

TERMO INICIAL DA SANÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA JUDICIAL

Meio processual para a verificação
do incumprimento, quando só se peça a execução
da sanção

Pelo Prof. Doutor José Lebre de Freitas

SUMÁRIO:

I. Do termo inicial da sanção pecuniária compulsória. 1. Natureza da sanção. 2. Momento *a quo* da sanção: exequibilidade ou trânsito em julgado? 3. Exequibilidade e efeito do recurso. 4. Indeferimento liminar, prosseguimento da execução e embargos de executado. **II. Da verificação da violação da obrigação e da liquidação da sanção pecuniária compulsória.** 1. Dos atos a praticar. 2. Da forma processual **III. Conclusões.**

I. Do termo inicial da sanção pecuniária compulsória

1. Natureza da sanção

1.1. Não se confundem as finalidades da sanção pecuniária compulsória com as finalidades da execução.

Perante o incumprimento do devedor, a ação executiva visa obter, coercivamente, *resultado idêntico* ao da realização, pelo devedor, da própria prestação que, segundo o título executivo, é devida ao credor, quer por meio direto (apreensão ou entrega da coisa ou quantia devida; prestação do facto devido por terceiro), quer por meio indireto (apreensão e venda de bens do devedor e subsequente pagamento), ou, em sua substituição, um *valor equivalente* do património do devedor. Porque o devedor não efetuou voluntariamente a prestação devida (ou atuou em violação da obriga-

ção de *non facere* a que estava adstrito), o tribunal *substitui-se-lhe* e procede à apreensão do bem devido ou à apreensão de bens do seu património que permitam o pagamento ou o custeamento da prestação de facto por terceiro. Mesmo quando, na execução, *o credor* consegue resultado idêntico ao do pagamento voluntário, os atos coercivos que o permitem constituem sempre, *para o devedor*, um *sucedâneo* do ato de cumprimento (por natureza voluntário) que não realizou.

Diversamente, a sanção pecuniária compulsória, tal como em outros sistemas jurídicos a ameaça duma detenção coercitiva⁽¹⁾, visa obter, não um *sucedâneo do cumprimento*, mas o próprio *cumprimento*, isto é, a realização da prestação pelo devedor, estimulado (compelido) a cumprir.

Esta diferença de funções explica que a sanção pecuniária compulsória dependente da fixação judicial tenha lugar na obrigação de prestação de facto *infungível*, positivo ou negativo (art. 824.º-A-1 CC), em si não exequível (só o sendo a obrigação de indemnizar que dela é *sucedâneo*), dado *lhe* ser essencial a pessoa do devedor⁽²⁾.

A mesma função continua a ter a sanção pecuniária compulsória *legal* de 5%, que joga automaticamente a partir do trânsito em julgado da sentença

(1) Na sequência duma *injunction* judicial, que o devedor não cumpra, constituindo-se assim uma situação de *contempt of court*, no *direito anglossaxónico*, ou da opção judicial pela detenção do devedor, por prazo que pode ir até seis meses na execução da obrigação de prestação de facto infungível positivo e até dois anos (no caso de várias violações) na execução da obrigação de prestação de facto negativo, no *direito alemão* (minha *Ação executiva*, Coimbra, Gestlegal, 2017 (7.ª ed.), n.º 1 (32); *ZPO alemã*, §§ 888-I, e 802-j, por um lado, e § 890, por outro). Em *direito italiano*, está sujeita a sanção penal a entidade patronal que não cumpra o determinado judicialmente a favor duma associação sindical (FRANCESCO LUIO, *Diritto Processuale Civile*, Milano, Giuffrè, 2011, III, n.º 23.1). São ainda resquícios da velha prisão por dívidas. É de notar que a redação primitiva do § 890-I ZPO falava de sanção penal (*Strafe*) e que da posterior alteração terminológica se diz que nada mudou e apenas teve um fim de harmonização verbal (BROX-WALKER, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Köln, Karl Heymanns Verlag, 1990, n.º 1100, a p. 597), pelo que — há também quem diga — qualquer dos meios (detenção ou sanção pecuniária) tem “elementos de natureza penal (repressiva)” (STÖBER, in *Zöller ZPO*, Köln, Otto Schmidt, 1997, p. 2129, em comentário ao § 890, citando várias decisões do *Bundesverfassungsgericht* e daí retirando o requisito da culpa do devedor). Harmonicamente com este entendimento, o *Oberlandsgericht* de Hamm decidiu que, falecido o devedor, a sanção pecuniária compulsória não pode ser exigida aos herdeiros (*idem*, p. 600). Não obstante, entende-se predominantemente que, destruído *ex tunc* (nomeadamente em recurso) o título executivo, a sanção deixa, por falta de suporte, de ser devida retroativamente (*idem*, n.º 1097, a p. 596), tendo o devedor direito à restituição, pelo Estado (ao qual as quantias cobradas são, na sua totalidade, atribuídas), das quantias que a esse título tenha pago (*idem*, n.º 1090, a p. 592). Também à luz do *direito francês*, em que a iniciativa da medida pode ser igualmente oficiosa, se diz que “a *astreinte* é uma pena, [que tem] como objetivo ameaçar num primeiro momento e punir seguidamente quem não se submeta à ordem do juiz” (ROGER PERROT/PHILIPPE THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, Paris, Dalloz, 2000, p. 84).

(2) Salvo quando, não sendo a infungibilidade natural, o devedor a ela renuncie, pedindo a prestação por terceiro do facto objeto do contrato em que a infungibilidade haja sido estipulada.

de condenação no cumprimento de obrigação pecuniária (art. 824.º-A-4 CC) e, dado que a natureza da obrigação pecuniária *lhe* confere exequibilidade específica, é cumulável com esta obrigação originária, sendo conjuntamente com ela exequível.

Considerações semelhantes às que levaram o legislador português a consagrá-la para as obrigações pecuniárias podiam ter levado a estendê-la às obrigações de prestação de coisa e de prestação de facto fungível⁽³⁾. Tal não terá sido feito pela impossibilidade de, para estas, criar uma base de cálculo que jogasse também automaticamente.

1.2. Também a *astreinte* (sanção pecuniária compulsória do direito francês, pioneiro na construção da figura) é hoje aplicada fora do âmbito das obrigações de facto infungível, no interior da qual nasceu por criação jurisprudencial, tendo sido estendida pela Lei 72-626, de 5.7.72, a *todas as obrigações* e aplicada, nomeadamente, às obrigações pecuniárias⁽⁴⁾; a sua função é assegurar a *execução da decisão judicial*, mediante “um ataque à carteira para forçar a vontade” ao cumprimento da obrigação, o que implica ter em conta o comportamento do devedor e as dificuldades por ele encontradas nesse cumprimento⁽⁵⁾.

Em *Itália*, ao invés, a sanção pecuniária compulsória não extravasa o campo das obrigações de facto infungível (só constituindo, aliás, um meio geral, dito de execução indireta da sentença judicial, desde a reforma do CPC italiano de 2009, pois até aí só era admitida em matérias específicas, nomeadamente de direito do trabalho)⁽⁶⁾. O mesmo acontece na *Alemanha*⁽⁷⁾.

1.3. Não se confundindo com a indemnização civil, mesmo quando se destine a estimular o cumprimento de obrigações pecuniárias⁽⁸⁾, a sanção pecuniária compulsória não deixa de ter, por esse motivo, ao menos

(3) JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, pp. 452/453.

(4) PERROT/THÉRY, *cit.*, n.ºs 72 e 73, a pp. 84 a 87. A *astreinte* está hoje regulada no *Code des procédures civiles d'exécution* (CPCE).

(5) *Idem*, n.ºs 69 a 71.

(6) FRANCESCO LUIO, *cit.*, III, n.ºs 23.1 a 23.6.

(7) §§ 888 e 890 da ZPO. Na execução da obrigação pecuniária, a não prestação, pelo devedor, de informação sobre os seus bens pode dar lugar a detenção coercitiva, com duração até seis meses (§§ 802-c-1 e 802-j-1 da ZPO); mas não há lugar à aplicação da sanção pecuniária compulsória.

(8) O seu lugar é, pois, no art. 829.º-A-4 CC e não noutro artigo, designadamente no art. 806.º CC (CALVÃO DA SILVA, *cit.*, p. 456). Em contrário se pronunciou ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990, n.º 12, a pp. 126 a 133.

entre nós, *natureza substantiva*, o que se harmoniza com a inclusão no CC das normas gerais (do art. 829.º-A) que a regulam⁽⁹⁾. A condenação na sanção pecuniária compulsória constitui, pois, uma *decisão de mérito*, mesmo quando é ato do juiz do processo executivo.

Compreende-se que assim seja: o credor tem, na obrigação de facto infungível, o direito de requerer a condenação na sanção e, uma vez esta aplicada, direito a metade das quantias que vierem a ser devidas, a este título, pelo devedor; e, na obrigação pecuniária, fica constituído no direito de crédito à totalidade destas quantias, sob a condição suspensiva do não cumprimento da obrigação primária. Não constituindo embora uma obrigação acessória de juros de mora, e tendo a particularidade de, na obrigação de facto infungível, caber ao Estado metade das prestações que forem devidas, esta relação que se estabelece entre credor e devedor é uma *relação obrigacional de direito civil, instrumental* em face da obrigação que visa compelir a cumprir⁽¹⁰⁾ e com ela *cumulável*⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Minha *Ação executiva*, *cit.*, n.º 14 (p. 26); CALVÃO DA SILVA, *cit.*, pp. 408/409. As referências que lhe fazem as normas dos arts. 868.º-1, 874.º-1 e 876.º-1-c do CPC apenas clarificam que também o juiz da execução é competente para a aplicar, quando o não haja feito o juiz da ação declarativa, mas pressupondo a verificação dos requisitos da previsão da norma do art. 829.º-A-1 CC, nomeadamente uma condenação no cumprimento da obrigação de prestação do facto infungível (*infra*, n.º 2.1). Uma vez fixada, o seu montante é tomado em conta para a determinação dos bens a penhorar (arts. 735.º-3 e 870.º-2 do CPC). No direito francês é afirmada a sua natureza de pena privada (*supra*, nota 1 *in fine*), o que igualmente lhe confere o estatuto de figura de direito substantivo. Diversamente se lê em LUIZO, *cit.*, n.º 23.3 (pp. 234/236), que por isso não considera a condenação na sanção pecuniária compulsória como decisão de mérito, mas sim como uma medida de conteúdo processual, que aliás só o juiz da ação declarativa pode, na sentença, tomar. Em direito alemão, a regulação da figura na ZPO parece abonar ideia semelhante; a atribuição ao Estado, neste direito, da totalidade das quantias a esse título cobradas excluiria sempre a configuração dum relação de direito civil, restando saber se configura, apesar da sua localização na ZPO, uma relação substantiva de direito penal (*supra*, nota 1).

⁽¹⁰⁾ Mas não dela *subsidiária*, como claramente revela a sanção pecuniária compulsória legal do art. 829.º-A-4 CC e a cumulabilidade com o cumprimento voluntário da prestação ou com a cobrança da indemnização sucedânea. De subsidiariedade pode apenas falar-se relativamente ao processo de execução específica, que é incompatível com a natureza infungível da prestação. O termo *obrigação* é usado no presente artigo no sentido lato que lhe é dado na ação executiva, abrangendo as *pretensões reais* (minha *Ação executiva*, *cit.*, I.3, a pp. 18/19).

⁽¹¹⁾ Por sua vez, a *condenação* no pagamento da sanção pecuniária compulsória é acessória da *condenação* no cumprimento da obrigação principal (CALVÃO DA SILVA, *cit.*, p. 424): a relação de acessoriedade dá-se, rigorosamente, tão-só no campo processual. O mesmo autor acentua — bem — que só quando *duradoira* é que a obrigação de facto negativo consente a sanção pecuniária compulsória (*idem*, pp. 459/460) e é — isoladamente — de opinião que também o produto da sanção pecuniária compulsória legal (de 5%) se destina, em parte iguais, ao credor e ao Estado (*idem*, p. 458).

2. Momento *a quo* da sanção: exequibilidade ou trânsito em julgado?

2.1. Quer a sanção pecuniária compulsória legal, quer a sanção pecuniária compulsória judicial, *pressupõem a condenação do devedor no cumprimento da obrigação principal*. É o que claramente resulta do art. 829.º-A CC, sendo neste sentido bem expressa a redação dos respetivos n.ºs 1 e 4:

- “Nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo (...), o tribunal deve *condenar* o devedor ao pagamento de uma quantia ...”;
- “... desde a data em que a sentença de *condenação* transitar em julgado ...”.

Não veio, neste ponto, modificar o seu alcance a redação dada aos arts. 933.º-1 e 941.º-1 do CPC de 1961 pelo DL 38/2003, de 8 de março.

Falava-se nesses artigos, desde a revisão de 1995/1996, da “*quantia eventualmente* devida a título de sanção pecuniária compulsória”, o que deixava em aberto a questão de saber se a condenação do devedor na sanção pecuniária compulsória só podia ter lugar na ação declarativa ou também podia ter lugar na ação executiva: a eventualidade a que os preceitos processuais se referiam podia ser, sem mais, a prévia condenação do devedor a pagar a quantia fixada por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infração, na mesma sentença (da ação declarativa) que o condenasse a realizar a prestação principal, o que não permitiria que o fizesse o juiz de execução de sentença que se limitasse a condenar o devedor na prestação principal.

A redação dada pelo DL 38/2003, que o CPC de 2013 manteve nos arts. 868.º-1 e 876.º-1-c, visou clarificar a atribuição deste poder ao juiz da execução, a requerimento do credor⁽¹²⁾: a condenação a que se refere o art. 929.º-A-1 CC pode ser proferida pelo juiz da execução, mas limitada aos casos em que tenha havido *sentença de condenação* na realização da prestação de facto infungível; é assim excluído que ela possa ter lugar na execução de outros tipos de título executivo. A sanção pecuniária compulsória pode ter sido *já* aplicada na sentença de condenação (“em que o devedor tenha sido já condenado”) ou não; neste caso, embora pudesse

⁽¹²⁾ LEBRE DE FREITAS — RIBEIRO MENDES, *CPC anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, III, 2003, n.º 3 da anotação ao art. 933.º.

ter sido aplicada na ação declarativa, visto que nesta teve lugar a condenação do devedor na obrigação principal, o credor só agora a pretende e por isso requer que o juiz a aplique. A manutenção, na nova redação, do termo *devida* (“quantia devida a título de sanção pecuniária compulsória”) só assim se explica, na medida em que a condenação na sanção é *acessória* da condenação na obrigação principal (*supra*, nota 11)⁽¹³⁾.

2.2. Estas considerações vincam a *ligação umbilical* entre a sanção pecuniária compulsória e a sentença de condenação respeitante à obrigação principal: diferentemente da obrigação de indemnizar, a obrigação de suportar a sanção pecuniária compulsória não nasce com a simples *mora do devedor*, que respeita exclusivamente às relações entre ele e o credor, mas sim com a continuação da *mora após a definição do direito do credor pelos tribunais*; ao incumprimento da obrigação adiciona-se o *incumprimento do determinado na decisão judicial*⁽¹⁴⁾.

Sendo assim, facilmente se verifica ser errado entender que a sanção pecuniária compulsória, quando o tribunal não fixe o seu termo inicial, é *exigível* a partir do momento da *notificação* da sentença que contenha a condenação no cumprimento da obrigação principal e determine a aplicação da sanção pecuniária compulsória. Este entendimento não tem em conta que, nesse momento, a sentença nem é exequível nem se pode ter por definitiva, não se podendo ainda falar de incumprimento do que nela é determinado.

Em compensação, é à partida discutível se o termo inicial da sanção pecuniária compulsória se dá com o *trânsito em julgado* da decisão ou com a aquisição de *exequibilidade*.

2.3. À primeira vista, a ligação da sanção pecuniária compulsória à execução da obrigação principal, que tem por escopo evitar, enquanto estímulo à satisfação do direito do credor através do meio (prioritário) do

⁽¹³⁾ Em França, o art. L. 131-1 CPCE é expresso em que a *astreinte* é ordenada pelo juiz para assegurar a execução da *sua decisão*, ou pelo juiz da execução se tal for necessário para assegurar a execução da *decisão de outro juiz*.

⁽¹⁴⁾ Só isso explica que as quantias que o devedor venha a pagar a esse título possam não se destinar exclusivamente ao credor, destinando-se 50% ao Estado na obrigação de prestação de facto infungível e, em outros sistemas jurídicos, ao Estado se destinando na totalidade. Só isso, igualmente, explica a sua convertibilidade em detenção coercitiva, em outros sistemas jurídicos. “A partir do momento em que o tribunal condena o devedor a cumprir, deixa de estar em causa apenas o interesse do credor em ver realizado o seu direito, passando a relevar também que uma aparente rebeldia do devedor afetarà a *credibilidade dos tribunais*” (ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 115; cf. também p. 124).

cumprimento voluntário, levará a pensar que o momento *normal* do início da sua aplicação é o da aquisição da exequibilidade da sentença, independentemente de esta haver transitado em julgado: conferida exequibilidade a uma sentença contra a qual é movido recurso com efeito meramente devolutivo, logo a sanção determinada na sentença recorrida começaria a operar.

Esta é a solução que, depois de muitas anteriores flutuações doutrinárias e jurisprudenciais, vigora desde 1992 no direito francês, quanto à determinação do momento a partir do qual o tribunal pode discricionariamente fixar o início da aplicação da *astreinte*, por norma expressa que é aplicável no domínio de qualquer obrigação, *inclusive* pecuniária⁽¹⁵⁾.

Bons argumentos militam, porém, no sentido de se considerar como termo inicial *normal* da sanção pecuniária compulsória o momento do trânsito em julgado da decisão de condenação no cumprimento da obrigação pecuniária. Enquanto não se mostrem excluídas as vias de impugnação das decisões judiciais, a *conformação* que estas façam dos direitos materiais das partes não é definitiva e só o caso julgado faz *precluir* toda a indagação sobre a relação até aí controvertida. A definição desta pela decisão judicial opera *no plano do direito substantivo* e constitui o principal efeito do caso julgado, do qual os efeitos processuais (exceção e prejudicialidade, baseadas em proibições de repetição e de contradição) são mera derivação⁽¹⁶⁾. Compreende-se que, não tendo natureza ressarcitória e visando compelir ao cumprimento duma decisão judicial, a sanção pecuniária compulsória só jogue quando ela não possa mais ser alterada, sendo *definitivamente injustificado o seu não acatamento*.

A sentença que seja objeto de apelação com efeito meramente devolutivo é tida pela ordem jurídica como título *suficiente* da obrigação *para efeitos de execução*, mas não garante a *indiscutibilidade* desta. Com as devidas garantias do devedor (entre as quais a faculdade que tem de embargar de executado e a inadmissibilidade do pagamento aos credores

⁽¹⁵⁾ A lei determina que o juiz não pode fixar como termo inicial da *astreinte* momento anterior ao dia em que a decisão sobre a obrigação principal se torne exequível (art. R131-1 do Decreto 2012-783, de 30.5.12) e que tem aplicação imediata a *astreinte* que seja objeto de decisão posterior ao momento em que se torne exequível a obrigação principal (art. R131-2 do Decreto 2012-783). Confirmada a sentença de condenação em recurso com efeito suspensivo, a *astreinte* só é devida a partir do momento em que a decisão de confirmação se torne exequível, a menos que os juizes da apelação fixem um momento *posterior* (decisão de 11.6.97 da Cour de Cassation, proferida na vigência do Decreto 92-755, de 31.7.92, cujos arts. 51.º-1 e 51.º-2 eram idênticos aos citados do atual decreto 2012-783, e referida por PERROT-THÉRY, *cit.*, pp. 95/96).

⁽¹⁶⁾ Sobre esta problemática, remeto para a minha obra *A confissão no direito probatório*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013 (2.ª ed.), n.º 14 (17).

sem prestação de caução), a execução da obrigação principal, bem como dos seus acessórios (em sentido próprio: cf. n.º 1.3 *in fine*) e sucedâneos, pode ter lugar na pendência do recurso; mas compreende-se que a sanção pecuniária compulsória só jogue quando esteja *definitivamente assente* a existência e o conteúdo da obrigação a cujo cumprimento *voluntário* visa compelir, por não estarem já em causa os direitos e as obrigações primárias das partes, mas a sua realização.

Acresce que a opção pelo trânsito em julgado da decisão como termo inicial da sanção pecuniária compulsória tem também por si evitar a restituição do indevido quando a decisão provisoriamente executada venha a ser revogada em instância de recurso⁽¹⁷⁾.

2.4. Estes argumentos explicam que a sanção pecuniária legal só opere com o trânsito em julgado da decisão que condene na realização da prestação principal.

Foi esta a opção do legislador português no art. 829.º-A-4 CC no campo das *obrigações pecuniárias*: por muito que estas sejam, antes disso, exequíveis, tal é indiferente para o regime da sanção pecuniária compulsória.

No campo das *obrigações de prestação de facto infungível*, o juiz é livre de fixar o termo inicial da sanção. Mesmo assim, com limites: não é, nomeadamente, admissível que esse termo seja o dia da sentença ou o da *notificação* desta ao devedor⁽¹⁸⁾. Quando o juiz não o determine, a *harmonia do sistema* leva a que se tenha como início da sanção o trânsito em julgado da decisão.

Com efeito, não vislumbro razão que justifique a aplicação, no domínio das obrigações de prestação de facto infungível, dum critério *supletivo* diferente do critério *obligatório* definido para as obrigações pecuniárias. Bem pelo contrário, as regras da interpretação levam a atender ao lugar paralelo do n.º 4 para se concluir que a diferente redação do n.º 1, conjugado com o n.º 2, todos do art. 828.º-A CC, visa apenas estabelecer uma norma que atribui ao juiz o *poder* de fixar o momento inicial da sanção do modo mais conveniente às circunstâncias do caso, segundo critérios de razoabilidade, *permanecendo, porém, a título supletivo, o critério definido no n.º 4*.

⁽¹⁷⁾ O próprio Estado teria então de restituir aquilo que tivesse recebido. No direito francês, em que só o credor tem direito às quantias cobradas, elas terão, evidentemente, de ser por ele restituídas (GUINCHARD-MOUSSA, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, Dalloz, 2004, p. 285).

⁽¹⁸⁾ CALVÃO DA SILVA, *cit.*, p. 422.

Há, pois, que *interpretar* o texto desse n.º 1 como contendo uma norma supletiva que, no silêncio do juiz, determina que o trânsito em julgado da decisão constitui o termo inicial da sanção pecuniária compulsória. Esse é, segundo a opção legal, expressa no n.º 4, o momento em que a inobservância da decisão judicial adquire carácter de *desrespeito pelos tribunais*, visto que até então a decisão tomada, porventura exequível, pode ser tida por um tribunal superior como errada.

Tal não significa, ao contrário do que entende CALVÃO DA SILVA⁽¹⁹⁾, que o tribunal, ao determinar a sanção, não possa fixar para o seu início⁽²⁰⁾ um momento anterior ao trânsito em julgado. Fá-lo-á, nomeadamente, quando julgue verificar-se *abuso de direito* na interposição do recurso ou de outro meio de impugnação, mas entenda insuficiente a sanção do art. 542.º-2-d CPC (condenação por má-fé).

3. Exequibilidade e efeito do recurso

3.1. A opção pela outra via de solução (sanção pecuniária compulsória supletivamente aplicável desde o momento em que a sentença que nela condena se torne exequível) levaria, por definição, a distinguir os casos em que o recurso de apelação tem efeito suspensivo daqueles em que tem efeito meramente devolutivo⁽²¹⁾.

Quando a atribuição do primeiro não resulta da *lei* (art. 647.º-3 CPC), cabe ao *tribunal* atribuí-lo, a requerimento do recorrente, feito no ato de interposição do recurso, quando a execução da decisão lhe cause prejuízo considerável e ele se ofereça para prestar caução, em prazo que o tribunal fixará (art. 647.º-4 CPC). A lei estabelece assim uma *regra* e uma *exceção* e, uma vez que esta seja feita valer pelo recorrente, a *determinação* do efeito da apelação é feita no despacho de admissão do recurso, ficando porém ainda sujeita à *reapreciação* do tribunal *ad quem* (art. 641.º-5 CPC).

Deste regime resulta que:

- *Até que seja determinado o efeito do recurso pelo tribunal recorrido, a decisão não pode ser executada*: ao contrário do que acontece no recurso de revista, o efeito-regra (efeito meramente

⁽¹⁹⁾ *Cumprimento, cit.*, pp. 422/426.

⁽²⁰⁾ Resolutivamente condicionado à revogação da decisão recorrida.

⁽²¹⁾ A questão não se põe para o recurso de revista, que, no campo patrimonial, tem sempre efeito meramente devolutivo (art. 676.º-1 CPC).

devolutivo) não é *automático*, ficando dependente, tal como o efeito-exceção (efeito suspensivo), da decisão do juiz recorrido⁽²²⁾.

- Com a ressalva do prazo para a prestação de caução, o despacho sobre o efeito do recurso produz efeitos imediatos, mas, quando a decisão seja no sentido de lhe atribuir efeito meramente devolutivo, a execução que venha a ser instaurada virá a ser suspensa se a Relação atribuir efeito suspensivo ao recurso, por aplicação analógica do art. 704.º-2 CPC e com destruição retroativa dos efeitos já produzidos.

3.2. Para a primeira das conclusões que acabo de enunciar, é de considerar que a circunscrição da admissibilidade do requerimento do recorrente ao momento da interposição do recurso e a exigência da determinação dum prazo para a prestação de caução são corolários da necessidade que há em definir com brevidade o efeito do recurso. Deixando à discricionariedade judicial a determinação deste último prazo, em vez de ela própria o fixar, a lei visa que o prazo a estabelecer se adequa às particularidades do caso concreto, tendo nomeadamente em conta o grau de necessidade que haja na sua definição para o exequente, a fim de, sendo caso disso, lhe proporcionar o início da execução.

Com efeito, se a execução pudesse ser instaurada antes da fixação do efeito do recurso pelo tribunal, normal seria, num sistema em que a grande maioria dos prazos é estabelecida pela lei processual, que esta não abdicasse de fixar o prazo *abstracto* para prestar caução, ficando sempre garantida ao executado, uma vez atribuído ao recurso o efeito suspensivo e prestada a caução, a anulação dos atos de execução que entretanto tivessem sido praticados, ou a mera suspensão da execução. A flexibilidade do prazo mostra antes que até ao seu termo a exequibilidade da sentença se mantém suspensa. E também, se assim não fosse, não se justificaria que ao recorrente fosse vedado pedir a atribuição do efeito suspensivo em momento posterior ao da interposição do recurso; o limite temporal para o fazer só pode justificar-se por a norma não cuidar de suspender uma execução *instaurada*, mas sim a própria *instauração* da execução⁽²³⁾.

⁽²²⁾ LEBRE DE FREITAS — RIBEIRO MENDES, *CPC Anotado*, III, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, n.º 2 da anotação ao art. 692.º.

⁽²³⁾ É, por isso também, diverso este ponto de regime no lugar paralelo referente à admissibilidade da prestação de caução quando é embargada a execução: ela pode ser requerida *a todo o tempo* (remeto para a minha *Ação executiva*, cit., n.º 12.4.5, a pp. 228/229).

Acresce que a pretensão de evitar a prática de atos (de execução) que pudessem vir a tornar-se inúteis justifica também que a exequibilidade da sentença recorrida tenha de aguardar a recusa do efeito suspensivo requerido (ou a não prestação da caução fixada para conseguir este efeito).

3.3. Considere-se agora a segunda das indicadas conclusões.

Ela mais não é do que a aplicação dum regra geral indiscutível: a revogação da decisão recorrida pelo tribunal superior tem eficácia *extunc*⁽²⁴⁾, tudo se passando juridicamente como se a tivesse proferido o tribunal recorrido e havendo lugar à reposição da situação de facto existente à data da decisão recorrida. Desaparecido o *pressuposto* em que assentou o início da sanção pecuniária compulsória, as quantias até aí provisoriamente exigíveis em execução não podem deixar de se ter por *retroativamente* indevidas e outro será o momento *futuro* do termo inicial da sanção. A ligação da sanção pecuniária compulsória à exequibilidade da decisão terá como consequência que ela não se tenha por *adquirida* enquanto não for proferida decisão *definitiva* que atribua efeito meramente devolutivo ao recurso interposto da decisão de condenação no cumprimento da obrigação principal.

Continuando a pressupor a ligação entre exequibilidade da decisão e sanção pecuniária compulsória, esta torna-se exigível com a notificação ao executado do despacho do tribunal recorrido que recuse a atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação, tal como quando, por não ser requerida esta atribuição, preclua a faculdade de a requerer com a apresentação do requerimento de recurso, ou ainda quando, atribuído ao recurso o efeito suspensivo e fixado o prazo para a prestação de caução, este prazo decorra sem que ela seja prestada; mas deixa *retroativamente* de o ser, por cessação do respetivo pressuposto, quando o tribunal de recurso *revogue* a decisão de recusa do efeito suspensivo e a *substitua* por uma decisão de suspensão da exequibilidade da sentença⁽²⁵⁾.

⁽²⁴⁾ Mais propriamente se falará, nos sistemas de substituição como o nosso, de *resolução* da decisão impugnada (RIBEIRO MENDES, *Recursos em processo civil*, Lisboa, Lex, 1994, n.º 49.I, a p. 184), figura à qual é inerente a ideia da retroatividade.

⁽²⁵⁾ Aliás, o facto de esta última decisão ser proferida, como no caso concreto, no acórdão que decide, nesses termos, a apelação só pode significar, utilizando o critério da exequibilidade da decisão principal, que por ela se visou a destruição retroativa dos efeitos da sanção pecuniária compulsória na pendência do recurso, visto que outra utilidade manifestamente não tem.

4. Indeferimento liminar, prosseguimento da execução e embargos de executado

4.1. Quando o tribunal, na ação declarativa, haja proferido a condenação no cumprimento de uma obrigação de facto negativo e determinado o pagamento de certa quantia, a título de sanção pecuniária compulsória, por cada dia em que perdurasse o incumprimento, sem porém nada dizer quanto ao termo inicial da sanção, a questão do critério supletivo legal para a determinação deste termo é suscetível de ser levantada em embargos à ação executiva instaurada para cobrança das quantias devidas a esse título.

Quid juris, porém, se a questão tiver sido entretanto discutida em recurso do despacho de indeferimento liminar do requerimento executivo, fundado numa interpretação da lei de acordo com a qual ainda não ocorrera o facto desencadeador desse termo inicial, e a Relação tiver revogado a decisão recorrida e mandado prosseguir o processo, com fundamento em interpretação diferente, da qual resultasse que o termo inicial já tinha, em certa data, ocorrido? A interpretação feita pelo tribunal da relação é vinculativa, não podendo ser objeto de apreciação nos embargos de executado, por formar *caso julgado*?

4.2. Quer o CPC de 1939 (art. 481.º, § 2.º), quer o CPC de 1961 até à revisão de 1995-1996 (art. 475.º-2), continham uma disposição expressa segundo a qual a decisão proferida em recurso sobre *questões processuais* conhecidas liminarmente fazia caso julgado (formal), mas não a que se baseasse em *questão de mérito*, porque carecida de apreciação mais cuidada após o subsequente contraditório na ação⁽²⁶⁾.

Este regime tinha por base a ideia de que o momento do despacho liminar, posterior à petição inicial e anterior à citação do réu, não era indicado para decisões de mérito. Embora, no caso de manifesta inviabilidade da ação, ao juiz coubesse impedir o seu inútil prosseguimento, tal não impedia, nem a apresentação de outra petição no prazo de três (art. 481.º, § 3.º, do CPC de 1939) ou cinco dias (art. 476.º-1 do CPC de 1961), nem a propositura de segunda ação com o mesmo objeto. Havendo recurso, o réu era para ele citado, o que assegurava o contraditório na instância de recurso, mas não conferia força de *caso julgado* (material) ao acórdão da Relação que mantivesse o indeferimento⁽²⁷⁾, nem ao que, revogando a

⁽²⁶⁾ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *CPC Anotado*, II, pp. 392/393.

⁽²⁷⁾ Os citados arts. 481.º, § 2.º, do CPC de 1939 e 475.º-2 do CPC de 1961 só conferiam definitividade às decisões sobre questões processuais. Por seu lado, o art. 691.º-1 do CPC de 1961, tal

decisão, ordenasse o prosseguimento da causa: o despacho de notificação do réu para contestar, seguidamente proferido em substituição do despacho de indeferimento, não tinha sequer o alcance de arrumar as questões que podiam ser motivo de indeferimento liminar (art. 479.º-3 do CPC de 1961, equivalente ao anterior art. 483.º, § 2.º, do CPC de 1939)⁽²⁸⁾.

4.3. A norma do art. 475.º-2 do CPC de 1961 deixou de ser explicitada na revisão do Código de 1995-1996, porquanto o despacho liminar deixou de ter lugar, em regra, na ação declarativa. Mas *as razões que a fundamentam mantêm-se* na ação executiva: o despacho liminar tem lugar sem prévia audição do executado e, mesmo quando é ouvido em recurso, este não pode *alegar de facto*, mas apenas de direito, com base nos factos alegados pelo exequente; por outro lado, à Relação só cabe decidir se a ação deve ou não prosseguir, para o que basta um juízo de *viabilidade*, que afaste a ideia de que a ação é *inadmissível* ou *manifestamente improcedente*.

Na *ação executiva*, os fundamentos de indeferimento são hoje os do art. 726.º-2 CPC, que, salvo o da alínea *d*), transitaram para o novo código do art. 812.º-E-1 do CPC de 1961 (art. 812.º-2 até ao DL 226/2008, de 20 de novembro). Indeferido o requerimento executivo com algum desses fundamentos, o recurso que da decisão seja interposto tem por finalidade *exclusiva* verificar se, *com esse ou outro fundamento*, o indeferimento se justifica, isto é, sendo a decisão recorrida judicial, se há *manifesta* falta ou insuficiência do título executivo, se ocorre alguma exceção dilatória, não suprível, de conhecimento oficioso ou se é *manifesto*, perante a petição inicial e o título executivo, não terem ocorrido os factos constitutivos, ou terem ocorrido factos impeditivos ou extintivos, da obrigação executada⁽²⁹⁾.

como o anterior art. 691.º do CPC de 1939, limitava o objeto do recurso de apelação às decisões de mérito proferidas no despacho saneador e na sentença final, sujeitando a agravo qualquer decisão de indeferimento liminar, ainda que fundada em inviabilidade.

⁽²⁸⁾ Veja-se, hoje, o art. 226.º-5 CPC.

⁽²⁹⁾ Quanto a este último fundamento, embora a lei só fale (em redação que continua a ser equivalente à do art. 820.º originário do CPC de 1961) do título negocial, deve entender-se que joga também quando o título executivo é uma sentença, abrangendo assim, neste caso, qualquer facto constitutivo, modificativo ou extintivo posterior à formação do título judicial [o primeiro como condição de exigibilidade da obrigação e os restantes modificando ou destruindo os efeitos do facto constitutivo: cf. o atual art. 729.º, als. *e*) e *g*)]. Assim, o juiz, no despacho liminar, deve conhecer de qualquer desconformidade entre o título executivo e a realidade substantiva que seja de conhecimento oficioso e torne *manifestamente inviável* a execução, com o limiar temporal do termo da discussão na 1.ª instância quando o título seja uma sentença. A restrição da *letra* da previsão do preceito explica-se hoje por ele

Julgado em recurso que o fundamento da alínea *a*) ou o da alínea *c*) não se verificava, fica assente que *não era manifesta* a falta ou ineficácia do título, a inoportunidade dos factos constitutivos ou a ocorrência de factos modificativos ou extintivos, pelo que a Relação ordena o prosseguimento do processo. Nos subsequentes embargos, o executado pode suscitar livremente as mesmas questões que, se não tivesse havido despacho liminar, logo poderia suscitar em embargos, *tudo se passando como se o tribunal, liminarmente, tivesse logo ordenado a citação do executado*. Mais uma vez, jogam aqui plenamente as consequências da *substituição* da decisão recorrida pela decisão proferida pelo tribunal de recurso. Nomeadamente, quanto à ocorrência/inocorrência de factos constitutivos, impeditivos ou extintivos, sobre eles se fará nos embargos a prova que for necessária, devendo o juiz apurar, *com toda a amplitude*, se ela se verifica, *independentemente de ser manifesta*.

4.4. Pode a Relação, na fundamentação do acórdão que decide o recurso, revogando o despacho de indeferimento liminar, ir além do juízo de viabilidade da ação e fazer considerações de mérito que constituiriam fundamento de procedência; mas, se o fizer, está extravasando o *objeto do recurso*, que é apenas o de saber se a ação é, efetivamente, manifestamente improcedente, nos termos do art. 590.º-1 CPC (na ação declarativa) ou do art. 726.º-2 CPC (na ação executiva), ou é viável e deve, por isso, prosseguir. Nomeadamente, extravasa o objeto do recurso do despacho de indeferimento liminar proferido na ação executiva a afirmação, feita pela Relação para fundamentar o juízo de que não era manifesta a ocorrência/inocorrência de determinado facto principal (“essencial”, no dizer atual do CPC) e a subsequente decisão de prosseguimento dos autos, de que, consoante os casos, esse facto *se verificou* ou *não verificou*.

Considerações desta ordem constituirão *meros obiter dicta*, que não fazem caso julgado, *delas se aproveitando apenas aquilo que pode constituir um juízo de viabilidade*. Note-se, aliás, que as questões assim aparentemente resolvidas nem sequer são *prejudiciais* do conhecimento do objeto do recurso, pelo que não se põe, relativamente a elas, a questão de saber se a decisão da questão prejudicial (questão cujo conhecimento é *necessário* para o conhecimento do objeto da ação — ou do recurso) é

estar inserido na regulação do processo ordinário e a execução da sentença judicial se fazer, em regra, em processo sumário, mas a sua *aplicação analógica*, quando em execução de sentença tenha lugar despacho liminar, impõe-se (LEBRE DE FREITAS — RIBEIRO MENDES, *CPC Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, III, n.º 2 da anotação ao art. 812.º).

abrangida pelo caso julgado⁽³⁰⁾: nomeadamente, só é questão prejudicial da decisão a dar no recurso interposto do despacho liminar que se funde na manifesta inoportunidade do termo inicial da sanção pecuniária compulsória a de saber se há a *certeza* de que esse termo não ocorreu; havendo incerteza (factual ou jurídica) sobre tal ocorrência, a apelação procede e a ação executiva deve prosseguir, *ficando incólume para os embargos de executado a questão de determinar o se e o quando desse termo inicial*.

II. Da verificação da violação da obrigação e da liquidação da sanção pecuniária compulsória

1. Dos atos a praticar

Condenado o devedor, na sentença declarativa, numa sanção pecuniária compulsória cuja concretização e montante fiquem dependentes das violações da obrigação principal que posteriormente tenham lugar, ou do tempo durante o qual a situação de violação se mantenha, como se verifica essa violação e se liquida a sanção, a fim de a executar?

A questão não se põe do mesmo modo na obrigação pecuniária ou na de *facere*, por um lado, e na de *non facere*, por outro:

- O incumprimento das duas primeiras está verificado na ação declarativa e, pressupondo a aplicação da sanção que o incumprimento *se mantém* para além do seu termo inicial, é ao devedor que, nos termos gerais do art. 342.º-2 CC, cabe *provar* o cumprimento, em data posterior à sentença, sem prejuízo de a continuação do incumprimento dever, enquanto facto constitutivo do direito de crédito decorrente da sanção, ser *alegada* pelo credor no requerimento executivo;

⁽³⁰⁾ Em meu entender, e na esteira de CASTRO MENDES, o art. 91.º-2 CPC só quando a parte assim o requeira, isto é, quando a converta em novo pedido, ampliando o objeto do processo, é que estende o caso julgado à decisão das questões prejudiciais que, não sendo do foro criminal ou administrativo (art. 92.º CPC), carecem de ser decididas por constituírem pressuposto necessário da decisão da causa, ressalvados determinados casos que constituem *exceção* imposta pela natureza das coisas ou de institutos jurídicos (LEBRE DE FREITAS — ISABEL ALEXANDRE, *CPC Anotado*, Coimbra, Almedina, 2019, II, n.º 4 da anotação ao art. 581.º). A jurisprudência, ao invés, usa predominantemente prescindir desse requerimento da parte, mas sempre circunscritamente à medida em que o conhecimento da questão prejudicial é *necessário* à decisão da causa.

- Nas mesmas duas obrigações, a liquidação da sanção é feita por *simples cálculo aritmético* — pelo autor, no requerimento inicial da execução, na parte já vencida, e pelo agente de execução, mensalmente e no momento em que cessa a sua aplicação, na parte que vença na pendência do processo de execução (art. 716.º, n.ºs 1 e 3, do CPC = art. 805.º, n.ºs 1 e 3, do CPC de 1961)⁽³¹⁾;
- Na obrigação de *non facere*, uma vez que os atos ilícitos do devedor têm sempre natureza positiva, é necessário provar a sua ocorrência, o que, consistindo a violação numa obra ou em outro ato que tenha deixado vestígios materiais, deve ser feito através de *perícia*, requerida pelo credor, e, quando não haja vestígios materiais da violação, através de outros meios probatórios, incluindo o depoimento de testemunhas⁽³²⁾;
- Na mesma obrigação de *non facere*, a liquidação da sanção pecuniária compulsória pressupõe essa verificação da violação da obrigação principal, como resulta do art. 876.º-1 CPC (= art. 941.º-1 do CPC de 1961), *não dependendo de simples cálculo aritmético*;
- Quando a liquidação não dependa de simples cálculo aritmético, há que a fazer em *incidente de liquidação*, que, por imposição do art. 704.º-6 CPC (art. 47.º-5 do CPC de 1961), se processa *nos autos da ação declarativa* e segue os termos dos arts. 358.º a 360.º do CPC (arts. 378.º a 380.º do CPC de 1961), *sem o que a sentença não constitui título executivo* para o efeito da cobrança das quantias por liquidar;
- Constituiria injustificada duplicação de meios não aproveitar para a verificação da violação da obrigação principal o próprio inci-

⁽³¹⁾ Sendo a sanção fixada no próprio processo executivo, a liquidação é feita exclusivamente pelo agente de execução.

⁽³²⁾ A referência à admissibilidade da prova pericial (“exame ou vistoria”) vem de antes da revisão de 1995-1996 do CPC de 1961. Na versão do Código até então vigente, o art. 804.º-2 limitava os meios de prova de “que se verificou a condenação” aos documentos e às testemunhas; o art. 941.º-1 abria o leque dos meios probatórios, ao *permitir* (“pode”) que o credor requeresse que a violação da obrigação de prestação de facto negativo fosse verificada por prova pericial. Não obstante, com a revisão do Código, ter sido suprimida, no art. 804.º-2, a restrição à admissibilidade dos meios de prova, a norma do art. 941.º-1 manteve-se, possibilitando ser *objetivamente* interpretada, apesar de se manter o termo “pode”, no sentido de *dever* ter lugar a prova pericial para a verificação da violação quando, pelo menos, esta consista na feitura duma obra a demolir (veja-se o n.º 3 do mesmo art. 876.º CPC: “concluindo pela existência da violação, o perito deve indicar logo a importância provável das despesas que importa a demolição, se esta tiver sido requerida”). Se a obra já estiver feita à data do encerramento da discussão na sentença declarativa, o juiz terá ordenado a sua demolição, tudo se passando como nas obrigações de *facere*.

- dente de liquidação⁽³³⁾: *maxime*, quando as violações a verificar forem várias e cada uma, ou cada dia em que tiverem ocorrido, importar para o cumprimento da sanção, seria absurdo que ambos os apuramentos não tivessem lugar no mesmo meio processual;
- Em qualquer caso, sendo que a sanção pecuniária compulsória começa por ser “uma simples ameaça, que se apresenta sob a forma de condenação *eventual*, só a sua liquidação permite que se transforme num verdadeiro crédito, cujo montante ficará então determinado”⁽³⁴⁾. Com efeito, na parte em que fixa a sanção pecuniária compulsória, a sentença contém uma *condenação condicional e genérica*, a liquidar em função da verificação futura dos atos de violação que prevê, ou da simples continuação da violação, conforme os casos.
- Também em qualquer caso, a falta de liquidação da obrigação, nos termos em que a lei a impõe, constitui fundamento de *embargos de executado* (art. 729.º-e CPC = art. 814.º-1-e do CPC de 1961).

2. Da forma processual

Preveem os arts. 868.º-1 e 876.º-1 do CPC (= arts. 933.º-1 e 941.º-1-c do CPC de 1961) que o pedido executivo do pagamento da quantia devida a título de sanção pecuniária compulsória se faça, *na ação executiva para prestação de facto*, em *cumulação* com o pedido de pagamento forçado do sucedâneo pecuniário da obrigação de prestação de facto infungível.

⁽³³⁾ Antes da reforma da ação executiva pelo DL 38/2003, de 8 de março, era defensável que a verificação da violação se devesse fazer liminarmente *nos autos* da ação executiva (para prestação de facto), nos termos da versão anterior do art. 804.º, n.ºs 1 e 2, do CP de 1961 (analogicamente aplicado), antes da citação do devedor e sem a cominação probatória, decorrente da falta de contestação, que a reforma introduziu, e que a liquidação da sanção devesse ter lugar, já com o regime cominatório da omissão do executado, posteriormente, em *incidente* da ação declarativa. A partir do DL 38/2003, deixou de ter suporte razoável esta interpretação (cf., porém, ainda, o meu *CPC Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, n.º 3 da anotação ao art. 941.º).

⁽³⁴⁾ PERROT-THÉRY, *cit.*, p. 99. Como dizem ainda estes autores, “tendo a *astreinte* sido prescrita como uma ameaça cujo montante cresce à medida que o tempo passa, chega um momento em que, se o devedor se obstinar a não executar a decisão, a *astreinte* tem de ser liquidada por um juiz que lhe fixe o montante. *A liquidação é uma necessidade*”.

A razão de ser do uso deste tipo de ação executiva quando o facto é infungível, não obstante o credor não possa pretender a sua prestação por terceiro, mas apenas o pagamento forçado da indemnização, deve-se a que, em consequência da preferência da lei civil pela reconstituição natural (art. 566.º-1 CC) e portanto, por maioria de razão, pela execução específica, se admite que o *devedor possa ainda cumprir* depois de citado para a ação executiva, realizando — *em tempo útil* — a prestação devida e extinguindo assim a execução (art. 846.º CPC = art. 916.º do CPC de 1961)⁽³⁵⁾. Com efeito, querendo o devedor cumprir, pode haver lugar a atos processuais próprios da execução para prestação de facto, designadamente visando a *verificação da boa realização do facto*, que não têm lugar no esquema legal da execução para pagamento de quantia certa.

Esta razão cessa quando, *tendo a obrigação principal sido já cumprida*, o credor pretenda apenas executar a condenação na sanção pecuniária compulsória proferida na sentença declarativa. Neste caso, tratando-se de pedir apenas a execução duma obrigação pecuniária, o tipo da ação executiva a instaurar é, a meu ver, necessariamente, o da *execução para pagamento de quantia certa* (art. 10.º-6 CPC = art. 45.º-2 do CPC de 1961). Mas tal não significa que não devam continuar a ser observadas as mesmas regras, que ficaram referidas (n.º 1.1), relativamente à verificação da violação e à liquidação da sanção.

Assim, quando o credor queira instaurar uma ação de execução com efeito limitado à obrigação decorrente da sanção pecuniária compulsória, por já ter cessado a violação da obrigação principal, o requerimento de execução deve ser precedido da liquidação, total ou parcial consoante os casos (art. 716.º, n.ºs 8 e 9 = art. 805.º, n.ºs 8 e 9, do CPC de 1961), *no âmbito da ação declarativa*, e, feita esta liquidação prévia, a subsequente execução — para pagamento de quantia certa —, segue a forma do processo *sumário*. Se, ao invés, a liquidação devesse ter lugar na ação executiva, a forma de processo seria a *ordinária* (art. 550.º-3-b CPC). No primeiro caso, liquidada já a obrigação, o processo começa pela penhora (art. 855.º CPC); no segundo caso, há despacho liminar e *citação prévia do executado* (art. 726.º CPC). No direito anterior, em que a forma do processo de execução se dizia única, o regime era semelhante (art. 812.º-F-2-b do CPC de 1961). Sejam feitas na ação declarativa ou na ação executiva, a verificação da violação e a liquidação da obrigação têm lugar *em contraditório*.

⁽³⁵⁾ Minha *Ação executiva*, cit., n.º 23.2.2.B. A própria sanção pecuniária compulsória visa, como sabemos, compelir à execução específica da obrigação.

O mesmo se diga quando, segundo o credor, a violação da obrigação principal *não tenha cessado*. Mas com uma diferença: neste caso, continuando a interessar o efeito compulsório da sanção, o tipo da ação executiva deverá ser o mesmo que teria lugar se o credor pedisse a execução da obrigação sucedânea de indemnizar juntamente com a sanção pecuniária compulsória, isto é, o da *execução para prestação de facto*, sem prejuízo da sua *conversão* nos termos do art. 869.º CPC (= art. 934.º do CPC de 1961), analogicamente aplicado?

No campo das obrigações de prestação de facto negativo, esta solução não me oferece dúvidas quando, em sua violação, haja *obra feita* e, em consequência, uma demolição a fazer, ou quando a violação se tenha traduzido em outros vestígios materiais que perdurem e devam ser removidos mediante aplicação de algumas regras técnicas de boa execução: o devedor pode querer fazê-lo e a sua feitura pode implicar *controles* para os quais é mais adequado esse tipo de ação executiva.

Já quando a violação se traduza em *atos instantâneos*, cuja repetição, pura e simplesmente, se trate de fazer cessar, ou em atos simples de remoção dos vestígios que ela tenha deixado, a solução é discutível: a seu favor se argumentará com a vantagem que representa termos, para todos os casos, um único tipo de solução; contra ela dir-se-á que não apresenta, neste caso, as vantagens práticas (de controlo da boa destruição dos vestígios materiais) que nos outros a justificam. Constituindo essas vantagens práticas, relativas à eficácia da finalidade compulsória da sanção, a razão de ser do uso do meio da ação executiva para prestação de facto, inclino-me para a segunda posição.

Aliás, a instauração da ação executiva para pagamento de quantia certa em vez da ação executiva para prestação de facto, se se considerasse ser esta a adequada no segundo tipo de caso considerado, só produziria nulidade, em face do disposto no art. 195.º-1 CPC (= art. 201.º-1 do CPC de 1961), quando a irregularidade cometida pudesse ter influência na sequência *garantística* da liquidação ou do processo executivo. Tê-la-ia seguramente neste, se, *concretamente*, tivesse o efeito de permitir a realização da penhora antes da citação do executado, isto é, se a forma do processo executivo instaurado tivesse sido a sumária⁽³⁶⁾ e, com isso, o executado visse *diminuída a garantia de contraditório prévio* nos atos de verificação da violação e da liquidação da sanção (cf. art. 193.º-2 CPC = art. 199.º-2 do

⁽³⁶⁾ Não haverá nulidade se a forma processual utilizada tiver sido a ordinária, visto que nesta a citação do executado precede a penhora. No regime do CPC de 1961, a forma de processo de execução dizia-se única, mas o regime era idêntico (art. 812.º-F-2-a).

CPC de 1961); mas já não se este contraditório lhe for garantido independentemente do tipo da ação executiva usado. Ora, faça-se a liquidação da sanção em ação executiva para pagamento de quantia certa ou para prestação de facto, *os atos propriamente executivos* (penhora, venda, pagamento) *não têm início* sem que ela tenha lugar, *em contraditório*.

III. Conclusões

1. A sanção pecuniária compulsória, que teve a sua fonte na *astreinte* do direito francês, tem por função compelir ao cumprimento da obrigação o devedor que haja sido condenado a cumpri-la.
2. Exercem esta função e têm a mesma natureza a sanção pecuniária compulsória judicial do art. 829.º-A-1 CC, aplicável ao devedor da prestação de facto infungível, e a sanção pecuniária compulsória legal do art. 829.º-A-4 CC, aplicável ao devedor da prestação pecuniária.
3. A sanção pecuniária compulsória é uma figura de direito substantivo, por ela se constituindo uma relação obrigacional, instrumental em face duma obrigação principal, e é criada diretamente pela lei no caso da obrigação principal pecuniária e por decisão judicial de mérito no caso da obrigação principal de prestação de facto infungível, positivo ou negativo.
4. Quer a sanção pecuniária compulsória judicial, quer a sanção pecuniária legal, pressupõem a condenação do devedor no cumprimento da obrigação principal e, portanto, um duplo incumprimento (desta obrigação e da sentença sobre ela proferida na ação declarativa de condenação), ou seja, exigem a continuação da mora após a definição do direito pelos tribunais, com o inerente desrespeito culposo pelas decisões destes.
5. Está assim excluída como termo inicial da sanção pecuniária compulsória, quando nem a sentença de condenação nem as decisões sobre ela proferidas em recurso o tenham determinado, a data da notificação da sentença ao devedor, só sendo equacionável a sua coincidência com a data do trânsito em julgado da decisão ou com a da aquisição de exequibilidade.
6. A primeira destas duas datas é a que melhor se harmoniza com o sistema jurídico português: a atribuição à apelação do efeito

- meramente devolutivo tem na base a ideia de que a sentença apelada constitui já título suficiente da obrigação para efeitos da execução, mas não garante a sua indiscutibilidade; só com o trânsito em julgado, que torna indiscutível a existência e o conteúdo da obrigação principal, fica definitivamente injustificado o não acatamento da sentença pelo devedor, que até aí pode, sem culpa grave, esperar uma decisão que revogue a que o condenou; só com o trânsito em julgado é que a inobservância da decisão ganha o caráter de desrespeito pelos tribunais; evita-se assim ainda o risco da restituição das quantias pagas a título de sanção pecuniária compulsória, se a decisão provisoriamente executada vier a ser revogada em recurso; o art. 829.º-A-4 CC consagra o critério do trânsito em julgado para as obrigações pecuniárias e a harmonia da ordem jurídica leva a interpretar o art. 829.º-A-1 CC como consagrando o mesmo critério, a título supletivo, para as obrigações de prestação de facto infungível.
7. O instituto da má-fé processual e, quando este seja insuficiente, o instituto geral do abuso do direito servem o fim de sancionar os comportamentos abusivos do recorrente.
 8. A ter-se, porém, o momento da exequibilidade como o do termo inicial da sanção pecuniária compulsória, esta iniciar-se-á, conforme os casos, com a caducidade do direito ao recurso do devedor no termo do prazo para recorrer da sentença que o condene no cumprimento da obrigação principal, com a interposição do recurso sem que para ele seja requerida a atribuição do efeito suspensivo, com o termo do prazo fixado para a prestação da caução condicionadora do efeito suspensivo sem que ela seja prestada, com a notificação da decisão da 1.ª instância que atribua efeito meramente devolutivo ao recurso de apelação do devedor condenado, com a notificação do despacho do relator que atribua efeito meramente devolutivo à apelação que tenha subido com efeito suspensivo ou com a notificação do acórdão da Relação que mantenha a decisão condenatória na apelação a que tenha sido atribuído efeito suspensivo.
 9. É equiparado a este último caso o do acórdão da Relação que, mantendo a decisão de condenação na obrigação principal, revogue a decisão da 1.ª instância que haja atribuído efeito meramente devolutivo ao recurso de apelação, substituindo-a por outra que lhe atribui efeito suspensivo.

10. Aliás, se porventura esta última decisão for proferida no acórdão que decide, nesses termos, a apelação, tal pode significar, utilizando o critério da exequibilidade da decisão principal, que por ela se visou a destruição retroativa dos efeitos da sanção pecuniária compulsória na pendência do recurso, visto que outra utilidade manifestamente não tem.
11. Em qualquer hipótese, a sentença de condenação não pode ser executada dentro do prazo para a apelação e, quando com esta se requeira a atribuição de efeito suspensivo, antes do despacho do tribunal recorrido que determina o efeito da apelação, visto que, ao contrário do que acontece no recurso de revista, o efeito meramente devolutivo, embora constitua a regra na apelação, não decorre automaticamente da lei, ficando dependente da decisão do juiz recorrido sobre o efeito suspensivo requerido e, quando ela for no sentido da atribuição desse efeito, dependente ainda da não prestação, pelo exequente, da caução que lhe seja fixada.
12. A questão da determinação do termo inicial da sanção pecuniária compulsória não é precludida por ter sido discutida no recurso de apelação do despacho de indeferimento liminar da petição executiva e a sentença que, revogado esse despacho, haja mandado prosseguir a execução ter sobre ela perfilhado, na fundamentação da decisão nela tomada, um determinado entendimento.
13. Com efeito, além de oficiosamente dever verificar se falta algum pressuposto processual, a Relação mais não tem que fazer do que emitir um juízo sobre a viabilidade da execução ou a sua improcedência manifesta, pelo que constituem meros *obiter dicta* todas as considerações que extravasem esses juízos de admissibilidade e viabilidade, a que se limita o objeto do recurso, as quais por isso não formam caso julgado.
14. Só os embargos de executado oferecem a plena possibilidade de contraditório, no plano da matéria de facto e no plano da matéria de direito, sobre tais questões.
15. Condenado o devedor, na sentença declarativa, condicional e genericamente, numa sanção pecuniária compulsória por eventuais violações futuras dum obrigação de prestação de facto negativo, a verificação de que essas violações vieram a ter lugar deve ser feita no incidente de liquidação da obrigação delas

- decorrente, neste incidente se concentrando, com economia processual, os atos relativos a essa verificação e à liquidação.
16. O incidente de liquidação tem lugar nos autos da ação declarativa e a liquidação é requisito essencial da exequibilidade da sentença quanto à sanção pecuniária compulsória.
 17. A subsequente execução segue o tipo da ação executiva para prestação de facto quanto o respetivo pedido se cumule com o pedido de pagamento da indemnização sucedânea da prestação do facto infungível e também quando, sendo só ele deduzido, a violação da obrigação principal ainda não tenha, segundo o exequente, cessado e o seu cumprimento voluntário implique a remoção dos vestígios materiais (obra ou outros) da violação perpetrada, dado o controlo que, neste caso, o tribunal poderá ter de exercer sobre a prestação (positiva) dessa remoção.
 18. Não me parece que o mesmo se aplique quando, não tendo embora cessado a violação, não haja vestígios materiais a remover, tendo então lugar a ação executiva para pagamento de quantia certa.
 19. Se, no entanto, se entendesse, em nome do tratamento unitário de todos os casos em que a obrigação principal não está cumprida, que o tipo de ação a propor é, mesmo nesse caso, o da execução para prestação de facto, a irregularidade cometida mediante a instauração da execução para pagamento de quantia certa só geraria nulidade se o executado, em sua consequência, se visse privado de contraditório nos autos de verificação da violação e de liquidação da execução, antes de feita a penhora.
 20. Ora, no pressuposto do mesmo entendimento, tal não acontece, visto que este contraditório é assegurado no incidente de liquidação, feito na ação declarativa antes da instauração da execução, sendo que, se esse incidente tivesse lugar na ação executiva, nesta teria de haver citação prévia do executado, assegurando igualmente o contraditório prévio.