

pectiva, o legislador deveria ter deixado ao livre arbítrio do autor da acção a possibilidade de obter, ou não, tal reserva de prioridade.

59.2.2. Tomada de posição sobre a questão de saber se o registo da acção de execução específica assegura o promissário perante terceiros que hajam adquirido, antes da propositura da acção, do promitente, direitos incompatíveis que não tenham sido publicitados

Considerando todo o afirmado, perguntamos: deve ou não ser julgada procedente uma acção de execução específica, devidamente registada, se em data anterior o promitente já tiver alienado ou onerado a coisa a outrem, não tendo tal facto accedido ao Registo, e não havendo, conseqüentemente, o respectivo direito consolidado a sua oponibilidade *erga omnes*, em face de terceiros para efeitos do art. 5º do Cód.Reg.Pred.? Como é evidente, tendo em conta que o autor da acção de execução específica registada não é um terceiro para efeitos do referido preceito legal, só se pode responder afirmativamente se se reconhecer que tal registo provisório da acção produz contra os adquirentes anteriores o mesmo efeito que gera contra aqueles que adquiram após o registo da acção. O mesmo é dizer, se se reconhecer que, não obstante existir um adquirente *ante litem* que não obteve o registo do seu facto aquisitivo com prioridade, o registo da acção assegurará que a execução específica virá a ser decretada, porque gera a ineficácia substantiva relativa e provisória do título aquisitivo do direito não registado, evitando, assim, que se frustre ou prejudique a pretensão do autor e, conseqüentemente, garantindo que a sentença julgará procedente a acção e que, portanto, o autor adquirirá o direito pretendido. Direito este que, logo que aceda ao registo – através do registo da sentença que julgue procedente a acção –, beneficiará da prioridade registal do registo da acção, conduzindo, conseqüentemente, à ineficácia definitiva, na medida do necessário, dos direitos adquiridos antes do registo da acção, mas não registados com prioridade.

Cumprе, portanto, tomar posição sobre a questão de saber se o autor da acção de execução específica prioritariamente registada obtém apenas uma reserva de prioridade em sentido impróprio *lato sensu* perante actos incompatíveis que venham a ser celebrados no futuro ou, também, perante actos incompatíveis ocorridos antes do registo da acção, mas não registados.

Para melhor compreensão da questão em apreço – que foi aquela até agora discutida pela doutrina e pela jurisprudência –, passamos a apresentar dois exemplos.

A) *A*, titular inscrito do imóvel *x*, vendeu-o a *B*, pela forma legal; *B* não solicitou o registo da sua aquisição e, *A*, aproveitando-se da negligência de *B*, prometeu vender o mesmo imóvel a *C*.

Porque *A*, já constituído em mora, não cumpriu a promessa, *C* – depois de o interpelar nos termos do nº 1 do art. 808º do Código Civil – propôs acção de execução específica que foi registada.

B) Através de contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional, *A* prometeu vender a *B* e este prometeu comprar-lhe o prédio urbano *x*, tendo sido convencionado o prazo de seis meses para a celebração do contrato prometido. De seguida, *A* alienou o prédio *x*, pela forma legal, a *C* que não obteve o registo do respectivo facto aquisitivo. Decorrido o prazo fixado para a celebração do contrato prometido, perante a recusa em celebrá-lo, *B* propôs contra *A* acção de execução específica, tendo sido a mesma inscrita no Registo.

Em qualquer dos exemplos, perante a lei, não há dúvidas de que *B*, após o registo provisório da acção de execução específica, apenas conseguirá obter um assento provisório por natureza do respectivo facto aquisitivo. Mas, tal impedilo-á de intervir na acção, provar que é titular de um direito real incompatível e, assim, obstar à sua procedência?

O registo provisório da acção terá a virtualidade de gerar a ineficácia substantiva provisória dos títulos aquisitivos dos direitos reais adquiridos anteriormente e não publicitados, assegurando, por isso, que a sentença venha a julgar procedente a acção?

Consideramos que a reserva de prioridade gerada pelo registo da acção de execução específica não assume tal amplitude.

Mas, vejamos com mais pormenor, os exemplos apresentados.

Na primeira hipótese, como o contrato-promessa, dotado de eficácia meramente obrigacional, foi celebrado após a alienação do bem a terceiro (*B*), o promissário (*C*), naturalmente, nunca adquiriu sequer o direito de crédito à prestação *in natura* nem, conseqüentemente, o direito à execução específica – que como se sabe é um direito destinado a tornar mais consistente uma prestação creditória, possibilitando a sua satisfação *in natura* sem a cooperação do devedor ou mesmo contra a sua vontade e, portanto, um direito dependente ou subordinado, que assume apenas uma função auxiliar.

Na segunda hipótese, ao invés, o promissário (*B*) adquiriu o direito de crédito à prestação *in natura*, mas este, antes do registo da acção, extinguiu-se (quanto à prestação *in natura*), porque o terceiro (*C*) adquiriu um direito real, direito este

que, sendo eficaz *erga omnes*, prevalece perante um direito de crédito mesmo que anteriormente constituído.

Assim sendo, na nossa perspectiva, não faz sentido reconhecer ao registo da acção de execução específica o efeito de tutelar a pretensão creditória à aquisição do direito real, pela simples razão de que o autor da acção nunca foi titular do direito de crédito à prestação *in natura* ou já não era titular de tal direito à data do registo da acção, não tendo, conseqüentemente, em qualquer hipótese, o direito à execução específica que invocou judicialmente¹³¹². Não podendo, por isso, o autor da acção, através do registo desta, privar de eficácia o título aquisitivo do direito real, anteriormente válida e eficazmente adquirido.

Por outra via, segundo o nosso entendimento, a reserva de prioridade (em sentido impróprio *lato sensu*) gerada pelo registo da acção de execução específica, enquanto meio de garantia, é necessariamente acessória, dependendo, portanto, da existência e exigibilidade da pretensão obrigacional de produção de uma mutação jurídico-real que garante, estando inseparavelmente unida a tal pretensão, não podendo ter uma existência separada dela, uma vez que é nela que encontra o seu fundamento. Por isso, é imprescindível que tenha existido e subsista o direito à prestação *in natura* e o direito à execução específica no momento do registo da acção para que este possa assumir o papel de reserva de prioridade imprópria *lato sensu*.

Portanto e em suma – respondendo à questão que até agora foi a discutida pela doutrina e pela jurisprudência –, entendemos que caso, em data anterior ao registo provisório da acção de execução específica, o promitente disponente tenha alienado ou onerado a “terceiro” o objecto do contrato prometido, e tal facto não tenha sido publicitado – e, por isso, não se haja consolidado a oponibilidade *erga omnes* do direito em face de terceiros em sentido rigoroso –, a acção de execução específica, devidamente registada, não pode ser julgada procedente, uma vez que, por um lado, como sublinhámos, inexistente um conflito de terceiros para efeitos do art. 5º do Cód.Reg.Pred. e, por outro, o registo da acção não consubstancia, nesta situação, uma reserva de prioridade em sentido impróprio *lato sensu*, uma vez que tal reserva é necessariamente acessória, dependendo da *existência e exigibilidade* da pretensão obrigacional de produção de uma mutação jurídico-real.

¹³¹² MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, ob. cit., p. 240 e ss., classifica o direito à execução específica como um direito potestativo dependente, um direito sem um valor próprio, que assume apenas uma função auxiliar relativamente ao fim do contrato, que não pode ser transmitido isoladamente e se transfere juntamente com a cessão do crédito.

do Sem prescindir do acabado de afirmar – que consideramos bastante para fundamentar a resposta à questão apresentada –, sempre se acrescentará que:

– Reconhecer ao registo da acção o efeito de tutelar a pretensão creditória à aquisição do direito real, em hipóteses como as apresentadas, implicaria admitir que o registo provisório da acção concedesse ao autor, ou fizesse renascer na sua esfera jurídica, o direito de crédito à prestação *in natura* e a faculdade ou o direito à execução específica¹³¹³.

– Se o legislador tivesse pretendido a extinção ou oneração do direito anterior não registado teria previsto o *registo definitivo* do direito de crédito e/ou do direito de execução específica – tal como previu o registo definitivo do contrato-promessa dotado de “eficácia real” para permitir que o direito de crédito do promissário pudesse tornar-se oponível *erga omnes*¹³¹⁴ – e, assim, teria per-

¹³¹³ Em face do exposto, como é evidente, não concordamos com MARIA CLARA SOTTOMAYOR quando afirma:

“Não faz sentido admitir que o registo da sentença que decreta a execução específica tenha efeitos retroactivos à data do registo da acção, quando se trata de alienações realizadas durante a pendência da acção, e não admitir o mesmo quando as alienações são anteriores mas registadas em momento posterior ao registo da acção. O que está em causa não é sancionar a posição do terceiro que não regista, cuja atitude é de facto mais censurável quando adquiriu na pendência da acção, mas os efeitos do registo predial no nosso sistema. O registo das acções tem, não apenas uma função de segurança ou de tutela, mas também de oponibilidade (art. 5º do CRPred.) e de critério de prioridade (art. 6º do CRPred.) quando haja um conflito de direitos.” (Cfr. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Invalidez e Registo – A Protecção do Terceiro Adquirente de Boa Fé*, ob. cit., p. 514).

¹³¹⁴ Como já anteriormente referimos, concordamos, completamente, com HENRIQUE MESQUITA quando defende que “para explicar a eficácia, em relação a terceiros, de uma promessa de alienação ou oneração assumida nos termos do art. 413º, não se torna necessário recorrer ao conceito do direito real de aquisição, nem, tão pouco, fazer retroagir os efeitos do contrato prometido à data da inscrição da promessa no registo.

Por efeito da promessa, o respectivo beneficiário é apenas titular de um direito de natureza creditória: o direito de exigir do promitente a celebração do contrato definitivo, podendo conseguir esse resultado através da execução específica, nos termos do art. 830º.

Encontrando-se, porém, tal direito inscrito no registo, torna-se, por essa via, *oponível* a terceiros. O registo não modifica a natureza do direito inscrito: apenas lhe amplia os efeitos. Em vez de um direito que esgota toda a sua eficácia no plano das relações entre credor e devedor (como é próprio dos direitos creditórios), estamos perante um direito que, mesmo sem revestir natureza real, se impõe ao respeito de terceiros). (...) Se, por conseguinte, alguém adquirir do promitente o direito real que este se obrigou a transmitir ao promissário (ou a constituir em favor deste), tal aquisição não produz efeitos em relação ao beneficiário da promessa.

(...)

Sendo a promessa, após a sua inscrição no registo, *oponível a terceiros*, qualquer acto de alienação praticado pelo promitente que o impossibilite de cumprir a obrigação assumida (a obrigação de realizar

mitido que tais direitos, em virtude do registo definitivo, fossem adquiridos ou readquiridos pelo promissário, beneficiando este da tutela do art. 5º do Cód. Reg.Pred.¹³¹⁵.

Consequentemente, reconhecer ao registo da acção o efeito de tutelar a pretensão creditória à aquisição do direito real, em hipóteses como as apresentadas, implica, além do mais, esquecer a opção do legislador e equiparar o autor da acção que obtém o registo da mesma, mas que não é titular do direito à prestação *in natura* nem, consequentemente, do direito à execução específica, ao promissário

o contrato definitivo) é ineficaz em relação ao promissário e, por isso, este poderá fazer valer o seu direito – direito de crédito, insista-se –, pela via da execução específica, como se nenhuma alienação houvesse sido realizada. A ineficácia tem precisamente como consequência que tudo deverá passar-se, nas relações entre promissário e promitente, como se o objecto do contrato prometido continuasse a pertencer a este. O promitente não pode, portanto, afastar a execução específica com o fundamento de que está impossibilitado de cumprir, por ter alienado a favor de terceiro a coisa que se obrigou a transmitir ao promissário. E o terceiro, por seu turno, também não pode alegar que a sua aquisição foi feita e inscrita no registo em data anterior à da celebração, pela via da execução específica, do contrato prometido, uma vez que essa aquisição é *ineficaz* em relação ao promissário.

(...)

A aquisição feita pelo terceiro não deve, por conseguinte, ser considerada nula, mas apenas ineficaz. O negócio que viola a promessa não enferma de qualquer vício intrínseco nos seus elementos essenciais. Sucede apenas que, muito embora validamente celebrado, ele não pode produzir efeitos contra o promissário, em virtude de este ter adquirido, em momento anterior, um direito conflituante que, apesar de revestir natureza meramente creditória, é eficaz em relação a terceiros.

De acordo com este entendimento, se o contrato-promessa vier a ser declarado nulo anulado ou resolvido, ou se o crédito do promissário se extinguir por causa diferente do cumprimento (v.g., por remissão), nenhuma razão existe para que o negócio feito entre o promitente e o terceiro, até então relativamente ineficaz, não produza todos os seus efeitos.” (Cfr. MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, ob. cit., p. 252 a 256).

¹³¹⁵ Como é evidente, e resulta do exposto, a hipótese em apreço distingue-se, claramente, da que deu azo às concepções de terceiros (ampla e restrita) a que anteriormente fizemos referência. De facto, com referimos, o credor exequente com a penhora e respectivo *registo definitivo* adquire *um direito real de garantia*. Por isso, caso tivesse sido consagrada a concepção ampla de terceiros, o tribunal, ao indeferir os embargos deduzidos pelo titular do direito não publicitado, limitar-se-ia a reconhecer que o exequente, enquanto titular de um direito real de garantia prioritariamente registado, beneficiava da tutela do art. 5º do Cód.Reg.Pred..

Ao invés, na hipótese agora em análise, porque o legislador não previu o *registo definitivo* do direito de crédito e/ou do direito de execução específica, o autor que obtenha o *registo provisório da acção* de execução específica, não beneficia da tutela do art. 5º do Cód.Reg.Pred..

Na verdade, como referimos, o autor da acção, com o respectivo registo provisório, apenas vê garantida a sua pretensão creditória de adquirir um direito real, na medida em que os factos incompatíveis são havidos como ineficazes. Mas, o registo provisório só lhe concede tal garantia se, efectivamente, existir tal pretensão creditória, pois não tem a virtualidade de a criar (a pretensão).

de um contrato-promessa dotado de “eficácia real”. E isto, acrescente-se, também contra a vontade das partes, que apenas pretenderam estabelecer uma relação creditória eficaz *inter partes*.

– Não procede o argumento nos termos do qual o legislador não previu esta situação e, se a tivesse previsto, teria consagrado solução idêntica à adoptada em matéria de resolução¹³¹⁶.

Primeiro porque, como se verá com detalhe, a função do registo da acção de resolução – que é um assento registal provisório de conteúdo negativo – é completamente diferente da assumida pelo registo da acção de execução específica – que é um assento registal provisório de conteúdo positivo.

Segundo porque, após a polémica doutrinal e jurisprudencial em torno do efeito ou da função do registo da acção de execução específica, o legislador, se pretendesse consagrar solução diversa da adoptada pelo acórdão uniformizador de jurisprudência, por certo, já o teria feito, nomeadamente, através do Dec.-Lei 116/2008 que, como se sabe, alterou em múltiplos aspectos os preceitos registais e o Código Civil.

Portanto, não se pode defender a existência de uma lacuna e a aplicação analógica do nº 2 do art. 435º.

– A solução defendida, por um lado, não viola o princípio segundo o qual a duração do processo não pode prejudicar o direito do autor, uma vez que quem aceite a consagração de tal princípio no nosso ordenamento jurídico também há-de reconhecer que o mesmo é inaplicável quando em causa estejam aquisições anteriores à propositura da acção.

Por outro lado, só esta solução garante que quem pretenda adquirir tem apenas de consultar o Registo Predial. De facto, a solução contrária imporia ao potencial adquirente o ónus de percorrer os tribunais, tentando apurar se estava pendente alguma acção de execução específica susceptível de dar azo a um registo provisório que pudesse aceder ao Registo antes do seu facto aquisitivo.

Em conclusão e em resumo, na nossa perspectiva, o registo da acção de execução específica, enquanto reserva de prioridade em sentido impróprio *lato sensu*, tutela “apenas” o promissário adquirente perante actos tendentes à alienação ou

¹³¹⁶ De acordo com o nº 2 do art. 435º, “o registo da acção de resolução que respeita a bens imóveis, ou a móveis sujeitos a registo, torna o direito de resolução oponível a terceiro que não tenha registado o seu direito antes do registo da acção”.

de oneração do objecto do contrato prometido praticados *após o registo da acção de execução específica, por ou contra o autor da acção*¹³¹⁷⁻¹³¹⁸.

Assim, sendo dado conhecimento ao tribunal da alienação anterior não registada, a acção de execução específica há-de ser julgada improcedente, uma vez que o tribunal só pode realizar, coactivamente, mediante sentença, a prestação que o devedor não cumpriu não estando impossibilitado de cumprir, pois, caso contrário, celebrará coactivamente um contrato nulo, por ter por objecto um bem alheio.

¹³¹⁷ Salvaguardada, claro está, a hipótese de insolvência do promitente, referida na nota 1302.

¹³¹⁸ Como resulta do exposto, não aderimos à posição assumida pela grande maioria da doutrina italiana a propósito do efeito do registo da acção de execução específica. Uma vez que, como referimos, a referida doutrina considera que o registo da acção de execução específica assegura, também, o promitente adquirente perante “terceiros” que hajam adquirido, do promitente alienante, direitos incompatíveis antes da data da propositura da acção, mas que não tenham obtido com prioridade o registo dos correspondentes factos aquisitivos.

Recordamos, no entanto, que a referida doutrina foi elaborada, além do mais, com base no facto de a venda de coisa alheia ser válida no ordenamento jurídico italiano e numa altura em que não estava previsto o registo do contrato preliminar e a jurisprudência maioritária defendia que a acção de execução específica podia ser proposta e registada não obstante ainda não ter ocorrido o incumprimento, mesmo que a obrigação de celebrar o contrato definitivo fosse, nesse momento, inexigível.

Por fim, cumpre relembrar que, actualmente, em Itália, a doutrina e a jurisprudência reconhecem ao registo do contrato-preliminar uma função idêntica à do registo da acção de execução específica, uma vez que, como referimos, o contrato preliminar (cfr. art. 2645-*bis* no Código Civil) não faz parte do elenco de actos – previsto no art. 2643 do Código Civil – que deve aceder ao Registo para consolidar a sua oponibilidade em face de “terceiros”, segundo a regra prevista no art. 2644 do mesmo diploma legal.

Por isso, a doutrina maioritária afirma que, entre o contrato preliminar e um dos contratos previstos no art. 2643 do Código Civil, nunca poderá surgir um conflito susceptível de ser dirimido pelo art. 2644 e que, conseqüentemente, a função do registo do contrato preliminar não é a de dirimir um conflito típico do art. 2644, mas a de pré-annotar a sucessiva transcrição do contrato definitivo ou da sentença que julgue procedente a acção de execução específica – estes sim, actos sujeitos a registo sob pena de inoponibilidade em face de terceiros.

Em Portugal, ao invés, como já referimos e decorre de forma expressa da lei, o contrato-promessa a que as partes atribuem “eficácia real” acede ao registo mediante assento registal definitivo e, desse modo, o promissário vê o seu direito de crédito tornar-se oponível em face de terceiros. Por isso, o efeito substantivo do registo definitivo, decorrente do art. 5º do Cód.Reg.Pred., também se verificará, por exemplo, se se concretizar a seguinte hipótese: A aliena a B o prédio urbano x; B não solicita o registo. Em seguida, A e C celebram um contrato-promessa de compra e venda do imóvel x, atribuem-lhe “eficácia real” e o mesmo é publicitado definitivamente pelo Registo.

De facto, prevalecerá o direito de C, porque inscrito definitivamente em primeiro lugar, uma vez que B e C são terceiros para efeitos de registo (art. 5º, nº 4, do Cód.Reg.Pred.).

Por fim, cumpre sublinhar que, se o tribunal não chegar a ter conhecimento da alienidade da coisa e decretar a execução específica, celebrando, desse modo, um contrato nulo, o autor vitorioso conseguirá obter a conversão do registo da acção em definitivo, mediante o averbamento da sentença. Desse modo, publicitará definitivamente o “seu” direito real – adquirido em virtude da celebração coactiva do contrato – mas, nem por isso, na nossa perspectiva, beneficiará da tutela concedida pelo art. 5º do Cód.Reg.Pred., uma vez que, como se salientou, o nº 4 do referido preceito legal consagra a concepção restrita de terceiros – nos termos da qual, para efeitos do disposto no art. 5º do Cód.Reg.Pred., terceiros são os que do mesmo *autor ou transmitente*, com base na sua vontade, recebam, sobre o mesmo objecto, direitos total ou parcialmente conflituantes¹³¹⁹. Consequentemente, o titular do direito não registado antes

¹³¹⁹ Ao invés, se tivesse sido consagrada a concepção ampla de terceiros, se o tribunal não chegasse a ter conhecimento da alienidade da coisa e decretasse a execução específica, celebrando, desse modo, um contrato nulo, o autor vitorioso, depois de publicitar definitivamente o “seu” direito real, seria considerado um terceiro para efeitos do art. 5º do Cód.Reg.Pred..

O facto de a segunda aquisição, decorrente do contrato celebrado coercivamente pela sentença que julgasse procedente a acção de execução específica, ser precedida pelo registo provisório da acção apenas introduziria uma novidade face à hipótese tradicional de dupla venda, a saber: o efeito aquisitivo, decorrente do art. 5º do Cód.Reg.Pred., não ocorreria na data do registo, mas sim na data em que a sentença transitasse em julgado, ou seja, na data da celebração do contrato.

Porquanto:

Na hipótese tradicional de dupla venda, prevalece o segundo adquirente que solicita o registo em face do primeiro adquirente que não o solicitou porque, por força do art. 5º do Cód.Reg.Pred., o registo – que não sofra de outra causa invalidade, para além de ter sido lavrado com base e título insuficiente para a prova do facto registal – de um negócio inválido – que não padeça de outra causa de invalidade para além da ilegitimidade do *tradens* decorrente da anterior disposição válida – atribui o direito ao titular registal e, em consequência, faz decair ou ficar onerado o direito incompatível que não tenha sido registado com prioridade definitivamente. Ou seja, o segundo adquirente prevalece, como referimos, em virtude de um facto aquisitivo complexo que supõe dois elementos: o negócio jurídico que, quando analisado apenas em si e por si, é perfeitamente válido; a inscrição definitiva no registo.

Na hipótese agora em apreço, se tivesse sido consagrada a concepção ampla de terceiros para efeitos do art. 5º do Cód.Reg.Pred., o segundo adquirente, tendo obtido previamente o registo provisório da acção, quando obtivesse a publicitação do seu direito através do averbamento da sentença, veria os efeitos do registo definitivo retrotraírem-se à data do registo provisório (cfr. o nº 3 do art. 6º do Cód.Reg.Pred.). Portanto, seria havido como titular registal definitivo antes do trânsito em julgado da sentença, o mesmo é dizer, antes da celebração do contrato. Não obstante, o efeito atributivo do registo, consagrado no art. 5º do Cód.Reg.Pred., não se produziria nessa data, pois, como vimos, tal efeito só ocorre por força de um facto aquisitivo complexo que supõe, para além do registo, necessariamente, o negócio jurídico.

da inscrição da acção de execução específica – mas adquirido válida e eficazmente – pode, a todo o tempo, vir solicitar a declaração de nulidade da venda celebrada coactivamente através da sentença que julgou procedente a acção de execução específica e, naturalmente, obterá ganho de causa¹³²⁰.

¹³²⁰ No entanto, tendo em conta a polémica em torno do nº 4 do art. 5º do Cód.Reg.Pred., o titular do direito anterior não registado, ou não registado prioritariamente – se não quiser correr o risco de ver julgada improcedente a referida acção de nulidade, por o Tribunal reconhecer a qualidade de terceiro ao adquirente na venda celebrada coactivamente através da sentença que tenha julgado procedente a acção de execução específica –, à cautela, deve intervir na acção de execução específica, como assistente do réu, produzindo prova de que, à data do registo da acção, o autor já não era titular do direito à prestação *in natura*, nem, conseqüentemente, do direito à execução específica, não desempenhando, por isso, o registo da acção o papel de uma reserva de prioridade em sentido impróprio *lato sensu*. Deste modo, o titular do direito não publicitado e incompatível com a pretensão do autor ficará seguro de que a acção virá a ser julgada improcedente e o respectivo registo cancelado e que poderá ser lavrado o registo definitivo do seu facto aquisitivo.