

## **Processo n.º 495/2017**

*(Recurso em matéria cível)*

Data: 24 de Maio de 2018

### **ASSUNTOS:**

- Contrato-promessa de compra e venda de imóvel onerado com hipoteca
- Hipoteca constituída antes da celebração do contrato-promessa
- Execução específica e condenação no pagamento de quantia onerada

### **SUMÁRIO:**

I – No processo de execução específica de bem hipotecado, só pode obter-se a condenação do Réu no pagamento da quantia onerada, quando estão reunidos os pressupostos exigidos pelo artigo 820º/4 e 5 do CCM, dos quais se destaca o de que a hipoteca seja constituída depois da celebração do contrato-promessa.

II – Caso a hipoteca seja constituída antes da celebração do contrato-promessa, no processo de execução específica, não poderá ser atendido o pedido da condenação do faltoso promitente-vendedor na entrega ao Autor do débito garantido, ou do valor nele correspondente à fracção ou do direito objecto do contrato e dos juros respectivos, vencidos e vincendos, até pagamento integral, por o artigo 820º/4 e 5 do CCM não assim autorizar.

III – Quando o Autor formular o pedido nos termos da alínea II acima expostos, é de julgá-lo improcedente nesta parte.

O Relator,

---

Fong Man Chong

## **Processo n.º 495/2017**

*(Recurso em matéria cível)*

Data : 24/Maio/2018

Recorrente : A (Autor)

Recorrida : B (Réu)

\*

### **ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA RAEM:**

#### **I - RELATÓRIO**

A, Recorrente nos presentes autos (o Autor na primeira instância), propôs em 15/03/2016 e junto do TJB acção declarativa sob forma ordinária (CV3-16-0024-CAO) contra o Réu acima referido, tendo formulado os seguintes pedidos:

##### *Como pedido principal:*

- Que fosse proferida sentença para suprir a declaração contratual do Réu e, como este se obrigara a vender a prometida fracção "sem ónus ou encargos", como consta da alínea b) da cláusula 5.ª do contrato-promessa de compra e venda, que, em simultâneo, para efeitos da expurgação da hipoteca que onera tal fracção que, o mesmo fosse condenado a entregar ao Autor o montante do débito garantido a favor do Hong Kong and Shanghai Banking Corporation Limited, calculado com base no montante de \$1600.000,00 (um milhão e seiscentos mil Hong Kong Dólares) e bem assim, os juros vencidos e vincendos até integral

pagamento.

Como pedido subsidiário:

- Que o contrato-promessa fosse declarado resolvido e o Réu, ora Recorrido, condenado a pagar ao Autor, ora Recorrente, a quantia de HKD\$1.100.000,00 (um milhão e cem mil Hong Kong Dólares), correspondente ao dobro do sinal.

Por sentença de 30/11/2016 (fls. 65 a 69), O Tribunal *a quo* julgou procedente o pedido principal, produzindo, em substituição do Réu faltoso, os efeitos da declaração negocial do mesmo, a venda da fracção autónoma identificada nos autos.

Contra esta sentença veio, em 06/02/2017, o Autor interpor o competente recurso jurisdicional para este TSI, em cujas alegações formulou as seguintes conclusões:

1. Em 15 de Dezembro de 2015, o Recorrente celebrou com o Recorrido, um contrato-promessa de compra e venda, que tinha por objecto a venda da fracção autónoma melhor identificada nos presentes autos (cfr. fls. 9 e 11 dos autos).

2. O Recorrente, por não pretender adquirir o bem em causa, acompanhado dos ónus e encargos que sobre o mesmo recaem, acordou expressamente com o Recorrido que este se obrigava a vender-lhe a prometida fracção "sem ónus ou encargos", como consta da alínea b) da cláusula 5.<sup>a</sup> do contrato-promessa de compra e venda.

3. Apesar de instado pelo Recorrente, o Recorrido não cumpriu a obrigação de com ele celebrar a escritura pública de compra e venda, no prazo determinado na cláusula 8º do mencionado contrato, nem tão pouco procedeu à expurgação da hipoteca a favor do Hong Kong and Shanghai Banking Corporation Limited, no valor de HKD\$1.600.000,00 (um milhão e seiscentos mil Hong Kong Dólares).

4. Não tendo sido celebrada a escritura, verificou-se uma situação de

incumprimento por parte do Réu.

5. Razão pela qual o ora Recorrente interpôs acção judicial, em que formulou os seguintes pedidos:

Como pedido principal,

- Que fosse proferida sentença para suprir a declaração contratual do Réu e, como este se obrigara a vender a prometida fracção "sem ónus ou encargos", como consta da alínea b) da cláusula 5.ª do contrato-promessa de compra e venda, que, em simultâneo, para efeitos da expurgação da hipoteca que onera tal fracção que, o mesmo fosse condenado a entregar ao Autor o montante do débito garantido a favor do Hong Kong and Shanghai Banking Corporation Limited, calculado com base no montante de \$1600.000,00 (um milhão e seiscentos mil Hong Kong Dólares) e bem assim, os juros vencidos e vincendos até integral pagamento.

Como pedido subsidiário,

- Que o contrato-promessa fosse declarado resolvido e o Réu, ora Recorrido, condenado a pagar ao Autor, ora Recorrente, a quantia de HKD\$1.100.000,00 (um milhão e cem mil Hong Kong Dólares), correspondente ao dobro do sinal.

6. O pedido principal visava obter, em simultâneo, sentença que produzisse, não só os efeitos da declaração negocial do ora Recorrido faltoso, por aplicação dos n.ºs 1 e 2 do artigo 820.º do Código Civil, mas também a condenação deste a entregar ao Recorrente «montante do débito garantido ou o valor nele correspondente à fracção do edifício (...) e dos juros respectivos, vencidos e vincendos, até pagamento integral», ao abrigo do n.º 4 do mesmo artigo.

7. Para o efeito, o Recorrente, socorreu-se do mecanismo facultativo a que se refere o citado n.º 4 do artigo 820.º do Código Civil, por só dessa forma lhe ser possível obter, quer a transmissão da referida fracção, quer a quantia necessária que lhe permita liquidar e

extinguir o ónus e encargo que onera a mesma fracção e que, o Recorrido se vinculara a expurgar.

8. Ora, tendo ao Recorrente sido prometida vender uma fracção autónoma, inteiramente livre de ónus e encargos, o recurso à execução específica, com a expressa invocação do n.º 4 artigo 820.º do Código Civil, pressupõe, também e simultaneamente, a condenação do Recorrido nos termos descritos nesse normativo.

9. Devidamente citado, o Recorrido não contestou a acção pelo que, nos termos do artigo 405.º, n.º 1 do Código de Processo Civil, se consideram reconhecidos os factos articulados pelo ora Recorrente na Petição Inicial (cfr. fls. 40 e 41 dos autos).

10. Assim, foram produzidas as alegações de direito pelo ora Recorrente e, após consignar em depósito o remanescente do preço (cfr. a fls. 64 dos autos), no montante de HKD\$1.550.000,00 (um milhão quinhentos e cinquenta mil Hong Kong Dólares), nos termos e para os efeitos previstos no n.º 6 do artigo 820.º, do Código Civil, foi proferida a douta sentença de fls. 65 a 69.

11. Porém, a referida douta sentença peca ao contrariar o pedido principal formulado pelo Recorrente, ao entender não estarem preenchidos os requisitos previstos no n.º 5 do artigo 820.º do Código Civil, para decretar a condenação do Recorrido nos custos da expurgação da hipoteca que onera a fracção em causa.

12. A douta sentença não admite a faculdade prevista no n.º 4 do artigo 820.º do Código Civil, por efectuar uma interpretação errónea da norma contida no n.º 5 do mesmo artigo, ao entender que a mesma só se aplica a situações em que a hipoteca tenha sido constituída posteriormente à celebração do contrato-promessa.

13. Vindo assim, *in casu*, a considerar parcialmente procedente o pedido principal, ao decretar apenas a execução específica do contrato-promessa de compra e venda, nos termos dos n.º s 1 e 2 do artigo 820.º do Código Civil, por implicitamente decidir

que tal normativo não é aplicável por a hipoteca ter sido constituída anteriormente à celebração do contrato-promessa.

14. Acontece que o disposto no n.º 5 do artigo 820.º do Código Civil, quando estipula que só se aplica se: "(...) A hipoteca tiver sido constituída posteriormente à celebração da promessa (...)" (cfr. al. a) do citado artigo), parte do pressuposto da falta de existência de convenção em contrário, por forma a salvaguardar o uso de tal mecanismo a situações não convencionadas, desde que a hipoteca tenha sido constituída depois da celebração da promessa mas, não visa restringir a faculdade prevista no n.º 4 do mesmo artigo, a situações convencionadas, como é o caso presente .

15. Ora, na situação *sub judice* o Réu, ora Recorrido, obrigou-se expressamente, em 15 de Dezembro de 2015 quando celebrou com o Autor, ora Recorrente, o contrato-promessa, a vender a prometida fracção "sem ónus ou encargos", como consta da alínea b) da cláusula 5.ª, do contrato-promessa de compra e venda.

16. Sendo factos assentes que o Recorrente não é co-responsável pela hipoteca constituída pelo Réu a favor do Hong Kong and Shanghai Banking Corporation Limited e que o Réu não procedeu à expurgação de tal ónus ou encargo, antes ou no decurso da acção, nada impede que seja decretada a condenação deste nos termos do n.º 4 do artigo 820.º do Código Civil.

17. Tanto mais que o Autor requereu no pedido principal formulado, não só que fosse decretada a execução específica do contrato-promessa de compra e venda, nos termos dos n.º s 1 e 2 do artigo 820.º do Código Civil, mas também a condenação do promitente faltoso a pagar o montante garantido pelos ónus e encargos, usando da faculdade prevista no n.º 4 do artigo 820.º do Código Civil).

18. Atenda-se que, a interpretar sem ser neste sentido, a norma contida na alínea a) do nº 5 do artigo 820.º do Código Civil, pressuporia, a contrário, que a possibilidade

de execução específica, com recurso ao mecanismo facultativo previsto no n.º 4 do mesmo artigo, só poderia ser aplicada quando a hipoteca tivesse sido constituída posteriormente à celebração do contrato-promessa logo, de nada serviria convencionar tal vontade das partes.

19. Isto é, a ser assim, tal interpretação excluiria sempre o recurso à faculdade prevista n.º 4 do artigo 820.º do Código Civil, no caso de incumprimento de contrato-promessa perante uma prometida venda "sem ónus ou encargos", se à data da celebração do mesmo já existisse hipoteca, como sucede no presente caso, o que violaria o princípio da liberdade contratual previsto no artigo 399.º do Código Civil, pondo em causa o princípio da autonomia da vontade das partes bem como, o estipulado no artigo 400.º do Código Civil quanto à eficácia dos contratos.

20. Realce-se que, em termos de direito comparado, o Autor pode, usar dessa faculdade (vide, o n.º 4 do artigo 830.º do Código Civil da República Portuguesa, correspondente ao n.º 4 do artigo 820.º do Código Civil da RAEM); se na acção interposta visar, não só a execução específica da promessa de compra e venda de uma fracção autónoma acordada sem ónus ou encargos, como também obter a condenação do Réu a pagar-lhe o montante necessário para expurgar as hipotecas e penhoras constantes do registo predial.

21. Desde que, expressamente tenha formulado tal pedido, porque o pedido a que se refere o n.º 4 do artigo 830.º do Código Civil é facultativo, tendo em conta até o facto desta faculdade não poder ser exercida autonomamente, mas exclusivamente na acção destinada a obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do promitente faltoso (cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 25 de Outubro de 1990: BMJ, 400º-755).

22. Não sendo assim, *in casu*, o incumprimento do contrato-promessa pelo promitente vendedor, ora Recorrido, que prometeu vender fracção autónoma inteiramente

livre de ónus e encargos, implicaria que o promitente comprador, ora Recorrente, por se ter socorrido da execução específica, seja obrigado, para além de já ter consignado em depósito o remanescente do preço, (cfr. a fls. 64 dos autos), de ter, ainda, adicionalmente, de pagar para efeitos da expurgação da hipoteca que onera a fracção, o montante do débito garantido a favor do Hong Kong and Shanghai Banking Corporation Limited.

23. A prevalecer a interpretação da douda sentença, tal implicaria, em situações análogas, sempre e necessariamente a opção pelo pedido de pagamento do dobro do sinal por parte do promitente comprador, sob pena de vir a sofrer as consequências nefastas de ter também de pagar "(...) integralmente aos credores hipotecários as dívidas a que os bens estão hipotecados (...)", conforme determina a alínea a) do, artigo 716º do Código Civil, ao contrário do convencionado contratualmente.

24. Saliente-se que o Recorrente fundamenta a acção no incumprimento do contrato-promessa de compra e venda da fracção que identifica, nos precisos termos acordados, isto é, livre de quaisquer ónus ou encargos, e não com a oneração que resulta da existência de hipoteca a favor do Hong Kong and Shanghai Banking Corporation Limited .

25. E a tutela que pediu ao Tribunal, em obediência ao princípio base da iniciativa das partes, que tem como corolário o princípio do dispositivo, foi que fosse proferida sentença que substituísse a declaração do promitente vendedor e a sua condenação no pagamento do montante do crédito garantido para expurgar a hipoteca, para assegurar a transmissão do bem tal como lhe fora prometida, isto é, livre de ónus ou encargos.

26. Atenda-se ainda que o autor não solicitou que o bem lhe fosse transmitido com o ónus, sem a expurgação ou a possibilidade de expurgar a hipoteca que sobre o mesmo recai, daí ter pedido, subsidiariamente, para o caso de não vencimento do pedido principal, que o contrato-promessa fosse declarado resolvido e o Réu condenado a pagar-lhe a quantia de HKD\$1.100.000,00 (um milhão e cem mil Hong Kong Dólares), correspondente

ao dobro do sinal.

27. Pelo exposto se conclui que a dita sentença incorre, a partir dos factos assentes, em má interpretação e aplicação da lei, em violação dos n.ºs 4 e 5, do artigo 820.º e, ainda, dos artigos 399.º e 400.º, todos do Código Civil, no que, Viriato de Lima, designa no seu Manual, por "erro de julgamento" (cfr. Manual de Direito processual Civil, de Viriato de Lima, pg. 548).

\* \* \*

**B**, Recorrido nos presentes autos (Réu na primeira instância), notificado das alegações do recurso do Autor (fls. 104), ficou silencioso.

\* \* \*

Foram colhidos os vistos legais.

Cumpre analisar e decidir.

\* \* \*

## **II - PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS**

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

O processo é o próprio e não há nulidades.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciária e são dotadas de legitimidade "*ad causam*".

Não há excepções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

\* \* \*

### **III - FACTOS**

Com pertinência, têm-se por assentes os factos seguintes:

1. A Autora Por contrato-promessa outorgado em 15/12/2015, titulado por escrito particular, o Autor prometeu comprar ao Réu, que por sua vez prometeu vender-lhe a fracção autónoma destinada a habitação correspondente ao 7º andar, letra “E”, do prédio urbano sito na XXXX, em Macau, inscrita na matriz sob o artigo n.ºXXXXXF e inscrita na Conservatória do Registo Predial a favor do Réu sob o n.ºXXXXXXG, afecto ao regime de propriedade horizontal pela inscrição n.ºXXXXXF e descrita na mencionada Conservatória sob o n.ºXXXXX-VI da freguesia Nossa Senhora de Fátima, pelo preço de HK\$2.100.000,00, livre de quaisquer ónus ou encargos, conforme cópia do contrato-promessa e de duas certidões que se juntam e se dão por reproduzidas para todos os efeitos legais. (Artigo 1º)

2. Para o efeito, o Autor e o Réu deslocaram-se ao 1º Cartório Notarial da RAEM, onde reconhecerem presencialmente as respectivas assinaturas, tendo sido entregue ao Réu o valor de HK\$550.000,00, a título de sinal e antecipação parcial do preço. (Artigo 2º)

3. No referido contrato ficou estipulado que o contrato definitivo de compra e venda seria outorgado até ao dia 29/01/2016, conforme teor da cláusula 8ª daquele contrato-promessa. (Artigo 3º)

4. No dia 15/01/2016, foi enviada uma carta registada como aviso de recepção ao Réu a comunicar-lhe que o contrato definitivo de compra e venda seria celebrado pelas 11h do dia 28/01/2016, no Cartório do Notário Privado XXX tendo, nos termos conjugados das cláusulas 8ª e 9ª do contrato-promessa, ficado notificado para os devidos efeitos legais. (Artigo 4º)

5. De imediato, o Autor não só procedeu à regularização do imposto de selo devido pela transmissão do imóvel em causa em 08/01/2016, como também acordou um mútuo de facilidades bancárias com o Banco da China, no montante de HK\$1.680.000,00,

não só para liquidar o remanescente do preço no valor de HK\$1.550.000,00, estipulado no contrato-promessa celebrado com o Réu, como também para liquidar as demais despesas inerentes aos custos devidos com a transmissão do imóvel. (Artigo 5º)

6. E, nesse dia isto é, no dia 28/01/2016, o Autor dirigiu-se ao cartório do Notário Privado XXX, sito na XXXX, em Macau onde permaneceu cerca de duas horas, sem que o Réu aparecesse para outorgar a escritura, conforme certidão negativa emitida pelo respectivo Cartório a 28/01/2016. (Artigo 6º)

7. Desde então e até à presente data, o Réu têm-se furtado a qualquer contacto com o Autor, não tendo ainda sido celebrado a escritura pública de compra e venda do supra identificado apartamento. (Artigo 7º)

8. Pela cláusula 4ª do contrato-promessa de compra e venda, foi ainda, estipulado pelos outorgantes a faculdade de requererem a execução específica do contrato nos termos do artigo 820º do Código Civil. (Artigo 8º)

9. Acontece que sobre o mesmo imóvel para garantia do pagamento de HK\$1.600.000,00 está inscrita na Conservatória do Registo Predial uma hipoteca sobre o n.º126366C, constituída em 05/08/2011, a favor do Hong Kong and Shanghai Banking Corporation Limited. (Artigo 15º)

\* \* \*

#### **IV - FUNDAMENTAÇÃO**

Como o recurso tem por objecto a sentença proferida pelo tribunal de 1ª instância, importa ver o que o Tribunal *a quo* decidiu. Este afirmou na sua douta decisão:

原告提出訴訟的理由載於第 2 至 7 頁的起訴狀內，原告請求判處其訴訟請求成立，並要求：

a) Ser ordenada a execução específica do contrato-promessa de compra e venda da fracção autónoma destinada a habitação, correspondente ao 7º andar, letra “E”, do prédio urbano sito na XXXX, em Macau, inscrita na matriz sob o artigo n.º XXXXXF e inscrita na Conservatória do Registo Predial a favor do Réu sob o n.ºXXXXXXG, afecto ao regime de propriedade horizontal pela inscrição n.ºXXXXXF e descrita na mencionada Conservatória sob o n.ºXXXXX-VI da freguesia Nossa Senhora de Fátima, através de sentença que produza os efeitos da declaração negocial do Réu, nos termos do artigo 820º do Código Civil;

b) Ser o Réu condenado a pagar ao Autor a quantia correspondente ao débito garantido a favor do Hong Kong and Shanghai Banking Corporation Limited, calculado com base no montante de HK\$1.600.000,00 e bem assim os juros vencidos e vincendos até integral pagamento;

Subsidiariamente, para o caso do cumprimento da promessa não ser possível:

c) Ser o contrato-promessa declarado resolvido e o Réu condenado a pagar ao Autor a quantia de HK\$1.100.000,00, correspondente ao dobro do sinal.

\*\*\*

為著上述效力，原告附上載於卷宗第 9 至 32 頁的文件。

\*\*\*

被告獲傳喚後未有提出答辯。

\*\*\*

基於被告沒有呈交答辯，依照《民事訴訟法典》第四百零五條的規定，視被告對原告分條縷述的事實事宜作出自認，但不包括訴訟內的屬結論性的事實，同時可立即審理實體事宜。

確定了既證事實，現須分析事實及處理適用法律的問題。

在本案中，原告主張與被告簽訂了承諾買賣合約，當中原告承諾購買而被告則承諾出售位於物業登記局標示編號 XXXXX-VI 號 “E7” 之居住用途之獨立單位。

於簽定上述合同時，被告已收取了原告港幣\$550,000 元的定金，雙方約定於 2016 年

1 月 29 日或之前辦理簽訂買賣公證書之手續。

原告隨後著手安排簽定買賣公證契約之事實，原告委託的律師於 2016 年 1 月 15 日以信函通知被告於 2016 年 1 月 28 日在 XXX 律師事務所簽訂買賣公證書，然而，原告當天依時到達律師樓等候了兩個小時，被告最終沒有出現。

因此，原告主張因被告不履行而對被告承諾出售的此獨立單位的預約買賣合同進行特別執行，又或以被告確定不履行出售單位的承諾，要求判處被告返還雙倍的定金港幣\$1,100,000 元。

原告與被告建立的法律關係的性質

為著審理原告的訴求，首先須確定雙方是否設立一份預約買賣合同，從而使被告負有出售案中獨立單位的義務。

《民法典》第四百零四條規定：

“一、某人基於一協議而有義務訂立特定合同者，該協議適用有關本約合同之法律規定；但當中涉及本約合同方式之規定或因本身存在之理由而不應延伸適用於預約合同之規定除外。

二、然而，如預約涉及法律要求以公文書或私文書訂立之合同，則預約視乎屬單務或雙務而須在具有受預約拘束之一方或雙方當事人簽名之文書內作出，方為有效。”

“O contrato-promessa é convenção pela qual ambas as partes ou apenas uma delas, se obrigar, dentro do prazo ou verificados certos pressupostos, a celebrar determinado contrato.”

已證事實證明被告於 2015 年 12 月 15 日簽立了一份預約買賣合同承諾向原告以港幣 \$2,100,000 元出售一個位於澳門 XXXX，標示於物業登記局編號 XXXXX-VI 的物業 7 樓“E”的居住用途的獨立單位，在簽立此協議時，原告已支付定金港幣\$550,000 元予被告。

依照上述事實，被告確實作出了承諾將單位售予原告，故此，原告與被告之間設立的乃預約買賣關係毫無懸念。

此外，由於預約買賣關係的標的物為不動產，有關協議必須載於本人簽署的文書中。原告與被告的協議亦透過文書方式載明雙方的意思表示（見卷宗第 9 至 11 頁），有關意思表示符

合法律規定的設定方式。

因此，後者確負有出售合同所訂明的不動產予前者的義務。

\*\*\*

預約合同的履行

確定了預約合同為有效，現著手看預約合同是否未獲履行。

根據已證事實，雙方簽訂上述預約合同時，被告同意以港幣\$2,100,000 元出售獨立單位，原告當時已支付港幣\$550,000 元的定金。同時證實雙方協定於 2016 年 1 月 29 日或之前簽立買賣公證書將物業出售予原告。

《民法典》第七百九十四條第二款 a)項規定：“債務定有確定期限，債務人之遲延不取決於催告。”

在本個案中，雙方訂定的預約買賣合同設定簽訂買賣合同的最遲期限，雙方是設定了期限完成買賣，然而，此一期限的已屆滿並不必然意味債務人沒有履行債務。

簽訂買賣合同是承諾出售人及承諾買受人雙方的義務，因此，雙方均有義務在期限內完成交易。不過，訂立買賣公證書並不是說做便可做，需要預先與公證員預約時間及地點方可成。

故此，即使預約買賣合同訂有一個初步的完成合同的期限，還必須由雙方或另一方跟進及展開相關預約手續，以便在確定的時間及地點訂立買賣合同。

據已證事實，原告有盡義務在 XXX 律師事務所排期於 2016 年 1 月 28 日簽署買賣公證書，並於 2016 年 1 月 15 日以信函通知被告有關簽署公證書的事宜；然而，於簽署公證書當日，原告依時抵達律師樓，但在律師樓等候被告 2 小時後，被告依然沒有出席。

上述行為顯示原告已安排及確立簽定公證書的日期及地點，但被告沒有在約定日期及時間出現，以致公證書未能完成；考慮到原告已對被告作出催告，因此，未能簽訂買賣合同只能歸責於被告的不履行。

另外，《民法典》第七百八十八條第一款規定：“就債務之不履行或瑕疵履行，須由債務人證明非因其過錯所造成。”

在案中，被告不肯履行義務簽訂買賣公證書，顯示不履行乃出於其過錯，而且，沒有任何事實足以推翻前述的法律推定，因此，義務的不履行乃由被告過錯所造成。

\*\*\*

#### 特定執行

接下來，須考究原告是否有權要求特定執行預約買賣合同。

《民法典》第八百二十條第一款、第二款及第三款規定：

“一、如一人承擔訂立某合同之義務，而不遵守該預約，則在無相反之協議下，他方當事人得獲得一判決，以產生未被該違約人作出之法律行為意思表示之效力，但此與違約人所承擔債務之性質有抵觸者除外。

二、為着前款規定之效力，在預約合同中，單純存在交付訂金之事實或曾為合同之不履行而定出違約金，均不視為相反之協議，而預約係涉及有償移轉或設定房地產或其獨立單位上之物權時，只要預約取得人已取得合同標之物之交付，即使有相反協議，預約取得人仍享有請求特定執行之權利。

三、應違約人之聲請，法院得在產生未被該違約人作出之法律行為意思表示效力之判決中，命令按第四百三十一條之規定變更合同。

四、...

五、...

六、...”

在案中，原告已將部分價金交予被告，支付價金具有訂金的性質，但依照上列條文第二款的規定，單純支付訂金不能視為相反之協議。

然而，原告與被告訂立的預約買賣合同並不具備物權效力，因此，還需考慮案中的標的物是否依然以預約出售人的名義登記方才可以特定執行。

因為“可以特定執行並不意味具有物權效力，因此，若預約出售人已將物業出售予第三人便不可以特定執行，因此若移轉已然發生，則不可以透過司法判決來取得物業。”

綜觀本案的情節，原告與被告訂立的預約合同並沒有訂立不能進行特定執行的協議，但合同的標的物“E7”的獨立單位仍然以被告名義登記。

而且，原告已將尚餘的價金存於法院。

因此，本個案中沒有發生任何障礙令特定執行不可行，可以透過司法裁判補正被告沒

有作出的意思表示，故原告之此一請求應獲判處成立。

\*

原告還要求判處被告交付由抵押所擔保之債務，連同直至完全支付為止的已到期及未到利息。

原告要求被告交付的款項乃被告在獨立單位上設定抵押擔保支付的欠香港上海滙豐銀行的債務，以消除該抵押權。

《民法典》第八百二十條第四款規定：“如須特定執行之預約係涉及訂立移轉或設定房地產或其獨立單位上物權之有償合同，而在有關房地產或其獨立單位上設有抵押權者，則為着消除抵押權，預約中之取得人得聲請在第一款所指之判決中，亦判違反預約之人向其交付被抵押擔保之債務款項，又或交付作為合同標的之單位所涉及之債務款項，並向其交付已到期及未到期之利息，而該等利息係計至上述款項清付時為止。”

為著上述條文的規定，該條第五款規定有關判給必須同時具備三個條件：一) 抵押權之設定後於預約之訂立；二) 抵押旨在擔保違反預約人對第三人的債務，而預約取得人並非與債務人共同承擔債務；三) 抵押權之消滅沒有與在移轉或設定時或之前消滅。

在本案中，原告擬消除的抵押權於 2011 年 8 月 5 日設定，乃在案中預約合同訂立前已設定，不符合抵押設定必須後於預約訂立的法定條件。雖然預約合同中謹定了簽訂買賣合同時，預約出售人須取消設於單位上的負擔條件，預約買受人若認為預約出售人不履行，其可以此理由解除合同，但不能據此代替法定要件要求判處預約出售人支付相關款項。

基於不符合法律規定，原告的此一請求不能成立。

\*\*\*

基於原告提出的主請求成立，已無須審理其提出的補充請求。

\*\*\*

## V. 裁 決

據上論結，本法庭裁定訴訟理由大部分成立，裁決如下：

- 代替被告 B 作出出售物業的聲明，將標示於物業登記局第 XXXXX-VI 號，第 B 簿冊，業權人登錄編號 XXXXXXG，位於澳門 XXXX7 樓 E 的“E7”獨立單位之業權轉售予原告 A。

- 裁定原告提出的其他請求不能成立，並開釋被告。

\*

訴訟費用由原告及被告按敗訴比例承擔。

\*

依法作出通知及登錄本判決。

\*

於澳門特別行政區，2016年11月30日”

### *Quid Juris?*

A única questão levantada neste recurso consiste em saber se pode (e deve) proceder ou não o pedido formulado nestes termos:

- Que fosse proferida sentença para suprir a declaração contratual do Réu e, (como este se obrigara a vender a prometida fracção "sem ónus ou encargos", como consta da alínea b) da cláusula 5.ª do contrato-promessa de compra e venda, que, em simultâneo, para efeitos da expurgação da hipoteca que onera tal fracção – *nota: esta parte já foi atendida pelo tribunal a quo*) **que, o mesmo fosse condenado a entregar ao Autor o montante do débito garantido a favor do Hong Kong and Shanghai Banking Corporation Limited, calculado com base no montante de \$1600.000,00 (um milhão e seiscentos mil Hong Kong Dólares) e bem assim, os juros vencidos e vincendos até integral pagamento.**

De algum modo, este conteúdo já resulta do acordo das partes, plasmado no próprio contrato-promessa, na 5ª cláusula.

A liberdade contratual releva dos princípios da igualdade e da liberdade.

Está, porém, sujeita a determinados limites por razões da boa-fé, de justiça real, de protecção da parte social ou economicamente mais fraca, da moral pública ou dos bons costumes (artigo 399º do Código Civil de Macau) (CCM).

A regra é no sentido de que as partes são livres de cumprir ou não as

suas obrigações, naturalmente sujeitando-se, no caso de incumprimento, às respectivas consequências negativas legalmente previstas para o efeito, incluindo a responsabilidade civil contratual.

O instituto da execução específica dos contratos assume, neste plano, um carácter excepcional, certo que, dispensando a via da condenação do devedor na prestação daquilo a que se vinculou, a sentença produz imediatamente na sua esfera jurídica, independentemente da sua vontade de contratar, o resultado prático do cumprimento.

É o tribunal quem, por força da lei, através de sentença constitutiva, supre a declaração de vontade de alienação do promitente vendedor, ou seja, não se trata, como é natural, de substituir a vontade do promitente vendedor pela vontade do promitente-comprador.

A propósito da execução específica dos contratos em que ao obrigado seja lícito invocar a excepção de não cumprimento, a acção improcede se o autor não consignar em depósito a sua prestação no prazo que lhe for fixado pelo tribunal (artigo 820º, nº 5, do CCM).

\*

O artigo 820º do CCM (contrato-promessa) estipula:

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 431.º

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 n.º 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 propósito deste normativo, importa realçar o seguinte:

1) - Quanto ao imóvel prometido a vender onerado com hipoteca, para efeito de pagamento da quantia do débito garantido e para posterior expurgação desta última, exige-se que a hipoteca seja constituída após a celebração do contrato-promessa, tal resulta do próprio texto do artigo 820º/4 e 5 do CCM.

2) - Para a situação em que a hipoteca seja constituída antes do

contrato-promessa, as normas que regem esta situação já não são os números 4 e 5, poderá eventualmente ser o n.º 1, em conjugação com o artigo 716º do CCM (que corresponde ao artigo 721º do CC de 1966) (*expurgação da hipoteca*), prescrevendo este:

“Aquele que adquiriu bens hipotecados, registou o título de aquisição e não é pessoalmente responsável pelo cumprimento das obrigações garantidas tem o direito de expurgar a hipoteca por qualquer dos modos seguintes:

a) **Pagando integralmente aos credores hipotecários as dívidas a que os bens estão hipotecados** ou, no caso previsto no n.º 2 do artigo 692.º, o valor indicado no n.º 3 do mesmo artigo;

b) Declarando que está pronto a entregar aos credores, para pagamento dos seus créditos, até à quantia pela qual obteve os bens, ou aquela em que os estima, quando a aquisição tenha sido feita por título gratuito ou não tenha havido fixação de preço.”

É de ver que este artigo 721º exige o requisito de “registar o título de aquisição”, o que não se verificou no caso dos autos. Poderá fazer-se agora com base no CRP? É uma dúvida que temos.

3) – Mais, o artigo 716º do CCM (*expurgação da hipoteca*) tem de ser aplicado em conjugação com o regime previsto no CPC, ou seja, o regime estatuído no artigo 911º a 919º do CPC, processo especial para expurgação da hipoteca. O artigo 911º (*expurgação através do pagamento integral aos credores hipotecários — Requerimento*) do CPC prescreve:

Aquele que pretenda a expurgação de hipoteca, pagando integralmente aos credores hipotecários as dívidas a que os bens estão hipotecados, deve requerer que estes sejam citados para receberem a importância dos seus créditos, sob pena de esta ser depositada.

4) - No caso dos autos, o credor hipotecário não interveio, não se sabe se ele tem algum fundamento para contestar ou não, e compreende-se por que razão o artigo 911º do CPC manda citar o credor hipotecário para receber (ou eventualmente para “contestar”), é justamente por força do princípio do contraditório, a que não é possível dar cumprimento, porque o banco, credor hipotecário não foi chamado para intervir nos autos.

5) - Por outro lado, sendo certo que, no processo 4/2000, numa situação semelhante, o TSI afirmou:

“A decisão judicial que declara vendido um bem prometido vender livre de quaisquer ónus ou encargos, deve, por maioria de razão, condenar o promitente vendedor, nas despesas que o exequente vier a ter para libertar o bem dos ónus ou encargos que sobre o mesmo incidem.” (in Ac. do TSI 2000, pág. 311 e segs). Os termos fixados neste aresto são um pouco diferentes aos pedidos do Autor.

Nesta sede, não é inútil evocar, em nome do direito comparado, a legislação portuguesa, para perceber a diferença e se há ou não fundamento suficiente para atender o pedido do Autor.

O artigo 830º do CC de Portugal (*uma redacção ligeiramente diferente da do art. 820º do CCM*), na redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei nº 379/86, de 11 de Novembro, tem o seguinte teor:

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 não se oponha a natureza da obrigação assumida.

2. Entende-se haver convenção em contrário, se existir sinal ou tiver sido fixada uma pena para o caso de não cumprimento da promessa.

3. O direito à execução específica não pode ser afastado pelas partes nas promessas a que se refere o nº 3 do artigo 410º; o requerimento do faltoso, porém, a

sentença que produza os efeitos da sua declaração negocial pode ordenar a modificação do contrato nos termos do artigo 437º, ainda que a alteração das circunstâncias seja posterior à mora.

4. Tratando-se de promessa relativa à celebração de contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício, ou fracção autónoma dele, em que caiba ao adquirente, nos termos do artigo 721º, a faculdade de expurgar hipoteca a que o mesmo se encontre sujeito, pode aquele, caso a extinção de tal garantia não preceda a mencionada transmissão ou constituição, ou não coincida com esta, requerer, para efeito da expurgação, que a sentença referida no n.º 1 condene também o promitente faltoso a entregar-lhe o montante do débito garantido, ou o valor nele correspondente à fracção do edifício ou do direito objecto do contrato e dos juros respectivos, vencidos e vincendos, até pagamento integral.

5. No caso 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.

É de ver que a redacção do artigo 820º do CCM é diferente da do artigo 830º do CC de Portugal, principalmente o n.º 4 do artigo. Em face da legislação portuguesa, o pedido formulado pelo Autor procederá! Pois, a última parte do n.º 4 do artigo 830º do CC de Portugal corresponde exactamente aos termos do pedido do Autor! Mas a mesma posição já não podemos defender no domínio do regime vigente na RAEM. Dura lex sede lex!

5) - Comparando as duas legislações em causa, é fácil detectar-se que a legislação macaense só admite a condenação do Réu no pagamento da quantia onerada para posterior expurgação da hipoteca, em sede da execução específica, quando a hipoteca seja constituída depois da celebração do contrato-promessa. Se a hipoteca fosse constituída antes da celebração do

contrato-promessa, o legislador manda indirectamente que as partes sigam o regime normal. Ou seja, com a sentença da 1ª instância, que julgou procedente o pedido principal do Autor, este passou a ser proprietário do imóvel em causa, só que este está onerado com a respectiva hipoteca. Agora, o Autor tem de procurar expurgá-la nos termos normais, nomeadamente nos termos do artigos 716º e seguintes do CCM e artigos 911º e seguintes do CPC.

Resumindo, o promitente-comprador não pode obter o pagamento da quantia onerada para expurgação da hipoteca neste processo da execução específica por razões seguintes:

- Em primeiro lugar, o banco, credor hipotecário não é parte deste processo, como tal quer quanto ao montante de débito, quer aos juros vencidos e vencendos, não se sabe!

- Em segundo lugar, do distrato da hipoteca incidente sobre o imóvel, objecto do contrato-promessa em causa, não conduz à transmissão directa e automática da propriedade para o promitente-comprador;

- Em terceiro lugar, aquando da celebração do contrato-promessa, as partes já sabiam a existência de hipoteca sobre o bem imóvel, objecto de compra e venda, como tal deveriam acautelar esta situação, nomeadamente devia acordar alguma cláusula especial, nomeadamente a de se reconhecer ao promitente-comprador a faculdade de descontar do preço da compra e venda a quantia necessária ao distrato da hipoteca e ao pagamento de adicionais despesas administrativas daí decorrentes, caso o promitente-vendedor não cumpra a promessa com culpa. Mas nada sobre isto ficou acordado expressamente.

### **Síntese conclusiva:**

I – No processo de execução específica de bem hipotecado, só pode obter-se a condenação do Réu no pagamento da quantia onerada, quando estão reunidos os pressupostos exigidos pelo artigo 820º/4 e 5 do CCM, dos quais se destaca o de que a hipoteca seja constituída depois da celebração do contrato-promessa.

II – Caso a hipoteca seja constituída antes da celebração do contrato-promessa, no processo de execução específica, não poderá ser atendido o pedido da condenação do faltoso promitente-vendedor na entrega ao Autor do débito garantido, ou do valor nele correspondente à fracção ou do direito objecto do contrato e dos juros respectivos, vencidos e vincendos, até pagamento integral, por o artigo 820º/4 e 5 do CCM não assim autorizar.

III – Quando o Autor formular o pedido nos termos da alínea II acima expostos, é de julgá-lo improcedente nesta parte.

Tudo visto, resta decidir

\* \* \*

## **V - DECISÃO**

Em face de todo o que fica exposto e justificado, os juízes do Tribunal de 2ª Instância **acordam em negar provimento** ao recurso, mantendo a decisão recorrida.

\*

### **Custas pelo Recorrente (Autor).**

\*

### **Registe e Notifique.**

RAEM, 24 de Maio de 2018.

Fong Man Chong

Ho Wai Neng

José Cândido de Pinho