

Processo nº 247/2010

Data do Acórdão: 18OUT2012

Assuntos:

**nulidade de sentença
contrato-promessa
posse**

SUMÁRIO

1. Em princípio, o contrato-promessa de compra e venda de uma coisa é um mero contrato obrigacional e não *de per si* translativo da propriedade da coisa nem da posse sobre a coisa. Todavia, há situações em que à celebração do contrato-promessa de compra e venda se seguem o pagamento da totalidade do preço e a entrega da coisa, e o promitente comprador age como se fosse o verdadeiro proprietário. Neste tipo de situações, a posição jurídica do promitente-comprador preenche excepcionalmente todos os requisitos de uma verdadeira posse.
2. A posse é um poder de facto, uma disponibilidade empírica sobre a coisa de que possa inferir-se uma vontade de a ter a título de uma margem maior ou menor de disponibilidade jurídico-real. Daí que só possa possuir-se em termos de *jura in re* que confere poderes de facto sobre a coisa, o que não ocorre apenas com os direitos reais de gozo, mas ocorre também com certos direitos reais de garantia ou seja, com o direito de penhor e o direito de retenção.

O relator

Lai Kin Hong

Processo nº 247/2010

Acordam em conferência na Secção Cível e Administrativa no Tribunal de Segunda Instância da RAEM:

I

No âmbito dos autos de embargos de terceiro que correm por apenso aos autos da execução ordinária, registada sob o nº CV1-06-0041-CEO, do 1º Juízo Cível do Tribunal Judicial de Base, foi proferida a seguinte sentença:

I – RELATÓRIO (敘述部份):

A, solteira, maior, de nacionalidade Chinesa e residente em Macau, no 布魯塞爾街 XX 花園, titular do BIRM nº XXX,

Veio intentar, em 04/04/2007, a presente

EMBARGOS DE TERCEIRO

contra:

“BANCO DA CHINA” (中國銀行股份有限公司), embargado, com os fundamentos constantes da P. I., de fls. 2 a 12 dos autos, cujo teor se dá por reproduzido aqui para todos os efeitos legais.

Concluiu, pedindo que seja anulada a penhora por omissão de formalidade essencial susceptível de influir no exame e na decisão da causa;

Subsidiariamente, sejam os presente embargos:

- (1) Seja recebidos e, conseqüentemente, seja ordenada a suspensão de execução, bem como a restituição provisória da posse; e
- (2) Seja julgados procedentes por provados, com as legais conseqüências, designadamente, ficando assente que a posse da ora embargante sobre a fracção penhorada é anterior à data da penhora.

* * *

Citado o Réu, “**BANCO DA CHINA**” (中國銀行股份有限公司), veio a apresentar a sua contestação com os fundamentos constantes de fls. 42 a 50 dos autos, cujo teor se dá por reproduzido aqui para todos os efeitos legais.

Concluiu, pedindo que:

a) Seja proceder *a exceptio dominii* ora invocada, prevalecendo esse direito sobre a alegada posse da embargante; ou, caso a referida excepção não proceda,

b) sejam os presentes embargos julgados improcedentes por não provados, com custas, selos e procuradoria a cargo do ora embargante, devendo ser reconhecido o direito de propriedade da executada e do seu cônjuge sobre a fracção autónoma designada por “L4”, do 4º andar “L”, para habitação, melhor identificada nos autos.

* * *

Foi realizada a audiência com observância do formalismo legal.

* * *

Este Tribunal é o competente em razão da matéria e da hierarquia.

As partes são dotadas de personalidade e capacidade judiciária e de legitimidade “*ad causam*”.

O processo é o próprio.

Inexistem nulidades, excepções ou outras questões prévias que obstem à apreciação “*de meritis*”.

* * *

O Embargado “**BANCO DA CHINA**” apresentou as alegações de direito por escrito de fls. 99 a 105.

* * *

II – FACTOS (事實部份):

Dos autos resulta assente a seguinte factualidade com interesse para a decisão da causa:

Da Matéria de Facto Assente:

- A executada B é proprietária da fracção autónoma, designada por L4, do prédio descrito sob o nº 22770, inscrição nº 2533 na CRP por escritura lavrada a fls. 380 do livro B175M do Notário Privado Luís Reigadas (doc. nº 1 da p.i.) (*alínea A da Especificação*).

- Em 15 de Fevereiro de 2007, no âmbito dos autos principais de execução ordinária movidos pelo Bank of China Limited contra a B, o tribunal ordenou a penhora da fracção ora em causa (v. termo de penhora de fls. 78 do processo principal) (*alínea B da Especificação*).
- O Bank of China Limited registou a penhora em 23 de Fevereiro de 2007 (v. fls. 95 do processo principal) (*alínea C da Especificação*).

* * *

Da Base Instrutória:

- Em 6 de Março de 2006, a embargante A e a executada B assinaram um acordo, nos termos do qual a primeira prometeu comprar e a segunda prometeu vender a fracção acima identificada (*resposta ao quesito 1º*).
- Conforme o acordado o preço da venda da fracção foi de MOP\$670,475.00 (*resposta ao quesito 2º*).
- Para sinalizar o negócio, a embargante A entregou à executada B a quantia de HKD\$80,000.00, em 6 de Março de 2006 (*resposta ao quesito 3º*).
- Os contraentes estipularam celebrar a escritura de compra e venda no prazo máximo de três meses a contar da data da assinatura, ou seja, até 5 de Junho de 2006 (*resposta ao quesito 4º*).
- No referido acordo as partes estipularam também que, na data da celebração da escritura seria (*resposta ao quesito 5º*):
 - cancelada a inscrição da hipoteca voluntária a favor do Banco Nacional Ultramarino;
 - pago o valor remanescente (HKD\$570,000.00);
 - entregue a fracção?
- Em 20 de Maio de 2006, o BNU declarou que autorizava o cancelamento total da inscrição de hipoteca n.º 6228C referente à fracção em causa, pela extinção da obrigação a que serviu de garantia (*resposta ao quesito 6º*).
- Ainda em 20 de Maio de 2006, a embargante A entregou à executada B a ordem de caixa n.º H280755 da Sucursal de Macau do BOC, no valor total de HKD\$570,000.00 (*resposta ao quesito 7º*).
- Na mesma data, a executada B entregou as chaves da fracção à embargante A (*resposta ao quesito 8º*).

- Nesse mesmo dia, a embargante A mudou as fechaduras das portas da fracção em causa (*resposta ao quesito 9º*).
- A Embargante A pagou a totalidade do preço à B e esta lhe entregou a fracção, para posteriormente a transmiti-la à sua tia quando viver requerer a fixação de residência em Macau (*resposta ao quesito 10º*).
- Após a entrega da fracção, a Embargante A começou a pagar as despesas do condomínio e de consumo de água e electricidade da fracção (*resposta ao quesito 11º*).
- Em 12 de Maio de 2006, a Embargante A pagou a “Renda” e a “Contribuição Predial Urbana” relativa à fracção em causa (*resposta ao quesito 12º*).
- A Embargante A executou obras de beneficiação na fracção, designadamente, pintura dos interiores, renovação do chão, impermeabilização da casa de banho e mudanças das fechaduras (*resposta ao quesito 13º*).
- A Embargane A comprou mobílias e instalou aparelhos de ar condicionado (*resposta ao quesito 14º*).

* * *

III – FUNDAMENTOS (理 據 部 份):

Cumprе analisar os factos, a matéria que vem alegada e aplicar o direito.

Dispõe o artigo 292º do CPCM que, quando a penhora ofendesse a posse de terceiro, o lesado podia fazer valer o seu direito por meio de embargos.

Nestes termos, podiam os embargos de terceiro ser usados tanto para defender situações de posse, tal como a define o artigo 292º citado, como para defender, nos casos permitidos por lei, situações de mera detenção, contra qualquer diligência judicial (penhora, arresto, arrolamento, despejo, etc.) que tivesse ofendido ou pudesse vir a ofender qualquer dessas situações, desde que o respectivo possuidor ou detentor não tivesse intervindo no processo ou no acto jurídico de que emanava a diligência judicial.

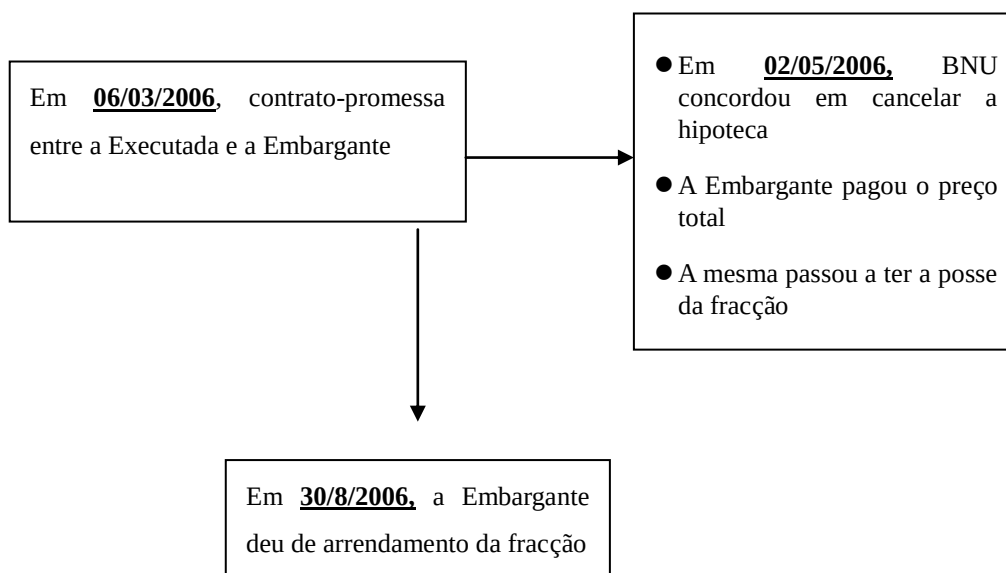
Por outro lado, o artigo 297º do CPCM determina que o despacho que receba os embargos apenas assegura o seguimento deles, mas os termos do processo de que são dependência ficam suspensos quanto aos bens a que os embargos dizem respeito.

Assim, o recebimento dos embargos de terceiro deduzidos contra a penhora de bens em processo de execução implica, por si só, a suspensão dos termos do processo de execução quanto aos bens abrangidos pelos embargos, decorrendo essa suspensão

dos termos da própria lei.

* * *

Assim, ao vermos o mérito da causa, importa esquematizar as passagens histórico-fáticas com valor para a decisão dos pedidos formulados:



Perante este quadro, a questão que importa resolver é saber se a Embargante, como promitente-compradora da fracção penhorada, pode ou não através de embargos de terceiro defender o direito resultante da sua “*traditio*”.

A função dos embargos de terceiro é a defesa da posse, ofendida por diligência ordenada judicialmente (v. g. penhora, arresto, arrolamento, posse judicial, despejo), desde que o lesado não tenha intervindo no processo ou no acto jurídico de que emana tal diligência (artigo 1037º, nº 1 e 2 do CPC de 1961).

A posse, definida no artigo 1251º do Código Civil de 1966, actual, artigo 1175º do Código Civil de Macau - diploma a que respeitam os preceitos a citar sem outra menção «*é o exercício de poderes de facto sobre uma coisa, em termos de um direito real (rectius: do direito real correspondente a esse exercício)*» - Cfr. Criando de Carvalho, Introdução à Posse, in RLJ 122º, pág. 104. O «*corpus*» e o «*animus*» que integram a posse são ali definidos pelo mesmo Autor nestes termos: «Envolve, portanto, um elemento empírico exercício de poderes de facto e um elemento psicológico- em termos de um direito real. Ao primeiro é que se chama *corpus* e ao segundo *animus*. Elementos, como se disse, interdependentes ou em relação

biunívoca». Isto na sequência do que precedentemente explicitara, nestes termos: «Não existe *corpus* sem *animus* nem *animus* sem *corpus*. Há uma relação biunívoca. *Corpus* é o exercício de poderes de facto que intende uma vontade de domínio de poder jurídico-real. *Animus* é a intenção jurídico-real, a vontade de agir como titular de um direito real, que se exprime (e *hoc sensu* emerge ou é inferível) em (de) certa actuação de facto.

Sendo a função normal dos embargos de terceiro a tutela da posse, a lei, excepcionalmente, estendeu essa protecção, mesmo contra o titular do domínio, a situações de mera detenção: locatário (1037º, nº2) (actual, artigo 982º do CCM), comodatário (1133º, nº 2) (actual, artigo 1061º do CCM) e depositário (artigo 1188º, nº2) (actual, artigo 1144º do CCM). Esta protecção não abrange, como recorda Orlando de Carvalho, estudo citado, pág. 69, outros detentores, ainda que por título jurídico, como o mandatário, o administrador, o gestor de negócios, e detentores por actos facultativos ou de mera tolerância.

Nos termos do artigo 1253º do CC de 1966, actualmente, artigo 1177º do CCM), a mera detenção, consiste no exercício de poderes de facto sobre a coisa sem *animus possidendi*, isto é «sem intenção de agir como beneficiários do direito». Detentores «tanto são os que detêm por título jurídico, a título de um direito de crédito (artigo 1253º-c) do CC de 1966, actualmente, artigo 1177º do CCM), como os que se aproveitam da tolerância (*ibid*, ai. b)) - v .g. o que passa por prédio alheio porque o dono deste o tolera- como para usarmos uma fórmula do Código de 1867 os detentores por acto facultativo, ou seja, os que se aproveitam da inércia do titular do bem em causa [...]. Aos meros detentores chama-se também possuidores precários ou possuidores em nome alheio (designação esta que só é precisa para os detentores por título jurídico, que usam de um direito conferido pelo *dominus*, mormente os representantes ou mandatários dele).

Exercerá o promitente-comprador, que obteve do promitente-vendedor a entrega da coisa objecto do contrato prometido os poderes de facto com o *animus* de um direito real e qual? Em regra, como salienta Antunes Varela, *in* RLJ, 128º, pág. 146, «o promitente comprador investido prematuramente no gozo da coisa, que lhe é concedido na pura expectativa da futura celebração do contrato prometido, não é possuidor dela, precisamente porque, sabendo ele, como ninguém, que a coisa pertence ainda ao promitente-vendedor e só lhe pertencerá a ele depois de realizado o contrato translativo prometido, não pode agir seriamente com a intenção de um titular da propriedade ou de qualquer outro direito real sobre a coisa». Falta, pois, ao promitente-comprador o *animus*, ou intenção de exercer o poder de facto em termos de direito real de propriedade ou outro, para que possa ser considerado possuidor. Em regra, exercerá sobre a coisa um direito pessoal de gozo; conferido pelo promitente-vendedor, insusceptível de posse.

No entanto, Pires de Lima e Antunes Varela, *in* Código Civil Anotado, Vol. III,

pago 6/7 admitem a verificação de situações excepcionais de posse do promitente-comprador, com os respectivos requisitos se, v.g., **pagou o preço integral e a coisa lhe é entregue “como se sua fosse já” e, nesse estado de espírito, pratica sobre ela diversos actos materiais, correspondentes ao direito real de propriedade: Neste caso, trata-se, efectivamente, de actos praticados “em nome próprio”, com intenção de exercer sobre a coisa um direito real de propriedade.** Uma tal posse, porque “*uti dominus*”, é abrangida pelos meios tutelares p. nos artigos 1276º a 1286º do CC de 1966, actualmente, artigos 1201º a 1211º do CCM, e, portanto, pode ser defendida mediante embargos de terceiro.

O que se compreende. A aquisição material da posse, na aquisição derivada, opera pela a transferência da posse do antigo para o novo possuidor. Para a sua concretização, deve verificar-se a par do negócio de transferência do direito real susceptível de posse os requisitos desta: o *animus* e o *corpus*.

Nesta forma de aquisição, a existência do *animus* averigua-se pela natureza do acto jurídico por que se transferiu o direito susceptível de posse; e contra a vontade que da causa deriva não é permitido alegar uma vontade concreta do detentor, salvo se este houver invertido o título. Acrescente-se que o acto jurídico por que se transferiu o direito susceptível de posse pode ser nulo por falta de forma, mas não deixa por isso de ter o valor de imprimir o carácter à: posse, e determinar por seu intermédio o *animus* (Cfr. Manuel Rodrigues, A posse, Almedina, Coimbra 1991, pág. 222 a 224).

Face ao exposto, recordemos os factos assentes:

- Ainda em 20 de Maio de 2006, a embargante A entregou à executada B a ordem de caixa n.º H280755 da Sucursal de Macau do BOC, no valor total de HKD\$570,000.00 (*resposta ao quesito 7º*).
- **Na mesma data, a executada B entregou as chaves da fracção à embargante A** (*resposta ao quesito 8º*).
- Nesse mesmo dia, a embargante A mudou as fechaduras das portas da fracção em causa (*resposta ao quesito 9º*).
- A Embargante A pagou a totalidade do preço à B e esta lhe entregou a fracção, para posteriormente a transmiti-la à sua tia quando viver requerer a fixação de residência em Macau (*resposta ao quesito 10º*).
- Após a entrega da fracção, a Embargante A começou a pagar as despesas do condomínio e de consumo de água e electricidade da fracção (*resposta ao quesito 11º*).
- **Em 12 de Maio de 2006, a Embargante A pagou a “Renda” e a “Contribuição Predial Urbana” relativa à fracção em causa** (*resposta ao*

quesito 12º).

- A Embargante A executou obras de beneficiação na fracção, designadamente, pintura dos interiores, renovação do chão, impermeabilização da casa de banho e mudanças das fechaduras (*resposta ao quesito 13º*).
- A Embargane A comprou mobílias e instalou aparelhos de ar condicionado (*resposta ao quesito 14º*).

* * *

A Embargante invocou e provou a posse, e não o direito de retenção, pelo que, em face dos fundamentos acima aduzidos, **é de julgar procedentes os embargos**, e como tal declarou:

- a) **Manter a posse da embargante;**
- b) **A posse da Embargante (20/06/2006) ser anterior à penhora, que foi feita em 23/02/2007 (alínea c) da Especificação).**

* * *

Tudo visto, resta decidir.

* * *

IV – DECISÃO (裁決):

Em face de todo o que fica exposto e justificado, o Tribunal julga procedentes os embargos e, em consequência decide:

【據上論結，本法庭裁定異議理由成立，裁決如下：】

- 1) – **Manter a posse da Embargante.**

【維持提議人之占有。】

* * *

- 2) - **Declara que a posse da Embargante é anterior à penhora feita em 23/02/2007.**

【宣告提議人之占有先於查封之日期；後者於 2007 年 2 月 23 日登記。】

* * *

Custas pelo Embargado/Exequente.

【訴訟費用由被提議人/執行人支付。】

Não se conformando com o decidido, veio o exequente/embargado Banco da China, S.A. recorrer da mesma concluindo que:

A) Quando os embargos de terceiro são fundados apenas na posse, a legitimidade activa baseia-se numa presunção de propriedade que, como tal, pode ser ilidida, vindo o art. 298º, nº 2 do CPC proporcionar, quer ao Exequente, quer ao Executado, a alegação e a prova de que o direito de fundo pertence a este. Provada a alegação, os embargos são improcedentes.

B) Ora, o Embargado pediu, precisamente na contestação, o reconhecimento do direito de propriedade do Executado (*vide* artigo 68º da contestação) e dos factos dados como provados resulta que "A executada é proprietária da fracção autónoma, designada por L4 (...)";

C) Este direito de propriedade é incompatível com a posse alegada pela Embargante: estamos, pois, perante a chamada *exceptio dominii*;

D) Os doutos Juízes do Tribunal Judicial de Base deram como provada a propriedade da Executada; no entanto, não se pronunciaram sobre a questão levantada pelo Recorrente na contestação e que deviam ter apreciado: a improcedência dos embargos face à *exceptio dominii* invocada, uma vez que o direito de propriedade prevalece sobre o direito de posse;

Caso assim não se entenda:

E) O contrato-promessa não é susceptível de, por si só, transmitir a posse, pelo que tendo havido *traditio* da coisa, a Embargante, promitente - compradora, adquiriu o corpus possessório mas não o *animus possidendi* e é por isso mera detentora ou possuidora precária, não podendo, em consequência, deduzir embargos de terceiro;

F) O instituto jurídico da posse não se confunde com a ocupação material da coisa;

G) Com a *traditio*, o promitente-comprador passa a aproveitar directamente as utilidades que o imóvel pode proporcionar ao homem. Todavia, essa materialidade não alcandora o promitente-comprador no estatuto de possuidor;

H) Os factos dados como provados não demonstram mais do que um mero direito de uso e fruição, correspondente a um direito pessoal de gozo, direito que lhe foi conferido na pura expectativa de celebração do contrato-prometido;

I) O promitente-comprador, investido prematuramente no gozo da coisa, que lhe é concedido na pura expectativa da futura celebração do contrato prometido, não é possuidor dela, precisamente porque, sabendo ele, como ninguém, que a coisa

pertence ainda ao promitente vendedor e só lhe pertencerá a ele depois de realizado o contrato translativo prometido, não pode agir seriamente com a intenção de um titular da propriedade ou qualquer outro direito real sobre a coisa;

J) E tanto assim é que não consta dos factos dados como provados a matéria levada à Base Instrutória, quesito 10º, 2ª parte: " (...) a embargante A ficou absolutamente convencida que a fracção lhe pertencia para todos os efeitos, passando por isso, a comportar-se como se fosse sua proprietária, considerando a futura conclusão do acordo definitivo como mera formalidade";

K) E no que diz respeito ao pagamento da "renda" e "contribuição predial urbana", estes nem são actos de uso e fruição mas apenas actos de disposição ou de administração (tanto assim é que a Embargante fez os referidos pagamentos em 12 de Maio de 2006 quando as chaves da fracção só lhe foram entregues no dia 20 do referido mês!);

L) Assim, a sentença recorrida violou os artigos 1175º e 1210º do Código Civil e os artigos 298º, nº2 e 571º, nº1 alínea d) do Código de Processo Civil.

Termos em que deve ser revogada a decisão recorrida:

- i) **declarando-se a nulidade da sentença** por não ter apreciado a questão da *exceptio dominni* invocada pelo Embargado/Recorrente na contestação, ou caso assim não se entenda,
- ii) considerando-se que a Embargada não tem a posse da fracção penhorada, e **improcedentes os embargos, fazendo-se**

Justiça!

Respondeu a embargante pugnou pela improcedência do recurso.

II

Foram colhidos os vistos, cumpre conhecer.

Conforme resulta do disposto nos artºs 563º/2, 567º e 589º/3 do CPC, são as conclusões do recurso que delimitam o seu objecto,

salvas as questões cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras e as que sejam de conhecimento oficioso.

Tal como vimos nas conclusões da motivação do recurso, o recorrente começou por imputar à sentença recorrida a nulidade por omissão de pronúncia sobre o pedido, formulado nos termos permitidos no disposto no artº 298º/2 do CPC, do reconhecimento do direito de propriedade da executada.

E subsidiariamente levantou a questão da insusceptibilidade de o contrato-promessa de transmitir a posse.

Assim, constituem objecto do presente recurso as seguintes questões:

- 1. Da nulidade de sentença; e**
- 2. Da insusceptibilidade de o contrato-promessa de transmitir a posse**

Passemos então a apreciá-las.

1. Da nulidade de sentença

É verdade que o embargado Banco da China, ora recorrente, pediu na contestação aos embargos deduzidos pela embargante, ora recorrida, o reconhecimento do direito de propriedade da executada, nos termos permitidos no disposto no artº 298º/2 do CPC.

É também verdade que falta à sentença recorrida a pronúncia expressa na parte dispositiva do reconhecimento do direito de propriedade do executado, apesar de ter sido dado como facto assente que a executada B é proprietária da fracção autónoma em

causa.

Por força da regra de substituição consagrada no artº 630º do CPC, é de reconhecer que a executada é proprietária da fracção autónoma em causa.

Todavia, conforme iremos expor *infra* na apreciação da questão da posse reivindicada pela embargante, o tal reconhecimento em nada afecta a posse da embargante.

Então passemos logo a debruçarmo-nos sobre a questão da posse da embargante.

2. Da insusceptibilidade de o contrato-promessa de transmitir a posse

Lidas tanto a contestação como a motivação do presente recurso, verifica-se que a estratégia do embargado ora recorrente é tentar convencer o Tribunal de que caso seja reconhecido o direito de propriedade da executada sobre a fracção autónoma, os presentes embargos não podem deixar de ser julgados improcedentes porque o direito de embargar só pertence ao possuidor em nome próprio por este gozar da presunção de propriedade correspondente à sua posse e já não pertence ao mero detentor ou possuidor precário.

Estratégia essa que é bem demonstrada pelo recorrente ao dizer na sua motivação do recurso que *“quando os embargos de terceiro são fundados apenas na posse, a legitimidade activa baseia-se numa presunção de propriedade.”*

Todavia, essa ideia na mente do recorrente só se apresenta parcialmente correcta.

Ao estabelecer o âmbito dos embargos de terceiro, o artº 292º do CPC dispõe que:

1. Se qualquer acto, judicialmente ordenado, de apreensão ou entrega de bens ofender a posse ou qualquer direito incompatível com a realização ou o âmbito da diligência, de que seja titular quem não é parte na causa, pode o lesado fazê-lo valer, deduzindo embargos de terceiro.

2. Não é admitida a dedução de embargos de terceiro relativamente à apreensão de bens realizada no processo de falência ou insolvência.

Para explicar a *mens legislatoris* subjacente ao artº 351º do Código Civil português, que corresponde ao nosso acima citado artº 292º, o Conselheiro Amâncio Ferreira citou o preâmbulo do D.L. nº 329-A/95 de Portugal, onde se diz que “*permite-se, deste modo, que os direitos substanciais atingidos ilegalmente pela penhora ou outro acto de apreensão judicial de bens possam ser invocados, desde logo, pelo lesado no próprio processo em que a diligência ofensiva da posse teve lugar, em vez de o orientar necessariamente para a propositura da acção de reivindicação – por esta via se obstando, no caso de a oposição de embargos se revelar fundada, à própria venda dos bens e prevenindo a possível necessidade de ulterior anulação desta, no caso de procedência da reivindicação*”.

Cremos ser a mesma razão de ser subjacente à feitura do nosso artº 292º.

Assim, de acordo com estatuído no artº 292º/1, podem recorrer aos embargos de terceiro não só o possuidor que goza da presunção da titularidade de propriedade do bem, como também o titular de

qualquer direito incompatível com a realização da diligência judicialmente ordenada ou o âmbito da diligência.

In casu, ficou provado que:

- A embargante e a executada celebraram um contrato, nos termos do qual a primeira prometeu comprar e a segunda prometeu vender a fracção autónoma em causa;
- A embargante pagou a totalidade do preço da fracção à executada e esta lhe entregou a fracção;
- Após a entrega da fracção, a embargante começou a pagar as despesas do condomínio e a renda e a contribuição predial urbana relativa à fracção; e
- A embargante executou obras de beneficiação na fracção.

Ante essa factualidade, interessa apurar se a embargante pode invocar a posse alegadamente ofendida pela penhora como fundamento da tutela possessória.

Em princípio, o contrato-promessa de compra e venda de uma coisa é um mero contrato obrigacional e não *de per si* translativo da propriedade da coisa.

Todavia, há situações em que à celebração do contrato-promessa de compra e venda se seguem o pagamento da totalidade do preço e a entrega da coisa, e o promitente comprador age como se fosse o verdadeiro proprietário.

Nesse sentido, podemos citar as observações feitas pelo Prof. Antunes Varela na anotação ao artº 1252º do código de 1966, onde

o Mestre ensina que:

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 adquire o animus possidendi, ficando, pois, na situação de mero detentor ou possuidor precário (cfr. os acórdãos do S. T. J., de 29 de Março de 1968, de 15 de Janeiro de 1974 e de 29 de Janeiro de 1980, respectivamente no B. M. J., n.º 175, págs. 272 e segs., n.º 233, págs. 173 e segs., e n.º 293, págs. 341 e segs.),

São concebíveis, todavia, situações em que a posição jurídica do promitente-comprador preenche excepcionalmente todos os requisitos de uma verdadeira posse. Suponha-se, por exemplo, que havendo sido paga já a totalidade do preço ou que, não tendo as partes o propósito de realizar o contrato definitivo (a fim de, v. g., evitar o pagamento da sisa ou precluir o exercício de um direito de preferência), a coisa é entregue ao promitente-comprador como se sua fosse já e que, neste estado de espírito, ele pratica sobre ela diversos actos materiais correspondentes ao exercício do direito de propriedade. Tais actos não são realizados em nome do promitente-vendedor, mas sim em nome próprio, com a intenção de exercer sobre a coisa um verdadeiro direito real. O promitente-comprador actua, aqui, uti dominus, não havendo, por conseguinte, qualquer razão para lhe negar o acesso aos meios de tutela da posse.

Ora, na esteira dessas doutas observações e tendo em conta a factualidade provada na primeira instância, dúvidas não temos que a embargante actua com *corpus* e *animus* sobre a fracção

autónoma e conseqüentemente merece a tutela possessória.

Ex abundantia, tendo em conta a especificidade do caso em apreço, para além da tutela possessória, a embargante goza também de direito de retenção sobre a fracção, pois à luz do artº 745º/1-f) do Código Civil, o beneficiário da promessa de transmissão 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.

Genericamente falando, o direito de retenção é o direito do credor, que detém ou possui um bem pertencente ao devedor, de recusar a entrega do bem enquanto não for satisfeito o seu crédito.

Nas situações específicas previstas no artº 745º/1-f) do Código Civil, isto é, nos casos em que o promitente comprador que goza do direito de retenção, esse direito garante não só o pagamento da indemnização devida por incumprimento, mas também o cumprimento contratual em espécie, e portanto o direito de retenção é incompatível com a adjudicação ou a venda da coisa retida, na sequência da penhora que sobre ela tenha incidido – ***nesse sentido cf. Amância Ferreira, op. cit. Pág. 281.***

Assim sendo, mesmo por via da segunda hipótese prevista no artº 292º/1 do CPC, isto é, enquanto titular do direito incompatível com a penhora, a embargante merece tutela possessória.

Finalmente ou mais uma vez *ex abundantia*, convém citar aqui os Doutos ensinamentos do Prof. Orlando de Carvalho para afastar a tese restritiva defendida pelo embargado ora recorrente, no sentido de que, quando os embargos de terceiro são fundados apenas na posse, a legitimidade activa de quem pretende deduzir embargos de terceiro tem de se basear numa presunção de propriedade ou

de outro direito real de gozo.

Diz o Saudoso Professor:

“Tem sido defendido que só se pode possuir em termos de direitos reais de gozo, não de direitos reais de garantia nem de direitos reais de aquisição. O que estaria correcto se o poder fáctico ou empírico que a posse implica fosse necessariamente um poder de uso ou (e) de fruição do bem. Mas não é assim. Esse poder tem, decerto, de ser um poder de facto, uma disponibilidade empírica sobre a coisa de que possa inferir-se uma vontade de a ter a título de uma margem maior ou menor de disponibilidade jurídico-real (ou dominial, lato sensu), mas não um poder fáctico de utilização ou (e) fruição sensu stricto. Daí que só possa possuir-se em termos de jura in re que conferem poderes de facto sobre a coisa, o que não ocorre apenas com os direitos reais de gozo. Ocorre também com certos direitos reais de garantia ou seja, com o direito de penhor e o direito de retenção. Sem embargo de não se presumir o pacto anticrético (arts. 671.º, al. b), e 758.º e 759.º, n.º 3), é claro que a coisa fica na disponibilidade empírica do retentor ou do credor penhoratício (arts. 669.º e segs. e 754.º; mesmo quando no penhor é entregue a terceiro, este age como representante do credor penhoratício ou, pelo menos, como seu «servidor possessório»). A existência de posse parece-nos, nesses casos, indiscutível, e é o que a lei confirma, ao estabelecer que o credor penhoratício tem o direito «de usar, em relação à coisa empenhada, das acções destinadas à defesa da posse, ainda que seja contra o próprio dono» (art. 670.º, al. a)- o que, por força dos arts. 758.º e 759.º, n.º 3, vale também para o retentor. – cf. Orlando de Carvalho, in RLJ, n.º 3781.

Na esteira do que defende o Professor, cremos que quando os embargos de terceiro são fundados apenas na posse, a legitimidade activa do embargante pode também basear-se na circunstância de o embargante possuir o bem nos termos de direitos reais de garantia e de direitos reais de aquisição.

O que justamente sucede *in casu*.

Pelo que fica exposto, é de concluir que o facto de a executada ser proprietária da fracção autónoma em nada se mostra incompatível com a posse da embargante ora por nós confirmada nos termos *supra*.

Sem mais delonga, é de julgar improcedente esta parte do recurso.

Tudo visto, resta decidir.

III

Nos termos e fundamentos acima expostos, acordam:

- declarar nula a sentença na parte que omitiu o reconhecimento da executada como proprietária da fracção autónoma e passar a reconhecer a executada B como proprietária da fracção autónoma, designada por L4, do prédio descrito sob o nº 22770, inscrição nº 2533 na CRP; e
- julgar improcedente o recurso interposto pelo exequente/embargado, mantendo na íntegra a sentença recorrida.

Custas pelo recorrente.

Notifique.

RAEM, 18OUT2012

Lai Kin Hong

Choi Mou Pan

João A. G. Gil de Oliveira