

SEXTA SESSÃO

Moderador

Miguel Teixeira de Sousa

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa

PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS NA ACÇÃO EXECUTIVA

Maria José Capelo

Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Permitam-me expressar a minha gratidão por ter sido convidada para participar neste ciclo de conferências sobre o projecto do Código de Processo Civil de Macau. Lembro que, ainda estudante, li um poema de Khalil Gibran que me fez equacionar o que determinaria a legitimação social, e consequente imutabilidade, das leis. Rezava o seguinte: “Que pensar daqueles // para quem a vida não é um oceano // e para quem as leis do homem // não são castelos de areia (...)”. Creio que a aceitação e a perpetuação da nossa herança jurídica em Macau dependerá essencialmente da capacidade do novo sistema processual consubstanciar um meio eficaz e célere de realizar o Direito.

Propus-me proferir uma palestra sobre os pressupostos processuais na acção executiva, tema imbuído de questões complexas, insusceptível de ser abordado, na íntegra, na presente conferência. Por tal, circunscreverei a análise a aspectos relacionados com a legitimidade na acção executiva.

Num estudo, que reputo de muito interessante, Verdera Server, pronunciando-se sobre o cumprimento forçado das obrigações, critica a pouca eficácia do processo executivo e o ostracismo ao qual tem sido votado nas querelas doutrinárias e, inclusive, no processo legislativo. Na óptica deste Autor esta “crítica tem a sua importância porque se considera que a execução representa um dos termómetros mais significativos para medir a eficácia da administração da justiça de um país”¹.

¹ Cfr. Verdera Server, Rafael, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonha, 1995, (Publicaciones del Real Colegio de España), p. 152.

A reafirmação dos valores protegidos pelas normas, pressuposto da paz social, exige, primordialmente, a consagração de meios coercitivos capazes de permitir, com brevidade, a satisfação dos direitos violados. A “desvalorização” jurídica a que me referi está associada, no entanto, a dificuldades práticas de natureza sócio-económica. Por um lado, aos olhos da sociedade moderna, a assunção da qualidade de devedor não é motivo de reprovação, ou seja, a facilidade em ter acesso ao crédito acostumou-nos a ser devedores². Por outro lado, a descoberta e a identificação do património do devedor afigura-se cada vez mais dificultada por obstáculos materiais e jurídicos.

Ter-se-ão equacionado correctamente, no projecto do Código de Processo Civil de Macau, as situações sociais de conflito, e criado, em consequência, normas capazes de inverter, de *per si*, a tão discutível tendência?

I. LEGITIMIDADE DOS CÔNJUGES

Como é consabido o Direito Processual está ao serviço do Direito Civil, pelo que as regras processuais terão que ser concebidas de forma a permitir a realização dos preceitos substantivos. Será interessante averiguar até que ponto as regras de legitimidade, na acção executiva, se harmonizam com o regime da responsabilidade civil por dívidas do casal.

Em regra, só tem legitimidade para intervir na execução, como parte passiva, o sujeito que conste do título executivo como devedor (art. 68.º do Projecto do Código de Processo Civil de Macau). Enquanto, no processo declarativo, a legitimidade se afere pela titularidade da relação material controvertida³, na acção executiva, este pressuposto processual é determinando pelo título.

Se o título executivo, pelo qual se determinam os fins e os limites da execução⁴, estiver subscrito pelos cônjuges (ou no caso de o título ser judicial, ambos os cônjuges tenham sido condenados), ambos poderão ser demandados. Na falta de cumprimento voluntário da dívida comum, apreender-se-ão bens comuns [salvo se vigorar o regime de separação de bens ou o de participação nos adquiridos – cfr. Artigo 1562.º, al) a e c) do Projecto do CCMacau] e na sua insuficiência, bens próprios de cada um dos cônjuges. Tal significa que, perante uma situação de incumprimento, no caso de ambos os cônjuges se terem obrigado, contra ou independentemente da vontade destes, o património comum poderá ser agredido.

As dificuldades de harmonização entre o Direito Civil e o Direito Processual surgem quando a dívida é comunicável, mas o título só foi subscrito por um deles; se o título for judicial, o credor sempre teve a possibilidade de demandar

² Cfr., sobre este assunto, Perrot, Roger, *L'effectivité des décisions de justice*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture française, 1985, p. 106.

³ Vide artigo 58.º do Projecto do CPCMacau.

⁴ Vide art. 12.º do Projecto do CPCMacau.

ambos os cônjuges na acção declarativa, obtendo desta forma, um título executivo contra ambos. Se o credor só demandar um dos cônjuges, o cônjuge réu tem o ónus⁵ de provocar a intervenção principal do outro cônjuge ao abrigo do art. 267.º do Projecto do CPCMacau, alegando que a dívida é da responsabilidade de ambos. Deste modo, o litisconsórcio passivo dos cônjuges traduz o regime da responsabilidade patrimonial pelas dívidas⁶.

É prática corrente a dívida ser contraída apenas por um dos cônjuges (isto é o documento estar subscrito por apenas um deles), mas a obrigação ser comunicável à face da lei civil. Veja-se, a este propósito, as alíneas b), c) e d) do artigo 1558.º do Projecto do CCMacau, que se reportam a dívidas contraídas por apenas um dos membros do casal, mas que responsabilizam ambos.

Nos termos do n.º 1 do art. 68.º do Projecto do CPCMacau, a execução tem de ser promovida contra a pessoa que no título figure como devedor, e nesta hipótese só um dos cônjuges consta do título. Por conseguinte, o credor não tem fundamento para agredir, de imediato, o património comum do casal. Que bens vão responder por esta dívida?

Sob uma perspectiva puramente processual, esta situação talvez devesse ser encarada como se tratasse de uma dívida da responsabilidade de um dos cônjuges. Com efeito, o cônjuge, cujo nome não consta do título, constitui, nos termos legais, terceiro. Deste modo, responderiam em primeiro lugar, os bens próprios do executados, e, nos regimes de comunhão, subsidiariamente a sua meação nos bens comuns⁷. A dívida comportar-se-ia processualmente como incomunicável (ou seja, da responsabilidade de um só dos cônjuges). Para estes casos, o legislador não consagrou um desvio à regra geral de determinação da legitimidade executiva⁸. Contudo, esta solução (a de considerar a dívida como própria do cônjuge executado) depara com obstáculos. Dado o facto de não haver coincidência entre o âmbito subjectivo do título e a natureza da dívida⁹, o executado

⁵ Cfr. a este propósito, Lebre de Freitas, *A acção executiva*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 185. Se o réu não chamar o cônjuge a intervir para o responsabilizar, não poderá alegar no processo executivo que a dívida é comum. Restará ao cônjuge executado as compensações previstas no artigo 1565.º do Projecto do CCMacau.

⁶ *Vide*, sobre este assunto, Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o novo Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1997, p. 159

⁷ Cfr. artigo 1564.º, do Projecto do CCMacau.

⁸ Cfr. artigos 68.º e 69.º, do Projecto do CPCMacau.

⁹ Sob a égide do velho Código de Processo Civil, alguns Autores (vide, por todos, Rui Pinto, *A penhora por dívidas dos cônjuges*, Lex, Lisboa, 1993, p. 60 e ss) consideravam que, nos casos em que o título é subscrito por um, e a dívida é da responsabilidade de ambos os cônjuges, a penhora deveria iniciar-se pela meação do executado nos bens comuns e, só na sua insuficiência, se nomeavam bens próprios do executado. Aplicava-se por analogia, o n.º 2 do artigo 825.º, do Código de Processo Civil (*não havendo lugar à moratória, podem ser imediatamente penhorados bens comuns do casal, contanto que o exequente, ao nomeá-los à penhora, peça a citação do cônjuge do executado, para requerer a separação dos bens*).

poderá opor-se à penhora, alegando que os bens próprios só respondem subsidiariamente pela dívida exequenda, pelo facto de esta ser comunicável [vide artigo 753.º, n.º 1 e n.º 2 al. b) do Projecto do CPCMacau]. Nestas circunstâncias, o título executivo perderá a sua força.

Nada obsta, porém, a que o credor, se pretender executar os bens comuns do casal, intente uma acção de condenação contra ambos os cônjuges, prescindindo, por conseguinte, do título extrajudicial de que já dispunha. Este ónus imposto ao credor contraria, porém, os princípios processuais da economia e celeridade. Colide também com o espírito do legislador, pois houve manifesta intenção de valorizar os títulos executivos extrajudiciais, alargando a eficácia executiva dos documentos particulares¹⁰ e simplificando os seus requisitos de exequibilidade¹¹.

O propósito de harmonizar os dois sistemas nesta matéria foi equacionado no âmbito da nossa reforma processual de 1995/1996, pois ponderava-se, segundo escreveu Lopes do Rego, a hipótese de ser introduzida alguma flexibilidade na “regra de que o *objecto e os sujeitos* da execução são moldados sempre, apenas e estritamente, em função do *título executivo*”¹². Um dos casos excepcionais reconduzir-se-ia à admissibilidade da alegação de factos, na fase liminar da execução, donde decorresse que o cônjuge do devedor também devia responder, dada a comunicabilidade da dívida, pela obrigação constante do documento. Tal posição não ficou, porém, a constar do Código de Processo Civil que vigora em Portugal.

II. COLIGAÇÃO

As alterações em matéria de coligação, na acção executiva, também merecem algumas considerações.

Por força do artigo 71.º, do Projecto do CPCMacau, admite-se, com maior amplitude, a coligação activa e passiva, permitindo-se, ainda que esta modalidade de pluralidade das partes coexista com uma situação de litisconsórcio. A

¹⁰ Apenas está excluída a exequibilidade dos documentos constitutivos ou certificativos de uma obrigação de entrega de coisa imóvel [cfr. artigo 677.º, al. c), do Projecto do CPCMacau].

¹¹ Só se exige o reconhecimento da assinatura nos documentos particulares com assinatura a rogo (cfr. artigo 682.º, do Projecto do CPCMacau). O reconhecimento da assinatura, nos demais escritos particulares, pode, porém ser vantajoso para o exequente, se tomarmos em consideração o facto de este poder ser confrontado, em embargos de executado, com a alegação da não genuidade da assinatura (não reconhecida) do devedor - executado, com a alegação da não genuidade da assinatura (não reconhecida), do devedor executado. Tal situação pode constituir hoje fundamento de suspensão da execução, sem que para isso o executado tenha de prestar caução (vide artigo 701.º, n.º 2, do Projecto do CPCMacau).

¹² Lopes do Rego, “Breves Reflexões Sobre a Reforma do Processo Executivo”, *Sub Judice*, 5, 1993 p.35.

admissibilidade desta forma de pluralidade de partes deixou de estar circunscrita às execuções para pagamento de quantia certa¹³, além de se ter maleabilizado o requisito relativo à identidade da forma de processo¹⁴. Com o novo preceito, deixou de se exigir que os sujeitos coligados sejam todos credores comuns (ou seja, é admissível a coligação entre um credor comum e um com garantia real)¹⁵.

A execução pode assumir, de acordo com a nova redacção do artigo 71.º do Projecto do CPCMacau, em qualquer tipo de execução, as seguintes configurações subjectivas:

- 1) Vários credores coligados demandarem um devedor, ou vários devedores litisconsortes;
- 2) Um ou vários credores litisconsortes ou vários credores coligados demandarem vários devedores coligados, desde que obrigados no mesmo título.

A cumulação inicial de execuções – prevista no referido artigo 684.º do Projecto do CPCMacau – caracteriza-se como uma situação em que todos os direitos e obrigações em causa se reportam aos mesmos credor e devedor. É o caso, por exemplo, de um sujeito não cumprir duas obrigações pecuniárias, tituladas por dois documentos, perante um mesmo credor, que requer a execução simultânea desses títulos. Não deixarão de se aplicar os preceitos da cumulação de execuções se existir uma pluralidade de partes na figura de litisconsórcio (no exemplo *supra* referido, na hipótese das dívidas serem solidárias, poderá configurar-se um litisconsórcio passivo).

Diversamente, na coligação, a uma pluralidade de partes corresponde uma pluralidade de pedidos, em que cada um dos pedidos é deduzido discriminadamente por ou contra partes distintas.

Não posso deixar de fazer notar as desvantagens deste regime legal denunciador do pendor “declarativista” do Código de Processo Civil. O legislador consagra a admissibilidade da coligação na acção executiva, valendo-se das mesmas razões que o justificam no processo declarativo. Se no processo declarativo, a pluralidade de partes na figura da coligação, pode satisfazer os princípios da economia e da celeridade, já, no processo executivo, em que está em causa a realização coerciva de um direito violado, a pluralidade de partes pode atrasar e dificultar a satisfação das pretensões.

¹³ Apesar da coligação não estar circunscrita a espécie alguma de execução, é requisito de admissibilidade da coligação a identidade de fim das execuções [artigo 12.º, e 71.º, no. 1, al. b), do Projecto do CPCMacau].

¹⁴ Cfr. artigo 71.º, n.º 1, al. c) do Projecto do CPCMacau.

¹⁵ Cfr. a antiga redacção do artigo 58.º do Código de Processo Civil com a do art. 71.º do Projecto do CPCMacau.

Senão vejamos: se um sujeito demanda dois devedores, com base em dívidas distintas, haverá dois actos de nomeação de bens, várias penhoras para cada um dos bens e direitos, modalidades de venda eventualmente diversas, convocações de credores com garantias reais sobre os bens penhorados, etc. Quais serão as vantagens de as execuções correrem simultaneamente?

Só a prática forense poderá, porém, confirmar ou desmentir a razoabilidade das minhas observações.

III. A LEGITIMIDADE DO TERCEIRO GARANTE E A DO POSSUIDOR DE BENS ONERADOS.

No domínio da legitimidade extraordinária, o Projecto do CPCMacau prevê modificações dignas de relevo.

Em regra, como já afirmei, só tem legitimidade para intervir na execução, como parte passiva, o sujeito que conste do título executivo como devedor (art. 55.º do Projecto do CPCMacau). Em princípio, só podem ser penhorados os bens que integrem o património do devedor, mas quando forem penhorados bens alheios (onerados com uma garantia real), é necessário assegurar a presença, na execução, dos seus legítimos proprietários ou possuidores. A concessão de legitimidade a esta categoria de sujeitos expressa um desvio à regra geral de determinação daquele pressuposto processual¹⁶, uma vez que os mesmos não são titulares do direito ou da obrigação exequenda. No entanto, a sua legitimidade alicerça-se num outro princípio, o de que devem assumir a posição de partes principais os sujeitos cujos bens respondam pela obrigação.

Na redacção do n.º 2 do artigo 704.º do Projecto do CPCMacau prescreve-se, de forma muito clara, que os bens de terceiro só respondem pela dívida, nos casos expressamente previstos na lei, desde que a execução seja movida contra ele.

Hoje, perante a redacção dos números 4, 5 e 6 do artigo 68.º do Projecto do CPCMacau, temos que distinguir duas situações legitimantes:

- A) a do terceiro cujos bens onerados não pertençam ao devedor;
- B) a do possuidor de bens onerados que pertençam ao devedor.

O legislador conferiu expressamente legitimidade a ambas as categorias de sujeitos para estarem presentes na causa. O terceiro demandado não é devedor, é apenas possuidor ou proprietário de um bem onerado com uma garantia real.

¹⁶ No Código de Processo, vigente em Portugal, esta matéria (a legitimidade do terceiro garante e a do possuidor de bens onerados) é regulada num preceito cuja epígrafe é a seguinte: “Desvios à regra geral da determinação da legitimidade” (cfr. artigo 56.º do Código de Processo Civil).

A) O terceiro garante

No caso de o credor pretender fazer valer a garantia prestada por terceiro, os n.º 4 e n.º 5 do artigo 68.º, prevêem a possibilidade da demanda conjunta do devedor principal e do terceiro (configurando-se uma situação de litisconsórcio inicial) ou, em alternativa, a citação do devedor somente no caso de os bens onerados serem insuficientes para satisfazer o crédito exequendo (estaremos perante um litisconsórcio sucessivo entre o terceiro garante e o devedor principal).

Parece-me que o legislador devia ter imposto a citação conjunta do dono dos bens onerados e do devedor, sem que ao credor fosse facultada a possibilidade de protelar a citação do devedor, ou mesmo de determinar a sua ausência da causa.

A legitimidade não é um pressuposto cujos factores determinantes estejam na disponibilidade do exequente. As suas coordenadas são, ou devem ser, objectivas. O chamamento do devedor há-de fundamentar-se não só no facto de estar a ser executada uma obrigação da qual ele é o titular, mas também como meio de lhe assegurar uma defesa perante um direito eventualmente inexistente, necessariamente menos ampla quando apenas confiada ao titular dos bens onerados.

Além das sentenças condenatórias, também servem de base à execução títulos extrajudiciais, os quais, por não serem precedidos de um processo declaratório, permitem que a execução possa assentar numa obrigação já extinta, ou que nunca chegou a constituir-se validamente. Actualmente, com a ampliação da eficácia executiva dos documentos particulares será necessário salvaguardar, de forma mais célere e eficaz, a justeza de uma execução.

O exequente deveria promover sempre a presença do devedor, para que este fosse citado para pagar ou nomear bens, ou mesmo deduzir oposição. Se aquele quisesse fazer actuar a garantia real, convocaria então o terceiro garante para a execução.

Note-se que, após a revisão do Código de Processo Civil, e num procedimento de harmonização com as normas substantivas (cfr. artigo 693.º do Projecto do CCMacau), a execução não tem que começar necessariamente pelos bens onerados pertencentes a terceiro, salvo se o exequente pretender fazer valer a garantia (cfr. artigo 719.º do Projecto do CPCMacau).

O terceiro garante também poderá ser prejudicado se o exequente não demandar *ab initio* o devedor. Se a acção foi movida contra o devedor, o terceiro terá vantagem numa eventual oposição por parte do devedor, pois a constituição da garantia tem muitas vezes subjacente um interesse daquele em ficar sub-rogado nos direitos do credor, em caso de cumprimento (cfr. artigo 586.º do Projecto do CCMacau). Daí decorre que se o terceiro garante respondeu sozinho pela dívida, poderá deparar-se com a invocação de meios de defesa, por parte do devedor, ausente da lide, que seriam oponíveis ao credor originário.

Encarar a demanda do devedor como uma opção do exequente não se coaduna, além do mais, com a imposição legal da sua presença na causa quando

a obrigação exequenda for incerta, ilíquida ou inexigível e for necessário proceder a diligências iniciais. Mesmo que se sufrague que compete ao exequente decidir se deve demandar ou não o devedor *ab initio*, devia-se ter ressalvado todos aqueles casos em que é o próprio regime legal a impor a sua intervenção numa fase preliminar da execução¹⁷.

Este entendimento não acarreta, porém, a desvalorização da posição jurídico-processual do terceiro proprietário de bens onerados. Este terá, entre outros poderes, a faculdade de, segundo prescreve o n.º 1 do artigo 694.º do Projecto do CCMacau, opor os meios de defesa que o devedor tiver contra o crédito, salvo aqueles que só por este podem ser feitos valer. Assim, por exemplo, o terceiro proprietário poderá invocar a prescrição da dívida (cfr. n.º 1 do artigo 298.º do Projecto do CCMacau).

Se o título executivo for de natureza judicial, será necessário demandar-se, na acção declarativa, o sujeito que onerou os seus bens, sob pena de a decisão lhe não ser oponível¹⁸. Neste caso, será então (no processo declarativo) o momento oportuno para o terceiro garante deduzir quaisquer meios de defesa que lhe assistam, sob pena de preclusão. De ressalvar aqui, tão-somente, a hipótese de ocorrência, em momento posterior ao do encerramento da discussão no processo de declaração, de factos susceptíveis de serem configurados como meios de defesa, caso em que os mesmos só poderão ser invocados em processo de embargos.

B) O possuidor de bens onerados

Os problemas suscitados pelo conteúdo do artigo 68.º agudizam-se quando o legislador prescreve a admissibilidade da demanda do possuidor de bens onerados pertencentes ao devedor.

Se o devedor-executado é dono dos bens onerados, a penhora começa por estes bens, e só pode recair noutros quando se reconhecer a insuficiência da garantia¹⁹ para satisfazer o crédito.

A lei permite, contudo, a demanda simultânea do possuidor de bens onerados, se o exequente assim quiser. Uma vez que os bens pertencem ao devedor e estão onerados, não há obstáculo à sua penhora. Ao possuidor que se sinta lesado por essa penhora compete recorrer aos meios de tutela ao seu alcance. O artigo 715.º do Projecto do CPCMacau retrata este entendimento quando prescreve, reproduzindo a anterior redacção, que “os bens do executado são apreendidos ainda que, por qualquer título, se encontrem em poder de terceiro”, mas ressalvando os direitos que a “este seja lícito opor ao exequente”.

¹⁷ *Vide*, sobre as diligências destinadas a tornar a obrigação certa, exigível e líquida, artigos 686.º a 694.º do Projecto do CPCMacau.

¹⁸ Cfr. n.º 1 do artigo 631.º, *ex vi* no. 2 do artigo 712.º, ambos do Projecto do CCMacau.

¹⁹ *Vide* artigo 719.º do Projecto do CPCMacau.

Então, qual a *ratio* da sua demanda, ao abrigo do n.º 6 do artigo 68.º do Projecto do CPCMacau? Qual a posição jurídico-processual do possuidor de bens onerados pertencentes ao devedor? Parte principal? Parte acessória? Será consentâneo com a garantia de acesso à justiça conferir ao exequente a faculdade de demandar ou não este terceiro, sabendo aquele que poderá confrontar-se “com a possível dedução de embargos de terceiro por parte do possuidor que não haja curado de demandar”?

A legitimidade para deduzir embargos de terceiro circunscreve-se àquele sujeito que detém a qualidade de terceiro, isto é, a quem não seja parte na causa²⁰. Ao conferir legitimidade ao possuidor de bens onerados, coarcta-se-lhe a dedução de embargos de terceiro (dada a posição de parte que este assume), isto é, impede-se que ele se faça valer dos seus direitos, incompatíveis, eventualmente, com os do devedor. Mais grave ainda, o facto de o exercício deste poder – o de precluir a invocação lícita de direitos deste possuidor – estar nas mãos do exequente. Esta opção legislativa traduz uma violação de princípios basilares do Direito Processual Civil, nomeadamente do princípio do acesso à justiça, e colide, antes de mais, com o disposto no artigo 715.º do Projecto do CPCMacau.

A demanda do possuidor só teria razão de ser se este pudesse exercer algum direito na execução, isto é, invocar tutela para a sua situação jurídica. Por um lado, o mero detentor (que possui um bem em nome do executado) verá ceder a sua posição perante a constituição, por efeito da execução, de um direito real sobre o bem que está a possuir (ressalve-se a situação do arrendatário²¹). Isto é, se o bem penhorado se encontrar comodatado ou depositado, a aquisição desse bem por terceiro, no âmbito do processo executivo, provocará a extinção desse contrato, porquanto este não produz efeitos perante terceiros²².

Por outro lado, deverá ser concedida ao possuidor em nome próprio a possibilidade de acautelar a sua posição jurídica, mediante o recurso aos meios legais (nomeadamente aos embargos de terceiro²³). Na hipótese de o bem ter sido penhorado como pertencente ao devedor-executado, e de um terceiro o possuir em nome próprio, deverá produzir-se a discussão em volta da titularidade do bem onerado em sede de embargos de terceiro. Este possuidor goza da presunção de titularidade do direito correspondente à posse²⁴, pelo que deve viabilizar-se a defesa dessa situação juridicamente tutelada. Contudo, só a qualidade de terceiro confere legitimidade para este tipo de defesa, porquanto não é lógica nem razoável a sua presença como parte principal no processo de execução.

²⁰ Cfr. artigo 292.º do Projecto do CPCMacau.

²¹ Cfr. artigo 1004.º do Projecto do CCMacau.

²² Cfr. n.º2 do artigo 400.º do Projecto do CCMacau.

²³ Vide artigo 292.º e ss. do Projecto do CPCMacau.

²⁴ Cfr. artigo 1193.º do Projecto do CCMacau.

Termino ciente de que as minhas dúvidas serão afastadas pela monção, permanecendo os inabaláveis alicerces de um sistema judicial estruturado para servir a Justiça. Dizia Confúcio: “O ser superior não tem a mente orientada a favor de nada nem contra nada, o que é justo ele seguiu-lo-á”.

Outubro de 1999

