Recurso nº 247/2007

Recorrente: A

Recorrido: B

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M.:

B, solteiro, maior, de nacionalidade chinesa, comerciante, residente na China, que, para efeitos de notificação, indica uma moradia sediada em Macau, veio a intentar, em 01/12/2005, a presente acção declarativa com forma de processo ordinário, contra:

A, casado, de nacionalidade chinesa, residente em Macau, pedindo que:

- a. Condene o Réu a reconhecer o Autor como dono e legítimo proprietário da fracção autónoma identificada nos artigos 1º e 2º da P.I.;
- b. Condene o Réu a abster-se de fazer uso da mencionada fracção;
- c. Condene o Réu a pagar ao Autor uma indemnização no valor total de MOP\$725,200.00; e

- d. Condene o Réu nas custas do processo, procuradoria, que se fixa desde já em MOP\$50,000.00, e mais encargos legais.

Citado, o réu contestou, deduzindo a excepção, o pedido de intervenção acessória provocada e a reconvenção em que se pediu ser o Autor condenado a reconhecer o mencionado direito de retenção sobre a fracção em causa, respeitante a:

- a. HK\$700,000.00 (setecentos mil dólares de Hong Kong), correspondente ao dobro do sinal pago ao promitente-vendedor faltos o;
- b. HK\$305,500.00 (trezentas e cinco mil e quinhentas patacas), correspondente ao valor da indemnização pelas benfeitorias realizadas na fracção ora reivindicada.
- c. Todas as outras despesas expendidas em razão da utilização da fracção autónoma em causa, cujo montante se liquidará em execução de sentença.

Procedido o julgamento, tendo indeferida a requerida intervenção acessória provocada, o colectivo respondeu aos quesitos, e finalmente o Mm^o Juíz-Presidente proferiu o sentença decidindo:

1. Declarar o Autor **B** como dono e legítimo proprietário da fracção autónoma designada por H9 do 9^o andar “H”, para habitação, do prédio n.ºs XXX, sito à Avenida XXX, em Macau.

2. Condenar o Réu **A** a pagar ao Autor **B** as rendas que se vencem a partir de citação até à efectiva entrega da fracção ao Autor, cujo montante se liquidará em execução de sentença.
3. Condenar o Réu **A** a abster-se de fazer uso da referida fracção.
4. Julgar-se improcedentes os demais pedidos do Autor.
5. Julgar-se improcedentes os pedidos reconventionais do Réu.

Com esta decisão não conformou recorreu o réu para esta instância alegando que

- I. Tal como o direito do credor hipotecário pode atingir o novo proprietário da coisa hipotecada, o direito de retenção permite ao seu titular opô-lo a quem quer que seja, ainda que a coisa retida venha a ser vendida, como efectivamente o foi.
- II. O direito de retenção tal como a hipoteca, é um direito real (de garantia) com todas as consequências, sendo uma delas a sequela, não se esgotando na relação entre o retentor e a sua contraparte na relação jurídica controvertida.
- III. Caso contrário, de que serviria o direito de retenção como garantia, se apesar da retenção reconhecia ao transportador, depositário, como datário, e agora ao

promitente-comprador, se o devedor pudesse com sucesso eniscurir-se à satisfação do crédito, vendendo a coisa retida?

- IV. A entrega da coisa ao promitente-comprador confere-lhe uma detenção susceptível de tutela possessória ou um direito pessoal de gozo, alicerçado na expectativa de cumprimento do contrato prometido.
- V. Em caso de não cumprimento definitivo do contrato-promessa pelo promitente-vendedor, aquele direito de gozo transforma-se em direito de retenção, o qual se mantém enquanto se não extinguir o direito de crédito pela respectiva indemnização.
- VI. O Réu preenche os pressupostos necessários para a existência do direito de retenção, o qual é oponível ao direito do Autor.
- VII. Quanto aos pedidos reconventionais, pretendia o Réu que o Tribunal impusesse ao Autor o reconhecimento do direito de retenção a favor do Réu sobre o imóvel, em virtude do crédito resultante da violação do contrato promessa por banda da anteproprietária, como efeito necessário da oponibilidade do direito de retenção em relação a terceiros, para contrariar a reivindicação, e não a condenação *tout cours* do Autor.
- VIII. Em virtude da licitude da retenção, não tem o Réu que pagar ao Autor, por manifesta falta de fundamento legal.

IX. Tal aliás nem consta do pedido, não podendo o Tribunal por iniciativa própria condenar naquilo que não se pediu, sendo a condenação, não só infundada, como ilegal, inquinando o acórdão de nulidade nesta parte.

Pelo que merece o presente recurso provimento, devendo-se assim revogar o Acórdão ora impugnado.

O autor não respondeu a recurso.

Cumprir decidir.

Foram colhidos os vistos legais.

À factualidade foram dados como provados os seguintes factos:

- Desde 11 de Dezembro de 2000 encontra-se inscrita a favor do Autor, na Conservatória do Registo Predial de Macau, a aquisição, por escritura de 5 de Dezembro de 2000, do direito resultante da concessão por arrendamento incluindo a propriedade de construção, da fracção “H9” correspondente ao 9º andar “H” do prédio situado na Avenida XXX, n.º s XXX, Avenida XXX, n.ºs XXX, Rua XXX, n.ºs XXX e Rua XXX n.ºs XXX, ali descrito sob o n.º XXX (*alínea A da Especificação*).
- O Réu vem ocupando a fracção autónoma referida na alínea anterior (*alínea B da Especificação*).

Da Base Instrutória

- Em 10 de Março de 1999, o Réu celebrou com a Sociedade de Fomento Predial C, Limitada, o acordo escrito cujo teor consta de fls. 42 e 43 e aqui se dá por reproduzido (*Resposta ao quesito 2º*).
- No dia 10 de Março de 1999, o Réu pagou à dita Sociedade de Fomento Predial C, o preço de HKD\$350,000.00 referido no acordo a que se alude no quesito anterior (*Resposta ao quesito 3º*).
- No acto da celebração do acordo referido no quesito 5º, a Sociedade de Fomento Predial C, fez ao Réu a entrega das chaves da fracção referida na alínea a) da matéria de facto assente (*Resposta ao quesito 4º*).
- Após a data referida no quesito 4, o Réu realizou obras de beneficiação na fracção autónoma mencionada na alínea a) da matéria de facto assente (*Resposta ao quesito 5º*).

Conhecendo.

No seu recurso o recorrente veio defender apenas o seu direito de retenção, entendendo que o direito de retenção permite ao seu titular opô-lo a quem quer que seja, ainda que a coisa retida venha a ser vendida, como efectivamente o foi.

De facto, tal como ficaram provados, tendo o Réu comprado a fracção em causa a Sociedade de Fomento Predial C, Limitada, pelo acordo de promessa de compra e vendo de fl. 42-43, em 20 de Março de

1999, pagou o preço e acabou por ocupar a mesma fracção e sobre a mesma fez as obras de decoração.

Não obstante, desde 11 de Dezembro de 2000, se encontra inscrita a favor do Autor, na Conservatória do Registo Predial de Macau, a aquisição, por escritura de 5 de Dezembro de 2000, do direito resultante da concessão por arrendamento incluindo a propriedade de construção, da fracção.

Por outro lado, tendo o réu pedido a intervenção acessória da Sociedade promitente vendedora, foi este pedido indeferido, decisão esta que se transitou em julgado.

O essencial é se saber se a favor do réu estar intitulado o seu direito de retenção, oponível ao autora.

O direito de retenção é um direito real de garantia, não sujeito a registo, com prevalência sobre interesses de terceiros, com uma função simultaneamente de garantia e de coerção.¹

Ensinou o Prof. Antunes Varela que é de retenção *o direito conferido ao credor, que se encontra na posse de certa coisa pertencente ao devedor de, não só recusar a entrega dela enquanto o devedor não cumprir, mas também, de executar a coisa e se pagar à custa do valor dela, com preferência sobre os demais credores.*²

No Código Civil de 1966, consagrava o direito de retenção nos artigos 754º a 761º, tendo exemplificada no artigo 755º os casos especiais de direito de retenção.

¹ Cfr. Calvão da Silva, in Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória, pág. 345.

² In Das Obrigações em Geral, II, pág. 579.

Com a aprovação do Código Civil de 1999, seguindo a tradição do direito comparado de Portugal, no cujo Código Civil foi introduzido o regime jurídico do direito de retenção concedido ao promitente comprador, fixado através do D.L. 236/80, de 18/07 e D.L. 379/86, de 11/11 e constante das normas contidas no n.º 2 do artigo 44.º e alínea f) do artigo 755.º, introduziu também no artigo 745.º n.º 1 al. f), passando a ser legalmente concedido o direito real de garantia ao promitente-comprador (beneficiário da promessa de transmissão) que obteve a transmissão da coisa, pelo crédito decorrente do não cumprimento imputável à outra parte.

É que o direito real de garantia, que é o direito de retenção atribuído ao beneficiário da transmissão que obteve a tradição da coisa, mais do que atribuir ao seu titular o poder de praticar actos de uso e fruição da coisa, confere-lhe o direito a não abrir mão dessa coisa enquanto não se extinguir o seu crédito.

Ou seja, conforme este novo regime jurídico, o direito de retenção nasce quando o promitente-comprador entra na posse da coisa prometida vender, na sequência do contrato-promessa celebrado. A partir desse momento o direito mantém-se, garantindo ao seu titular a preferência sobre os outros credores. A sua eficácia não depende de declaração, decorrendo directamente da lei e é válido *erga omnes*.

Esta opção legislativa, que concede preferência ao titular do direito de retenção sobre outros credores, designadamente entidades bancárias munidas de hipotecas mesmo anteriormente registadas, foi concedida genericamente para qualquer promitente-comprador mesmo com elevado poder económico e não apenas para aqueles de menores recursos ou meios de defesa.

É que o objectivo a prosseguir com esta solução legal é não só a defesa do consumidor como também a dinamização do mercado de construção no sentido de tornar mais seguro o comércio jurídico, possibilitando o ressarcimento decorrente da frustração de uma fundada expectativa.³

Nos presentes autos, está provado que o réu, sendo promitente comprador, pagou o preço do imóvel e foi-lhe entregue o mesmo, agindo, desde então, como sendo proprietário da fracção. Perante tal facticidade, o seu direito de retenção ao abrigo do disposto no artigo 745º nº 1 al. f) do Código Civil deve ser reconhecido, inclusivé a sua eficácia *erga omnes*, direito este que não fica sujeito ao registo.

Porém, este seu direito de retenção não se mostra incompatível com a titularidade de propriedade do mesmo imóvel adquirido pelo autor, até o réu não se opôs a este direito de propriedade do autor, só que deve reconhecer por *erecto* aquele direito de retenção sobre o imóvel até o réu tiver obtido satisfeito os seus créditos (embora contra um terceiro).

Assim sendo, tendo o réu o direito de retenção, deve revogar a decisão que condenou o réu a não fazer uso do imóvel e no pagamento das indemnizações.

E dá-se procedência do recurso do réu.

Ponderado resta decidir.

Pelo exposto, acordam nesta Instância em conceder provimento ao recurso, nos exactos termos acima referidos.

³ Neste Sentido, vide os acórdão tirados no âmbito do direito comparado, de STJ, entre outros de 18 de Dezembro de 2007 do processo nº **07B4123**.

Custas pelo recorrido na proporção do seu decaimento.

Macau, RAE, 25 de Setembro de 2008

Choi Mou Pan

José M. Dias Azedo

Lai Kin Hong