

PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO PARA PRESTAÇÃO DE FACTO

Rui Pinto ¹

SUMÁRIO: § 1º *Objecto, princípios e regime legal.* — A. Delimitação externa. — B. Delimitação interna e procedimental. 2. Especificidades estruturais. § 2º *Prestação de facto fungível.* 1. Objecto. — A. Generalidades. — B. Mora. — C. Incumprimento definitivo. 2. Execução específica. — A. Fase introdutória: procedimento comum. B. Especialidades na execução de obrigações duradouras; incidente preliminar de fixação de prazo. C. Fase de realização da prestação por terceiro: com custeamento prévio. D. (Continuação): com custeamento posterior. E. Oposição ao acto executivo, pelo executado e por terceiro. 3. Execução sucedânea. §3º *Prestação de facto infungível.* 1. Execução específica — A. Objecto. — B. Procedimento. 2. Execução sucedânea. §4º *Prestação de facto negativo.* 1. Objecto. 2. Procedimento: execução de facto reprecinável. — A. Regime. — B. Fase declarativa. — C. Fase executiva. 3. Execução de facto não reprecinável. ’

§ 1º *Objecto, princípios e regime legal* ². 1. **Delimitação do objecto.** — A. **Delimitação externa.** I. Na execução para prestação de facto, a coisa não é o centro da execução — instrumental, como na penhora, ou final, como na apreensão para entrega— mas uma organização de meios pelo devedor que só o concurso da própria vontade pode gerar.

Esses meios redundam em prestação de *facere* ou de *non facere*.

II. Todavia, como bem notava CASTRO MENDES, pode não ser, em concreto, claro fixar o fim da execução, nas *obrigações complexas* que envolvam tanto *prestação de facto*, quanto *entrega de coisa*.

¹ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O presente texto serviu de base à comunicação apresentada no *Curso de Direito da Saúde. Responsabilidade Civil e Penal*, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, em Abril de 2012.

² PALMA CARLOS, *Direito processual civil. Acção executiva*, 1968, 214-218; CASTRO MENDES, *DPC III*, 1987, 513-515, 519, 534; TEIXEIRA DE SOUSA, *AExS*, 1998, 53-55, 57, 58-60; LEBRE DE FREITAS / RIBEIRO MENDES, *CPCanot III*, 2003, 655-671; AMÂNCIO FERREIRA, *CPEx* ¹¹, 2009, 381-394, PAULA COSTA E SILVA, *A reforma da acção executiva* ³, 2003, 135; RUI PINTO, *A reforma da acção executiva*, 2004, 219; LEBRE DE FREITAS, *AEx* ⁵, 2009, 381-383.

Exemplo 1: A vende um automóvel a B, tendo ficado acordado que lhe entregaria após substituir o sistema de ar condicionado ³; no dia apurado o automóvel não é entregue e o A também não fez a alteração.

Nesta eventualidade, o art. 53º nº1 al. b) impede que se cumulem as duas execuções ⁴.

Como proceder, então, à execução das respectivas obrigações?

Naturalmente que, como nota LEBRE DE FREITAS, deve apurar-se no plano substantivo qual é a prestação *principal* e qual é a *acessória* ⁵. Suponha-se, então, que é a prestação de facto.

III. Nesse caso, dir-se-ia, que se deveria executar a prestação de facto e, só depois, a prestação de entrega. No essencial é essa a posição de LEBRE DE FREITAS: apurar qual é a prestação principal “para determinar o tipo de acção executiva a propor, sem prejuízo de poder ter lugar uma acção executiva de outro tipo para realização duma prestação acessória” ⁶.

LEBRE DE FREITAS admite ainda que se houver lugar à execução sucedânea da prestação principal — *i.e.*, execução da indemnização por incumprimento — se possa cumular a execução sucedânea da prestação acessória, pois aí já há identidade de fins executórios, para efeitos do art.53º nº 1 al. b) ⁷.

Diversamente, CASTRO MENDES sugere que tenha lugar um *único processo executivo* para prestação de facto em que o credor peça que lhe seja entregue o bem *em ordem* a realizar esse facto ⁸. Esta solução valeria ainda quando a prestação do facto dependesse da apreensão de coisas acessórias (*v.g.*, documentos), eventualmente por terceiro, no que é acompanhado por LEBRE DE FREITAS ⁹.

³ Exemplo inspirado no de CASTRO MENDES, *DPC III cit.*, 514.

⁴ Apontando essa não cumulabilidade, LEBRE DE FREITAS, *AEx cit.*, 367-368, nota 5.

⁵ *AEx cit.*, 382, nota 5.

⁶ *AEx cit.*, 382, nota 5.

⁷ *AEx cit.*, 382.

⁸ *DPC III cit.*, 514. Essa solução teria ainda a vantagem de permitir de imediato realizar a obrigação de prestação de facto, mesmo que a propriedade só se transmitisse mais tarde (momento em que, então, se pediria a entrega da coisa).

⁹ *AEx cit.*, 382-383.

Exemplo 2: A obrigou-se a fazer uma moradia a B, segundo os planos de arquitectura de C ¹⁰; A deveria executar a prestação de facto em face do B e requerer a entrega dos planos pelo C.

III. A solução de CASTRO MENDES é duvidosa dada a clara intenção legislativa vertida no art. 53º nº 1 al. b) de não distinguir e proibir qualquer cumulação com fins diferentes

Todavia o *princípio da prevalência funcional* suportar essa interpretação: a rigidez processual não pode tolher a tutela efectiva dos créditos exequendos.

Esta solução seria, aliás, conforme com o ensinamento de TEIXEIRA DE SOUSA que pugna pela aplicação do art. 265º-A (adequação formal do procedimento) na execução de prestação de facto negativo, mas que, afinal, seria uma necessidade comum ¹¹.

A ser assim, a solução teria de passar por concluir que aquela proibição de cumulação não valeria para a execução de prestação principal/ prejudicial cumulada com a execução de prestação dependente/acessória. Aqui a relação de dependência/prejudicialidade ditaria, se necessário fosse, uma ordem na satisfação das obrigações em presença.

Assim, poderia o credor deduzir um pedido cumulado de

- a. No exemplo 1, execução para entrega de coisa certa e *subsidiariamente*, condicionada àquela entrega, a prestação de facto
- b. No exemplo 1, mas em que a propriedade estivesse dependente de condição, execução para prestação de facto e, *subsidiariamente*, condicionada ao efeito translativo, a prestação de entrega da coisa;
- c. No exemplo 2, execução para prestação de facto e acessoriamente condicionada à entrega das coisas acessórias (cf. o lugar paralelo do art. 857º nº 1 ¹²).

¹⁰ CASTRO MENDES, *DPC* III cit., 514.

¹¹ *AExS* cit., 20, seguindo o ac. RP 25-Mar-1996, CJ 96/2, 18. Diversamente, para LEBRE DE FREITAS, *AEx* cit., 383, nota 7, o princípio da adequação formal consente a cumulação de execuções com *formas processuais* diferentes, mas não com *finalidades* diversas.

¹² CASTRO MENDES, *DPC* III cit., 515. Não pode ser de paralelo o disposto na penhora de veículo automóvel (cf. art. 851º nº 2), porquanto aqui a apreensão dos documentos respectivos não é objecto da obrigação, nem, por isso, da penhora.

(Continuação). — **B. Delimitação interna e procedimental.** **I.** O regime procedimental da execução da prestação de facto é expressão de vários princípios substantivos da tutela civil dos direitos.

O **primeiro princípio**, que não deve ser negligenciado, é o de que o executado continua obrigado ao cumprimento e tem direito ao cumprimento. Sendo a execução forçada um complexo de actos mais ou menos ingerentes na esfera respectiva, a citação há-de mencionar e o procedimento há-de permitir, ainda, que o devedor possa realizar voluntariamente o cumprimento em mora.

O **segundo princípio**, é o de que não havendo cumprimento voluntário a execução do crédito passará por uma solução que despense a intervenção do executado dado o princípio de *nemo potest praecise cogita ad factum*. Nessa ulterior execução para prestação de facto, a lei distingue depois, em função do objecto da prestação, entre *prestação de facto negativo*, *prestação de facto infungível* e *prestação de facto fungível*.

II. Por prestação de *facto negativo* está-se a referir o *facto negativo*, i.e., de *non facere*, tanto *fungível*, como *infungível*.

O *facto negativo* tanto pode ser de *non facere* em sentido estrito, como de *pati*, consoante tenha, respectivamente, por objecto uma omissão de actuação (1) ou a tolerância (2) de uma actividade do credor ¹³

Exemplos: (1) não edificar uma moradia no terreno fronteiro ao do credor; (2) condenação dos réus a não impedirem a realização de obra nova ou de reparação por implicar uma obrigação de prestação de facto negativo, na modalidade de obrigação de tolerância ou de deixar fazer (obrigação de *pati*) ¹⁴.

Incumprida a obrigação por meio de violação positiva ¹⁵, vigora na respectiva execução o *princípio da represtinação à custa do executado* segundo o 829º CC (“Se o

¹³ TEIXEIRA DE SOUSA, *AEsS* cit., 53.

¹⁴ RG 19-Nov-2003/ 1897/03-1 ROSA TCHING).

¹⁵ “Fez-se indevidamente alho” (CASTRO MENDES, *DPC* III cit., 534).

devedor estiver obrigado a não praticar algum acto e vier a praticá-lo, tem o credor o direito de exigir que a obra, se obra feita houver, seja demolida à custa do que se obrigou a não a fazer”) e *indemnização* se “nos termos gerais, se o prejuízo da demolição para o devedor for consideravelmente superior ao prejuízo sofrido pelo credor”.

Processualmente, segue-se o regime dos arts.941º e 942º.

III. Já quanto se fala em prestação de facto *infungível*, abrange-se apenas o facto *infungível positivo*.

Exemplo: cumprimento de uma sentença condenatória na parte em que ordena a reintegração de um trabalhador ¹⁶, da sentença que condenou os executados a porém termo à actividade de cabeleireiro numa fracção autónoma de prédio em propriedade horizontal, de modo a aplicá-la exclusivamente a habitação ¹⁷

Na falta de cumprimento voluntário, apenas podem valer as *regras gerais da indemnização* pelo dano causado, sendo central o disposto no art. 933º nº1 segunda parte.

IV. Por fim, o regime da prestação de facto *fungível* corresponde à prestação de facto que não seja nem negativo, nem positivo *infungível*, ou, por outro prisma, que seja *positiva e fungível*,

Exemplos: a execução da condenação em acção declarativa a demolir um barraco construído em prédio arrendado aos Autores, em demolir o muro de blocos de cimento que construíram em terreno do exequente ¹⁸, em entregar um terreno e demolir a construção ¹⁹, em reparar um veículo ²⁰, em realizar obras no prédio dos executados para impedir a continuação da violação do direito de propriedade do prédio vizinho, dos exequentes ²¹, em proceder à colocação de

¹⁶ STJ 8-Fev-1985/000929 LICÍNIO CASEIRO e RL 13-Jan-1993/0079834/ (DINIS ROLDÃO).

¹⁷ STJ 19-Mai-1988/076077 PINHEIRO FARINHA).

¹⁸ RP 11-Dez-1990/0409600 (LEONEL ROSA).

¹⁹ RP 6-Mai-1993/ 9320129 (OLIVEIRA BARRROS).

²⁰ RP 24-Out-1991/ 9110401 (AUGUSTO ALVES).

²¹ RP 22-Nov-1999/9951152 (REIS FIGUEIRA).

marcos para fixação da estrema de um prédio em execução da decisão proferida nos autos de acção declarativa de cravação de marcos de acordo com a linha divisória aí traçada ²².

Esta *fungibilidade* tanto pode ser *originária*, como pode, segundo alguma doutrina, ser *voluntária* por *renúncia do credor à infungibilidade* de uma dada prestação, quando a infungibilidade foi constituída a ser favor ²³. No entanto a faculdade de oposição admitida no art. 940º nº2 parece reduzir a viabilidade concreta desta renúncia.

Exemplo: A tendo direito a que B, pintor célebre, lhe faça o seu retrato decide requerer que o retrato seja executado por C, pintor de menor qualidade ²⁴.

Mas o inverso também pode suceder: o exequente pode *não querer que a prestação, embora naturalmente fungível, seja realizada por terceiro* ²⁵. Nessa eventualidade pode requerer tão somente a indemnização do dano sofrido com a não realização da prestação (art. 933º nº 1 segunda parte) .

V. Para esta execução vigora o princípio do *cumprimento por terceiro* segundo o art. 828º CC: o credor de prestação de facto fungível tem a faculdade de requerer, em execução que o facto seja prestado por outrem à custa do devedor. Portanto, daqui surgirá uma obrigação derivada de *indemnização*.

Em conformidade com o objecto da prestação, o credor, seguindo a sequência processual dos arts. 933º a 942º, requererá perante o executado, como efeito jurídico, a *prestação por outrem* à custa do executado, se o facto for fungível, bem como a *indemnização* moratória a que tenha direito, ou a *indemnização do dano sofrido com a não realização da prestação*.

²² RE 21-Mai-2009/186-D/1999.E1 (MANUEL MARQUES).

²³ CASTRO MENDES, *DPC* III cit., 519; TEIXEIRA DE SOUSA, *AExS* cit., 57; LEBRE DE FREITAS, *AEx* cit., 383.

²⁴ CASTRO MENDES, *DPC* III cit., 519.

²⁵ PALMA CARLOS, *AEx* cit., 217 e 218 trata-a como infungibilidade específica resultante da “simples vontade do exequente”.

A execução poderá, por isso, ser tanto para *prestação de facto*, como para *pagamento de quantia certa*, seja de *custeamento* da obra, seja de *indenização pelo dano*²⁶.

VI. Este regime vale subsidiariamente para a fase executiva das providências cautelares como *embargo de obra nova*, pois também elas têm por objecto adequado o recurso às normas que regulam a execução para prestação de facto²⁷.

2. Especificidades estruturais. I. Decorre do exposto que o objecto da execução de prestação de facto é a exacta prestação devida, na sua qualidade e na sua medida, delimitadas pelo título executivo, e não mais, sob pena de ilegalidade²⁸.

Exemplo: ordenada a demolição de certa obra, constituída por portões e constando do auto de demolição que não se procedeu ao arrombamento porque os mesmos já se encontravam retirados, a sua remoção com entrega a depositário nomeado, excede o necessário para se efectivar a prestação de facto constante do título e por isso não deveria ter sido levada a cabo; se o foi deve ordenar-se a entrega dos mesmos ao seu legítimo dono o executado²⁹.

Todavia, o regime substantivo postula que há *obrigações que não são constituídas ou abrangidos* pelo título executivo: de fonte legal (a de reprecinação) e por responsabilidade civil (as indemnizatórias), nomeadamente. Estão pois *fora* da certificação dada pelo título.

Ora, um direito não certificado carece de ser *declarado judicialmente*.

II. Portanto, *terá de haver um segmento declarativo funcional e materialmente incidental*, pelo qual se proceda ao *acertamento da prestação*, se a qual não pode ter lugar a respectiva execução. Em abstracto, esse incidente tanto pode estar inserido na

²⁶ PALMA CARLOS, *AEx cit.*, 215-216.

²⁷ RP 11-Nov-2002/0151317 (OLIVEIRA ABREU) quanto ao disposto nos n.ºs 1 e 2 do art. 933º.

²⁸ RE 28-Fev-2008/2800/07-3 (PIRES ROBALO).

²⁹ RE 28-Fev-2008/2800/07-3 (PIRES ROBALO).

própria acção executiva, como, ainda que apensado, ter efeito suspensivo dos actos executivos ou ser objecto uma acção declarativa autónoma.

A solução da lei é admitir na execução a *verificação pericial e declaração judicial de incumprimento da obrigação originária* (cf. arts. 941º nº 3 e 942º nº 1) e a *liquidação* de créditos indemnizatórios por *incidente de liquidação*, (cf. art. 936º nºs 2 e 3) respectivamente, como se verá adiante

3. Finalmente, uma vez acertadas pelo tribunal haverá que *executar* essas obrigações acessórias de pagamento de quantia certa. Em qualquer caso, acrescerão as custas ³⁰.

Logo aqui se vê que apenas alguma da execução de prestação de facto é *específica* e que, em algo ponto da sequência processual, se terá de se executar um direito a uma quantia pecuniária, *i.e.*, se entrará em execução *sucedânea*.

§ 2º Prestação de facto fungível ³¹. **1. Objecto.** — **A. Generalidades. I.** Tratando-se de facto fungível o exequente pode deduzir um pedido de *execução específica* e um pedido de *execução sucedânea*, como decorre do art.932º nº1.

Assim, enquanto o *incumprimento da obrigação não for definitivo — por ser impossível, objectiva ou culposamente* (cf. arts.790º e 801º CC) ou *por perda do interesse pelo credor* (cf. art.808º CC) — ,pode o credor requerer que o facto seja prestado por outrem à custa do devedor, após citação do devedor (cf. art. 933º nº1 primeira parte). Trata-se de uma *execução específica* da prestação.

Esta obrigação deve ser certa ³² e exigível ³³, conforme o art. 802º, e sendo o caso, líquida. E, embora já exigível, o exequente pode pedir a fixação de prazo de

³⁰ “A execução de prestação de facto a realizar por outrem visa a penhora necessária à obtenção do custo da prestação por outrem, mais as custas prováveis” (STJ 4-Jul-1989/077877 (BROCHADO BRANDÃO)).

³¹ LOPES-CARDOSO, *MAEx* ³ (2ª reimp.1996), 1968, 33; PALMA CARLOS, *Direito processual civil. Acção executiva*, 1968, 216-221; ANSELMO DE CASTRO, *AEExS*, 1970, 374, 520; CASTRO MENDES, *DPC* III, 1987, 515-533; TEIXEIRA DE SOUSA, *AEExS*, 1998, 54-57; REMÉDIO MARQUES, *CPExC*, 2000, 403; LEBRE DE FREITAS, *AEEx* ⁵, 2009, 383-392; VIRGÍNIO DA COSTA RIBEIRO, *As funções do agente de execução*, 2011, 168.

³² “Se a sentença em execução condena os ora embargantes a demolir o muro de blocos de cimento que construíram em terreno da A. ", a obrigação exequenda está suficientemente determinada no título executivo tanto mais que aqueles não colocaram na acção declarativa quaisquer dúvidas sobre a identificação do muro cuja demolição os AA. pediam nem, condenados à mesma, pediram qualquer esclarecimento da sentença” (RP 11-Dez-1990/0409600 (LEONEL ROSA)); “em embargos de executado contra execução para prestação de facto (reparação de veículo), a alegação de que a reparação não é possível ou se mostra agravada, por culpa do exequente, não integra os fundamentos de inexecutabilidade do título executivo ou de inexigibilidade da obrigação” (RP 24-Out-1991/ 9110401 (AUGUSTO ALVES)).

conclusão da prestação, quando o prazo para a prestação não esteja determinado no título executivo, nos termos do art. 939º, **ou autonomamente dos arts. 1456º e 1457º** ³⁴.

II. Mas, por outro lado, o art.933º nº1 autoriza a que o credor peça execução de *prestações sucedâneas* do cumprimento da obrigação principal:

- a. *indenização moratória* a que tenha direito ou
- b. *indenização do dano sofrido com a não realização da prestação* (art. 933º nº 1 segunda parte), sem o espalho do art. 53º nº 1 al. b).

Importa, distinguir entre se existe uma situação de *mora*, podendo a prestação ser realizada, ou se existe uma situação de *incumprimento definitivo*.

(Continuação). — **B. Mora. I.** Havendo uma situação de mora, o credor pode cumular o pedido de execução específica com o pedido sucedâneo de indenização moratória, i.e., e juros de mora (cf. art. 806º CC) ³⁵ ou pode apenas pedir apenas esta indenização moratória.

Mas tem-se discutido se já neste momento, apesar de ser possível ainda o cumprimento, o credor pode de imediato pedir a *indenização do dano sofrido com a não realização da prestação*.

A questão é de direito substantivo.

II. CASTRO MENDES pugna pela prevalência da execução e responsabilidade específica ou *in naturam* (cf. art.566º nº1 CC) havendo mora. Apenas quando deixasse de ser possível a prestação for terceiro é que o credor teria o direito de exigir uma indenização em dinheiro ³⁶.

Esta solução seria, ademais, coerente com idêntica solução na execução para entrega de coisa certa: o credor não pode pedir, além da entrega, a indenização (cf. art.

³³ “Não se verifica inexigibilidade temporária da obrigação de prestação de facto, reconhecida em transacção judicial, pela circunstância de um terceiro não autorizar a ocupação do seu terreno com uma obra, no caso de tal ocupação não ser indispensável nem ter sido prevista na transacção” (RP 9-Fev-1993/ 9220323 (CÂNDIDO LEMOS)).

³⁴ Cf. CASTRO MENDES, *DPC* III cit., 520-521.

³⁵ Cf. CASTRO MENDES, *DPC* III cit., 521.

³⁶ *DPC* III cit., 520-521.

928º *a contrario*). Esta só é admitida se o cumprimento se tornar impossível por não ser encontrada a coisa (cf. art. 931º nº 1)³⁷.

TEIXEIRA DE SOUSA segue no mesmo sentido³⁸.

Diversamente, para LOPES CARDOSO, ANSELMO DE CASTRO, REMÉDIO MARQUES³⁹ e LEBRE DE FREITAS⁴⁰ e, bem assim, alguma jurisprudência⁴¹, seguindo a letra do art.933º nº 1, o credor poderá *optar* entre deduzir pedido de execução específica (eventualmente cumulado com indemnização moratória) e deduzir pedido de indemnização pelo não cumprimento, ainda que a prestação pudesse ser cumprida e mantivesse o interesse nela. O art.828º CC aludiria mesmo a que o credor teria a “*faculdade de requerer, em execução, que o facto seja prestado por outrem à custa do devedor*”⁴².

Mas haveria uma diferença: no caso de mora aquela indemnização compensatória seria calculada pelo custo da realização por terceiro, enquanto naqueloutro de incumprimento definitivo medir-se-ia pelo incumprimento⁴³. Na verdade, se o devedor não cumpre uma vez citado “deve ter-se por definitivamente incumprida” a prestação, colocando-se a tutela depois no plano indemnizatório, haja ou não a possibilidade de terceiro se substituir ao devedor⁴⁴.

III. Pensamos que, nos termos gerais das obrigações o *devedor tem direito ao cumprimento*, enquanto não ocorrer impossibilidade objectiva ou perda de interesse nos termos do art.808º CC.

Por conseguinte não pode senão nos termos do art.808º o credor provocar as condições para a indemnização em dinheiro.

O regime do art. 928º *a contrario* e do art. 931º nº 1 assim o confirmam: na execução para entrega de coisa certa não pode o credor *ab initio* pedir o prejuízo resultante da falta da entrega da coisa — apenas se houver impossibilidade, não na mora.

³⁷ DPC III cit., 521.

³⁸ AExS cit., 55.

³⁹ MAEx cit., 33, AExS cit., 374 e CPExC cit., 403., respectivamente.

⁴⁰ AEx it., 383-4.

⁴¹ Assim, o ac. RL 8-Mai-2008/ 3586/2008-8 (ANA LUÍSA GERALDES).

⁴² LEBRE DE FREITAS, AEx cit., 384, incluindo nota 12.

⁴³ LEBRE DE FREITAS, AEx cit., 386.

⁴⁴ LEBRE DE FREITAS, AEx cit., 385.

Parece-nos que o que é pedir *indenização moratória*.

(Continuação). — C. Incumprimento definitivo. I. O incumprimento definitivo pode ser processualmente *inicial*, i.e., anterior à propositura da execução, como pode ser *superveniente*.

O incumprimento **inicial** pode ter implicado, eventualmente, uma prévia fixação autónoma de prazo para consumação da prestação, ao abrigo dos arts. 1456º e 1457º.

O incumprimento **superveniente** dar-se-á, nomeadamente, se estando a prestação exequenda inicialmente em mora o executado não concluir a prestação no prazo fixado contratualmente ou processualmente ao abrigo do art. 939º.

II. O incumprimento definitivo pode decorrer de *impossibilidade definitiva* (cf. (arts.790º e 801º CC) *perda de interesse do credor* (cf. art.808º nº 1 primeira parte CC) ou *recusa de cumprimento em prazo admonitório* (cf. art.808º nº 1 segunda parte CC).

O credor apenas poderá, então, pedirá *indenização do dano sofrido com a não realização da prestação* (art. 933º nº 1 primeira parte).

No caso de perda de interesse “seria absurdo que o credor pudesse pedir a realização por outrem de algo objectivamente inútil” (CASTRO MENDES)⁴⁵,

No entanto, no casos específicos da *recusa de cumprimento*, no termo do prazo admonitório, CASTRO MENDES defendia uma particular solução: a remissão do art.940º nº2 para o disposto nos artigos 933.º a 938 permitiria a amplitude de opções dada pelo nº 1 do art.. 933º A saber, e e em alternativa: execução sucedânea da indenização pelo dano do não cumprimento, realização da prestação por terceiro⁴⁶ cumulada com a indmnização moratória, ou apenas a indenização moratória.

O ponto é discutível.

III. Por outro lado, importa ainda considerar a eventualidade de a impossibilidade ser parcial.

Valerá, então, o regime da impossibilidade parcial do art.802º nºs 1 e 2 CC , salvo se sobrevir perda objectiva de interesse.

⁴⁵ DPC III cit., 521.

⁴⁶ DPC III cit., 523-525.

Este regime dita que o credor tanto pode

- a. resolver o contrato — salvo, se o não cumprimento parcial tiver escassa importância, por ex. o atraso do devedor quanto o prazo convencionado ou judicialmente fixado é mínimo, *i.e.*, de escassa importância no interesse do credor — e pedir indemnização pelo dano sofrido,
- b. ou pode não resolver o contrato executar especificamente a parte possível, com indemnização moratória ⁴⁷.

2. Execução específica. — A. Fase introdutória: procedimento comum. I. O devedor é citado para, em 20 dias, deduzir oposição à execução, nos termos dos arts. 813º ss .

Não há dispensa de citação prévia, nos termos do art.812º-C, em razão da natureza da prestação e dos princípios próprios desta execução: a lei quer que a execução seja, quando possível, específica e cumprida a prestação pelo próprio devedor ⁴⁸.

II. No mesmo prazo de 20 dias pode o executado, uma vez citado, cumprir a prestação ⁴⁹. Esse facto deve ser **atestado pelo agente de execução.**

CASTRO MENDES, e bem, defendia que se o cumprimento da prestação exigir prazo superior a estes 20 dias e “o executado se mostrar seriamente pronto a realizá-la” existe motivo justificado da efeito da suspensão da instância executiva ao abrigo do art. 279º nº 1 in fine ⁵⁰. Tal solução é actualmente a correcta, cabendo ao juiz aferir se pode ou não a execução ser suspensa ⁵¹.

III. Os fundamentos de oposição à execução de *sentença* que condenou em prestação de facto são os do art. 814º *ex vi* art. 466º nº 2.

⁴⁷ Esta seria, por exemplo, a referida situação de o atraso do devedor quanto o prazo convencionado ou judicialmente fixado ser mínimo.

⁴⁸ LEBRE DE FREITAS, *AEx* cit., 388, nota 19-A.

⁴⁹ Neste sentido, ALBERTO DOS REIS, *PEx* II cit., 557-558; CASTRO MENDES, *DPC* III cit., 526 e LEBRE DE FREITAS, *AEx* cit., 388. Contra, ANSELMO DE CASTRO, *AEsS* cit., 520 e LOPES CARDOSO, *MAEx* cit., 734.

⁵⁰ *DPC* III cit., 526. Já ALBERTO DOS REIS, *PEx* II cit., 557-558 defendia que a execução não suspendia, embora o executado pudesse requerer a extinção da acção executiva assim que acabasse de cumprir a prestação.

⁵¹ *AEx* cit., 388-389.

Em especial, pode o fundamento da oposição consistir, ainda que a execução se funde em sentença, no cumprimento posterior da obrigação ⁵² ou outro extintivo que ditou o não cumprimento da obrigação dentro do prazo fixado ⁵³, desde que provado por qualquer meio (nº 2 do art. 933º) ⁵⁴.

Mas, tal como já se viu atrás, a alínea g) do nº 1 do art. 814º determina que não pode constituir fundamento de embargos de executado um facto extintivo da obrigação ocorrido antes do encerramento da discussão em 1ª instância no processo de declaração e que foi já objecto de apreciação e decisão nesse processo ⁵⁵.

Exemplo: não invocado na acção declarativa de condenação o facto impeditivo ou modificativo do mais considerável prejuízo da demolição da construção ilícita, não pode o devedor da prestação fazê-lo em embargos de executado, pois a tal se opõe o caso julgado e a sua autoridade que cobre tanto o nessa acção deduzida como o nela deduzível ⁵⁶

Tratando-se de oposição à execução de *sentença homologatória* ou de sentença arbitral naturalmente que se deve considerar o art. 814º nº 1 al. h) e o art. 815º, respectivamente, além dos demais fundamentos comuns às sentenças ⁵⁷.

IV. No caso do art. 939º nº 1 deverá ainda pronunciar-se sobre o prazo de cumprimento da prestação, não sendo a insuficiência do prazo indicado pelo exequente para a efectivação de obras a que o executado está obrigado por sentença fundamento de oposição à execução, porque não é um dos fundamentos taxativamente indicados para tal oposição no art. 814º ⁵⁸.

V. O recebimento da oposição tem os efeitos indicados no artigo 818.º, devidamente adaptado.

Sendo procedente extinguir-se-á a execução ⁵⁹.

⁵² RE 6-Nov-2003/ 1849/03-2 (TEIXEIRA MONTEIRO).

⁵³ RP 8-Jan-1998/ 9731226 (OLIVEIRA VASCONCELOS).

⁵⁴ RE 6-Nov-2003/ 1849/03-2 (TEIXEIRA MONTEIRO).

⁵⁵ RP19-Jun-1995/9451216 (MARQUES PEIXOTO).

⁵⁶ RP 6-Mai-1993/ 9320129 (OLIVEIRA BARROS).

⁵⁷ Cf. RP 9-Fev-1993/ 9220323 (CÂNDIDO LEMOS).

⁵⁸ Assim, RL 29-Abr-1993/ 0069502 (LOUREIRO DA FONSECA).

⁵⁹ “São de indeferir in limine os embargos da executada contra a exequente para entrega de coisa certa, que arrematou o direito ao arrendamento e ao trespasse de uma loja, em execução instaurada por outrém, onde foram julgados improcedentes os embargos da executada, quando ela, agora, se fundamenta nas relações entre si e a primitiva exequente” (RL 2-Abr-1992/0042586 (JOAQUIM DE MATOS)).

(Continuação).— B. Especialidades na execução de obrigações duradouras; incidente preliminar de fixação de prazo. I. A obrigação impõe-se, nos termos gerais, do art. 802º. O mesmo é dizer que valem as regras do art.804º para a exigibilização da prestação e, naturalmente, as já conhecidas regras das obrigações puras (cf. art. 805º nº 1 CC e o art. 662º nº 2 al. b)).

Mas, como ensinava CASTRO MENDES,⁶⁰ a execução para prestação de facto tem a característica de a prestação não ter de ser necessariamente instantânea, como o são a execução para pagamento de quantia certa e, em princípio, a execução para entrega de coisa certa. Na verdade, a prestação da levar a cabo pode ser *duradoura*.

Exemplo: A obrigou-se a dar aulas de música a B até que ele estivesse em condições de fazer provas de acesso ao Conservatório.

Repare-se que o que aqui está em causa é o prazo, não de vencimento, mas de *conclusão* da própria prestação de facto, porque *não instantânea*.

II. Nessa eventualidade, *se o prazo já estiver determinado* a obrigação não pode ser executada **enquanto não se esgotar o tempo de cumprimento**, *pelo que a obrigação embora vencida, i.e, devendo ser cumprida, pode ainda não ser exigível.*

Se o prazo ainda não estiver fixado no título executivo **ou não tiver sido já fixado judicialmente** (cf. art.777º nº 2 CC) pode,ainda assim, iniciar-se a execução para abrir, ao abrigo do art. 939º nº 1, um incidente de fixação judicial de prazo na própria execução.

O exequente começa,então, por indicar no requerimento executivo o prazo que reputa suficiente e requer que, citado o devedor para, em 20 dias, dizer que se lhe oferecer, o prazo seja fixado pelo tribunal da execução, conforme o art.939º nº 1.

Exemplo: sendo o título executivo sentença condenatória, na qual não se fixou o prazo para a prestação, a execução tem início com o pedido de fixação do prazo ⁶¹.

⁶⁰ DPC III cit., 515-516.

⁶¹ RL 24-Fev-1994/ 0063096 (PIRES SALPICO).

Se o exquente não proceder à indicação do prazo, deve o juiz convidá-lo a suprir tal irregularidade ⁶², não sendo de indeferir liminarmente por inexecutabilidade ⁶³, em rigor, por falta de exigibilidade da prestação ⁶⁴

III. Se o executado tiver fundamento para se opor à execução, deve logo deduzi-la e dizer o que se lhe ofereça sobre o prazo.

Exemplo: em embargos de executado contra execução para prestação de facto (reparação de veículo), a alegação de que a reparação não é possível ou se mostra agravada, por culpa do exequente, não integra os fundamentos de inexecutabilidade do título executivo ou de inexigibilidade da obrigação ⁶⁵.

O prazo é fixado pelo juiz, que para isso procederá às diligências necessárias.

IV. Fixado o prazo, não sendo a oposição procedente, se o devedor cumprir a prestação extingue-se a execução.

V. Se o devedor não prestar o facto dentro do prazo, determina o n.º 1 do art. 940º que se observe, sem prejuízo da 2ª parte do n.º 1 do artigo 939.º, o disposto nos artigos 933.º a 938.º, ou seja o *procedimento comum de execução coactiva do direito à prestação*.

Este procedimento, exposto atrás, tem, neste caso, duas especialidades.

A primeira é a de que o executado pode novamente deduzir oposição à execução, conforme o art. 940º n.º 2, mas já não será citado mas notificado.

A segunda é a de que essa oposição à execução, porque superveniente, tem um âmbito objectivo restrito, conforme esse mesmo art. 940º n.º 2, a:

- a. ilegalidade do pedido da prestação por outrem, *i.e.*, *a infungibilidade*;

⁶² RE24-01-2008/ 2865/07-2 (FERNANDO BENTO).

⁶³ Se o título “não indicar o prazo em que a obra deve ser concluída, a acção executiva terá de começar pela preliminar de determinação judicial desse prazo, sob pena de inexecutabilidade” (RL 13-Fev-1990/ 0009391 (ROLÃO PRETO)).

⁶⁴ RL 4-Jul-1991/0026576 (ALMEIDA VALADAS).

⁶⁵ RP 24-Out-1991/9110401 (AUGUSTO ALVES).

- b. qualquer facto ocorrido posteriormente à citação para o incidente da fixação de prazo, do art.939º nº 1, v.g., um facto extintivo ⁶⁶, e que, nos termos dos artigos 814.º e seguintes, seja motivo legítimo de oposição.

(Continuação). — C. Fase de realização da prestação por terceiro: com custeamento prévio. I. A realização da prestação de facto por pessoa diversa do devedor pode ter lugar quando seja exigível, o que ocorre como já se disse´

- a. na data do vencimento, para a obrigação instantânea:
- b. na data do termo do prazo de conclusão, eventualmente fixado judicialmente, se a obrigação for duradoura

Repare-se que este prazo para conclusão pode ser longo — v.g., um ano para construir uma moradia — pelo que apenas no seu termo é que poderá terceiro realizar a obra.

Até lá, como escreve CASTRO MENDES, “o devedor que começou tarde e por esse motivo é executado quando está cumprindo de boa fé, parece que não deve ser substituído na prestação (se ela ainda tiver interesse para o devedor) mas só sujeito a indemnização pela mora” ⁶⁷. Por nós, parece-nos que a substituição pelo terceiro apenas pode ter lugar quando seja o único modo de evitar a perda do interesse do credor, nos termos do art.808º CC.

II. O credor que queira executar o *direito à prestação* requererá a nomeação de perito que avalie o custo *provável* ⁶⁸ da prestação (art. 935.º nº 1). Esse requerimento pode ser feito logo no requerimento, mas também mais tarde.

Por outro lado, como o art.933º nº1 autoriza a que o credor peça além do cumprimento por terceiro ainda o pagamento de *indemnização moratória* a que tenha

⁶⁶ “Se o executado não cumpriu a obrigação dentro do prazo fixado, no início da acção executiva, para a respectiva prestação, poderá nos subsequentes embargos invocar, além do mais, facto posterior à sua citação e extintivo da obrigação” (RP 8-Jan-1998/9731226 (OLIVEIRA VASCONCELOS)).

⁶⁷ DPC III cit., 517.

⁶⁸ RG 04-10-2007/1454/07-2 (RAQUEL RÊGO).

direito a economia processual impõe que esta seja liquidada e paga ao em cumulação com a liquidação e pagamento do custo das obras.

Depois, dta o nº 2 deste art. 935º que *concluída a avaliação*, procede-se à penhora dos bens necessários para o pagamento da quantia apurada, seguindo-se os demais termos do processo de execução para pagamento de quantia certa.

No termo respectivo, será depositado o produto da venda dos bens penhorados para custear a obra por terceiro ⁶⁹.

III. Tendo-se executado todos os bens do executado sem se obter a importância da avaliação, o exequente pode desistir da prestação do facto, no caso de não estar ainda iniciada, e requerer o *levantamento da quantia obtida em concreto* (art. 938º).

Como ensinava CASTRO MENDES ⁷⁰, esta quantia já vai ser parte da indemnização pelo dano de incumprimento que o credor poderá, sucedaneamente, deduzir ao abrigo do art.934º.

IV. Ao contrário, se o produto obtido for suficiente para o custeamento pretendido, o credor então fará “os contratos que quiser para efectuar a prestação, ou efectua-la-á ele próprio, com o ónus de prestar contas ao tribunal” (CASTRO MENDES) ⁷¹. A avaliação pode ser confirmada ou desmentida pela realização das obras. Daí que, no âmbito deste processo, não seja admissível a segunda avaliação ⁷².

Nada impede que seja o próprio *exequente* a realizar a prestação ⁷³

Aparentemente a execução da obra já será actividade extraprocessual ⁷⁴: obtido o valor para a levar a cabo deverá extinguir-se a execução, pois nada mais se precisa do devedor ⁷⁵

⁶⁹ Nada impede, então, o levantamento da penhora que foi realizada (RL 18-Abr-1991/0041432 ROSA RAPOSO)).

⁷⁰ DPC III cit., 529.

⁷¹ DPC III cit., 529-530.

⁷² RG 04-10-2007/1454/07-2 (RAQUEL RÊGO).

⁷³ LEBRE DE FREITAS, AEx cit., 390.

⁷⁴ Neste sentido, LEBRE DE FREITAS, AEx cit., 390.

⁷⁵ Neste sentido, RP 23-Nov-1995/9530728 (CAMILO CAMILO): “tendo o exequente optado pela prestação do facto por outrem e feita a competente avaliação do custo da prestação, pode ser julgada extinta a execução, com o conseqüente levantamento da penhora entretanto efectuada, na hipótese de ter sido depositado o montante correspondente àquele custo e estarem pagas as custas da execução”.

(Continuação). — D. (Continuação): com custeamento posterior. I. Pelo que se acaba de ver, a regra é a de que apenas depois da *execução do custo* se pode realizar prestação.

Todavia, o art. 936º nº 1 autoriza a que, mesmo antes de terminada a avaliação ou a execuções reguladas no art. 935º, o exequente faça ou mande fazer sob sua direcção e vigilância, as obras e trabalhos necessários para a prestação do facto.

CASTRO MENDES notava que o credor promove antecipadamente estas obras “a seu risco”, porque, iniciada a obra já não pode desistir, seja qual for o valor que a execução posterior do custeamento lhe forneça, ao contrário do que sucederia em sede de art.938º ⁷⁶.

II. O credor fica, então, com a obrigação de dar contas no tribunal da execução, e de, se pediu *indemnização moratória*, liquidá-la o mesmo tempo (nº 2 do art. 936º) ⁷⁷. No que for aplicável regem, então, por *analogia*, as regras do processo especial de prestação de contas, na vertente de prestação espontânea, pelos arts. 1016º ss e 1018º ss.

Portanto, estamos perante um incidente processual ⁷⁸, de natureza declarativa, destinado a apurar “se a obra efectivada coincide em absoluto com o título e se, sendo positiva a resposta, o seu custo se adequa ao louvado e garantido pelo executado, tendo por boas as contas” ⁷⁹.

Deste modo, as contas devem ser *apresentadas* segundo o disposto no art. 1016º, e perante o juiz de execução ⁸⁰, não perante o agente de execução. Depois podem ser *contestadas* pelo executado (cf. nº 3 do art. 936º), em 30 dias (cf. art. 1018º nº 1).

No incidente é lícito ao executado alegar que houve excesso na prestação do facto, bem como, no caso de o exequente ter logo cumulado um pedido de execução de indemnização moratória, ao abrigo da última parte do nº 1 do art. 936º impugnar a liquidação desta.

No restante valem os arts.1016º e 1017º, *ex vi* art. 1018º nº 2.

⁷⁶ DPC III cit., 530.

⁷⁷ Trata-se de uma solução que já CASTRO MENDES, DPC III cit., 532, defendia.

⁷⁸ Corre por apenso à execução, por aplicação analógica do art. 1019º (LOPES CARDOSO, MAEx cit., 740-742 e EBRE DE FREITAS, AEx cit., 390).

⁷⁹ RG 15-Mai-2008/ 610/08-2 (GOMES DA SILVA).

⁸⁰ Não pode deixar de ser assim, atenta a natureza declarativa do incidente, como bem notam LEBRE DE FREITAS, AEx cit., 391 e VIRGÍNIO DA COSTA RIBEIRO, *As funções* cit., 168.

III. Aprovadas as contas pelo agente de execução (cf. art. 937º nº 1) — depois de receber a decisão do juiz da execução⁸¹ — o crédito do exequente é pago pelo produto da execução a que se refere o artigo 935º (nº 1 do art. 937º). O remanescente deverá ser entregue ao executado⁸².

IV. Se o produto não chegar para o pagamento, seguir-se-ão, para se obter o resto, os termos estabelecidos naquele mesmo art. 935º, conforme o art. 937º nº2,

(Continuação). — **E. Oposição ao acto executivo, pelo executado e por terceiro. I.** O executado pode ter necessidade de tutela, perante uma realização de prestação que seja ilegal.

Imagine-se que o executado queira se defender do próprio acto executivo realizado por terceiro.

Exemplo: oposição ao acto de cravamento dos marcos pelo agente de execução e com o auxílio da força pública, na execução da decisão proferida nos autos de acção declarativa de cravação de marcos de acordo com a linha divisória aí traçada, com fundamento em que o acto não foi realizado no local definido no título executivo⁸³.

Por que meio?

Uma analogia com o que ocorre na execução para pagamento de quantia certa, autorizaria a aplicação, com as devidas adaptações, dos prazos, procedimentos e efeitos da oposição à penhora (cf. arts. 863º-A e 863º-B)⁸⁴. Assim, *por ex.*, se o âmbito da execução for maior, i.e. abranger mãos meios e bens do que o resulta do título o executado pode opor-se, nos termos do art. 863º-A al. c) por analogia.

⁸¹ Esta nossa interpretação é contrária à letra do preceito, mas apenas ela permite salvá-lo do vício da inconstitucionalidade, por violação da reserva de jurisdição.

⁸² RL 24-Set-1991/0046801 (LOPES BENTO): nada impede a restituição imediata ao executado do remanescente do custo estimado das obras e custas da execução, se o exequente não prestar contas.

⁸³ RE 21-Mai-2009/186-D/1999.E1 (MANUEL MARQUES).

⁸⁴ Neste sentido, RE 21-Mai-2009/186-D/1999.E1 (MANUEL MARQUES).

Exemplo: ordenada a demolição de certa obra, constituída por portões e tendo-se, indevidamente, procedido à sua remoção com entrega a depositário nomeado, a remoção dos mesmos na medida que excedeu o necessário para se efectivar a prestação de facto constante do título, não deveria ter sido levada a cabo ⁸⁵.

Nestes casos, a oposição ao cumprimento por terceiro tanto servirá para a fazer suspender como para reprecinar a situação *ex ante* a esse cumprimento.

II. Por outro lado, aparentemente um terceiro não pode embargar com fundamento em ofensa pois o o acto ofensivo, ou seja, vg., a demolição de um muro, não é um acto judicial, mas privado ⁸⁶.

Mas esse entendimento não deverá ser refutado, por demasiado formal?

3. Execução sucedânea. I. Findo o prazo concedido para a oposição à execução, ou julgada esta improcedente, tendo a execução sido suspensa, se o exequente pretender a indemnização do dano sofrido, como se viu atrás, observar-se-á o disposto no artigo 931º, estatui o art.934º.

Portanto, pode fazer liquidar o valor da indemnização, nos termos dos 378.º, 380.º e 805.º, com as necessárias adaptações. Ou seja: o que subsiste em litígio é a forma como vai dar-se pagamento ao exequente da referida quantia ⁸⁷.

Noutros ordenamentos esta convolação está excluída da execução, sendo objecto de uma, facultativa, acção declarativa ⁸⁸.

II. Deste modo, haverá oposição à execução, nos termos gerais dos arts. 813º ss.

⁸⁵ RE 28-Fev-2008/2800/07-3 (PIRES ROBALO).

⁸⁶ Antes da reforma de 1995-1996, nem sequer se admitia em relação a diligência ordenada em execução para prestação de facto titulada por sentença que havia condenado o executado em obrigação incorpórea e insusceptível de posse, dado ser meio de defesa da posse (RP 28-Jan-1997/ 9621386 (FERREIRA DE SEABRA)).

⁸⁷ RP 22-Nov-1999/9951152 (REIS FIGUEIRA).

⁸⁸ Assim, no art. 612º CPC/lt.

III. Feita a liquidação, procede-se à penhora dos bens necessários para o pagamento da quantia apurada, seguindo-se os demais termos do processo de execução para pagamento de quantia certa.

Esta liquidação pode ser cumulada com a liquidação do valor de custo das obras como se viu atrás, caso o credor tenha pedido execução das obras por terceiro.

§3º Prestação de facto infungível⁸⁹. 1. Execução específica — A. Objecto. O credor de prestação de facto infungível não pode, dada a respectiva natureza ou o que ficou convencionado, contar que terceiro se substitua ao devedor na respectiva realização.

Não se esqueça, todavia, da possibilidade que o credor poderá ter interesse em renunciar à infungibilidade, quando convencional.

Importa novamente distinguir se há simples mora ou se há impossibilidade de cumprimento.

II. Havendo *mora* o credor pode deduzir pedido de *indenização moratória* a que tenha direito (cf. art. 933º nº1 primeira parte) **ou/ e, cumulativamente, o** pedido de pagamento da quantia devida a título de *sanção pecuniária compulsória*.

Recorde-se que conforme o art. 829º-A CC a sanção pecuniária compulsória é fixada por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso. Não admitem, todavia, esta sanção estas prestações que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado

A sanção tanto pode ser fixada em condenação prévia à execução, seja fixada na própria e actual execução para prestação de facto (cf. art. 933º nº1 terceira parte)⁹⁰, com consequências diferentes

⁸⁹ CASTRO MENDES, *DPC* III, 1987, 532-533; TEIXEIRA DE SOUSA, *AExS*, 1998, 54, 57-58; CALVÃO DA SILVA, *Execução específica e sanção pecuniária compulsória, Estudos de Direito Civil e Processo Civil (Pareceres)*, 1999, 259 ss; LEBRE DE FREITAS, *AExS*, 2009, 383.

⁹⁰ Antes da Reforma, questionava-se se a condenação na sanção pecuniária compulsória prevista no art. 829º-A CC podia ser obtida na própria execução para prestação de facto. Em sentido negativo, o ac. RP 23-Out-2000/ 0050958 (LÁZARO DE FARIA) concluiu que o “pedido de sanção pecuniária compulsória -prevista no n.4 do artigo 829-A do Código Civil- só pode ter lugar na fase executiva da sentença e tem como pressupostos uma *sentença transitada em julgado* condenando o réu a pagar certa quantia em dinheiro corrente e o não pagamento dessa quantia ao autor”, identicamente, RL 7-Nov-2001/ 0073434 (GOMES DA SILVA). Já CALVÃO DA SILVA, *Processo executivo e sanção pecuniária compulsória, Estudos cit.*, 259 ss, admitia-a sempre. TEIXEIRA DE SOUSA, *AExS cit.*, 54, apenas a admiti-a quando o prazo para a realização da prestação não estivesse determinado no título, pois no incidente preliminar de fixação de prazo (cf. art. 939º nº 1), o exequente poderia “aproveitar essa situação para pedir a fixação judicial da sanção pecuniária compulsória”. Ao contrário, se o prazo já estivesse titulado não se prevendo no art. 933º nº 1 “a

- a. Sendo prévia à execução a sanção pode ser contabilizada com data anterior à execução, i.e., a data da sentença de condenação. Nesse caso caberá apenas ao agente de execução liquidá-la a final nos termos do art.805º nº 3;
- b. Sendo fixada na acção executiva, tal é da competência do juiz, apenas podendo ser contada a partir do despacho respectivo, a proferir antes da citação do executado ⁹¹.

III. Havendo *incumprimento definitivo* nos termos atrás delimitados o credor pedirá indemnização do *dano sofrido com a não realização da prestação*

Exemplo: indemnização do dano que decorreu da não transferência da propriedade de certa parte de imóvel para a fracção em nome dos exequentes, que se resultaria de, em certo prazo, o executado rectificar escritura de constituição da propriedade horizontal e escritura de compra e venda da fracção autónoma ⁹²

(Continuação) — B. Procedimento. I. Também para aqui manda o art. 939º nº 1 que quando o prazo para a consumação da prestação não esteja determinado no título executivo, o exequente indique o prazo que reputa suficiente e requer que, citado o devedor para, em 20 dias, dizer que se lhe oferecer, o prazo seja fixado judicialmente

O exequente requererá, também, a aplicação da sanção pecuniária compulsória, nos termos da 2ª parte do n.º 1 do artigo 933.º.

II. O devedor é citado para, em 20 dias, deduzir oposição à execução, nos termos dos arts. 813º ss, valendo o que já se disse atrás relativamente a este meio de defesa.

No caso da al. g) do nº 1 do art. 814º pode ser invocado um facto extintivo da obrigação.

fixação de qualquer prazo suplementar para a realização do facto (...) não faz sentido atribuir ao exequente a faculdade de requerer” aquela sanção (idem, 54). Cf. a questão em LEBRE DE FREITAS, *AEx* cit., 387.

⁹¹ LEBRE DE FREITAS, *AEx* cit., 387.

⁹² RC10-Out-2006/667/06.6YRCBR (VERGÍLIO MATEUS).

Exemplo: extinção da obrigação de reintegração do trabalhador despedido, após a caducidade do contrato de trabalho superveniente à sentença laboral ⁹³.

III. No mesmo prazo, o executado pode cumprir a prestação. Esse facto deve ser atestado pelo agente de execução.

2. Execução sucedânea. Se o executado não cumprir no prazo, o credor pode, ao abrigo do n.º 1 do art. 934.º, executar o direito à indemnização conforme o artigo 931.º ⁹⁴.

Portanto, haverá primeiramente incidente de liquidação da indemnização, nos termos dos 378.º, 380.º e 805.º, e, posteriormente, penhora dos bens necessários e depois os demais termos do processo de execução para pagamento de quantia certa.

§4º Prestação de facto negativo ⁹⁵. 1. Objecto. I. Tratando-se de facto negativo, fungível ou infungível, há que distinguir se a situação *ex ante* é reprecinável ou não.

Sendo *reprecinável*, o credor pode requerer, conforme o art. 941º n.º 1 articulado com o art. 933º n.º 1, a demolição da obra, no caso de violação verificada por meio de perícia. Trata-se, afinal, de um pedido de *prestação de facto positivo* — a reparação *in natura*, ou seja, a realização dos actos necessários à reposição do estado *ex ante* à violação do crédito ⁹⁶.

Mas essa reposição será feita à custa do executado, pelo que de terá de ser, cumulativamente, executado, após liquidação, o valor respectivo ⁹⁷.

Cumulativamente, poderá ainda deduzir o pagamento de

⁹³ RL 13-Jan-1993/0079834 (DINIS ROLDÃO).

⁹⁴ Neste sentido, RL 16-Fev-1995/0073646 (MOREIRA CAMILO).

⁹⁵ LOPES-CARDOSO, *MAEx* ³ (2ª reimp.1996), 1968, 33; ANSELMO DE CASTRO, *AExS*, 1970, 374, 520; CASTRO MENDES, *DPC* III, 1987, 534-535; TEIXEIRA DE SOUSA, *AExS*, 1998, 20, 58-62, 169; REMÉDIO MARQUES, *CPExC*, 2000, 403; LEBRE DE FREITAS, *AEx* ⁵, 2009, 392-396.

⁹⁶ Cf. TEIXEIRA DE SOUSA, *AExS* cit., 58-59 e LEBRE DE FREITAS, *AEx* cit., 393.

⁹⁷ Novamente, não valem aqui as regras gerais da cumulação executiva do art. 53º n.º 1 al. b).

- a. *indenização* do dano sofrido, que não haja sido reparado pela reposição do estado inicial (cf. art. 566º nº1 CC)
- a. *sanção pecuniária* compulsória, em que o devedor tenha sido já condenado ou cuja fixação o credor pretenda obter no processo executivo.

Por outro lado, também aqui não pode o exequente não executar a reprecinação do estado *ex ante* e optar pela imediata e única execução da *indenização* do dano sofrido. O princípio plasmado no art. 566º nº1 CC não o admite ⁹⁸.

II. Todavia, este princípio conhece uma exceção em que o exequente deixa de ter direito à execução específica: a reparação in natura ser “excessivamente onerosa para o devedor” (art. 566º nº 1 *in fine*). O art.829º nº 2 enuncia algo diferente: se “nos termos gerais, se o prejuízo da demolição para o devedor for consideravelmente superior ao prejuízo sofrido pelo credor”.

Mas esta exceção deve ser alegada como *fundamento de oposição à execução*, enquanto facto impeditivo do direito do credor. Na verdade, apenas com o concurso do devedor se pode apurar do desequilíbrio em questão, não sendo de conhecimento oficioso.

III. Mas, naturalmente que nem todas as violações redundaram numa situação reprecinável ou removível ⁹⁹.

Exemplo: a proibição de transitar por certo caminho, o exclusivo de patente ou firma, a proibição de não publicar uma certa fotografia, a proibição de não concorrência, o direito ao nome

Nesse caso, *não sendo possível a reparação natural*, já autoriza o princípio substantivo do art. 566º nº 1 CC que o credor apenas pode pedir a *indenização* do dano sofrido e o pagamento da quantia devida a título de *sanção pecuniária* compulsória.

Portanto, neste caso a execução será sempre para *pagamento de quantia certa*.

⁹⁸ Neste sentido, ANSELMO DE CASTRO, *AExS* cit., 383 ss; CASTRO MENDES, *DPC III* cit., 535; TEIXEIRA DE SOUSA, *AExS* cit., 59; REMÉDIO MARQUES, *CPExC* cit., 405; LEBRE DE FREITAS, *AEx* cit., 395. No sentido, de admitir a desistência do credor exequente, LOPES CARDOSO, *MAEx* cit., 34.

⁹⁹ Cf. CASTRO MENDES, *DPC III* cit., 535 e 537.

3. Repare-se pois que, seja em execução de facto negativo reprecinável, seja em execução de facto negativo não reprecinável, como ensina TEIXEIRA DE SOUSA, o objecto da execução de facto negativo “não coincide com a obrigação de non facere”¹⁰⁰.

Na verdade, o objecto da execução não é a omissão que é o objecto da prestação mas as “consequências da violação dessa omissão”.¹⁰¹

2. Procedimento: execução de facto reprecinável. — A. Regime. I. A execução de facto negativo reprecinável rege-se, em especial, pelos arts. 941º e 942º, como já se disse.

Este regime apesar de literalmente cuidar da “demolição da obra” (art. 941º nº 1) vale, *mutatis mutandis*, para a reparação *in natura*. Deve seguir-se aqui a boa lição de TEIXEIRA DE SOUSA de aplicação do art. 265º-A (adequação formal do procedimento)¹⁰².

II. Tem-se discutido os limites de aplicação deste regime.

É pacífico que se já a própria sentença condenara em *facto positivo*, maxime, em demolição, não se podem aplicar aqueles arts. 941º e 942º porque o facto não era negativo. Na verdade, apenas se carece de realizar o facto da demolição. O mesmo se pode afirmar para o *título diferente da sentença*.

Mas, diversamente sucederá se a sentença condenou em *facto negativo*, maxime, em não construir. Pode impor-se uma *ulterior demolição* dessa obra ilegal, violadora da obrigação de non facere?

A letra dos preceitos que compõem o art. 941º nada restringe, mas pareceria que o âmbito objectivo do caso julgado sim: a condenação foi na prestação negativa, tão só e apenas. Uma ulterior injunção de demolição constituiria já um objecto resprecinatório, logo diferente. Justamente, alguma jurisprudência tem entendido que os arts. 941º e

¹⁰⁰ AExS cit., 59.

¹⁰¹ AExS cit., 59.

¹⁰² AExS cit., 20 e 60. Neste sentido, RP 25-Mar-1996, CJ 96/2, 18.

942º só se aplica aos casos em que a execução se baseia em *título diferente da sentença*, i.e., sem prévia acção declarativa ¹⁰³.

III. Com o devido respeito, assim não pode ser.

.É que outros preceitos permitem, precisamente, que, *ainda que se trate de sentença*, que o objecto da execução possa ser mais vasto que o objecto do título ou mesmo diverso: a cumulação de uma nova pretensão — indemnizatória e sanção pecuniária compulsória (cf. art. 933º nº 1) — e uma convolação de uma prestação, ainda que imposta por sentença — assim, os arts. 931º—, respectivamente.

Todavia exige-se sempre um procedimento incidental de fixação da nova prestação. Justamente, assim também aqui ocorre com este ar. 941º ¹⁰⁴.

(Continuação). — **B. Fase declarativa. I.** No requerimento executivo, fundamentando os pedidos de *reposição inicial do estado inicial* à custa do devedor e, eventualmente, de *indemnização/sanção pecuniária*, deve o credor alegar e demonstrar na própria execução a violação da obrigação de facto negativo.

Para tanto deverá requerer exame ou vistoria periciais (cf. art. 941º nº 1 primeira parte).

Não sendo a prova pericial adequada à comprovação da violação *quid juris?*

Tem-se defendido se pode, em certos casos, juntar prova testemunhal ¹⁰⁵ ou, mesmo, qualquer outro meio de prova adequado ¹⁰⁶. Outros entendem ser aplicável o regime do incidente da liquidação do art. 805º ¹⁰⁷. Já LEBRE DE FREITAS defende que esta prova tem de ser efectuada, por aplicação por analogia do art. 804º, na fase liminar ¹⁰⁸.

II. Sobre a questão dir-se-ia que, dando de barato que a letra do art.941º nº1, não pode tolher o direito à prova, i.e., a tutela do do direito de crédito, então a natureza “incidental” apenas pode determinar limites procedimentais — os dos art. 304º— mas não aos meios de prova.

¹⁰³ Assim, RP 7-Dez-1992/ 9240202 (SIMÕES FREIRE), e RP 6-Mai-1993/ 9320129 (OLIVEIRA BARROS).

¹⁰⁴ E, portanto, é de afastar qualquer ideia de condenação implícita, ou seja, que a condenação originária em non facere conteria uma ulterior obrigação de demolição dos actos de violação da primeira. Em todo o caso, como temos dito, em tese geral a condenação implícita não respeita os princípios dispositivo e do contraditório.

¹⁰⁵ STJ 25-Nov-1993/ 084304 (MACHADO SOARES).

¹⁰⁶ TEIXEIRA DE SOUSA, *AExS* cit., 60.

¹⁰⁷ Assim, RC 25-Mar-1996, CJ 96/2, 18.

¹⁰⁸ *AEx* cit., 394.

O problema, todavia, é que cabe ao perito indicar o custo provável da obra de demolição, nos termos do n° 3 do art. 941°. Não ao juiz. Aliás o mesmo sucede nas demais previsões de custeamento, maxime, na execução de facto positivo fungível (como é aliás o caso da demolição), nos termos do art.935° n° 1.

A admitir-se outra prova terá de ser o juiz a fixar o valor.

III. O devedor será citado para, em 20 dias, deduzir oposição à execução, nos termos dos arts. 813° ss, valendo o que já se disse atrás relativamente a este meio de defesa.

O executado pode adicionalmente invocar, ao abrigo do n° 2 do art. 941°, o facto impeditivo de a demolição representar para o executado *prejuízo consideravelmente superior ao sofrido pelo exequente* ¹⁰⁹.

Suspende-se, então, a execução ¹¹⁰, em seguida à perícia, mesmo que o executado não preste caução.

O fundamento não vale fora do seu âmbito de previsão normativa. Nomeadamente, não constitui fundamento geral para embargos a execução nos termos do disposto no art. 940° n° 2 ¹¹¹.

IV. Para qualquer das execuções pedidas, pode o executado cumprir voluntariamente, fazendo ele próprio a reposição da situação inicial e/ou pagando, no prazo da oposição à execução ¹¹².

V. Concluindo pela existência da violação, o perito deve indicar logo a importância provável das despesas que importa a demolição, se esta tiver sido requerida.

A violação da obrigação de facto negativo será, então, declarada ou não pelo tribunal na própria execução.

Se o juiz reconhecer a falta de cumprimento da obrigação, ordenará a *demolição* da obra à *custa* do executado e a *indemnização* do dano sofrido e da devida a título de *sanção pecuniária* compulsória (cf. art.942° n°2)

¹⁰⁹ Trata-se de um facto impeditivo (TEIXEIRA DE SOUSA, *AExS* it., 169).

¹¹⁰ “Não satisfaz minimamente a exigência legal de fundamentação, a “decisão” que, de forma telegráfica, se limita aos seguintes dizeres: “Ao abrigo do art. 941°, n°4 do CPC declaro suspensa a execução”.” (RG 8-Jan-2009/2193/08-1 (AMÍLCAR ANDRADE).

¹¹¹ STJ 29-Mar-1978/ 067187 (AQUILINO RIBEIRO).

¹¹² TEIXEIRA DE SOUSA, *AExS* cit., 61.

(Continuação). — **C. Fase executiva. I.** Seguir-se-ão depois, com as necessárias adaptações, os termos prescritos nos artigos 934.º a 938.º.

Portanto, em princípio, querendo o credor exercer todos os seus direitos, correrá execução para pagamento do crédito indemnizatório e execução para prestação do facto positivo a demolição à custa do executado.

Se for facto negativo de pati tanto ANSELMO DE CASTRO ¹¹³ como LEBRE DE FREITAS são de opinião de que “pode haver lugar a actos de assistência judicial à realização da obra, a fim de impedir a continuação da violação pelo executado” ¹¹⁴.

Exemplo: se os devedores continuam a impedir a realização de obra nova ou de reparação, apesar de condenados ¹¹⁵, então pode o agente de execução requerer o uso da força pública para assistir o credor no exercício do seu direito

Esta por sua vez, implicará a liquidação acessória do custeamento nos termos que vimos atrás, dos arts. 935º e 936º.

Por isso, o exequente pode, ao abrigo do art. 936º nº 1, mesmo antes de terminada a avaliação ou a execução regulada no art. 935º, mandar fazer sob sua direcção e vigilância, as obras e trabalhos necessários para a prestação do facto.

2. Ambas as execuções de dívida (indemnização e custeamento da demolição) podem ser feitas no mesmo processo, como atrás se escreveu.

3. Execução de facto não reprecinável. I. Sendo o facto não reprecinável o credor apenas pode a execução para pagamento de quantia indemnizatória ou de sanção pecuniária compulsória (cf. art.941º nº 1 segunda parte).

Os termos procedimentos estão singelamente tratados no art.942ºº.

¹¹³ AExS cit., 383.

¹¹⁴ AEx cit., 396.

¹¹⁵ RG 19-Nov-2003/ 1897/03-1 ROSA TCHING).

II. A violação da obrigação de facto negativo será, então, julgada pelo tribunal na própria execução, podendo ser provada por qualquer meio ¹¹⁶.

Para LEBRE DE FREITAS valem aqui as regras, não do incidente da liquidação, mas do art.804º nº 2 ¹¹⁷, devendo o executado ser ouvido.

Se o juiz reconhecer a falta de cumprimento da obrigação, ordenará a a indemnização do exequente.

3. Seguir-se-ão depois, com as necessárias adaptações, os termos prescritos no art. 934.º o qual manda observar á o disposto no artigo 931.º.

Portanto, só depois se fará a liquidação incidental da indemnização e procede-se, depois, à penhora dos bens necessários para o pagamento da quantia apurada, seguindo-se os demais termos do processo de execução para pagamento de quantia certa.

III. E poderá o credor impedir o devedor de continuar a violar a proibição, v.g., de não concorrência?

A resposta não pode deixar de ser negativa, parece: a proibição do devedor, decorrente do título não é uma autorização, privada, de impedimento dessa mesma violação. Impõe-se, para tanto, a obtenção de sentença inibitória ou de providência cautelar.

Diversamente, na obrigação de *pati* à tolerância do devedor corresponde uma permissão de *actuação* do credor.

¹¹⁶ ANSELMO DE CASTRO, *AEx cit.*, 382 e LEBRE DE FREITAS, *AEx cit.*, 395.

¹¹⁷ *AEx cit.*, 395, nota 40.