

- Assuntos: - Direito de retenção
- Penhora de direito
 - Notificação do devedor
 - Dependência da prestação do executado

SUMÁRIO

1. O direito de retenção é um verdadeiro direito real de garantia, podendo o credor executar a coisa para pagamento do seu crédito e o direito de ser pago com preferência sobre os demais credores do devedor.
2. É essencial a quem detém o direito de retenção ter a posse sobre a coisa corpórea.
3. Notificado nos termos do artigo 856º (actualmente do artigo 742º) do C.P.C., pode o devedor:
 - a) reconhecer a existência da dívida que lhe foi atribuído;
 - b) negar essa existência;
 - c) declarar que o cumprimento da sua obrigação está dependente de alguma prestação por parte do executado; ou
 - d) abster-se de fazer qualquer declaração sobre a existência e condições do crédito (este equivale à primeira atitude, nº 3 do mesmo artigo).
4. A dependência entre a obrigação do devedor e determinada prestação do executado relaciona com a questão de saber se

o cumprimento dela depende de determinada prestação do executado.

5. Sem que as partes tenham celebrado no mesmo contrato cláusulas essenciais que condicionaria a aquisição do mesmo direito, não podem invocar a falta de pagamento das despesas do condomínio relativas à fracção como um fundamento de impedir a aquisição da propriedade (horizontal) da mesma fracção autónoma.

O Relator,

Choi Mou Pan

Recurso n.º 153/2000

Recorrente: (A)

Recorridos: Banco da China, sucursal de Macau,
(C)

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

Na Execução Ordinária, registada sob n.º 124/98 - 5.º Juízo do então T.C.G., movida pelo Banco da China, sucursal de Macau, contra (C), melhor identificado nos autos, com o título de uma livrança subscrita pela executada, no valor de MOP\$500.000,00, foi nomeado para a penhora, pelo exequente, o direito de aquisição resultante do contrato-promessa datado de 28 de Fevereiro de 1997, que tem por objecto a fracção autónoma “B(CG)”, 2.º andar, do Bloco XII, actualmente “B”, 2.º andar, do Bloco XIII, do prédio sito na Avenida XXX, cujo preço de aquisição, fixado em HK\$522.500,00, correspondentes a MOP539.220,00, encontra-se já integralmente pago.

Actualmente o imóvel acima referido está identificado como: Fracção autónoma “B2”, 2.º andar, para habitação, do prédio urbano sito na Avenida XXX, descrito na Conservatória do Registo Predial de Macau, sob o n.º 21502-XIII do livro B50, estando a propriedade horizontal registada sob o n.º 4535, do livro F21K da mesma Conservatória, construído em terreno concedido por arrendamento, conforme inscrição sob o n.º 21926 do livro FK22.

Feita a penhora, o Tribunal mandou notificar o promitente vendedor (A), com sede em Macau, nos termos do artigo 856.º do C.P.C. (1961).

Notificado, veio o (A) expor:

- Que existe o direito de crédito penhorado;
- Que tinha direito de retenção nos termos do artigo 754º do C.P.C., uma vez que o executado tinha para com o notificado uma dívida de MOP\$24.726,00 relativa a despesas feitas por causa da coisa, designadamente, a respectiva quota-parte das despesas relativas ao condomínio desde o mês de Julho de 1993 até ao presente mês de Outubro, as quais, não obstante terem sido estipuladas no contrato promessa de compra e venda, nunca foram pagas pelo executado.

Pedi, assim, a notificação do executado para satisfazer o crédito nos termos do artigo 859º do C.P.C.

Ouvido o exequente, o Mmº Juiz proferiu o seguinte despacho. (fl.37):

“ ...

Notifique (A), que ele não goza de direito de retenção, por não se preencher os requisitos legais prescritos no artigo 754º do C.P.C.

Notifique também o exequente.”

Inconformado com este despacho, recorreu o (A), alegando, em síntese, o seguinte:

1. “O recorrente ao ser notificado, nos termos e para os efeitos do art. 856.º do Cód. Proc. Civil (1961), declarou que relacionado com o direito penhorado, existe um crédito resultante de despesas feitas por causa dele e que, como tal tem direito de retenção sobre a fracção;
2. O Meritíssimo Juiz *a quo*, no douto despacho recorrido, não se pronunciou sobre o pedido formulado pelo ora recorrente, para que o executado fosse notificado, nos termos do art. 859.º do citado Código, para satisfazer o seu

crédito resultante das despesas relativas à respectiva quota-parte das despesas de condomínio;

3. Se o recorrente não tivesse invocado o direito de retenção, teria de se entender, à luz do n.º 3 do citado art. 856.º, que o mesmo havia reconhecido “a existência da obrigação nos termos estabelecidos na nomeação do crédito à penhora”;
4. Caberia ao executado - ao ser notificado nos termos requeridos - confirmar a declaração ou vir negar a existência do crédito;
5. A falta de cumprimento do disposto nos arts. 858.º e 859.º do Cód. Proc. Civil (1961) quando contestado o crédito dado à penhora, constitui nulidade processual por consubstanciar, salvo melhor opinião, uma formalidade essencial prescrita na lei e susceptível de influir na decisão da causa (v. o Acórdão da Relação de Évora de 4-07-1991 *in* BMJ, 409.º, p. 896);
6. Deveria o Meritíssimo Juiz *a quo* ter ordenado a notificação do executado nos termos requeridos;
7. Por outro lado, para que exista direito de retenção é necessário (i) que o respectivo titular detenha licitamente uma coisa que deve entregar a outrem, (ii) que, simultaneamente, seja credor daquele a quem deve a restituição e (iii) que entre os dois créditos haja uma relação de conexão;
8. É inquestionável que o recorrente detém licitamente a coisa que deve entregar ao executado e que, simultaneamente, é credor da executada relativamente à respectiva quota-parte das despesas de condomínio;

9. A qualidade de condómino encontra-se numa relação de dependência directa com a de proprietário, ou, no caso em apreço, de promitente-comprador da fracção autónoma;
10. O pagamento das despesas do condomínio é, para além de contratualmente obrigatório, necessário para que se possam realizar as obras de manutenção, conservação e melhoramento das partes comuns do edifício, sem as quais o mesmo se deterioraria, vindo assim diminuído o seu valor;
11. A obrigação de o executado pagar as despesas do condomínio resulta da cláusula 10.^a do contrato promessa celebrado entre o executado e o ora recorrente, cujos direitos emergentes foram nomeados à penhora;
12. Pelo que ficou exposto, não podem restar dúvidas de que o crédito relativo à quota-parte do executado das despesas relativas ao condomínio se traduz em despesas feitas por causa da coisa que está prometida vender, *i.e.*, a fracção autónoma;
13. Estando o recorrente adstrito a cumprir uma obrigação para com o executado - ou àquele que arrematar o direito penhorado -, sendo simultaneamente credor e devedor do executado e existindo uma relação directa entre o crédito que se pretende fazer valer e a fracção autónoma prometida vender, existe direito de retenção;
14. Por outro lado, encontrando-se verificados os requisitos de que depende a existência do direito de retenção, o mesmo só seria excluído se se verificasse algumas das situações previstas no art. 756.^o do Cód. Civil (1966) - o que, no caso em apreço, não aconteceu!

15. Na hipótese de o direito de retenção invocado não ser atendido na presente execução - e, como tal, sujeito ao regime previsto no citado art. 814.º - encontrar-nos-íamos numa situação que a Lei e o bom-senso repelem: tendo efectuado despesas de conservação da coisa para a entregar em bom estado, o ora recorrente ficaria impedido de se ressarcir, visto que o arrematante não tem obrigação de satisfazer encargos da coisa antes de ela ser sua;
16. Razão pela qual o ora recorrente pediu nos referidos autos de execução ordinária, a notificação do executado para satisfazer o seu crédito;
17. Pelo que, nos termos expostos, e salvo o devido respeito, o despacho recorrido viola o art. 754.º do Cód. Civil (1966) e os arts. 856.º, 858.º e 859.º do Cód. Proc. Civil (1961).”

Pediu a revogação do despacho, com todas as consequências legais.

Do recurso, respondeu o exequente, alegando, em síntese, o seguinte:

1. Não há qualquer direito de retenção, dado que não se verificam os respectivos requisitos legais, a saber: não há posse e não há a necessária conexão com o crédito alegado.
2. Ainda que houvesse direito de retenção, o art.859.º do CPC de 1961 não dá guarida a tal tipo de relações jurídicas, mas apenas à excepção de não cumprimento do contrato que é um instituto inteiramente distinto.
3. As despesas reclamadas não estão provadas.
4. O recorrente não demonstrou a sua legitimidade para reclamar as despesas de condomínio.

5. A decisão recorrida não enferma de quaisquer vícios, não gerou nulidades e não viola quaisquer disposições legais.
6. Caso pretenda receber as despesas a que diz ter direito, o recorrente deverá propor a competente acção declarativa.

Pugna pela improcedência do recurso e pela manutenção da decisão recorrida.

Foram colhidos os vistos legais.

Cumpre-se decidir.

Conhecendo.

1. - Questão do recurso

O recorrente, não sendo parte da presente execução, em face à penhora ordenada nos mesmos autos, formulou o seu pedido para que o Tribunal notificasse o executado, nos termos do artigo 859º do código de Processo Civil, para satisfazer o crédito do recorrente resultante da quota-parte das despesas de condomínio, as quais, não obstante terem sido estipuladas no contrato promessa de compra e venda, nunca foram pagas pelo executado.

Para o efeito, invocou o direito de retenção, nos termos do artigo 754º do Código Civil (1966).

O Tribunal indeferiu (embora tacitamente) o pedido de notificação do executado, com o fundamento de inexistência do direito de retenção por não verificação dos requisitos legais previstos no artigo 754º do Código Civil (Despacho recorrido da fl. 37 dos presentes autos).

A questão essencial é de saber se existe uma relação de dependência entre a obrigação do devedor-notificado e a prestação do executado para que possa operar a notificação do executado nos termos e para os efeitos do artigo 859º do Código de Processo Civil.

Assim vejamos.

O artigo 856º do Código de Processo Civil prevê:

“1. A penhora de crédito consiste na notificação ao devedor de que o crédito fica à ordem do tribunal da execução.

2. Cumpre ao devedor declarar se o crédito existe, quais as garantias que o acompanham, em que data se vence e quaisquer outras circunstâncias que possam interessar à execução. Não podendo ser feitas no acto da notificação, serão as declarações prestadas posteriormente, por meio de termo ou de simples requerimento.

3.”

Por sua vez, o 859º do Código de Processo Civil prevê:

“1. Se o devedor declarar que a exigibilidade da obrigação depende de prestação a efectuar pelo executado e este confirmar a declaração, é notificado o executado para que, dentro de dez dias, satisfaça a prestação.

2”

Este artigo não distingue expressamente o tipo da prestação da qual depende a exigibilidade da obrigação do devedor notificado, nos termos do artigo 856º do mesmo Código, limitando-se a lei a exigir uma relação de dependência entre a prestação e a exigibilidade da obrigação.

2. - Dependência da prestação do executado

Perante a notificação nos termos do artigo 856º efectuado em virtude do mandado de penhora, o devedor tem geralmente seguintes atitudes:

- a) reconhecer a existência da dívida que lhe foi atribuído;
- b) negar essa existência;
- c) declarar que o cumprimento da sua obrigação está dependente de alguma prestação por parte do executado; ou

d) abster-se de fazer qualquer declaração sobre a existência e condições do crédito (este equivale à primeira atitude, nº 3 do mesmo artigo).

O que está em causa no presente processo é precisamente o caso de c).

Nele, o devedor ora recorrente, ao ser notificado no acto de penhora, alegou que detém um direito de retenção sobre o “direito penhorado”, resultante das despesas do condomínio relacionadas com o imóvel cujo direito de aquisição se encontra penhorado, situação que se enquadra no artigo 859º do Código de Processo Civil.

Veamos se assim é.

Antes, porém, temos de ver se o instituto de direito de retenção se enquadra neste citado artigo.

2.1. Direito de retenção

Sobre o direito de retenção, prevê o artigo 754º do Código Civil (de 1966 – aplicável neste processo, actualmente o artigo 744º do Código de 1999, que se mantém o mesmo disposto):

“O devedor que disponha de um crédito contra o seu credor goza do direito de retenção se, estando obrigado a entregar certa coisa, o seu crédito resultar de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados.”

Nos casos especiais, continua o artigo 755º que:

“1. Gozam ainda do direito de retenção:

- a) O transportador, sobre as coisas transportadas, pelo crédito resultante do transporte;*
- b) O hospedeiro, sobre as coisas que o hóspede haja trazido para a pousada ou acessórios dela, pelo crédito da hospedagem;*

- c) *O mandatário, sobre as coisas que lhe tiverem sido entregues para execução do mandato, pelo crédito resultante da sua actividade;*
 - d) *O gestor de negócios, sobre as coisas que tenha em seu poder para execução da gestão, pelo crédito proveniente desta;*
 - e) *O depositário e o comodatário, sobre as coisas que lhes tiverem sido entregues em consequência dos respectivos contratos, pelos créditos deles resultantes;*
2. *Quando haja transportes sucessivos, mas todos os transportadores se tenham obrigado em comum, entende-se que o último detém as coisas em nome próprio e em nome dos outros."*

Por sua vez no novo Código Civil prevê, no artigo 745º ainda que goza o direito de retenção:

"

- f) *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 artigo 436.º;*
- g) *O achador, nos termos do n.º 5 do artigo 1247.º."*

Para o Prof. Antunes varela, o direito de retenção "não constituindo apenas um meio de coerção de cumprimento da obrigação, encorpora um verdadeiro direito real de garantia".

"O artigo 759º equipara, por seu turno, o titular do direito de retenção de coisas imóveis no credor hipotecário e dá-lhe declaradamente a faculdade de executar a coisa para pagamento do seu crédito e o direito de ser pago com preferência sobre os demais credores do devedor. E vai neste ponto ao extremo de conceder prioridade ao titular do direito de

retenção sobre o credor hipotecário, ainda que a hipoteca tenha sido registada anteriormente.”¹

O direito de retenção pode ser definido como 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

Isto é, é essencial a quem detiver o direito de retenção ter a **posse** sobre uma coisa corpórea.

E a posse, conforme o disposto no artigo 1175º do Código Civil, “é o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real.”

Pelo que o seu alegado direito de retenção não se enquadra neste artigo de 859º do Código de Processo civil, pois o crédito que está em causa no artigo 859º não incide sobre coisa corpórea.

Assim passamos a ver se o seu alegado direito enquadra no citado artigo, ou seja se existe dependência da prestação do executado.

2.2. Dependência da prestação do executado

Com efeito, conforme o conteúdo da alegação do recorrente, trata-se de um crédito sobre o executado, resultante das despesas do condomínio relacionadas com o imóvel cujo direito de aquisição se encontra penhorado.

O dito crédito não pode ser entendido como uma “prestação” qualquer, mas deve ter uma relação de dependência entre as obrigações, de modo que a prestação por efectuar pelo executado deve ser uma condição indispensável da exigibilidade da obrigação do devedor-terceiro.

¹ In Das obrigações, em geral, II. p. 571.

² Antunes Varela, Sup. Cit. p. 572.

O direito de aquisição penhorado é precisamente o direito resultante do contrato-promessa do promitente comprador relativo à referida fracção autónoma.

Nesse contrato cuja cópia consta de fl. 34 dos autos, as partes estipularam apenas que o promitente comprador ficasse obrigado a aceitar os serviços da administração a efectuar pela companhia designada pelo promitente vendedor e a pagar as despesas do condomínio relativas à fracção.

Isto implica que a relação obrigacional do pagamento das despesas do condomínio é autónoma e é distinta da relação da compra e venda do imóvel em causa. E nos termos do que estipularam naquele contrato, o pagamento das despesas do condomínio não condiciona, de maneira alguma, a aquisição do imóvel, ou seja o não pagamento das despesas de condomínio relativas à fracção não constitui incumprimento da parte do promitente comprador na relação contratual de compra e venda da mesma fracção.

Assim não pode o promitente vendedor ora recorrente invocar a falta de pagamento das despesas do condomínio relativas à fracção como fundamento para impedir a aquisição da propriedade (horizontal) da mesma fracção autónoma, pois, as despesas do condomínio relativas à fracção são uma obrigação autónoma, que só se podem exigir numa acção declarativa autónoma.

Com todos os expostos, deve-se negar o provimento ao recurso, embora com fundamento algo diferente da decisão recorrida.

Ponderado, reste decidir.

Pelo exposto, acordam neste Tribunal de Segunda Instância em negar o provimento ao recurso interposto por (A), mantendo-se, embora com fundamento diverso, a decisão recorrida.

Custas pelo recorrente.

Macau, R.A.E., aos 7 de Março de 2002.

*Choi Mou Pan (Relator) - José Maria Dias Azedo - Lai Kin Hong
(com declaração de voto)*

Recurso nº 153/2000

Declaração de voto

Votei apenas a decisão por considerar que as razões invocadas pelo recorrente não sustentam a exceção de não cumprimento de obrigações recíprocas, o que é exigido pelo artº 859º/1 do CPC de 1961.

***R.A.E.M., 07MAR2002
Lai Kin Hong***