

## EMBARGOS DE TERCEIRO À PENHORA. A QUESTÃO DA POSSE DO PROMITENTE COMPRADOR

Francisco José Ferreira Muniz \*

### 1. INTRODUÇÃO

A atualidade do tema dos embargos de terceiro de promitente comprador está ligada a seu nível de figura central de tutela da posse contra ato de apreensão judicial, de que são testemunhas a rica jurisprudência e a qualidade das contribuições doutrinárias.<sup>1</sup>

Os embargos de terceiros do promitente comprador, que se encontra na posse do imóvel prometido à venda, para o efeito de excluí-lo da execução promovida contra o promitente vendedor, é, com efeito, um instrumento bastante usado na prática de nossa vida judiciária. Faz-se, portanto, oportuno dedicar-lhe algumas considerações.

O presente trabalho constitui um estudo limitado às questões ou aos aspectos de interesse fundamental desta figura. Não cuidamos, assim, de um aprofundado estudo dos *embargos de terceiro possuidor*, que têm sido objeto, aliás, de pormenorizada atenção da doutrina.<sup>2</sup>

O intuito que nos move é de outro gênero. Apenas nos propomos tratar aqui da questão de saber se o promitente comprador

---

\* Professor Titular do Departamento de Direito Civil e Processual Civil do Setor de Ciências Jurídicas da UFPr.

(1) Revista Trimestral de Jurisprudência volumes 63-222; 89-285; 91-257; 92-818; 95-282; 96-1358; 97-1390; 100-215; 101-1305; 102-232; 104-239; 111-354; 111-425; 111-1213; 112-238; 114-840; Súmula 620. Neqi Calixto, Embargos de Terceiro oferecidos por promitente comprador, AJURIS, volume 26, páginas 72-88.

(2) João Monteiro, Curso de Processo Civil, I volume, 3.ª ed., 912, São Paulo, § 285; Enrico Tullio Liebman, Processo de Execução, Saraiva, 1946, São Paulo, n.º 47; Serpa Lopes, Curso de Direito Civil, vol. VI Freitas Bastos, 1960, Rio, n.º 126; Alberto dos Reis, Processos Especiais, vol. I, Coimbra Editora, 1982, Coimbra, páginas 399 e seguintes; Clóvis do Couto e Silva, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. XI, tomo II, arts. 1046 a 1102, Revista dos Tribunais, 1982, São Paulo, páginas 437 e seguintes; Hamilton de Moraes e Barros, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IX, arts. 946 a 1102, Forense, Rio, Páginas 287 e seguintes.



pode deduzir embargos de terceiro possuidor à penhora: isto é, se a sua posse constitui fundamento para esses embargos de terceiro.

## 2. POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Assim, e desde logo, o tema obriga considerar a posição do Supremo Tribunal Federal que nega — e este é, aliás, o ponto nuclear de suas decisões — a possibilidade de o promitente comprador deduzir embargos de terceiro à penhora, ainda que imitado na posse do imóvel.

Nesta ordem de idéias, a Suprema Corte, em uma importante decisão, declarou que os embargos de terceiro podem ser opostos pelo possuidor, não sendo, porém, de admiti-los *“em favor do simples possuidor para o efeito de desconstituir a penhora de imóvel de propriedade do executado, a qual não acarretava perturbação ou esbulho de posse”*.

Na sua fundamentação, este douto acórdão, depois de observar que, *“a ser isso possível, e se o imóvel penhorado tivesse sido entregue em comodato a alguém, o comodatário poderia excluí-lo da penhora por meio de embargos de terceiro”*, acrescentou: *“Em se tratando de promitente comprador, os embargos de terceiro só podem ser utilizados por ele, para opor-se à penhora do imóvel se propriedade ainda do promitente vendedor executado, se estiver inscrita a promessa de compra e venda irretratável e irrevogável, pois, nesse caso, a penhora não atinge a posse, mas sim o direito real à aquisição de que aquele é titular. Se não estiver inscrita a promessa, o promitente comprador é simples titular de direito pessoal, e embora esteja na posse do imóvel, não pode atacar o ato de constrição judicial que é a penhora, como não o poderiam o comodatário, o locatário, o depositário, também possuidores e titulares de mero direito pessoal com relação à coisa penhorada”*.<sup>3</sup>

Esta solução não parece, contudo, conciliável com o art. 1046, § 1º, do Código de Processo Civil (o que é dito com formal pedido de vênia), onde a estrutura dos embargos de terceiro tem o seu traço marcante na tutela da posse, tendo em vista que a penhora pode ofendê-la.<sup>4</sup>

O Professor Clóvis do Couto e Silva, estudando hipótese contemplada e julgada pelo Supremo Tribunal Federal, também toma como certo que *“sustentar a posição de competirem os embargos somente se o contrato preliminar estiver registrado, é*

(3) Revista Trimestral de Jurisprudência vol. 89/291 e 292.

(4) Clóvis do Couto e Silva, obra cit., páginas 456 e 475.



*proteger situação jurídica assemelhada a direito real. É tutelar direito de crédito “dominificado” e não a posse, através de remédio processual destinado à defesa da posse em face da lesão iminente por ato judicial. Parece, assim, que o Supremo Tribunal Federal admite os embargos de terceiro como remédio jurídico adequado a direito semelhante ao de propriedade; não se protege, porém, a posse simplesmente. Pode ser um “topos”, decisão limitada à espécie concreta, sem força para transformar a sua “ratio decidendi” em princípio geral”.<sup>5</sup>*

Assente, portanto, o ponto fundamental de serem os embargos de terceiro um específico meio processual de defesa da posse, passemos ao problema que constitui o objeto primeiro de nossas indagações e que consiste no exame da posse no contrato preliminar de compra e venda.

### 3. POSSE E PROMESSA DE COMPRA E VENDA

De acordo com a doutrina do Supremo Tribunal Federal, a posse do promitente comprador não constitui fundamento dos embargos de terceiro, como o não constitui a posse do locatário, comodatário ou depositário.

Para o estudo dessa questão, torna-se necessário examinar a questão da promessa de compra e venda, como promessa bilateral de vir a contratar no futuro, bem como solucionar o problema que a tradição do imóvel, ao promitente comprador, suscita.

Como se sabe, a entrega do imóvel ao promitente comprador não é efeito do contrato de promessa de compra e venda, que tem por objeto uma obrigação de prestação de fato, que consiste na emissão de uma declaração de vontade negocial.<sup>6</sup>

Trata-se da obrigação de estipular o contrato definitivo.

A promessa de compra e venda não gera, para o promitente vendedor a obrigação de prestação da coisa prometida à venda. E, assim, difere dos contratos que geram obrigação de entregar a coisa, como ocorre com a locação, contrato que revela a qualidade pela qual alguém se torna possuidor.

---

[5] Clóvis do Couto e Silva, obra cit., página 475.

[6] Altino Portugal Soares Pereira, A Promessa de Compra e Venda de Imóveis no Direito Brasileiro, 1957, Curitiba, página 31; A Função Econômica da Promessa de Compra e Venda de Imóveis e a Execução Compulsória — Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro, número 3, páginas 182/183. Acerca do contrato preliminar, Leonardo Coviello, Enciclopedia Giuridica italiana, volume III, páginas 68 e seguintes; Giuseppe Tamburrino, I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto, Giuffrè, 1954, Milano, Francisco Misseneo, Contratto, Giuffrè, 1961, Milano, páginas 299 e seguintes.



A posse do locatário manifesta-se em atuações concretas por forma correspondente ao exercício de seu direito (art. 1188 do Código Civil): posse imediata.

A obrigação de entregar a coisa visa, pois, proporcionar o uso e gozo da coisa locada.

De igual modo, a promessa de compra e venda difere dos contratos reais (*quoad constitutionem*), que para sua perfeição exigem a entrega da coisa, como ocorre com o comodato, o mútuo e o depósito.

Existe em todas essas hipóteses uma relação jurídica (ato jurídico que está na base da aquisição derivada da posse), que revela o início da posse e a qualidade do possuidor, que atribui à posse uma particular causa.

Entre o promitente vendedor e o promitente comprador não há — importa sublinhar — uma relação jurídica que revele a qualidade de possuidor deste último, tal como ocorre entre locador e locatário, comodante e comodatário, etc....

Já referimos que, pelo contrato de promessa de compra e venda, uma das partes se obriga a comprar e a outra se obriga a vender. As partes se obrigam a celebrar o contrato definitivo. A promessa gera, pois, uma obrigação de contratar: emitir uma declaração de vontade de acordo com o contrato prometido.

Tem, portanto, eficácia meramente obrigacional.

Isso não impede, porém, que o promitente vendedor possa entregar o imóvel ao promitente comprador. E, ao fazê-lo, concede-lhe, por antecipação, a posse a que daria lugar a tradição no contrato definitivo.

Com efeito, se a finalidade dessa transmissão de posse é a futura realização do contrato prometido de compra e venda, pelo qual se adquire o domínio, as partes podem, de acordo com o princípio da autonomia privada, estabelecer, desde já, o início da posse em termos de domínio em favor do promitente comprador que, portanto, será possuidor em nome próprio: *posse própria, como de dono*.

Numa perspectiva afim, o Ministro Soares Muñoz ponderou que “a posse do promitente comprador não é em nome de outrem; é em nome próprio, desde que o proprietário lhe tenha transmitido em razão do contrato. A posse, nos termos do art. 493, III, do Código Civil, se transmite por quaisquer meios de aquisição em geral. O promitente vendedor pode acrescer à obrigação de outorgar a escritura definitiva a de imitar, desde logo, o promitente comprador na posse do imóvel”.<sup>7</sup>

---

(7) Revista Trimestral de Jurisprudência vol. 89/292.



A tradição do imóvel não se faz em razão da promessa de compra e venda, mas, sim, em razão de um negócio exterior ao contrato.<sup>8</sup>

Na lógica deste pensamento, é possível que as partes convençionem só a transmissão da posse imediata ao promitente comprador (art. 486 do Código Civil). *É o exame de cada caso concreto que revelará se se deu, ou não, mediatização da posse.*

Esta argumentação, que vem apoiar evidentes exigências sociais em favor do promitente comprador, encontra decidido apoio na doutrina estrangeira.<sup>9</sup>

(8) Serpa Lopes escreve: "A transmissão da posse, na promessa de compra e venda de imóvel, ao contrário, não constitui elemento de qualquer espécie desse contrato, seja natural, seja essencial" — Curso de Direito Civil vol. III, Freitas Bastos, 1957, Rio, n.º 163, página 238; Abel Pereira Delgado, Do Contrato-Promessa, Livraria Petrony, 1978, Lisboa, capítulo IV, n.º 2, página 86; Menezes Cordeiro, O Novo Regime do Contrato-Promessa, 198, Lisboa — Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 306, nota 23, página 26.

(9) No direito português, o Professor Menezes Cordeiro, obra cit. páginas 26/27, traduz esta preocupação ao escrever: "Dogmaticamente, ela (refere-se à tradição) suscitava um problema complexo: seria o promitente comprador possuidor? Poder-se-ia pôr em dúvida essa sua qualidade, alegando que o promitente-comprador apenas se beneficiaria de um ato de tolerância do promitente vendedor (artigo 1253, alínea b) ou que possuiria em nome deste (artigo 1253, alínea c). Dada, porém, a economia da situação, tal saída seria, pelo menos, duvidosa: o promitente está na posse da coisa porque, indo adquiri-la, inicia, desde logo, um aproveitamento próprio e autônomo. Outra via seria a de admitir posse, mas em termos de comodato: haveria uma cedência gratuita da coisa, até que, pela celebração do contrato definitivo, se consumasse a transferência do domínio. Mas não: dada novamente, a natureza da situação, não se descortina qualquer relação de liberalidade. Parece, por tudo isto, de aceitar uma verdadeira posse a favor do promitente-comprador, constituída nos termos do art. 1263, alínea b). Essa posse seria exercida em termos de propriedade, mas com a natureza de posse formal: a propriedade da coisa está, ainda, na esfera do promitente-vendedor". E acrescenta que com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 236/80, o esquema acima citado fica alterado, pois "em primeiro lugar, a lei reconhece expressamente a existência da promessa com tradição. Deixa, então, de ser necessário recorrer às normas gerais do art. 1263, para explicar o fenómeno, o que nos conduzia à posse formal em termos de propriedade. Passa, agora, a haver posse (causal) nos termos de contrato-promessa. E isso, como vimos: quer pela tradição, quer pelo direito de retenção, que, como vimos, implica posse".

O professor Vaz Serra, em trabalho escrito antes do advento do Decreto-lei n.º 236/80 (que introduziu alterações ao Código Civil português) aparentemente não tão categórico, chegava a conclusões análogas. "O promitente-comprador, escreve o professor Vaz Serra, que toma conta do prédio e nele pratica atos correspondentes ao exercício do direito de propriedade sem que o faça por mera tolerância do promitente-vendedor, não procede com a intenção de agir em nome do promitente-vendedor, mas com a de agir em seu próprio nome: não existe, entre ele e o promitente-vendedor, um negócio jurídico (título) que revele a sua qualidade de mero detentor ou possuidor em nome do pro-



Cabe agora dizer alguma coisa sobre a doutrina que se formou em torno da figura do compromisso de compra e venda de imóvel, para explicá-lo como uma verdadeira compra e venda,<sup>10</sup> na qual *“as partes, escreve o Professor Orlando Gomes, não se obrigam a dar o consentimento, eis que já foi dado, mas unicamente a repeti-lo no instrumento próprio na escritura indispensável”*.<sup>11</sup>

As partes, portanto, não celebrariam uma verdadeira promessa de contratar (promessa de celebrar certo contrato, *“de vir no futuro comprar e vender”*), mas estipulariam, desde logo, *“um contrato de compra e venda in itinere, em formação sucessiva ou escalonada no tempo”*.<sup>12</sup> *Eles desejam desde logo e definitivamente as consequências práticas e econômicas da regulamentação de interesses, que serve de determinação do contrato de compra e venda.*

*Nesse contexto, a prática corrente da tradição do imóvel ao compromissário comprador garante-lhe o uso e utilização econômica autônoma.*

De onde se segue que a posse do compromissário comprador é uma posse própria, como de dono.<sup>13</sup>

#### 4. PENHORA DO IMÓVEL PROMETIDO A VENDA

A penhora do imóvel prometido à venda, por si e por seus ulteriores efeitos, molesta a posse do promitente comprador, pois submete o bem à guarda e à conservação do depositário; e, sendo providência preparatória de um ato de disposição, gera para o

---

mitente-vendedor, a ponto de os actos que pratique na coisa deverem ser havidos como praticados por um simples possuidor em nome de outrem. Tendo celebrado um contrato de promessa de compra e venda com o promitente-vendedor, e nessa qualidade, e na previsão da futura outorga do contrato de compra e venda prometido, passando a conduzir-se como se a coisa fosse já sua, não pratica os actos possessórios com a intenção de agir em nome do promitente-vendedor, mas com a de os praticar em seu próprio nome: julga-se já proprietário da coisa, embora não a tenha ainda comprado, pois considera segura a futura conclusão do contrato de compra e venda prometido, donde resulta que, ao praticar na coisa actos possessórios, o faz com o animus de exercer em seu nome o direito de propriedade” (Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 109, março de 1977, n.º 3583, página 347).

(10) Orlando Gomes, Contratos. Forense, 4.ª edição, 1973, Rio, n.º 180; José Osório de Azevedo Jr., Compromisso de Compra e Venda, Saraiva, 2.ª ed., 1983, São Paulo, especialmente os números 4, 5, 6, 7 e 8; Antunes Varela, Direito Econômico, Saraiva, 1977, São Paulo, n.º 5, páginas 105-107; Sydney Sanches, Compromisso de Compra e Venda, AJURIS, vol. 25, página 15.

(11) Orlando Gomes, obra cit. página 260.

(12) Antunes Varela, obra cit. página 105.

(13) José Osório de Azevedo Júnior, obra cit., n.º 43, página 77..



adquirente, por alienação judiciária, o direito de imitir-se na posse da coisa.

Definindo-se os embargos de terceiro por dupla função, de prevenção e de restituição<sup>14</sup>, vê-se que o seu fundamento de fato *“é a diligência judicial que tenha privado, ou ameace privar, da posse o terceiro possuidor”*<sup>15</sup>. O que ocorre com a penhora do bem possuído pelo promitente comprador.

Em tal circunstância, por ser providência preparatória de um ato de disposição jurídica, a penhora supõe a propriedade do bem do requerido. Como resultado da penhora, note-se, fica à ordem do juízo, para os fins específicos da execução, não só o *direito de propriedade, que é o objeto do ato de disposição, como também, o objeto do próprio direito, a coisa móvel ou imóvel pertencente ao executado*.

Assim, o bem penhorado fica afetado aos fins da execução.

E, por ser assim, isto significa, afinal, bem vistas as coisas, que o terceiro possuidor em nome próprio pode deduzir embargos contra penhora para defender sua posse (art. 1046, § 1º, do Código de Processo Civil.<sup>16</sup>)

Dito isto, porém, falta ainda uma outra indagação que consiste em saber como manter a tutela possessória do promitente comprador, quando se sabe que, uma vez realizada a penhora, será inoponível, no processo de execução, o contrato definitivo de

---

(14) Nesse sentido, o professor Clóvis do Couto e Silva: *“os embargos de terceiro senhor e possuidor, ou simplesmente de possuidor, constituem aspectos específicos da tutela possessória, não só repressiva (embargos para reintegração ou para a manutenção) como também preventiva (embargos proibitórios)”*, obra cit., n.º 494, página 456.

(15) Guerra da Mota, Manual da Ação Possessória, volume I, 1980, Porto, página 143.

(16) Precisamente neste sentido — mas apenas para exame do inciso III do art. 592 do Código de Processo Civil, segundo o qual ficam sujeitos à execução os bens do devedor, quando em poder de terceiros — escreveu o professor Humberto Theodoro Junior: *“Segundo o inciso III do art. 592, a posse ou detenção de outrem sobre os bens do devedor não é empecilho à execução. Naturalmente, se o terceiro desfruta uma posse contratual legítima, como é o caso da locação com eficácia perante o adquirente (Código Civil, art. 1.197), a execução contra o locador que atingir o bem arrendado, não excluirá a continuidade do exercício dos direitos do locatário até o final do contrato. O arrematante, adquirindo a propriedade do bem ficará sub-rogado na posição do devedor, isto é, locador. Quando o terceiro possuir o bem do devedor em nome próprio, e não em nome do executado, não poderá haver penhora direta sobre o bem, mas apenas sobre o direito e ação do proprietário contra o possuidor. Se o credor insistir e efetuar a penhora, o terceiro poderá manejar com êxito os embargos de terceiro para proteger sua posse (art. 1046, § 1.º)”*. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, (Arts. 566 a 795), Forense, 1.ª ed., 1978, Rio, n.º 146, pág. 204. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos de 24 de novembro de 1977 e 14 de março de 1978, Revista Trimestral de Jurisprudência, volumes 91/257 e 92/818.



compra e venda que porventura o executado, promitente vendedor, realize com o promitente comprador. Ou por outras palavras, os embargos de terceiro possuidor seriam improcedentes, dado que seria inócuo sustentar a posse própria do promitente comprador (posse que lhe foi transmitida na fundada expectativa de um futuro contrato de compra e venda eficaz) contra a penhora, quando se sabe que a execução deve prosseguir como se o bem penhorado pertencesse ao executado, culminando com sua expropriação.

Este resultado apresenta-se, é claro, se se tratar de promessa de compra e venda *não registrada*. Como adiante veremos, tal resultado não corresponde à opção do direito brasileiro.

O ponto sensível dessa argumentação, que revela com maior nitidez a oposição entre posse e domínio (direito real), é que ela veicula uma *exceptio dominii*.

A penhora pode privar o promitente comprador de sua posse, porque a posse do promitente comprador não pode opor-se à propriedade do executado, promitente vendedor.

Mas a proteção possessória, através dos embargos de terceiro, pode ser prejudicada pela alegação de que permanece no executado a titularidade do domínio do bem penhorado, para os fins da execução?

Desse problema nos vamos ocupar no parágrafo que se segue.

Adiante veremos, portanto, qual a sua solução: para já, contudo, cumpre-nos chamar a atenção para o fato de que se, diversamente, a promessa de compra e venda estiver *registrada*, a situação jurídica do promitente comprador permanece inalterada, não obstante a penhora do imóvel prometido à venda.

O promitente comprador continuará a exigir do promitente vendedor a outorga da escritura definitiva, a despeito da penhora do imóvel em execução movida contra o promitente vendedor. Ou o promitente vendedor lhe outorga a escritura definitiva ou ele instaura ação de adjudicação compulsória contra o promitente vendedor inadimplente.

Outorgada a escritura definitiva ou obtida a sentença de adjudicação compulsória, o seu registro produzirá efeitos retroativos à data da averbação da promessa de compra e venda, por força da regra do art. 5º do Decreto nº 58, de 10 de dezembro de 1937. E, desse modo, toda e qualquer alienação judiciária posterior ao registro da promessa de compra e venda é ineficaz, devendo ser tratada como um ato de alienação a *non domino*.<sup>17</sup>

(17) Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, Parte Especial, tomo XIII, 3.ª ed., 1971, Rio, Borsí, § 1433, n.º 3, pág. 35 e § 1436, n.º 3, pág. 36; Antunes Varela obra cit., págs. 104/105 e 110/111.

A promessa de venda e a penhora estão sujeitas a registro. E sendo assim,



## 5. A POSSE, COMO FUNDAMENTO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO, E A "EXCEPTIO DOMINII" DEDUZIDA PELO EMBARGADO

Tem-se efetivamente entendido ser possível ao embargado suscitar, na contestação dos embargos, incidente ou questão de domínio, obstando ou afastando, desse modo, a tutela possessória, pelo maior valor ou prevalência daquela sobre esta.

---

**prevalece a que primeiro for registrada (princípio da prioridade).** O registro da penhora de imóvel é obrigatório e **"ela só produz efeitos em relação a terceiros, desde a data do registro"**, como escreveu o doutor Luiz Melíbio Uiraçaba Machado, no julgamento da apelação cível n.º 183003615, de 24 de março de 1983, Julgados do Tribunal de Alçada do R.G.S. n.º 47/293, por força do que estabelece a Lei de Registros Públicos — arts. 167, 1, 5 e 169.

Assim, o promitente comprador e o comprador, na compra e venda, devem registrar o título, para que não sejam, pelo posterior registro da penhora, preteridos pelo credor exequente. O interessado deve acautelar-se com o registro para que a promessa de compra e venda ou a venda sejam eficazes contra a execução. **E esse registro há de ser anterior ao registro da penhora.**

Por idêntica razão, **"prevalece contra a penhora não inscrita"**, o ato de disposição devidamente transcrito no registro de imóveis, apelação cível 47/781, Rio de Janeiro, rel. Hilário Alencar, in Revista de Direito Imobiliário, vol. 8/105 bem como a **"escritura levada a registro no curso da execução quando o bem imóvel já era alvo do ato construtivo consistente de penhora"**, que não foi registrada — Embargos infringentes n.º 27/445, 2.º Grupo Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, rel. Décimo Antônio Erpen, in Julgados do Tribunal de Alçada do R.G.S. n.º 44/194. O contrato definitivo de compra e venda tende à transferência de domínio do vendedor ao comprador com a oportuna transcrição no registro de imóveis. Essa consequência jurídica é, porém inoponível ao credor do promitente vendedor, desde que a penhora se encontre registrada. Com efeito, os atos jurídicos realizados antes da penhora, mas transcritos depois desta, são imponíveis ao credor penhorante. **E o bem penhorado fica afetado aos fins da execução. A alienação do bem penhorado é havida, portanto, como ineficaz com relação ao credor penhorante, com o que se garante tal afetação.** Por evidente, se se paga a dívida exequenda deixa de existir o motivo da ineficácia. **A vontade de adimplir, de dispor do direito, de transmitir o domínio do imóvel, que está na vontade de vender (co-declarada na compra e venda, como ensina o professor Clóvis do Couto e Silva. "A OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO", Bushatsky, 1976, São Paulo, páginas 56/58), como negócio dispositivo, "e que por si só, é suficiente para permitir o registro, é imponível à execução. O ato de disposição é eficaz, menos para com a execução. Perante a execução é inoperante.**

O que vem de ser dito é absolutamente verdadeiro quanto a um dos lados da equação: isto é, a penhora não inscrita, ou inscrita posteriormente à promessa de compra e venda será imponível ao promitente comprador.

Quanto, porém, ao outro lado da equação, isto é, a proteção do promitente comprador com promessa não inscrita ou inscrita depois da inscrição da penhora, o caráter autônomo da posse e de sua tutela permitem ao promitente comprador opor-se, por meio de embargos, à penhora do imóvel prometido à venda, como adiante será demonstrado.



Em Portugal, essa possibilidade encontra ilustração no art. 1042, alínea b), do Código de Processo Civil.<sup>18</sup>

O preceito consagra o princípio segundo o qual o réu pode opor à posse do autor o domínio do executado ou arrestado. Em face de tal norma, o embargado invoca um direito que não lhe é próprio, pois sustenta o direito de propriedade pertencente àquele contra quem foi promovida a diligência judicial.

Esta exceção, assim estabelecida, é expressiva. Confere ao réu a faculdade de exercer ou fazer valer o direito de propriedade do executado contra o autor dos embargos de terceiro, tutelando, desse modo, o legítimo interesse do embargado de “*fazer triunfar sobre a posse a propriedade*”.<sup>19</sup> Significa também, necessariamente, que o êxito dos embargos de terceiro depende em regra de que o embargante seja proprietário e possuidor, pois, caso contrário, se o embargado deduzir a exceção de domínio e provar a propriedade do executado, os embargos de terceiro serão julgados improcedentes.<sup>20</sup>

(18) O art. 1042, alínea b) do Código de Processo Civil Português, dispõe: “b) O embargado pode alegar na contestação, não só que tem direito de propriedade sobre os bens, mas também que esse direito pertence à pessoa contra quem a diligência foi promovida”.

Analisando este artigo, o Professor Castro Mendes, *Ação Executiva*, ed. AAFDL, 1980, Lisboa, pág. 126, nota 1, observa que diverso era o sistema do Código de Processo Civil de 1876, “em que o art. 497, acerca dos meios possessórios, dizia: “Em nenhuma destas acções pode questionar-se sobre a propriedade”.

“Não pode por isso conhecer-se nestas acções da propriedade das coisas possuídas” — Dias da Silva, “Processos Cíveis Especiais, 2.ª ed., Coimbra, 1949, 464”.

— No atual sistema português a questão de discussão do domínio nas ações possessórias não encontra restrições (arts. 1034-1036 do Código de Processo Civil). A propriedade prevalece sobre a posse. Assim sendo, o réu pode contrapor à posse do autor a pretensão de propriedade. Os embargos de terceiro são considerados como meio possessório, constituem-se em particular tipo de ação possessória, à qual se estende o respectivo regime. Assim a alínea b) do art. 1042 do Código de Processo Civil. Desse modo a tutela possessória falha onde o ato de constrição judicial supõe a propriedade da pessoa contra quem a diligência é promovida, se se deduz a *exceptio proprietatis*.

(19) Alberto dos Reis, obra cit., página 457: “E não causa estranheza que o embargado seja admitido a fazer valer um direito que não é seu. O embargado reveste neste caso de figura de substituto processual; substitui-se ao proprietário, porque tem interesse legítimo em fazer triunfar sobre a posse o direito de propriedade”.

(20) O Professor Castro Mendes escreve: “Limitar-nos-emos a sustentar que a posse como condição de procedência dos embargos de terceiro é em regra posse causal, ou seja, a posse que é mera manifestação da titularidade efectiva ou real do direito de fundo (o qual, para comodidade de exposição referiremos de ora em diante como a propriedade) (...). Exigimos a posse acompanhada do direito de fundo em virtude da norma do art. 1042, alínea b). Na verdade, aos embargos pode opor o embargado relevantemente o di-



Pois bem. O que temos a averiguar é se haverá possibilidade de aplicar, no direito brasileiro, a solução preconizada pelo Código de Processo Civil Português.

A este respeito, ninguém duvida de que, em princípio, no nosso direito inexistente a possibilidade de os embargos de terceiro possuidor (embargos com fundamento tão-somente na posse) converter-se em embargos de domínio (ação de domínio), para tutela dos interesses do embargado. No direito brasileiro, poderemos dizer que ao embargado, ao contrário do que ocorre no direito português, *não se permite invocar o domínio em nome do executado*, <sup>21</sup> transformando-se por iniciativa do embargado esses embargos em ação de domínio.<sup>22</sup>

Em abono de nossa opinião, poderemos invocar, desde logo, a ausência de uma previsão ou texto legal, que conceda ao embargado a faculdade de suscitar, na contestação, a questão de domínio do executado.<sup>23</sup>

Não se admite ao embargado, portanto, uma exceção tirada de direito de outrem (*exceptio de jure tertii*)<sup>24</sup>

---

reito de fundo. O embargante pode propor embargos mesmo com posse meramente formal — mas se o embargado opuser a *exceptio dominii* perderá" (o grifado é do autor) — obra cit. pág. 126. No mesmo sentido, Artur Anselmo de Castro, a Ação Executiva Singular, Comum e Especial, Coimbra Editora, 1977, pág. 351; Guerra da Mota, obra cit., pág. 201.

Mas terão êxito os embargos de terceiro, se o embargado "não deduzir a *exceptio dominii* (que não é de conhecimento oficioso)" — Castro Mendes, obra cit., pág. 134.

- (21) *Exceptio dominii* que atribua a propriedade do bem penhorado ao executado. Na chamada execução para entrega de coisa certa (em se tratando por exemplo, da obrigação de entrega da coisa, a obrigação de restituir, como a que incumbe ao comodatário ou depositário) a questão de domínio diz respeito ao exequente. Trata-se do domínio ou da propriedade do credor. É a ela que a *exceptio dominii* se refere.
- (22) Alberto dos Reis, obra cit., pág. 459.
- (23) Diferentemente é a posição do embargante. Ele poderá levantar, na petição inicial de embargos, a questão do seu domínio e pedir que lhe seja reconhecido: "os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor", art. 1046 § 1.º, do Código de Processo Civil.
- (24) Isto obedece à idéia, presente em nosso Código Civil, de que só em casos excepcionais (p. ex., art. 1586, aceitação da herança em nome do devedor), o terceiro está autorizado a agir em nome do titular do direito para defesa dos interesses deste e para defesa dos interesses próprios do terceiro. Compreende-se, assim, que a exceção por ser um contradireito, em princípio, só pode ser suscitada pelo titular do direito. Como observa Haluk Tandogan, é própria da distinção entre exceção e objeção a seguinte conclusão: "Les faits, qui engendrent une objection peuvent être invoqués par tout intéressé. Ces faits existent pour le monde, même s'ils se sont produits en la personne d'un tiers. Au contraire, l'exception étant un droit, ne peut être soulevée que par le titulaire de ce droit et non par un tiers. En principe, on n'admet donc aucune exception tirée du droit d'autrui (*exceptio de jure tertii*)" — *Notions Préliminaires a la THÉORIE GÉNÉRALE DES OBLIGATIONS*, George, Librairie de L'Université, Genève, 1972, pág. 47.



As coisas apresentam-se, portanto, diversamente em nosso direito, que não contém qualquer norma que permita ao embargado opor à posse do embargante o domínio do executado.<sup>25</sup>

E tal fato assume relevância decisiva para o problema que estamos a considerar. A inexistência de tal norma significa que a específica tutela possessória dos embargos do possuidor, promitente comprador, não pode ser prejudicada pela alegação de que permanece no executado a titularidade do domínio do bem penhorado, para os fins da execução.

Em prol do sistema brasileiro, pelo qual o réu, nos embargos de terceiro possuidor, não pode suscitar a questão do domínio do devedor, podemos fundamentalmente invocar a importância de que, em nosso contexto social, se reveste a posse.

Trata-se de revelar a importância da posse em nosso meio social, como estrutura necessária ao uso e gozo das coisas pelas pessoas, para satisfação de suas necessidades vitais. De assegurar que este uso e gozo têm significado jurídico à margem do direito de propriedade.<sup>26</sup>

Trata-se de assegurar a posse no seu significado mínimo — a tutela possessória — não se permitindo a alegação de domínio em forma de exceção.

Essa autonomia da posse exerce influência na sua disciplina, o que é natural, aliás, pois se trata de dar expressão, na regulamentação jurídica, à função social da figura disciplinada.

A autonomia da posse é socialmente relevante,<sup>27</sup> pois, assim, é reconhecida pelo ordenamento jurídico.

No caso concreto de nossa investigação, resta-nos salientar o contexto social básico em que surge o conflito entre posse e domínio, por força da penhora do bem prometido à venda.

A prática criada, à revelia do que dispõe a lei, de não se registrar escritura particular de promessa de compra e venda, é uma realidade da experiência social brasileira, que encontra explicação no fato de ponderável parcela de nossa população ter um grau de conhecimento e compreensão muito baixo a respeito da importância do registro imobiliário e freqüentemente não dispor de recursos suficientes para o pagamento do dispendioso processo de registro.

Não admira, pois, que o número de embargos de terceiro possuidor, promovido por promitente comprador, seja expressivo.

---

(25) Neste sentido Clovis do Couto e Silva, obra cit., pág. 449.

(26) Antonio Hernandez Gil, *La función social de la posesión*, Alianza Editorial, 1969, Madrid, págs. 59 e 155.

(27) Altino Portugal Soares Pereira, *A Exceção de Domínio no Código de Processo Civil*, Revista de Direito Civil Ano 1, 1977, n.º 2, pág. 18.



E esse aspecto do problema revela, outrossim, como o executado pode lesar o promitente comprador. Pense-se, por exemplo, numa nomeação à penhora, pelo promitente vendedor, do imóvel prometido à venda.

O promitente vendedor propicia, assim, ao seu credor o poder de se pagar à custa do imóvel.

#### 6. LIMITE AO EXERCÍCIO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO POSSUIDOR À PENHORA

Há, porém, um limite ao exercício dos embargos de terceiro possuidor à penhora, que é traçado pelo seu próprio sentido normativo, como meio de defesa da posse contra ato judicial lesivo. Este sentido, que materialmente fundamenta e constitui os embargos de terceiro possuidor, não se realiza ou se cumpre concretamente sempre que a posse do embargante, para usar a fórmula prevista no art. 1041 do Código de Processo Civil português, *“se fundar em transmissão feita por aquele contra quem foi promovida a diligência judicial, se for manifesto, pela data em que o ato foi realizado ou quaisquer outras circunstâncias, que a transmissão foi feita para o transmitente se subtrair à sua responsabilidade”*.

Assim, tem-se um juízo de desvalor sobre a posse, como fundamento dos embargos, quando a transmissão tenha sido feita para o devedor se subtrair à sua responsabilidade, como ocorre nas hipóteses de simulação e fraude contra credores.

Mas, respeitado este limite a que acabamos de fazer menção, a posse própria, como de dono, do promitente comprador constitui fundamento para os embargos de terceiro à penhora do imóvel de propriedade do executado, promitente vendedor.