

A PENHORA DE BENS NA POSSE DE TERCEIROS

Pelo Prof. Doutor Miguel Teixeira de Sousa

I. *a.* A penhora recai, em princípio, sobre bens que pertencem e estão na posse do devedor executado, mas também há situações nas quais essa penhora pode afectar bens que se encontram na posse de um terceiro (isto é, de um não devedor): isso pode acontecer quer quando o bem sobre o qual recai uma garantia real (como uma hipoteca, por exemplo) pertence ou está na posse de um terceiro (cfr. art. 818.º 1.ª parte CC), quer quando o bem nomeado à penhora pertence ao executado mas se encontra, por qualquer título, na posse de um terceiro. Este terceiro pode ser o possuidor exclusivo do bem penhorado ou um co-possuidor desse bem (seja em compropriedade, seja, no caso dos cônjuges, em comunhão de bens); também não altera a situação a circunstância — algo rara, é certo — de o terceiro possuidor ser o próprio credor exequente.

Em contrapartida, o momento da aquisição da posse do terceiro sobre o bem penhorado tem uma importância determinante. Se essa posse foi constituída e registada após a penhora do bem, essa posse é inoponível à execução (art. 819.º CC), pelo que, nessa situação, aquela posse é irrelevante para a execução e a posição do exequente não é afectada por essa posse. Contudo, se o terceiro adquiriu e registou a sua posse antes do registo da penhora, essa posse não está afectada por aquela inoponibilidade perante a execução (cfr. art. 819.º CC), pelo que importa verificar qual a tutela que, nesse caso, deve ser concedida à posse daquele terceiro.

b. Nesta difícil matéria da penhorabilidade de bens na posse de terceiros, os problemas começam na compatibilização de duas disposições legais que parecem contraditórias: com efeito, enquanto o art. 831.º CPC admite, aparentemente sem qualquer restrição, a penhora de bens na posse de terceiros, o art. 1037.º, n.º 1, CPC permite, também em termos muito amplos, a dedução de embargos de terceiro pelo possuidor desapossado com o acto da penhora. É absolutamente indispensável, por isso, coordenar o âmbito de aplicação destes preceitos, porque nenhum deles pode ser aplicado com a ampla latitude indiciada pelo seu sentido literal. Os arts. 831.º e 1037.º, n.º 1, CPC reflectem, cada um no seu âmbito específico, o antagonismo entre o direito do credor à satisfação coactiva do seu crédito e o direito do terceiro possuidor ao gozo da coisa, dado que o exequente tem interesse em beneficiar da faculdade de executar a totalidade do património do executado e o terceiro está interessado em subtrair o bem possuído do património penhorável desse executado, pelo que para a necessária conciliação entre esses preceitos há que estabelecer (e fundamentar) uma hierarquia entre estes direitos.

O problema complica-se ainda mais considerando outros dados do direito positivo: alguns preceitos da lei civil — como os arts. 1037.º, n.º 2, 1125.º, n.º 2, 1133.º, n.º 2, e 1188.º, n.º 2, CC — atribuem expressamente a certos possuidores a faculdade de usarem os meios de defesa da posse regulados nos arts. 1276.º ss. CC — entre os quais se contam os embargos de terceiro previstos no art. 1285.º CC —, o que levou a doutrina a dividir-se entre orientações que admitem o uso irrestrito dos embargos de terceiro por esses possuidores ⁽¹⁾ e posições que negam a esses possuidores a faculdade de embargarem de terceiro ⁽²⁾.

Seja qual for a solução quanto a esse aspecto, importa referir que a questão da colisão entre o direito do exequente e a posse do terceiro e o problema da penhorabilidade de bens na posse

(1) Cfr. *Anselmo de Castro*, A Acção Executiva Singular, Comum e Especial ³ (Coimbra 1977), 349; *Lebre de Freitas*, Direito Processual Civil II (Lisboa s. d.), 165 s..

(2) Cfr. *Castro Mendes*, Direito Processual Civil III (Lisboa 1987), 362 e 363 s..

desse terceiro não se colocam quando é nomeado à penhora, em vez do próprio bem possuído pelo terceiro, o direito à restituição do bem na posse do terceiro (3). Nesta eventualidade, essa penhora segue o regime da penhora de direitos (arts. 856.º ss. CPC), pelo que, como o terceiro possuidor não perde a faculdade de gozo sobre o bem, os interesses desse possuidor não são afectados pelo direito do exequente à satisfação coactiva do seu crédito.

c. A análise do problema da penhora de bens na posse de terceiros exige a consideração de múltiplas situações e casuísmos, pelo que, ainda que o seu estudo possa parecer algo escolástico, há que estabelecer as necessárias distinções e classificações. É o que se vai empreender de seguida com duas restrições: não se analisa a situação em que o credor exequente impugnou o acto translativo a favor do terceiro e em que, por isso, o bem possuído por esse adquirente pode ser penhorado na correspondente acção executiva (art. 818.º 2.ª parte CC), porque após essa impugnação pauliana a penhora desses bens não levanta problemas especiais; também não se estuda a hipótese em que o direito de fundo sobre o bem possuído pelo terceiro pertence a outro terceiro (e não ao executado) e em que, portanto, a qualquer desses terceiros pode ser concedida a faculdade de reagir contra a penhora do bem.

II. A primeira distinção que importa fazer nesta matéria é a que se refere ao título da posse do terceiro possuidor. Se a sua posse não é titulada, esse detentor de facto não pode embargar de terceiro, porque lhe falta a necessária legitimidade substantiva (que decorre do título da posse), pelo que é admissível a penhora de um bem que se encontra na posse desse terceiro. Assim, por exemplo, o ladrão não pode defender a sua posse sobre

(3) *Castro Mendes*, DPC III, 361 não aceita a possibilidade de nomeação à penhora desse direito à restituição, porque entende que os créditos penhoráveis nos termos dos art.ºs 856.º ss. CPC são apenas aqueles em que o objecto da prestação não pertence ao credor executado. Não se encontra motivo para essa restrição.

o bem penhorado; do mesmo modo, o cônjuge não pode embargar de terceiro contra a penhora de um bem próprio do outro cônjuge.

Mas se a posse desse terceiro é titulada (como é, por exemplo, a do usufrutuário ou a do comodatário), há que considerar duas situações: o terceiro pode ser possuidor do bem que é penhorado na execução ou pode ser possuidor de um bem onerado com uma garantia real constituída antes da propositura da acção executiva.

a. Se o terceiro é possuidor de um bem sobre o qual não incide qualquer garantia real (ou seja, de um bem que apenas com a penhora fica onerado), ainda há que considerar duas eventualidades. Se essa posse pode ser extinta a qualquer momento pelo titular do direito de fundo, o possuidor não pode opor-se a essa extinção e, por isso, não pode embargar de terceiro ⁽⁴⁾, nem tem direito a ser indemnizado do eventual prejuízo que venha a suportar com o desapossamento. Assim, se, por exemplo, *A* comodata *x* a *B* e fica estipulado que este restituirá a coisa logo que tal lhe for pedido, *B* não pode embargar de terceiro, nem pode exigir qualquer indemnização pela perda da posse.

A esta situação é equiparável aquela outra em que a posse do terceiro não é interessada, isto é, aquela em que essa posse não satisfaz directamente qualquer necessidade ou interesse do possuidor. Nesta circunstância, a penhora do bem possuído por esse terceiro não justifica a defesa da posse ⁽⁵⁾, porque essa posse, desprovida do subjacente interesse, não pode merecer a tutela jurídica (ou judiciária). A ordem jurídica não pode aceitar como tutelável uma posse à qual não corresponde qualquer interesse do respectivo titular ou, pelo menos, não pode sobrepor essa posse do terceiro ao interesse do credor exequente na satisfação do seu crédito.

Considere-se, por exemplo, a posse do depositário. Se essa posse é desinteressada — porque, por exemplo, o depositário não

⁽⁴⁾ Cfr. *Castro Mendes*, DPC III, 363.

⁽⁵⁾ Em conclusão, *Castro Mendes*, DPC III, 360.

pode sequer usar a coisa depositada (art. 1189.º CC) —, esse sujeito não pode defender a sua posse e, por isso, a hipótese não é enquadrável no disposto no art. 1188.º, n.º 2, CC; se, contudo, o depositário tem uma posse interessada sobre a coisa depositada (porque, por exemplo, o depositante o autorizou, nos termos do art. 1189.º CC, a usar a coisa depositada), a sua posse merece a mesma tutela que a de qualquer outro possuidor com um título idêntico (cfr. *infra* c. 3)).

b. Mas também pode suceder que a duração da posse do terceiro, numa situação em que a posse desse terceiro é interessada, esteja contratualmente fixada ou nem sequer esteja antecipadamente definida ou limitada. Suponha-se, por exemplo, que *A* comodata a *B* um automóvel, que este deve restituir passado um ano; ou que *C* constituiu a favor de *D* um usufruto vitalício sobre um andar. Relativamente a estas hipóteses devem ser consideradas duas situações, consoante, segundo os critérios do art. 824.º, n.º 2, CC, o título da posse seja um direito real que se mantém depois da venda executiva ou um qualquer outro direito (isto é, um direito real ou obrigacional que se extingue com aquela venda).

A utilização dos critérios definidos no art. 824.º, n.º 2, CC merece uma justificação explícita. Com efeito, a tutela concedida à posse do terceiro depende, primordialmente, do destino dessa posse após a venda executiva da coisa penhorada, pois que a admissibilidade da sua defesa pressupõe que aquela posse se mantém após a venda judicial e a extinção dessa posse através daquela venda executiva permite apenas uma tutela indirecta ou reparatória dessa posse. Daí que se justifique distinguir as várias situações possíveis utilizando como critério os efeitos da venda executiva regulados no art. 824.º, n.º 2, CC.

Para uma melhor explicitação do regime convém ainda observar que entre os direitos reais de gozo que não caducam com a venda executiva nos termos previstos no art. 824.º, n.º 2, CC e qualquer meio judicial de defesa desses direitos se estabelece uma relação de complementaridade, pois é a não extinção desses direitos reais de gozo que permite a dedução de embargos de terceiro ou de uma acção de reivindicação pelo respectivo titular.

Além destes direitos que admitem uma defesa judicial por subsistirem após a venda executiva, também há direitos que se extinguem *ipso facto* através da venda executiva e que, portanto, não podem ser defendidos por embargos de terceiro ou pela acção de reivindicação. Segundo o disposto no art. 824.º, n.º 2, CC, é o que sucede, por exemplo, com os direitos reais de gozo cujo registo ou constituição é posterior ao registo da penhora.

Finalmente, há que salientar que a utilização do critério dos efeitos da venda executiva definidos no art. 824.º, n.º 2, CC também permite estabelecer a necessária hierarquia entre o direito do terceiro possuidor e o direito do credor exequente: se a posse daquele terceiro se extingue com a venda executiva, isso significa que o direito do credor exequente prevalece sobre essa posse; se, pelo contrário, a posse do terceiro subsiste após a venda em execução, então o direito do credor exequente não prevalece sobre a posse do terceiro e, por isso, a necessária compatibilização entre esses direitos exige que os interesses do credor exequente cedam, na medida do necessário, para não afectar aquela posse.

c. Segundo os critérios anteriormente definidos, há que distinguir as situações atendendo à eventual extinção da posse nos termos do art. 824.º, n.º 2, CC.

1) O art. 824.º, n.º 2, CC determina que, com a venda em execução, caducam, além dos direitos reais de garantia que onerem os bens vendidos, todos os direitos reais de gozo que não tenham registo anterior ao da penhora, excepto os que, constituídos antes desse registo, produzam efeitos em relação a terceiros independentemente do registo. Portanto, não são afectados pela venda executiva os direitos reais registados ou constituídos antes do registo da penhora, o que significa que somente a posse baseada nesses direitos é susceptível de ser defendida por embargos de terceiro. Os direitos reais de gozo que podem ser atingidos pela venda executiva do bem penhorado (isto é, pela transmissão coactiva da propriedade plena desse bem a favor do adquirente) são direitos incompatíveis com a propriedade plena do bem vendido — como é o caso do direito de usufruto ou do direito de superfície —, pelo que a posse que pode ser defendida por embar-

gos de terceiro é somente, no caso em análise, a que resulta de um desses direitos que não caduca necessariamente com a venda executiva. Por exemplo: se antes da penhora foi constituído e registado um usufruto sobre um imóvel, esse usufruto não deve ser afectado pela venda executiva do imóvel, pelo que o usufrutuário pode defender, por embargos de terceiro, a sua posse sobre o bem se tiver sido penhorada a propriedade plena do bem (cfr., v. g., RP 11/6/87, CJ 87/3, 193); do mesmo modo, se antes da penhora foi constituído um usufruto sobre um móvel (que é um direito real oponível a terceiro independentemente do seu registo), também esse usufruto não pode ser atingido pela penhora e pode ser defendido por embargos de terceiro.

Assim, o possuidor cuja posse tem por título um direito oponível na execução (isto é, um direito que subsiste após a venda executiva) pode embargar de terceiro para defender a sua posse sobre o bem penhorado. Recordando de novo que, na hipótese em discussão, o direito real de gozo que permanece depois da venda executiva é um direito incompatível com a propriedade plena sobre o bem vendido, deve salientar-se que, neste caso, a *exceptio dominii*, ou seja, a invocação pelo embargado de que é titular do direito de fundo ou de que esse titular é o executado (cfr. art. 1042.º, al. b), CPC), nunca pode prevalecer sobre o título da posse do terceiro, porque só pode ser alegado como fundamento da *exceptio dominii* um direito real que não afecta a posse do terceiro. Se, por exemplo, essa posse se baseia no usufruto, só pode ser invocada pelo embargado a nua propriedade do executado sobre o bem, o que não é suficiente para determinar a improcedência dos embargos de terceiro.

A esta situação em que a defesa da posse do terceiro se fundamenta num direito real de gozo que subsiste após a venda executiva devem ser equiparados alguns outros casos em que a posse do terceiro se baseia igualmente numa posição real (ou quase-real, numa expressão menos comprometedora) que não deve ser afectada pela penhora. Referem-se a esses casos, entre outras, as seguintes eventualidades: se, numa execução movida contra o vendedor reservatário, é penhorado o bem vendido com reserva de propriedade sem a restrição de que a propriedade do executado está submetida à condição resolutiva do pagamento total

do preço pelo comprador, este sujeito pode defender a sua posse sobre o bem comprado através de embargos de terceiro; se, numa execução proposta contra o proprietário, é penhorado e vendido um bem arrendado, o locatário, utilizando o disposto no art. 1037.º, n.º 2, CC, pode deduzir embargos de terceiro para obstar à desocupação do imóvel arrendado, porque o seu direito de arrendamento, que não é transmissível *ex contractu*, não é penhorável (art. 822.º, n.º 1 proémio, CPC) e não pode ser objecto da transmissão operada pela venda executiva (6); finalmente, se, numa execução instaurada contra o devedor cedente, os bens cedidos são penhorados pelos credores cessionários ou por credores posteriores à cessão contra o disposto no art. 833.º 2.ª parte CC, os demais credores cessionários podem defender, através de embargos de terceiro, a sua posse sobre os bens cedidos.

2) Se, contudo, a posse do terceiro se baseia num direito real de gozo que caduca com a venda executiva — seja porque, embora constituído antes do registo da penhora, o seu registo é posterior, seja porque o direito, embora oponível a terceiros independentemente do registo, foi constituído depois da penhora (art. 824.º, n.º 2, CC) —, então esse terceiro não pode defender a sua posse, porque, como esse direito caduca com a venda executiva, a posição daquele possuidor nunca prevalece sobre a do credor exequente. No entanto, o direito caducado transfere-se para o produto da venda do respectivo bem (art. 824.º, n.º 3, CC), pelo que o possuidor pode ser indemnizado pelo prejuízo sofrido com a extinção da sua posse.

3) As situações em que a posse do terceiro se baseia num direito que não cabe na previsão do art. 824.º, n.º 2, CC — como sucede, por exemplo, com o direito do comodatário — constituem casos de solução muito duvidosa. Atendendo a um dos aspectos do problema, dir-se-á que há que respeitar o princípio da igual-

(6) Sobre a posição do arrendamento na acção executiva, cfr. *Oliveira Ascensão*, *Locação de bens dados em garantia — Natureza jurídica da locação*, ROA 45 (1985), 345 ss..

dade dos credores (*par condicio creditorum*) e que, por isso, o direito do credor exequente não se pode sobrepor ao direito dos demais credores (como, por exemplo, àquele direito do comodatário). Mas, em contrapartida, deve observar-se que o credor exequente obtém através da penhora um direito real de garantia sobre o bem penhorado (art. 822.º CC), o que justifica a subordinação dos demais credores ao interesse do credor exequente na satisfação do seu crédito e a conseqüente inadmissibilidade de defesa da posse através de embargos de terceiro. Aliás, mesmo que o possuidor embargue de terceiro, a *exceptio domini* alegada pelo embargado (art. 1042.º, al. b), CPC) prevalece necessariamente sobre a posse do embargante. Assim, por exemplo, o comodatário não pode embargar de terceiro contra a penhora do bem comodado, ainda que o comodato tenha sido constituído antes da penhora do bem na acção executiva proposta contra o proprietário comodante.

No entanto, como a posse do terceiro se extingue por um facto que não lhe é imputável e que, além disso, lhe pode causar determinados danos, deve conceder-se a esse terceiro o direito a ser indemnizado pelo prejuízo resultante da impossibilidade de defender a sua posse sobre o bem penhorado. Justifica-se, assim, a aplicação analógica do disposto no art. 824.º, n.º 3, CC aos casos nos quais a extinção da posse não decorre do regime do art. 824.º n.º 2, CC (porque o direito subjacente a essa posse não é nenhum dos referidos neste preceito), mas nos quais não é facultada ao terceiro qualquer defesa judicial da sua posse.

III. Quando o terceiro é possuidor de um bem onerado com uma garantia real (como a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, o privilégio creditório ou o direito de retenção) devem ser considerados dois casos, porque o título da posse do bem penhorado pode ser o próprio direito real de garantia ou um qualquer outro direito.

a. O penhor e o direito de retenção atribuem ao credor pignoratício e ao retentor a posse sobre o bem onerado (arts. 699.º, n.º 2, e 754.º CC). Assim, se a posse do terceiro se baseia num desses direitos reais de garantia, o terceiro deve reclamar o res-

pectivo crédito na execução pendente (art. 864.º, al. b), CPC). Esse possuidor não pode embargar de terceiro, dado que o seu direito real de garantia, quando não devidamente reclamado, caduca com a venda executiva nos termos do art. 824.º, n.º 2, CC.

b. Mas se sobre o bem incide um outro direito real de garantia que não atribui a posse (como, por exemplo, a hipoteca) e se, apesar disso, o terceiro é possuidor com base noutra direito, esse sujeito pode defender a sua posse sobre o bem penhorado através de embargos de terceiro, se, contrariando o disposto no art. 56.º, n.º 2, CPC, o exequente não tiver demandado esse possuidor na acção executiva. Contudo, essa legitimidade do terceiro possuidor só deve ser reconhecida — segundo parece — quando a posse desse terceiro se extinguir com a venda executiva ou quando o terceiro possuir o bem com fundamento num direito onerado com a garantia real. Assim, por exemplo, o arrendatário não deve ser demandado na execução hipotecária do prédio arrendado, porque o seu direito, que não é penhorável (art. 822.º, n.º 1 pró-mio, CPC), não é afectado pela venda executiva; do mesmo modo, o usufrutuário não deve ser demandado na acção executiva quando a hipoteca recai apenas sobre a nua propriedade do prédio que de que é possuidor; em contrapartida, a acção executiva deve ser instaurada contra o usufrutuário (e o proprietário) se o usufruto tiver sido constituído depois do registo da hipoteca sobre a propriedade plena do imóvel.

Quando o terceiro possuidor deve ser demandado na acção executiva (porque o seu direito se extingue com a venda executiva ou está directamente onerado) não é relevante se o título de posse do terceiro é um direito real ou obrigacional, pelo que a faculdade de defesa da posse concedida pelos arts. 1125.º, n.º 2, 1133.º, n.º 2 e 1188.º, n.º 2, CC tem então plena aplicação. Aliás, essa constitui a única hipótese em que os possuidores referidos nesses preceitos podem embargar de terceiro. Deve ainda acrescentar-se que, nesta eventualidade, os embargos de terceiro se destinam, primordialmente, a reagir contra a inobservância do art. 56.º, n.º 2, CPC e a consequente não demanda do terceiro possuidor na acção executiva e só acessoriamente tutelam a posse desse terceiro sobre o bem penhorado. Por isso, a *exceptio*

dominii invocada pelo embargado (art. 1042.º, al. *b*), CPC) não pode obstar à procedência dos embargos de terceiro, porque, se assim não se entendesse (isto é, se se admitisse que a *exceptio dominii* pudesse prevalecer sobre a posse do terceiro), estar-se-ia a inutilizar a previsão da legitimidade necessária do terceiro possuidor definida pelo art. 56.º, n.º 2, CPC.