

ACÇÃO EXECUTIVA E CASO JULGADO

Pelo Prof. Doutor J. Lebre de Freitas

I

Introdução

1. Constitui uma *vexata quaestio* da doutrina processualística mais avançada ⁽¹⁾, enquanto que entre nós não tem passado de alguns ligeiros afloramentos ⁽²⁾, a questão de saber se a acção executiva dá, ou pode dar, lugar a uma decisão que, como a sentença proferida na acção declarativa, seja dotada da força de caso julgado material. O problema coloca-se no âmbito da acção executiva propriamente dita, mas também no das acções e incidentes declarativos que a ela funcionalmente se subordinam.

Dum ponto de vista lógico, a acção executiva, dirigida, como é, à finalidade da reparação efectiva dum direito violado ⁽³⁾, pres-

⁽¹⁾ A questão, encarada há várias décadas pelas doutrinas italiana e alemã, é hoje habitualmente tratada, com maior ou menor aprofundamento, nos manuais de processo executivo desses dois países e tem conhecido recentes desenvolvimentos em vários estudos a ela especificamente dedicados.

⁽²⁾ É o caso das referências que lhe fazem ANSELMO DE CASTRO e CASTRO MENDES e que adiante serão mencionadas. Mas a nossa doutrina nunca encarou o tema duma maneira sistemática. Trata-se, porém, duma questão central do processo executivo.

⁽³⁾ Com ela se passa da formulação *concreta* da norma jurídica para a sua actuação prática, mediante o desencadear do mecanismo da garantia, o que postula o emprego, efectivo ou potencial, da força por parte dum órgão do Estado dotado de *jus imperii*.

supõe a prévia solução da *dúvida* que possa haver sobre a existência e a configuração do direito exequendo e, sem deixar de ter na sua base um conflito de interesses⁽⁴⁾, assenta na existência dum título que, constituindo um documento portador de eficácia probatória⁽⁵⁾, corporaliza um grau de superação do estado de dúvida que a lei reputa razoavelmente suficiente para, com base nele, atribuir o direito de acção executiva⁽⁶⁾. A declaração ou *acertamento* do direito subjectivo, que é o ponto de chegada da acção declarativa⁽⁷⁾, constitui assim, na acção executiva, o ponto de partida⁽⁸⁾, de onde decorre que o processo executivo, embora sempre dotado de autonomia *estrutural e funcional*, se coordena com o processo declarativo no ponto de vista *funcional* sempre que por ele é precedido.

Esta constatação poderá levar a pensar que, dada a íntima ligação entre a definição do direito e a produção do caso julgado⁽⁹⁾, este é uma figura estranha à natureza da acção executiva. Mas a consideração de que, quando o título executivo é extrajudicial, o processo executivo não é precedido dum processo declarativo que resolva todas as eventuais dúvidas sobre o direito exequendo e de que, mesmo quando se executa uma sentença, as

⁽⁴⁾ Como todo o processo civil de natureza contenciosa. Sobre a colocação do conflito de interesses na *base* do processo, em lugar da sua configuração como elemento material do seu *objecto*, vejam-se as breves referências que fizemos em *A confissão no direito probatório*, Coimbra 1991, p. 34, nota 28.

⁽⁵⁾ A eficácia probatória do título nem sempre chega para explicar a sua exequibilidade, como demonstra o caso da sentença de mera apreciação, que acerta sem ser exequível; mas o título executivo é sempre um documento probatório.

⁽⁶⁾ Das duas situações (*dúvida* e *violação*) que, na base do conflito de interesses, originam o processo civil (CASTRO MENDES, *Direito processual civil*, Lisboa 1980, I, p. 31), apenas a violação tem a ver com a génese do processo executivo (art. 4.º-3 CPC).

⁽⁷⁾ Ao lado do *acertamento* de outro tipo de situação jurídica, ou dum *facto* jurídico (art. 4.º-2-a CPC), e sem prejuízo de a declaração do direito poder fundar um juízo de condenação (também ele logicamente pressupondo a violação, mas podendo antecedê-la ou visando preveni-la: arts. 4.º-2-b e 662.º CPC) ou a modificação jurídica própria da sentença constitutiva (art. 4.º-2-c CPC).

⁽⁸⁾ MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino 1987, III, p. 18.

⁽⁹⁾ A *norma de comportamento* imposta às partes pelo caso julgado baseia-se no *prévio acertamento* das respectivas situações jurídicas (ver as referências que fazemos em *A confissão*, Coimbra 1991, p. 291, nota 67).

situações jurídicas das partes podem ter sofrido alterações após o seu proferimento (art. 813.º-h), leva a questionar se, ao satisfazer o direito do exequente, o tribunal não está *implicitamente* a dar como verificadas a sua existência e conteúdo à data da satisfação, tendo assim a decisão final do processo executivo um alcance paralelo ao da sentença declarativa, com a inerente e definitiva preclusão de toda a discussão sobre o direito exequendo.

Por outro lado, o entendimento negativo da produção deste efeito de caso julgado não resolve a questão de saber se, tendo tido lugar embargos de executado fundados em oposição de mérito, a sentença que os decida projecta a sua eficácia para além do âmbito do processo executivo. E o mesmo problema se colocará quanto aos embargos de terceiro em que se decida sobre a posse do terceiro ou sobre o direito de fundo do executado (ou do próprio terceiro) respeitantes ao bem penhorado, quanto ao apenso de verificação e de graduação dos créditos reclamados e até quanto à decisão proferida no incidente de liquidação, designadamente quando a execução se extinga por causa diversa da satisfação do direito do exequente.

Numa breve análise e tentativa de solução destes problemas à luz do direito positivo português (de acordo com o esquema das nossas lições sobre *A acção executiva*, recentemente publicadas, das quais retiramos vários excertos), começaremos por analisar a questão que mais tem ocupado a doutrina, que é a da produção do caso julgado nos embargos de executado. Seguir-se-á a consideração dos embargos de terceiro e depois a do apenso de verificação e graduação de créditos. Por fim, será encarada a questão da produção de caso julgado na acção executiva propriamente dita e, com ela, a da sua produção no incidente de liquidação.

II

Os embargos de executado

Diversamente da contestação da acção declarativa, a oposição por embargos de executado constitui, do ponto de vista estrutural, algo de extrínseco à acção executiva, tendo o carácter duma

contra-acção ⁽¹⁰⁾ tendente a obstar à produção dos efeitos do título executivo e (ou) da acção que nele se baseia ⁽¹¹⁾: quando tem um fundamento processual, o seu objecto é uma pretensão de *acertamento negativo da falta dum pressuposto processual* da acção executiva, que, por isso, sendo a oposição procedente, é reconhecida como inadmissível; quando veicula uma oposição de mérito à execução, o seu objecto é uma pretensão de *acertamento negativo da situação substantiva* (obrigação exequenda), de sentido contrário ao acertamento positivo consubstanciado no título executivo (judicial ou não), cujo escopo é obstar ao prosseguimento da acção executiva, mediante a eliminação, *por via indirecta*, da eficácia do título executivo enquanto tal ⁽¹²⁾. No primeiro caso, a circunscrição

⁽¹⁰⁾ No direito germânico, sugestivamente: *Vollstreckungsgegenklage* (acção de oposição à execução), ou, na terminologia do § 767 ZPO alemã, *Vollstreckungsabwehrklage* (acção de defesa da execução). Diversamente dos nossos embargos de executado, limita o seu objecto à pretensão negativa da existência actual do direito exequendo (sem prejuízo de, nos casos dos §§ 781-785 ZPO e 1489 II BGB, veicular certos fundamentos de oposição do executado à penhora), o que a exclui como meio pelo qual se possa fazer valer a violação duma norma processual, designadamente por instauração da execução com falta de pressupostos processuais.

⁽¹¹⁾ ANSELMO DE CASTRO, *A acção executiva singular, comum e especial*, Coimbra 1973, p. 47 («do título e da acção»). Quando o título executivo é uma sentença, esta não é atacada em si mesma, como seria no caso de se interpor recurso de revisão (art. 771.º), mas apenas na sua exequibilidade (HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig 1968, p. 278).

⁽¹²⁾ MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, Milano 1955, ps. 417-421; BRUNS-PETERS, *Zwangsvollstreckungsrecht*, München 1987, p. 93. Autores há que, levando mais longe a incidência da procedência da oposição no plano da exequibilidade, negam que ela tenha por objecto a apreciação da subsistência da obrigação titulada, afirmam que o seu fim é tão-só combater *directamente* a exequibilidade do título, mediante a declaração da inadmissibilidade da execução nele fundada, e consequentemente defendem a *natureza constitutiva da sentença* que a julgue procedente. Neste sentido: BREHM, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 101, p. 453. ROSENBERG (*Tratado de Derecho procesal civil*, Buenos Aires 1955, III, ps. 107-108, 114 e 116) e BROX-WALKER (*Zwangsvollstreckungsrecht*, Köln 1990, ps. 702-703) têm-na como acção constitutiva *processual*, não afectando propriamente o título, mas a admissibilidade da execução nele fundada, e por isso não sendo de mera apreciação (a execução foi correctamente fundada no título; mas, tornando-se inadmissível, deixa de poder ser fundada *nesse título*). Semelhantemente em JAUERNIG, *Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht*, München 1990, ps. 48 e 53, que, porém, embora afirmando que o seu objecto não é o bem-fundado da pretensão titulada, reconhece que as excepções (peremptórias) em que a oposição se funda se dirigem contra essa pretensão e só indirectamente contra a execução baseada no título. Em SCHLOSSER, *Zivil-*

da eficácia da sentença dos embargos ao processo executivo não é duvidosa, uma vez que a sentença mais não produz do que um caso julgado formal (art. 672.º CPC). O segundo caso, porém, leva a equacionar a questão da formação dum caso julgado material ⁽¹³⁾.

Na falta duma disposição como a da lei espanhola ⁽¹⁴⁾, a doutrina divide-se entre aqueles que circunscrevem ao processo executivo, baseado num título executivo determinado, a eficácia do caso julgado formado na acção de oposição ⁽¹⁵⁾ e os que atribuem à decisão da oposição de mérito eficácia de caso julgado material ⁽¹⁶⁾.

prozessrecht II, München 1984, ps. 84-85, é defendida a natureza constitutiva da acção (destruição do título), mas admitido que por ela é simultaneamente afirmada a insubsistência da pretensão executiva. Controvertida é também a extensão do objecto da oposição: para uns, gira em torno da própria inadmissibilidade da execução, pelo que continua a ser o mesmo quando, na acção pendente, é arguida outra excepção; para outros, consiste na excepção concreta deduzida, representando ampliação do pedido a invocação, em acção pendente, de nova excepção (JAUERNIG, p. 52). A primeira tese não é aceitável perante o nosso direito. A ideia, defendida por CASTRO MENDES (*Acção executiva*, Lisboa 1980, p. 69), de que é possível conhecer oficiosamente, no processo de embargos de executado, de objecções não deduzidas pelo executado, parece-nos ser de rejeitar: designadamente, no caso da oposição de mérito, a pretensão de acertamento negativo que lhe constitui o objecto é fundada na negação formulada ou na excepção concreta deduzida, que constitui a causa de pedir; o tribunal deve, nos embargos conhecer oficiosamente das excepções (de conhecimento oficioso) respeitantes ao próprio processo de embargos, mas não de (outras) excepções, dilatórias ou peremptórias, respeitantes ao processo executivo.

⁽¹³⁾ Num e noutro caso, é de afastar a ideia de que se trata duma acção constitutiva (ver nota anterior), de que por vezes se afirma que visa alterar a situação processual das partes ou a própria sentença que se executa (SCHÖNKE, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, Karlsruhe 1951, ps. 175 e 299). Ver também as referências de BRUNS-PETERS, *cit.*, ps. 93, 94, nota 26 e 98.

⁽¹⁴⁾ Art. 1479 da L.E.C.: «As sentenças proferidas nos processos executivos não produzem caso julgado, conservando as partes o direito de promover um processo declarativo com o mesmo objecto». Não obstante a formulação do preceito, a doutrina e a jurisprudência espanholas circunscrevem o seu âmbito de aplicação, que tendencialmente reduzem aos casos em que não era possível deduzir na acção declarativa, ou em oposição a ela, o fundamento que se pretende deduzir na acção declarativa posterior (MILLAN HERNANDEZ, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, III, Madrid 1987, ps. 1043-1045).

⁽¹⁵⁾ BROX-WALKER, ZVR, ps. 702-703 e 736. A circunscrição da eficácia do caso julgado à destruição do título executivo é consequência lógica da posição assumida por aqueles para quem a oposição à execução tem sempre por objecto a exequibilidade do título e nunca a pretensão titulada (*supra*, nota 12).

⁽¹⁶⁾ REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano 1957, ps. 309-310 e 317, baseando nessa eficácia extraprocessual a sua eficácia no próprio processo de execução, em face do qual a oposição constitui uma acção inteiramente autónoma; BRUNS-PETERS, *cit.*, ps. 93-94; SCHLOSSER, *cit.*, ps. 85-86, baseado em que pela oposição de

A segunda posição surge como uma consequência natural da autonomia do meio de oposição para quem leve essa autonomia ao ponto de nele admitir a reconvenção⁽¹⁷⁾. Mas, embora *estruturalmente* autónomo, o processo de embargos de executado está ligado *funcionalmente* ao processo executivo⁽¹⁸⁾ e o acertamento que nele se faz, quer seja um acertamento de mérito, quer seja um acertamento sobre pressupostos processuais da acção executiva⁽¹⁹⁾, serve as finalidades desta acção. Está na lógica desta construção circunscrever o seu efeito à acção executiva e defender que uma

mérito «não se criam apenas direitos executivos, acertando-se também o bem-fundado da pretensão executiva» (cf. *supra*, nota 12); CASTRO MENDES, *Acção executiva*, ps. 60 e 68, entendendo, porém, que a eficácia extraprocessual da sentença de embargos resulta de ela absolver o executado que obtenha vencimento *da própria instância executiva*.

(17) É tese defendida em Itália: o exequente pode, na contestação da oposição, formular um *pedido reconvenicional de condenação do executado*, a fim de obter um título executivo, em substituição do inicial, para a hipótese de procedência da oposição (MANDRIOLI, *cit.*, III, p. 130; VACCARELLA, *Titolo esecutivo, preceito, opposizioni*, Torino 1934, ps. 206-207. Também o admite a jurisprudência); segundo a jurisprudência (VACCARELLA, ps. 205 e 207) e alguma doutrina (SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova 1987, p. 730), é também admissível a *reconvenção do executado*, *maxime* para obter a compensação dum contra-crédito de montante superior ao exequendo, assim como o chamamento de terceiros, também para serem condenados, designadamente por via de regresso do executado contra eles. Diversamente, em direito alemão, a *Vollstreckungsgegenklage* só pode ter por fundamento *excepções peremptórias* — apenas excepções propriamente ditas (*Einreden*) no caso de oposição à execução de sentença (JAUERNIG, *cit.*, p. 49) e também objecções (*Einwendungen*) no caso de oposição à execução de outros títulos (BROX-WALKER, *cit.*, ps. 715 e 725). Entre nós, não obstante algumas posições pontuais da doutrina que poderiam inculcar uma ideia contrária (CASTRO MENDES, *Acção executiva*, p. 213, nota 1; ALBERTO DOS REIS, *Processo de execução*, Coimbra 1982, I, ps. 282-285), a configuração dada aos embargos de executado, meio de defesa do executado e nunca de contra-ataque, nem servindo para a formação, neles, dum título executivo, circunscreve-o no âmbito da impugnação e da excepção, não permitindo defender a sua utilização como meio de reconvenção. Designadamente, a invocação da compensação (art. 813.º-h CPC) e das benfeitorias (art. 929.º-1 CPC) não excede o âmbito da excepção peremptória, nunca atingindo o da reconvenção (art. 274.º-2-b CPC).

(18) MANDRIOLI, *D.P.C.*, III, p. 122; ANSELMO DE CASTRO, *cit.*, ps. 47 e 301.

(19) Não falta quem também neste caso atribua força de caso julgado material à decisão. Referências úteis em BRUNS-PETERS, *cit.*, ps. 87-89, que afasta a tese com o principal argumento de que a *Erinnerung* (meio que serve para fazer valer a violação de normas processuais) é um meio expedito e sumário de decisão que, como tal, não se coaduna com a estabilidade própria da eficácia do caso julgado, mas não deixa de admitir a atribuição da força de caso julgado a decisões sobre pressupostos processuais (sobre esta

eficácia extra-processual só seria de admitir se, no próprio processo executivo, tivesse lugar uma decisão dotada da força de caso julgado, mas então por força desta outra decisão e não como directa consequência da decisão dos embargos. Mesmo quando o objecto dos embargos é uma pretensão de accertamento da inexistência do direito exequendo, este accertamento subordinar-se-ia aos fins da execução, com a consequência, quando os embargos são procedentes, de destruir a eficácia do título que contém o accertamento positivo do direito. Por isso também, se o devedor pretendesse obter a segurança duma decisão material definitiva, deveria lançar mão duma acção declarativa autónoma, *estrutural e funcionalmente*, em que pediria que fosse declarada a inexistência da obrigação⁽²⁰⁾. E, por isso também, na falta desta acção, o devedor poderia ser de novo demandado pelo credor para satisfação da mesma obrigação, não obstante ter obtido vencimento no processo de embargos, assim como, no caso de não o ter obtido, poderia, com o mesmo fundamento⁽²¹⁾, mover uma acção contra o credor para obter a restituição do que indevidamente tivesse pago no processo executivo ou (e) para lhe pedir uma indemnização⁽²²⁾.

questão geral, no sentido de não se poder repetir a causa com a falta do mesmo pressuposto: ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, München 1986, p. 977).

(20) Consequente com a sua posição (*supra*, nota 16), BRUNS-PETERS nega esta possibilidade, por falta de interesse processual, mas vai dizendo que outra deverá ser a solução para quem não admita a força de caso julgado (material) da decisão proferida sobre a oposição de mérito (*cit.*, ps. 96-97). É o caso de BROX-WALKER, que por isso distingue o efeito da sentença proferida na acção de oposição do da proferida na acção de mera apreciação, na medida em que a primeira tão-só retira ao título a sua exequibilidade, enquanto a segunda acerta, com eficácia de caso julgado, a existência do direito (*cit.*, ps. 703-704).

(21) De que terá sempre o ónus da prova, não por via de alteração do regime decorrente das normas substantivas aplicáveis, mas por lhe caber provar os pressupostos de direito substantivo da pretensão de restituição do indevido (art. 476.º-1 CC) ou de indemnização (art. 483.º-1 CC).

(22) Neste sentido é a doutrina alemã dominante (ZEUNER, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 74, ps. 190-191). Para quem, em Itália, contrariamente à orientação referida na nota 17, defende a natureza *incidental* do procedimento de oposição, justificado tão-só pela necessidade de contraditório, em falta no processo executivo e não consentido pela sistematização deste (ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano 1962-1964, III, p. 239), surge também com naturalidade a defesa da circunscrição ao processo executivo dos efeitos da decisão dos embargos.

Mas, em direito, a pura lógica deve ceder à consideração dos interesses em jogo, quando estes imponham uma solução diversa da daquela. Ao estatuir que a oposição do executado dê lugar a uma acção declarativa que, a partir dos articulados, siga a forma de processo ordinário, a nossa lei processual estabeleceu para os embargos de executado uma forma quase tão solene como a do processo ordinário. A diferença de regime mais relevante consiste em nela não se admitir réplica (art. 817.º-2 CPC). Tal se justifica com a inadmissibilidade de reconvenção e de alteração ou ampliação do pedido numa acção funcionalmente subordinada à acção executiva. Mas a resposta à contestação em que tenha sido deduzida uma excepção deve ser admitida; a norma do art. 817.º-2, na parte em que o nega, é, a nosso ver, inconstitucional, por violar o art. 20.º da Constituição, que, ao consagrar o direito de acesso aos tribunais, impõe o respeito pelos princípios do contraditório e da igualdade de armas, os quais implicam a prévia audição de ambas as partes sobre todas as questões levantadas no processo, em condições de igualdade⁽²³⁾. Quanto ao prazo de 10 dias que o exequente tem para contestar os embargos, comparado com o de 20 dias para a contestação da acção declarativa ordinária, justificá-lo-á a consideração de que o exequente acedeu já a juízo ao propor a acção executiva. Por sua vez, a notificação do art. 817.º-2 (notificação do exequente para a contestação) deve ser entendida como uma notificação *pessoal* (art. 256.º CPC), visto que é feita para garantir o princípio do contraditório.

Uma vez que o princípio do contraditório é, nos embargos de executado, plenamente assegurado, não se justificaria admitir posteriormente outra acção com a mesma causa de pedir em que se pudesse voltar a pôr em causa a existência da obrigação exequenda. Assim, no caso de oposição de mérito, a procedência dos embargos não se limita a *ilidir a presunção estabelecida a partir*

⁽²³⁾ LEBRE DE FREITAS, *Inconstitucionalidades do Código de Processo Civil*, R.O.A., 1992, I, p. 37. A excepção é sempre uma questão nova no processo (art. 487.º-2 CPC).

do título e, embora sempre nos limites objectivos definidos pelo pedido executivo, goza de eficácia extraprocessual nos termos gerais, como definidora da situação jurídica de direito substantivo reinante entre as partes: no caso, por exemplo, do pagamento da dívida constante do título, a sentença não declara tanto que a execução não é já possível com base nesse título como que a obrigação exequenda está extinta pelo facto do pagamento, só *indirectamente* ⁽²⁴⁾ daí resultando a ineficácia do título. A sentença proferida sobre uma oposição de mérito é assim dotada da força geral do caso julgado ⁽²⁵⁾, sem prejuízo de, quando for de improcedência, os seus efeitos se circunscreverem, nos termos gerais ⁽²⁶⁾, pela causa de pedir invocada (negação dum fundamento da pretensão executiva ou excepção peremptória contra ela), não impedindo nova acção de apreciação baseada em outra causa de pedir ⁽²⁷⁾.

2. Um dos corolários da autonomia estrutural dos embargos de executado relativamente à acção executiva é a possibilidade de

⁽²⁴⁾ Não se trata, pois, de atribuir aos fundamentos da sentença de embargos a força de caso julgado, que, no nosso direito, os fundamentos não têm (LEBRE DE FREITAS, *A falsidade no direito probatório*, Coimbra 1984, p. 205): a apreciação da subsistência do direito exequendo é o próprio objecto dos embargos; a eliminação da eficácia executiva do título é uma sua consequência.

⁽²⁵⁾ Não já assim a sentença proferida sobre pressupostos processuais da acção executiva, sem prejuízo da posição geral que se tome quanto à admissibilidade da repetição da causa em que continue a faltar o pressuposto cuja falta tenha gerado uma absolvição da instância (*supra*, nota 19). Chegamos assim, quando há embargos e estes têm um fundamento de mérito, ao mesmo resultado prático que CASTRO MENDES (*supra*, nota 16), mas numa perspectiva diversa: o resultado da procedência dos embargos é em todos os casos a extinção da instância executiva, sem que haja lugar a distinguir absolvição da instância e absolvição do pedido; o que forma caso julgado material não é a decisão de extinção da execução, proferida no processo executivo depois da decisão dos embargos, mas esta própria decisão.

⁽²⁶⁾ Art. 498.º-1 CC. Ver CASTRO MENDES, *Limites objectivos do caso julgado*, Lisboa 1968, ps. 165-166.

⁽²⁷⁾ HELLWIG, *cit.*, p. 279. A preclusão do direito de invocar outras excepções opera no âmbito do processo executivo, sendo inadmissível a posterior dedução de novos embargos, salvo quando ocorra fundamento superveniente (art. 816.º. No direito alemão: art. 767, III ZPO, que se pode ver interpretado, por exemplo, em ROSENBERG, *cit.*, III, p. 108 ou BROX-WALKER, *cit.*, ps. 702-728); mas não opera para além dele (*infra*, V.1).

não serem as mesmas as partes num e noutro processo. Basta, para tanto, que, havendo vários executados litisconsortes ⁽²⁸⁾, nem todos embarguem a execução.

Em tal caso, a sentença proferida nos embargos de executado só é vinculativa *entre o embargante (ou embargantes) e o exequente*, não sendo os restantes executados abrangidos pela eficácia do caso julgado (art. 497.º-1, 671.º-1 e 498.º, n.ºs 1 e 2). Consequentemente, se os embargos forem julgados procedentes, só perante o embargante se produzirá, consoante o caso, o efeito *directo* de caso julgado material da decisão da oposição de mérito ou o de caso julgado formal (estendido apenas ao processo executivo) da decisão sobre pressupostos processuais. Os restantes executados, *terceiros relativamente ao processo de embargos*, não são abrangidos pela eficácia directa do caso julgado que nele se forme, pelo que as situações jurídicas de que são titulares se limitam a registar, se for caso disso, as repercussões *indirectas* que lhes possam caber segundo o direito substantivo ⁽²⁹⁾, em nada mais lhes aproveitando a dedução dos embargos ⁽³⁰⁾, fora do caso de imposi-

⁽²⁸⁾ A questão não se põe no caso de coligação de executados, dada a diferenciação de pedidos que ela implica. Tão pouco se coloca por via da existência duma pluralidade de exequentes.

⁽²⁹⁾ LEBRE DE FREITAS, *A confissão*, p. 292, nota 67. Na perspectiva, hoje ultrapassada, da eficácia indirecta ou reflexa do caso julgado: MANUEL ANDRADE, *Noções elementares de processo civil*, Coimbra 1956, p. 294. Assim, um executado não embargante que tenha sido demandado como convededor solidário do embargante pode vir a beneficiar, por aplicação da norma do art. 522.º CC, da sentença de absolvição do pedido proferida no processo de embargos de executado, mas isto em sede de extensão do caso julgado a terceiros, não enquanto parte no processo executivo (no qual a decisão não será a seu favor invocável, pelo que só lhe resta o recurso aos meios declarativos comuns e, ocorrido o pagamento forçado, à acção de restituição do indevido); mas o devedor conjunto que, demandado em acção executiva, não deduza embargos não poderá beneficiar dos efeitos da sentença proferida em processo de embargos movido por um seu convededor, ainda que este seja em consequência dela absolvido do pedido executivo por causa respeitante à constituição da obrigação global.

⁽³⁰⁾ Deduzidos os embargos e prestada caução, a suspensão da execução limita-se ao cumprimento da obrigação do embargante, prosseguindo a execução quanto aos restantes executados, nos termos do art. 813.º-3 CPC; julgados procedentes os embargos, quando não tiver sido prestada caução, a venda entretanto efectuada só será anulada se respeitar a bens do embargante, nos termos do art. 909.º-1-a CPC; e ao executado não embargante que, nos termos da lei substantiva, beneficie do caso julgado só restará uma via, que não terá influência no prosseguimento da execução: a de recorrer aos meios comuns para fazer valer esse benefício.

ção de litisconsórcio para a acção executiva ⁽³¹⁾, em que o recurso ao mecanismo do art. 269.º-1 se impõe para garantir a legitimidade.

III

Os embargos de terceiro

Os embargos de terceiro são o meio específico de oposição à penhora que a lei põe ao alcance dum terceiro relativamente à execução ⁽³²⁾. Diversamente do que acontece em outras legislações, em que a oposição do terceiro se baseia na propriedade, ou na titularidade de outro direito de fundo sobre os bens penhorados ⁽³³⁾, a lei portuguesa funda o direito de oposição na situação de *posse do terceiro*, baseada para tanto na presunção da titularidade do direito real correspondente à posse em nome próprio (arts. 1268.º-1 e 1251.º CC) e, nos casos excepcionais em que os consente a alguns

⁽³¹⁾ Pelo menos quando a imposição decorre da própria lei. Quando provenha de negócio jurídico, é defensável que a não dedução de embargos impede o executado de se prevalecer da situação integradora do litisconsórcio (em princípio, em obrigação pecuniária, favorável aos devedores), dependendo do credor a execução da obrigação apenas contra ele. Mas já no caso de se pedir a entrega de coisa comum (que o embargante não terá de entregar) ou o pagamento de dívida dum herança (pela qual respondem tão-só os bens indivisos da própria herança), não revestiria utilidade o prosseguimento da execução apenas contra o não embargante.

⁽³²⁾ E, em certos casos excepcionais, ao alcance do próprio executado (art. 1037.º-2, *in fine*).

⁽³³⁾ Assim, quer em direito italiano quer em direito alemão o titular dum direito real sobre os bens penhorados é admitido a opor-se à penhora através dum só meio específico (a *opposizione di terzo*; a *Widerspruchsklage*), cuja dedução tem como limite o momento da venda ou adjudicação dos bens penhorados; após este momento, o terceiro só poderá fazer valer os seus direitos sobre o produto da venda, até ao momento da distribuição deste, e depois dele só poderá lançar mão dum acção autónoma de indemnização contra o credor de má fé ou dum acção, também autónoma, de reivindicação contra o adquirente de má fé, *sem prejuízo das regras do registo* (para maior desenvolvimento: LEBRE DE FREITAS, *A penhora de bens na posse de terceiros*, R.O.A., 1992, II, ps. 331-335). Não há, pois, como entre nós, a *regra* da anulação da venda por virtude da procedência dum acção autónoma de reivindicação. Não existindo em qualquer destes dois sistemas o meio do protesto no acto da penhora, os embargos de terceiro constituem um meio tendencialmente exclusivo de oposição à penhora subjectivamente ilícita.

possuidores em nome alheio (arts. 1037.º-2, 1125.º-2, 1133.º-2 e 1188.º-2 CC), na consideração da dependência em que o seu interesse na manutenção da posse está em relação ao interesse, directamente afectado pela penhora, do terceiro que através deles possui a coisa penhorada⁽³⁴⁾; e reserva para uma acção comum autónoma⁽³⁵⁾ a oposição baseada na titularidade do direito de fundo, designadamente quando o terceiro não tem posse do bem penhorado.

Tal como os embargos de executado, os embargos de terceiro constituem uma acção declarativa estruturalmente não integrada no processo executivo (constitui um meio possessório: epígrafe do capítulo VII do CPC em que se integra), na qual a questão da *propriedade do executado* pode ser levantada na contestação (a fim de ilidir a presunção), a título de excepção ou de reconvenção (art. 1042.º-*b* CPC), caso este último, em que pode ainda ser levantada a questão da *propriedade do terceiro*, em ampliação do pedido, na réplica⁽³⁶⁾.

Na doutrina alemã, que é a que mais atentamente se tem ocupado da questão de saber se a decisão de mérito proferida nos embargos de terceiro é dotada dos atributos do caso julgado material, esta questão, sobretudo analisada no plano da articulação dos embargos de terceiro com uma posterior acção de indemnização ou

⁽³⁴⁾ LEBRE DE FREITAS, *A penhora de bens*, ps. 319 e 326-327.

⁽³⁵⁾ Acção de reivindicação do bem penhorado entretanto vendido (art. 909.º-1-*d* CPC) ou acção de mera apreciação do direito de terceiro enquanto a penhora não for seguida de venda, sem prejuízo de, ocorrida a venda na pendência da acção, se produzir o efeito de caso julgado perante o adquirente (art. 271.º-3 CPC) e de contra ele poder ser deduzido o pedido de entrega, como consequência do pedido primitivo (art. 273.º-2 CPC) e na sequência do da sua habilitação para a causa (art. 376.º CPC, carecido de interpretação extensiva de modo a legitimar o autor a requerer a habilitação sempre que esteja em causa a satisfação dum seu interesse que a estatuição do art. 271.º-3 não logre satisfazer: cf. art. 56.º-1 CPC).

⁽³⁶⁾ ALBERTO REIS, *Processos especiais*, Coimbra 1982, I, ps. 458-459. Já não, embora incompreensivelmente, quando se sigam os termos do processo sumário (art. 785.º CPC), não obstante neste ser admitida a resposta à resposta à contestação (art. 1034.º-2-*b* CPC), que assim resta assaz excêntrica no actual esquema dos articulados processuais.

de enriquecimento sem causa, tem tido solução só mitigadamente afirmativa ⁽³⁷⁾.

Também aqui está na lógica de uma construção que afirme a subordinação funcional do processo de embargos de terceiro, enquanto meio de reacção à penhora, ao processo executivo ⁽³⁸⁾ circunscrever o seu efeito à acção executiva e defender que, não tendo a sentença de mérito nele proferida eficácia extraprocessual, a questão da titularidade do direito de propriedade (ou outro direito de fundo) sobre a coisa penhorada é sempre susceptível de vir a ser discutida num meio declarativo comum, quer o terceiro nele obtenha quer não vencimento e mesmo que a *exceptio domini* tenha sido levantada, nos termos do art. 1042.º-1-b: se os embargos forem julgados procedentes, a penhora será levantada, mas o executado poderá, em nova acção, reivindicar a coisa do terceiro, a quem o tribunal a terá entregue; se os embargos forem julgados improcedentes, o terceiro poderá ainda recorrer ao meio comum da reivindicação, com o efeito, na acção executiva, de anular a venda que entretanto nela se tiver realizado (art. 909.º-1-d).

Mas também aqui a solução da lógica deve ceder perante aquela que é imposta pela consideração dos interesses em jogo. Ao estatuir que a oposição de um terceiro à penhora dê lugar a uma acção declarativa que, após o despacho de recebimento, segue os termos do processo comum (em princípio, sumário, mas ordinário se for invocado o direito de propriedade e o valor da causa for superior ao da alçada da Relação: arts. 1042.º, 1033.º-1 e 1034.º-2-a CPC), a nossa lei processual estabeleceu para os embargos de terceiro uma forma tão solene como, conforme os casos, a da acção possessória ou a da acção comum de reivindica-

⁽³⁷⁾ Entende-se que a sentença que julgue a acção improcedente constitui caso julgado impeditivo duma posterior acção de indemnização ou por enriquecimento sem causa; se a acção for julgada procedente, o reconhecimento do direito do terceiro dispensa-o de, nessa acção posterior, fazer prova da violação do seu direito, mas o caso julgado não cobre, em termos genéricos, a existência desse direito (BRUNS-PETERS, *cit.*, ps. 105-106). Fundando-se a *Widerspruchsklage* na titularidade da propriedade ou de outro direito real, o que explica que não use ser equacionada a questão da sua articulação com a acção de reivindicação comum, a solução situa-se muito longe do pleno reconhecimento da eficácia externa da sentença.

⁽³⁸⁾ O acerto feito nos embargos visa o levantamento da penhora e não, tipicamente, a prossecução de outras finalidades.

ção. Por outro lado, a *notificação* do embargado para contestar os embargos (art. 1042.º-a CPC), utilizada em lugar do meio da *citação*, com base na consideração da anterior intervenção do embargado no processo executivo (cf. art. 228.º-1 CPC), deve, tal como a que é feita nos embargos de executado, ser entendida como uma *notificação pessoal*, consequentemente sujeita às formalidades e ao regime da citação (art. 256.º CPC). Assim, uma vez que os princípios do contraditório e da igualdade de armas neles são plenamente assegurados, não se justifica admitir posteriormente, entre as mesmas partes, outra acção com a mesma causa de pedir em que se possa voltar a pôr em causa o que nos embargos tenha sido objecto de decisão. Consequentemente, sempre observadas as regras gerais que presidam à delimitação *subjectiva e objectiva* da eficácia do caso julgado, ficará por este assente:

- se a causa se mantiver no âmbito da posse, que o terceiro era ou não possuidor do bem penhorado à data da penhora;
- se for pedido o reconhecimento do direito de propriedade do executado, que este era ou não proprietário do bem penhorado à mesma data ⁽³⁹⁾;
- em qualquer dos casos, apenas entre quem tiver sido parte nos embargos de terceiro, independentemente de o ser na acção executiva de que eles dependam ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ Poderá ainda ficar assente, se na réplica tal for pedido, a existência do direito de propriedade do terceiro. Na falta desse pedido, a eventual invocação desse direito, na petição ou na réplica ou resposta, funcionará como impugnação do direito de propriedade do executado (cf. art. 1035.º CPC) e a sua demonstração levará a concluir pela inexistência deste último. Fora também dessa ampliação, a presunção da propriedade pela posse, que explica a legitimação para os embargos de terceiro (ver o meu artigo *A Penhora de bens*, p. 319) e a sua procedência quando o objecto do processo se mantenha nos limites da posse, nunca leva neste meio possessório ao reconhecimento da propriedade do embargante, assim se explicando a cominação do art. 1035.º-1, que circunscreve a sua aplicação aos casos de reconvenção (cf. ALBERTO DOS REIS, *Processos especiais*, I, p. 395).

⁽⁴⁰⁾ Os embargos de terceiro deverão ser deduzidos contra o exequente, enquanto promotor do processo executivo, e também contra o executado, quando a este se deva a nomeação do bem à penhora, tudo em consonância com o art. 1042.º-b CPC. Quando o executado não for parte na acção, não é questionável a formação de caso julgado perante ele. Não se porá, por outro lado, nos termos gerais, a questão da formação de caso julgado (material) quando nos embargos de terceiro não for proferida uma decisão de mérito, designadamente por caducidade do direito de embargar ou ocorrência de algum dos outros fundamentos de rejeição do art. 1041-1 CPC.

Mas o reconhecimento do direito de propriedade do executado só formará caso julgado se for objecto de *pedido reconvenional*. Quando o embargado invoque a existência do seu direito de propriedade sobre a coisa penhorada, mas não formule o pedido de reconhecimento desse direito ⁽⁴¹⁾, está alegando um facto impeditivo e assim deduzindo uma *excepção peremptória*. Concluindo-se na sentença que o executado é o proprietário da coisa, este juízo circunscreve a sua eficácia, na ausência de reconvenção, no plano da posse, cujo efeito de presunção da propriedade deixa de poder jogar por via da prova do facto impeditivo alegado pelo embargado: tal como o juízo sobre qualquer outra excepção, o juízo sobre a procedência da *exceptio domini* constitui um mero fundamento da decisão e só nessa medida integra o caso julgado ⁽⁴²⁾, não impedindo o reconhecimento da propriedade do terceiro (e a inerente negação da propriedade do executado) *com base em causa de pedir diferente da presunção derivada da posse* ⁽⁴³⁾. Assim se explica que o art. 909.º-1-d, ao estatuir a anulação da venda executiva em consequência da procedência da acção de reivindicação, não condicione este efeito à inexistência duma decisão de mérito produzida no meio dos embargos de terceiro.

IV

A verificação e a graduação de créditos

Também a verificação e a graduação dos créditos reclamados na acção executiva são feitas num processo declarativo estruturalmente autónomo, mas funcionalmente subordinado ao processo

⁽⁴¹⁾ Veja-se a redacção do art. 1034.º-1 CPC: «o réu pode alegar (...) e formular ...».

⁽⁴²⁾ Art. 96 CPC. Cf. CASTRO MENDES, *Limites objectivos*, p. 174, ou o nosso *A falsidade*, p. 205.

⁽⁴³⁾ Do mesmo modo, no caso de a excepção não ter sido deduzida, a circunscrição do âmbito da preclusão daí decorrente ao processo de embargos de terceiro e a subsequente dissolução do seu efeito no efeito preclusivo, mais geral, do caso julgado (cf. o nosso *A confissão*, p. 422, nota 43) só impedirão a futura invocação, no âmbito do processo executivo, duma sentença proferida em processo autónomo na estrita medida da eficácia objectiva do caso julgado formado no âmbito da execução, isto é, mais uma vez, no exclusivo plano da posse e dos seus efeitos.

executivo⁽⁴⁴⁾. Perante ele se coloca por isso, igualmente, a questão da eficácia extraprocessual da sentença nele proferida⁽⁴⁵⁾.

Mas, diversamente do que acontece nos embargos de executado e nos embargos de terceiro, a acção de verificação e graduação dos créditos não oferece ao devedor garantias idênticas ou

(44) A natureza declarativa do procedimento em causa não é, entre nós, duvidosa. Outrotanto não acontece em direito italiano, onde, quando não há controvérsia sobre a existência ou o montante do crédito reclamado, divergem as opiniões: uns entendem que o procedimento conducente à graduação tem natureza *declarativa*, nele se produzindo (diversamente do que acontece quando não há concurso de credores, caso em que a autonomia do título executivo em face da obrigação exequenda permite ao executado uma futura acção de repetição do indevido) uma sentença de mérito dotada da eficácia do caso julgado (MONTESANO, *La cognizione sul concorso dei creditori nell'esecuzione ordinaria*, Rivista Trimestriale di Diritto e Processo Civile, 1968, ps. 580-582, 587-588, 593-596 e 607-609); outros configuram-no como um procedimento *executivo* (exercício da acção executiva pelos credores, com mera sujeição do devedor à actuação da sanção), que abstrai de qualquer accertamento de mérito dos direitos reclamados (o juiz limita-se a controlar os pressupostos e as condições da acção executiva), de tal modo que o devedor pode mover uma ulterior *acção de repetição do indevido* contra o credor que se tenha apresentado a reclamar sem um título executivo judicial (GARBAGNATI, *Espropriazione e distribuzione della somma ricavata*, Rivista di Diritto Processuale, 1971, ps. 188-200 e 203; DENTI, *Distribuzione della somma ricavata*, Enciclopedia del Diritto, XIII, ps. 321-325 e 328); outros ainda, afirmando igualmente a natureza *executiva* do procedimento, negam porém a possibilidade de restituição por entenderem que, embora desprovida da eficácia de caso julgado material, a graduação, quando seguida da distribuição do produto da venda, *preclude* discussões ulteriores que possam vir a por em causa os seus efeitos (REDENTI, *cit.*, III, p. 198; SATTA, *cit.*, p. 621; ac. da Cassação de 03/07/69, referido por CAPPONI, *Intervento dei creditori*, L' espropriazione forzata, Torino 1988, p. 245). Para bem compreender o alcance destas posições, há que ter em conta que, em regra, a admissão não tem, em direito italiano, qualquer efeito cominatório (cf. o nosso *A confissão*, ps. 463, nota 5 e 467, nota 14), pelo que da simples falta de impugnação do crédito reclamado dificilmente se extrairá o seu reconhecimento; e que, por outro lado, nem a garantia real nem o título executivo constituem em direito italiano, semelhantemente ao que entre nós acontecia na vigência do C.P.C. de 1939, pressupostos da reclamação de créditos na acção executiva. Diversamente se põe a questão quando o crédito é impugnado, nos termos do art. 512.º CPC, caso em que se configura já uma *acção declarativa* com a garantia do contraditório (REDENTI, p. 198; DENTI, p. 332; GARBAGNATI, p. 197; ac. da Cassação de 12/05/62, referido por CAPPONI, p. 160) ou um *incidente* declarativo ao serviço duma finalidade executiva (SATTA, p. 620; CAPPONI, p. 253).

(45) No sentido afirmativo: MONTESANO, *cit.*, ps. 588 e 607; REDENTI, *cit.*, III, p. 198. Circunscrevendo o alcance do caso julgado à graduação (determinação da ordem de preferência entre dois ou mais créditos), considerada finalidade duma pretensão *processual* de satisfação prioritária, distinta da pretensão *material* de reconhecimento do direito: BROX-WALKER, *cit.*, ps. 778 e 785.

equiparáveis às da acção declarativa comum, pelo menos ⁽⁴⁶⁾ quando, nela não tendo intervindo o executado, a acção comum devesse ter lugar segundo a forma do processo ordinário ou o executado, não pessoalmente notificado do despacho que admitir as reclamações (por se verificar o condicionalismo do art. 248.º), tenha sido citado editalmente para a execução (ou apenas notificado nos termos do art. 811.º-3): em ambos os casos, o efeito cominatório pleno, próprio das formas de processo comum menos solenes, verifica-se, ainda que dos factos alegados pelo reclamante não se devesse extrair o reconhecimento do crédito ou que o executado não tenha tido efectivo conhecimento da acção.

Somos assim levados a defender que o caso julgado material só se produz na acção de verificação e graduação de créditos quando o executado nela tenha intervenção efectiva ⁽⁴⁷⁾.

Mas a consideração de que, em qualquer caso, o objecto da acção de verificação e graduação não é tanto a pretensão de reconhecimento dum direito de crédito como a de reconhecimento do direito real que o garante ⁽⁴⁸⁾ relega o *reconhecimento do crédito* para o campo dos pressupostos da decisão ⁽⁴⁹⁾, como tal não

⁽⁴⁶⁾ Também o prazo para impugnar o crédito (8 dias) é mais curto do que o prazo para contestar os embargos (10 dias). Em compensação, o reclamante tem sempre o direito de resposta (art. 867.º). Quanto às garantias do acto de citação, dispensável por o executado já inicialmente ter sido chamado ao processo executivo (art. 228.º), deverão ser observadas, mediante notificação *pessoal* (art. 256.º) do despacho que admitir a reclamação (art. 866.º-2), sem prejuízo da possibilidade de se tornar necessário o recurso à notificação edital. Ainda que a prática forense não seja neste sentido, impõe-no o direito de defesa do executado perante a pretensão (*nova*) do credor, sendo para tanto invocável o art. 20.º da Constituição (cf. LEBRE DE FREITAS, *Inconstitucionalidades*, p. 33).

⁽⁴⁷⁾ É solução de certo modo paralela à que o art. 674.º estabelece para as sentenças proferidas nas acções de estado.

⁽⁴⁸⁾ Com a passagem do sistema de execução universal ou colectiva, que vigorava com o C.P.C. de 1939, para o de concurso limitado aos créditos com garantia real, a convocação dos credores passou a ter por finalidade a libertação do bem penhorado das garantias que o oneram e só *por via indirecta* a satisfação do direito de crédito: os credores vêm ao processo para fazer valer, não os seus direitos de crédito, mas os seus direitos de garantia.

⁽⁴⁹⁾ «A prova [do crédito] não respeita ao crédito em termos absolutos, como acontece na acção declarativa, mas só ao crédito enquanto concretizado no direito a participar na distribuição do produto da venda (...). Corolário importantíssimo é que a admissão à distribuição (...) tem o seu valor limitado à própria distribuição. Dela não nasce nenhum caso julgado a fazer valer em acções futuras» (SATTA, *cit.*, p. 620).

abrangido pelo caso julgado. O caso julgado produzir-se-á, sim, apenas quanto ao *reconhecimento do direito real de garantia*, ficando por ele reconhecido o crédito reclamado só na estrita medida em que funda a existência actual desse direito real.

Verificado o pressuposto da intervenção do executado na acção, o caso julgado produz-se, pois, quanto à *gradação*, mas não quanto à *verificação* dos créditos, nessa medida excluindo uma futura acção de indemnização ou de repetição do indevido⁽⁵⁰⁾. Firme fica também a existência dos direitos reais de garantia sobre o bem penhorado, bem como a sua prioridade; mas esta dificilmente terá ocasião de ser invocada em outra acção, por nela ser difícil reunir os pressupostos do caso julgado (art. 497.º-1).

V

A acção executiva

1. Resta a problemática da produção de caso julgado na própria acção executiva.

Autores há que a defendem: uma vez que o executado tem ao seu alcance o meio de defesa proporcionado pelos embargos de executado, a sua não utilização ou a não dedução, nele, duma excepção peremptória terá como consequência a *preclusão* dum eventual direito à repetição do indevido⁽⁵¹⁾, bem como a inadmissibilidade de nova execução com o mesmo objecto⁽⁵²⁾, pelo que a sentença que põe termo à execução⁽⁵³⁾ constituirá caso julgado

⁽⁵⁰⁾ Cf. BROX-WALKER, *cit.*, p. 785.

⁽⁵¹⁾ BÖHM, *Ungerechtfertigte und materiellrechtliche Ausgleichsansprüche*, Bielefeld 1971, ps. 48 e 69. O autor faz igualmente depender a preclusão da omissão da impugnação, pelo executado, da distribuição do produto da venda, que lhe é expressamente consentida pela lei processual alemã.

⁽⁵²⁾ CASTRO MENDES, *Acção executiva*, p. 203. O autor não deixa, porém de duvidar da posição que defende quando confrontado com a sujeição da sentença de extinção da execução a recurso de agravo, e não de apelação (art. 922.º CPC, *a contrario*).

⁽⁵³⁾ Prevê-a o art. 919.º quanto aos casos de extinção da obrigação (pelo pagamento, coercivo ou voluntário, ou por outra causa) e de desistência. Mas, acto final do processo executivo, a sentença deverá ter lugar em todos os casos de extinção da execução,

material sempre que por ela se julgue extinta a execução *por extinção da obrigação exequenda* ⁽⁵⁴⁾.

É certo que, do mesmo modo que na acção declarativa, se pode falar na acção executiva da existência dum *onus de exceptio*. Na medida em que os embargos de executado são o meio de oposição à execução idóneo à alegação dos factos que em processo declarativo *constituiriam* matéria de excepção ⁽⁵⁵⁾, o termo do prazo para a sua dedução faz precluir o direito de os invocar *no processo executivo*, a exemplo do que acontece no processo declarativo. A não observância do *onus de exceptio*, diversamente da não observância do *onus de contestar* ou do de *impugnação* especificada ⁽⁵⁶⁾, não acarreta uma cominação, mas tão-só a *preclusão* dum direito processual cujo exercício se poderia revelar vantajoso ⁽⁵⁷⁾.

salvo os expressamente exceptuados (é o caso da deserção da instância e, porventura, o da falta de preparo inicial: art. 291.º CPC e art. 110.º-2 do Código das Custas). Note-se que, diferentemente da sentença proferida em acção declarativa, a sentença a julgar extinta a execução tem lugar só depois de pagas as custas.

⁽⁵⁴⁾ CASTRO MENDES, *Acção executiva*, p. 203; BÖHM, *cit.*, ps. 44, 48 e 85.

⁽⁵⁵⁾ LOPES CARDOSO, *Manual da acção executiva*, Coimbra 1964, p. 275. Para além de servirem fins de impugnação.

⁽⁵⁶⁾ Constituindo petição numa acção declarativa e não contestação numa acção executiva, a propositura dos embargos de executado não representa a observância de qualquer dos *onus cominatorios* (*onus da contestação*, *onus da impugnação especificada*) a cargo do réu na acção declarativa: nem a omissão de embargar produz a situação de revelia nem a omissão de impugnação dum facto constitutivo da causa de pedir da execução produz qualquer efeito probatório, não fazendo sentido falar, a propósito, de *prova de factos* alegados pelo exequente ou de *definição do direito* decorrente do título executivo, o qual continua, após o decurso do prazo para embargar como até aí, a incorporar a obrigação exequenda, com dispensa, em princípio, de qualquer indagação prévia sobre a sua real existência.

⁽⁵⁷⁾ A noção de *onus* tem sido encarada na doutrina segundo duas perspectivas distintas: enquanto para uns a actividade do respectivo titular visa evitar uma *desvantagem*, para outros tem como escopo conseguir uma utilidade ou uma *vantagem* (maiores precisões em LEBRE DE FREITAS, *A confissão*, p. 487, nota 69). A consideração das consequências da falta de contestação ou de impugnação nos *sistemas de contestação ficta* (como o italiano, o francês ou o espanhol), em que o autor continua a ter o *onus* de provar os factos constitutivos do seu direito, leva a configurar os *onus* de contestar e de impugnar no segundo sentido, enquanto nos *sistemas de confissão ficta* (como o nosso, o alemão ou o inglês) eles se configuram antes na primeira acepção (GIANOZZI, *La contumacia nel processo civile*, Milano 1963, p. 155); mas o *onus* de exceptio só pode, tal como neste últimos sistemas, ser entendido naquele segundo sentido.

Mas a existência deste regime de preclusão não resolve, por si, a questão posta. Na acção declarativa, o efeito preclusivo das excepções dissolve-se, com a sentença, no efeito geral do caso julgado⁽⁵⁸⁾, mas precisamente como consequência da produção, nela, deste efeito. É, assim, na estrutura e na função da acção executiva que há que procurar a solução daquela questão.

Dirigida à satisfação prática do direito (previamente acertado) do exequente a uma prestação do devedor⁽⁵⁹⁾, a acção executiva assenta, pela sua própria natureza, no pressuposto da *subordinação* do interesse do executado ao interesse do exequente. A satisfação do direito deste *contra* aquele implica que os princípios da igualdade das armas e do contraditório não tenham no processo executivo o mesmo alcance que têm no processo declarativo.

O princípio da igualdade de armas, exigindo o equilíbrio entre as partes na apresentação das respectivas teses na perspectiva dos meios processuais de que para o efeito dispõem, implica a identidade de direitos processuais das partes e a sua sujeição a ónus e cominações idênticos, sempre que a sua posição no processo é equiparável, e um jogo de compensações gerador do equilíbrio global do processo, quando a desigualdade objectiva intrínseca de certas posições processuais, não permitindo a identidade formal absoluta dos meios processuais, leve a atribuir a uma parte meios processuais particulares não atribuíveis à outra⁽⁶⁰⁾.

O princípio do contraditório não significa apenas que o conflito de interesses que a acção pressupõe não pode ser resolvido sem que a parte contra a qual a pretensão é formulada seja chamada para deduzir oposição (art. 3.º-1 CPC). Implica também que

⁽⁵⁸⁾ CASTRO MENDES, *Limites objectivos*, ps. 178-186; HANSJÖRG OTTO, *Die Präklusion*, Berlin 1970, ps. 39-40, 67-73 e 153-154.

⁽⁵⁹⁾ Mediante a obtenção do mesmo resultado prático que se obteria com a realização, pelo devedor, da própria prestação devida (acção executiva para pagamento de quantia certa; acção executiva para entrega de coisa certa visando a apreensão efectiva; acção executiva para a prestação de facto fungível por terceiro) ou dum resultado a esse equivalente (por conversão da acção executiva para a entrega de coisa certa ou para a prestação de facto, fungível ou infungível, em acção executiva para pagamento de quantia certa).

⁽⁶⁰⁾ Cf. LEBRE DE FREITAS, *A igualdade das partes no direito processual civil português*, O Direito, ano 124 (44), 1992.

o mesmo jogo de ataque e resposta em que consistem a acção e a defesa deve ser observado ao longo de todo o processo, de tal modo que qualquer posição tomada por uma parte deverá ser comunicada à contraparte para que esta possa responder ⁽⁶¹⁾; e, ainda, que às partes deve ser fornecida, ao longo do processo, a possibilidade de influírem em todos os elementos que se encontrem em efectiva ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo se pressintam como potencialmente relevantes para a decisão ⁽⁶²⁾.

Ambos estes princípios, manifestação do princípio mais geral da equidade ou da igualdade das partes, que implica a paridade simétrica das suas posições em face do tribunal ⁽⁶³⁾, são hoje tidos como fundamentais, directamente decorrentes do direito constitucional de acesso à justiça e como tal de absoluta observância no processo civil de tipo contencioso ⁽⁶⁴⁾. Mas a circunstância de no processo executivo estar apenas em causa a *actuação da garantia* dum direito subjectivo pré-definido leva a que o executado não goze de paridade de posição com o exequente, a que a sua participação no processo se circunscreva no âmbito da nomeação de bens à penhora (art. 833.º CPC), da escolha da modalidade da venda (arts. 886.º-a, 888.º-1, 889.º) e do controlo da regularidade ou legalidade dos actos a praticar no processo ⁽⁶⁵⁾ e a que o seu direito à contradição seja fundamentalmente assegurado *ex post*, através da possibilidade de oposição aos actos executivos (*maxime* a penhora) já praticados ⁽⁶⁶⁾ ou através de embargos à execução.

⁽⁶¹⁾ CASTRO MENDES, *D.P.C.*, I, ps. 223-226.

⁽⁶²⁾ NICOLÒ TROCKER, *Processo civile e costituzione*, Milano 1974, ps. 370-371 e 450-451; FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova 1986, p. 78; SCHWAB-GOTTWALD, *Verfassung und Zivilprozess*, Bielefeld 1984, ps. 50 e 52; MANDRIOLI, *Corso*, I, p. 108; LEBRE DE FREITAS, *Inconstitucionalidades*, p. 35.

⁽⁶³⁾ FAZZALARI, *cit.*, p. 78.

⁽⁶⁴⁾ O art. 20.º da Constituição deve ser integrado de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16.º-2 da Constituição), que consagra o princípio da equidade no seu art. 10.º: o acesso à justiça é garantido com respeito por esse princípio e, portanto, mediante a estrita observância dos dois princípios dele derivados.

⁽⁶⁵⁾ Recursos, reclamações e, dum modo geral, todos os meios de impugnação dos actos do procedimento executivo são consentidos ao executado, tal como ao exequente (cf. VACCARELLA, *cit.*, ps. 87-88, notas 8 e 9).

⁽⁶⁶⁾ Deste ponto de vista, o meio do art. 832.º constitui uma excepção, aliás de justificação muito duvidosa (LEBRE DE FREITAS, *A penhora de bens*, p. 334).

Sem que os princípios da igualdade de armas e do contraditório deixem de ser observados no processo executivo⁽⁶⁷⁾, o primeiro circunscreve a sua actuação ao uso dos meios técnicos gerais do processo civil⁽⁶⁸⁾ e o segundo só ocasionalmente apresentará a estrutura dialéctica que tem no processo declarativo, podendo-se dizer que a igualdade das partes é, no processo executivo, meramente formal⁽⁶⁹⁾.

Por isso mesmo é que, sempre que na pendência do processo executivo deva ter lugar uma actividade de tipo cognitivo, tal acontece em *acção declarativa* que corre por apenso⁽⁷⁰⁾, ou em *incidente declarativo* enxertado na tramitação do processo executivo⁽⁷¹⁾, em que os princípios da igualdade de armas e do contraditório recuperam a sua amplitude integral.

Ora o atributo de caso julgado material é circunscrito às *decisões* sobre a relação material controvertida (art. 671.º-1 CPC) e estas pressupõem uma *actividade processual desenvolvida em contraditoriedade*. Pela sentença de extinção da execução é tão-só verificado o termo da acção executiva e, mesmo quando tal ocorre por extinção da obrigação exequenda, a sua estrutura continua a ser a duma providência da esfera executiva, cuja característica de definitividade se coloca tão-só no plano da relação processual, por ela extinta com a mera eficácia de *caso julgado formal* (art. 672.º), sem assim atingir a eficácia do caso julgado material.

⁽⁶⁷⁾ O contrário levaria a pôr em dúvida as próprias estrutura e função jurisdicional do processo executivo (VACCARELLA, *cit.*, p. 85). E, dada a reserva da jurisdição para os tribunais (Constituição da República, art. 205.º), o retrocesso que a atribuição de competência executiva fiscal às repartições de finanças representa (art. 237.º-1 do Código de Processo Tributário) constitui um grave atentado a princípios fundamentais do sistema democrático.

⁽⁶⁸⁾ A opinião contrária de TARZIA (*Il contraddittorio nel processo esecutivo*, Rivista di Diritto Processuale, 1978, II, ps. 202-203, 225-229 e 246) baseia-se precisamente numa noção alargada do processo executivo, que nele inclui as acções e incidentes declarativos que no seu decurso podem surgir.

⁽⁶⁹⁾ MANDRIOLI, *Corso*, III, p. 11.

⁽⁷⁰⁾ Embargos de executado, reclamação e graduação de créditos, embargos de terceiro.

⁽⁷¹⁾ Incidente de liquidação (de que a seguir trataremos), incidente decorrente do protesto no acto da penhora (art. 832.º CPC), incidente de falsidade (arts. 364.º-2 e 370.º-1 CPC). O incidente tem, por definição, uma tramitação própria (LEBRE DE FREITAS, *A falsidade*, p. 214).

Sendo assim, a sentença de extinção da execução não surtirá eficácia fora do processo executivo. Quanto ao efeito extintivo próprio do facto (pagamento ou outro) invocado na acção executiva⁽⁷²⁾, não deixará de se produzir, obstando ao êxito duma nova acção executiva⁽⁷³⁾, mas não impedindo a propositura, pelo executado, duma acção de restituição do indevido⁽⁷⁴⁾.

Tão pouco tem eficácia de caso julgado material a sentença proferida após a desistência do pedido ou a transacção, que não têm assim na acção executiva a mesma estrutura nem o mesmo efeito que na acção declarativa (art. 300.º-3). Como negócios jurídicos de direito substantivo praticados no processo, a desistência do pedido e a transacção surtem a sua eficácia directa no campo da relação obrigacional exequenda; mas a sentença que, seguidamente, extingue a execução, não absolve o executado do pedido nem o condena no cumprimento das obrigações que tenha contraído, sem prejuízo de o documento autêntico que formaliza a transacção constituir título executivo⁽⁷⁵⁾.

Nada impede, conseqüentemente, a invocação em outro processo duma excepção peremptória não deduzida em embargos de executado, e que até pode nele não ser deduzível, dada a exigência de prova documental constante do art. 813.º-*h* CPC e o desfazamento que esta norma introduz em face dos regimes substantivos.

(72) E nela provado, por documento ou confissão (judicial ou extrajudicial) do exequente.

(73) Mediante a dedução, nela, de embargos de executado com o fundamento do art. 813.º-*h* CPC.

(74) Sem prejuízo da possibilidade de se ter formado caso julgado na acção declarativa de embargos de executado ou, na estrita medida em que o vimos possível, na de verificação e graduação de créditos. E sem prejuízo também da eficácia probatória extraprocessual das declarações confessórias judiciais que o executado haja feito no processo executivo (arts. 355.º CC e 522.º CPC. Cf. LEBRE DE FREITAS, *A confissão*, p. 324).

(75) A transacção no processo executivo tem assim natureza semelhante à da transacção na acção declarativa em direito alemão, cuja exequibilidade não lhe advém, como entre nós, duma sentença homologatória, mas da força que a lei directamente lhe atribui. Esta diversidade de regimes na acção declarativa e na acção executiva leva, por vezes, a doutrina a negar a possibilidade de transacção na acção executiva (ALBERTO DOS REIS, *Comentário ao Código de Processo Civil*, Coimbra 1945-1946, III, ps. 492-493: apenas é possível nos embargos de executado). Sobre a distinção entre os efeitos do negócio de auto-composição do litígio e os da sentença que, na acção declarativa, o homologa, pode ver-se a nossa obra *A confissão*, ps. 427-428.

A decisão que subsequentemente venha a ser proferida não tem eficácia no processo executivo ⁽⁷⁶⁾, mas pode conduzir à restituição ao executado da quantia conseguida na execução, pelo mecanismo da restituição do indevido ⁽⁷⁷⁾.

2. Quando, segundo o título executivo, a obrigação exequenda é ilíquida e a liquidação não depende de simples cálculo aritmético, tem lugar, em fase liminar da execução, um incidente de liquidação que, havendo contestação do executado, se processa nos autos dos embargos quando estes tenham lugar e autonomamente quando não haja embargos (art. 807.º CPC), enquanto que, na falta de contestação, se resolve pelo jogo da cominação plena (art. 806.º-2 CPC).

A função deste incidente da acção executiva excede a do incidente de liquidação na acção declarativa. Aqui, trata-se de liquidar o *pedido genérico*, quantificando ou especificando o objecto da prestação (art. 378.º CPC) e assim o sujeitando à apreciação do tribunal (art. 380.º-4 CPC). Além, a liquidação da pretensão executiva acarreta a quantificação ou especificação do objecto da sentença (art. 661.º-2 CPC) ou da obrigação constante de documento autêntico ⁽⁷⁸⁾, isto é, *completa o título* mediante o acertamento dum

⁽⁷⁶⁾ Contra: MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, p. 419. A haver tal eficácia, ela nunca poderia conduzir à anulação da venda que entretanto tivesse sido realizada (cf. arts. 909.º, als. *a e d*, 917.º-2 e 918.º-1 CPC).

⁽⁷⁷⁾ ANSELMO DE CASTRO, *cit.*, ps. 301-302; BRUNS-PETERS, *cit.*, p. 9; GAUL, *Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materielle Ausgleichsansprüche*, Archiv für die Civilistische Praxis, 173, ps. 323-332; GERLACH, *Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und ungerechtfertigte Bereicherung*, Berlin, 1986, ps. 15-19. Para a opinião contrária, cf. *supra*, nota 54. A restituição faz-se, segundo correntemente se entende, de acordo com as normas gerais do enriquecimento sem causa e, portanto, apenas *na medida do enriquecimento* do exequente (art. 479.º-2). Outra é a opinião de GERLACH: a existência do direito deve ser controlada pelo exequente, visto respeitar à sua esfera jurídica, pelo que ele deverá suportar *por inteiro* o risco da sua inexistência (ps. 68-69. Em sentido semelhante: BLOMEYER, *Zivilprozessrecht, Vollstreckungsverfahren*, Berlin, 1975, p. 169).

⁽⁷⁸⁾ A obrigação constante de documento particular só quando seja líquida é dotada de exequibilidade (art. 46-c CPC). Quanto aos títulos executivos judiciais impróprios e administrativos (art. 46-d CPC), não se vê a possibilidade de iliquidez que não se resolva com um simples cálculo aritmético (de juros ou de conversão cambial, designadamente).

aspecto do seu objecto que nele está por acertar e ao qual se circunscreve o juízo declarativo.

A problemática do caso julgado produzido pela decisão de mérito proferida no incidente de liquidação circunscreve-se assim, diversamente da que respeita à decisão de mérito proferida nos embargos de executado ⁽⁷⁹⁾, no âmbito da delimitação do objecto dum *determinado* título executivo, e não propriamente no da delimitação do objecto da obrigação exequenda, independentemente do título em que ela consta.

Consequentemente, a sentença de liquidação da obrigação exequenda constitui caso julgado que obsta a que, em nova execução fundada *no mesmo título*, se volte a discutir a liquidação da mesma obrigação ⁽⁸⁰⁾; mas já não poderá obstar a que tenha lugar um novo incidente de liquidação da mesma obrigação em execução fundada *noutro título*; nem é invocável como caso julgado numa acção declarativa autónoma (*inclusive* de restituição do indevido), sem prejuízo de, quando o título executivo é uma sentença (de condenação no que se liquidar em execução), a sentença de liquidação que a *complementa* ficar a integrar o âmbito objectivo do caso julgado por ela formado ⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁹⁾ A sentença de procedência dos embargos baseada num dos fundamentos do art. 813.º-*h* CPC representa, pelo contrário, a reacção da obrigação exequenda real sobre a obrigação constante do título executivo: acertando negativamente a situação substantiva, só indirectamente elimina a eficácia do título.

⁽⁸⁰⁾ Quer o objecto da segunda execução respeite a uma parte da obrigação sobre a qual não incidiu a primeira execução (pediu-se menos do que o título permitia), quer tenha o mesmo objecto, mas a primeira execução se tenha extinguido por causa que não haja conduzido à satisfação do direito do exequente. Só assim não será se, no primeiro caso, a liquidação tiver sido parcial e a segunda execução incidir sobre uma parte que ela não tenha abrangido.

⁽⁸¹⁾ A sentença exequenda constitui, ela própria, caso julgado impeditivo de nova acção declarativa com o mesmo objecto; e, se entre o seu objecto e o da nova acção houver uma relação de prejudicialidade, ela impor-se-á com o conteúdo resultante da liquidação, à qual por isso será *estendido* o estatuto do caso julgado. Do mesmo modo, se lhe sobrevier uma execução fundada em título extrajudicial, o caso julgado nesses termos constituído será invocável como fundamento de embargos de executado. Já quando a liquidação constitui complemento dum título executivo extrajudicial (base da execução em que ela se faz), tal não impede que uma acção declarativa autónoma se ocupe da mesma relação obrigacional (cf. art. 449.º-2-c CPC).

A natureza declarativa da sentença de liquidação da obrigação exequenda confere-lhe, embora só no estrito condicionalismo que fica referido, uma eficácia extraprocessual que a sentença de extinção da execução em que o respectivo incidente tem lugar não possui.