

Processo n.º 195/2004

(Recurso Civil e Laboral)

Data: 2//Dezembro/2004

ASSUNTOS:

- Embargos de terceiro por cônjuge do executado
- Bem próprio do executado
- Promessa de alienação da fracção em sede de divórcio celebrado em Hong Kong
- Situações possessórias como fundamento dos embargos
- Embargos nas promessas com traditio
- Casa de morada de família

SUMÁRIO:

O cônjuge do executado, não interveniente na acção declarativa, casado que foi no regime de separação de bens e uma vez divorciado, pode embargar de terceiro para defesa do andar penhorado, onde se encontra instalada a casa de morada de família, sendo esse andar, um bem próprio do marido e que este, em sede de divórcio celebrado em Hong Kong e revisto em Macau, lhe prometeu transmitir.

O Relator,

João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 195/2004

(Recurso Cível)

Recorrente: (A)

Recorrida: (B)

**ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA
INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:**

I – RELATÓRIO

A embargante e ora recorrente (A), divorciada, residente em Macau, na Estrada da Vitória, n.º xx, xº andar “F”, intentou, nos termos do disposto no artigo 292º do Código de Processo Civil de Macau, **EMBARGOS DE TERCEIRO** contra (B), ora recorrida, solteira, maior, residente Rua de Santa Clara, n.ºs x e x, Edifício Comercial XX, xxº andar, na sequência da penhora da fracção autónoma designada pelo “A4” do 4º andar, para habitação, do prédio n.ºs x e x^A da Estrada da Vitória, inscrito na matriz sob o artigo 13xxx e descrito na Conservatória do Registo Predial de Macau sob o n.º 9xx6, a fls. 60v do livro B-26.

Alegou, fundamentalmente, que a referida fracção passou a

constituir a sua casa de morada da família e da sua filha menor, (C), e que, em 1 de Fevereiro de 1999, tendo-se divorciado do marido no Tribunal Distrital da Região Administrativa Especial de Hong Kong, por decisão daquele Tribunal, para além de ter sido decretado o divórcio, determinou-se que o cônjuge-marido transferiria todos os interesses legais e reais sob o imóvel referido para a cônjuge-mulher – a ora embargante.

Regularmente citada, a embargada contestou e **veio a ser proferida douda sentença, julgando improcedentes os embargos** opostos, determinando o prosseguimento da execução.

É desta decisão que vem interposto o presente recurso por (A), embargante e ora recorrente, tendo, para tanto, em síntese, apresentado as seguintes conclusões nas suas **alegações de direito**:

A promessa unilateral de alienação da fracção autónoma dada pelo executado, foi acompanhada da tradição da coisa, pois desde finais de 1987 que a embargante passou a residir na referida fracção, detendo e fruindo do imóvel, praticando sobre ele todos os actos normais num proprietário com “*animus possidendi*”, ou seja, fazendo-o na convicção de estar a exercer um direito próprio.

Além de ter exercido à vista de todos, sem violência e oposição de ninguém, desde 1 de Fevereiro de 1999, a posse efectiva sobre a fracção.

É pois forçoso concluir, em face das respostas ao quesitos, que a detenção e a ocupação que a embargante vem fazendo da fracção em causa lhe confira uma verdadeira posse em nome próprio (*corpus animus*) sobre a mesma.

Como o próprio acórdão recorrido reconhece, a promessa unilateral de alienação da fracção autónoma dada pelo executado, proprietário do imóvel “se assemelha, por analogia, à nossa figura de promessa unilateral com direito à execução específica. Na verdade, o executado assumiu aí a obrigação de transferir todos os interesses legais e reais da fracção autónoma à embargante”.

A promessa unilateral de alienação foi homologada pela decisão do Tribunal Distrital da Região Administrativa Especial de Hong Kong, decisão devidamente revista e confirmada pelo acórdão do douto Tribunal de Última Instância de Macau (Recurso Civil e Laboral n.º 8/2002), sendo plenamente eficaz no ordenamento jurídico macaense, deve ser submetida à regulamentação do nosso regime vigente para promessas de compra e venda de imóveis.

A promessa unilateral de alienação da fracção autónoma penhorada, está sujeita ao novo regime para o contrato de promessa consagrado no Código Civil, aprovado pelo D.L. n.º 39/99/M, de 3 de Agosto.

Com a entrada em vigor deste novo diploma legal, para além da consagração do direito de retenção [cfr. (f) do artigo 745º], ou seu artigo 820º, n.º 2, *in fine*, reforça-se o privilégio creditório concedido ao promitente comprador quando exista entrega da coisa, atribuindo, assim,

maior relevo à posse do promitente comprador, ou seja “ ... ainda que tenha havido convenção em contrário, o promitente-adquirente, relativamente à promessa de transmissão ou constituição onerosas de direito real sobre prédio ou fracção autónoma dele, goza do direito à execução específica, contando que tenha havido a seu favor tradição da coisa objecto do contrato”.

Acresce ainda que à data da referida promessa estava em vigor a Lei 20/88/M, que concedia um conjunto de direitos tendo em vista a defesa do promitente-comprador, de entre os quais avulta o privilégio creditório consagrado no seu artigo 2º.

Pode dizer-se que, sendo o contrato prometido um contrato de alienação ou de oneração de um bem, isto é , um contrato com eficácia real, tal antecipada tradição investirá, em regra, o seu beneficiário na posse da coisa, posse que respeitará à propriedade ou ao direito real, que, de acordo com o contrato-promessa há-de ser constituído sobre ela. Na verdade se a entrega antecipada da coisa ao promissário da aquisição do direito sobre ela – paradigmaticamente e as mais das vezes do direito de propriedade – visa conferir-lhe a disponibilidade material da coisa, antes de e na perspectiva ou expectativa de aquisição do direito, ele comportar-se-á como titular do direito, pois é a possibilidade de tal comportamento que principalmente constitui o objecto do seu interesse na imediata apreensão do bem.

Esta ideia é confirmada pelo disposto no artigo 1187º, alínea b), segundo o qual constitui meio de aquisição da posse “a tradição material ou simbólica da coisa, efectuada pelo anterior possuidor”.

O promitente comprador que toma conta do prédio e pratica actos correspondentes ao exercício do direito de propriedade, sem que o faça por uma tolerância do promitente vendedor, mas com a intenção de agir em seu próprio nome, passando a agir como se a coisa já fora sua, embora ainda a não tenha comprado, pratica actos possessórios sobre a coisa e com o *animus* de exercer em seu nome o direito de propriedade. Portanto, gozará dos meios possessórios que a lei reconhece ao possuidor para defesa da posse, como os embargos de terceiro, e assim, a penhora da coisa em execução contra o promitente vendedor autoriza o promitente comprador a deduzir embargos de terceiro.

No caso de antecipação da entrega da coisa, as partes, além do contrato promessa, terão celebrado outro contrato inominado susceptível de protecção possessória, através do qual os promitentes vendedores concederam aos promitentes compradores o direito de uso e fruição da coisa até à conclusão do contrato prometido ou resolução do contrato promessa.

Havendo *traditio rei* do promitente-vendedor para o promitente-comprador, este passa a possuir a coisa, em nome próprio, enquanto não for convencido do seu incumprimento culposo do contrato e beneficia, assim, da tutela possessória por titular de uma posse legítima que não meramente precária .

O promitente comprador, tendo havido tradição da coisa, é um verdadeiro possuidor e não mero detentor, ou pelo menos que, como titular do direito de retenção, goza da tutela possessória por isso até pode embargar terceiro.

O direito da embargante, ora recorrente, sobre a fracção autónoma penhorada, prevalece sobre os direitos de outros credores comuns, nos termos do n.º 1 do artigo 749º do Código Civil.

A promessa unilateral de alienação da fracção penhorada com *traditio*, investe a ora recorrente, num “direito real aparente” e não apenas o direito de utilização da coisa.

A posse não carece de ser registada para poder ser oposta ao Executado em embargos de terceiro, bastando que seja anterior a data do registo do arresto ou da penhora.

Sendo, para o efeito, considerados terceiros, em embargos de terceiro, todo aquele que não tenha intervindo no processo ou no acto jurídico de que emana a diligência judicial, nem represente quem foi condenado no processo ou quem no acto se obriga.

Tendo a penhora decretada pelo Tribunal Judicial de Base, sido inscrita, junto da Conservatória do Registo Predial, apenas, a 31 de Janeiro de 2001, sendo, portanto, bastante posterior ao início da posse legítima da embargante, deverá a penhora *in questio* ser-lhe inoponível.

Não sendo necessário a prova do verdadeiro titular do direito real correspondente para efeitos do n.º 1 do artigo 1203 do Código Civil.

O Meritíssimo Juiz *a quo* ao condicionar a procedência de Embargos à pendência de uma acção de execução específica está a admitir que só é possível a procedência dos embargos quando haja incumprimento por parte do promitente-vendedor e estiver pendente a respectiva acção de execução específica, violando assim as normas estabelecidas nos artigos 292º do CPCM e 1210º do Código Civil.

Encontra-se pendente naquele Tribunal a respectiva acção de execução específica desde 20 de Fevereiro de 2003, que com o n.º CAO-004-03-4 corre seus termos no 4º Juízo, à data, encontrando-se a audiência de discussão e julgamento agendada para o dia 17 de Maio de 2004.

Existe uma colisão entre a posse da embargante e a penhora a favor da embargada/exequente.

Porém, a penhora cede perante a posse anterior e efectiva da embargante sobre a fracção nos termos conjugados dos 292º do Código de Processo Civil, 745º alínea f) e 1210º do Código Civil, normas que foram violadas pela decisão ora recorrida.

Nesses termos, pede a **procedência do recurso e, com isso, a revogação do Acórdão recorrido e, consequentemente a procedência dos embargos.**

(B), embargada e ora recorrida, veio apresentar as suas contra-alegações, concluindo da forma seguinte:

A embargante não detém o direito real de posse, correspondente ao direito de propriedade, sobre a fracção objecto de penhora, nem melhor posse que o titular do direito inscrito na CRP - o seu ex-marido.

Sempre possuiu em nome do marido-executado até ser decretado o divórcio em 1 de Fevereiro de 1999, revisto por Acórdão do Tribunal de Última Instância da RAEM de 17 de Julho de 2002 e transitado em julgado em 5 de Setembro de 2002.

E em nome do ex-marido executado a embargante continuou a possuir daquela data até ao presente.

Como possuidora em nome alheio, nunca poderia ter adquirido posse nos termos do artigo 1193º do Código Civil.

A presunção de posse é dada por aquele dispositivo legal ao executado, em nome de quem se encontra registado o bem, em data anterior a qualquer registo do eventual direito real de posse da embargante.

“O cônjuge do executado não tem, relativamente à casa de morada de família, o direito real de posse, nem qualquer outro direito, susceptíveis de serem defendidos por meio de embargos de terceiro.

Mas, ainda que o tivesse, não podia ser exercitado no caso concreto, já que a penhora recaiu sobre bens próprios do executado, por ele levados para o casal, e ao cônjuge do executado apenas ser facultado o uso de embargos de terceiros quanto aos bens próprios e quanto aos bens comuns que se não encontrem em alguma das situações previstas nas alíneas a) a c) do n.º 2 do artigo 1038º do Código de Processo Civil.” (www.dgsi.pt).

A embargante tem somente o direito à execução específica da promessa de transmissão do imóvel objecto de penhora, constante da sentença de divórcio decretado pelo Tribunal de Hong Kong, revista pelo Tribunal de Última Instância da RAEM em 17 de Julho de 2002.

Promessa unilateral do executado-marido, exequível pela embargante no ordenamento jurídico de Macau, a partir de 5 de Setembro de 2002, e se no futuro vier adquirir – na acção de execução específica

que moveu contra o seu ex-marido – o direito de propriedade da fracção objecto de penhora, adquire, por força do princípio da sequela dos direitos reais o ónus que impende sobre a fracção – o direito real de garantia registado em nome da ora embargada – penhora registada em 31 de Janeiro de 2001.

Não foi atribuída pelas partes eficácia real à promessa unilateral de transmissão da fracção, o que teria permitido desde logo o registo do direito real de aquisição da embargante na CRP.

O específico direito à execução específica é uma garantia obrigacional e não real, não podendo ser fundamento de embargos de terceiros.

Os embargos de terceiro só estão ao alcance do possuidor, que goze da presunção de titularidade do direito, nos termos do disposto no artigo 1193º do C.C..

Assim, **entende dever julgar-se o presente recurso improcedente**, mantendo-se a sentença recorrida, devendo seguir a execução até final.

Foram colhidos os vistos legais oportunamente.

II – FACTOS

Vem fixada a seguinte matéria de facto na 1ª Instância:

Foi penhorada à ordem dos autos de execução de sentença a

fracção autónoma designada pelo “A4” do 4º andar, para habitação, do prédio, em regime de propriedade horizontal, nºs 24 e 24^A da Estrada da Vitória, inscrito na matriz do Conselho de Macau, sob o artigo 13115, e descrito na Conservatória do Registo Predial de Macau sob o n.º 9176, a fls. 60v do livro B-26 (cfr. doc. a fls. 12 a 20).

Foi proposta pela Embargante a Acção Ordinária que recebeu o n.º 226/96 e correu pelo 4º Juízo do então Tribunal de Competência Genérica de Macau contra a Embargada (B) e julgada procedente por provada (cfr. doc. a fls. 6 a 17 dos autos de execução, que aqui se dá por reproduzido para todos os efeitos legais).

Em 1 de Fevereiro de 1999, o Tribunal Distrital da Região Administrativa Especial de Hong Kong decidiu decretar o divórcio entre a Embargante e o Executado e ainda que o cônjuge-marido, ora executado, transferiria todos os interesses legais e reais sobre a fracção autónoma penhorada para a cônjuge-mulher, ora Embargante (cfr. doc. fls. 21 a 33).

Em finais de 1987, o Executado chegou a dizer à Embargante que a fracção autónoma penhorada lhe ficaria a pertencer, dado constituir a residência, a partir de então só da Embargante e da filha menor (C) do casal.

Desde finais de 1987, a Embargante tem vindo a suportar todas

as despesas inerentes à dita fracção autónoma, incluindo as de manutenção, contribuições e outras, comportando-se com a convicção de que a fracção em causa lhe pertence.

A Embargante considerou os actos a levar a cabo para a efectivação da decisão referida na alínea C) da Matéria de Facto Assente (3º parágrafo supra) mera formalidade a não afectar a sua qualidade de proprietária da fracção autónoma penhorada.

Desde o ano de 1998 até à presente data, a Embargante e a sua filha menor residem na fracção autónoma penhorada.

III – FUNDAMENTOS

1. A questão

A presente questão traduz-se, no fundo, em saber, se o cônjuge do executado, casado que foi no regime de separação de bens e uma vez divorciado, pode embargar de terceiro para defesa do andar penhorado e que integra a casa de morada de família, sendo esse andar um bem próprio do marido e não tendo a embargante intervindo na acção declarativa.

Parecendo ser, à primeira vista, uma questão abundantemente tratada, não o é, de facto, e merece alguma reflexão, não só a partir do sentido para que inculcam as normas aplicáveis, mas no sentido que deve orientar a melhor interpretação, à luz da doutrina e da jurisprudência.

2. A base normativa

No direito substantivo o artigo 1210º do Código Civil, estabelece que *“O possuidor cuja posse for ofendida por diligência ordenada judicialmente pode defender a sua posse mediante embargos de terceiros, nos termos definidos na lei de processo”*.

A sede processual da tutela dos direitos e interesses da embargante assenta no disposto no artigo 292º, n.º 1 do Código de Processo Civil de Macau (CPCM), onde se preceitua :

“Se qualquer acto, judicialmente ordenado, de apreensão ou entrega de bens ofender a posse ou qualquer direito incompatível com a realização ou o âmbito da diligência, de que seja titular quem não é parte na causa, pode o lesado fazê-lo valer, deduzindo embargos de terceiro.”

Corresponde ao artigo 1037º do CPC de 61 e, tendo passado com a pretensa transformação da acção declarativa de embargos de terceiro em incidente de instância, com a aprovação do novo Código de Processo Civil de Macau de 1999, tal deslocação sistemática fez-se acompanhar de profundas alterações no que respeita à legitimidade para embargar.¹

Os embargos deixaram de se basear exclusivamente na posse para se poderem também fundar na titularidade de qualquer direito incompatível com a realização ou âmbito da diligência.

¹ - Lebre de Freitas, CPC Anotado 1º, 1999, 614

Importa ainda ter presente o que dispõe o artigo 293º do Código do Processo de Civil de Macau, correspondente ao n.º 1 do artigo 1038º do Código do processo Civil de Portugal, estatui: *“O cônjuge que tenha a posição de terceiro pode, sem consentimento do outro, defender por meio de embargos os direitos relativamente aos bens próprios e aos bens comuns que tenham sido indevidamente atingidos pela diligência prevista no artigo anterior.”*

3. Posição da recorrida

Tal acervo normativo, como pretende a ora recorrida e embargada, significa que o nosso ordenamento jurídico proíbe que em processo de execução os bens próprios do cônjuge executado sejam embargados pelo outro cônjuge, pois assim não sendo, tal conduziria à legalização da possibilidade de subtracção de bens do executado no âmbito da execução.

Só o poderia fazer se demonstrasse ser titular de direito real que pudesse suplantar o direito de propriedade inscrito em nome do executado e que pudesse destronar a garantia que a exequente fez registar, traduzida na penhora a favor da ora embargada sobre bem próprio do executado.

Para concluir que a embargante não apresenta qualquer título válido para a aquisição da posse sobre a fracção objecto de penhora nos termos e pelos meios de aquisição da posse enunciados no artigo 1187º do C.C., não sendo a residência da família na fracção objecto de penhora facto suficiente para aquisição da posse correspondente ao direito de

propriedade. Os actos de administração ordinária do possuidor precário - pagamento de electricidade, água, contribuições fiscais e telefone - não seriam suficientes para provar o *animus domini* da embargante.

4. Mas será assim?

A primeira constatação que se faz é a de que impedir a possibilidade de o cônjuge não executado embargar de terceiro relativamente à penhora sobre um bem que integra a casa de morada de família seria destruir, no fundo, a eficácia da sentença de anulação da venda que, oportunamente, suscitou e em que teve vencimento, exactamente por o marido ter alienado um bem que, embora próprio, constituía a casa de morada de família, sem o seu consentimento.

5. Importa então caracterizar a posse da embargante e o direito que se arroga.

Tal como o próprio Meritíssimo Juiz *a quo* reconhece, a posse da embargante relativamente à fracção autónoma dos autos foi constituída em finais de 1987, quando o executado acordou que a fracção autónoma penhorada ficaria a pertencer à embargante dado constituir residência, da embargante e da filha menor do casal, (C) (cfr. repostas aos quesitos 2º e 5º).

Declaração essa consubstanciada no acordo dos cônjuges quanto à fracção, homologado pela decisão do Tribunal Distrital da Região Administrativa Especial de Hong Kong, em 1 de Fevereiro de 1999, que decretou o divórcio entre a embargante e o executado, segundo

o qual “o cônjuge-marido, ora executado, transferiria todos os interesses legais e reais sobre a fracção autónoma penhorada para a cônjuge-mulher, ora embargante” (cfr. alínea C) da matéria de facto assente).

A este propósito chegou a escrever-se na sentença recorrida que, face à matéria de facto provada, o Tribunal não tinha dúvida de que a embargante detinha a posse do imóvel nos termos dos artigos 1175º e 1182º a 1186º do Código Civil de Macau (CCM), integrando os elementos - “*corpus*” detenção de facto da coisa, e “*animus*”, intenção de a considerar como sua e própria -, visto que ela ali residia com a sua filha (o *corpus*) e suportava todas as despesas inerentes, nomeadamente, as de manutenção, contribuições e outras não especificadas, e estando ainda convicta de que essa fracção lhe pertencia, atendendo à promessa assumida pelo seu ex-marido na sentença de divórcio (o *animus*).

6. A casa de morada de família

Importa não esquecer que o direito pretensamente tutelado se traduz na defesa da casa de morada de família que recebeu protecção com a Reforma de 77 com a introdução no Código Civil dos artigos 1682-A n. 2; 1682-B; 1775; 1778; 1793; 2103-A e 2103-B, hoje, artigos 1548º, 1549º, 1630º, 1633º, 1648º, 1942º e 1943º.

Procurou-se a defesa do direito à habitação do cônjuge e respectivo agregado familiar, em projecção dos princípios dimanantes da Lei Fundamental. Interligando-o à ideia de família fundada no princípio da igualdade entre os cônjuges e com direito à protecção da sociedade e

do Estado.

E previu o legislador os adequados meios processuais para prover àquela protecção através dos mecanismos de intervenção necessários para assegurar a legitimidade, nomeadamente nos artigos 18º e 19º do Código de Processo Civil, hoje, no artigo 62º. Trata-se, como escreve Pereira Coelho,² "de defender a estabilidade da habitação familiar - de a defender, agora, não apenas contra ameaças ou perigos externos, senão também contra ameaças ou perigos internos - no interesse dos cônjuges e eventualmente dos filhos, tanto no decurso da vida conjugal, em termos normais, como nas situações de crise, provocadas quer pelo divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, quer pelo falecimento de alguns dos cônjuges.

Mais concretamente: a lei pretenderá, no primeiro caso, proteger cada um dos cônjuges contra actos de disposição sobre a casa de morada da família praticados pelo outro cônjuge e que possam pôr em perigo a estabilidade da vida familiar; no segundo caso, a lei quererá que a casa de morada da família, decretado o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens, possa ser utilizada pelo cônjuge ou ex-cônjuge a quem for mais justo atribuí-la, tendo em conta as necessidades do outro; finalmente, no terceiro caso, o propósito da lei será o de assegurar ao cônjuge sobrevivente, tanto quanto possível, a sua permanência na casa da morada da família depois do falecimento do outro cônjuge.

Ao falar-se de protecção da casa de morada da família, são estes, fundamentalmente, os reais interesses que a lei tem intenção de

² - R.L.J. 122º-136/137

proteger".

O objectivo transparente da lei "é proteger o interesse de qualquer dos cônjuges (e do agregado familiar em geral) à habitação contra os actos de disposição do outro cônjuge, a título de (cônjuge) arrendatário", como realçam os Professores Pires de Lima e Antunes Varela³.

Assim, para garantir a protecção da casa de morada de família contra actos que possam prejudicar a sua utilização, a lei atribui aos beneficiários da protecção, que são os cônjuges, uma panóplia de direitos, tais os resultantes do facto de a alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre a casa de morada da família carecer de consentimento de ambos os cônjuges, mesmo que vigore entre eles o regime da separação; nenhum dos cônjuges pode dispor do direito ao arrendamento da casa de morada de família por qualquer dos modos previstos no artigo 1549º do CC, sem consentimento do outro; prevê-se a anulação dos actos de alienação, oneração arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre a casa de morada da família que sejam realizados sem o consentimento do outro cônjuge - art. 1554º do CC; a constituição, *ex novo*, de arrendamento a favor de qualquer dos cônjuges, na sequência de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens - art. 1648º do CC; fixação de regime provisório, quanto à utilização da casa de morada de família, na pendência da acção de divórcio ou de separação litigiosos - art. 957º do CPC; transmissão do arrendamento por divórcio ou separação judicial de

³ - Cód. Civil Anotado, Vol. IV, 2ª ed, pág. 306

peçoas e bens - art. 1042º do CPC; transmissão do arrendamento por morte - art. 1043º do CPC; encabeçamento, no momento da partilha, no direito de habitação da casa de morada da família - art. 1942º do CC;- necessidade de serem demandados ambos os cônjuges, sempre que estejam em causa acções que tenham por objecto directa ou indirectamente a casa de morada da família - art. 62º, n.º 1 do CPC.

A política de protecção da casa de morada da família "pretende ser global, no sentido de que os instrumentos legais em que se traduz devem aplicar-se qualquer que seja o regime de bens do casamento e qualquer que seja o direito através do qual a casa de morada de família é assegurada: direito real (de propriedade, usufruto ou outro) ou direito de crédito (arrendamento)".⁴

Se o cônjuge não arrendatário tem o direito de pedir a anulação dos actos de que resulte a perda do direito ao abrigo do qual a casa de morada de família é utilizada, o sentido teleológico da protecção da casa de morada de família exige que ele se possa opor a todos os actos, ainda que judicialmente ordenados, que tenham posto em causa o direito que o cônjuge substancialmente poderia anular. O cônjuge não arrendatário deverá poder defender-se de todas as agressões ao seu poder de utilização da casa de morada de família.

O que falta, à primeira vista, é a possibilidade de sozinho tomar posições para proteger a estabilidade e a unidade da família.

Mas será que o não poderá fazer através dos embargos de

⁴ - Pereira Coelho, R.L.J. 122-136

terceiro?

7. Analiseemos, pois, os embargos.

No ordenamento que nos serviu de fonte e matriz os embargos de terceiro foram, de uma forma geral, um meio de tutela da posse. E se o foram sempre,⁵ ou não, pois nas Ordenações Filipinas tinham por base a propriedade ou a posse causal, o certo é que, como meio de tutela da posse foram considerados, reconhecidos e regulados na Lei de 23 de Dezembro de 1761 e daí passaram para a Novíssima Reforma Judiciária - artigo 635º. Eram, contudo, um incidente de execução destinado a obter o levantamento de penhora ou da apreensão de bens já efectuada (entrega judicial e arresto) - artigo 922º e 378º do Código de 1867º.

Posteriormente, foram estendidos ao arrolamento, à posse judicial e ao acto executivo de despejo.

Até que, em sede do Código de Processo Civil pré-vigente passaram a ter a categoria de processo especial, englobando todos aqueles e ainda "qualquer outra diligência ordenada judicialmente" - artigo 1037º nº. 1.

O novo Código de Processo Civil de Macau passou a tratar os embargos de terceiro, como incidente da instância, consignando-se no nº. 1 do artigo 292º que o embargante, além da posse, pode através deles, defender qualquer outro direito incompatível com a realização ou o âmbito da diligência judicial, que se traduza num acto de agressão

⁵ - Como ensina o Prof. Anselmo de Castro, Acção Ex. Sing. Comum e Especial, Pág. 347

patrimonial.

8. Situações possessórias como fundamento dos embargos

Enquanto situação possessória de terceiro que fundamenta os embargos, há que atentar no regime traçado pelos artigos 1175º, 1176º e 1177º, todos do Código Civil.

Ao separar a posse da detenção estar-se-ia, em princípio, a afastar a tutela possessória a situações qualificadas como de detenção por simplesmente faltar a posse.

Pelo artigo 1177º do Código Civil são havidos como detentores ou possuidores precários, alínea c) *"os representantes ou mandatários do possuidor e, de um modo geral, todos os que possuam em nome de outrem"*. E aqui estão, entre outros, o locatário, o comodatário e o depositário, todos eles gozando de tutela possessória - artigos 982º, n.º. 2, 1061º, n. 2 e 1114º, n. 2 do Código Civil.

Poderíamos até acrescentar - dentro da 2ª parte da alínea c) do artigo 1177º do Código Civil outras situações que teriam, por via analógica, solução idêntica, sempre que haja "relações creditórias que confirmem o gozo autónomo do respectivo objecto (v.g. ao contrato promessa de alienação de coisa, quando esta seja entregue ao promitente adquirente antes da celebração do negócio definitivo)".⁶

⁶ - Prof. M. Mesquita, Obr. Reais e Ónus Reais, Pág. 50 e 51.

9. Situação concreta

Ora, esta situação não deixa de se projectar com especial importância no caso *sub judice* já que a posse da embargante, para além de incidir sobre a casa de morada de família, radica na afectação da coisa que lhe foi feita por via da sentença de divórcio produzida em Hong Kong. E em relação a essa sentença de divórcio entre a embargante e o executado, vista a informação do Sector de Cooperação Judiciária, da Secção de Direito Internacional, do Departamento de R.A.E.H.K. (cfr. fls. 165 e ss.), tal como se considerou na sentença recorrida, pode dizer-se que o acordo sobre os bens se assemelha à nossa figura de promessa unilateral com direito à execução específica.

Na verdade, o executado assumiu aí a obrigação de transferir todos os interesses legais e reais da fracção autónoma para a embargante, sendo certo que essa sentença foi revista e confirmada pelos Tribunais de Macau.

Ainda em conformidade com a supra mencionada informação da R.A.E.H.K., no caso de o executado recusar a outorga da escritura de alienação do imóvel, sempre poderia a embargante requerer ao Tribunal Superior de Hong Kong que se fizesse substituir o executado na outorga da escritura de forma a produzir os efeitos da declaração negociável do faltoso. O que não deixa de corresponder a uma autêntica acção judicial para a execução específica, tal como previsto no nosso ordenamento jurídico.

E de acordo com a explanação feita até aqui, podemos concluir que houve tradição da coisa para a esfera da embargante a partir de

Fevereiro de 1999, resultante da promessa obrigacional assumida pelo executado e sancionada pela sentença judicial da R.A.E.H.K.

Antes dessa data, o imóvel em causa, bem próprio do (R), era apenas a casa de morada de família, facto este alegado pela embargante como causa de pedir e provado na acção declarativa por si movida para anular o contrato de compra e venda da dita fracção celebrada entre o executado e a embargada (cfr. sentença do Proc. n.º 226/96 do 4º Juízo *in* Processo de Execução n.º 50/98/A, fls. 6 e ss.).

Pelo que não repugna o entendimento de que a embargante detém a posse do imóvel, como já acima se disse, nos termos dos artigos 1175º e 1182º a 1186º do Código Civil, detendo os dois elementos que a integram –*corpus*, detenção de facto da coisa, e *animus*, intenção de a considerar como sua e própria - , pois que ela reside aí com a sua filha (o *corpus*) e suporta todas as despesas inerentes, nomeadamente, as de manutenção, contribuições e outras não especificadas, e estando ainda convicta de que essa fracção lhe pertence, atendendo à promessa assumida pelo seu ex- marido na sentença de divórcio (o *animus*).

10. Possibilidade de embargos nas promessas com *traditio*

Perante a existência de uma promessa unilateral da alienação do imóvel pelo seu titular e, em princípio, com direito à “execução específica” a favor da embargante será curial tecer alguns comentários acerca daquela *vexata quaestio* e que assenta na discussão sobre se o contrato promessa, ainda que com tradição da coisa, é, por si só, suficiente para transferir a posse efectiva, ou se apenas confere uma

posse precária, consentida, uma mera detenção.

Interessa analisar a situação, na medida em que se trata de caso, tal como o presente, não expressamente contemplado, como possibilitando a existência de recurso aos embargos por parte do promitente comprador.

O artigo 875º do Código Civil de 1966, previa quanto à forma dos contratos de transmissão de propriedade de imóveis: “*O contrato de compra e venda de bens imóveis só é válido se for celebrado por escritura pública*”.

O artigo 866º do Código Civil, conjugado com o artigo 94º, n.º1 do Código de Notariado, determina, por seu lado, que a forma para transmissão de propriedade sobre imóveis é a escritura pública. Pelo que não existe outro modo idóneo, com eficácia translativa para um direito real de gozo sobre um imóvel, que não a celebração de escritura pública.

E se a lei prevê um direito de retenção a favor do promitente-comprador, quando haja tradição da coisa, tal direito é para ser usado contra o promitente vendedor, traduzindo-se num direito real de garantia, não impedindo, por si, o arresto, ou a penhora, apenas permitindo ao promitente-comprador reclamar, a par com outros credores com garantia real, o seu crédito.

Esta situação é diferente daquela em que a qualidade de promitente-comprador, se verifica sem *traditio*, e que integra tão

somente um direito de crédito a concretizar pelo promitente vendedor, que fica por essa via obrigado a vender-lhe a coisa prometida – cfr. art. 407º, nº1 e 820º, nº2 do CC -, na esteira do entendimento de Pires de Lima e Antunes Varela⁷, o contrato-promessa não é susceptível, só por si, de transmitir a posse ao promitente-comprador, já que este, mesmo obtendo a entrega da coisa antes da celebração do negócio translativo, só adquire o *corpus* possessório mas não o *animus possidendi*, ficando, pois, na situação de mero detentor ou possuidor precário.⁸

Também Mota Pinto⁹ entende que se infere do artigo 670º, alínea a) do Código Civil pré-vigente, *a contrario* não ser admissível a posse nos direitos reais de garantia, entre eles o direito de retenção sobre a coisa que é objecto do contrato-promessa de que os embargantes gozavam ao tempo da celebração do contrato-promessa (artigo 442º, nº 3 do Código Civil) e posteriormente ao início de vigência do Decreto-Lei 379/86, de 11 de Novembro (alínea f) do nº 1 do artigo 755º do Código Civil), mau grado a remessa do artigo 759º, nº 3 do Código Civil para as regras do penhor, isto é, para o citado artigo 670º, alínea a), segundo o qual o credor pignoratício adquiria o direito de usar, em relação à coisa empenhada, das acções destinadas à defesa da posse, ainda que contra

⁷ - Código Civil Anotado, volume III, 2. edição, 6

⁸ - R.L.J. 124, páginas 347 e 348

⁹ - Dtos Reais, 1971, 196

o próprio dono. Assim também pensa Henrique Mesquita.¹⁰

E parte da jurisprudência também vinha defendendo, até uma determinada altura, que o promitente-comprador, titular do direito de retenção sobre a coisa que lhe foi antecipadamente entregue, não podia deduzir embargos de terceiro.¹¹

Porém, opinião diferente tinha Vaz Serra¹², para quem o promitente-comprador que toma conta do prédio e pratica actos correspondentes ao exercício do direito de propriedade, sem que o faça por uma tolerância do promitente-vendedor, mas com a intenção de agir em seu próprio nome, passando a agir como se a coisa já fora sua, embora ainda a não tenha comprado, pratica actos possessórios sobre a coisa e com o *animus* de exercer em seu nome o direito de propriedade; daí o gozar dos meios possessórios que a lei reconhece ao possuidor para defesa da posse, com os embargos de terceiro, e, assim, a penhora da coisa em execução contra o promitente-vendedor autoriza o promitente-comprador a deduzir tais embargos de terceiro; no caso de

¹⁰ - Direitos Reais, edição de 1967, 80

¹¹ - entre outros, os acórdãos do S.T.J. de 28 de Novembro de 1975, 29 de Janeiro de 1980, 31 de Março de 1993, 23 de Janeiro de 1996, in, respectivamente, R.L.J. 109, página 334, R.L.J. 114, página 17, C.J. do Supremo, 1993, Tomo II, 44, C.J. do Supremo 1996, Tomo, página 70

¹² - R.L.J. 109, páginas 347 e seguintes e 114, páginas 20 e seguintes

antecipação da entrega da coisa, as partes, além do contrato-promessa, terão celebrado outro contrato inominado susceptível de protecção possessória, através do qual os promitentes-vendedores concederam aos promitentes-compradores o direito ao uso e fruição da coisa até à conclusão do contrato prometido ou resolução do contrato-promessa.

Por seu turno, Orlando de Carvalho¹³ sustenta que pode haver posse em certos direitos reais de garantia, como o direito de penhor e o direito de retenção, que conferem poderes de facto sobre a coisa, dado que a lei estabelece que o credor pignoratício tem o direito de usar, em relação à coisa empenhada, das acções destinadas à defesa da posse, ainda que seja contra o próprio dono (artigo 666º, alínea a), o que também valia, por força dos artigos 748º e 749º, n.º 3 do Código Civil, para o titular do direito de retenção.

Finalmente, J. (W)¹⁴ refere que o beneficiário da promessa, titular do direito de retenção, pode usar das acções referidas no artigo 666º, alínea a), *ex vi* dos artigos 748º e 749º, n.º 3, pelo que pode recorrer aos embargos de terceiro. E este autor, noutro lugar,¹⁵ defende que para se saber se houve posse ou mera detenção no poder de facto do promitente-comprador sobre a coisa objecto do contrato prometido, que lhe foi entregue antecipadamente, tudo depende do *animus* que

¹³ - R.L.J. 122, página 106

¹⁴ - Sinal e Contrato-Promessa, 112

¹⁵ - B.M.J. 349, página 86, Nota 55

acompanhe o *corpus*, isto é, se o promitente-comprador tiver *animus possidendi*, o que não é de excluir *a priori*, será possuidor, situação que pode ocorrer nos termos da alínea b) do artigo 1187º do Código Civil (v.g. o promitente-vendedor diz ao promitente-comprador que pode entrar para a casa e proceder como proprietário desde logo, como se ela fosse desde já sua, passando ele a actuar com *animus rem sibi habendi*, ou originariamente, nos termos da alínea a) do mesmo artigo 1187º), mas, se tiver *animus detinendi*, será detentor ou possuidor precário; e acrescenta que, em todos os casos de tradição da coisa para o promitente-comprador, a ocupação, uso e fruição da coisa por este é lícita e legítima, até à resolução do contrato-promessa ou celebração do contrato prometido, porque se constitui uma relação jurídica obrigacional que confere ao promitente comprador o direito relativo de ocupar, usar e fruir a coisa até uma daquelas duas referidas situações, seja qual for a classificação dada a essa relação jurídica; e certo é que o facto de o promitente-comprador gozar do direito de retenção da coisa é irrelevante para a questão de saber se houve posse ou mera detenção.

Pelo que toca à jurisprudência, parece poder concluir-se pela tendência no sentido de que o promitente-comprador, tendo havido tradição da coisa, é um verdadeiro possuidor e não um mero detentor, ou pelo menos que, como titular do direito de retenção, goza de tutela

possessória e por isso até pode embargar de terceiro.¹⁶

Da nossa parte, seguimos na esteira deste último entendimento, realçando o clarividente esclarecimento de (W), segundo o qual tudo se resume a saber se o *corpus* da posse exercido pelo promitente-comprador é ou não acompanhado do *animus possidendi*, isto é, se ele actua com *animus rem sibi habendi*. De resto, tanto Pires de Lima e Antunes Varela admitem situações em que a posição jurídica do promitente-comprador preenche excepcionalmente todos os requisitos de uma verdadeira posse, pois que ele pratica os actos não em nome do promitente-vendedor mas em seu próprio nome, actuando *uti dominus*, e apontam, como exemplo, o caso de já ter sido paga a totalidade do preço e a coisa ter sido entregue ao promitente-comprador como se sua fosse já, passando este, nesse estado de espírito, a praticar sobre a coisa diversos actos materiais correspondentes ao exercício do direito de propriedade.

Não esquecendo que a situação da embargante em relação à aludida promessa, segundo o nosso Direito, estaria sujeita ao novo regime do contrato-promessa consagrado pelo Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 39/99/M, de 3 de Agosto e com a entrada em vigor

¹⁶ - Entre outros, os acórdãos do S.T.J. de 18 de Novembro de 1982, 4 de Dezembro de 1984, 25 de Fevereiro de 1986, 16 de Maio de 1989, 22 de Junho de 1989, 21 de Fevereiro de 1991, 7 de Março de 1991, in, respectivamente, B.M.J. 321, página 387, 342, página 347, 354, página 549, 387, página 579, 388, página 437, 404, página 465, 405, página 456.

deste novo diploma legal, para além da consagração do direito de retenção, o seu artigo 820º, n.º2, *in fine*, vem reforçar o privilégio creditório ao promitente-comprador com entrega da coisa, dando maior relevo à posse do promitente-comprador, ou seja, “(...) *ainda que tenha havido convenção em contrário, o promitente-adquirente, relativamente a promessa de transmissão ou constituição onerosas de direito real sobre prédio ou fracção autónoma dele, goza do direito à execução específica, contanto que tenha havido a seu favor tradição da coisa objecto do contrato*”.

E não se deixa de registar que o entendimento acima explanado já foi acolhido nos Tribunais de Macau¹⁷

11. A situação possessória resultante da utilização da casa de morada de família

Em todo o caso, prevenindo a possibilidade de se divergir no entendimento quanto à promessa de transmissão de todos os direitos inerentes à fracção em causa, por força da sentença de Hong Kong revista internamente, importa analisar a situação possessória real existente sobre o imóvel em causa e a relevância que a titularidade sobre a casa de morada de família pode assumir.

Como se viu já a lei abre hoje as portas aos embargos não só às situações possessórias como aos direitos que não se concretizem através

¹⁷ -Cfr. Ac. de 15/2/95 do então TSJ, in Tribunal Superior de Justiça de Macau – Jurisprudência, 1995, I Tomo, pags. 102 e segs

daquelas situações. E dentro das situações possessórias o legislador estendeu a tutela possessória a certas situações de posse precária ou em nome de outrem, quer em casos em que expressamente o prevê (casos do locatário, comodatário, depositário), quer em casos em que tal assim não acontece.

E porquê?

A resposta a esta pergunta é uma das chaves que abre a solução da questão em apreço e para a possibilidade de alargamento do embargos a situações possessórias não expressamente previstas.

12. Análise de uma outra situação particular de tutela possessória

Acompanhemos a construção que tem sido seguida para as situações do arrendamento, por serem as que, ao que sabemos, têm tido tratamento jurisprudencial¹⁸ no direito comparado.

Uma importante corrente da doutrina e da jurisprudência entende que ao cônjuge do arrendatário habitacional está vedado fazer uso dos embargos de terceiro contra a decisão que mande executar o despejo, já que este afecta apenas um direito próprio do arrendatário e não um direito comum dos cônjuges¹⁹.

Pelo n.º 2 do artigo 982º do Código Civil o locatário "privado

¹⁸ - Ac. STJ de 6/11/2003, proc. 04A992, in <http://www.dgsi.pt>

¹⁹ - Acs. S.T.J. de 6-3-86, Bol. 355-346; de 15-4-86, Bol. 356-291; de 28-5-86, Bol. 357-345, Antunes Varela, R.L.J. 119-249; Pereira Coelho, R.L.J. 122-142; Aragão Seia, Arrendamento Urbano, 7ª ed., pág. 396/397

da coisa ou postulado no exercício dos seus direitos" pode recorrer aos meios possessórios, onde se incluem os embargos de terceiro.

Visa-se a defesa da coisa locada frente a actos que vão impedir ou diminuir o gozo pelo locatário, mesmo praticados pelo locador. Choca-se a posse formal do locatário por ser em nome alheio, em primazia, com a posse causal e daí própria do locador. O mesmo se passa com a sublocação lícita, ao estabelecer relações directas entre o sublocatário e o locador.

Qual é então a natureza da norma do n.º 2 do artigo 982º do Código Civil?

Dizem uns:²⁰ "A aceitação desta concepção subjectiva da posse - exigência do *animus* - levou o legislador, por motivos de equidade, a conceder excepcionalmente a defesa possessória em casos em que não existe posse por parte do detentor, por falta do *animus possidendi*.

Esta tese da excepcionalidade é paralelamente defendida pelo Prof. Orlando Carvalho²¹ e encontra apoio jurisprudencial.²²

Ela é, assim, consequentemente um dos sustentáculos para fundamentar a tese da impossibilidade dos embargos em situações em que a mulher não demandada na acção de despejo não podia embargar por, embora detendo a casa de morada de família, o arrendamento não lhe ter sido transmitido. Tudo partindo da ideia que o artigo 10º do Código

²⁰ - P. Lima e A. Varela, Código Civil Anotado, Vol. III, anotação ao artigo 1251

²¹ - RLJ ano 122, Pág. 69

²² - Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Abril de 1986, Bol. 356, pág. 291.

Civil proíbe transformar a excepção em regra.

Dizem outros²³ que tais situações são tuteladas pelos meios possessórios por precisamente serem susceptíveis de posse, posse causal do sujeito. Tudo "por mera interpretação extensiva, a integrar estas hipóteses na previsão do artigo 1251º"(nosso 1175º do CC).

O recurso à interpretação extensiva, mas do então artigo 1037º, n.º 2, levou alguma jurisprudência²⁴ a formar doutrina que levaria à procedência dos embargos em situações não expressamente abarcadas na letra da lei.

Na mesma linha o Prof. Menezes. Cordeiro,²⁵ vendo a situação abrangida pelo próprio artigo 1175º - posse causal - e não no artigo 1177º alínea c) do CC.

Dirão ainda outros²⁶ que as situações em apreço, sendo de simples detenção, cabem na alçada da 2.ª parte da alínea c) do artigo 1177º. Aqui se defende um interesse próprio do possuidor em nome alheio, interesse que se repercute na possibilidade de uso e fruição do bem, objecto do contrato. "É pois um interesse que tem subjacente a existência de uma relação própria e individualizada do seu titular com a coisa, um poder directo e imediato sobre ela, dentro dos limites do próprio contrato - fonte e dos direitos que dele emanam".

Daqui, com toda a naturalidade, afastada a tese da

²³ - Oliveira Ascensão, Direitos Reais, 1971, pág. 284 e 285

²⁴ - Ac. da Relação de Lisboa de 14 de Julho de 1987, C.J. XII, 1987, Tomo 4, Pág. 134

²⁵ - Direitos Reais, pág. 996 e 1001

²⁶ - Maria do Rosário Palma Ramalho, R.O.A., Dezembro 1991, Ano 51,pPág. 683,

excepcionalidade, conclui-se²⁷, que a tutela possessória será admitida, por analogia, "a situações de detenção não titulada, mas correspondentes a um interesse garantido legalmente", como seria o do cônjuge ou pessoas que tenham um direito legal à transmissão de arrendamento.

Tal significa, em resumo, que os embargos poderiam ser deduzidos não só através de interpretação extensiva, por forma a estender a aplicação de norma a casos não previstos pela sua letra, mas compreendidos pelo seu espírito, como também por via analógica, levando agora a aplicar a norma a situações nem sequer abrangidas pelo seu espírito. Perante estas duas vias aderimos preferencialmente a esta.

Estaríamos perante uma lacuna a ser preenchida por analogia, nos termos do n.º 1 e 2 do artigo 10º do Código Civil. "Dois casos dizem-se análogos quando neles se verifique um conflito de interesses paralelo, isomorfo ou semelhante, de modo a que o critério valorativo adaptado pelo legislado para compor esse conflito de interesses num dos casos seja por igual ou maioria de razão aplicável ao outro" (n.º 2 do artigo 9º do CC).²⁸ A aplicabilidade do n.º 2 do artigo 982º do Código Civil à mulher do arrendatário legitimar-se-ia pela identidade conflitual de interesses em jogo frente à mesma estrutura relacional, visando-se a satisfação do seu interesse legalmente protegido no gozo directo e autónomo da coisa locada.

²⁷ - Pág. 695

²⁸ - Prof. Baptista Machado, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador - pág. 202

Reflectindo o que se passa no contrato de arrendamento, o mesmo se passa com a análise da tutela possessória conferida ao comodatário e ao depositário.

Tais tutelas são conferidas em termos idênticos, pressupondo uma autonomização diferenciada dos direitos sobre o bem e exercidas similarmente, sempre, tendo como denominador comum, o interesse tutelável do possuidor.

13. A extensão da tutela dos possuidores *nomine alieno*

Recusando a tese de excepcionalidade,²⁹ aceita-se assim a extensão da tutela dos possuidores *nomine alieno*, para além dos casos expressamente previstos na lei, desde que haja um "título semelhante" ao daqueles casos.³⁰

Ora, esta tese não é consumida pela ampliação que aparece acolhida pelo novo Código de Processo Civil – artigo 292º, n.º 1. Aqui permite-se que o embargante, além da posse, possa, através de embargos, defender "qualquer outro direito incompatível com a realização ou âmbito da diligência judicial" agressiva.

Por aqui se caminha, por maioria de razão, para a procedência

²⁹ - Lopes Cardoso - Manual de Acção Executiva, reimpressão, Lisboa, 1987, pág. 385 e Palma Carlos - Acção Executiva Lisboa, 1970, Pág. 163,

³⁰ - Pais de Sousa e Cardona Ferreira e Lemos Jorge - Arrendamento Urbano, Pág. 202 , em relação ao arrendamento

da acção.

Poder-se-á objectar com a incomunicabilidade do bem, como bem próprio que é do cônjuge executado. Daqui dir-se-á que a embargante, não executada, e a quem não se comunica a posição do cônjuge executado, não pode embargar de terceiro à penhora sobre um bem que não lhe pertence.

É certo que, no tocante à casa de morada de família, o cônjuge devia também ter sido demandado por força do disposto no artigo 62º do CPC. Mas a sua não intervenção é questão que interessa à acção declarativa e não aos embargos, na medida em que essa intervenção não lhe confere a titularidade sobre a coisa que é um bem próprio do marido. Só que, como vimos, o meio de tutela de posse, não é excepcional.

É certo que não há disposição legal que, em termos de situação possessória, expressamente consagre à embargante a defesa por embargos de terceiro da sua situação. Mas também não há norma que expressamente a repudie.

O legislador português até chegou a sentir que o problema estava por resolver e pretendeu dar-lhe solução.³¹ Nos casos de sustação da execução - no nº 5 do art. 986º estipulava-se "Fica salva a possibilidade de oposição de terceiro, nos termos gerais, inclusive do cônjuge do executado, se não tiver sido parte na acção declarativa". Mas a solução

³¹ - Com efeito a Comissão de Revisão do Código Civil, presidida pelo Prof. A. Varela debruçou-se sobre tal, por iniciativa do Cons. Cardona Ferreira, - ver actas no BMJ. 402, pág. 47 e 51; 404, pág. 10; 414, pág. 25 e 415, pág. 8 e 15

não veio a soçobrar.

Uma interpretação actualista do sistema, analisada a protecção devida à casa de morada de família, levará a dar relevância à posição do cônjuge detentor da casa de morada de família, ainda que divorciado, já que essa não deixará de ser o núcleo aglutinador da família e dos filhos do casal.³²

É incompreensível que o sistema imponha, em defesa da família, o dever de demandar ambos os cônjuges - litisconsórcio necessário passivo - e depois, em plena quebra da sua unidade, venha, pelo silêncio, ou por meios indirectos, a obstacular à ulterior defesa do não demandado em violação daquele dever. Esta é a lei de vida onde se desenham as actuais relações familiares. O Direito tem de servir de ponte entre a idealidade de justiça e a vida real vivida pela comunidade.

Assim, não se encontrando no sistema norma aplicável a caso análogo, - o artigo 293º não contempla a possibilidade do cônjuge não executado embargar de terceiro relativamente a bens próprios do outro cônjuge - sustenta-se³³ que, mesmo em casos de penhora de bens próprios do executado, estamos em presença de uma lacuna, artigo 10º, n.º 3 do Código Civil, a ser resolvida segundo a norma a criar pelo intérprete, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema. E daí, por essa via, a admissibilidade dos embargos de terceiro, para não considerar até como fundamento dos embargos a própria autonomia do direito à morada de família, de *per se* considerado conflituante com o

³² - Ac. da Relação de Lisboa de 9 de Fevereiro de 1988, C.J. XIII, 1988, Tomo I, Pág. 125

³³ - Salter Cid, Protecção da Casa de Morada de Família, 1996,pPág. 263

acto de penhora, determinando o desapossamento do mesmo em relação à embargante e a entrega do mesmo a um qualquer depositário.

14. Admissibilidade dos embargos em face ao próprio direito à casa de morada de família

Argumentação que não deixará de ceder e de se tornar até desnecessária, perante a própria admissibilidade dos embargos, em face do direito à casa de morada de família, se de uma forma mais simplista se considerar estabelecido e conferido à embargante esse mesmo direito.

Aqui os embargos radicam, não já na situação possessória, mas no direito à casa de morada de família, em articulação com a nova previsão normativa contida no artigo 292º, n.º 1 do CPC, ao prever a ofensa de “qualquer direito incompatível com a realização ou âmbito da diligência”.

Pelo que se pode concluir, no sentido da procedência do recurso, seja no entendimento da existência de uma promessa com *traditio* geradora do direito de retenção, seja por considerar admissíveis os embargos às situações do possuidor precário, enquanto detentor da casa de morada de família, a par de outras situações expressamente previstas, seja por via do gozo conferido pela titularidade de um verdadeiro direito à casa de morada de família.

IV – DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em conceder provimento ao

recurso e, em consequência, revogar o acórdão recorrido, considerando procedentes os embargos, mantendo-se a embargante na posse da fracção em causa.

Custas pela recorrida.

Macau, 2 de Dezembro de 2004,

***João A. G. Gil de Oliveira (Relator) – Choi Mou Pan – Lai Kin
Hong (com declaração de voto)***

Processo nº 195/2004
Declaração de voto

Fiquei parcialmente vencido quanto à fundamentação por entender essencialmente que:

- de acordo com os termos em que foi revista e confirmada pelo TUI a sentença de divórcio entre a embargante e o executado e a informação do Sector de Cooperação Judiciária da Secção de Direito Internacional da RAEHK, a promessa de transmissão de imóvel em causa, assumida pelo executado nessa sentença da RAEHK, deve ser interpretada como correspondendo à nossa figura de promessa unilateral com direito à execução específica, tal como doutamente entende o Mmº Juiz *a quo*;

- portanto a pretensão da ora recorrente consubstanciada nos embargos deve ser apreciada no espírito subjacente ao nosso regime de contrato de promessa;

- assim, ao abrigo do disposto no artº 745º/1-f) do Código Civil, havendo tradição do imóvel conforme a matéria de facto provada, a embargante goza do direito de retenção;

- Face ao disposto no artº 820º/1 e 2 do Código Civil, a embargante beneficia do direito à execução específica;

- Desta maneira, independentemente da existência da posse por parte da embargante, essa mesma consegue sempre opor com êxito à penhora mediante embargos de terceiro, ao abrigo do disposto no artº 292º do Código de Processo Civil, dado que, face às citadas normas do Código Civil, a posição de beneficiário da promessa com tradição da coisa confere-lhe não apenas o direito de ser pago com preferência em relação aos demais credores do executado em caso de venda em execução, mas também o direito à execução específica;

- *In casu*, o direito à execução específica de que é titular a embargante não pode deixar de ser incompatível com a

adjudicação judicial ou a venda judicial do imóvel na sequência da penhora; e

- É pela verificação da incompatibilidade do direito à execução específica, de que é titular a embargante, com a penhora ordenada nos autos de execução, que entendo é de dar provimento ao recurso.

Eis as razões por que votei apenas a decisão do Acórdão que antecede.

RAEM, 02DEZ2004

Lai Kin Hong