargos ⁽⁸¹⁾.

Nos termos do artigo 356.º, o despacho de recebimento dos embargos de terceiro “determina a suspensão dos termos do processo em que se inserem” quanto aos bens cujos embargos procederam provisoriamente.

⁽⁷⁵⁾ Cabendo o ónus de prova da caducidade aos embargados, nos termos gerais do artigo 343.º, n.º 2, do CC.

⁽⁷⁶⁾ Sendo sempre possível ao embargante instaurar uma acção de reivindicação.

⁽⁷⁷⁾ Que segue os termos do incidente a que alude o artigo 990.º por apenso ao processo de embargos.

⁽⁷⁸⁾ Como refere LEBRE DE FREITAS, *Código (...)*, ob. cit., pp. 624-625, o valor da caução terá em consideração, no caso de imóveis, a perda do eventual rendimento do bem por parte do exequente e dos credores reclamantes.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. MOITINHO DE ALMEIDA, *Restituição de posse e ocupação de imóveis*, Coimbra ed., Coimbra, 1976.

⁽⁸⁰⁾ Não sendo possível nos casos em que, tendo o embargante um direito incompatível com a penhora, não tem, contudo, a posse real.

⁽⁸¹⁾ Prosseguindo, por isso, a execução em relação aos outros bens e podendo o exequente nomear outros bens do executado à penhora nos termos do artigo 836.º, n.º 2. São nulas as vendas de bens em execução objecto de embargos. Cfr. ALBERTO DOS REIS, *Anulação de venda judicial*, in *RLJ*, n.º 82, p. 375. Quaisquer actos processuais praticados em relação aos bens embargados após a suspensão, são nulos nos termos dos artigos 201.º, n.º 1, e 909.º, n.º 1, al. c).

Estamos em crer que se trata necessariamente de uma suspensão parcial da instância ⁽⁸²⁾ executiva, com aplicação das regras gerais respectivas, nomeadamente, do artigo 283.º ⁽⁸³⁾.

No tocante aos embargos repressivos ⁽⁸⁴⁾, deduzidos após a efectivação da penhora, a suspensão implica a paragem provisória dos ulteriores termos da execução, paralizando o seu andamento. Assim, nos termos do referido artigo 283.º, n.ºs 1 e 2, relativamente àqueles bens, não se praticam mais actos e suspendem-se todos os prazos que entretanto começaram a correr, ou seja, os bens imóveis continuam na posse do tribunal e a ser administrados pelos respectivos depositários nos termos dos artigos 838.º, n.º 3, 839.º e 843.º.

Isso não significa, obviamente, como o despacho de recebimento é provisório, que a penhora seja levantada mas apenas que a execução não continue, com a oposição do executado, com a convocação dos credores e, sobretudo com a venda ou adjudicação. Contudo, nos termos do artigo 283.º, n.º 3, tal suspensão não afasta os actos que se traduzam na extinção da execução, cessando os embargos por inutilidade superveniente da lide e, em consequência, a referida suspensão.

O embargante pode, porém, requerer logo com a petição inicial de embargos a restituição provisória da sua posse sobre o bem, desde que tivesse, anteriormente ao tribunal, sido o respectivo possuidor, aplicando-se as regras gerais da providência cautelar nominada dos artigos 393.º a 395.º, bem como as disposições gerais dos artigos 381.º a 392. No entanto, não é necessário o embargante provar o justo receio de lesão grave e reparável, porquanto a lei lhe concede em norma especial — o artigo 356.º — esse direito só limitado à avaliação dos circunstancialismos por parte do juiz que apenas pode exigir ou não a caução e, por outro lado, não é ouvido o exequente, aplicando-se as previsões dos artigos 390.º e 391.º.

Com esta restituição provisória, os poderes do depositário judicial apenas se suspendem também e não cessam, passando o

⁽⁸²⁾ Neste sentido expressamente, SALVADOR DA COSTA, ob. cit., p. 201.

⁽⁸³⁾ Cfr. em especial ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, 3.ª ed., Coimbra Ed., Coimbra, 1980, pp. 382-383; idem, *Comentário ao Código de processo Civil*, vol. III, Coimbra Ed., Coimbra, 1946, pp. 244-247.

⁽⁸⁴⁾ Pois o regime dos preventivos desenvolveremos adiante.

embargante a exercê-los da mesma forma, porquanto ele perante a execução não é o proprietário, o que será só decidido no final dos embargos.

Se o juiz determinar a prestação de caução e o embargante não a prestar, a suspensão mantém-se, mas a restituição não é concedida, continuando o depositário judicial a exercer os seus deveres de boa administração.

Se o despacho de recebimento for objecto de recurso, este sobe nos autos do incidente de embargos apenas quando este estiver findo e sem efeito suspensivo desapensando-se os embargos da execução, nos termos dos artigos 691.º, n.º 1, 733.º, 736.º, 739.º, n.º 1, al. b), 739.º, n.º 2, e 740.º *a contrario*. Quanto ao despacho de rejeição dos embargos, o recurso sobe imediatamente nos próprios autos de embargos, mas apenas com efeitos suspensivos do processo de embargos e não da execução — que, no caso dos embargos repressivos só se suspende com o recebimento —, nos termos dos artigos 734.º, n.º 1, al. a), 736.º, 739.º, n.º 1, e 740.º. Isto significa que, se o embargante recorrer do despacho de rejeição, os embargos não terminam para todos os efeitos, mas depois poderão cessar por inutilidade superveniente da lide se a decisão do recurso, a ser procedente, só ocorrer após a venda executiva ⁽⁸⁵⁾.

2.4. A natureza jurídica dos embargos de terceiro

Afastado das acções possessórias, considerando sobretudo o alargamento da sua causa de pedir ao direito de fundo que acaba por abafar a própria autonomia da posse ⁽⁸⁶⁾ como seu fundamento, os embargos perderam em nosso entender definitivamente o carácter fundamental de meios de tutela possessória a ponto de tal carac-

⁽⁸⁵⁾ Por isso estamos em crer que o embargante, em circunstâncias extremamente especiais e fundamentadas, pode requerer com sucesso o efeito suspensivo do agravo nos termos do artigo 740.º, n.º 3 (estamos, por exemplo, a imaginar a situação do promitente comprador real de um imóvel com tradição da coisa, encontrando-se a venda executiva próxima e toda a sua família lá a habitar com muitas dificuldades financeiras para arranjar outro lugar para morar e o recurso se fundamentar numa questão objectiva com hipóteses de subsistência. De qualquer modo, a excepção à regra tem que ser justificada sobremaneira).

⁽⁸⁶⁾ E o desaparecimento desse carácter possessório no que se refere aos embargos do cônjuge do executado.

terística, meramente eventual, não poder participar da sua essência e, por isso, não relevar em sede de natureza jurídica ⁽⁸⁷⁾.

Nos termos do preâmbulo do DL 329-A/95, ⁽⁸⁸⁾ o novo enquadramento dos embargos de terceiro como incidente da instância justifica-se sobretudo pelo facto da pretensão do embargante integrar um processo pendente entre outras pessoas e ter por fim a efectivação de um direito incompatível com a subsistência dos efeitos de algum acto judicial de afectação ilegal de um direito patrimonial do embargante ⁽⁸⁹⁾.

Mas cabe-nos a nós indagar sobre se é essa verdadeiramente a natureza jurídica dos embargos de terceiros, considerando o seu regime e a sua estrutura muito própria.

O incidente processual reporta-se àquelas situações em que se torna necessário incrustar numa acção ou recurso específico uma questão acessória ou secundária que se traduz na prática de vários actos processuais que fogem ao núcleo essencial dos problemas a serem tratados naquela acção principal. A origem do incidente reside, portanto, no surgir de uma questão controvertida no seio de um processo autónomo que deve ser julgada antes da decisão final deste porque lhe é relevante. Uma questão que é alheia ao processo de onde nasce mas que merece um tratamento processual e fáctico perfeitamente autónomo, embora acessória e secundária não resultante da tramitação normal do processo principal, correndo, excepcionalmente por apenso ⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸⁷⁾ Contra, defendendo que os embargos mantêm, essencialmente, uma feição possessória, MENEZES CORDEIRO, *A posse (...)*, ob. cit., p. 152.

⁽⁸⁸⁾ "a circunstância de a pretensão do embargante se enxertar num processo pendente entre outras partes e visar a efectivação de um direito incompatível com a subsistência dos efeitos de um acto de apreensão patrimonial, judicialmente ordenado no interesse de alguma das partes da causa e que terá legitimamente atingido o direito invocado pelo terceiro embargante".

⁽⁸⁹⁾ Neste sentido, SALVADOR DA COSTA, ob. cit., pp. 180-181; HELDER MARTINS LEITÃO, *Da instância e seus incidentes*, Elcla Ed., Porto, 1997, p. 173.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. SALVADOR DA COSTA, ob. cit., pp. 7-9; MANUEL AUGUSTO GAMA PRAZERES, *Os incidentes da Instância no actual Código de Processo Civil*, Braga, 1963, p. 13; ALBERTO DOS REIS, *Comentário (...)*, ob. cit., pp. 563-564. O primeiro autor refere que os incidentes de liquidação e de verificação do valor da causa não constituem verdadeiras questões acessórias pois decorrem do processamento normal da tramitação da acção onde se inserem. Cfr. no direito brasileiro e no mesmo sentido, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Acção declaratória incidental no novo código de processo civil*, in *RF*, vol. 246, ano 70, fasc. 850-852, 1974, pp. 217-220.

Mas importa debruçar-nos sobre a comparação dos regimes para colocar a problemática em análise perto das bases que revelam mais próxima a intenção do legislador e a justificação da lei.

Em boa verdade, os artigos das disposições gerais aplicáveis aos incidentes, 303.º e 304.º, só se adequam na perfeição à fase introdutória dos embargos e mais propriamente à forma como a petição inicial é apresentada, atento o artigo 353.º, n.º 2, já que após o despacho de recebimento dos embargos, a lei remete expressa e directamente os ulteriores termos para a acção sumária ou ordinária, pelo que nunca a partir desse momento se aplicarão aquelas regras incidentais.

Assim, é logo na petição inicial que o embargante deve apresentar todos os seus meios de prova, sob pena de não o poder fazer mais tarde ⁽⁹¹⁾ Prova que se sujeita aos limites previstos no artigo 304.º, o que bem se compreende à face da prova sumária que esta primeira fase admite.

No entanto, pelas regras especiais dos embargos, não se aplica o artigo 303.º, n.ºs 2 e 3, porque de incidente os embargos só têm a petição já que a oposição segue a forma declarativa normal. Isto significa que, ao contrário de todos os outros incidentes nominados e atípicos, o aspecto verdadeiramente incidental dos embargos não admite oposição, ou seja, não é ouvida a outra parte, não é contraditório.

Por outro lado e ao contrário dos outros incidentes de intervenção de terceiros, os embargos não pressupõem a actuação do embargante na própria acção executiva mas de forma apensada, paralela e autónoma. Originalmente face a todos os outros incidentes em bloco, apresentam uma complexidade acentuada ⁽⁹²⁾ e fazem caso julgado material. Por isso, alguma doutrina considera errada a qualificação dos embargos de terceiro como incidente da instância executiva, relevando a sua natureza fundamental de acção declarativa ⁽⁹³⁾.

⁽⁹¹⁾ Nada o impede, contudo, de protestar juntar um documento se alegar razão justificativa e se auto limitar em termos temporais a sua apresentação.

⁽⁹²⁾ Só o incidente de liquidação no início da execução comporta também uma eventual fase declarativa mas não corre por apenso.

⁽⁹³⁾ Neste sentido, LEBRE DE FREITAS, *Acção (...)*, ob. cit., pp. 241-242; idem *Código (...)*, ob. cit., pp. 627-630, alegando inclusivamente que, por isso, a notificação pre

Pela nossa parte relevamos que verdadeiramente declaratória só o é a segunda fase dos embargos de terceiro, pois a fase introdutória tem tão só carácter preventivo ou cautelar ⁽⁹⁴⁾. Com efeito, a petição inicial de embargos repressivos serve na perfeição as finalidades típicas de uma providência cautelar conservatória prevista nos termos dos artigos 381.º e seguintes ⁽⁹⁵⁾ ⁽⁹⁶⁾.

Contudo, a causa principal de que depende não é a acção executiva, mas a segunda fase dos embargos, que antecipa e prepara, que vai fundamentar de forma definitiva o direito que começou a ser acautelado provisoriamente com o recebimento dos embargos.

vista no artigo 357.º só pode ser pessoal a efectuar nos termos do artigo 256.º porque tem os efeitos cominatórios decorrentes da não contestação, e que a seguir-se o entendimento da lei também os embargos de executado e a acção de verificação e graduação de créditos, seriam considerados incidentes. Defendendo que os embargos, a despeito da sua inserção no novo Código como incidentes, “continuam a ser uma acção declarativa autónoma e especial que corre por apenso ao processo executivo”, REMÉDIO MARQUES, ob. cit., pp. 292-293.

⁽⁹⁴⁾ Neste sentido, REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 294. Cfr. também MOITINHO DE ALMEIDA, *Providências cautelares não especificadas*, Coimbra Ed., Coimbra, 1979. No direito brasileiro e no mesmo sentido, CASTRO FILHO, *Aspectos principais das medidas cautelares e dos procedimentos específicos*, in *RF*, vol. 246, ano 70, fasc- 850-852, 1974, pp. 212-216; GALENO LACERDA, *Processo cautelar*, in *RF*, vol. 246, ano 70, fasc- 850-852, 1974, pp. 151-159; VIANNA LIMA, *O processo cautelar no novo código de processo civil*, in *RF*, vol. 246, ano 70, fasc- 850-852, 1974, pp. 106-115; LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, RT Ed., São Paulo, 1992.

⁽⁹⁵⁾ Como descreve MANUEL RODRIGUES, *Do processo conservatório*, Baroeth Ed., Lisboa, 1942, pp. 2-5, 13-14, à luz do Código de 1939 mas ainda com aplicação a propósito da justificação dos processos cautelares, “[...] da demora da decisão final pode vir a suceder que um direito se extinga antes de verificado por sentença, ou que o seu conteúdo não possa ser efectivado depois, ou só o possa ser com reduzido valor, ou finalmente que uma situação prejudicial se consolide. Há, por consequência, necessidade [...] de tomar as providências de carácter conservatório destinadas a evitar a destruição do direito ou a consolidação de um estado de facto contrário a um direito constituído, ou a tornar possível a execução eficaz da sentença”; “Supõe sempre que se destina a garantir o desenvolvimento ou o objectivo de um outro processo, o processo definitivo”; “Na sua essência há o carácter de acessoriedade”; “O processo conservatório pode ser proposto no decurso da causa ou antes dela se iniciar. No primeiro caso, é de algum modo um processo incidental, processado por apenso”.

⁽⁹⁶⁾ Referindo que os embargos de terceiro reúnem no seu fim normal uma acção propriamente dita e no seu fim cautelar uma fase inicial cautelar da execução e do autor, o que a aproxima dos processos cautelares em especial da restituição da posse por esbulho violento, só que nesta não é necessária a caução pois a diligência judicial é sempre esbulho forçado, ANSELMO DE CASTRO, ob. cit., p. 342.

Constituirá, pois, a fase introdutória, uma providência cautelar que é instaurada preliminarmente à acção declarativa que se lhe segue num segundo momento, nos termos do artigo 383.º, n.º 1. Mas, ao contrário da estrutura normal das providências — artigo 383.º, n.ºs 2 e 3 — a fase introdutória não é apensada à fase seguinte, constituindo ambas um todo incidível. Apesar de normalmente o processo cautelar ser dependente do processo definitivo mas viver sem a precedência daquele, ⁽⁹⁷⁾ no caso dos embargos isso não sucede porque a fase introdutória é imprescindível à fase seguinte.

Assim como, nos embargos, o despacho de rejeição e de recebimento em relação à decisão sobre a fase contraditória, o julgamento das providências não afecta nem influencia a decisão da acção principal — artigo 283.º, n.º 4.

Tal como nos incidentes, até porque as regras destes são subsidiariamente aplicáveis às providências cautelares nos termos do artigo 384.º, n.º 3, nestas toda a prova tem que ser oferecida aquando da petição inicial — artigo 384.º, n.º 1.

E bem como no caso específico dos embargos em que os embargados só entram nos autos após o recebimento daqueles no início da segunda fase, podem as providências ter lugar sem a audiência do arguido sendo este só notificado após a sua decretação — artigo 385.º, n.º 5. A gravação necessária da prova nesse caso prevista no artigo 386.º, n.º 4, ocorre também nos embargos por força do artigo 304.º, n.º 3.

As condições do recebimento dos embargos correspondem exactamente às do decretamento das providências, repetindo o artigo 387.º, n.º 1, a expressão do artigo 354.º, “probabilidade séria da existência do direito” ⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁷⁾ Como refere FRANCISCO CARNELUTTI, ob. cit., pp. 63, o processo cautelar distingue-se do definitivo porque não pode ser deste independente: o processo definitivo não supõe o cautelar mas este supõe aquele.

⁽⁹⁸⁾ Como refere TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção (...)*, ob. cit., p. 315, “Este critério aponta para uma apreciação fundada num juízo de probabilidade especialmente qualificada sobre a existência do direito alegado pelo embargante e da sua incompatibilidade com a penhora. Isto é, o tribunal só pode admitir os embargos de terceiro se formar a convicção sobre a elevada probabilidade da sua procedência.”

Porém, ao contrário da providência que prevê a oposição do requerido ao seu decretamento mesmo quando não ouvido antes, nos termos do artigo 388.º, n.º 1, al. b), nos embargos os réus só podem recorrer do despacho de recebimento sem efeitos suspensivos.

Posta a comparação entre regimes, concluímos que a fase introdutória é uma verdadeira providência cautelar da segunda fase, assumindo esta uma natureza de acção declaratória.

Aderimos, não obstante, à integração dos embargos como incidentes processuais pois a sua estrutura muito própria que abrange uma fase declarativa antecedida de uma cautelar, não lhe retira o carácter de questão controvertida que interessa à acção principal e que autonomamente tem que ser decidida para que a decisão final da acção principal se complete. Pelo contrário, esta estrutura dualista e eventual — porque os embargos podem ficar limitados à fase introdutória — reforça o seu carácter incidental já que atenua a sua complexidade de tramitação em comparação com os outros incidentes. Afinal, os embargos deduzidos podem chegar apenas a constituir uma fase rápida não contraditória que termina com o despacho de rejeição cujo recurso implica a desapensação da acção executiva, como vimos.

E se os embargos não pressupõem a intervenção de outra pessoa como parte na acção executiva, ao contrário das outras intervenções de terceiros, de relevar que por algum motivo os embargos integram uma divisão específica da referida intervenção de terceiro: exactamente porque assumem características distintas, isto é, existe de facto a intervenção de um terceiro que ficou afectado com a acção principal, que pode actuar, embora numa acção autónoma apensada, alterando sobremaneira os termos do processuais da acção principal com consequências fundamentais a ponto de esta ser parcialmente suspensa.

Por outro lado, outros incidentes existem que não implicam a intervenção de terceiros e a crítica da má integração sistemática dos embargos na intervenção de terceiros não implica o afastamento da sua natureza incidental.

Acresce, ainda, o facto de nos outros incidentes de terceiros previstos no CPC, a causa geral da necessidade da intervenção consistir em “trazer para o processo um terceiro que pode ser prejudicado pela sentença a proferir entre as partes originárias ou ao qual

se pretende estender a eficácia dessa sentença” (99). Ora, nos embargos, como a matéria controvertida não pode ser julgada no decurso normal dos trâmites da acção principal, autonomiza-se outros autos nos quais se integram todos os eventuais interessados, atribuindo-se, por isso, caso julgado material à decisão final de mérito.

Restam-nos algumas dúvidas resultantes do facto de ser possível atribuir aos embargos de terceiro uma verdadeira natureza cautelar, não apenas da sua fase introdutória em relação à fase declarativa mas também em relação à própria acção executiva. De facto, a cautela visada pela fase inicial dos embargos não cuida apenas de preparar a acção que se lhe segue protegendo o embargante de processos desnecessários, mas, em especial, de evitar que a acção executiva seja afectada por uma acção declarativa demorada que suspende parcialmente os seus termos quando tal não se justifique à luz do equilíbrio dos interesses do embargante e dos embargados e da finalidade da execução.

Por outro lado, a dedução de embargos, mesmo procedentes, serve os interesses da própria execução porquanto evita que depois de vendidos ou adjudicados os bens o terceiro os viesse legitimamente reclamar, já que a não dedução de embargos quando o direito do embargante é incompatível com a penhora, não afasta a possibilidade de o embargante recorrer às acções declarativa de apreciação e de reivindicação, porquanto o seu direito não se extingue com a penhora.

Os embargos tutelam, assim, o próprio interesse do exequente, dos credores reclamantes e dos futuros adquirentes pois aquele tem oportunidade de nomear outros bens à penhora e todos em nada ficam beneficiados se o embargante vier mais tarde reivindicar o bem pois a procedência desta acção tem por efeito a nulidade da venda judicial nos termos do artigo 909.º, n.º 1, al. d), devendo o adquirente receber o dinheiro que entregou pela compra do bem e o exequente e credores reclamantes devolverem o valor recebido pela penhora, sendo o bem entregue ao embargante.

Assim sendo, poder-se-ia pensar que os embargos funcionariam como uma providência cautelar perante a acção principal, não

(99) ALBERTO DOS REIS, *Intervenção de terceiros*, Coimbra Ed., Coimbra, 1948, p. 7.

devendo ser integrados nos incidentes da instância. Acontece que, pelo facto de a acção também acautelada ser a fase contraditória, a estrutura e regime das providências cautelares previstos na lei destaca-se efectivamente mais dos embargos do que o enquadramento incidental. Isto significa que apesar dos embargos apresentarem muitas irregularidades face à figura geral dos incidentes, denotam, todavia, mais semelhanças com estes do que com a providências, já que para se integrar na natureza jurídica desta, as alterações e adaptações seriam mais notórias e mais forçadas ⁽¹⁰⁰⁾.

A ideia de se considerar os embargos como um processo especial também não se justifica pois que acabam por lhe serem aplicadas as regras dos incidentes e/ou das providências cautelares na primeira fase e da acções declarativas sumárias ou ordinárias à fase seguinte. A opção por diferente enquadramento e distinta natureza jurídica não teria, por isso, qualquer efeito útil.

E a propósito, porque o interesse do aprofundamento das questões da natureza jurídica só existe quando nos possam responder a algumas dúvidas em termos de regime e de aplicação em concreto, convém neste momento analisar os efeitos práticos da nossa adesão ao enquadramento incidental dos embargos, sem prejuízo da qualificação de providência cautelar que atribuímos à fase introdutória.

A ideia geral é a de que se aplicam as regras gerais das acções declarativas sumárias ou ordinárias à fase contraditória dos embargos, enquanto que a sua primeira fase se rege quer pelo regime dos incidentes, quer pelo regime das providências. Em caso de conflito — o que é difícil dada a equiparação feita pela lei —, devem prevalecer as regras específicas das providências cautelares em tudo o que não afecte a essência dos incidentes, ou seja, a relação que os embargos têm com a acção executiva ⁽¹⁰¹⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ Só imaginando uma complexa relação entre a fase inicial dos embargos que acautela a fase contraditória e a execução e os embargos no seu todo que acautelam esta. Os embargos seriam uma providência cautelar da execução abrangendo uma acção definitiva. Não faz sentido.

⁽¹⁰¹⁾ Não podendo, por exemplo, a aplicação de qualquer regra especial das providências cautelares à fase introdutória dos embargos traduzir-se numa alteração dos termos da instância executiva pois isso só acontece e através da suspensão, com o recebimento dos embargos.

Uma decorrência fundamental da natureza cautelar da fase inicial dos embargos é o seu carácter urgente, devendo aplicar-se directamente aos embargos o artigo 382.º, n.ºs 1 e 2. Assim, devem os actos processuais dos embargos de terceiro, apenas na sua primeira fase, preceder qualquer outro serviço judicial não urgente; devem os respectivos prazos correr em férias nos termos do artigo 144.º, n.º 1; e deve ser imposto ao juiz o prazo de 15 dias para decidir após a prova sumária. Estas conclusões só beneficiam as partes da acção executiva e reforçam as finalidades dos embargos, pelo que não afectam o carácter incidental destes.

Apesar de a sua previsão constituir um elemento objectivo de justiça, somos contrários à aplicação do artigo 387.º, n.º 2, aos embargos. Com efeito, o artigo 354.º é imperativo no que respeita à tendência da decisão do juiz sobre a rejeição ou recebimento dos embargos, tudo dependendo exclusivamente da existência ou não do direito invocado. Criar um outro fundamento autónomo de rejeição de embargos, sobretudo extremamente subjectivo, limita os direitos do embargante à revelia da lei, alterando uma figura excepcional e frustando as suas finalidades. A estes motivos acresce também o facto de esta previsão não ser aplicável aos procedimentos cautelares nominados, nos termos do artigo 392.º, n.º 1.

Do mesmo modo, entendemos que também não é de aplicar o artigo 387.º, n.º 3, não apenas porque para o embargante a prestação de uma caução por parte dos embargados nunca evita a finalidade essencial dos embargos, isto é, a venda executiva do bem e a necessária acção posterior de reivindicação, mas sobretudo porque é pressuposto deste preceito o decretamento da providência o que, transportado para os embargos, significa que se passa num momento posterior ao recebimento destes, quando já se aplicam as regras das acções declarativas.

O artigo 388.º, n.º 1, al. b) também não se justifica porque quando os embargos são ouvidos é já na fase contraditória onde lhes assistem melhores garantias de defesa.

Naturalmente que, se a fase declarativa for declarada improcedente, os embargos de terceiro extinguem-se e caduca a cautela decretada na fase inicial, no espírito do artigo 389.º.

Constituindo o artigo 390.º, n.º 2, uma grave oneração dos direitos do embargante que não se encontra prevista no regime dos embargos, entendemos que não é de aplicar. Conclusão diferente retiramos da análise do n.º 1 do mesmo preceito legal. Assim, consideramos que o embargante pode ser responsabilizados nos termos gerais — em acção de responsabilidade extracontratual civil por factos ilícitos, perfeitamente distinta e autónoma da execução — quando tenha deduzido os embargos sem razão justificativa ou os faça caducar unilateralmente, desde que tenha agido com culpa e não tenha usado a prudência do homem médio colocado perante o caso concreto ⁽¹⁰²⁾.

Poderemos pensar também que deve ser considerado crime todo o acto que, contra o recebimento dos embargos, afecte os bens em causa de forma diferente da prevista na suspensão da execução que se lhe segue, nos termos do artigo 391.º e porque o despacho de recebimento equivale ao decretamento de uma providência cautelar. Afastamo-nos dessa conclusão, não porque não o justificassem as mesmas circunstâncias, mas por causa da rígida tipicidade penal que afasta qualquer interpretação extensiva dos tipos de crime, além do facto de tal regime afectar a relação entre embargos e acção executiva de forma distinta da que prevê a lei em termos incidentais.

Dado que os artigos 303.º e 304.º são aplicáveis subsidiariamente às providências cautelares, nunca seriam com estas incompatíveis, pelo que não existirá conflito a resolver.

III. O conceito de terceiro

1. O conceito de terceiro para efeitos de registo predial

Como vimos, o conceito de terceiro para efeitos de embargos adoptado pela unanimidade da doutrina, pressupõe a aplicação do

⁽¹⁰²⁾ De qualquer modo, como já acentuava JOAQUIM PIRES DE LIMA, *O insucesso da providência cautelar e a sanção aplicável ao requerente*, in *ROA*, ano 51, 1991, pp. 101-105, p. 102, no caso de indeferimento liminar não há responsabilidade do requerente porque não chegou a dedução a produzir efeitos na esfera jurídica do requerido.

artigo 824.º, n.º 2, do CC que se refere expressamente à problemática do registo predial e às regras da sua prioridade.

Somos, por isso, imediatamente remetidos para o tratamento desta matéria em sede de código do registo predial e direito registral⁽¹⁰³⁾.

1.1. Os efeitos do registo⁽¹⁰⁴⁾

Nos termos do artigo 5.º, n.º 1, do CRegP, “Os factos sujeitos a registo só produzem efeitos contra terceiros depois da data do respectivo registo”, do artigo 6.º, n.ºs 1 e 3, do mesmo diploma, “O

⁽¹⁰³⁾ Tendo o presente trabalho um prazo inicial de entrega reportado ao Dezembro de 1999, quando a alteração ao Código do Registo Predial, produzida pela publicação do DL 533/99, de 11/12, entrou em vigor, já o mesmo se encontrava terminado, pelo que, tendo o prazo final sido alargado para final do mês de Abril de 2000, evitámos, com o acordo do Excelentíssimo Senhor Professor Doutor Miguel Teixeira de Sousa, a total reformulação do trabalho e limitámo-nos à conformação da nossa posição com a nova perspectiva do legislador, numa nota final de actualização. Daí que todo o nosso discurso posterior prossiga à luz do Código de Registo Predial antigo, sem prejuízo das necessárias e eventuais alterações a final de acordo com a nova versão legal do referido diploma. Pelas mesmas razões na mesma nota final serão também ponderadas as posições doutrinárias só publicadas após a finalização do nosso estudo: a ROA, ano 59, vol. I, 1999, onde foram publicados, a este propósito do conceito de terceiro, um artigo do Professor Teixeira de Sousa e da Mestre Ana Paula Costa e Silva, e as duas últimas publicações de Isabel Pereira Mendes. Cfr., ainda, a primeira nota de rodapé deste estudo.

⁽¹⁰⁴⁾ Seguimos nesta matéria os ensinamentos de MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, ob. cit.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Reais*, ob. cit.; idem, *Efeitos substantivos do registo predial*, in ROA, sep., 1974; MOREIRA E FRAGA, *Direitos Reais*, ob. cit.; GONÇALVES SALVADOR, *Terceiros e os efeitos dos actos ou contratos*, Lisboa, 1962; PEDRO MACEDO, *Manual das falências*, Coimbra, 1968; ANTUNES VARELA e HENRIQUE MESQUITA, in RLJ, ano 127, pp. 20-23; idem, ibidem, ano 54; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, 1972; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Publicidade e Teoria dos Registos*, Coimbra, 1966; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. II, 3.ª ed. Coimbra Ed., Coimbra, 1986, pp. 91-101; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Registo da acção judicial (sua relevância processual e substantiva)*, in OD, ano 124, III, 1992, pp. 495-512; idem, *Contrato de promessa de compra e venda*, in CJ, ano XI, tomo IV, pp. 7 e seguintes; ISABEL PEREIRA MENDES, *Código de Registo Predial*, Lisboa, 1987; *Repercurssão no registo das acções dos princípios de direito registral e da função qualificadora dos conservadores do registo predial*, in OD, ano 123, I, 1991, pp. 599-621; TEIXEIRA DE SOUSA, *A Penhora de bens na posse de terceiros*, in ROA, ano 51, 1991, I, pp. 75-87; ORLANDO DE CARVALHO, *Terceiros para efeitos de registo*, in BFDUC, n.º 70, 1994, pp. 97-106.

direito inscrito em primeiro lugar prevalece sobre os que lhe seguem relativamente aos mesmos bens, por ordem da data dos registos e, dentro da mesma data, pelo número de ordem das apresentações correspondentes”; “O registo convertido em definitivo conserva a prioridade que tinha como provisório”, e do artigo 7.º, “O registo definitivo constitui presunção de que o direito existe e pertence ao titular inscrito, nos precisos termos em que o registo o define”.

Assim, conjugados estes preceitos com os artigos 349.º e 350.º do CC, e sendo as presunções em regra afastadas por prova em contrário, com excepção das inilidíveis, o registo predial no nosso direito não tem eficácia, em regra, constitutiva ⁽¹⁰⁵⁾ mas apenas declarativa ou presuntiva, com a excepção da hipoteca cujo registo é constitutivo nos termos do artigo 687.º do CC e do artigo 4.º, n.º 2, do CRegC porque oponível mesmo entre as próprias partes ⁽¹⁰⁶⁾.

No entanto, pode o registo presuntivo ser qualificado como consolidativo ou como enunciativo.

Será enunciativo relativamente aos direitos que são oponíveis perante terceiros independentemente do registo, como sejam os

⁽¹⁰⁵⁾ Como no direito alemão, onde o § 873 do BGB estipula que para “a transmissão da propriedade de um prédio, para a oneração de um prédio com um direito, assim como para a transmissão e oneração desse mesmo direito, é necessário a concordância do titular e da outra parte acerca da produção da mudança jurídica e a inscrição da modificação no registo, desde que a lei não disponha diferentemente”. Cfr., MENEZES CORDEIRO, *Direito Reais*, reimp., Lex Ed., Lisboa, 1993, pp. 283-285. Assim, nesta ordem jurídica, ao contrário do nosso direito, o contrato de compra e venda não tem eficácia real mas meramente obrigacional, não transmitindo a propriedade, sendo o registo imprescindível à eficácia perante terceiros. Daí a forte organização e amplitude do cadastro da propriedade na Alemanha. Por isso, nos países onde tal não acontece — como em Portugal onde não existe cadastro dos prédios urbanos e o dos rústicos abrange parte do território, até porque não o permitem as próprias razões histórico-geográficas —, o registo não tem efeito constitutivo porque é o próprio contrato com eficácia real que transmite a propriedade. A complicação resulta do facto de o nosso país ter importado — como a Epanha —, todo o sistema de registo alemão — com os princípios do trato sucessivo, da legitimação, da legalidade da identificação do prédio, etc. —, mantendo a eficácia real dos contratos de transmissão da propriedade. A solução, não pode, pois, no nosso entender e como explicaremos mais adiante, residir na atribuição indirecta desse efeito constitutivo, nomeadamente através da adopção de uma concepção ampla de terceiro para efeitos de registo predial.

⁽¹⁰⁶⁾ Como escreve ORLANDO DE CARVALHO, ob. cit., p. 100, não existe uma substituição da verdade material por uma verdade registal ou tabular, “[...] mas, ao invés, a manutenção das duas verdades, cada uma com o seu regime e a sua esfera possível da situação jurídica do bem [...]”.

direitos reais de gozo constituídos por usucapião, pois esse registo concede tão só um suplemento de publicidade que lhe facilita a prova, já que contra esse titular ninguém, mesmo com presunções inilidíveis de registo, pode opôr outro registo ou direito.

Caso diferente é o registo consolidativo que tem lugar quando o titular do direito a ele sujeito o regista para que contra ele e em relação a certos terceiros de boa fé não se possa formar uma presunção inilidível que tornaria o seu direito inoponível. Continuamos, pois, nos efeitos presuntivos pois não existe qualquer efeito autónomo.

Esta presunção inilidível, apesar de não constituir direitos *ex novo*, segue um regime especial denominado aquisição tabular e que protege em certas circunstâncias os terceiros que adquiriram de boa fé um bem e o registaram crendo na validade do registo predial anterior, de forma que contra eles também não pode ser alegado qualquer outro registo sobre o mesmo bem.

Assim, nos termos do artigo 17.º, n.ºs 2 e 1 do CRegP, “A declaração de nulidade do registo não prejudica os direitos adquiridos a título oneroso por terceiro de boa fé, se o registo dos correspondentes factos for anterior ao registo da acção de nulidade” e “A nulidade do registo só pode ser invocada depois de declarada por decisão judicial com trânsito em julgado”.

Isto significa que a invalidade registal anterior, mesmo provada em tribunal, não pode ser posteriormente alegada contra terceiros que estejam de boa fé, tenham adquirido o direito em causa a título oneroso, tenham registado o seu direito antes ou à data em que foi registada a acção de declaração de nulidade do registo e tenham agido com base neste ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ Não nos vamos deixar agora enredar — mais do que já nos atrevemos — pela complexa doutrina sobre os efeitos constitutivos do nosso registo predial. A questão centra-se na previsão do artigo 17.º, n.º 2, e na chamada aquisição tabular. Enquanto que, por exemplo, MENEZES CORDEIRO insiste em que mesmo esta aquisição tabular não afasta o efeito meramente declarativo pois o alienante continua o verdadeiro titular, já OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, p. 349, escreve que o efeito aí é manifestamente constitutivo. Sem querer discutir em profundidade, como a importância do problema e as vozes discordantes o exigem, aderimos apenas à posição que entendemos maioritária do efeito constitutivo no caso da aquisição tabular.

O problema de interpretação surge quando a invalidade do registo não é motivada por questões registais mas por razões substanciais ⁽¹⁰⁸⁾.

O registo pode ser inválido por vícios registais como a inexistência, a nulidade e a inexactidão, nos termos dos artigos 14.º, 16.º e 18.º, ⁽¹⁰⁹⁾ ou pode ser inválido por razões de substância, porque o acto substancial que visa publicitar é inválido. Trata-se, em todas as situações, de uma invalidade do registo, regulada pelo artigo 17.º, n.º 2, do CRegP.

Acontece que o artigo 291.º do CC também regula essa matéria de invalidade substancial, protegendo o terceiro adquirente de boa fé, mas condicionado essa protecção à condição do prazo de 3 anos após a aquisição do terceiro.

Resta ponderar como se conjugam os dois preceitos legais. Ou os separamos radicalmente pelas suas origens, defendendo que o artigo 291.º regula situações apenas de direito substantivo porque integra o CC e que o artigo 17.º, n.º 2, se reporta unicamente a situações de direito registal porque faz parte do CRegP, tese adoptada pelo Prof. Menezes Cordeiro ⁽¹¹⁰⁾. Ou tentamos uma conjugação possível à luz da ideia geral da tutela do terceiro de boa fé, como desenvolve o Prof. Oliveira Ascensão ⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Exemplificando: quando X falsifica um título de aquisição e obtém de um funcionário incompetente uma inscrição do bem Y a seu favor, a invalidade é registal; quando o mesmo X apresenta um título aquisitivo perfeitamente genuíno e regista nos termos gerais e legais mas o negócio que gerou aquela aquisição é nulo por um vício não aparente que não pode ser conhecido pelo conservador, a invalidade é substantiva. A esta última situação também se equipara aquela outra em que A vende o bem a B e depois a C e depois a D e só este último é que regista. A segunda e a terceira vendas são nulas por constituírem vendas de bens alheios, mas tal vício é imperceptível quer para o conservador quer para o terceiro que, consultando o registo predial verifica que A é o seu proprietário e regista com toda a boa fé.

⁽¹⁰⁹⁾ Que regulam situações como, respectivamente, o registo lavrado em conservatória territorialmente incompetente ou insuprível a falta de assinatura do registo; o registo falso ou lavrado com base em títulos falsos ou insuficientes, ou omissos ou inexactos, ou assinado por pessoas incompetentes funcionalmente, sem apresentação prévia ou em violação do trato sucessivo; ou lavrado em desconformidade com o título ou com deficiências desse título.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, Lex Ed., Reprint de 1979, 1993, Lisboa, pp. 277 e seguintes.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Civil – Reais*, ob. ci., pp. 368 e seguintes.

De acordo com o pensamento deste último autor, ambos os artigos pressupõem situações de protecção de um subadquirente, sem optar definitivamente por situações de dupla alienação, embora estas sejam as mais paradigmáticas ⁽¹¹²⁾. O artigo 17.º, n.º 2, pressupõe sempre uma desconformidade do registo e não abrange as desconformidades substantivas que só podem ser para este autor sanadas nos termos do artigo 291.º, sendo “difícil supor situações de cumulação, pois em princípio a incorrecção registral cobre a incorrecção substantiva” ⁽¹¹³⁾. Esta prevalência da realidade formal sobre a material que consubstancia a aquisição tabular, tem toda a razão de ser porquanto “se nos casos de nulidade do registo, em que pode nem sequer haver nenhum facto jurídico por trás do registo, a aquisição pelo subadquirente se verifica, por maioria de razão assim deve acontecer nas hipóteses de invalidade substancial, em que sempre há um título de aquisição, embora inválido” ⁽¹¹⁴⁾.

Não obstante, o mesmo Professor, admitindo que em situações de invalidade do registo unicamente por razões substanciais, existe uma “contradição valorativa” entre os preceitos, defende a aplicação analógica do prazo de três anos previsto no artigo 291.º a todas as situações de invalidade do registo, por vício substancial e meramente registral, previstas no artigo 17.º, n.º 2 ⁽¹¹⁵⁾.

A propósito do artigo 5.º do CRegP, Oliveira Ascensão também defende como hipótese de facto pressuposta, a situação clássica da dupla disposição (em que A vende primeiro a B que não regista e depois vende a C que regista e que, por isso, apesar de ser pseudo-adquirente, vê a sua situação consolidada), mas afasta essas situações das reguladas pelos artigos 291.º e 17.º, n.º 2. Nestes preceitos, quem adquire por força do registo não é o pseudo-adquirente, mas um subadquirente deste (não seria, no exemplo anterior, C, mas D quem adquire por ter registado).

Acontece que, no confronto dos três artigos, Oliveira Ascensão separa, ainda, casos de registo incompleto em termos de trato sucessivo e hipóteses de registo existente mas inexacto: se A vende

⁽¹¹²⁾ Idem, ibidem, pp. 365 e 371.

⁽¹¹³⁾ Idem, ibidem, p. 371.

⁽¹¹⁴⁾ Idem, ibidem, p. 381.

⁽¹¹⁵⁾ Idem, ibidem, p. 372.

a B que não regista e depois vende a C que não regista, D adquire pelo registo mas por força do artigo 5.º do CRegP, porque o registo estava incompleto e ele procedeu ao registo de C e depois ao seu. Se C regista, D pode adquirir pelo registo através da aquisição tabular do artigo 17.º, n.º 2, mas aí é só no caso do registo ser inexacto e não incompleto ⁽¹¹⁶⁾.

Acima de tudo, Oliveira Ascensão, ponderando o fundamento da regra do artigo 291.º, defende que este só pode ser a fé pública do terceiro no registo, pelo que constitui um requisito da aplicação do preceito o registo do negócio de cuja invalidade substancial se trata ⁽¹¹⁷⁾.

Ousamos, salvo o devido respeito, fazer algumas observações práticas a este pensamento. Em primeiro lugar, a exigência do registo do negócio inválido no artigo 291.º não apresenta, em nosso ver, grande utilidade, porque, assim, não existira, de facto, qualquer diferença entre a situação integradora da previsão desse preceito e do artigo 17.º, n.º 2, pois em ambos existiria sempre um registo inválido por razões substanciais (embora o artigo 17.º, n.º 2, seja mais amplo pois abrange outras invalidadas registais). E se prevalece sempre o artigo 17.º, n.º 2, por força da aquisição tabular feita pelo registo, então nenhuma mais valia traria o artigo 291.º senão a possibilidade de analogia com o prazo de 3 anos, o que não nos parece uma razão suficiente para a criação do artigo 291.º. Afinal, o legislador civil estaria a fazer uma interpretação restritiva grave de um preceito do CRegP, atentas razões substanciais aplicável a todos os casos de invalidade registal, mesmo os meramente registal.

⁽¹¹⁶⁾ Idem, ibidem, p. 374. OLIVEIRA ASCENSÃO, ob. cit., p. 371, em nota de rodapé n.º 2, afasta a integração destas hipóteses de registo incompleto na previsão do artigo 17.º, n.º 2, porque nesse caso não haveria nenhuma aparência registal em que o subadquirente confiasse. Poder-se-iam acrescentar algumas dúvidas sobre esta última observação: afinal, o registo em nome da pessoa que vendeu ao subadquirente é sempre um registo em que este pode confiar e que não lhe retira a sua boa fé, pois a falta de registo pode ter-se devido apenas à tão vulgar falta de diligência do pseudo-adquirente. Acontece que o artigo 17.º, n.º 2, exige, na sua letra, que exista um registo nulo. Ora, o do pseudo-adquirente pode estar incompleto mas não é nulo, nem por violação do trato sucessivo.

⁽¹¹⁷⁾ Idem, ibidem, pp. 368 e 369 e *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. II, Coimbra ed., Coimbra, 1999, p. 336.

Parece-nos de muito maior aplicação e efeito, a integração na previsão do artigo 291.º apenas das situações em que o negócio inválido não tenha sido levado a registo mas o subadquirente tenha registado. Este registo funciona tão só como ponto de referência para a prova da sequência histórica dos factos, designadamente da prevalência da aquisição do subadquirente sobre a proposição da acção de nulidade do negócio inválido.

A razão de ser da possibilidade do terceiro subadquirente de negócio inválido poder acabar por ser o titular, quando não o era na realidade substancial, assenta, não na fé pública do registo — protegida já pelas regras do direito registal —, mas na sua boa fé subjectiva ética específica prevista no artigo 291.º n.º 3, isto é, no seu desconhecimento sem culpa do vício do contrato, o que acaba por ser uma sua protecção face ao pseudo adquirente que lhe vendeu a coisa que está necessariamente de má fé, em concretização da boa fé objectiva na execução dos contratos prevista no artigo 762.º do CC. Em jeito de enquadramento geral, e com mais vigor, prevalece o fundamento da segurança e certeza do tráfico jurídico. Por isso, o subadquirente tem que aguardar três anos após celebrar o negócio, porque durante esse período a lei dá a oportunidade aos interessados de fazerem corresponder a realidade formal resultante da posição do subadquirente, à verdade material do verdadeiro titular. Se os interessados nada fazem, deve relevar definitivamente a posição do único sujeito que merece a protecção para que situações inválidas e sempre atacáveis não perdurem na vida jurídica.

Este entendimento não afasta as hipóteses de invalidade registal e substancial do negócio inválido, ou seja, deste ter sido registado, mas nesse caso o artigo 291.º acaba por não funcionar já que, ainda que preenchida a sua previsão legal, não se produzem os efeitos aí previstos, porque prevalece a estatuição do artigo 17.º, n.º 2, e o terceiro adquire imediatamente e não só após três anos. Por isso, quando essa aquisição pelo terceiro se dá exclusivamente por força do artigo 291.º, não é um efeito atributivo do registo, no sentido de ser a razão registal a determinante, mas porque, na realidade dos factos, em termos probatórios, a causa da atribuição acabou por ter sido o facto de ele ter registado. Se não o tivesse feito, não tinha ficado titular.

Assim, o artigo 291.º só se reporta a situações tipo como a de A que vende a B (que não regista) e depois a C (que não regista) e este a D que é o único que regista ⁽¹¹⁸⁾, ou como a de A que vende por negócio inválido a B (que não regista) e depois a C novamente, tendo B transmitido a D que regista.

Para a previsão do artigo 17.º, n.º 2, ficam as situações tipo como a de A que vende a B (que não regista) e depois vende a C (que regista) que por sua vez vende a D que regista ⁽¹¹⁹⁾.

1.2. *Os vectores clássicos da controvérsia*

Uma leitura rápida dos preceitos relevantes do CRegP acima identificados levar-nos-ia facilmente à conclusão que por força da presunção derivada do registo e da boa fé de quem regista acreditando que o registo anterior está conforme a realidade, qualquer pessoa poderia garantir perante todas as outras o seu direito registando-o imediatamente, pois que contra ele mais nenhum direito registado anteriormente poderia ser oponível ⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁸⁾ Relevamos que neste caso o subadquirente pode registar provisoriamente apesar de não o poder definitivamente porque em violação do trato sucessivo, já que C não consta do registo.

⁽¹¹⁹⁾ Poder-se-ia pensar, ainda, num outro entendimento um pouco mais ousado que distinguia os artigos 17.º, n.º 2, e 291.º consoante, simplesmente, exista tão só uma invalidez substancial do registo e uma invalidez registal também ou apenas. No primeiro caso, como o registo seria apenas inválido por uma questão resultante do acto substancial, aplicar-se-ia apenas o artigo 291.º. Nos outros casos, como existia sempre um problema do próprio registo, aplicava-se o artigo 17.º, n.º 2. Esta interpretação não é afastada por este último preceito que, ao referir-se ao registo pressupõe um registo nulo, expressão legal que, integrada na sistemática do CRegP, se reporta às situações previstas no artigo anterior. Ora, se é lavrado um registo apenas desconforme com a realidade substancial, esse registo não é nulo à luz do artigo 16.º. De qualquer modo, pensamos que não é o momento mais oportuno para tecermos maiores desenvolvimentos sobre este tema que foge um pouco ao âmbito do nosso trabalho, até porque entrariamos num campo maioritariamente certamente onde um maior aprofundamento de todas as posições em confronto seria sempre imprescindível.

⁽¹²⁰⁾ Por exemplo, se B compra uma casa a A e regista a sua propriedade porque acreditou na consulta que fez do registo predial quando verificou que dele constava como anterior proprietário A, tem a certeza nesta perspectiva de que ninguém mais lhe vai tirar a casa porque o seu direito de propriedade registado é oponível a todas as pessoas.

Mas a situação prevista no artigo 5.º do CRegP não se revela assim tão simples porquanto é necessário saber em que casos em concreto é que alguém é considerado terceiro, ou seja, em que hipóteses é que se aplica o referido preceito, quem e a quem é que se pode apôr o registo com os efeitos próprios da suas regras de prioridade.

Ora, é exactamente esse o centro da polémica: saber que situação controvertida resolve a regra da prioridade do registo, que pessoas é que se podem prevalecer de um registo anterior e apô-lo contra quem, saber quem são os terceiros entre si a que o CRegP se refere.

1.2.1. *A concepção restrita de terceiro*

Tradicionalmente, na esteira da doutrina francesa e italiana, a concepção de terceiro para efeitos de registo era restrita e colocava frente a frente apenas os adquirentes que do mesmo autor ou transmitente tivessem recebido sobre o mesmo bem direitos total ou parcialmente incompatíveis ou conflituantes ⁽¹²¹⁾.

Esta exigência de serem aquisições provenientes do mesmo transmitente, era justificada pelo facto de, a serem diversos os autores da transmissão, um será o verdadeiro proprietário e o outro não, pelo que funcionariam as regras de direito substantivo sobre o domínio e não os efeitos registais. Atenta a natureza meramente presuntiva do registo, a prioridade da transcrição não se podia sobrepôr à verdade material.

Só nos casos, por isso, de dupla alienação é que os interesses seriam da mesma natureza e resolúveis pela via do registo. Todavia, nestas situações não se recorria a qualquer limitação da situação à onerosidade do acto ou à boa fé do adquirente, funcionando

(121) É liderada por MANUEL DE ANDRADE, ob. cit., vol. II, p. 19. Cfr., ainda, VAZ SERRA, *Anotação*, in *RLJ*, ano 103, pp. 158 e seguintes; GONÇALVES SALVADOR, ob. cit.; ORLANDO DE CARVALHO, ob. cit.. Na jurisprudência, Acs. do STJ de 11/2/69, in *BMJ*, n.º 184, p. 240 e seguintes; de 17/4/80, in *RLJ*, ano 114, pp. 347 e seguintes; de 7/6/83, in *BMJ*, n.º 328, pp. 50 e seguintes; de 27/5/80, in *BMJ*, n.º 297, pp. 270 e seguintes; de 3/6/92; de 6/1/88; da RC de 8/4/86; da RL de 26/6/90.

sem mais a regra da prioridade do registro com as exceções da chamada aquisição tabular.

Assim, se A vende o bem a B que registra e depois vende o mesmo bem a C que não registra, aplica-se em pleno o artigo 5.º do CRegP, pelo que B pode opôr o seu registro a C e funciona a regra do artigo 7.º do CRegP. Ademais, dúvidas não existem nem conflitos com a realidade material já que o registro revela-a na sua plenitude, por isso é que não tem lugar qualquer acção de nulidade do registro.

Se A vende o bem a B que não registra e depois vende o mesmo bem a C que registra, o registro de C é inválido ou por questões registais ou por razões substanciais (que aqui ocorrem porque a venda do bem a C é nula por ser venda de bens alheios), pelo que pode B pedir a declaração da nulidade desse registro. Contudo, mesmo que o faça, o direito de C prevalecerá sempre por força do artigo 17.º, n.º 2, do CRegP, que protege o C de boa fé que adquiriu onerosamente, vindo este a seu favor estabelecer-se uma aquisição por mera força do registro. Mais uma vez, a regra da oponibilidade do artigo 5.º do CRegP funcionará conjugada com a regra da prioridade do registro.

Pelo contrário, se A vender X a B que registra e depois C, que não adquiriu X de A, pretender exercer qualquer direito sobre X registado posteriormente, funcionam em pleno as regras do direito material já que B é proprietário de X e qualquer direito de C sobre X é, em princípio, inválido. Não é, pois necessário, qualquer recurso à regras do registro, pois interessa é resolver o domínio entre A, B e C.

Mas se, na mesma hipótese, B não registrar e C registrar, poder-se-ia colocar a questão de se aplicar ou não a regra do artigo 5.º do CRegP, alegando que C pode opôr o seu registro a B que não registou. Mas este preceito não funciona neste caso porque, para esta concepção, C e B não são terceiros. C não pode ser protegido pelo artigo 17.º, n.º 2, do CRegP porque não adquiriu X a A e só quando isso acontece é que, não estando em causa controvérsia sobre a titularidade do direito, pois só existe um transmitente, actuam com especialíssima função as regras do registro. Quando existem transmissores diferentes, só um é que será o legítimo, pelo que aí o direito substantivo resolverá sempre o caso definindo o

verdadeiro proprietário, não se tratando de um problema exclusivamente de direito registal.

Esta visão tradicional da concepção restrita foi posta em causa mais tarde por uma perspectiva ainda mais limitativa filiada no ensino de Oliveira Ascensão posterior a 1971, que acabou por ser depois seguida com algumas originalidades por Menezes Cordeiro e por alguma jurisprudência ⁽¹²²⁾. Para esta variante, os terceiros para efeitos de registo são apenas os que, nos termos do artigo 17.º, n.º 2, adquirem a título oneroso — já que sendo a título gratuito não existe necessidade da protecção legal —, e de boa fé — desconhecendo a invalidade anterior —, não sendo nítida a exigência do transmitente ser comum, o que apenas pode decorrer implicitamente da argumentação exposta ⁽¹²³⁾.

1.2.2. *A concepção ampla de terceiro*

A partir dos anos sessenta e após a publicação do CRegP de 1959, esta tradição começou a ser colocada em causa por uma doutrina muito mais abrangente do conceito de terceiro, assente na comentarística de Gama Vieira, que sustentava que terceiros para efeitos de registo eram todos os que não tendo participado em certo facto jurídico, tinham em relação ao seu objecto, direito oposto ou incompatível com o daqueles que no mesmo facto intervieram.

Nestes termos, não se exigindo sequer que o terceiro que entra em conflito tenha inscrito o seu direito no registo, esta posição ini-

⁽¹²²⁾ Cfr., por exemplo, os Acs. do STJ de 4/3/82; da RC de 8/4/86; da RL de 26/6/90; da RE de 3/10/92.

⁽¹²³⁾ Contra, ORLANDO DE CARVALHO, ob. cit., p. 104 que é da opinião de que esta variante da concepção restrita não se refere à necessidade ou não do transmitente comum porque analisa apenas os efeitos do artigo 17.º, n.º 2, e este preceito só se refere às hipóteses de um subadquirente de um registo nulo. Pela nossa parte, de referir que por algum motivo os mesmos Professores, nas edições recentes das suas obras — MENEZES CORDEIRO, p. 280 e OLIVEIRA ASCENÇÃO, pp. 352 e 356 —, só dão exemplos explicativos do preceito com situações de dupla alienação. Com efeito, no nosso entender, o artigo 17.º, n.º 2, só tem verdadeiro sentido quando aplicado a uma alienação do mesmo transmitente, pois só o primeiro adquirente sem registo é que tem interesse e boa fé para poder anular o registo. Por isso, quando os Professores em causa limitam a concepção restrita qualificando os af terceiros com a boa fé e a onerosidade, seria pouco lógico alargar depois o âmbito dos terceiros sem o dizer expressamente.

cial da concepção ampla “exclui logicamente qualquer contraste de interesses resolúvel pela via do registo” ⁽¹²⁴⁾.

Contudo, os seguidores desta orientação, embora não o admitindo expressamente, pressupõem sempre que exista pelo menos um registo efectuado, pois que terceiros em conflito passarão a ser aqueles que, apesar de não adquirentes do mesmo transmitente, têm sobre o mesmo bem direitos incompatíveis tendo sido um ou ambos levados a registo. Aliás, essa a grande vantagem de a questão ser rápida e automaticamente resolvida pela averiguação da simples prioridade dos títulos de registo e não pela difícil e demorada prova dos factos constitutivos dos direitos implicados ⁽¹²⁵⁾.

Com efeito, todos os terceiros que tenham obtido o registo e um direito incompatível beneficiam da inoponibilidade de direitos não registados contra qualquer pessoa. Por isso, no caso anterior, se A vende X a B que não regista e depois C adquire um direito sobre X de outra pessoa que não A e regista-o, aplica-se-lhe a regra da prioridade do registo e C pode opôr o seu direito a B porque o registou primeiro, independentemente de ser B o verdadeiro proprietário à luz das regras substantivas sobre o domínio.

2. A polémica actual: o conceito de terceiro no registo e nos embargos

Os últimos acontecimentos a este propósito ocorreram na sequência de algumas decisões jurisprudenciais contraditórias e ao sabor da urgência em definir a relação entre penhorante de um bem

⁽¹²⁴⁾ ORLANDO DE CARVALHO, ob. cit., p. 103.

⁽¹²⁵⁾ Cfr. Ac. do STJ de 12/7/63, Ac. da RL de 19/6/66 e Ac. da RC de 22/7/86. Na doutrina, com excepção de ISABEL PEREIRA MENDES, *A repercussão (...)*, ob. cit., ANSELMO DE CASTRO, ob. cit., p. 161 e PEDRO MACEDO, ob. cit., p. 77, a maioria dos restantes autores nas suas obras já citadas — REMÉDIO MARQUES, *LEBRE DE FREITAS*, SALVADOR DA COSTA TEIXEIRA DE SOUSA —, trata apenas da questão da aplicação do artigo 842.º, n.º 2, à definição de terceiro embargante, sem qualquer referência expressa à sua repercussão no regime do CRegP, abstraindo dos problemas levantados pelo conceito de terceiro para efeitos de registo predial. Só este último Professor, *Penhora de bens (...)*, ob. cit., é que marcou a temática da venda executiva com a remissão promenorizada, ainda que não expressa, para as regras do registo predial, desenvolvendo, pela primeira vez, aspectos particulares dos direitos de terceiros e de penhorantes, embora à luz do CPC não revisto e, por isso, apenas com ligação directa à alegação da posse.

e terceiro adquirente do mesmo bem como integrante ou não da previsão do artigo 5.º do CRegP. ⁽¹²⁶⁾.

Foram, pois, questões de facto ligadas à penhora, a embargos de terceiro e à venda executiva, que suscitaram a dúvida e a controvérsia.

E justificam-se as vacilações já que na realidade o que se passa não é apenas uma questão de justiça igualitária, da necessidade do mesmo tratamento pela lei do terceiro embargante e do terceiro adquirente em dupla alienação, mas reforçando-a, um problema relacionado com o próprio regime já que, como vimos, o artigo 824.º, n.º 2, do CC socorre-se das regras do registo, aparentemente numa remissão expressa para o CRegP, admitindo que o embargante é também terceiro para efeitos da aplicação do artigo 5.º do CRegP.

Por isso, tem a recente jurisprudência vacilado, ora regressando à doutrina tradicional, ⁽¹²⁷⁾ ora assumindo posições ousadas nos novos entendimentos mais latos, ⁽¹²⁸⁾ para acabar por se deixar cristalizar superiormente por uma concepção ainda mais restrita de terceiro ⁽¹²⁹⁾.

Vejamos, pois, os últimos acontecimentos.

2.1. O passo em frente dado pelo Ac. do STJ 15/97 de 4/7

2.1.1. A decisão

Reconhecida a oposição entre o Ac. do STJ de 29/9/93 que decidiu conforme a corrente tradicional e o Ac. de 18/10/94 que

⁽¹²⁶⁾ Também com a mesma remissão para as regras do registo, os artigos 819.º do CC e 838.º, n.º 4, do CPC.

⁽¹²⁷⁾ Com o Ac. do STJ 4/98 de 18/12, in *RLJ*, ano 131, 1997/1998, p. 240 e seguintes.

⁽¹²⁸⁾ Com o Ac. do STJ 15/97 de 4/7, in *BMJ*, n.º 467, 1997 (incluindo parecer do Ministério Público) e anotações de CARVALHO FERNANDES, *Terceiros para efeitos de registo predial*, in *ROA*, ano 57, III, 1997, pp. 1303-1320, e ALMEIDA E COSTA, *Anotação ao Ac. do STJ 4/98 de 18/2*, in *RLJ*, n.º 131, 1997/1998, pp. 244 e seguintes.

⁽¹²⁹⁾ Com o Ac. do STJ de 18/5/99, inédito e TEIXEIRA DE SOUSA, *Alguma jurisprudência recente sobre Acção Executiva*, inédito, dactil., cedido por especial cortesia do autor, 1999.

aderiu à concepção ampla de terceiro, o STJ julgou em Pleno, por assento de 20/5/97, concluindo pela confirmação do acórdão recorrido e uniformizando a jurisprudência no modo seguinte: “Terceiros, para efeitos de registo predial, são todos os que, tendo obtido registo de um direito sobre determinado prédio, veriam esse direito ser arredado por um qualquer facto, jurídico anterior não registado, ou registado posteriormente.”

No caso concreto subjacente, B, que tinha comprado e não registado o bem X a A, executado, embargou de terceiro numa penhora sobre o mesmo bem, tendo C, exequente, feito em tempo o seu registo, mas viu, por força da decisão do STJ, os seus embargos improcedentes porque não tinha registado previamente o seu bem e o registo da penhora de C prevaleceu.

2.1.2. *Os fundamentos da decisão*

Este acórdão apresentou, em síntese, duas ordens de razões para fundamentar a sua decisão:

Primeiro, não se pode falar em terceiros para efeitos de registo predial só quando existe dupla alienação como defende a doutrina tradicional porque hoje existem texto legais que expressamente estabelecem a aquisição por meio do registo em termos que já nada têm a ver com as hipóteses de dupla disposição de direitos incompatíveis sobre a mesma coisa. É o caso das previsões dos artigos 17.º, n.º 2, do CRegP e 291.º do CC⁽¹³⁰⁾.

Por outro lado, “[...] se o registo predial se destina essencialmente a dar publicidade à situação jurídica dos prédios, tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário [...], tão digno de tutela é aquele que adquire um direito com intervenção do titular inscrito (compra e venda, troca, doação) como aquele a quem a lei permite obter um registo sobre o mesmo prédio sem essa intervenção (credor que regista uma penhora, hipoteca judicial, etc.)”, não importando, por isso, apurar a boa ou má fé do que penhorou

⁽¹³⁰⁾ Baseando-se integralmente na posição de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Efeitos substantivos do registo Predial na Ordem Jurídica Portuguesa*, in *ROA*, sep., 1979, pp. 29-30, citado no Ac. 18/5/94 in *CJ*, ano II, tomo II, 1994, pp. 111-114.

neste caso porque a eficácia do registo é independente da boa ou má fé de quem regista ⁽¹³¹⁾.

2.1.3. *Os votos de vencido*

A primeira declaração de voto ⁽¹³²⁾ começa por referir que os artigos 291.º do CC e 17.º, n.º 2, do CRegP são normas excepcionais, para depois aderir à necessidade de ponderação da boa fé para aferição da publicidade do registo, porquanto a publicidade conferida ao registo predial encontra a sua razão de ser na protecção da fé pública que só se justifica quando a pessoa concretamente protegida esteja também de boa fé.

Após aderir à argumentação de alguma doutrina, ⁽¹³³⁾ o declarante conclui que o artigo 5.º do CRegP apenas pretendeu “proteger os terceiros que iludidos pelo facto de não constar do registo a nova titularidade, foram negociar com a pessoa que no registo (ou fora dele) continuava a aparecer como sendo o titular do direito, apesar de já não o ser”.

O segundo voto de vencido releva o facto de, durando a controvérsia há tanto tempo, se o sentido da lei fosse contrário ao tradicionalmente defendido, já o legislador tinha prontamente intervindo nesse sentido.

Acrescenta também que a posição lata transforma a regra do efeito presuntivo do registo em efeito constitutivo e produz resultados injustos ou demasiado onerosos para o primeiro adquirente que só por descuido não procedeu a tempo ao registo do seu direito. Realça, ainda, a natureza não real da constituição da penhora sobre um certo bem e a circunstância de a penhora ser feita pelo tribunal e não pelo exequente em nome do executado.

⁽¹³¹⁾ Na sequência da doutrina de ANTUNES VARELA e HENRIQUE MESQUITA, ob. cit., pp. 20-23; idem, ibidem, ano 54.º, p. 378; VAZ SERRA, in *RLJ*, ano 103.º, p. 165; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, ob. cit., vol. II, n.º 4 ao artigo 819.º; ANSELMO DE CASTRO, ob. cit., p. 161.

⁽¹³²⁾ A primeira é de ROGER LOPES, a segunda de JOSÉ MARTINS DA COSTA, a terceira de CARDONA FERREIRA e a quarta de AGOSTINHO PONTES DE SOUSA INÊS.

⁽¹³³⁾ ORLANDO CARVALHO, ob. cit., pp. 98-99.

Por outro lado, considerando o regime específico da execução, continua sustentando o declarante que, salvo o caso do registro da penhora ser posterior aos actos de alienação ou oneração do bem penhorado, aqueles são ineficazes em relação ao exequente nos termos dos artigos 819.º do CC e 838, n.º 3, do CPC; que só podem ser penhorados em regra direitos do executado nos termos dos artigos 601.º e 817.º do CC sendo, por isso, ilegal a penhora sobre bens que, apesar de não registados, incide sobre património pertencente a outra pessoa que não o executado; e que a lei confere a esse terceiro meios próprios de defesa no seio da execução como os previstos nos artigos 832.º, 351.º, 1311.º do CC, 909.º, n.º 1, al. d), 357.º, n.º 2, que nos levam a concluir que a questão não se pode resolver apenas pela exibição dos títulos de registro ⁽¹³⁴⁾.

Finaliza o mesmo autor com a conclusão de que a concepção ampla conduz à “solução aberrante de esses bens poderem ser penhorados em execução movida contra o alienante (pela falta de registro) ou contra o adquirente (por se integrarem no seu património)”.

Na terceira declaração de voto, ⁽¹³⁵⁾ é desde logo apontada a consequência nefasta da concepção lata que consiste em fazer com que um bem de terceiro responda por um débito de outrem sem para tal existir qualquer razão em termos materiais, numa ofensa clara aos mais claros “princípios da razoabilidade, da boa fé e do próprio direito substantivo” em favor dos fins meramente registais.

Ademais, acentua o declarante que o que transfere a propriedade não é o registro nem muito menos a penhora, mas o negócio de base com a sua eficácia real, sendo o registro essencialmente declarativo porque presuntivo, nos termos dos artigos 7.º do CRegP, 817.º e 818.º do CC e 821.º do CPC.

⁽¹³⁴⁾ Nem no direito italiano nem no direito alemão se prevê a possibilidade de o terceiro se opor à execução da penhora nos termos dos nossos artigos 909.º, n.º 1, al. d) e 832.º, sendo sempre necessária uma acção autónoma de reivindicação por má fé do adquirente sem prejuízo das regras do registro que diferem das nossa porquanto o registro alemão é constitutivo e não meramente presuntivo. Cfr., no direito italiano, artigos 619.º e 620.º do CPC e 2914.º e 2920.º do CC e CRISANTO MANDRIOLI, ob. cit., p. 143; e no direito alemão, §§ 771, 775, 805 E 869 ZPO, §§ 823, 892 E 932 BGB.

⁽¹³⁵⁾ Aderindo à fundamentação do Ac. do STJ de 8/4/97, além da numerosa jurisprudência citada, para a qual se remete.

O último voto de vencido sublinha o carácter ainda primitivo da forma como o registo predial é hoje feito o que se traduz na sua pouca fidelidade em relação à realidade concreta dos bens. Por isso, a confiança merecida do registo não deve ser alargada a ponto de se transformar em regra porquanto seria invertido o substancial pelo formal, a verdade pelo registo.

Consciente da imperfeição do sistema que, por causa da ausência do carácter constitutivo do registo, permite transmissões independentes do registo, a orientação adequada só pode ser a restrita sob pena de transformarmos a excepção em regra. Nesse sentido, a concepção ampla — no pensamento do autor — atribui ao registo eficácia constitutiva que não corresponde ao esquema previsto no CRegP: o registo apenas presume ilidivelmente o direito a ponto de poder ser impugnado mediante acção na qual se peça simultaneamente o cancelamento do registo, o que só não acontece nos casos dos artigos 17.º, n.º 2, e 291.º porque aí o “mafioso” não merece a tutela do direito.

Ademais, faz notar o declarante que, enquanto o artigo 5.º do CRegP se reporta à dupla alienação, os artigos 291.º e 17.º, n.º 2, ocupam-se das transmissões sucessivas, pelo que a noção ampla, a ser admitida, teria que ser limitada apenas às situações em que o adquirente se encontrasse de boa fé e tivesse adquirido onerosamente por via negocial ⁽¹³⁶⁾.

Conclui este voto que, não obstante pugnar pela concepção restrita de terceiro, o embargante sempre poderá vencer nos embargos deduzidos se em vez do registo alegar a posse cuja presunção de titularidade esgrima com a presunção do registo da penhora, acabando por proceder se anterior, nos termos do artigo 1268.º, n.º 1, do CC, além do caso óbvio da usucapião cuja constituição cede perante qualquer registo posterior à data do início da sua posse.

Por fim, embora não constitua um voto de vencido, é de referir a posição do parecer do Ministério Público que reiterou a argumentação do acórdão, acrescentando a ideia de que a venda executiva, “conquanto seja um acto judicial complexo [...] é uma venda

⁽¹³⁶⁾ Esta é a doutrina a que o declarante chama de “intermédia” e que, pensamos, se refere à posição anteriormente e ainda hoje defendida por OLIVEIRA ASCENSÃO e MENEZES CORDEIRO.

[...] em que a propriedade da coisa passa directamente do executado para o comprador”. Dessa forma também o exequente é adquirente do mesmo transmitente executado pois que a venda executiva acaba por constituir uma segunda transmissão, embora forçada ⁽¹³⁷⁾.

2.1.4. A anotação ⁽¹³⁸⁾

Este autor começa por separar a questão em apreço e decidida no acórdão anotado em dois aspectos distintos que representam dois regimes diferentes de tutela de terceiros, para concluir que a decisão final e a controvérsia actual sobre o conceito de terceiro só incidem sobre o segundo: os artigos 5.º, 6.º e 7.º do CRegP e os artigos 291.º do CC e 17.º, n.º 2, do CRegP.

Assim, quanto ao primeiro aspecto e perturbando o regime substantivo decorrente do artigo 408.º do CC que estipula a eficácia imediata dos direitos reais por força de negócio constitutivo e translativo, no caso de coisas imóveis, o CRegP vem dispôr que quem obtiver registo predial prioritário de certo direito beneficia da prevalência sobre direitos não inscritos ou de inscrição posterior, ainda que sejam substantivamente mais “valiosos”.

Por isso, prossegue o anotador, o efeito normal do registo predial não é o meramente declarativo mas o consolidativo pois que em relação a certos terceiros os actos registáveis só vêm a sua eficácia operante se registados anteriormente, consolidando este registo as situações jurídicas emergentes do acto registado pela atribuição de eficácia plena interna e externa. Na falta de registo, a parte num negócio corre o risco de, com base na situação registal anterior, ver constituída a favor de outra pessoa um direito incompatível com o seu.

E defende este autor que este efeito consolidativo não opera apenas nos casos de dupla alienação, como também e genericamente sempre que um terceiro adquira e registre um direito incom-

⁽¹³⁷⁾ Publicado no *BMJ*, n.º 467, 1997, pp. 60-68.

⁽¹³⁸⁾ Feita por LUIS CARVALHO FERNANDES, ob. cit..

patível com o emergente do negócio não inscrito, ⁽¹³⁹⁾ embora só quando o terceiro esteja de boa fé.

Neste campo, adere o anotador à concepção ampla porque no seu entender onde o legislador não distingue não o deve fazer o intérprete e, por seu turno, a realização plena do registo só justifica o tratamento igual mesmo dos terceiros que não adquiriram do mesmo transmitente. O adquirente que, confiando no registo predial e na presunção que dele deriva, celebra transmissão — de forma a que não intervenha exclusivamente a sua vontade ⁽¹⁴⁰⁾ — de um direito incompatível com outra pessoa que adquiriu em primeiro lugar mas não registou, não pode ficar dependente do facto de no acto da aquisição ter ou não intervindo o último titular inscrito.

No que respeita ao segundo aspecto, os artigos 17.º, n.º 2, e 291.º — que estipulam situações em que terceiros adquirem de quem não tinha legitimidade para alienar por motivo de vício substantivo ou de registo que inquina a situação jurídica do alienante — cobrem situações de efeitos atributivos do registo que não cabem na noção de terceiro dada pelo acórdão anotado, porque a “protecção que do registo lhe advém não se traduz na invocação da prioridade do seu registo contra quem adquiriu bem, mas não registou ou só o fez posteriormente, mas no afastamento da relevância de vícios da sua aquisição ou do seu registo.” Por isso, o autor só adere à tese do acórdão no primeiro aspecto com a ressalva da necessária boa fé do terceiro.

Quanto aos votos de vencido refere este autor que os artigos 819.º do CC e 838.º, n.º 4, só servem a provar a concepção ampla e não a contrária e, a propósito da conclusão final da segunda declaração de voto, acaba por lhe dar razão, esclarecendo que, contudo, tal hipótese só acontece em caso de duas penhoras simultâneas, uma contra o alienante que registou e outra contra o

⁽¹³⁹⁾ E dá como exemplo a seguinte hipótese: D vende a E, E não regista, E dá de hipoteca o mesmo bem a F, F regista a hipoteca. Neste caso, o autor assinala a diferença pois que E não pode fazer valer o seu direito a F já que este satisfaz o seu crédito reclamando-o e após a venda, mas remarca a semelhança de depois o valor restante dos bens reverterem para E e não para D. Sem prejuízo da restante crítica infra diremos desde já que não nos parece este um caso de eficácia constitutiva, pois que sempre o D, estando o E de má fé, pode impugnar a primeira transmissão e anular a venda judicial em prejuízo de F.

⁽¹⁴⁰⁾ Se sim, não funciona a sua protecção. No caso da penhora, para este autor, não existe apenas vontade exclusiva do exequente e, por isso, este deve ser portegido.

adquirente que não registou, não estabelecendo um regime aberrante mas “imposto pela tutela dos interesses dos credores em presença”.

Ainda no tocante ao segundo voto de vencido e às referências aí feitas à hipóteses previstas na lei para os terceiros com direito constituído e registado anteriormente poderem actuar contra a penhora, apesar de não serem considerados terceiros embargantes, refere o anotador apenas que o artigo 832.º é inaplicável à penhora de imóveis e o artigo 92, n.º 2, al. a) do CRegP não se aplica ao caso do acórdão porque prevê expressamente que o bem penhorado não esteja inscrito a favor do executado.

2.2. O passo atrás dado pelo Ac. do STJ 4/98 de 18/12

2.2.1. A decisão

Chamado a pronunciar-se sobre se é possível a um promitente comprador exercer o direito à execução específica depois do promitente vendedor ter alienado o bem a um terceiro, o STJ fixou a seguinte jurisprudência uniformizada: “A execução específica do contrato-promessa sem eficácia real, nos termos do artigo 830.º do CC, não é admitida no caso de impossibilidade de cumprimento por o promitente vendedor haver transmitido o seu direito real sobre a coisa objecto do contrato prometido antes de registada a acção de execução específica, ainda que o terceiro adquirente não haja obtido o registo da aquisição antes do registo da acção; o registo da acção não confere eficácia real à promessa”.

2.2.2. O sentido da decisão

Independentemente da análise cuidada — que se justificava se o tempo e o lugar fossem os adequados e oportunos —, sobre os problemas particulares levantados pela figura da execução específica, é importante sublinhar que esta decisão acabou por se revelar contraditória com a anterior, dado que pressupõe um conceito restrito de terceiro para efeitos do registo predial.

Com efeito, ⁽¹⁴¹⁾ enquanto de acordo com o pensamento do anterior acórdão o promitente comprador é um terceiro para efeitos de registo e, por isso, não lhe é oponível o direito não registado de terceiro adquirente, na doutrina deste último, o mesmo promitente não é considerado terceiro e, por isso, aquele direito não registado pode ser-lhe oposto.

Assim, se A celebra contrato de promessa meramente obrigacional com B e depois vende a C que não regista, B não pode embargar de terceiro nos termos da concepção restrita porque não é terceiro dado não ser o primeiro adquirente de A pois que não existiu uma verdadeira transmissão mas apenas uma promessa sem efeitos reais de acordo com a qual B não pode, ao abrigo da inerência própria dos direitos reais, perseguir legitimamente o bem prometido vender. Por isso, prevalece sempre o direito de C mesmo não registado porque é um direito real que se opõe ao direito meramente obrigacional de B.

No entanto, ao abrigo da concepção ampla de terceiro, o que se passava era exactamente o contrário, porque B, titular de um direito incompatível com o direito de C, já seria considerado terceiro e venceria face a este já que tinha registado o seu direito à execução específica do contrato promessa antes de C, beneficiando da inoponibilidade de direitos não registados, não podendo por estes ser afectado.

De qualquer modo, apesar de seguirmos este entendimento, não queríamos deixar de apontar algumas dúvidas ou hesitações que entretanto nos ocorreram e que só não desenvolvemos dado o limite do âmbito do nosso tema ⁽¹⁴²⁾.

Na realidade, a aproximação da orientação deste acórdão à concepção restrita só se dá efectivamente se optarmos por uma prévia qualificação do registo da acção de execução específica. Se a qualificação for distinta, então, nem numa concepção nem noutra

⁽¹⁴¹⁾ Como refere TEIXEIRA DE SOUSA, *Alguma jurisprudência (...)*, ob. cit., pp. 4-5.

⁽¹⁴²⁾ Esta é também a razão pela qual não descrevemos e criticamos os fundamentos e os votos de vencido do Acórdão. As mais valias trazidas à colação da controvérsia entre concepção ampla e restrita seriam preteridas pela complexidade da colocação de problemas concretos do regime da execução específica que foge ao nosso estudo.

esta hipótese garantiria ao B o direito a embargar de terceiro. Senão, vejamos.

Aquando da celebração de um contrato de promessa, o promitente comprador adquire simultaneamente dois direitos diferentes e autônomos: o direito à celebração do contrato do contrato prometido, meramente obrigacional, e o direito à execução específica do contrato de promessa, direito potestativo (direito de obtenção da sentença que faça as vezes do contrato prometido).

Ao abrigo do princípio da prevalência dos direitos reais sobre os obrigacionais, existindo um contrato de promessa e um direito à execução específica meramente obrigacionais — porque àquele contrato não foi atribuída eficácia real —, quando o promitente vendedor A vende o bem objecto do contrato a um terceiro C, B, beneficiário apenas de direitos obrigacionais, nunca pode fazer prevalecer o seu direito perante C, mesmo que este não tenha registado a sua propriedade.

Diferente solução pode colocar-se se B, apesar de continuar a não atribuir eficácia real à sua promessa, mantendo-se a hipótese de C também não registar o seu direito, propõe acção específica contra A e regista a referida acção nos termos do artigo 3.º, n.º 1, al. a) do CRegP.

Se este registo concede por si só a eficácia real à execução específica que não existia com a celebração do contrato de promessa, então o B terá um direito oponível a C porque real e registado em primeiro lugar ⁽¹⁴³⁾.

Se se entender que este registo não concede eficácia real nem à promessa nem à autónoma execução específica, então continuará obrigacional, não servindo o registo para lhe atribuir qualquer oponibilidade perante direitos reais que, mesmo não registados, sobre ela prevalecem.

⁽¹⁴³⁾ Defendendo que o promitente comprador pode embargar de terceiro com base no seu direito autónomo de execução específica (embora não esclarecendo se com ou sem eficácia real), ELISEU FIGUEIRA, *Contrato-promessa de compra e venda*, in *CJ*, ano V, 1997, tomo II, p. II-9.

⁽¹⁴⁴⁾ Defendendida, por exemplo, por INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Registo (...)*, ob. cit., pp. 497-510; idem, *Contrato de promessa (...)*, ob. cit., pp. 7 e seguintes; ISABEL PEREIRA MENDES, *Código (...)*, p. 31; ALMEIDA COSTA, ob. cit..