

Processo n.º 729/2007

(Recurso cível)

Data: 22/Maio/2008

ASSUNTOS:

- Incumprimento de contrato promessa
- Direito de retenção; contrato promessa
- Execução específica; impossibilidade contra terceiro adquirente de boa-fé
- Aquisição da coisa por terceiro de boa-fé; eficácia do registo
- Simulação
- Abuso de direito

SUMÁRIO:

1. Se A promete comprar a B uma dada fracção autónoma, em 1992, tendo pago integralmente o preço e tomando posse da coisa, e este vende a B que por sua vez a vende a D, em 2001, tendo estas transmissões sido devidamente registadas, estando os terceiros adquirentes de boa-fé e não havendo fundamento para anulação dessas transmissões, resta apenas ao A o direito de retenção, enquanto *direito real de garantia* dos créditos a que tenha direito em virtude do incumprimento de B.

2. Só por via possessória e da aquisição originária poderia o A garantir a tutela do direito objecto da promessa contra os terceiros adquirente de boa-fé.

O Relator,
João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 729/2007

Data: 22/Maio/2008

Recorrente: - A

Recorridos:

- Sociedade de Investimentos em propriedades B, Ldª.
- C Consultores, Limitada
- Companhia Geral de Material e Comércio D do Município de XXX
- E
- F

Recorrente (Recurso Interlocutório) :

- Companhia Geral de Material e Comércio D do Município de XXX

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

I – RELATÓRIO

1. Partes e objecto da acção

1º Autor: **A** (doravante apenas referido como “A”), casado com **G**, residente em Macau, na Estrada XXX, XXX Garden, XXX andar “XXX”, Taipa;

2º Autora: **H**, casada com **I**, residente em Macau, na Avenida da praia Grande n.º XXX, Edifício XXX, 1.º andar; e

3º Autor: **BANCO LUSO INTERNACIONAL, S.A.R.L.** (doravante apenas referido como o “**BANCO LUSO, SA**”), com sede em Macau, na Avenida Dr. Mário Soares, n.º 47, r/c;

vieram intentar, em 22/04/2002, a presente

acção declarativa de condenação com processo ordinário

contra

- 1º - **SOCIEDADE DE INVESTIMENTOS EM PROPRIEDADES B, LIMITADA** (doravante apenas referida como a “**B, LDA.**”), sociedade com sede em Macau, na Rua XXX, n.º XXX, Edifício XXX Court, XXXº andar “E”;
- 2º - **C CONSULTORES, LIMITADA** (doravante apenas referida como a “**C, LDA.**”), sociedade com sede em Macau na Rua XXX, n.º XXX, 1º andar, edifício “XXX”;
- 3º - **COMPANHIA GERAL DE MATERIAL E COMÉRCIO D DO MUNICÍPIO DE XXX, XXX D商業貿易物資總公司** (doravante apenas referida como a “**D, LDA.**”), sociedade comercial com sede na República Popular da China, na Estrada de XXX, nºXXX, Distrito

de XXX, Cidade de XXX;

4º - E, solteiro, maior, residente em Macau, na Praça XXX, n.ºs XXX, XXXº andar “A”; e

5º - F, solteira, maior, residente em Macau, na Praça XXX, n.ºs XXX, XXXº andar “B”;

Alegando incumprimento de contrato promessa sobre imóveis, com tomada de posse da sua parte, pagamento integral do preço e alegando nulidades várias a transmissões sucessivas que os promitentes transmitentes efectuaram sobre as coisas prometidas vender em relação a terceiros, também réus na acção,

Formularam o seguinte pedido:

“que a presente acção seja julgada procedente por provada, e em consequência:

a) *julgar-se **nula por simulação** e de nenhum efeito as compras e vendas das fracções autónomas “A17”, 1/82 avos da fracção autónoma “AR/C” (correspondente ao lugar de estacionamento C38) e “B15”, entre a **B, LDA.** e a **D, LDA.** formalizadas pela escritura pública outorgada em 1 de Junho de 2001 no Cartório do Notário Privado Dr. J a fls. XXX e segs. do Livro XXX;*

- b) mandar-se **cancelar** na Conservatória do Registo Predial **os registos de aquisição** fundados na referida e simulada compra efectuados pelas inscrições nos XXX e XXX do Livro XXX, e bem assim de todos e quaisquer registos que porventura hajam sido feitos na sequência daqueles, nomeadamente os registos a favor do **E e F**; **ou**

SUBSIDIARIAMENTE

- c) caso se entenda que não houve simulação nas transmissões, deverá ser julgada procedente a **impugnação pauliana** deduzida contra as compras e vendas celebradas entre os **RR.**, no que respeita às fracções autónomas “A17”, 1/82 avos da fracção autónoma “AR/C” (correspondente ao lugar de estacionamento C38) e “B15”, e em consequência, serem **restituídas tais fracções ao património da B, LDA.**, ordenando-se o **cancelamento do registo de aquisição** das mesmas pela **D, LDA.** e todos os registos sucessivos desta dependentes;

E EM QUALQUER CASO

- d) declarar-se que a **B, LDA.** e a **C, LDA.**, incumpriram culposamente os contratos-promessa e proferir-se **sentença constitutiva que produza os efeitos da declaração negocial de venda da B, LDA.** e transmitindo-se por esta via ao **A** e à **H**, respectivamente, a propriedade dos imóveis ao mesmo tempo que sob os mesmos seja constituída hipoteca voluntária a favor do **BANCO LUSO, SA**, nos precisos termos acordados nos contratos tripartidos;

e) condenar a **B, LDA.** a pagar as eventuais despesas com a expurgação da hipoteca registada na CRP mediante a inscrição nº XXX, do Livro XXX, relativamente às fracções autónomas “A17”, “B15” e 1/82 avos da fracção autónoma "AR/C" (correspondente ao lugar de estacionamento C38) e ainda no pagamento de quaisquer quantias que os **AA.** tenham que desembolsar ao Banco Tai Fung para libertarem as referidas fracções desse ónus, valores que apenas em sede de execução de sentença se poderão liquidar;

SUBSIDIARIAMENTE, e apenas no caso de nenhum dos pedidos anteriores ser procedente,

f) declararem-se **resolvidos os contratos-promessa** celebrados, por incumprimento definitivo e culposo da **B, LDA.**, e conseqüentemente, condená-la a pagar a título de **indenização** aos **AA.** **MOP\$18,377,680.00**, correspondente ao **dobro do sinal**, sendo:

g) a pagar ao **BANCO LUSO, SA** a parte do capital mutuado e ainda não amortizado, no montante total de **MOP\$4,528,366.81**, acrescida dos juros à taxa acordada entre os **AA.** de 8,825% ao ano;

h) a pagar ao **A**, o remanescente do montante ainda em dívida ao **BANCO LUSO, SA** até totalizar **MOP\$12,047,680.00**, ou seja **MOP\$9,118,660.69** (**MOP\$12,047,680.00** - **HK\$2,839,572.77**), acrescido de juros à taxa legal, desde a data do seu incumprimento definitivo, isto é, desde 1 de Junho de 2001;

i) e pagar à **H**, o remanescente do montante ainda em dívida ao **BANCO LUSO, SA** até totalizar **MOP\$6,330,000.00**, ou seja **MOP\$4,730,652.50**

(MOP\$6,330,000.00 - HK\$1,550,506.55) acrescido de juros à taxa legal, desde a data do seu incumprimento definitivo, isto é, desde 1 de Junho de 2001.

E EM QUALQUER DAS ALTERNATIVAS REFERIDAS ACIMA,

- j) deverá ser reconhecido o **direito de retenção dos AA.** no que concerne às fracções autónomas “A17”, “B15” e 1/82 avos da fracção autónoma “AR/C” (correspondente ao lugar de estacionamento C38);*
- k) bem como devem também os **RR.** ser condenados no pagamento das **custas e condigna procuradoria.**”*

2. Decisão proferida

2.1. Em relação à 2ª A. veio a ser proferido o despacho de fls 178 que, conhecendo da litispendência, absolveu os RR. da instância, relativamente aos pedidos por aquela formulados na acção.

2.2. A acção correu seus termos e a final veio a ser proferida a seguinte decisão:

“1) - Declarar-se resolvido o contrato-promessa celebrado entre o 1º Autor **A** e a Ré “Sociedade de Investimentos em Propriedades **B**, Limitada”, por culpa exclusiva desta última.

2) – Condenar a Ré “Sociedade de Investimentos em Propriedades B, Limitada” “B 置業有限公司” a pagar ao 1º Autor A a quantia de MOP\$12,047,680.00, correspondente ao dobro do preço pago pelo mesmo, acrescidos de juros vencidos e vincendos à taxa legal desde 01/06/2001, da qual se desconta o capital mutuado pelo “Banco LUSO Internacional SARL”, ainda não amortizado, acrescido de juros à taxa acordada, a entregar-se em 1º lugar ao referido Banco, sendo o montante a determinar, em sede da execução da sentença.

3) – Julgar-se improcedentes os demais pedidos dos Autores, deles absolvendo-se os Réus.

4) – Absolver-se dos pedidos a 2ª Ré, 3ª Ré, 4º Réu e 5ª Ré.

Custas por ambas as partes na proporção do respectivo decaimento.”

3. A- Recurso interlocutório do saneador

3.A.1. A Companhia Geral de Material e Comércio D do Município de XXX (XXX D 商業貿易物資總公司), 3ª ré melhor identificada nos autos à margem indicados, não se conformando com o saneador proferido em que considerou não haver ilegitimidade das partes na acção, tal como por si suscitado, dele interpõe recurso, alegando no essencial:

I. Segundo o despacho recorrido, o facto de os autores se julgarem titulares de créditos perante as 1ª e 2ª rés é, por si, suficiente para lhes conferir legitimidade nos autos.

II. Não é por os autores se arrogarem titulares dos direitos reclamados que, necessariamente, serão partes legítimas.

III. É preciso que aleguem ainda os factos nos quais aqueles direitos se baseiam.

IV. Segundo os autores, a 1ª ré interveio na promessa directamente como promitente vendedora.

V. Facto que, contudo, está em evidente contradição com o contrato segundo o qual a 1ª ré não se vinculou a qualquer prestação perante os 1º e 2º autores.

VI. De acordo, portanto, com a relação material controvertida configurada pelos autores na respectiva causa de pedir e nos contratos que a instruem, a qual é a única passível de aferir a legitimidade das partes, a 1ª ré não responde pelo incumprimento da promessa.

VII. Logo o pedido de declaração de nulidade do contrato de compra e venda subsequente celebrado entre as rés deixa igualmente de ter qualquer viabilidade.

VIII. Não tendo, por isso, os 1º e 2º autores legitimidade para propor a presente acção.

IX. Por outro lado, os autores alegaram que os 1º e 2ª autores, na qualidade de promitentes cedentes da sua posição contratual nos contratos promessa, o 3º autor, enquanto promitente cessionário da posição contratual da cedente, e a 1ª ré, como parte cedida nos mesmos contratos promessa de compra e venda, celebraram um contrato promessa de cessão contratual sujeito a condição.

X. *Cessão que, porém, segundo igualmente os autores, nunca ocorreu porque, desde logo, os 1º e 2ª autores arrogam-se nesta mesma acção como partes do contrato promessa de compra e venda cujos direitos o 3º autor pretende exercer no lugar daqueles.*

XI. *Atendendo que, sem a vontade dos cedentes, a cessão não pode ocorrer, as pretensões do 3º autor são necessariamente improcedentes porquanto, antes de mais, este não é parte dos contratos promessa de compra e venda cujo incumprimento é invocado nos autos.*

XII. *Logo, de acordo com a relação material controvertida configurada pelos autores, o 3º autor é necessariamente parte ilegítima dos mesmos.*

Nestes termos, deve ser anulado o despacho proferido pelo Tribunal Judicial de Base que julgou improcedente as excepções da ilegitimidade dos autores e julgar, em consequência, as mesmas procedentes, absolvendo os réus da instância.

3.A.2. A e Banco Luso Internacional, SARL, A. , 1º e 3º AA., nos autos acima mencionados, ora recorridos, contra alegam:

1. *a Ilegitimidade afere-se pela relação jurídica controvertida tal como foi configurada pelo Autor e para resolver essa questão há que atender à substancia do pedido formulado e a concretização da causa de pedir, de tal maneira que partes legítimas na acção são os sujeitos da relação material controvertida, tal como foi definida - pelos AA. - através destes dois elementos.*

2. *É, aliás, o que resulta da letra e espírito do art. 58º do CPCM, quando aí se*

afirma que "na falta de indicação da lei em contrário, possuem legitimidade os sujeitos da relação material controvertida, tal como é configurada pelo autor.". O que, aliás, no presente caso se encontra perfeitamente definido através dos factos minuciosamente descritos na petição inicial, devidamente acompanhados da respectiva prova documental.

*3. Factos e documentos através dos quais os AA., entre outras relações contratuais, explicam a relação existente entre eles próprios e os RR. e entre esses RR. entre si, de modo a não haver dúvidas das respectivas intervenções de cada um nos factos controvertidos e, conseqüentemente daí se afere a legitimidade da **Companhia Geral de Material e Comércio D do Município de XXX**. De igual modo, também da petição resulta, claramente, qual o pedido feito quanto a essas sociedades.*

4. Razões porque parece inequívoco que a R., Companhia Geral de Material e Comércio D do Município de XXX, é parte legítima no presente processo, não vingando a excepção dilatória acabada de analisar.

5. Pelo que ressalvado o respeito devido, terá que improceder o recurso, mantendo-se o despacho recorrido na sua plenitude.

Pelo que deve ser negado provimento ao recurso, mantendo-se o despacho recorrido na sua plenitude.

3. B – Recurso da sentença proferida a final

3.B.1. A recorre da sentença proferida, concluindo:

- I. Por douda sentença proferida nos presentes autos pelo Meritíssimo Juiz do 2º*

Juízo do Tribunal Judicial de Base, foi decidido (...) "Em face de todo o que fica exposto e justificado, o Tribunal julga parcialmente procedente a acção por provada e, em consequência, decide: 1) Declarar-se resolvido o contrato-promessa celebrado entre o 1º Autor A e a Ré "Sociedade de Investimentos em Propriedades B, Limitada", por culpa exclusiva desta última. [...] 2) Condenar a Ré "Sociedade de Investimentos em Propriedades B, Limitada", "B 置業有限公司" a pagar ao 1º Autor A a quantia de MOP\$12,047,680.00, correspondente ao dobro do preço pago pelo mesmo, acrescidos de juros vencidos e vincendos à taxa legal desde 01/06/2001, da qual se desconta o capital mutuado pelo "Banco LUSO Internacional SARL" , ainda não amortizado, acrescido de juros à taxa acordada, a entregar-se em 1º lugar ao referido Banco, sendo o montante a determinar, em sede da execução da sentença. [...] 3) Julgar-se improcedentes os demais pedidos dos Autores, deles absolvendo-se os Réus. 4) Absolver-se dos pedidos a 2º Ré, 3º Ré, 4º Réu e 5ª Ré. [...]"»

II. Não se conformando a ora Recorrente com o teor desta douta decisão, vem pelo presente recurso impugnar as soluções adoptadas pelo Tribunal a quo.

III. Conforme bem diz o Meritíssimo Juiz a quo, e no que se refere ao negócio celebrado entre a 1ª e a 3ª Ré, parece que pode concluir-se pela simulação do mesmo negócio,

IV. Sendo certo que a prova da simulação faz-se, na maior parte dos casos, por meio de indícios ou de presunções, mais ou menos frisantes, de onde transpareça e se deixe 'inferir a existência da simulação,

V. O que nos presentes autos encontra correspondência, designadamente nas acima mencionadas respostas aos quesitos 22º, 23º, 27º, 29º e 36º da Base Instrutória.

VI. O Meritíssimo Juíz a quo, para estabelecer a inexistência de simulação do

negócio celebrado entre a 1ª e a 3ª Ré socorre-se de factos - aqueles que dizem respeito a «[...] visto que a 1ª Ré transmitiu a propriedade de algumas fracções (repare-se, não só a do Autor, mas também de outras, aliás, todas as que a 1ª Ré titulava na altura) para a 3ª Ré, não por motivo de "doação" ou oferta, mas é para cumprir uma obrigação já judicial reconhecida, ou seja, confirmada pela sentença proferida por um tribunal de RPC (fls. 402 a 408), que condenou a 1ª Ré a devolver as quantias emprestadas pela 3ª Ré por nulidade do contrato de mútuo entre elas celebrado, pelo que, na transacção referida nestes autos, não há entrega de "preço", porque a transmissão da propriedade visava compensar as dívidas que a 1ª Ré tinha para com a 3ª Ré, já que aquela não tinha "cash" para cumprir a obrigação, e não para fugir às dívidas! Muito menos para enganar os credores!» -, factos esses que dera como não provados nos presentes autos, designadamente, nas respostas negativas dadas aos quesitos 42º, 43º, 44º e 45º,

VII. Circunstância que gera a nulidade da sentença nessa parte, nos termos previstos no n.º 1, alínea c) do artigo 571º do Código do Processo Civil.

VIII. Nulidade essa que expressamente ora se invoca e que deverá ser reconhecida por esse douto Tribunal de Segunda Instância...

IX. Tendo o Mmo. Juiz a quo sustentado a sua decisão em matéria fáctica que deveras foi julgada nos autos como não provada, deverá esse Venerando Tribunal de Segunda Instância, e neste particular, proferir acórdão onde se estabeleça, apenas com base na matéria assente nos autos, que o negócio celebrado entre a 1ª e a 3ª Ré foi absolutamente simulado e, em consequência, declare tal negócio nulo nos termos do disposto no artigo 232º, n.º 2 do Código Civil.

X. Nem se diga, como se afirma na douta sentença ora posta em crise, que esta

questão é uma questão "falsa" ou "inútil" por, alegadamente o imóvel ter entrado definitivamente no domínio de uma terceira pessoa, o 4º réu, em vista da pretensa boa fé com que agiu no negócio celebrado com a 3ª Ré, que deveras não teve.

XI. Resulta da matéria assente nos autos que: G) da especificação: «Através da escritura pública outorgada em 16/08/2001 a 3ª Ré vendeu a fracção "A17", bem como 1/82 avos da fracção "AR/C" ao 4º Réu, pelo preço, respectivamente, de MOP\$1,190,000.00 e MOP\$60,000,000.00.»;

XII. Resulta ainda em H) da especificação que: «Na Conservatória do Registo Predial, o direito de propriedade sobre a fracção "A17" foi inscrito a favor da 1ª Ré em 11/01/1992; Em 21/05/1992 foi inscrita uma hipoteca sobre o mesmo imóvel a favor do "Banco Tai Fung"; Em 1/06/2001 o direito de propriedade sobre a mesma fracção foi inscrito a favor da 3ª Ré; em 20/09/2001 o direito de propriedade sobre a fracção foi inscrito a favor do 4º Réu.

XIII. Ainda que, e em resposta afirmativa ao 29) da Base Instrutória: «O valor real das onze fracções autónomas desse edifício, aquando da celebração do contrato a que se alude em E), seria de, pelo menos, o triplo do valor declarado na escritura pública.»

XIV. Bem como em Resposta afirmativa ao 27) da Base Instrutória que: «A D Lda. e E nunca se deslocaram ao imóvel antes da compra.»

XV. E bem assim, em resposta negativa ao 46) da Base Instrutória que: Não é verdade que «O 4º Réu declarou que os bens lhe foram transmitidos livres e desonerados porque a sociedade 1ª Ré se obrigou a fazer extinguir, em curto prazo, o ónus hipotecário que sobre eles incidia.»

XVI. O Mmo. Juiz a quo não considerou como provado ter o 4º Réu tido uma conduta eivada de má fé, manifestamente dolosa, em claro conluio com a 1ª e a 3ª Ré com o objectivo de prejudicar o ora Recorrente, e afastá-lo da susceptibilidade de vir a adquirir a propriedade em causa nos autos, em decorrência do contrato promessa anteriormente celebrado.

XVII. A matéria fáctica atrás transcrita é, claramente, mais do suficiente para criar no Julgador a convicção de que o negócio celebrado entre o 4º Réu e a 3ª Ré padece igualmente do vício de nulidade, por corresponder a declarações de vontade contratuais desconformes com a verdade, simulatórias de um negócio que não se quis, e que apenas se destinaram a provocar o prejuízo do ora Recorrente e afastá-lo da aquisição de propriedade.

XVIII. Dado o relevo dos supra mencionados factos, e sendo certo que o Mmo. Juiz a quo não os apreciou em sede de fundamentação, estamos inevitavelmente perante uma omissão de pronúncia que, nos termos do n.º 1, al. d) do já mencionado artigo 571º do CPC, constitui nulidade da sentença.

XIX. Deverá, em consequência, esse Venerando Tribunal também considerar como negócio simulado o contrato de compra e venda celebrado entre a 3ª Ré e o 4ª Réu.

XX. Tratando-se de nulidade, é matéria que o Tribunal a quo e o Venerando Tribunal de Segunda Instância podem dela tomar conhecimento oficioso.

XXI. É bem claro o artigo 279º, aplicável ex vi do n.º 1 do artigo 234º, ambos do Código Civil, quando estatui que «A nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal.»

XXII. Ainda que assim não fosse, e sendo manifesto, nos termos da própria matéria

dada como provada, e não provada, que o 4º Réu agiu dolosamente por forma exclusiva a gorar o cumprimento do contrato promessa celebrado entre o ora recorrente e a 1ª Ré não pode o mesmo deixar de ser sancionado pelo seu comportamento clamorosamente ofensivo dos ditames da boa fé, e ainda por exercer o seus de contratar e registar a aquisição em profundo desacordo com o fim social ou económico de tais liberdades.

XXIII. Estatui o artigo 326º do Código Civil que «É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.»

XXIV. O Tribunal a quo tomou conhecimento de que: a) o 4º réu celebrou a escritura sem qualquer prévia redução a promessa contratual; b) com um preço de compra completamente revelador da inexistência de vontade real de comprar (um milhão, cento e noventa mil patacas - MOP 1,190,000.00); c) Quando o respectivo valor tributário era de MOP2,034,100.00 (cfr. E) da Especificação); d) Quando o anterior negócio realizado relativamente à mesma fracção "A 17", entre a 1ª Ré e a 3ª Ré, tinha tido como preço declarado MOP1,200,000.00 (cfr. mesma E) da Especificação); e) E assim, "comprando" o 4º Réu a dita fracção à 3ª Ré, por um preço inferior que esta havia "comprado" à 1ª Ré, situação manifestamente ao arrepio de qualquer normalidade comercial, e reveladora do conluio ocorrido entre as partes contratantes; f) Quando a verdade é que o Recorrente celebrou contrato promessa com a 1ª Ré por um preço, com certeza correspondente ao respectivo valor de mercado, de MOP\$6,023,840.00; g) Tudo isto, sem que o 4º Réu sequer "suspeitasse" dos contornos propostos do negócio, não tendo, tão pouco, tido a diligência mínima de se deslocar ao imóvel da compra - cfr. matéria dada como provada em 27) da Base Instrutória;

XXV. Tomando conhecimento de tais factos, deveria ter sancionado a conduta do 4º

Réu em sede de abuso de direito.

XXVI. *Para além de tudo aquilo que ficou acima dito no que se refere à intervenção do 4º Réu, consciente e dolosa, na simulação negocial que operou em conluio com a 3º Ré, os elementos de facto aduzidos no ponto XXIV destas conclusões fazem também reconduzir o comportamento do 4º Réu à questão do Abuso de Direito.*

XXVII. *O abuso de direito é de sanção atípica, podendo o Tribunal, consoante os elementos concretos do caso sub judice, optar pela sanção que melhor repõe a Justiça.*

XXVIII. *In casu, este negócio em que o 4º Réu agiu dolosamente, por forma exclusiva a gorar o cumprimento do contrato promessa celebrado entre o ora Recorrente e a 1ª Ré, não pode deixar de ser sancionado por esse Venerando Tribunal com a declaração de nulidade, nos termos gerais.*

XXIX. *Tanto mais que se trata de uma conduta típica e primitivamente abusiva por se tratar de um verdadeiro acto emulativo.*

XXX. *O Mmo. Juiz a quo alicerçou-se na eficácia relativa do contrato promessa, celebrado entre o aqui Recorrente e a 1ª Ré, para concluir que não é viável o funcionamento do instituto da execução específica no caso sub judice.*

XXXI. *Isto porque não encontrou em toda a matéria alegada nos autos qualquer simulação nem qualquer negócio nulo, e nessa perspectiva, e de acordo com tais conclusões, certo seria, efectivamente, não ser possível a execução específica do contrato promessa em causa neste processo.*

XXXII. *Tendo em conta a posição assumida pelo Recorrente nesta sede de recurso,*

e no pressuposto - que se espera ter o melhor acolhimento desse Venerando Tribunal que venham a ser declarados simulados, e por isso nulos, os negócios celebrados entre a 1ª e a 3ª Ré, e entre esta e o 4º Réu então, o instituto da execução específica, e o respectivo pedido formulado na petição inicial pelo ora Recorrente, terão que ser doutamente reapreciados e deferidos.

*XXXIII. Nos termos em que se mostra provado nos autos a existência do contrato promessa celebrado entre o Recorrente e a 1ª Ré, com todas as respectivas cláusulas essenciais, mais a especial circunstância de o preço convencionado entre as partes se encontrar já integralmente pago, e sendo todos os demais negócios celebrados relativamente às fracções objecto do referido contrato promessa declarados nulos, impõe-se que esse Venerando Tribuna! profira em sede de acórdão, e conforme peticionado, a) acórdão constitutivo que produza os efeitos da declaração negocial de venda da **B**, LDA. e transmitindo-se por esta via ao aqui Recorrente a propriedade dos imóveis, ao mesmo tempo que sob os mesmos seja constituída hipoteca voluntária a favor do BANCO LUSO, SA, nos precisos termos acordados nos contratos tripartidos; b) condenação da **B**, LDA. a pagar as eventuais despesas com a expurgação da hipoteca registada na CRP mediante a inscrição nº XXX, do Livro XXX, relativamente às fracções autónomas "A17" e 1/82 avos da fracção autónoma "AR/C" (correspondente ao lugar de estacionamento C38) e ainda no pagamento de quaisquer quantias que os AA. tenham que desembolsar ao Banco Tai Fung para libertarem as referidas fracções desse ónus, valores que apenas em sede de execução de sentença se poderão liquidar; c) ordem de cancelamento na Conservatória do Registo Predial dos registos de aquisição fundados nas referidas e simuladas compras efectuados pelas inscrições nos XXX e XXX do Livro XXX, e bem assim de todos e quaisquer registos que porventura hajam sido feitos na sequência daqueles, nomeadamente os registos a favor do **E**.*

XXXIV. *Aceitando esse Venerando Tribunal que os negócios celebrados entre a 1ª e a 3ª Rés, e entre esta e o 4º Réu, sejam declarados nulos, quer por simulação absoluta, quer por manifesto abuso de direito, nos termos atrás alegados, sempre o direito de retenção do ora Recorrente terá que ser reconhecido relativamente às fracções objecto do contrato promessa em causa nos presentes autos.*

XXXV. *A sentença ora posta em crise olvidou um conceito fundamental de direito, qual seja, que o direito de retenção é um direito oponível "erga omnes", em clamorosa violação do artigo 744º e 749º, ambos do Código Civil.*

XXXVI. *Constitui, pois um direito de sequela conferindo ao titular do direito de retenção (ao promitente comprador), a faculdade de não abrir mão da coisa, enquanto se não extinguir o seu crédito - à celebração do contrato prometido ou, se assim não se entender, o que no caso vertente não se concede, até ao cumprimento da obrigação de restituição do sinal em dobro.*

XXXVII. *Sendo esta matéria, aliás, pacífica na doutrina e jurisprudência, não se compreende a violação por parte da dita sentença do Tribunal a quo, a um dos institutos nucleares de protecção do promitente não faltoso, sempre que beneficie da tradição da coisa, como é o caso e foi reconhecido em sede de Base Instrutória, dando-se como provados os quesitos identificados sob os números 17) a 20), inclusive.*

XXVIII. *Pelo que deverá ser a sentença proferida pelo Tribunal a quo substituída por duto acórdão desse duto Tribunal que reconheça o Direito de Retenção por banda do ora Recorrente.*

XXXIX. *Deverá assim a sentença do Tribunal a quo ser revogada e, em sua*

substituição, ser proferido douto acórdão que declare como negócios simulados ou celebrados em manifesto abuso de direito, e por isso nulos, os contratos de compra e venda (escrituras) celebrados entre a 1ª e 3ª Ré e entre esta e o 4º Réu.

*XL. E bem assim profira esse Venerando Tribunal, e conforme petitionado, a) acórdão constitutivo que produza os efeitos da declaração negocial de venda da **B, LDA.** e transmitindo-se por esta via ao aqui Recorrente a propriedade dos imóveis, ao mesmo tempo que sob os mesmos seja constituída hipoteca voluntária a favor do **BANCO LUSO, SA,** nos precisos termos acordados nos contratos tripartidos; b) condenação da **B, LDA.** a pagar as eventuais despesas com a expurgação da hipoteca registada na CRP mediante a inscrição nº XXX, do Livro XXX, relativamente às fracções autónomas "A17" e 1/82 avos da fracção autónoma "AR/C" (correspondente ao lugar de estacionamento C38) e ainda no pagamento de quaisquer quantias que os AA. tenham que desembolsar ao Banco Tai Fung para libertarem as referidas fracções desse ónus, valores que apenas em sede de execução de sentença se poderão liquidar; c) ordem de cancelamento na Conservatória do Registo Predial dos registos de aquisição fundados nas referidas e simuladas compras efectuados pelas inscrições nos XXX e XXX do Livro XXX, e bem assim de todos e quaisquer registos que porventura hajam sido feitos na sequência daqueles, nomeadamente os registos a favor do **E.***

XLI. E finalmente, reconheça esse Venerando tribunal o direito de retenção do ora Recorrente.

3.B.2. E, 4º R. nos autos à margem referenciados e ora recorrido, vem apresentar as suas contra alegações, dizendo, em síntese final:

I. Os RR. alegaram, embora não o hajam alegado provar, que a transmissão das fracções à 3ª R. tinha por finalidade cumprir uma obrigação já judicialmente reconhecida e confirmada por sentença proferida por tribunal da RPC, mas a prova de tais factos pelos RR. não era necessária ou essencial, pois o ónus da prova sobre o intuito das partes de enganar terceiros com a celebração de tal negócio recaía sobre os AA., e os mesmos não lograram prová-lo.

II. O pedido de declaração de nulidade com fundamento em simulação do negócio de compra e venda celebrado entre a 1ª e a 3ª RR., formalizado por escritura de 01/06/2001, lavrada a fls. XXX do Livro de Notas para Escrituras Diversas n.º XXX do Notário Privado J, teria sempre que improceder, pois apesar de provado haver divergência entre a vontade real e a declarada por não ter havido lugar ao pagamento do preço declarado como contrapartida da transmissão dos bens imóveis objecto da escritura -, ela não resultou de um acordo entre as partes com o intuito de enganar terceiros, faltando assim dois elementos essenciais à simulação, o "pactum simulationis" e o "animus decipiendi" - concluir o contrário resultaria em indevida interpretação e aplicação do art. 232º do Código Civil de Macau.

III. O Mmo.Juiz "a quo" não omitiu qualquer pronúncia sobre a nulidade por simulação do negócio celebrado entre a 3ª e o 4º RR., pois os AA. não formularam qualquer pedido nesse sentido.

IV. A nulidade do negócio proveniente da simulação tem de ser arguida pela parte a quem aproveita, sob pena de não poder ser apreciada.

V. A nulidade proveniente da simulação só pode ser arguida contra terceiro de má fé, portanto é pressuposto de tal oponibilidade que se verifique a nulidade por simulação

do negócio pelo qual o titular aparente adquiriu direitos sobre o bem que posteriormente transmitiu ao terceiro, depois, é ainda necessário que o adquirente esteja de má fé, isto é, que tivesse conhecimento da simulação ao tempo da aquisição - interpretação diversa faria indevida aplicação do art. 235º do CPC.

VI. O abuso do direito implicaria a existência de um direito na titularidade do 4º R. - direito que a recorrente não identifica - cujos poderes intrínsecos houvessem sido actuados com excesso pelo mesmo, excesso a aferir pelo fim que o direito visaria tutelar.

VII. O princípio do dispositivo, consagrado no artigo 3º do CPC. impõe que a parte alegue os factos que integram a causa de pedir, de forma a que a contraparte possa exercer o contraditório-ora no caso "sub judice" nem sequer o pedido que se pretende procedente foi formulado, pois nunca foi pedida a declaração de nulidade do negócio de compra e venda, pelo qual o 4º R. adquiriu a fracção -, pelo que, a admitir-se o pretendido pela recorrente estaríamos perante um novo pedido e uma nova causa de pedir.

Deve pois, na sua óptica, o recurso ser considerado totalmente improcedente.

*

Foram colhidos os vistos legis.

II – FACTOS

Vêm provados os factos seguintes:

“Da Matéria de Facto Assente:

- A “Sociedade de Investimentos em Propriedades **B**, Limitada”, em chinês **B** 置業有限公司, e em inglês **B** Properties (*alínea A) da Especificação*).
- A “**C** Consultores, Limitada”, em chinês **C** 行有限公司 e em inglês **C** Consultants Limited, é uma sociedade comercial por quotas, matriculada na Conservatória dos Registos Comercial e Automóvel de Macau sob o nº XXX, e com o objecto de *prestação de serviços de consultadoria para investimento, a construção de imóveis e a sua comercialização (alínea B) da Especificação*).
- A “Companhia Geral de Material e Comércio **D** do Município de XXX”, no original em chinês XXX **D** 商業貿易物資總公司 é uma sociedade comercial com sede na R. P. da China, que tem como objecto principal a *venda por grosso e a retalho de material de aço inoxidável, material de construção, agulhas, artigos têxteis, matéria-prima e produtos petrolíferos (alínea C) da Especificação*).
- Existe um prédio urbano situado na Praça de XXX, nº XXX, descrito na Conservatória do Registo Predial de Macau sob o nº XXX a fls. XXX do Livro XXX, inscritos na matriz predial sob o nº XXX (*alínea D) da Especificação*).
- Através de escritura pública realizada em 1 de Junho de 2001, a 1ª Ré, sociedade “**B**, Lda.” Declarou vender à 3ª Ré “**D** Lda.”, entre outras, a fracção

“A-17” pelo preço de um milhão e duzentas mil patacas, sendo o seu valor fiscal de dois milhões e trinta e quatro mil e cem patacas; bem como dez oitenta e dois avos da fracção autónoma designada por AR/C do Rés do chão “A” para estacionamento pelo preço de seiscentas mil patacas, sendo o seu valor fiscal de um milhão duzentas mil e oitenta e sete patacas (*alínea E) da Especificação*).

- O notário público que celebrou a escritura que se alude em E) expressamente advertiu os outorgantes nos seguintes termos: *“Adverti o segundo outorgante, na qualidade em que este intervém, de que sobre todas as fracções objecto desta escritura, à excepção da fracção “Ar/c”, está inscrita uma hipoteca voluntária a favor do Banco Tai Fung, SARL com o fundamento de abertura de crédito em concessão de facilidades bancárias gerais, até ao valor global de HKD40,000,000.00, juros e despesas” (alínea F) da Especificação*.
- Através de escritura pública outorgada em 16/8/2001 a 3ª Ré vendeu a fracção “A17”, bem como 1/82 avos da fracção “AR/C” ao 4º Réu, pelo preço, respectivamente de MOP\$1,190,000.00 e de MOP\$60,000.00 (*alínea G) da Especificação*).
- Na Conservatória do Registo Predial, o direito de propriedade sobre a fracção “A17” foi inscrito a favor da 1ª Ré em 11/1/1992; em 21/5/1992 foi inscrito uma hipoteca sobre o mesmo imóvel a favor do “Banco Tai Fung”; em 1/6/2001 o direito de propriedade sobre a mesma fracção foi inscrito a favor da 3ª Ré, em 20/9/2001 o direito de propriedade sobre a fracção foi inscrito a favor do 4ª Réu (*alínea H) da Especificação*).

* * *

Da Base Instrutória

- Em 14 de Agosto de 1992, o 1º Autor **A**, como promitente-comprador, e a 1ª Ré, “**B LIMITADA**”, como promitente-vendedora, celebraram um contrato-promessa de compra e venda sobre a fracção A17 e o parque de estacionamento C38 (correspondente a 1/82 da fracção AR/C) do prédio referido em D), cujos termos constam do documento de fls. 95 e seguintes que aqui se dá por integralmente reproduzido (*Resposta ao quesito 1º*).
- O preço acordado foi de HKD\$5,837,060.00, ou seja, MOP\$6,023,840.00 (*Resposta ao quesito 2º*).
- O **A** pagou a totalidade do preço acordado (*Resposta ao quesito 3º*).
- Tendo entregue à “**C, Lda**”, que deu quitação, e à “**B, Lda**”, que recebeu o pagamento, a quantia acordada por meio de seis cheques no valor de HKD\$583,706.00 em 14/08/1992; HKD\$583,706.00 em 08/01/1994; HKD\$291,853.00 em 10/05/1994; HKD\$3,502,236.00 em 28/07/1995; HKD\$291,853.00 em 29/07/1995; e HKD\$583,706.00 em 29/07/1995 (*Resposta ao quesito 4º*).
- O promitente-comprador **A** para suportar o pagamento do preço dos imóveis pediu um empréstimo ao “Banco Luso, S.A.” prometendo hipotecar a favor do mesmo Banco as fracções referidas em 1) (*Resposta ao quesito 5º*).
- Para isso obteve a concordância da “**B, Lda.**” (*Resposta ao quesito 6º*).

- Para tanto foi celebrado o acordo tripartido de compra e venda, mútuo e hipoteca, cuja cópia consta a fls. 113 e 114 e que aqui se dá por integralmente reproduzido (*Resposta ao quesito 7º*).
- Nos termos desse contrato o promitente-comprador das fracções em causa, **A**, prometeu hipotecar, em simultâneo com a outorga da escritura pública de compra e venda, as fracções autónomas objecto dos respectivos contratos, A17 e C38 a favor do “Banco Luso, S.A.” para garantia a este do reembolso da quantia mutuada de HKD\$3,800,000.00 (*Resposta ao quesito 8º*).
- O respectivo saldo devedor por reembolsar até 17/02/2006, pelo Autor **A** é de HKD\$1,092,711.00 (cfr. fls. 601) (*Resposta ao quesito 9º*).
- No âmbito desse acordo a “**B**, Lda.” Obrigou-se expressamente perante o Autor a só celebrar a escritura pública de venda em simultâneo com aquela hipoteca (*Resposta ao quesito 10º*).
- Para assegurar a boa cobrança do crédito do Banco e o cumprimento das promessa de hipoteca, o devedor e promitente-comprador **A** juntamente com a promitente vendedora **B**, Lda. acordaram ainda com o Banco Luso, S.A. que os direitos resultantes dos contratos-promessa para o **A** ficavam na disponibilidade do “Banco Luso, S.A.” até à celebração da escritura pública de compra e venda e hipoteca (*Resposta ao quesito 11º*).
- E que em caso de incumprimento dos contratos por parte dos promitentes-compradores o “Banco Luso, S.A.” poderia exigir a “**B**, Lda.” a transmissão da titularidade dos imóveis (*Resposta ao quesito 12º*).

- E que só por si o “Banco Luso, S.A.” poderia requerer a execução específica do contrato em caso de incumprimento por parte da “**B, Lda.**” (*Resposta ao quesito 13º*).
- Não foi realizada a escritura da compra e venda das referidas fracções (fracção autónoma e parque) (*Resposta ao quesito 15º*).
- O Autor **A** foi deixando protelar o assunto convencido que cedo ou tarde, consumariam a transferência da propriedade a seu favor (*Resposta ao quesito 16º*).
- A “**B LIMITADA**” havia já transmitido a posse da fracção autónoma e do lugar de estacionamento em causa ao Autor **A**, entregando-lhe as chaves da fracção autónoma e indicando o lugar de estacionamento que este passou logo a utilizar (*Resposta ao quesito 17º*).
- Logo após a celebração do contrato-promessa, procedeu à substituição da fechadura da porta da fracção e mandou instalar uma porta de ferro para garantir a sua segurança (*Resposta ao quesito 18º*).
- Procedeu depois à limpeza e ocupação das mesmas, fazendo os necessários contratos com a SAAM e a CEM, e passando também desde esse momento a assumir o pagamento das despesas de condomínio (*Resposta ao quesito 19º*).
- À vista de todos, sem violência e sem a oposição de ninguém, comportando-se relativamente às respectivas fracções como seu único e verdadeiro proprietário (*Resposta ao quesito 20º*).

- Em finais de 2001, o Autor **A** efectuou diligências e soube que a fracção “A-17” já havia sido vendido pela 1ª Ré à 3ª Ré, e por esta ao 4ª Réu (*Resposta ao quesito 21º*).
- A “**D**, Lda.” nunca pagou qualquer quantia a título de preço à “**B**, Lda.” pelas fracções em causa (*Resposta ao quesito 22º*).
- A “**B**, Lda.” não teve qualquer intenção de vender as fracções em causa (*Resposta ao quesito 23º*).
- A “**B LIMITADA**” tinha conhecimento perfeito sobre a existência do contrato-promessa com o Autor e de que este estava já na posse das fracções como se de seu verdadeiro proprietário se tratasse (*Resposta ao quesito 25º*).
- A “**D**, Lda.” e o **E** nunca se deslocaram ao imóvel antes da compra (*Resposta ao quesito 27º*).
- O valor real das onze fracções autónomas desse edifício, aquando da celebração do contrato a que se alude em E), seria de, pelo menos, o triplo do valor declarado na escritura pública (*Resposta ao quesito 29º*).
- As Rés efectuaram o pagamento do imposto de sisa no próprio dia de celebração da escritura pública (cfr. fls. 123) (*Resposta ao quesito 36º*).
- A 2ª Ré “**C** Consultores, Lda.” serviu apenas de intermediária na venda das fracções em causa (*Resposta ao quesito 38º*).
- A sua actividade foi a de encontrar compradores para as fracções autónomas, redigir contratos promessa, receber os sinais e princípios de pagamento

acordados, emitir os correspondentes recibos e entregá-los à 1ª Ré (*Resposta ao quesito 39º*).

- A 2ª Ré cobrava uma comissão pelo desempenho destas funções (*Resposta ao quesito 40º*).
- As quantias que lhe foram entregues, foram - no, em representação da 1ª Ré e, após o seu recebimento, a Ré “C” fez a entrega das mesmas à 1ª Ré (*Resposta ao quesito 41º*).”

III – FUNDAMENTOS

A- Recurso do despacho saneador na parte respeitante à ilegitimidade

1. Defende a recorrente, 3ª Ré, que os AA. carecem de legitimidade e, ao que parece, ainda que fora do pedido concretamente formulado, também a 1ª ré deve ser considerada parte ilegítima, na medida em que *não se vinculou a qualquer prestação perante os 1º e 2º autores*.

Na contestação que apresentou, esta mesma recorrente, a Ré "Companhia Geral de Material e Comércio de **D** do Município de XXX", arguira a ilegitimidade dos Autores por entender que quanto aos primeiros estes não tem qualquer crédito sobre a 1ª Ré, e quanto à 3ª Autora por entender que a cessão de créditos não se operou por falta de demonstração

da vontade dos cedentes.

2. Não tem razão a recorrente.

Desde logo não pode agora arguir uma ilegitimidade passiva que não invocou na sua contestação.

Em relação à 2ª A. o conhecimento da questão mostra-se prejudicado, face ao despacho de fls 178 que, conhecendo da litispendência, absolveu os RR. da instância, relativamente aos pedidos por aquela formulados na acção.

No que à legitimidade dos 1º e 3º AA. pouco mais há a dizer para além do que foi dito pelo Mmo Juiz recorrido no seu despacho, ora sob apreciação:

Ora, como é sabido a legitimidade afere-se pela relação material controvertida tal como ela é configurada pelo Autor, quando a lei não imponha a intervenção de determinada pessoa - art. 58º do C.P.C..

No caso dos autos, os Autores alegam factos que conferem legitimidade aos Autores para demandar e aos Réus legitimidade para serem demandados. Com efeito, a Ré "C" é demandada porque os Autores entendem que também ela se obrigou pelo contrato promessa celebrado com os Autores. Os Autores demandam por entenderem que são titulares de direitos de crédito sobre as duas primeiras Rés, o que lhes confere legitimidade para arguirem a nulidade dos contratos posteriores celebrados com os

demais Réus.

Assim, os Autores têm um interesse relevante em demandarem os Réus e estes um interesse relevante em contradizerem a pretensão dos Autores. Tanto é o que basta para assegurar a legitimidade das partes. O mais é uma questão de prova que contende com o fundo da questão sub judice.

Nesta conformidade e pelo exposto, o tribunal julga improcedente as invocadas exceções de ilegitimidade dos Autores e da Ré "C".

3. No fundo, o que a recorrente pretende é discutir, em sede da apreciação da legitimidade, enquanto pressuosto processual, a própria relação substancial que se confunde com a procedência ou improcedência da acção.

O legislador de Macau tomou posição expressa sobre essa velha querela, no sentido de a legitimidade das partes se aferir em função da configuração delineada pelo A. Se ele tem ou não razão, se as Rés assumiram ou não os aludidos compromissos, se à A. assiste o direito que se arroga é questão a decidir a final.

Pretende a recorrente extrair dos documentos juntos a reiteração da sua tese. Só que daí nada resulta, à partida, devendo a matéria alegada ser integrada por toda uma actividade probatória que, naquele momento, da prolação do saneador, ainda não se verificara.

A titularidade da relação controvertida resulta bem evidente e mostra-se suficiente o alegado para considerar os AA. em causa como parte legítimas, enquanto alegam serem compradores promitentes de fracções às duas primeiras Rés (artigos 5º, 7º e 8º da p. , entre outros) e mutuário o 1ºA em relação ao 3º A., a quem prometeram hipoteca das fracções aquando da compra por contratos tripartidos entre eles celebrados e a 1ª Ré, donde resulta ser manifesto o interesse e a legitimidade do 3º A. no desfecho da causa, visto o dinheiro emprestado e a necessidade de assegurar as respectivas garantias.

Julgar-se-á, pois, este recurso improcedente.

B- Recurso da sentença proferida

1. São as seguintes as **questões colocadas e que ora importa analisar:**

- Da **simulação** no negócio da compra e venda entre a 1ª e 3ª rés;
- Do **abuso de direito** por parte do 4º Réu;
- Do **direito de retenção** por parte do 1º A. e sua oponibilidade a terceiros;

- Da **execução específica** do contrato promessa

2. O **quadro fáctico** comprovado sobre que importa laborar, esquematicamente, é o seguinte:

a) Em 1992, o 1º A. promete comprar às 1ª e 2ª RR a fracção A-17 e 1 parque de estacionamento.

b) Paga a totalidade do preço com dinheiro que pede emprestado ao 3º A. e toma logo a posse da coisa, prometendo hipotecar ao Banco a coisa quando adquirida.

c) Em Junho de 2001, a 1ª Ré vende por escritura pública, à 3ª Ré a dita fracção.

d) Em Agosto de 2001, a 3ª Ré vende-a ao 4º Réu.

3. O **pedido formulado na acção** traduzia-se (atenta-se apenas na parte pertinente ao 1º A., vista a absolvição da instância que sobreveio nos autos e a que já se fez referência em relação aos pedidos da 2ª A.):

- ser julgada nula por simulação a venda referida em C) supra;

- serem cancelados os registos de aquisição efectuados na sequência dessa venda;

Subsidiariamente

- No caso de se julgar improcedente a simulação, ser julgado procedente o pedido de impugnação pauliana das transmissões referidas em c) e d) supra e restituída a fracção ao património da 1ª Ré;

Em qualquer caso

- julgar incumprido o contrato referido em a) supra por banda das duas 1ªs Rés e executando-o especificamente considerar transmitida a coisa ao 1º A. com constituição de hipoteca a favor do 3º A.

- condenar-se a 1ª ré no pagamento das despesas relacionadas com a expurgação da hipoteca e ónus incidentes sobre a fracção;

Subsidiariamente e apenas no caso de nenhum dos pedidos anteriores ser procedente

- resolvido o contrato-promessa referido em a) com condenação da 1ª Ré no dobro do sinal;

- condenar a 1ª Ré a pagar ao 3º A o capital mutuado e ainda não amortizado;

- a pagar ao 1º A o remanescente ainda em dívida ao 3º A. Banco Luso;

- E em qualquer das alternativas acima referidas;

- ser reconhecido o direito de retenção ao 1º A. sobre a fracção e parque de estacionamento referidos

- bem como no pagamento das custas e condigna procuradoria

4. Síntese da posição do Mmo Juiz recorrido

Em face da matéria que vem provada o Mmo Juiz a quo entendeu que lhe parecia haver uma simulação, mas face à sua inoponibilidade a terceiros de boa-fé e, assim, em relação ao 4º Réu, afastou a sua subsunção no presente caso, acabando por concluir

“(…) Ora, no caso, perante os factos assentes acima alinhados, parece que pode concluir-se pela simulação do negócio entre a 1ª Ré e a 3ª Ré, nós dizemos que “parece”, porque há factos demonstrativos de tal possibilidade, só que tais factos não são convincentes, visto que a 1ª Ré transmitiu a propriedade de algumas fracções (repare-se, não só a do Autor, mas também de outras, aliás, todas as que a 1ª Ré titulava na altura) para a 3ª Ré, não por motivo de “doação” ou oferta, mas é para cumprir uma obrigação já judicial reconhecida, ou seja, confirmada pela sentença proferida por um tribunal de RPC (fls. 402 a 408), que condenou a 1ª Ré a devolver as quantias emprestadas pela 3ª Ré por nulidade do contrato de mútuo entre elas celebrado, pelo que, na transacção referida nestes autos, não há entrega de “preço”, porque a transmissão da propriedade visava compensar as dívidas que a 1ª Ré tinha para com a 3ª Ré, já que aquela não tinha “cash” para cumprir a obrigação, e não para fugir às dívidas! Muito menos para enganar os credores!

Mas independente destas considerações, é de realçar que, face aos termos

pelos quais foi proposta esta acção e aos pedidos formulados, esta questão acaba por ser uma “questão falsa”, ou, pelo menos, uma “questão inútil”, porque o imóvel já entrou definitivamente no domínio de uma terceira pessoa.

Nestes termos, o negócio não é oponível a terceiros de boa fé...”

5. Síntese da posição do recorrente

Discorda o 1º A. da decisão que declarou resolvido o contrato entre o 1º A e a 1ª ré, por culpa exclusiva desta última e que a condenou a pagar ao 1º A. o dobro do sinal, descontado o capital mutuado ainda não amortizado, a entregar-se ao 3º A., o referido Banco e que julgou improcedentes os demais pedidos dos AA, com absolvição dos pedidos dos restantes Réus.

Continua a pugnar pela nulidade dos negócios entre a 1ª Ré e a 3ª Ré e entre esta e o 4º R., reafirmando a simulação do negócio entre os primeiros.

6. Síntese da posição do recorrido

O 4º Réu, interessado na manutenção do decidido, pois é essa solução que deixa intocada a sua aquisição sobre a fracção em causa, nas suas contra-alegações, defende que a matéria de facto apurada não permite concluir sequer pela existência de uma simulação.

7. Da simulação

7.1. Vejamos então esta questão.

Estabelece o art. 232º do CC:

“1. Se, por acordo entre declarante e declaratário, e no intuito de enganar terceiros, houver divergência entre a declaração negocial e a vontade real do declarante, o negócio diz-se simulado.

2. O negócio simulado é nulo”.

A simulação consiste, em suma, numa divergência entre a vontade real e a vontade declarada, resultante de um acordo entre declarante e declaratário ou qualquer interessado no negócio no intuito de enganar terceiros, dando-se o nome ao acordo referido de «*pactum simulationis*» ou acordo simulatório¹

São seus elementos essenciais:

- Intencionalidade da divergência;
- Acordo entre o declarante e o declaratário «*pactum simulationis*»;
- Intenção de enganar terceiros ou o chamado «*animus*

¹ - Castro Mendes, Teoria Geral, vol. II, ed. A.A.F.D.L., Reimpr., 148

decipiendi»².

De facto e ao contrário do que acontecia no Código anterior, não é agora exigível o chamado «*animus nocendi*» ou seja, o intuito de prejudicar terceiros ilicitamente ou de contornar qualquer norma da lei.

7.2. Projectando este enquadramento nos factos que vêm provados, se se pode verificar a divergência entre a vontade real e a vontade declarada pelas 1ª e 3ª RR. na escritura de compra e venda, pois dali se extrai que não houve lugar ao pagamento do preço declarado como contrapartida da transmissão dos bens imóveis objecto da escritura, elemento essencial ao negócio de compra e venda, já dos mesmos **não se pode concluir** que a 1ª e 3ª RR. **fizeram um acordo** nesse sentido.

Na verdade, só a 1ª R. "B, Lda." sabia do contrato-promessa - ou pelo menos foi isso apenas que se provou – relativo à venda dos imóveis que havia feito ao A. A, do contrato tripartido que havia celebrado com o mesmo e com o 3º A., "Banco Luso, SA", que dos mesmos nessa altura havia feito "*traditio* e que havia recebido a totalidade do preço.

Um negócio de transmissão, como é uma compra e venda, ainda que não haja lugar ao pagamento de preço, não deixa de ser oneroso se tal transmissão se destine a fazer extinguir uma dívida do transmitente

² - Mota Pinto, Teoria Geral, 3ª ed. 472

para com o transmissário. Daí na sentença, se fazer referência que a 1ª R. transmitiu as fracções à 3ª R. para cumprir uma obrigação já judicialmente reconhecida e confirmada por sentença proferida por um tribunal da RPC, e que, assim, com o negócio de compra e venda que tem por objecto tais fracções a 1ª e 3ª RR. visavam o cumprimento de uma obrigação e não esvaziar o património da 1ª R. para que esta ficasse colocada em situação de não poder cumprir as dívidas que tinha para com outros credores (*fls. 104 da sentença*), como alegado pelos RR., para prova do intuito real que tiveram com o negócio, e que não lograram provar (factos dos quesitos 42º, 43º, 44º e 45º).

7.3. O ónus da prova sobre o intuito das partes de enganar terceiros com a celebração de tal negócio recaía sobre os AA. e esse requisito da simulação não deve ser presumido, antes cabendo aos AA. prová-lo.

Relativamente à advertência da existência de hipoteca sobre os imóveis feita pelo notário na escritura, ela não é indiciadora de simulação - como o A. e ora recorrente pretende, já que resulta de um dever de esclarecimento sobre os ónus e encargos incidentes sobre os bens a transmitir.

7.4. Realça-se que os seguintes factos que poderiam ser

relevantes para a integração da simulação foram dados como não provados:

- A "**B, Lda.**" (...) e a "**D, Lda.**" quiseram em conjugação de intentos, lesar e enganar o Autor e os outros eventuais credores da sociedade, visando apenas esvaziar a sociedade do seu património social (Quesito 24º).

- A (...) "**D, Lda.**" tinha conhecimento perfeito sobre a existência do contrato promessa com o Autor e de que este estava já na posse das fracções como se de seu verdadeiro proprietário se tratasse (Quesito 25º, só parcialmente provado no que respeita à "**B, Lda.**")

- Os sócios e administradores da 1ª Ré "**B, Lda.**" e os da 3ª R. "**D, Lda.**" são do mesmo grupo empresarial da R.P.C. pertencendo ao mesmo grupo de investidores chineses e da mesma cidade chinesa de XXX (Quesito 26º).

7.5. Somos assim a concluir que o pedido de declaração de nulidade com fundamento em simulação do negócio de compra e venda celebrado entre a 1ª e a 3ª RR., **por falta do pactum smulationis e do animus decipiendi** devia, desde logo, por estas razões, ter soçobrado.

7.6. Em todo o caso, sempre seria de afastar, pelas razões aduzidas na sentença recorrida.

É que o art. 235º do Código Civil de Macau, a propósito da

inoponibilidade da simulação a terceiros de boa fé dispõe:

“1. A nulidade proveniente da simulação não pode ser arguida contra terceiro de boa fé que do titular aparente adquiriu direitos sobre o bem que foi objecto do negócio simulado.

2. A boa fé consiste na ignorância da simulação ao tempo em que foram constituídos os respectivos direitos.

3. Considera-se sempre de má fé o terceiro que adquiriu o direito posteriormente ao registo da acção de simulação, quando a este haja lugar.”

7.7. Ainda que os AA. houvessem logrado provar a simulação, dos factos provados nenhum consta em que se verifique que o 4º R. sabia da simulação ao tempo em que foram constituídos os respectivos direitos.

E não se venha dizer, como o faz em alegações de recurso o recorrente A, que os factos provados de que:

- *existe uma hipoteca inscrita sobre essa e outras fracções do prédio a favor do "Banco Tai Fung";*

- *o valor real das onze fracções objecto da escritura da 1ª para a 3ª R. é de, pelo menos, o triplo do valor declarado na escritura pública (facto que sequer tem a ver com o 4º R.);*

- *Que a 3ª e o 4ª RR. nunca se deslocaram ao imóvel antes da compra,*

Ou o facto não provado - o que significa, que não se logrou provar, não que esteja provado o contrário- de que:

- *O 4º R. declarou que os bens lhe foram transmitidos livres e desonerados porque a sociedade 1ª R. se obrigou a fazer extinguir, em curto prazo, o ónus hipotecário que sobre eles incidia,*

Não conduzem a que se possa concluir no sentido que o 4º R. agiu com má-fé.

Esta questão foi apreciada pelo Mmo Juiz donde não se poder dizer que houve omissão de pronúncia.

7.8. Acresce que o pedido feito pelos AA. resume-se a julgar-se nulo por simulação o negócio de compra e venda da fracção "A17", 1/82 da fracção "Ar/c" (e "B15" que agora já não interessa) entre a 1ª e a 3ª R., formalizado por escritura pública de 01.06.2001, a fls. XXX e ss. do Livro XXX do Notário Privado J.

A nulidade do negócio proveniente da simulação tem de ser arguida pela parte a quem aproveita, sob pena de não poder ser apreciada.

A nulidade proveniente da simulação só pode ser arguida contra terceiro de má fé, portanto é pressuposto de tal oponibilidade que se verifique a nulidade por simulação do negócio pelo qual o titular aparente

adquiriu direitos sobre o bem que posteriormente transmitiu ao terceiro, depois, é ainda necessário que o adquirente esteja de má fé, isto é, que tivesse conhecimento da simulação ao tempo da aquisição, o que não deixa de resultar da interpretação do art. 235º do CC.

Assim se afasta a possibilidade de atender a este concreto pedido formulado pelos AA.

8. Do abuso de direito por banda do 4º Réu

8.1. Insiste o recorrente e procura sancionar a conduta do 4º R. Por eventual abuso de direito

Para tanto, diz que o 4º R. celebrou a escritura sem qualquer prévia redução a promessa contratual, por um preço declarado inferior ao valor real de mercado, ao valor tributário e aos valores declarados para as anteriores vendas da fracção, sem, a diligência mínima de se deslocar ao imóvel antes da compra, donde ter actuado com abuso de direito.

8.2. Desde logo se anota que o primeiro daqueles factos - falta de contrato promessa, de qualquer modo, irrelevante - não foi invocado no articulado dos AA.

8.3. Nos termos do artigo 326º do Código Civil

“É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.”

8.4. Independentemente da identificação do direito que se pretende exercido em abuso - admite-se que seja o da propriedade do 4º R. e consolidação desta sobre a coisa ou coisas em litígio - , não se percebe como tal abuso pode justificar um pedido de declaração de nulidade da compra feita pelo 4º R..

Se o abuso se traduziu na aquisição da coisa para prejudicar terceiros, que neste caso seriam os AA., havia que imputar algum vício a essa mesma aquisição.

O princípio do dispositivo, consagrado no artigo 3º do CPC, impõe que a parte alegue os factos que integram a causa de pedir.

Ora, no presente caso nem sequer o pedido que se pretende procedente foi formulado, nunca tendo sido pedida a declaração de nulidade do negócio de compra e venda, pelo qual o 4º R. adquiriu a fracção,

Não se acolhe o desiderato do recorrente de, através de uma nova causa de pedir - o abuso de direito -, em sede de alegações de recurso,

de considerar procedente tal pedido, sem que a parte tenha tido a possibilidade de sobre ela se pronunciar.

8.5. Como dizem P. de Lima e A. Varela, com base no abuso do direito, *o lesado pode requerer o exercício moderado, equilibrado, lógico, racional do direito que a lei confere a outrem; o que não pode é, com base no instituto, requerer que o direito não seja reconhecido ao titular, que este seja inteiramente despojado dele.*³

Ou, como diz Oliveira Ascensão, *de facto, para haver abuso tem de se ter direito, apenas não se pode exercê-lo assim.*⁴

Ora, o que o recorrente pretende é, por via de um alegado abuso de direito que só agora invoca, a extinção desse direito. É verdade que as consequências do exercício inadmissível são as mais variadas, podendo obrigar a indemnizar, originar a legítima defesa, a acção directa, oposição ao acto abusivo, excepção de não cumprimento, reconstituição da situação alterada, fora da invocação de perdas e danos, etc.⁵

Mas se se levar ao ponto de admitir a própria supressão do direito, parece que esse fundamento deve também servir para pôr em crise o acto de aquisição, sendo o vício original, e o certo é que o recorrente o

³ - Pires de Lima e A. Varela CCA, com. ao art. 334º

⁴ - DCTG, III, 2002, 282

⁵ - Oliveira Ascensão, DCTG, III, 2002, 280

não faz, podendo, face ao alegado, fazê-lo.

8.6. Somos deste modo a concluir que a concretização da causa que conduz à supressão dos direitos sobre os referidos imóveis da esfera jurídica do 4º R. deve ser encontrada noutro fundamento, que não no pretenso abuso de direito.

8.7. Do conhecimento oficioso ou não do abuso de direito

Mas sobre esta matéria há ainda outro problema. Aliás, muito bem suscitado em sede de contra-alegações.

O recorrente não invocou este abuso de direito no seu articulado. Sá agora o faz, dizendo que o Tribunal não conheceu da questão.

Põe-se o problema de saber se o conhecimento do abuso de direito é de conhecimento oficioso.

Não é este o momento próprio para dissertar sobre o assunto.

Muito sumariamente, na linha da melhor doutrina e Jurisprudência, dir-se-á que o abuso de direito é de conhecimento oficioso quando choque com regras de interesse e ordem pública, nomeadamente quando estejam em causa interesses relacionados com os bons costumes e até com o fim económico e social do direito.

Já não assim quando o que estiver primacialmente em causa seja interesses das partes, direitos de uns contra os interesses de outros, o que sobreleva em situações de má-fé. Neste casos chocaria que a matéria fosse de conhecimento officioso.⁶ E a situação dos autos parece poder enquadrar-se aqui.

Donde o abuso de direito dever ter sido oportunamente invocado pelas partes na acção.

9. Da possibilidade de protecção do 1º A. e dopromitente comprador, com traditio e pagamento do preço

Ficarão então os AA. sem protecção, tendo celebrado o contrato promessa, tomado posse da casa, comportando-se como seus donos, pagando a totalidade do preço, mantendo-se como senhores da coisa por mais de 10 anos ?

O Mmo. Juiz a *quo* alicerçou-se na eficácia relativa do contrato promessa, celebrado entre o aqui Recorrente e a 1ª Ré, para concluir que não é viável o funcionamento do instituto da execução específica no caso *sub judice*.

Isto porque não encontrou em toda a matéria alegada nos autos

⁶ - Sobre a matéria e reporte de uma resenha da posição de Vaz Serra e diferentes arestos do STJ, cfr.

Oliveira Ascensão, ob. cit., 282 e segs.

qualquer simulação nem qualquer negócio nulo, e nessa perspectiva, e de acordo com tais conclusões, certo seria, efectivamente, não ser possível a execução específica do contrato promessa em causa neste processo.

O Mmo Juiz entendeu que a protecção que era devida aos AA. devia operar por via das sanções do incumprimento do contrato promessa, condenando os vendedores ao pagamento do dobro do sinal, basicamente com o raciocínio de que as sucessivas transmissões do dono da coisa para terceiros, não havendo fundamento para serem impugnadas, obviavam a outra solução, nomeadamente se opunham a protecção dos promitentes compradores que teriam apenas um direito de natureza obrigacional, impedindo a activação da execução específica do contrato a favor dos promitentes adquirentes.

Importa apreciar do acerto desta solução.

10. Do direito de retenção

10.1. A situação em apreço, configura e confere uma protecção particular aos promitentes compradores, nas situações como a que vem concretamente comprovada e que decorre da existência de uma garantia de natureza real decorrente do **direito de retenção**.

O direito de retenção é um **direito real de garantia** que confere

a faculdade de alguém reter ou não restituir uma coisa alheia que possui ou detém até ser pago do que é devido pelo respectivo proprietário por causa dessa coisa, correspondente ao artigo 744º do CC.

O artigo 745º, n.º 1, f) do CC estatui:

"O beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento Imputável à outra parte, nos termos do art. 436".

Tal direito tem uma natureza e função específica, mas não pode ter a virtualidade de operar efeitos que a sua natureza não comporta.

A sua função é uma função de garantia. Garantia, atribuindo-se ao retentor faculdades de realização pecuniária nos termos do credor hipotecário, tratando-se de coisas imóveis, e a sua tónica real significa que pode ser actuado onde quer que a coisa se encontre, incluindo nas mãos de terceiros, nos termos geris dos direitos reais, dada a *inerência* que os caracteriza.⁷

O direito de retenção pressupõe que aquele que retem tenha um crédito sobre outrem, por causa da coisa retida, mas não deixa de estar obrigado à entrega quando o seu crédito for satisfeito.⁸

⁷ - Menezes Cordeiro, Dtos Reais, 1979, 771

⁸ - Oliveira Ascensão, Dto Civil, Reais, 1993, 552

Esse crédito, pelo incumprimento, no caso do contrato-promessa de compra e venda, pode ser, v.g., o dobro do sinal, ou o valor da coisa, determinado objectivamente à data do incumprimento, acrescido do sinal e da parte do preço que tenha pago, ou, se houver convenção de indemnização pelo incumprimento, o que se achar estabelecido nos termos do convencionado.

O direito de retenção destina-se, não a proporcionar o gozo ou a fruição da coisa ao titular desse direito, mas a permitir-lhe apenas a execução da coisa retida e o pagamento sobre o valor dela com preferência sobre os demais credores.⁹

Donde se pode concluir que o direito à retenção não confere mais do que esse poder; o de reter e se fazer pagar pela coisa para garantia do seu crédito. Com ele não se transmite *ipso jure* qualquer direito de propriedade sobre a coisa.

10.2. Do contrato celebrado ao tempo da lei velha e consagração do direito de retenção tanto no CC pré-vigente, como no actual

Embora só com a entrada em vigor do novo CC de Macau se consagrasse expressamente este direito ao promitente comprador, já anteriormente, por via jurisprudencial e doutrinário, se adoptava o

⁹ - A. Varela, RLJ, 119º, 204

entendimento que ia no sentido de se considerar consagrado esse direito.¹⁰

Assim, o 1º Autor detém licitamente as fracções por lhes terem sido entregues pela promitente-vendedora antes da definitiva consumação do contrato de compra e venda.

10.3. Quanto ao período anteriormente à vigência do novo Código sempre se podiam alinhar as seguintes reflexões. (As referências aos normativos actuais têm assento normativo similar no Código pré vigente e vice-versa).

A tradição da coisa, por via do contrato-promessa de compra e venda, para o promitente-comprador, confere a este o acesso à tutela possessória, desde que aquela tradição seja seguida da prática, por aquele, de actos próprios de quem age em nome próprio, na esteira de Pires de Lima e Antunes Varela, *o contrato promessa, com efeito, não é susceptível de, só por si, transmitir a posse ao promitente - comprador. Se este obtém a entrega da coisa antes da celebração do negócio translativo, adquire o "corpus" possessório, mas não assume o "animus possidendi", ficando, pois, na situação de mero detentor ou possuidor precário.*¹¹

Porém, como defende o Prof. Antunes Varela, casos há em que a

¹⁰ - No ac. deste Tribunal, proc. 409/2007, faz-se uma resenha doutrinária e jurisprudencial do reconhecimento do direito de retenção como garantia real a c reconhecer ao promitente comprador, com *traditio*

¹¹ - Cód. Civil Anotado, Vol. III, 2ª ed., pg. 6, e A. Varela na R.L.J., Ano 124, pg. 348

posição jurídica do promitente-comprador preenche os requisitos de uma verdadeira posse. Como exemplo, é indicada a situação em que com a entrega da coisa o preço é pago na totalidade.

Mas, outros casos há em que a tradição da coisa é seguida da prática de actos, pelo promitente - comprador, próprios de quem age em seu nome, e não em nome do promitente-vendedor.

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

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

Esta situação é diferente daquela em que a qualidade de promitente-comprador, se verifica sem *traditio*, e que integra tão somente um direito de crédito a concretizar pelo promitente vendedor, que fica por essa via obrigado a vender-lhe a coisa prometida – cfr. art. 407º, n.º1 e 820º, n.º2 do CC -, na esteira do entendimento de Pires de

Lima e Antunes Varela¹², o contrato-promessa não é susceptível, só por si, de transmitir a posse ao promitente-comprador, já que este, mesmo obtendo a entrega da coisa antes da celebração do negócio translativo, só adquire o *corpus* possessório mas não o *animus possidendi*, ficando, pois, na situação de mero detentor ou possuidor precário.¹³

Também outros autores defendiam não ser admissível a posse nos direitos reais de garantia, entre eles o direito de retenção sobre a coisa que é objecto do contrato-promessa.¹⁴

E parte da jurisprudência também vinha defendendo, até uma determinada altura, que o promitente-comprador, titular do direito de retenção sobre a coisa que lhe foi antecipadamente entregue, não podia deduzir embargos de terceiro.¹⁵

Porém, opinião diferente tinha Vaz Serra¹⁶, para quem o promitente-comprador que toma conta do prédio e pratica actos correspondentes ao exercício do direito de propriedade, sem que o faça

¹² - Código Civil Anotado, volume III, 2. edição, 6

¹³ - R.L.J. 124, páginas 347 e 348

¹⁴ - Mota Pinto, Dtos Reais, 1971, 196 e Henrique Mesquita, Direitos Reais, edição de 1967, 80

¹⁵ - Entre outros, os acórdãos do S.T.J. de 28 de Novembro de 1975, 29 de Janeiro de 1980, 31 de Março de 1993, 23 de Janeiro de 1996, in, respectivamente, R.L.J. 109, página 334, R.L.J. 114, página 17, C.J. do Supremo, 1993, Tomo II, 44, C.J. do Supremo 1996, Tomo, página 70

¹⁶ - R.L.J. 109, páginas 347 e seguintes e 114, páginas 20 e seguintes

por uma tolerância do promitente-vendedor, mas com a intenção de agir em seu próprio nome, passando a agir como se a coisa já fora sua, embora ainda a não tenha comprado, pratica actos possessórios sobre a coisa e com o *animus* de exercer em seu nome o direito de propriedade; daí o gozar dos meios possessórios que a lei reconhece ao possuidor para defesa da posse, com os embargos de terceiro, e, assim, a penhora da coisa em execução contra o promitente-vendedor autoriza o promitente-comprador a deduzir tais embargos de terceiro; no caso de antecipação da entrega da coisa, as partes, além do contrato-promessa, terão celebrado outro contrato inominado susceptível de protecção possessória, através do qual os promitentes-vendedores concederam aos promitentes-compradores o direito ao uso e fruição da coisa até à conclusão do contrato prometido ou resolução do contrato-promessa.

Por seu turno, Orlando de Carvalho¹⁷ sustenta que pode haver posse em certos direitos reais de garantia, como o direito de penhor e o direito de retenção, que conferem poderes de facto sobre a coisa, dado que a lei estabelece que o credor pignoratício tem o direito de usar, em relação à coisa empenhada, das acções destinadas à defesa da posse, ainda que seja contra o próprio dono (artigo 666º, alínea a), o que também valia, por força dos artigos 748º e 749º, n.º 3 do Código Civil, para o titular do direito de retenção.

¹⁷ - R.L.J. 122, página 106

Finalmente, J. Calvão da Silva¹⁸ refere que para se saber se houve posse ou mera detenção no poder de facto do promitente-comprador sobre a coisa objecto do contrato prometido, que lhe foi entregue antecipadamente, tudo depende do *animus* que acompanhe o *corpus*, isto é, se o promitente-comprador tiver *animus possidendi*, o que não é de excluir *a priori*, será possuidor, situação que pode ocorrer nos termos da alínea b) do artigo 1187º do Código Civil (v.g. o promitente-vendedor diz ao promitente-comprador que pode entrar para a casa e proceder como proprietário desde logo, como se ela fosse desde já sua, passando ele a actuar com *animus rem sibi habendi*, ou originariamente, nos termos da alínea a) do mesmo artigo 1187º), mas, se tiver *animus detinendi*, será detentor ou possuidor precário; e acrescenta que, em todos os casos de tradição da coisa para o promitente-comprador, a ocupação, uso e fruição da coisa por este é lícita e legítima, até à resolução do contrato-promessa ou celebração do contrato prometido, porque se constitui uma relação jurídica obrigacional que confere ao promitente comprador o direito relativo de ocupar, usar e fruir a coisa até uma daquelas duas referidas situações, seja qual for a classificação dada a essa relação jurídica; e certo é que o facto de o promitente-comprador gozar do direito de retenção da coisa é irrelevante para a questão de saber se houve posse ou mera detenção.

¹⁸ - Sinal e Contrato-Promessa, 112

Pelo que toca à Jurisprudência, parece poder concluir-se pela tendência no sentido de que o promitente-comprador, tendo havido tradição da coisa, é um verdadeiro possuidor e não um mero detentor, ou pelo menos que, como titular do direito de retenção, goza de tutela possessória e por isso até pode embargar de terceiro.¹⁹

E não se deixa de registar que o entendimento acima explanado já era acolhido nos Tribunais de Macau²⁰

10. 4. Das consequências do reconhecimento de um direito de retenção quanto à pretensão do A.

Posto isto, nos termos acima vistos a natureza de um verdadeiro real de garantia confere a possibilidade de oponibilidade não só contra o transmitente como contra terceiros de boa-fé, face ao disposto nos artigos 744º e 749º, ambos do Código Civil.

¹⁹ - Entre outros, os acórdãos do S.T.J. de 18 de Novembro de 1982, 4 de Dezembro de 1984, 25 de Fevereiro de 1986, 16 de Maio de 1989, 22 de Junho de 1989, 21 de Fevereiro de 1991, 7 de Março de 1991, in, respectivamente, B.M.J. 321, página 387, 342, página 347, 354, página 549, 387, página 579, 388, página 437, 404, página 465, 405, página 456.

Cfr. ainda acs. deste TSI, procs. 246/2002 e 247/2002, de 27/2/03 e de 13/3/03

²⁰ - Cfr. Proc. 195/2004, deste TSI, de 2/12/2004 e Ac. de 15/2/95 do então TSJ, in Tribunal Superior de Justiça de Macau – Jurisprudência, 1995, I Tomo, pags. 102 e segs, entre outros

Mas como vimos, apenas dentro dos limites e conteúdo desse direito.

Como diz Henrique Mesquita²¹ “*A circunstância, porém, de o credor não poder proceder directa e autonomamente à alienação do objecto de garantia não impede a conceituação do seu direito como um verdadeiro jus in re. A finalidade precípua de tal direito (a soberania que confere) é a realização, pelo titular, de certo valor pecuniário à custa da coisa sobre que incide.*

(...)

Pelo facto de se constituir um direito real limitado, o proprietário da coisa não fica impedido de o alienar; mas o titular daquele direito poderá fazê-lo valer contra o subadquirente. Ele tem sobre a coisa o chamado poder de sequela.

O poder de sequela (ou de seguimento) existe em todos os direitos reais.

O titular de qualquer jus in re, sempre que a coisa que constitui o respectivo objecto se encontra sob o domínio de um terceiro, pode actuar sobre ela - pode segui-la - na medida necessária ao exercício do seu direito.

(...) *como destinar-se a possibilitar o exercício do direito em*

²¹ - Obrigações Reais e Ónus Reais, 77 e segs

caso de transmissão, pela titular do jus disponendi, da coisa sobre que o direito incide... o direito real do credor hipotecário ou do proprietário dominante segue a coisa, isto é, pode ser exercido em face do novo proprietário.

Do que se trata, aqui, não é de defender o direito de hipoteca ou o de servidão contra uma agressão cometida por terceiro (a alienação do prédio é lícita), mas de os fazer valer contra subadquirente".

Estamos em condições de constatar que, não obstante se reconheça o direito de retenção ao A., esse direito não contém a virtualidade de operar a transferência da propriedade sobre a coisa.

E disso mesmo tiveram consciência os AA, que se viram na necessidade de invocar uma pretensa nulidade das transmissões efectuadas pela promitente vendedor, no caso, a 1ª ré.

Só assim, para além de reter legitimamente a coisa, podia o 1º A. fazer actuar a execução específica, face ao incumprimento do promitente vendedor.

Mas, como acima visto, não se vislumbrou fundamento para anulação ou declaração de nulidade das transmissões subsequentes ao contrato promessa.

Até porque o primeiro objectivo do A. era fazer reconhecer o seu

direito de propriedade sobre a coisa ou coisas prometidas vender, face ao incumprimento da 1ª Ré, promitente vendedora, por via da execução específica.

10.5. A pretensão do A. esbarra com a tutela dos terceiros adquirentes de boa-fé.

É certo que o A. tem a posse e o direito de retenção.

O direito de retenção não serve para adquirir a coisa, mas para garantir o seu direito de crédito.

Quanto à posse, agindo ele com o *corpus* e com o *animus*, por via da usucapião, sendo essa a forma mais nobre e mais forte de aquisição da propriedade, inexplicavelmente, não vem ela invocada.

Se tal viesse invocado, o direito do A, vista a aquisição originária, não deixaria de estar protegido contra um qualquer registo prévio do titular do direito, sendo que é aqui a posse que vai tutelar e dar prevalência aos direitos conflituantes.

Não resulta da matéria provada que o 4º Ré tenha agido de má-fé.

Quanto ao facto de ele dever ter ido ao local onde a fracção se situava, antes de fazer o negócio, e informar-se do estado da coisa, tal não se mostra decisivo, bem podendo acontecer que aí se defrontasse

com o imóvel ocupado a título de arrendamento, ou fechado, situações em que essa actividade inspectiva em nada resultaria.

O 4º adquiriu por escritura de compra e venda a fracção em causa e essa aquisição mostra-se registada na Conservatória a seu favor, como resulta de fls 59 dos autos.

Esse 4º R., **E** apresenta-se assim como titular do direito de propriedade, mostrando-se a sua aquisição titulada, registada e nada denotando que tenha agido de má-fé.

Nos termos do artigo 5º e 7º do CRP presume-se o titular inscrito titular do direito, oponível a terceiros, e, tal como visto, o direito que se lhe pretende opor – o direito de retenção - não tem força bastante para o afastar, enquanto reconhecimento da titularidade do direito de propriedade.

11. Da possibilidade de fazer actuar a execução específica a favor do A.

11.1. Mas não será que por via do direito à execução específica do contrato promessa não será possível fazer caducar o direito do terceiro adquirente?

Dispõe o artigo 820º do CC:

“1. Se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a

promessa, pode a outra parte, na falta de convenção em contrário, obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso, sempre que a isso se não oponha a natureza da obrigação assumida.

2. Para efeitos do número anterior, a simples existência de sinal prestado no contrato-promessa, ou a fixação de pena para o caso do não cumprimento deste, não é entendida como convenção em contrário e, ainda que tenha havido convenção em contrário, o promitente-adquirente, relativamente a promessa de transmissão ou constituição onerosas de direito real sobre prédio ou fracção autónoma dele, goza do direito à execução específica, contanto que tenha havido a seu favor tradição da coisa objecto do contrato.

3. A requerimento do faltoso, a sentença que produza os efeitos da sua declaração negocial pode ordenar a modificação do contrato nos termos do artigo 431º

4. Tratando-se de promessa, sujeita a execução específica, relativa à celebração de contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre prédio, ou fracção autónoma dele, sobre que recaia hipoteca, pode o promitente-adquirente, para o efeito de expurgação da hipoteca, requerer que a sentença referida no nº 1 condene também o promitente faltoso a entregar-lhe o montante do débito garantido, ou o valor nele correspondente à fracção objecto do contrato, e dos juros respectivos, vencidos e vincendos, até integral pagamento.

5. O disposto no número anterior só se aplica, porém, se:

a) A hipoteca tiver sido constituída posteriormente à celebração da promessa;

b) A hipoteca tiver sido constituída para garantia de um débito do promitente faltoso a terceiro, pelo qual o promitente-adquirente não seja

corresponsável; e

c) A extinção da hipoteca não preceder a mencionada transmissão ou constituição, nem coincidir com esta.

6. Tratando-se de contrato em que ao obrigado seja lícito invocar a excepção de não cumprimento, a acção improcede, se o requerente não consignar em depósito a sua prestação no prazo que lhe for fixado pelo tribunal.

A matéria que vem comprovada não suporta os requisitos indispensáveis à efectivação da execução específica pela razão simples de que a coisa a transmitir já não está na posse e titularidade do promitente transmitente.

Como é possível fazer substituir a declaração de venda de alguém que já não é senhor da coisa, dela já não dispõe. Era como se por vis da sentença se estivesse a proceder á venda de coisa alheia.

A doutrina é unânime no sentido de não ser possível efectivar a execução específica quando o promitente vendedor entretanto já transmitiu a outrem a coisa prometida vender.²²

Vendida a terceira pessoa um imóvel objecto de contrato promessa de compra e venda, sem eficácia real, torna-se impossível a sua

²² - AC. 4/98, do STJ, DR de 18/Dez./98; Calvão da Silva, Sinal e Contrato-Promessa, 2002, 9ª ed., 150 e segs.

execução específica,²³ a não ser que o terceiro adquirente esteja de má fé.²⁴

Nem sequer ficcionando uma retroactividade da transmissão por via de prolação de uma sentença que operasse a execução específica do contrato é possível fazer prevalecer o direito do 1º A., pois que ao tempo do pedido formulado na acção já se tinham operado as transmissões que se pretendem pôr em crise por via da presente acção, importando não esquecer que o registo da acção de execução específica não se verificou, muito menos antes do registo da aquisição do direito de propriedade por parte do 4º R.

Acresce que só se ao contrato promessa fosse atribuída eficácia real seria possível opor a prevalência do promitente comprador a terceiro adquirente mesmo de boa-fé, visto o disposto no art. 407º, n.º 1 do CC.²⁵

Donde se conclui não ser possível fazer actuar a execução específica.

12. Resta assim, face às limitações do pedido que vem

²³ - Mota Pinto, CJ, 1985, 3º, 39

²⁴ - Vaz Serra, RLJ, 115, 209

²⁵ - Oliveira Ascensão, ob. cit., 563

formulado, tal como fixado na sentença, ressarcir o 1º A. promitente comprador por via obrigacional.

Reconhece-lhe o **direito de retenção** da coisa, direito este oponível ao 4º R., até ao pagamento e satisfação do seu crédito derivado do aludido contrato-promessa e por causa da coisa objecto do negócio.

O direito real de garantia é isso mesmo: garantir o crédito a favor do seu titular mesmo contra outros potenciais adquirentes da coisa possuída.

Estamos assim a entrar na linha que conduzirá à solução jurídica do presente caso e que passa por confirmar a e ratificar a solução preconizada na 1ª instância e que se tem, face às limitações do pedido, como a solução juridicamente possível, ainda que com algum sacrifício das aspirações do promitente comprador.

Mas a vida negocial tem os seus riscos e as partes contratantes, quando negoceiam, devem reunir-se das maiores cautelas, que, no caso, a terem sido tomadas evitariam este desfecho.

Reconhece-se que a expectativa do promitente comprador que tomou posse da coisa ao logo de muitos anos, tendo pago integralmente o preço, poderá ser de algum modo frustrada, mas o facto é que lhe poderá restar ainda, se reunir agora, - porventura não o podia fazer ao tempo da propositura da acção -, alegar e demonstrar os necessários requisitos, a defesa

da coisa por via possessória e até através do meio mais forte de aquisição do direito de propriedade, qual seja o da aquisição originária por meio da usucapião.

Resta ao 1º A o reconhecimento de **um direito de retenção do promitente comprador, que se traduz num direito real de garantia e oponível ao transmitente e outros terceiros adquirentes, ainda que de boa-fé, até à satisfação do seu crédito.**

13. A concluir

O pagamento por parte do promitente comprador mostra-se integralmente satisfeito.

Tem a coisa como sua e usa-a há mais de 15 anos.

Beneficia de um direito de retenção oponível ao promitente vendedor e a terceiros, enquanto direito real de garantia.

A 1ª Ré ao vender a terceiros incumpriu o contrato promessa.

As transmissões operadas para a 3ª Ré e posteriormente para o 4º Ré não se mostram viciadas e não há razão para serem anulas ou anuladas.

Face ao incumprimento, o promitente vendedor deve pagar ao promitente comprador o dobro do sinal e quantia entregue.

Foi esse o sentido da decisão proferida e ora escrutinada.

Nesta conformidade se decidirá.

IV – DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em

A - Recurso interlocutório

Julgar improcedente o recurso interposto do despacho Saneador, confirmando assim a decisão recorrida.

B - Recurso da sentença

Negar provimento ao recurso, confirmando a decisão recorrida, com menção expressa do reconhecimento do direito de retenção por parte do 1.º A. até que seja satisfeito o seu crédito concretizado nos termos da sentença recorrida.

Custas pelo recorrente.

Macau, 22 de Maio de 2008,

João A. G. Gil de Oliveira

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong