

Processo n.º 909/2015

(Recurso Cível)

Relator: João Gil de Oliveira

Data : 16/Junho/2016

ASSUNTOS:

- Incumprimento do contrato-promessa; indemnização pelo dano excedente
- Direito de retenção

SUMÁRIO :

1. Se A promete comprar as fracções X e Y a B, no domínio do velho CC, paga integralmente o preço quando do sinal, aí passa a viver com a família, faz obras de envergadura, ligando as duas fracções, mas, passado algum tempo, ainda no velho Código, B vende x a C e , já no novo CC, Y a D, verifica-se uma situação de incumprimento definitivo do contrato-promessa, assistindo a A o direito de retenção como garantia pelo crédito resultante do incumprimento por banda de B.

2. Aplica-se ao caso, na primeira das situações, na falta de estipulação em contrário, o disposto no art. 442/3 do CC de 1966 e o disposto no art. 436º, n.º4, do CC de 1999, por força do disposto no art. 11.º e 15.º do DL 39/99/M, de 3 de Agosto. Assim, o crédito indemnizatório em relação à primeira venda da coisa por si prometida comprar concretiza-se no pagamento do sinal em dobro e à segunda venda da coisa por si prometida comprar já se aplica o critério da indemnização pelo dano excedente.

3. O valor do dano, resultante da revalorização da fracção, deve ser objectivamente apreciado e reportar-se ao momento do incumprimento, não podendo estar dependente da mera vontade do credor, ao sabor das flutuações do mercado, sob pena até, se outas razões não houvesse - quais sejam as relativas à fixação do dano e momento da sua determinação -, ficando o devedor inadimplente à mercê da vontade daquele e do momento que melhor lhe apossasse, o que seria manifestamente inadmissível e irrazoável. É o que resulta do regime do artigo português, é o que resulta da jurisprudência comparada, é o que resulta da melhor compreensão da norma e do regime da obrigação da indemnização, face ao disposto nos artigos 787º, 556º, 557º do CC.

4. Numa situação em que o promitente-comprador promete comprar as fracções, paga a totalidade do preço, fica ali a viver com a família, adapta as fracções às necessidades da sua família, liga as duas fracções para aumentar a sua área, decora-as a seu gosto, tem defendido em diversas acções o seu direito às fracções perante quem se tem arrogado proprietário a quem foram, em incumprimento do prometido, transmitidas as coisas, perante todo esse acervo fáctico, por si, bastante impressivo, tem-se o *animus possidendi* como adquirido. Na verdade, o elemento subjectivo da posse vem sendo posto em crise, na melhor doutrina, como elemento destacável e autonomizável dos actos materiais correspondentes ao exercício do respectivo direito real, face à terminologia do art. 1175.º do CC.

O Relator,

João A.G. Gil de Oliveira

Processo n.º 909/2015

(Recurso Civil)

Data: 16/Junho/2016

Recorrentes: - A, Lda. (1ª ré)
- B, Lda. (5ª ré)
- C (3ª ré)

Recorridos: - D (autor) e E (autora)

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

I - RELATÓRIO

1. "A, LIMITADA", e "B, LIMITADA", vêm recorrer da sentença que decidiu:

- *Condena-se a 1ª Ré A Limitada, a pagar ao 1.º Autor D a quantia de MOP\$17,819,000.00 (equivalente a HKD\$17,300,000.00);*

- *Reconhece-se o direito de retenção do 1.º Autor D quanto às fracções "XX" e "YY" melhor identificadas nos autos;*

- *Absolvem-se os Réus dos demais pedidos;*

Quanto à reconvenção julgando-se a mesma parcialmente procedente por parcialmente provada decide-se:

- Reconhecer a 3ª Ré titular do direito à concessão por arrendamento e propriedade de construção da fracção autónoma designada pela letra "YY" melhor identificada nos autos e em consequência condena-se o 1º Autor a reconhecer àquele como titular do indicado direito;

- Julga-se improcedente o pedido de restituição da fracção autónoma designada pela letra "YY", bem como o pedido de condenação do 1º Autor no pagamento de indemnização, indo este absolvido dos mesmos.

Para tanto, alegam, em síntese conclusiva:

1) Vem o presente recurso interposto da seguinte sentença que (i) condenou la Ré A Limitada, a pagar ao 1.º Autor D a quantia de MOP\$17,819,000.00 (equivalente a HKD\$17,300,000.00); (ii) reconhecer o direito de retenção do 1.º Autor D quanto às fracções "XX" e "YY" melhor identificadas nos autos;

(ii) Quanto à reconvenção julgando-se a mesma parcialmente procedente por parcialmente provada foi decidido:

- Reconhecer a 3ª Ré titular do direito à concessão por arrendamento e propriedade de construção da fracção autónoma designada pela letra "YY" melhor identificada nos autos e em consequência condena-se o 1º Autor a reconhecer àquele como titular do indicado direito;

- Julga-se improcedente o pedido de restituição da fracção autónoma designada pela letra "YY", bem como o pedido de condenação do 1º Autor no pagamento de indemnização, indo este absolvido dos mesmos.

2) *Da instrução e discussão jurídica da causa resultou apurada a seguinte factualidade:*

a) *Em 10.03.1999 a 1ª Ré e o 1º Autor, Recorrente e Recorrido, respectivamente, subscreveram dois documentos escritos em que aquela prometeu vender a este as fracções autónomas designadas por "XX" e "YY", do Ed. xxx, pelos preços de, respectivamente, HKD\$350,000.00 (trezentos e cinquenta mil dólares de Hong Kong) e HKD\$250,000.00 (duzentos e cinquenta mil dólares de Hong Kong), a pagar na totalidade no momento da celebração e subscrição desses documentos que se encontram juntos a fls. 13 a 16 dos autos;*

c) *O 1º A., ora Recorrido, pagou a totalidade dos preços para a compra das fracções à 1ª R nesse acto e, conseqüentemente, a mesma emitiu e subscreveu recibos das quantias de HKD\$350,000.00 (trezentos e cinquenta mil dólares de Hong Kong) e HKD\$250,000.00 (duzentos e cinquenta mil dólares de Hong Kong), na mesma data de 10.03.1999 em conformidade com os documentos juntos a fls. 38 e 39 dos autos; d) Por escritura de 04.06.1999, lavrada a fls. 12 do Livro de Notas para Escrituras Diversas n.º 11 do Notário Privado Gonçalo Nuno de Matos Chaves Pinheiro Torres, a 1ª R. declarou vender ao 2º R, F, solteiro, maior, pelo preço declarado de MOP\$862,640.00 (oitocentas e sessenta e duas mil seiscentas e quarenta mil patacas) a fracção autónoma "YY", do prédio descrito sob o n.º xxxxx na Conservatória do Registo Predial de Macau, aquisição que ficou definitivamente registada a favor do adquirente na mesma conservatória pela inscrição n.º xxxxxF em conformidade com os documentos juntos a fls. 58 a 63 e 17 a 26 dos autos;*

f) *Por escritura de 05.12.2000, lavrada a fls. 40 do Livro de Notas para Escrituras Diversas n.º 16 do Notário Privado António Passeira, a 1ª R declarou vender ao 4. R, G, solteiro, maior, residente na China pelo preço de MOP\$11,643,600.00 (onze milhões e*

seiscentas e quarenta e três mil patacas) as fracções "AA" "BB" "CC" "DD" "EE" "FF" "GG" "HH" "II" "JJ" "KK", "LL", "MM" "NN" "OO" "PP" "XX" "RR" e "SS", todas do prédio descrito sob o n.º xxxxx na Conservatória do Registo Predial de Macau, aquisição que ficou definitivamente registada a favor do adquirente na mesma conservatória pela inscrição n.º xxxxxG em conformidade com os documentos juntos a fls. 75 a 82 e 17 a 26 dos autos;

h) Por sentenças transitadas em julgado no âmbito dos processos n.º CVI-05-0069-CAO e CV3-50-0072-CAO foi reconhecido, respectivamente que o ora Réu F era o proprietário da fracção autónoma designada por "YY" e que o ora Réu G era o proprietário da fracção autónoma designada por "XX", ambas do prédio melhor descrito em B) e que o ora 1.º Autor era titular de um direito de retenção sobre as ditas fracções, em conformidade com o teor das certidões judiciais juntas as fls. 112 a 152 dos autos e que aqui se consideram por integralmente reproduzidas;

l) A 1.ª R. "A, Limitada" propôs uma acção de consignação em Depósito n.º CV3-11-0045-CPE, pretendendo consignar em depósito o dobro dos preços pagos pelo 1ªA., a título de restituição dos preços pagos e indemnizações devidas pelo incumprimento dos contratos promessa, com o fim de resolver os contratos por si celebrados, acção essa que se encontra suspensa por decisão judicial transitada em julgado;

m) Em 09.09.2011, a 1ª Ré efectuou o depósito aludido em l), no montante total de MOP\$1,238,150.00 à ordem dos autos de consignação em depósito n.º CV3-11-0045-CPE em conformidade com os documentos juntos a fls. 530 a 536 dos autos e que se consideram aqui integralmente reproduzidos;

s) A fracção "XX" vale actualmente a quantia de HKD\$10,000,000.00 (dez milhões de dólares de Hong Kong);

t) A fracção "YY" vale actualmente a quantia de HKD\$7,900,000.00 (sete milhões e novecentos mil dólares de Hong Kong);

3) O entendimento do Tribunal da Primeira Instância foi que, "O certo é que, se o contrato de promessa de compra e venda tivesse sido cumprido como era devido o 1º A seria actualmente titular do direito de propriedade sobre as fracções com o actual preço de mercado.

4) Tendo o r A prometido adquirir as fracções autónomas por HKD\$350,000.00 e HKD\$250,000.00, as quais hoje têm um valor de HKD\$10,000,000.00 e HKD\$7,900,000.00, devido ao incumprimento do contrato deixou de ganhar a diferença, isto é, HKD\$17,300,000.00, equivalente a MOP\$17,819,000.00 (x 1,03);

5) Afirmando ainda a sentença que, "Dúvidas não há que os referidos HKD\$17,300,000.00 correspondem ao benefício que o credor deixou de auferir por força do incumprimento do devedor – art. 558.º n.º 1 do C. Civ. - havendo assim nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo credor aqui 1º A e o incumprimento do devedor aqui 1º R- art. 557º C. Civ". Destarte verificamos que o dano sofrido é de HKD\$17,300,000.00, ou seja superior em HKD\$16,100,000.00 ao valor que o 1º A tem a receber, pelo que, face ao disposto no n.º 4 do art. 436 do C. Civ, deve a 1º R ser condenada a pagar o sinal em dobro acrescido deste valor, isto é, tudo no montante global de HKD\$17,300,000.00"

6) Ora, não podemos partilhar do entendimento do Tribunal ad quo, pelas razões que, de seguida passamos a enumerar.

7) Antes de mais, o contrato - promessa, tal como plasmado no Código Civil dispõe que: "1. À convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato são

aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato prometido, exceptuadas as relativas à forma e as que, por sua razão de ser, não se devam considerar extensivas ao contrato-promessa. 2. Porém, a promessa relativa à celebração de contrato para o qual a lei exija documento, quer autêntico, quer particular, só vale se constar de documento assinado pela parte que se vincula ou por ambas, consoante o contrato-promessa seja unilateral ou bilateral.”

8) *No caso em apreço, conforme melhor resulta dos autos, la Recorrente e 1.º Recorrido, celebraram os contratos-promessa de compra e venda, conforme em 10 de Março de 1999 relativamente às fracções autónomas "YY" e "XX" pelo preço de MOP\$578,000.00.*

9) *Facto é que, dos contratos promessa de compra e venda não resultou qualquer obrigatoriedade de realização de escritura pública de compra e venda tendo sido pago a totalidade do preço pelo AA e recebido pela 1ª Ré, assim como, entregues as chaves das mesmas.*

10) *No entanto, como é de conhecimento público, de modo a efectivar um contrato promessa de compra e venda, há que celebrar o contrato de compra e venda através a realização da escritura pública de compra e venda.*

11) *Contudo, e a mero título de reparo, diga-se, não podem os AA, ora Recorridos escudar-se no facto de que "Entendendo a celebração das escrituras públicas que titulariam a transmissão a seu favor como uma mera formalidade que não afecta a sua qualidade de dono das mesmas", para se exonerar da necessidade da realização de uma escritura pública de compra e venda.*

12) *Como também consta dos presentes autos, o 1.º Autor, ora Recorrido pagou "a*

totalidade dos preços para a compra das fracções à 1.ª Ré nesse acto e, conseqüentemente, a mesma emitiu e subscreveu recibos das quantias de HKD\$350,000.00 (trezentos e cinquenta mil dólares de Hong Kong) e HKD\$250,000.00 (duzentos e cinquenta mil dólares de Hong Kong), na mesma data de 10.03.1999 em conformidade com os documentos juntos a fls. 38 a 39 dos autos e que aqui se consideram integralmente reproduzidos"

13) Nos termos do artigo 435.º do Código Civil, "No contrato-promessa de compra e venda presume-se que tem carácter de sinal toda a quantia entregue pelo promitente comprador ao promitente-vendedor, ainda que a título de antecipação ou principio de pagamento do preço."

14) Pois bem, sucede que, não foram realizadas quaisquer escrituras públicas de compra e venda em relação às fracções autónomas aqui em apreço, mas, por escritura datada de 04.06.1999 a Ré vendeu ao 2.º Réu a fracção "YY", o qual em 18.12.2007 vendeu ao 3.º Réu e em 05.12.2000 a 1ª Ré vendeu ao 4.º R várias fracções incluindo a fracção "XX" e, este, por sua vez, vendeu-a à 5ª Ré.

15) Para o caso em apreço, releva o seguinte, a quantia paga a título de sinal pelos promitentes compradores foi feita em 10 de Março de 1999,

16) E em 04 de Junho de 1999 e 05 de Dezembro de 2000 foram celebradas escrituras públicas de compra e venda pela ora 1ª Recorrente mas não com os AA, ora 1º e 2ª Recorridos!

17) Nos termos do artigo 787.º do Código Civil, "O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor".

18) *Nos termos do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 07 de Fevereiro de 2013 "Um dos fundamentos legais para se considerar verificado o incumprimento definitivo é o da impossibilidade superveniente da obrigação imputável ao devedor, incumprimento definitivo a permitir a resolução do contrato (art. 801º do CC)".*

19) *Acresce que, "verifica-se o incumprimento definitivo da obrigação quando o devedor não a realiza no tempo devido por facto que lhe é imputável, mas já não é lhe é permitida a sua realização posterior, em virtude de o credor ter perdido o interesse na prestação ou ter fixado, após mora, um prazo suplementar de cumprimento que o devedor desrespeito. O incumprimento definitivo tem como consequência a constituição do devedor em responsabilidade obrigacional pelos danos causados ao credor (798.º)", Menezes de Leitão, Luís Manuel Teles, in Transmissão e Extinção das Obrigações Não Cumprimento das Obrigações do Crédito 2ª edição, p. 239, Almedina.*

20) *Ora, o incumprimento definitivo da obrigação, dá-se não em 2012, altura em que é intentada a acção, não em 2015, altura em que é proferida a douta sentença recorrida, mas, a dar-se, será sempre em 04 de Junho de 1999 e 05 de Dezembro de 2000, datas em que as fracções "YY" e "XX" são vendidas a terceiros.*

21) *Tal como resulta dos autos, "No direito de Macau não há norma idêntica ao n.º 2 do art. 442. do C. Civ. Português.*

22) *Pois bem, não podemos aderir à tese perfilhada pela sentença, pois relembramos que as fracções autónomas "XX" e "YY" em 2012, altura em que os AA. intentaram a acção declarativa, foram avaliadas em HKD\$4,510,000.00 (quatro milhões quinhentos e dez mil dólares de Hong Kong) e HKD\$3,580,000.00 (três milhões quinhentos e oitenta mil dólares de Hong Kong), respectivamente, num total de HKD\$8,090,000.00 (oito*

milhões e noventa mil dólares de Hong Kong), por força de relatórios juntos como docs. n. 46 e 47 com a p.i, datados de 2011.

23) Agora, em 2015, por força de nova avaliação, conforme relatórios apresentados datados de 2014, constantes dos presentes autos, e requerimento de ampliação de pedido, as fracções autónomas "XX" e "YY" estão avaliadas em HKD\$10,000,000.00 e HKD\$7,900,000.000, num montante global HKD\$ 7,900,000.00 (dezassete milhões dólares de Hong Kong).

24) Ou seja, entre 2011 e 2014, as fracções em causa, mais que duplicaram de valor! (sublinhado e negrito nosso)

25) Pois bem, conforme anotação do Código Civil Anotado, vol. I, ao artigo 442.º do Código Civil Português é dito que "A opção pelo valor da coisa, como uma das possíveis vias indemnizatórias, foi introduzida no regime do contrato-promessa do Decreto Lei n.º 236/80, mas através de uma formulação que suscitou fortes dúvidas interpretativas, tendo agora ficado claro que o direito que se pretende atribuir ao promitente-adquirente, quando a coisa que constitui o objecto do contrato prometido lhe tenha sido antecipadamente entregue, é o de reclamar o respectivo aumento de valor, ou seja, a diferença entre o preço convencionado e o valor dela à data de não cumprimento da promessa ... "

26) Nos termos do Acórdão do Tribunal da Última Instância, Processo n.º 44/2006, de 17 de Dezembro de 2007 é dito que, "In casu, e salvo melhor opinião, ultrapassando o dano sofrido pelo promitente não faltoso (a ora recorrida) de forma significativa o valor do sinal, este é indemnizável".

27) Ora, nada é referido quanto ao valor de mercado actual dos imóveis!

28) *Aliás, o ónus de alegar e provar o valor do imóvel à data do incumprimento do contrato promessa de compra e venda sempre caberá aos Autores, ora Recorridos, entende-se que não acção não deveria ter prosseguimento por não existir valor das fracções à data do incumprimento do contrato promessa de compra e venda.*

29) *E, a indemnização a ser concedida, teria sempre que reportar à data de incumprimento da promessa e, nunca, aos valores actuais das fracções autónomas!*

30) *Caso se entenda pela indemnização, tendo por base o valor actual de mercado das fracções autónomas, sempre se dirá que tal decisão se revela desadequada, desproporcional e não compatível com o ordenamento jurídico de Macau.*

31) *Como já supra melhor referido, não é razoável adaptar um preceito do Código Civil Português à realidade de Macau que não encontra paralelo!*

32) *Como se não chegasse, também não podemos defender a posição do promitente comprador em detrimento do promitente vendedor, pois, no caso em apreço, os ora Recorridos, outrora promitentes compradores mantiveram-se na posse das fracções em causa desde 1999 e, agora pretendem ser indemnizados no valor actual das fracções, valor que se reporta a 2014!*

33) *Pois, os Autores, ora Recorridos, continuaram como detentores das fracções autónomas, agora, pedem uma indemnização que passou do valor inicial de HKD\$8,090.000.00 (oito milhões e noventa mil dólares de Hong Kong) para HKD\$17,900,000.00 (dezassete milhões e novecentos mil dólares de Hong Kong)!*

34) *Para tanto, alegam que deixaram de receber a diferença entre o valor pago a título de promessa de compra e venda e o actual valor das fracções autónomas que*

receberiam pela sua venda.

35) *Ora, esta questão poderia ter sido levantada em sede das acções que correram termos no 1.º Juízo Cível e 3.º Juízo Cível sob os n.ºs CVI-05-0069-CAO e CV3-05-0072-CAO e entre os AA, ora Recorridos, e G e F, em sede reconvenção, o que não sucedeu!*

36) *Pois, os AA só lançam mão do valor actual dos imóveis, em 2012 e em 2015, quando os imóveis valem uns assombrosos MOP\$17,900,000.00!*

37) *Deixaram, assim, passar mais de 13 anos desde a outorga do contrato promessa de compra e venda até à instauração da acção declarativa, para agora, virem pedir o valor actual das fracções autónomas em causa.*

38) *Entende-se que o promitente comprador tenha que estar protegido mas também o promitente comprador deverá gozar de igual protecção.*

39) *Caso contrário, serão muitos mais os casos, como este, em que se deixam decorrer anos sobre a celebração do contrato promessa de compra e venda e, em altura oportuna, requer-se a indemnização pelo dano excedente fundado no valor actual de mercado das fracções e o dano sofrido pela não venda dessas mesmas fracções. (sublinhado e negrito nosso)*

40) *Acresce que, para além do valor em que se fixou a indemnização devida se entender desproporcional e excessiva, poderá revelar também um enriquecimento sem causa.*

41) *Nos termos do acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11 de Fevereiro de 2010, I - O enriquecimento sem causa constitui, no nosso ordenamento jurídico, uma fonte autónoma de obrigações e assenta na ideia de que pessoa alguma deve locupletar-se à custa*

alheia.

II - A obrigação de restituir/indemnizar fundada no instituto do enriquecimento sem causa pressupõe a verificação cumulativa dos quatro seguintes requisitos: a) a existência de um enriquecimento; b) que ele careça de causa justificativa; c) que o mesmo tenha sido obtido à custa do empobrecimento daquele que pede a restituição; d) que a lei não faculte ao empobrecido outro meio de ser restituído/indemnizado.

42) O 1.º Recorrido, ainda que tenha sido reconhecido como possuidor das fracções autónomas “XX” e “YY”, facto é que pretende locupletar-se duma quantia que não lhe pertence, isto é, do valor em que as fracções estão actualmente avaliadas e, conseqüentemente, ser indemnizado por tal.

43) Ou seja, não só o Autor, ora Recorrido não deduziu reconvenção quando o deveria ter feito aquando das acções supra melhor referidas, valendo-se do valor dos imóveis, como, intenta uma acção contra ala Ré, ora Recorrente, reportando-se o pedido de indemnização ao valor dos imóveis em 2011 e em 2015, com o pedido de ampliação do pedido.

44) No caso em apreço, será arrecadada uma vantagem patrimonial pelos Recorridos, caso a sentença proferida pela Primeira Instância seja confirmada pelo Tribunal de Segunda Instância, pois tal indemnização é desproporcional, excessiva e constitui enriquecimento sem causa, para além de que, é desprovida de fundamento e ilícita.

45) Ainda que assim, não se entenda, a conduta dos Autores configurará sempre um abuso de direito.

46) Dispõe o artigo 326.º do Código Civil que “É ilegítimo o exercício de um

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

47) *Citando o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Dezembro de 2011, “Age com abuso do direito aleguem que, detentor embora de um determinado direito, válido em princípio, o exercita, todavia, no caso concreto, fora do seu objectivo natural e da razão justificativa da sua existência e em termos, apodicticamente, ofensivos da justiça e do sentimento jurídico dominante, designadamente com intenção de prejudicar ou de comprometer o gozo do direito de outrem ou de criar uma desproporção objectiva entre a utilidade do exercício do direito por parte do seu titular e as consequências a suportar por aquele contra o qual é invocado.”*

48) *Ora, os Autores, ora Recorridos ao lançarem mão de um alegado direito que lhes assiste, nomeadamente o direito à indemnização, excedem manifestamente os limites impostos pela boa fé, pois, ao invés de se reportarem à data de incumprimento para fixarem o valor da indemnização, reportam-se, antes, a valores que remontam a 2011 e a 2014!*

49) *Nos termos do artigo 801º do Código Civil, “1. A pedido do devedor, a pena convencional pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente; é nula qualquer estipulação em contrário. 2. É admitida a redução nas mesmas circunstâncias, se a obrigação tiver sido parcialmente cumprida.”*

50) *Entende-se que, como já referido supra, a condenação da 1ª Ré ao pagamento da indemnização em sede de la Instância aos AA, ora Recorridos, releva-se onerosa, desproporcional e desadequada, na medida em que, a data de incumprimento remonta aos anos de 1999 e 2000 e o valor final da indemnização reporta-se a um valor de 2014.*

51) *Partilhamos do entendimento do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Fevereiro de 2013 quando refere: "Com efeito, apesar do reconhecimento às partes de poderes autonómicos na fixação da cláusula penal (arts. 405º/1 e 810º/1 do CC), o nosso ordenamento jurídico não deixou de ser sensível e de ponderar a possibilidade de serem cometidos abusos naquela fixação.*

52) *Com efeito, nos termos do art. 812º do CC, é possível: i. a redução da cláusula penal; ii. a efectuar pelo tribunal e de acordo com a equidade; iii. quando se mostre que ela é manifestamente excessiva, mesmo que por causas supervenientes, ou a obrigação tiver sido parcialmente cumprida.*

Como escreve Calvão da Silva: "Na apreciação do carácter manifestamente excessivo da cláusula penal, o juiz não deverá deixar de atender à natureza e condições de formação do contrato (por exemplo, se a cláusula foi contrapartida de melhores condições negociais); à situação respectiva das partes, nomeadamente a sua situação económica e social, os seus interesses legítimos, patrimoniais e não patrimoniais; à circunstância de se tratar ou não de um contrato de adesão; ao prejuízo presumível no momento da celebração do contrato e ao prejuízo efectivo sofrido pelo credor; às causas explicativas do não cumprimento da obrigação, em particular à boa ou má-fé do devedor (aspecto importante, se não mesmo determinante, parecendo não se justificar geralmente o favor da lei ao devedor de manifesta má-fé e culpa grave, mas somente ao devedor de boa fé que prova a sua ignorância ou impotência de cumprir); ao próprio carácter à forfait da cláusula e, obviamente, à salvaguarda do seu valor comi na tório. É em função da apreciação global de todo o circunstancialismo objectivo e subjectivo do caso concreto, nomeadamente o comportamento das partes, a sua boa ou má-fé, que o juiz pode ou não reduzir a cláusula penal, (...) Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória, pp. 246/247."

53) *Não se pode entender pelo nexo de causalidade entre o dano sofrido, benefício que os ora Recorridos deixaram de auferir ao não poderem vender as fracções autónomas, e o incumprimento da la Ré, isto sempre tendo em conta o valor actual de mercado das fracções autónomas e o valor pelo qual prometeram adquirir as fracções autónomas. Tal valor é pouco razoável, desproporcional e excessivo! Ainda que se conceda que os Autores tenham o direito a serem ressarcidos, nunca poderá ter por base o valor actual das fracções autónomas!*

54) *Citando novamente o Acórdão supra referido: "Acresce, como escreve Calvão da Silva, que "O controlo judicial da cláusula penal impõe-se, mas limitado apenas à correcção de abusos; impõe-se, tão só, para proteger o devedor de exageros e iniquidades de credores, mas, não já, para privar o credor dos seus legítimos interesses, entre os quais se conta o de recorrer à cláusula penal como meio de pressão sobre o devedor em ordem a incitá-lo a cumprir a prestação que lhe é devida, resultado que, em si, tem o efeito moralizador de assegurar o respeito devido à palavra dada e aos contratos.*

Por isso e para isso, a intervenção judicial de controlo do montante da pena não pode ser o sistemática, antes deve ser excepcional e em condições e limites apertados, de modo a não arruinar o legítimo e salutar valor coercitivo da cláusula penal e nunca perdendo de vista o seu carácter à forfait. Daí que, por toda a parte, apenas se reconheça ao juiz o poder moderador, de acordo com a equidade, quando a cláusula penal for extraordinária ou manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente." (in obra citada, pp. 272 e 273)."

55) *E acrescenta que" A decisiva condição legal de intervenção do tribunal é, por conseguinte, a presença, ao tempo da sentença, de uma cláusula manifestamente excessiva não basta uma cláusula excessiva, cuja pena seja superior ao dano -, de uma cláusula cujo*

montante desmesurado e desproporcional ao dano seja de excesso manifesto e evidente, numa palavra, de excesso extraordinário, «enorme», que «salte aos olhos». Tem de ser, portanto, uma desproporção evidente, patente, substancial e extraordinária, entre o dano causado e a pena estipulada, mas já não a ausência de dano em si." (p. 274).

56) Pelo que, se entende que a indemnização não deverá ser concedida por constituir um enriquecimento sem causa, e caso não seja esse o entendimento, pelo menos configurará sempre um abuso de direito, nos termos do artigo 326.º do Código Civil, pelo que, deverá haver lugar a uma redução da indemnização que reporte ao valor das fracções autónomas à data de incumprimento do contrato promessa ou, pelo menos, à data em que foi intentada a presente acção.

Face ao exposto, requer, muito respeitosamente, finalmente a V. Exa. se digne julgar procedente o presente recurso, revogando a sentença ora recorrida, ou, subsidiariamente, determinando que a indemnização a ser concedida aos AA tenha por valor base o valor dos imóveis à data do incumprimento definitivo da 1ª Ré.

2. Também C, em Cantonense ou C, em Mandarin, 3.º Réu, vem interpor recurso da sentença proferida, alegando, em síntese:

A. Da impugnação da matéria de facto – *A resposta ao quesito 3 da Base Instrutória deveria ter sido “a 3.ª Ré não acedeu ou viu a fracção “YY” antes de celebração de escritura apenas porque o H a informou que ela se encontrava temporariamente emprestada a amigos”.*

B. *Isto, por nesse sentido concorrer depoimento da testemunha I (aos minutos de 01:45 a 03:02, 03:47 a 04:17 da Gravação - Translator 3 – Recorded on 14-Oct-2014 at 15.16.39 (13A{E09106711270), e da testemunha J (aos minutos de 21:38 a 22:58 da*

Gravação - Translator 3 – Recorded on 14-Oct-2014 at 15.16.39 (13A{E09106711270), que explicaram que antes de comprar a fracção, o H chegou a acompanhar a C à porta da fracção, tendo-lhe explicado que não se podia entrar por a mesma ter sido temporariamente emprestada a um seu amigo.

C. Sendo que as mesmas testemunhas também explicaram que a C se deslocou à fracção “YY” depois de celebração de escritura de compra e venda.

D. Por outro lado, a resposta ao quesito 19.º deveria ter sido não provado que O 1.º Autor despendeu em obras de decoração nas fracções em 1999, a quantia de MOP\$305.500,00 para a fracção “XX” e de MOP\$273.000,00 para a fracção “YY”.

E. Isto porque os documentos de fls. 50 e 51 que o Tribunal a quo usou para julgar provado o quesito 19.º não dizem se se referem a obras de decoração ou às obras de junção das fracções do quesito 23.

F. Tal dúvida adensou-se com o depoimento das 4 testemunhas que depuseram a esta matéria porque nenhuma delas conseguiu comprovar o que foi perguntado no quesito 19.

G. É o que resulta, em especial, do depoimento da testemunha K (aos minutos de 09:38 a 11:40 e 13:13 a 13:56 da Gravação - Translator 02 – Recorded on 14-Oct-2014 at 10.38.14 (13AT17MW06711270) e do depoimento da testemunha L (aos minutos de 39:30 a 40:40 da Gravação – Translator 02 – Recorded on 14-Oct-2014 at 10.38.14 (13AT17MW06711270).

H. É o que resulta também do depoimento e da testemunha M (aos minutos de 47:38 a 47:58 da Gravação - Translator 02 – Recorded on 14-Oct-2014 at 11.57.51 (13AVQB!106711270) que não conseguiu dizer o valor nem dar conta dos trabalhos que terão sido realizados.

I. Por outro lado, a resposta ao quesito 22.º deveria ter sido provado que “Em consequência do comportamento dos AA. a 3.ª Ré/reconvinte não pode arrendar a fracção a terceiro e cobrar rendas até ao presente momento, tendo sofrido um prejuízo mensal

correspondente a MOP\$15.040,00”.

J. Isto por causa do relatório de avaliação de fls. 479-485 e também por causa do depoimento de testemunha N (aos minutos de 04:29 – 05:13 da Gravação – Translator 3, Recorded on 14-Oct-2014 at 15.16.39 (13A{E09106711270}) e da testemunha J (aos minutos de 21:38 a 23:06 da Gravação - Translator 3 – Recorded on 14-Oct-2014 at 15.16.39 (13A{E09106711270}).

K. Se assim não se entender, sempre a resposta ao quesito 22.º deveria ter sido provado que “Em consequência do comportamento dos AA, a 3.ª Ré/reconvinte não pode arrendar a fracção a terceiro e cobrar rendas até ao presente momento, tendo sofrido um prejuízo mensal correspondente a MOP\$8.000,00”, face à posição assumida pelos AA. no artigo 111-º da Réplica quanto ao valor locativo das fracções com localização e área equivalentes à da fracção autónoma “YY”.

L. Por outro lado, a resposta ao quesito 23.º deveria ter sido provado que Os AA efectuaram obras de construção nas duas fracções para as tornarem apenas numa.

M. Isto porque, o Tribunal a quo formou a sua convicção com base no depoimento das primeiras quatro testemunhas do Autor, as quais, conforme a acta de fls. 929 – 929v, não forma indicadas para responder a essa matéria (artigo 147/1 ex vi do artigo 539/1-5 do CPC).

N. Da eficácia preclusiva dos fundamentos da defesa – O artigo 409/1, CPC, consagrou o ónus de concentração da defesa ao determinar que toda a defesa deve ser deduzida na contestação, salvo os incidentes que a lei mande deduzir em separado.

O. Significa isto que ficam precludidos todos os meios de defesa que poderiam ter sido invocados na contestação e não o foram, preclusão que opera tanto no próprio processo como fora dele.

P. O crédito pelo dano excedente resultante do incumprimento do contrato-promessa relativo à fracção “YY” (ou a de qualquer outro crédito garantido pelo direito de retenção) a existir, deveria, pois, ter sido suscitado no processo CV1-05-0069-CAO pelo D, enquanto facto

constitutivo dessa excepção peremptória ou contra-direito e/ou como fundamento do pedido reconvenicional.

Q. Ora, como resulta da certidão judicial de fls. 112-131 a contestação/reconvenção apresentada pelo então Réu/reconvinte, ora o 1.º Autor D, não faz qualquer referência à questão do dano excedente resultante do incumprimento do contrato-promessa relativo à fracção “YY”.

R. Logo os fundamentos do direito de retenção sobre a fracção “YY”, enquanto pressupostos da decisão que reconheceu esse direito ao D no processo CVI-05-0069-CAO, ficaram também cobertos pela autoridade do caso julgado formado pelo acórdão de fls. 121-131v.

S. Estava, portanto, vedado ao D voltar a discutir os fundamentos/pressupostos desse mesmo direito, procurando agora fundá-lo no crédito à indemnização pelo dano excedente previsto no artigo 436 do actual CCivil e assim redefini-lo, de modo mais amplo e diverso, por outra sentença.

T. Em consequência, é de revogar a sentença recorrida na parte que acolheu o pedido formulado sob a alínea 6) e, por conseguinte, o pedido formulado sob a alínea 7) ambos do petitório na presente acção.

U. Isto por se mostrar impedido o seu prosseguimento, por via da autoridade de caso julgado projectada pelo acórdão do TSI proferido na primeira acção (CVI-05-0069-CAO) que delimitou os fundamentos do direito de retenção reconhecido ao D.

V. O qual não pode, por isso, passar também a assentar num crédito (crédito pelo dano excedente) que tinha necessariamente de ter sido invocado nessa primeira acção.

W. Da lei aplicável - O regime do direito de retenção aplicável à situação ora em apreço é a lei em vigor ao tempo do incumprimento do contrato-promessa relativo à fracção “YY” (aliena D dos Factos Assentes), ou seja o Código Civil português na versão que vigorou em Macau até 31/10/1999.

X. O beneficiário da promessa de transmissão do direito de propriedade que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato de fls. 15-16 celebrado em 10/03/1999 (Alínea A) dos Factos Assentes no despacho de selecção da matéria de facto) não gozava, pois, face à lei antiga, do direito de retenção sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento contratual imputável à outra parte previsto no artigo 745/1, alínea f) do actual CCivil.

Y. Em conclusão, além do direito do recebimento do sinal em dobro, os únicos direitos que assistiam ao promitente-comprador nos contratos-promessa, com tradição, anteriores à entrada em vigor do actual Código Civil de Macau, eram o privilégio creditório e o direito à execução específica previstos nos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 20/88/m, de 15 de Agosto.

Z. Isto com uma única excepção: se tivesse havido traditio, com entrega das chaves da fracção, pagamento integral do preço, intenção de transmissão de todas as faculdades de gozo, ocupação das fracções, posse com animus sibi habendi, como se proprietário fosse por parte do comprador.

AA. Nesta situação excepcional, o crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte do contrato promessa ficava garantido pelo direito de retenção.

BB. Sucede que, no que toca à fracção “YY” o crédito de HKD7.650.000,00 (HKD7.900.000,00 – HKD250.000,00) reconhecido na presente acção ao 1.º Autor não resulta de quaisquer despesas feitas por causa da fracção “yy” ou de danos por ela causados, nem do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos da versão original do artigo 442 do CPP que vigorou em Macau até 31/10/1999.

CC. O crédito de HKD7.650.000,00 corresponde apenas ao valor da indemnização pelo dano excedente resultante do não cumprimento contratual imputável à outra parte nos termos do artigo 436 do actual CCivil de Macau ex vi do artigo 745/1, alínea f) do mesmo diploma.

DD. Sucede que o artigo 745/1, alínea f) do actual CCivil de Macau não é aplicável aos contratos de pretérito, sendo que o disposto no artigo 436/4 do novo Código Civil (na parte

relativa à indemnização pelo dano excedente) também se não lhes aplica quando o seu incumprimento tenha ocorrido – como ocorreu no caso concreto – na vigência da lei antiga (CCP).

EE. Pelo que não devia ter sido reconhecido ao 1.º Autor qualquer direito de retenção sobre a fracção “YY” com base no crédito pelo dano excedente, independentemente de se ter provado ou não a existência de posse com *animus sibi habendi*.

FF. Da posse com *animus sibi habendi* – Também não se provou que o 1.º Autor actuasse com *animus sibi habendi*.

GG. Pelo contrário, dos articulados e da prova documental resulta precisamente que o 1.º Autor nunca actuou sobre a fracção “YY” coisa com *animus sibi habendi*.

HH. É que ao defender-se por prescrição nos autos CVI-05-0069-CAO (cfr. fls. 114 – 115v), o 1.º Autor reconheceu a existência e exigibilidade da obrigação de indemnizar o proprietário da fracção “YY”, o que é, de todo, irreconciliável com a hipótese de o promitente-comprador ter actuado convencido de que a coisa prometida já lhe pertencia por efeitos da *traditio*.

II. Por outro lado, ao exigir nos autos CVI-05-0069-CAO do, então, proprietário o reembolso do montante de MOP\$300.000,00 alegadamente gastos a título de benfeitorias na fracção “YY”, bem como do montante de todas as outras despesas expendidas com a utilização da coisa, a liquidar em execução de sentença (fls. 115v), o 1.º Autor demonstrou nunca ter possuído a coisa como se ela fosse sua nem se se encontrar imbuído do estado de espírito psicológico de quem possui uma coisa com *animus sibi habendi*.

JJ. Sendo também líquido que se o 1.º Autor se julgasse dono da fracção “YY” e actuasse sobre ela como se a mesma lhe pertencesse não teria pedido a execução específica do respectivo contrato-promessa na presente acção (cfr. pedido formulado sob alínea n.º 3 do petitório de fls. 10v).

KK. Isto por tal pedido obliterar, por completo, a possibilidade do exercício da posse

*com animus sibi habendi por demonstrar que na sua perspectiva do 1.º Autor a coisa prometida nunca foi sua nem nunca o será enquanto ele não for investido na sua titularidade pelo Tribunal mediante «... sentença constitutiva que, produzindo os efeitos da declaração negocial das partes, **declare vendidas pela 1.ª R. ao 1.º A.**, pelos preços já totalmente pagos de HKD350.000,00 (trezentos e cinquenta mil dólares de Hong Kong) e HKD\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil dólares de Hong Kong), a propriedade das fracções autónomas designadas por “XX” e “YY”, »*

LL. Acresce que a razão da traditio da fracção “YY” ao 1.º Autor porque o prédio já se encontrava construído e havia sido emitida a licença de utilização (resposta ao quesito I-A da Base Instrutória) e não porque a 1.ª Ré tivesse querido antecipar a transmissão definitiva dos poderes reais sobre a coisa, não havendo, por isso, no caso em análise, verdadeira posse por parte do 1.º Autor, mas mera detenção ou posse precária.

MM. Releva, pois, para a questão do animus sibi habendi que o 1.º Autor, não só não pagou a “contribuição de registo” da fracção “YY” – como teria pago se a mesma lhe tivesse sido entregue como se já fosse sua – como também não pagou o respectivo condomínio (artigo 13/1 da lei 25/96/M, e artigo 1332/1 do novo CCivil), nem pagou a contribuição predial urbana (artigo 5/1, in fine, do Regulamento da Contribuição Predial Urbana), nem cumpriu o disposto no artigo 1322/5 do CCivil, como teria seguramente feito se deveras actuasse uti dominus sobre a coisa prometida vender, ou seja, com a intenção de estar a exercer um direito próprio.

NN. Por outro lado, o direito de retenção de que o 1.º Autor se arroga não lhe confere direito de uso e habitação sobre a fracção “YY” (artigo 1484 do CCP, actual 1444 do CCivil).

OO. Daí que, dure por muito ou pouco tempo, a posse precária, em nome alheio ou simples detenção, perdura indefinidamente com essa natureza, enquanto comprovadamente não se verificar qualquer uma das hipóteses de aquisição da posse previstas no artigo 1187 do CCivil.

PP. Quer isto dizer que, não tendo ficado (nem podendo ficar) provada a situação excepcional atrás mencionada, de que o 1.º Autor exercia a posse da fracção “YY” em nome próprio, com a intenção de agir como seu proprietário, há que concluir que ele não tinha a posse da mesma, nem, por conseguinte, direito de retenção sobre ela, por o incumprimento do contrato-promessa relativo à fracção “YY” ter ocorrido na vigência do Código Civil anterior.

QQ. A sentença recorrida deve, assim, ser revogada na parte em que julgou procedente o direito de retenção do 1.º Autor sobre a fracção “YY”, por não se verificar a situação excepcional a que se refere o sumário do já mencionado acórdão do TUI, proferido em 1/12/2004, no processo n.º 42/2004.

RR. Da inexistência do direito à indemnização pelo dano excedente – Do valor do crédito de HKD\$17.300.000,00 garantido pelo direito de retenção na sentença recorrida, importa dizer que só HKD7.650.000,00 (HKD7.900.000,00 – HKD250.000,00) respeita à fracção “YY”.

SS. Mas este valor não deveria ter sido arbitrado na sentença recorrida por corresponder ao valor da indemnização pelo dano excedente previsto no artigo 436/4 do CCivil.

TT. Isto porque, como o incumprimento do contrato promessa de fls. 15-16 ocorreu em 04/06/1999, o artigo 11 do DL 39/99/M não consente a aplicação do regime do direito à indemnização pelo dano excedente previsto no n.º 4 do artigo 436.º do actual CCivil de Macau ao caso concreto.

UU. A sentença recorrida violou, assim, o artigo 11 do DL 39/99/M, pelo que, deve ser revogada na parte relativa à indemnização pelo dano excedente resultante do incumprimento do contrato-promessa de fls. 15-16.

VV. Do crédito garantido pelo direito de retenção – Em todo o caso, a existir direito de retenção oponível à 3.ª Ré ora Recorrente, o que não se concede, o crédito por ele garantido seria apenas o crédito de HKD500.000,00 correspondente ao sinal em dobro (HKD250.000,00

x 2) resultante do incumprimento do contrato-promessa relativo à fracção “YY” por força do disposto na redacção original do artigo 442.º do CCP.

WW. *Dos pressupostos do direito de retenção* – No caso ora em apreço não se verifica o pressuposto da licitude de detenção da coisa por não se verificarem os pressupostos essenciais da reciprocidade de créditos e da conexão substancial entre a coisa retida e o crédito do autor da retenção.

XX. *Acresce que a utilização, o gozo, a fruição do bem retido pelo titular do direito de retenção, situação, aliás, prevista e proibida quanto ao penhor e aplicável ao direito de retenção excede claramente os fins (económicos e sociais) desse direito.*

YY. *É, pois, ilícita a detenção que o 1.º Autor faz da fracção “YY” a coberto do direito de retenção na medida em que o exercício de tal direito se revela ilegítimo por exceder o fim social e económico a que se destina, gerando tal abuso mesmas consequências jurídicas que se produzem quando uma pessoa pratica um acto que não tem direito de praticar.*

ZZ. *Termos em que se afigura que o Autor não dispõe do direito de retenção, seja a que título for, sobre a fracção “YY” a que se refere o contrato-promessa ora em causa.*

AAA. *Da extinção do direito de retenção* – Por outro lado, o único crédito que o 1.º Autor dispõe por causa do incumprimento do contrato promessa relativo à fracção “YY” é o sinal em dobro.

BBB. *Mas tal crédito extinguiu-se por força do disposto no artigo 725.º a) ex vi do artigo 751, ambos do novo CCivil por o pagamento do crédito por ele garantido já ter sido oferecido ao 1.º Autor nos autos CV3-11-0045-CPE (artigo 752/1 do CCivil) conforme resulta da factualidade especificada nas alíneas M) e N) dos Factos Assentes (fls. 809v) e dos documentos de fls. 534-535.*

CCC. *Da exclusão do direito de retenção* – Por outro lado, caso a 1.ª Ré cumpra o despacho de fls. 1018 e ss., não haverá direito de retenção por força do disposto no artigo 746, alínea d) do CCivil.

DDD. *Do cálculo do valor da indemnização pelo dano excedente - Se não existisse a norma do artigo 11 do Decreto-Lei n.º 39/99/M e o disposto no artigo 436/4 do actual CCivil quanto à indemnização pelo dano excedente fosse aplicável ao incumprimento do contrato-promessa de fls. 15-16 (e não é), sempre teria a sentença recorrida errado no cômputo dessa indemnização porque o valor actual que o Tribunal a quo usou para calcular o aumento intercalar do valor da fracção “YY”, não é o seu valor ao tempo do incumprimento em 4 de Junho de 1999 a que se refere a alínea D) dos Factos Assentes.*

EEE. *Face ao especificado na alínea D) dos Factos Assentes, o preço de venda da fracção “YY” à data do incumprimento do contrato promessa de fls. 15-16 que resultou dessa venda em 04.06.1999 foi de MOP\$862.640,00.*

FFF. *Ora, usando o critério do aumento intercalar do valor da coisa, o dano excedente previsto no artigo 436/4 do CCivil é a diferença entre o valor da coisa ao tempo do incumprimento e o montante do preço convencionado no contrato-promessa, assim, in casu, o valor do dano excedente seria apenas de MOP\$605.140,00 (=MOP\$862.640,00 – HKD250.000,00 ou MOP257.500,00).*

GGG. *Ou, subsidiariamente, em vez do valor da coisa ao tempo do incumprimento em 04.06.1999 poderia, quando muito, usar-se o valor de mercado que ela tinha à data do início do inquérito-crime n.º 3608/2005 referido no despacho de fls. 350 por, pelo menos desde essa data, não poder o 1.º Autor dizer que não sabia do incumprimento definitivo do contrato-promessa de fls. 15-16 pela 1.ª Ré.*

HHH. *Portanto, mesmo que se considere que há lugar à indemnização pelo dano excedente do incumprimento do contrato promessa de fls. 15-16, o crédito garantido pelo direito de retenção sobre a fracção “YY” será apenas de MOP\$605.140,00 (preço à data do incumprimento em 1999) ou de MOP\$962.218,00 (preço de mercado em 2005).*

III. Mora do credor – *Acrece que o 1.º Autor se constituiu em mora por força do disposto no artigo 802 do CCivil por se ter recusado a única indemnização (prevista na lei)*

que lhe competia pelo incumprimento do contrato-promessa relativo à fracção “YY” (cfr. artigos 52 a 55 da Réplica de fls. 716-727), sem que para o efeito houvesse motivo justificado.

JJJ. O 1.º Autor não pode, por isso, continuar a recusar-se a entregar o imóvel retido ao seu legítimo proprietário por causa de um crédito cujo valor se recusou a receber.

KKK. Da (in)oponibilidade do direito de retenção - O direito de retenção do 1.º Autor só nasceu como o crédito resultante do incumprimento definitivo do promitente-vendedor (a 1.ª Ré), ou seja, depois da constituição do direito de propriedade do terceiro adquirente de boa-fé (artigo 879, a) do CCP).

LLL. Esta solução não contende com o entendimento dominante na jurisprudência da RAEM de que (...) o direito de retenção assume uma natureza de direito real de garantia, oponível erga omnes, traduzido na sequela que confere ao promitente-comprador, a faculdade de não abrir mão da coisa, enquanto se não extinguir o seu crédito (v., por todos, o Ac. do TSI, Proc. n.º 755/2007, de 2/6/2011) nem com a regra de que o direito de retenção do promitente-comprador tradicional é oponível ao terceiro adquirente de boa-fé.

MMM. É que tal regra pressupõe que o crédito garantido pelo direito de retenção do contraente fiel se tenha constituído em momento anterior à constituição do direito de propriedade do adquirente de boa-fé.

NNN. Logo, o direito de retenção reconhecido ao 1.º Autor não prevalece sobre o direito anterior de propriedade do terceiro adquirente de boa-fé, na medida em que apenas na hipótese prevista no artigo 759/2 do CCP a lei derroga a regra da oponibilidade erga omnes do direito real anteriormente constituído.

OOO. No sentido da inoponibilidade total, ver, com interesse, a posição mais radical de CARLOS PEREIRA DE ABREU segundo o qual: Caso o legislador se dispusesse a considerar o direito de retenção oponível a terceiros adquirentes dos imóveis (ele que lhe veio atribuir, como se disse, directamente – sem recurso à concessão de privilégio – preferência no concurso de credores), seria natural que, na fixação do seu regime, incluísse uma disposição

idêntica à do artigo 751.º (do CCP).

PPP. *Da colisão de direitos* - No caso concreto ocorrem posições conflitantes entre um direito real pleno (direito de propriedade) de um terceiro adquirente de boa-fé e um direito real de garantia (direito de retenção) constituído posteriormente, pelo que para apreciação da prevalência deve relevar não só a superioridade do primeiro, mas também a sua anterioridade em relação ao segundo (artigo 327 do CCivil), dado que este último só se constituiu na esfera jurídica do 1.º Autor na sequência do incumprimento do contrato-promessa resultante da escritura de compra e venda especificada na alínea D) dos Factos Assentes no despacho de selecção da matéria de facto.

QQQ. Assim, o direito de retenção só prevaleceria sobre o direito de propriedade do terceiro de boa-fé se o crédito do 1.º Autor fosse anterior à escritura de compra e venda da fracção “YY” lavrada em 04.06.1999, ou seja, se o crédito resultante do incumprimento do contrato-promessa pela 1.ª Ré fosse anterior a essa escritura, o que não foi o caso.

RRR. *Da interpretação sinéptica* – Não é possível aceitar a solução de impor as consequências do incumprimento do acordado entre a 1.ª Ré e o 1.º Autor a quem, como a 3.ª Ré, não é parte dessa relação jurídica e adquiriu, de boa-fé, a fracção “YY” do proprietário inscrito.

SSS. Logo, ainda que se pudesse admitir a solução encontrada na sentença recorrida de que o promitente-comprador goza do direito de retenção sobre a coisa traditada e que tal direito prevalece – por aplicação analógica do artigo 759/2 do CCP – sobre o direito de propriedade do terceiro adquirente de boa fé anteriormente constituído sobre essa coisa, sempre a ponderação pelo julgador das consequências da decisão através das regras da interpretação sinéptica conduziria à não aceitação desse resultado.

TTT. É que, se a solução injusta no resultado não pode ser entendida como vontade da lei, não pode o direito de retenção do promitente tradicionalmente prevalecer sobre o direito de propriedade do terceiro adquirente de boa fé anteriormente constituído sobre a mesma coisa,

por tal resultado contender com o disposto no n.º 3 do art. 8.º do CCivil.

UUU. *Da culpa do lesado - O direito de retenção ao abrigo do qual se continua a servir da fracção “YY” como casa de moradia de família, não lhe consente qualquer uso da coisa retida fora da hipótese prevista no artigo 671, alínea b) ex vi do artigo 759/3, ambos do CCivil, nem lhe confere o benefício gratuito das utilidades de uma coisa que não é sua como se de um direito de uso e habitação se tratasse.*

VVV. *Foi, portanto, para manter o exercício ilícito do direito de retenção sobre a fracção “YY” como se de um direito de habitação de coisa alheia se tratasse, que o 1.º Autor se absteve de propor a presente acção desde a data do incumprimento definitivo do contrato-promessa em 04.06.1999 até 26/01/2012, o que concorreu para a produção ou agravamento desmesurado do valor do dano excedente fixado na sentença recorrida.*

WWW. *Deve, pois, ser reduzido o valor da indemnização fixada na sentença na parte relativa ao dano excedente que respeita à fracção “YY” (artigo 564/1 do CCivil), fixando-o em função do aumento do valor da fracção à data do incumprimento do contrato-promessa em 9-06-1999, ou, subsidiariamente em função do aumento do valor que ela tinha à data do seu registo predial a favor do 2.º Réu ou à data do inquérito-crime n.º 3608/2005 por, pelo menos desde essa data, não poder o 1.º Autor dizer que não sabia do incumprimento definitivo desse contrato, por conseguinte, julgar que podia continuar a habitar um imóvel (nem nunca pertenceu) à custa do seu legítimo proprietário.*

XXX. *Do pedido reconvenicional – O Tribunal a quo julgou improcedente o pedido reconvenicional formulado no ponto 5 de fls. 262 por, na sua perspectiva, nada ter ficado provado do quesito 22 da Base Instrutória.*

YYY. *Sucedem que, conforme consta da impugnação da matéria de facto toda a matéria do quesito 22 da Base instrutória deveria ter sido julgada como provada.*

ZZZ. *É que as respostas aos quesitos 2 e 17 da Base Instrutória, bem como a fundamentação da convicção do Tribunal a quo quanto aos quesitos 1.º, 1.º A, 2.º, 3.º e 23.º da*

Base Instrutória (na qual se dá conta que o irmão do 1.º Autor também vive nas fracções ora em causa) (fls. 938), bem como o alegado pelos AA. no artigo 12.º da petição inicial e no artigo 36.º da Réplica provam que o 1.º Autor e a sua família que habitam a fracção “YY”.

AAAA. *E, uma vez que ficou provado o 1.º Autor e a sua família reside na fracção “YY” também deverá ficar provado que a 3.ª Ré não pode arrendar a fracção a terceiros e cobrar rendas até ao presente momento por a mesma já se encontrar habitada, logo indisponível para esse efeito.*

BBBB. *Por outro lado, quanto ao valor das rendas, deveria o mesmo ter sido fixado do relatório de avaliação de fls. 479-485 por se tratar de um documento que não foi impugnado pelos AA., que, no artigo 111 da Réplica, se limitaram a informar o Tribunal sobre o valor locativo de outra fracção com localização e área equivalentes à da fracção autónoma “YY”.*

CCCC. *O valor da indemnização indicado no artigo 101 da Reconvenção de fls. 250-263 devia, pois, ter sido fixado equitativamente dentro dos limites provados no relatório de avaliação de fls. 479-485 (artigo 560/6 do CCivil) ou em função do valor locativo de mercado indicado no artigo 111 da Réplica, ou, ulteriormente, em função do valor que se viesse a liquidar em execução de sentença (artigo 564/2 do CPC).*

DDDD. *O que importa a revogação da decisão que absolveu os AA. do pedido reconvenicional formulado no ponto 5 de fls. 262 pela 3.ª Ré.*

EEEE. *Do enriquecimento sem causa – Ora, provado que está que os AA. se servem da fracção “YY” como casa de morada de família, forçoso é concluir que os AA. fruem ilicitamente a coisa retida.*

FFFF. *Antolha-se, porém, inequívoco o seu enriquecimento sem causa, na medida da renda que já pouparam e continuarão a poupar à custa da utilização do imóvel pertencente à 3.ª Ré., daí surgindo a conseqüente obrigação de restituir segundo as regras do enriquecimento sem causa (artigo 473/1 do CCivil). Logo, ainda que se pudesse admitir a*

solução encontrada na sentença recorrida de que o promitente-comprador goza do direito de retenção sobre a coisa traditada e que tal direito prevalece – por aplicação analógica do artigo 759/2 do CCP – sobre o direito de propriedade do terceiro adquirente de boa fé anteriormente constituído sobre essa coisa, sempre a ponderação pelo julgador das consequências da decisão através das regras da interpretação sinéptica conduziria à não aceitação desse resultado.

GGGG. *Logo, ainda que se pudesse admitir a solução encontrada na sentença recorrida de que o promitente-comprador goza do direito de retenção sobre a coisa traditada e que tal direito prevalece – por aplicação analógica do artigo 759/2 do CCP – sobre o direito de propriedade do terceiro adquirente de boa fé anteriormente constituído sobre essa coisa, sempre a ponderação pelo julgador das consequências da decisão através das regras da interpretação sinéptica conduziria à não aceitação desse resultado.*

HHHH. *Assim, ao contrário do julgado na sentença recorrida, assiste à 3.ª Ré o direito a que os AA. lhe restituam a importância com que injustificadamente enriqueceram e, porventura, continuem a enriquecer, na medida da renda que pouparam e venham a poupar à custa dela, reclus, à custa da utilização do imóvel pertencente à 3.ª Ré a liquidar em execução de sentença (artigo 564/2 do CPC).*

IIII. *Da omissão de pronúncia – Quanto ao pedido de se ordenar aos Reconvindos que repusessem a fracção autónoma do 9.º andar I no seu estado original e a deixassem livre de pessoas e bens, o mesmo não contende com o exercício do direito de retenção, dado que tal direito não consente ao 1.º Autor a realização de quaisquer obras (que não sejam de mera conservação), nem lhe confere o direito de uso e habitação da coisa retida.*

JJJJ. *Pelo que, em qualquer caso e independentemente da sorte da lide, podiam e deviam os Reconvindos terem sido condenados e repor a fracção autónoma do X.º andar X no seu estado original, quando a tivessem de entregar ao seu legítimo proprietário, e a dela imediatamente saírem com os seus pertences, sem prejuízo do direito de retenção, por, face ao*

disposto no artigo 667/ alíneas a) e b) ex vi do artigo 749/3, ambos do CCivil, a não poderem (continuar) a usar como casa de morada de família, sob pena de virem a indemnizar o proprietário pelo correspondente benefício segundo as regras do enriquecimento sem causa (artigo 473 do CCivil).

KKKK. *É também o que resulta do disposto no artigo 669 ex vi do artigo 749/3, ambos do CCivil.*

LLLL. *Houve, pois, omissão de pronúncia (alínea d), 1.º período, do n.º 1 do artigo 571.º do CPC), quanto ao pedido reconvençional formulado no ponto 3 da reconvenção, uma vez que o seu conhecimento não ficou prejudicado pela improcedência dos pedidos formulados pela 3.ª Ré nos pontos 4 e 5 das folhas 261-262 da Reconvenção.*

MMMM. *Tal pedido não foi, pois, conhecido, mas, salvo melhor opinião, nada obsta a que seja agora suprida essa omissão (artigo 630 do CPC).*

NESTES TERMOS e no mais de direito que V. Exas., mui douta e certamente suprirão, *deve ser dado provimento ao presente recurso com as legais consequências.*

3. Não foram oferecidas contra-alegações.

4. Foram colhidos os vistos legais.

II – FACTOS

Vêm provados os factos seguintes:

a) *Em 10.03.1999 a 1ª R. e o 1º A. subscreveram dois documentos escritos em que aquela prometeu vender a este as fracções autónomas designadas por “XX” e “YY”, do Ed. xxx, pelos preços de, respectivamente, HKD\$350,000.00 (trezentos e cinquenta mil dólares de Hong Kong) e*

HKD\$250,000.00 (duzentos e cinquenta mil dólares de Hong Kong), a pagar na totalidade no momento da celebração e subscrição desses documentos que se encontram juntos a fls. 13 a 16 dos autos e que aqui se consideram integralmente reproduzidos;

b) O prédio, descrito sob o n.º xxxxx na Conservatória do Registo Predial de Macau, tem actualmente os n.ºs 158 a 208 da Av. 24 de Junho, 157 a 209 da Av. xxx, 321 a 365 da R. Cidade do Porto e 322 a 364 da R. Cidade de Coimbra e encontra-se inscrito sob o artigo n.º 73001 na Matriz Predial do Concelho de Macau em conformidade com os documentos juntos a fls. 17 a 37 dos autos e que aqui se consideram integralmente reproduzidos;

c) O 1º A. pagou a totalidade dos preços para a compra das fracções à 1ª R. nesse acto e, conseqüentemente, a mesma emitiu e subscreveu recibos das quantias de HKD\$350,000.00 (trezentos e cinquenta mil dólares de Hong Kong) e HKD\$250,000.00 (duzentos e cinquenta mil dólares de Hong Kong), na mesma data de 10.03.1999 em conformidade com os documentos juntos a fls. 38 a 39 dos autos e que aqui se consideram integralmente reproduzidos;

d) Por escritura de 04.06.1999, lavrada a fls. 12 do Livro de Notas para Escrituras Diversas n.º 11 do Notário Privado Gonçalo Nuno de Matos Chaves Pinheiro Torres, a 1ª R. declarou vender ao 2º R., F, solteiro, maior, pelo preço declarado de MOP\$862,640.00 (oitocentas e sessenta e duas mil seiscentas e quarenta patacas) a fracção autónoma “YY”, do prédio descrito sob o n.º xxxxx na Conservatória do Registo Predial de Macau, aquisição que ficou definitivamente registada a favor do adquirente na mesma Conservatória pela inscrição n.º xxxxxF em conformidade com os documentos juntos a fls. 58 a 63 e 17 a 26 dos autos e que aqui se consideram por integralmente reproduzidos;

e) Por escritura de 18.12.2007, lavrada a fls. 28 do Livro de Notas para Escrituras Diversas n.º 325 do Notário Privado Fong Kin Ip, o 2º Réu F, representado por seu procurador H, declarou vender à 3ª R., divorciada, residente na China, pelo preço de MOP\$1,100,000.00 (um milhão e cem mil patacas) a fracção autónoma “YY”, do prédio descrito sob o n.º xxxxx na Conservatória do Registo Predial de Macau, aquisição que ficou definitivamente registada a favor da adquirente na mesma Conservatória

pela inscrição n.º 1656540 em conformidade com os documentos juntos a fls. 64 a 72 e 27 a 35 dos autos e que aqui se consideram por integralmente reproduzidos;

f) Por escritura de 05.12.2000, lavrada a fls. 40 do Livro de Notas para Escrituras Diversas n.º 16 do Notário Privado António Passeira, a 1.ª R. declarou vender ao 4º R., G, solteiro, maior, residente na China, pelo preço de MOP\$11,643,600.00 (onze milhões seiscentas e quarenta e três mil e seiscentas patacas) as fracções autónomas “AA”, “BB”, “CC”, “DD”, “EE”, “FF”, “GG”, “HH”, “II”, “JJ”, “KK”, “LL”, “MM”, “NN”, “OO”, “PP”, “XX”, “RR” e “SS”, todas do prédio descrito sob o n.º xxxxx na Conservatória do Registo Predial de Macau, aquisição que ficou definitivamente registada a favor do adquirente na mesma Conservatória pela inscrição n.º xxxxxG em conformidade com os documentos juntos a fls. 75 a 82 e 17 a 26 dos autos e que aqui se consideram integralmente reproduzidos;

g) Por escritura de 28.02.2011, lavrada a fls. 143 do Livro de Notas para Escrituras Diversas n.º 7 do Notário Privado Pedro Leal, o 4º R., G, representado por seu procurador H, declarou vender à 5ª R., “B, Limitada”, pelo preço de MOP\$800,000.00 (oitocentas mil patacas) a fracção autónoma “XX”, do prédio descrito sob o n.º xxxxx na Conservatória do Registo Predial de Macau, aquisição que ficou definitivamente registada a favor da sociedade adquirente na mesma Conservatória pela inscrição n.º xxxxxxG (em conformidade com os documentos juntos a fls. 83 a 111 e 27 a 35 dos autos e que aqui se consideram por integralmente reproduzidos);

h) Por sentenças transitadas em julgado no âmbito dos processos n.º CV1- 05-0069-CAO e CV3-05-0072-CAO foi reconhecido, respectivamente, que o ora Réu F era o proprietário da fracção autónoma designada “YY” e que o ora Réu G era o proprietário da fracção autónoma designada “XX”, ambas do prédio melhor descrito em B), e que o ora 1º Autor era titular de um direito de retenção sobre as ditas fracções, em conformidade com o teor das certidões judiciais juntas a fls.112 a 152 dos autos e que aqui se consideram por integralmente reproduzidas;

i) A 5ª R., “B, Limitada”, com sede em Macau, Av. do xx n.ºs 11 a 113, Centro xxx, x.º andar, registada sob o n.º xxxxx (SO) na Conservatória dos Registos Comercial e de Bens Móveis de Macau,

com o capital social de MOP\$980,000.00, era em 12/12/2011, detida por O e por sua mulher, P, detendo ambos quotas nos valores nominais de, respectivamente, MOP\$520,000.00 e MOP\$460,000.00, sendo representada pelo administrador O em conformidade com os documentos juntos a fls. 162 a 164 e a 523 a 529 dos autos e que aqui se consideram integralmente reproduzidos;

j) A 1ª R. "A, Limitada", com sede em Macau, Av. do xx n.ºs xxxA-xxxA, Centro xxx, xº andar, registada sob o nº xxxx(SO) na Conservatória dos Registos Comercial e de Bens Móveis de Macau, com o capital social de MOP\$50,000.00, era em 06.01.2012, detida pela "Agência Comercial e Industrial Q, Limitada", "R" e "Companhia de Investimento Predial S Limitada", respectivamente, titulares de quotas nos valores nominais de MOP\$48,000.00, MOP\$1,000.00 e MOP\$1,000.00, sendo administradores O, com o cargo de gerente-geral, que integra o Grupo A, e T e U, com os cargos de vice-gerentes gerais, que integram o Grupo B em conformidade com os documentos juntos a fls. 165 a 168 dos autos e que aqui se consideram integralmente reproduzidos;

k) A "Agência Comercial e Industrial Q, Limitada", com sede em Macau, na R. de xxx s/n.ç, Ed. xxxxx, xx, Loja x, registada sob o nº xxxxx(SO) na Conservatória dos Registos Comercial e de Bens Móveis de Macau, com o capital social de MOP\$100,000.00, é detida por O e pela "Companhia de Investimento Predial S, Limitada", respectivamente, titulares de quotas nos valores nominais de MOP\$50,000.00 e MOP\$50,000.00, sendo administradores O, com o cargo de gerente-geral, que integra o Grupo A, e T e U, com os cargos de vice-gerentes gerais que integram o Grupo B em conformidade com os documentos juntos a fls. 169 a 171 dos autos e que aqui se consideram por integralmente reproduzidos;

l) A 1ª R. "A, Limitada" propôs uma Acção de Consignação em Depósito n.º CV3-11-0045-CPE, pretendendo consignar em depósito o dobro dos preços pagos pelo 1º A., a título de restituição dos preços pagos e indemnizações devidas pelo incumprimento dos contratos promessa, com o fim de resolver os contratos por si celebrados, acção essa que se encontra suspensa por decisão judicial transitada em julgado;

- m) Em 09.09.2011, a 1ª Ré efectuou o depósito aludido em l), no montante total de MOP\$1,238,150.00 à ordem dos autos de consignação em depósito n.º CV3-11-0045-CPE em conformidade com os documentos juntos a fls. 530 a 536 dos autos e que aqui se consideram integralmente reproduzidos;
- n) O 1º A. adaptou as fracções às necessidades da sua família para nelas instalar a residência da mesma;
- o) Na data do acto mencionado na al. a), porque o prédio já se encontrava construído e havia sido emitida a licença de utilização, a 1ª R. entregou as fracções “XX” e “YY” e suas chaves ao 1º A.;
- p) Aproximadamente em Setembro de 1999, o 1º A. e sua família começaram a residir nas fracções;
- q) Os 2º, 3º, 4º e 5º RR nunca acederam ou viram as fracções “XX” e “YY”;
- r) Até 2005, os RR G e F, nunca solicitaram aos AA a entrega das fracções;
- s) A fracção “XX” vale actualmente a quantia de HKD\$10,000,000.00 (Dez milhões dólares de Hong Kong);
- t) A fracção “YY” vale actualmente a quantia de HKD\$7,900,000.00 (Sete milhões novecentos mil dólares de Hong Kong);
- u) Os Autores sofrem preocupados com a situação das fracções a que se reportam os autos por correrem o risco de perder a sua casa de morada de família que compraram e decoraram a seu gosto;
- v) Os Autores já tiveram de se defender em vários processos propostos em tribunal contra si por causa das fracções autónomas a que se reportam os autos;
- w) O 1º Autor despendeu em obras de decoração nas fracções em 1999, a quantia de MOP\$305,500.00 para a fracção “XX” e de MOP\$273,000.00 para a fracção “YY”;
- x) Os AA efectuaram obras de construção nas duas fracções para as tornarem apenas numa;

III – FUNDAMENTOS

1. Resumo dos factos relevantes:

Os AA, ora recorridos, em 10/3/1999, prometeram comprar à 1.^a Ré, que prometeu vender, duas fracções A e B, contíguas, pelo preço de x e y, tendo pago, como sinal e integral pagamento, a totalidade do preço, e, depois de ali terem feito obras, ali passaram a morar.

Acontece que, em 4/6/1999 a 1.^a Ré vendeu A ao 2.^o Ré .

Em 18/12/2007, o 2.^o Réu vendeu A à 3.^a Ré.

Em 5/12/2000, a 1.^a Ré vendeu B ao 4.^a Réu.

Em 28/2/2011, o 4.^o Réu vendeu B ao 5.^o Réu.

Basicamente, o que está em causa neste momento é o direito à indemnização pelo incumprimento da 1.^a Ré, o valor dessa indemnização e o direito de retenção como garantia pelo pagamento daquela indemnização, sendo que os AA. não deixaram de soçobrar no pedido de nulidade por simulação das transmissões operadas sobre as respectivas coisas e no pedido de execução específica do contrato prometido por o objecto da promessa já não estar na titularidade da promitente vendedor.

2. Convém atentar como decidiu a 1.^a Instância

Transcrevendo a parte pertinente:

"Cumpre apreciar e decidir.

(...)

Resta-nos, assim, passar a conhecer dos pedidos formulados subsidiariamente.

- Da resolução dos contratos de promessa de compra e venda a que se reportam os autos e em consequência do direito do 1º A a receber a indemnização que pede por dano excedente igual á diferença entre o valor pelo qual a ia adquirir e o valor de mercado actual das fracções em causa.

Diz-se contrato de promessa a convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato.

Nos termos do artº 404º do C.Civ. «1. À convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato prometido, exceptuadas as relativas à forma e as que, por sua razão de ser, não se devam considerar extensivas ao contrato-promessa»

«O contrato de promessa é a convenção pela qual ambas as partes, ou apenas uma delas, se obrigam, dentro de certo prazo ou verificados certos pressupostos, a celebrar determinado contrato» - cit. João de Matos Antunes varela, Das Obrigações em Geral, 4ª Ed., pág. 264 -.

Da factualidade dada por assente resulta que entre o 1º A e a 1ª Ré foi celebrado um contrato de promessa de compra e venda referente às fracções autónomas a que se reportam os autos.

Segundo o artº 435º do C.Civ. «no contrato-promessa de compra

e venda presume-se que tem caracter de sinal toda a quantia entregue pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor, ainda que a titulo de antecipação ou principio de pagamento do preço».

De acordo com o n° 2 do art° 436° do C.Civ. se o promitente vendedor deixar de cumprir a obrigação por causa que lhe seja imputável tem o promitente-comprador o direito de exigir o dobro do que houver prestado.

No caso em apreço conforme resulta da factualidade assente a 1ª R vendeu as fracções autónomas objecto da promessa a terceiros, sendo assim inequívoco o incumprimento definitivo do contrato de promessa por banda desta.

Destarte, tem o 1° A direito a exigir o dobro do sinal que prestou.

Contudo no caso em apreço o 1° A pede a indemnização pelo dano excedente nos termos do n° 4 do art° 436° do C.Civ.

Com fundamento neste preceito vem o 1° A pedir uma indemnização igual ao valor actual de mercado da fracção deduzido do preço que o 1° A pagou e do valor do sinal em dobro por entender que esse foi o valor que deixou de ganhar se a promessa fosse cumprida.

Vejamos então.

Por recurso ao direito comparado.

Pretende-se com esta interpretação "da indemnização pelo dano excedente" obter uma solução legal para o incumprimento de contratos de promessa referentes a imóveis como a que existe no art° 442° do C.Civ. Português.

*Devido ao aumento crescente do valor das habitações e de modo a evitar situações em que o pagamento do sinal em dobro fosse mais vantajoso para o promitente vendedor inadimplente, do que cumprir a promessa, e de modo a salvaguardar a posição dos promitentes-compradores, o legislador português adoptou uma solução para as situações em que **tivesse havido tradição da coisa** no sentido do promitente-comprador poder optar entre o sinal em dobro ou o valor da coisa na data do incumprimento deduzido do preço convencionado acrescido do sinal e do preço que haja pago.*

Esta solução foi adoptada na década de oitenta e tinha em vista essencialmente a protecção do comércio de edifícios ou fracções autónomas deles, destinados à habitação.

No direito de Macau não há norma idêntica ao n° 2 do art° 442 do C.Civ. Português.

Porém, o legislador de Macau no n° 4 do art° 436° para além dos casos de sinal em dobro ou perda do sinal ressalva a possibilidade de haver o direito a uma indemnização pelo dano excedente quando este for consideravelmente superior.

Remete-nos assim a lei para o domínio da responsabilidade contratual.

Nos termos do art° 787° do C.Civ. o devedor que faltar culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao devedor, presumindo-se a culpa do devedor na falta de prova em contrário - art° 788° do C.Civ. -.

A alegação do 1° A que deixou de ganhar o que decorre do aumento

de preços do imobiliário face ao incumprimento do Réu marido é uma verdade inquestionável.

Igualmente por força do aumento rápido de preços do imobiliário acontece não raras vezes ser benéfico para o promitente vendedor pagar o sinal em dobro em vez de cumprir o contrato.

Ora, esta situação não pode de modo algum ser tolerada de acordo com o princípio do cumprimento dos contratos e da boa-fé.

O certo é que, se o contrato de promessa de compra e venda tivesse sido cumprido como era devido o 1º A seria actualmente titular do direito de propriedade sobre fracções com o actual preço de mercado.

Tendo o 1º A prometido adquirir as fracções autónomas por HKD\$350.000,00 e HKD\$250.000,00, as quais hoje têm um valor de HKD\$10.000.000,00 e HKD\$7.900.000,00, devido ao incumprimento do contrato deixou de ganhar a diferença, isto é, HKD\$17.300.000,00, equivalente a MOP\$17.819.000,00 (x 1,03).

Nos termos do artº 556º do C.Civ. aquele que estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.

Dúvidas não há que os referidos HKD\$17.300.000,00 correspondem ao benefício que o credor deixou de auferir por força do incumprimento do devedor - artº 558º nº 1 do C.Civ. - havendo assim nexó de causalidade entre o dano sofrido pelo credor aqui 1º A e o incumprimento do devedor aqui 1ª R - artº 557º do C.Civ. -.

O sinal e princípio de pagamento pago pelo 1º A foi de

HKD\$600.000,00, pelo que o valor do sinal em dobro a receber é igual a HKD\$1.200.000,00.

Destarte, verificamos que o dano sofrido é de HKD\$17.300.000,00 ou seja superior em HKD\$16.100.000,00 ao valor que o 1º A tem a receber, pelo que, face ao disposto no nº 4 do artº 436º do C.Civ., deve a 1ª R ser condenada a pagar o sinal em dobro acrescido desde valor, isto é, tudo no montante global de HKD\$17.300.000,00.

Alegava o 1º A outros danos e pediam a condenação dos 1º a 5º RR no pagamento da respectiva indemnização, contudo esse pedido decorria, tal como está formulado, da prova e procedência da simulação absoluta das transmissões das fracções, o que não aconteceu.

Finalmente aquando da ampliação do pedido no que concerne aos pedidos subsidiários o pedido limita-se ao correspondente aos HKD\$17.300.000,00.

Assim sendo, improcede a acção quanto ao mais pedido, uma vez que a indemnização fixada é a única admissível para o caso face ao disposto no nº 4 do artº 436º do C.Civ.

- Do direito de retenção do 1º A.

No que concerne ao direito de retenção tal como resulta da alínea h) dos factos, «por sentenças transitadas em julgado no âmbito dos processos n.º CV1- 05-0069-CA0 e CV3-05-0072-CA0 foi reconhecido, respectivamente, que o ora Réu F era o proprietário da fracção

autónoma designada "YY" e que o ora Réu G era o proprietário da fracção autónoma designada "XX", ambas do prédio melhor descrito em b), e que o ora 1º Autor era titular de um direito de retenção sobre as ditas fracções, em conformidade com o teor das certidões judiciais juntas a fls. 112 a 152 dos autos».

Compulsadas as referidas certidões judiciais resulta que no processo que correu termos sob o nº CV1-05-0069-CAO, onde eram A F, Réu D e Assistente Sociedade Fomento Predial Iat Lei Limitada, por Acórdão de 11.11.2010 do TSI foi decidido que D (aqui 1º A) é titular do direito de retenção sobre a fracção "YY".

No processo que correu termos sob o nº CV3-05-0072-CAO, onde eram A G e Réu D, por Acórdão de 25.09.2008 do TSI foi decidido que D (aqui 1º A) é titular do direito de retenção sobre a fracção "XX".

Contudo, actualmente os proprietários das fracções a que se reportam os autos já não são os ali Réus mas outros, nomeadamente o ora 3º e 5ª Réus.

Contudo em termos de facto e de direito a situação é igual à ali julgada.

Sobre esta matéria e quanto à fracção XX no Acórdão de 25.09.2008 do TSI dizia-se que:

«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 A, 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 754° a 761°, tendo exemplificada no artigo 755° os casos

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

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

especiais de direito de retenção.

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° 2 do artigo 44 2° e alínea f) do artigo 755°, introduziu também no artigo 745° n° 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 factualidade, 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

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**.

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.»

Destarte, nos termos já antes definidos, deve agora continuar a ser reconhecido ao 1º Autor o direito de retenção sobre as fracções "XX" e "YY".

Da Reconvenção.

Nos termos do nº 1 do artº 1235º do C.Civ. «O proprietário pode exigir judicialmente de qualquer possuidor ou detentor da coisa o reconhecimento do seu direito de propriedade e a consequente restituição do que lhe pertence».

Segundo o artº 1241º do C.Civ. «O direito de propriedade adquire-se por contrato, sucessão por morte, usucapião (...)».

Em face dos elementos existentes nos autos e da factualidade dada por assente verifica-se que o 3º R. reconvinte adquiriu o direito à concessão por arrendamento e propriedade de construção da fracção "YY" a que se reportam os autos por compra.

Destarte, impõe-se reconhecer a 3ª Ré como proprietária daquela fracção.

Da factualidade assente igualmente resulta demonstrado que o 1º A e família desde 1999 vêm ocupando a fracção autónoma indicada.

Nos termos do nº 2 do artº 1235º do C.Civ. «havendo

reconhecimento do direito de propriedade, a restituição só pode ser recusada nos casos previstos na lei».

No caso em apreço, tal como já antes havia sido reconhecido e agora se renova, o 1º A goza de direito de retenção sobre a fracção autónoma em causa.

Assim sendo, julgando-se procedente o reconhecimento do direito de propriedade da 3ª R e condenado-se os AA a reconhecerem-nos, não pode ser ordenada a restituição da cosia face ao direito de retenção de que goza o 1º A.

Vem, ainda, a 3ª R pedir a condenação do 1º A. a pagar-lhe uma indemnização por ter estado impedido de usar e fruir da fracção em causa, nomeadamente, arrendando-a.

Contudo no que a esta matéria concerne nada se provou.

Assim sendo, no que ao pedido de indemnização respeita a decisão do tribunal não pode ser outra que não seja a de julgar o mesmo improcedente.

(...)”

3. Recurso A - Recurso da "A, Limitada", e "B, Limitada"

3.1. Objecto do recurso A:

Tendo os AA. decaído no pedido de nulidade das vendas e consequente execução específica dos contratos promessa por si celebrados, sobre A e B, veio, no entanto, a ser-lhes reconhecido o direito de retenção e

arbitrada uma indemnização correspondente ao dano excedente, em função da valorização dos prédios A e B ao tempo da ampliação do pedido, já na pendência da acção.

O que está em causa neste recurso é fundamentalmente a fixação do montante indemnizatório, senão mesmo a ponderação da impossibilidade nessa fixação, na medida em que se alega que o pagamento do dobro do sinal não integra o dano decorrente da valorização das fracções. Isto é, os AA. não conseguem com o valo do dobro do sinal comprar uma casa como a que teriam adquirido se o contrato-promessa tivesse sido cumprido, aí residindo o seu prejuízo.

3.2. Aplicação da lei no tempo

O caso suscita o problema da escolha da lei aplicável.

Regia à data do contrato o CC de 66. Entrou em vigor, em 1 de Nov./99 o novo CC.

Regia anteriormente, sobre o incumprimento do contrato-promessa o art. 442º que estabelecia:

“1. Quando haja sinal, a coisa entregue deve ser imputada na prestação devida, ou restituída quando a imputação não for possível.

2. Se quem constitui o sinal deixar de cumprir a obrigação por causa que lhe seja imputável, tem o outro contraente o direito de fazer sua a coisa entregue, se o não cumprimento do contrato for devido a este último, tem aquele o direito de exigir o dobro do

que houver prestado.

3. *Salvo estipulação em contrário, a existência de sinal impede os contraentes de exigirem qualquer outra indemnização pelo não cumprimento, além da fixada no número anterior.*”

Actualmente rege o artigo 436.º (Sinal):

“1. Quando haja sinal, a coisa entregue deve ser imputada na prestação devida, ou restituída quando a imputação não for possível.

2. Se quem constitui o sinal deixar de cumprir a obrigação por causa que lhe seja imputável, tem o outro contraente o direito de fazer sua a coisa entregue; se o não cumprimento do contrato for devido a este último, tem aquele o direito de exigir o dobro do que houver prestado.

3. A parte que não tenha dado causa ao incumprimento poderá, em alternativa, requerer a execução específica do contrato, quando esse poder lhe seja atribuído nos termos gerais.

4. Na ausência de estipulação em contrário, e salvo o direito a indemnização pelo dano excedente quando este for consideravelmente superior, não há lugar, pelo não cumprimento do contrato, a qualquer outra indemnização, nos casos de perda do sinal ou de pagamento do dobro deste.

5. É igualmente aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 801.º

Contrariamente ao regime geral decorrente do art. 11.º do CC, o artigo 11.º do DL 39/99/M determina que “O disposto no artigo 436.º do novo Código Civil é extensivo aos contratos celebrados antes da sua entrada em vigor, mas o direito à indemnização pelo dano excedente previsto no n.º 4 do mesmo artigo só lhes é aplicável se o seu incumprimento ocorrer já na vigência da nova lei.”

Também o art. 15º prevê:

“O disposto nos artigos 799.º a 801.º do novo Código Civil é extensivo às cláusulas penais estipuladas antes da sua entrada em vigor, mas o direito à indemnização pelo dano excedente previsto no n.º 2 do artigo 800.º só existe quando o incumprimento do contrato ocorra já na vigência da nova lei.”

A previsão destas normas enquadra-se perfeitamente no caso em apreço, apenas no que se refere à venda operada em Dez/2000, pois que à venda operada em Junho/1999, se aplica a lei velha.

E aí, a lei era clara a dizer que o incumprimento gerava apenas o pagamento do sinal em dobro, à minguia de estipulação em contrário, como se verifica.

O primeiro incumprimento ocorreu, no domínio da velha lei, o outro, já no âmbito da nova lei, pelo que, por aquele haverá indemnização correspondente ao pagamento do sinal em dobro e, pelo segundo, verificado em Dez./2000, pelo dano excedente, na falta de qualquer outra estipulação em contrário resultante do contrato-promessa, como ora se alcança da tradução ordenada nesta sede.

3.3. É verdade que se pretende com esta interpretação da "indemnização pelo dano excedente" obter uma solução legal para o incumprimento de contratos de promessa referente a imóveis como a que existe no art. 442.º do C. Civ. Português.

Devido ao aumento crescente do valor das habitações e de modo a evitar situações em que o pagamento do sinal em dobro fosse mais vantajoso para o promitente vendedor inadimplente, do que cumprir com a promessa, e de modo a salvaguardar a posição dos promitentes-compradores, o legislador português adoptou uma solução para as situações em que tivesse havido tradição da coisa no sentido do promitente-comprador poder optar entre o sinal em dobro ou o valor da coisa na data do incumprimento deduzido do preço convencionado acrescido do sinal e do preço que haja pago.

No direito de Macau não há norma idêntica ao n.º 2 do art. 442º do C. Civ. Português. Porém, o legislador de Macau no n.º 4 do art. 436.º para além dos casos de sinal em dobro ou perda do sinal ressalva a possibilidade de haver o direito a uma indemnização pelo dano excedente quando este for consideravelmente superior. Salvaguarda-se, também em Macau, nos termos da legislação aplicável, o interesse do promitente comprador que, face a um

incumprimento, seria seriamente prejudicado com um ressarcimento que se ficasse por mero pagamento em dobro.

E ainda que imperfeitamente expresso o sentido e alcance da norma do CC de Macau não se poderá afastar da *ratio* que se colhe daquela norma que em termos de Direito Comparado terá sido a sua inspiradora.

3.4. Contrariamente ao que se afirma na sentença proferida, se é verdade que, se o contrato de promessa de compra e venda tivesse sido cumprido como era devido, o 1.º A. seria actualmente titular do direito de propriedade sobre as fracções com o actual preço de mercado, não pode ser esse o momento aferidor do valor do dano excedente, antes o devendo ser o momento do incumprimento.

Não se acompanha o entendimento vertido naquela sentença, ao dizer-se que, *tendo o 1º A prometido adquirir as fracções autónomas por HKD\$350,000.00 e HKD\$250,000.00, as quais hoje têm um valor de HKD\$10,000,000.00 e HKD\$7,900,000.00, devido ao incumprimento do contrato deixou de ganhar a diferença, isto é, HKD\$17,300,000.00, equivalente a MOP\$17,819,000.00 (x 1,03).*

Nos termos do art. 556.º do C. Civ aquele que estiver obrigado reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.

Dúvidas não há que os referidos HKD\$17,300,000.00 correspondem

ao benefício que o credor deixou de auferir por força do incumprimento do devedor – art. 558.º n.º 1 do C. Civ. - havendo assim nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo credor aqui 1º A e o incumprimento do devedor aqui 1ª R- art. 557º C. Civ.

Destarte verificamos que o dano sofrido é de HKD\$17,300,000.00, ou seja superior em HKD\$16,100,000.00 ao valor que o 1º A tem a receber, pelo que, face ao disposto no n.º 4 do art. 436 do C. Civ, deve a 1ª R ser condenada a pagar o sinal em dobro acrescido deste valor, isto é, tudo no montante global de HKD\$17,300,000.00.

Não pode ser o valor actual que vai definir o dano relevante. Não pode o obrigado ficar à mercê credor, a seu belo talante, de acordo com as variações do mercado, para, passados 5, 10, 15, 20 anos vir dizer que agora ou então as casas valiam isto ou aquilo, tendo o devedor de pagar a indemnização pela valorização do imóvel.

Esse momento não pode deixar de ser o do incumprimento do contrato.

O valor do dano, resultante da revalorização da fracção, deve ser objectivamente apreciado e reportar-se ao momento do incumprimento, não podendo estar dependente da mera vontade do credor, ao sabor das flutuações do mercado, sob pena até, se outas razões não houvesse - quais sejam as relativas à fixação do dano e momento da sua determinação -, ficando o devedor inadimplente à mercê da vontade daquele e do momento que melhor lhe aprouvesse, o que seria manifestamente inadmissível e irrazoável.

É o que resulta do regime do artigo português, é o que resulta da jurisprudência comparada,⁴ é o que resulta da melhor compreensão da norma e do regime da obrigação da indemnização, face ao disposto nos artigos 787º, 556º, 557º do CC.

3.5. Temos de ver quando é que o promitente vendedor deixou de cumprir aquilo a que se obrigou.

Nos contratos-promessa nada se diz sobre o prazo do cumprimento, pelo que sempre teria o promitente comprador de interpelar o promitente vendedor para celebrar as vendas, a fim de o colocar em mora – art. 794º, n.º 1 do CC.

Não o tendo feito, não será difícil perceber que, ao vender as fracções a terceiros se colocou em posição de posição de incumprimento definitivo, devendo ser esse o momento aferidor do dano causado aos AA. que naturalmente terão perdido qualquer expectativa e interesse, por impossibilidade jurídica, no cumprimento do contrato – cfr. art. 790º do CC.⁵

O incumprimento ter-se-á verificado em 04 de Junho de 1999 e 05 de Dezembro de 2000, datas em que as fracções "YY" e "XX" são vendidas a terceiros.

As referidas fracções autónomas "XX" e "YY" em 2012, altura em

⁴ - Ac. STJ, de 5/7/2007, Proc. n.º 07B2009

⁵ - Cfr. Acs. do TUI 44/2011, 9/2013 e TSI755/2007, 357/2010, 104/2013

que os AA. intentaram a acção declarativa, foram avaliadas em HKD\$4,510,000.00 (quatro milhões quinhentos e dez mil dólares de Hong Kong) e HKD\$3,580,000.00 (três milhões quinhentos e oitenta mil dólares de Hong Kong), respectivamente, num total de HKD\$8,090,000.00 (oito milhões e noventa mil dólares de Hong Kong), por força de relatórios juntos como docs. n. 46 e 47 com a p.i. datados de 2011.

Agora, em 2015, por força de nova avaliação, conforme relatórios apresentados datados de 2014, constantes dos presentes autos, as fracções autónomas "XX" e "YY" estão avaliadas em HKD\$10,000,000.00 e HKD\$7,900,000.00, num montante global HKD\$17,900,000.00 (dezassete milhões dólares de Hong Kong).

Ou seja, entre 2011 e 2014, as fracções em causa, mais que duplicaram de valor, pelo que não se compreenderia que essa flutuação superveniente se pudesse repercutir apenas em desfavor de uma das partes, ainda que incumpridor. Também os AA se terão absterido de fazerem o que lhes competia, ou seja, interpelação ou resolução do contrato, face ao inadimplemento do promitente vendedor.

3.6. Defende a recorrente que o ónus de alegar e provar o valor do imóvel à data do incumprimento do contrato promessa de compra e venda sempre caberia aos Autores, ora Recorridos, pelo que não existe valor para apurar a indemnização, devendo sempre a acção ser julgada improcedente por não provado nos autos o valor das fracções autónomas à data do incumprimento

do contrato promessa de compra e venda.

A indemnização a ser concedida, teria sempre que reportar à data de incumprimento da promessa e, nunca, aos valores actuais das fracções autónomas.

Só parcialmente tem razão no que diz.

O facto de não se ter apurado o valor na data do incumprimento, reconduzindo-se a esse momento o valor indemnizatório, por aplicação das regras do Direito, tal não impede, reconhecida a obrigação de indemnizar, alegando-se embora outros valores, que, em sede de execução de sentença, esse valor não possa ser liquidado em função daquelas supra referidas datas, reportadas ao momento do incumprimento, isto está claro, se o valor do dano for superior ao pagamento do sinal em dobro, no que concerne à fracção “XX”, já que, em relação à fracção “19” será aquele valor (dobro do sinal) que releva.

3.7. Como está bem de ver, perde sentido, por prejudicado, o conhecimento da questão que vem posta em segundo lugar, qual seja a da desproporcionalidade da indemnização fixada e do enriquecimento sem causa dos AA., ora Recorridos.

4. Recurso B - Recurso de C, em Cantonense ou C, em

Mandarim

4.1. A 3.^a Ré C contestou e reconveio, pedindo que fosse declarada proprietária da fracção “YY” e a condenação dos AA./reconvindos a reconhecer-lhe o seu direito de propriedade, bem como a entregar-lhe a fracção em causa livre de pessoas e bens e ainda a pagar-lhe uma indemnização no valor de MOP\$767.040,00, acrescida do valor de MOP\$15.040,00 por cada mês que os reconvindos permanecessem a ocupar a fracção até à sua entrega a contar de Abril de 2012.

Na parte que lhe diz respeito, concluído o julgamento da matéria de facto e a discussão do aspecto jurídico da causa foi proferida sentença que condenou e absolveu nos seguintes termos:

Nestes termos e pelos fundamentos expostos julga-se a acção parcialmente procedente porque provada e em consequência.

- Condena-se a 1.^a Ré A Limitada, a pagar ao 1.^o Autor D a quantia de MOP\$17.819.000,00 (equivalente a HKD\$17.300.000,00);

- Reconhece-se o direito de retenção do 1.^o Autor D quanto às fracções “XX” e “YY” melhor identificada nos autos,

- Absolvem-se os Réus dos demais pedidos.

Quanto à reconvenção julgando-se a mesma parcialmente procedente por parcialmente provada decide-se.

- Reconhecer a 3.^a Ré titular do direito à concessão por arrendamento e propriedade de construção da fracção autónoma designada pela letra “YY” melhor identificada nos autos e em consequência condena-se o 1.^o Autor a reconhecer àquele como titular do indicado direito,

- Julga-se improcedente o pedido de restituição da fracção autónoma

designada pela letra “YY”, bem como o pedido de condenação do 1.º Autor no pagamento de indemnização, indo este absolvido dos mesmos.

4.2. Perde-se o recorrente numa extensa, estéril e desnecessária, e, por isso, em grande medida inoportuna.

Não se percebe, por vezes, o que pode levar a uma alegação deste teor que acaba por ser contraproducente, na medida em que eivada de perda de objectividade e falta manifesta de fundamento. Os juízes não se podem cansar de se inteirar das razões das partes e, assim, têm de ser pacientes para escutar, para ler, mesmo as alegações longas e complexas, se reflectirem a complexidade das questões subjacentes. Mas já não há paciência quando se arrazoa, não se alega, se invocam temerariamente fundamentos que apenas se retiram do “missal”. Nessa altura, a perda de clarividência do mandatário pode prejudicar a parte porque turva, obnubila, distrai do essencial.

Esta observação que aqui se deixa tem apenas carácter pedagógico e a sua aplicação ao articulado sob apreciação refere-se tão-somente à parte em que é manifesta a desrazoabilidade e falta de fundamento do que alegado vem, sem embargo do respeito e consideração que se evidencia no denodo posto pela defesa dos interesses da parte.

4.3. É bom exemplo - entre outros, como adiante se verá -, do que vimos dizendo a impugnação da matéria de facto.

Trata-se de matéria perfeitamente inócua e nada adianta para a resolução de qualquer das questões que são objecto do recurso.

Pretende o recorrente que se dê por provado:

Quanto ao quesito 3º - “Devia, pois, ter ficado provado *que a 3.ª Ré não acedeu ou viu a fracção “YY” antes de celebração de escritura apenas porque o H a informou que ela se encontrava temporariamente emprestada a amigos.*”

Quanto ao quesito 19º - *O 1.º Autor despendeu em obras de decoração nas fracções em 1999, a quantia de MOP\$305.500,00 para a fracção “XX” e de MOP\$273.000,00 para a fracção “YY”?*, quesito que mereceu a resposta Provado, devia ter ficado provado, em sua opinião: “Devia, pois, ter o quesito 19 ter ficado não provado ou não provado na parte que respeita à fracção “YY”. ”

Quanto ao quesito « Quesito 22.º - *Em consequência do comportamento dos AA. a 3.ª Ré/reconvinte não pode arrendar a fracção a terceiro e cobrar rendas até ao presente momento, tendo sofrido um prejuízo mensal correspondente a MOP\$15.040,00?* Tendo merecido a resposta “*Não provado.*”, entende o recorrente “... os AA. não impugnaram o valor da renda mensal da fracção “YY” antes optando por informar o Tribunal a quo sobre o valor locativo de outra fracção com localização e área equivalentes à da fracção autónoma “YY”.

Resulta, portanto, do depoimento gravado das testemunhas conjugado com as respostas aos quesitos 2 e 17 da Base Instrutória, bem como com a fundamentação da convicção do Tribunal a quo quanto aos quesitos 1.º, 1.º A, 2.º, 3.º, e 23.º da Base Instrutória na qual se dá conta que o irmão do 1.º Autor também vive nas fracções ora me causa (fls. 938), bem como com o alegado pelos AA. no artigo 12.º da petição inicial e no artigo 36.º da Réplica que a Ré/reconvinte não pôde arrendar a fracção a terceiros e, por conseguinte cobrar rendas até ao presente momento, tendo sofrido um prejuízo mensal correspondente a, pelos menos, MOP\$15.000,00.

Ou subsidiariamente, tendo em conta a posição dos AA. assumida no artigo 111.º da Réplica, deverá ficar provado que: “*Em consequência do comportamento dos AA. a 3.ª Ré/reconvinte não pode arrendar a fracção a terceiro e cobrar rendas até ao presente momento, tendo sofrido um prejuízo mensal correspondente a MOP\$8.000,00*”.

Sobre o quesito « Quesito 23.º - *Os AA efectuaram obras de construção nas duas fracções para as tornarem apenas numa?* » dado como *Provad*, entende o recorrente que “...o quesito 23 não deveria ter sido julgado provado por força do disposto no artigo 147/1 ex vi do artigo 539/1-5 do CPC do CPC.”

4.4. Trata-se de matéria inútil, pela razão simples de que esses factos

não estiveram na base do arbitramento de qualquer indemnização ou de qualquer modo serviram de pressuposto de facto ao discurso sentenciador no aresto ora sob escrutínio.

Uma alegação sem qualquer justificação é processualmente reprovável e em bom rigor até devia ser sancionada em termos de custas.

5. Do fundamento denominado *eficácia preclusiva dos fundamentos de defesa*

Diz o recorrente:

“No despacho saneador foi julgada improcedente a excepção do caso julgado e de afastar o princípio da preclusão relativamente ao pedido principal (em que os AA põem em causa a validade substancial dos títulos aquisitivos da propriedade dos 2.º a 5.º RR).

Sucedede que o Tribunal a quo não se pronunciou sobre a autoridade de caso julgado do acórdão do TSI de 11.11.2010 (fls. 121-131) enquanto questão prejudicial relativamente aos pedidos formulados sob as alíneas 6) e 7) do petitório na presente acção, nem quanto ao efeito preclusivo dos meios de defesa deduzidos na contestação do D nos autos CV1-05-0069-CAO relativamente a esses mesmos pedidos.”

Como pode o recorrente recorrer desta matéria se não interpôs recurso desse despacho?

Dessa matéria não há que conhecer.

De qualquer modo não se deixa de referir que o reconhecimento do direito de retenção reconhecido ao promitente comprador não se confunde com a definição do montante do crédito que aquele direito de retenção visa garantir, nada obstando a que em acção autónoma se visasse esse apuramento.

Foi exactamente isso que se visou com a propositura da presente acção, nada impondo que o direito que se pretende acautelar por via da retenção tenha de ser quantificado naquele momento.

5. Da autoridade do caso julgado do acórdão de fls. 121-131v relativamente aos pedidos formulados sob as alíneas 6) e 7) do petitório na presente acção

Defende o recorrente que *“o demandado em juízo deve incluir e esgotar na contestação todos os argumentos defensionais de que disponha, ficando impedido de invocar, mais tarde, no próprio ou noutro processo, meios de defesa que tenha omitido na contestação.*

Em virtude disso, deverá o réu expor todos os seus argumentos defensionais. Mesmo os que pareçam secundários, em termos de cada um ser considerado pelo tribunal na eventualidade de o precedente argumento não colher.

Daqui resulta imediatamente a seguinte consequência: - o 1.º Autor que foi réu no processo CV1-05-0069-CAO, e que aí nada disse quanto à existência do crédito pelo dano excedente constitutivo do seu alegado direito de retenção, podendo e devendo fazê-lo, ficou, por isso, definitivamente impedido de, mais tarde, o poder fazer naquele ou noutro processo.

Trata-se da eficácia preclusiva dos fundamentos de defesa que, em regra, se esgotam com o decurso do prazo para a dedução da contestação, como resulta do preceituado no artigo 409/1 do CPC, normativo que emana do princípio da eventualidade ou da preclusão.”

Se isto, em tese, é verdade, o que se verifica é que o caso julgado não cobre um determinado dano que não seja apurado na acção que fez caso julgado, bem podendo ele sobrevir supervenientemente porque desconhecido ou ainda não desencadeado no momento daquela acção.

Ora, nada disto tem a ver - nem a sequer a douta e longa citação doutrinária produzida na peça - com a preclusão dos argumentos e dos razões de defesa que devem ser usados na acção, sendo a esse nível que deve funcionar a preclusão da defesa.

Isto é, a parte não pode vir noutra acção dizer que se esqueceu de invocar este ou aquele argumento, mas nada impede que noutra acção formule um outro pedido não formulado na primeira acção.

O caso julgado material produz, simultaneamente, a exclusão de quaisquer novos argumentos que se relacionem com o ponto determinado transitadamente. Mas não se acompanha, pois, a tese de que o crédito pelo dano excedente resultante do incumprimento do contrato-promessa relativo à fracção “YY” (ou a de qualquer outro crédito garantido pelo direito de retenção) a existir, deveria ter sido suscitado no processo CV1-05-0069-CAO pelo D, enquanto facto constitutivo dessa excepção peremptória ou contra-direito e/ou como fundamento do pedido reconvenicional.

Não é verdade que nesta acção esteja em causa a apreciação de um

novo fundamento do direito de retenção formulado nos artigos 64.º a 71.º da petição inicial para substanciar o pedido da alínea 6) (e o da alínea 7) do petitório na presente acção e que esse pedido tivesse que ser formulado no processo CV1-05-0069-CAO, em função de tal crédito, pelo dano excedente, pois não é aí que radica o direito de retenção, antes se concretiza a sua quantificação.

Assim sendo, não se verifica a excepção dilatária inominada de autoridade de caso julgado decorrente dos artigos 574/1 e 576 ambos do CPC em relação aos pedidos formulados sob as alíneas 6) e 7) do petitório na presente acção.

6. Da lei aplicável e do direito de retenção

6.1. Já nos pronunciámos sobre a aplicação da lei no tempo no Recurso A, para onde nos remetemos.

Em matéria de contratos, por norma é a lei em vigor ao tempo do contrato que rege os seus efeitos e, conseqüentemente, a matéria do incumprimento.

Dispõe o art. 11º do CC:

“1. A lei só dispõe para o futuro; ainda que lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular.

2. Quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos; mas, quando dispuser directamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas,

abstraindo dos factos que lhes deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor .”

Em matéria de contratos, a doutrina defende, em termos gerais, a aplicação da lei antiga, em homenagem ao princípio da autonomia da vontade e no pressuposto da expectativa das partes em relação àquilo que podiam contar quando celebraram o contrato

A ressalva do n.º 2 não dirá respeito, em princípio, ao conteúdo dos contratos, não obstante se possam configurar situações excepcionais, como as reais ou para-reais, como será o caso do arrendamento.

Importa, contudo, ter em atenção o direito especial transitório introduzido pelo DL 39/99/M, de 3/Agosto, nomeadamente em relação ao dano exequente – cfr. art. 11º e 15º.

Defende o recorrente que o regime aplicável ao direito de retenção é o estabelecido no Código Civil português (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, e tornado extensivo a Macau pela Portaria n.º 22 869, de 4 de Setembro de 1967, bem como as disposições legais que o modificaram.

6.2. Seja como for, aplicável o Código actual, onde expressamente se prevê o direito de retenção - art. 745º, n.º 1, f) - ou o anterior - para onde nos inclinamos -, o direito de retenção não deixa de se verificar na situação presente, na medida em que anteriormente já vínhamos defendendo tal aplicação, como resulta da posição que já manifestámos em acórdão proferido nesta instância e

que, por facilidade aqui se reproduz⁶:

"(...)

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

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

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

⁶ - Ac. do TSI, Proc. 574/2009

⁷ - Menezes Cordeiro, Dtos Reais, 1979, 771

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

convencionado.

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

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

*Estamos, pois em condições de definir o direito de retenção como o direito que tem o detentor da coisa, obrigado à sua entrega, de a recusar, retendo, pois, o objecto, enquanto não for pago do crédito que por sua vez lhe assiste.*¹⁰

*Ou numa outra asserção, consiste na faculdade que tem o detentor de uma coisa de a não entregar a quem lhe pode exigir, enquanto este não cumprir uma obrigação a que está adstrito para com aquele.*¹¹

Como está bem de ver há aqui uma nuance, não despicienda na questão ora em juízo, qual seja a de saber se aquela faculdade

⁹ - A. Varela, RLJ, 119º, 204

¹⁰ - Galvão Telles, Dir.das Obrigações, 4ªed., 265 ou Paulo Cunha, Garantia das Obrigações, 2ª, 155

¹¹ - P. Lima e A. varela, CC Anot, nota I ao art. 754º

de não entrega da coisa é oponível ou não a quem não seja o devedor.

... Consagração do direito de retenção; regime aplicável

Muito sumariamente, diremos que no novo Código Civil, entrado em vigor em 1 de Nov./99, o direito de retenção é expressamente previsto nos casos das promessas de compra e venda no art. 745º, n.º 1, f), quando haja sinal e traditio - "o beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do art. 436º".

(...)"

7. Se o incumprimento, traduzido na não entrega por parte do R. ocorreu no domínio do velho Código, será este o aplicável, tendo aqui presente o já decidido pelo nosso Tribunal de Última Instância.¹²

Então como se passavam as coisas no velho Código?

¹² - Ac- TUI, proc. 41/2008, de 5/12/08 e Ac. 42/2004, de 1/12/04

*Embora só com a entrada em vigor do novo CC de Macau se consagrasse expressamente este direito ao promitente comprador, já anteriormente, por via jurisprudencial e doutrinária, se adoptava o entendimento que ia no sentido de se considerar consagrado esse direito, desde que o possuidor agisse como senhor da coisa.*¹³

De qualquer modo, no nosso caso, o incumprimento, tal como reconhecido pelo primitivo promitente comprador, terá ocorrido a partir de 2000, pelo que não interessará aprofundar o regime pré-vigente aplicável.

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

Esta situação é diferente daquela em que a qualidade de promitente-comprador, se verifica sem traditio, e que integra tão somente um direito de crédito a concretizar pelo promitente vendedor, que fica por essa via obrigado a vender-lhe a coisa prometida.

¹³ - Cfr. acs deste TSI, proc. 409/2007, onde se faz uma resenha doutrinária e jurisprudencial do reconhecimento do direito de retenção como garantia real a c reconhecer ao promitente comprador, com *traditio* e 729/2007, de 22/5/2008

Na verdade, pode haver posse em certos direitos reais de garantia, como defende Orlando de Carvalho¹⁴, como o direito de penhor e o direito de retenção, que conferem poderes de facto sobre a coisa, dado que a lei estabelece que o credor pignoratício tem o direito de usar, em relação à coisa empenhada, das acções destinadas à defesa da posse, ainda que seja contra o próprio dono (artigo 662º, alínea a), o que também valia, por força dos artigos 758º e 759º, n.º 3 do Código Civil de 66, para o titular do direito de retenção.

O critério destrinçador, agora expressamente consagrado, tal como defendido por Calvão da Silva¹⁵ residirá em saber se houve posse ou mera detenção no poder de facto do promitente-comprador sobre a coisa objecto do contrato prometido, que lhe foi entregue antecipadamente, tudo depende do animus que acompanhe o corpus, isto é, se o promitente-comprador tiver animus possidendi, o que não é de excluir a priori, será possuidor, situação que pode ocorrer quando o promitente-vendedor diz ao promitente-comprador que pode entrar para a casa e proceder como proprietário desde logo, como se ela fosse desde já sua, passando ele a actuar

¹⁴ - R.L.J. 122, página 106

¹⁵ - Sinal e Contrato-Promessa, 112

com animus rem sibi habendi, ou originariamente, mas se tiver animus detinendi, será detentor ou possuidor precário; e acrescenta que, em todos os casos de tradição da coisa para o promitente-comprador, a ocupação, uso e fruição da coisa por este é lícita e legítima, até à resolução do contrato-promessa ou celebração do contrato prometido, porque se constitui uma relação jurídica obrigacional que confere ao promitente comprador o direito relativo de ocupar, usar e fruir a coisa até uma daquelas duas referidas situações, seja qual for a classificação dada a essa relação jurídica; e certo é que o facto de o promitente-comprador gozar do direito de retenção da coisa é irrelevante para a questão de saber se houve posse ou mera detenção.

Pelo que toca à Jurisprudência, já se vinha desenhando a tendência no sentido de que o promitente-comprador, tendo havido tradição da coisa, é um verdadeiro possuidor e não um mero detentor, ou pelo menos que, como titular do direito de retenção, goza de tutela possessória e por isso até podia embargar de terceiro.¹⁶

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

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

E não se deixa de registar que o entendimento acima explanado já anteriormente vinha sendo acolhido nos Tribunais de Macau¹⁷

Desta forma se responde à questão relativa à consagração do direito de retenção na esfera do promitente comprador, o que decorre expressamente do regime actual aplicável - art. 745º, n.º 1, f) do CC - , na esteira do entendimento doutrinário e jurisprudencial anterior, a que se procedeu tão somente para integrar a natureza e alcance do direito e enquadrar a abordagem que adiante se fará.”

6.3. É verdade que, como diz o TUI, “No direito de Macau, vigente após a Lei n.º 20/88/M, de 15 de Agosto, e até à entrada em vigor do Código Civil de 1999, o promitente-comprador, em caso de tradição da coisa, não tinha posse sobre a mesma, nem direito de retenção sobre ela, nem podia usar dos meios possessórios, a menos que provasse a situação excepcional de que exercia a posse em nome próprio, com a intenção de agir como seu proprietário.”¹⁸

No caso vertente, contudo, da factualidade apurada não será difícil, cremos, descortinar os requisitos da posse, só assim se compreendendo a sua actuação, não mais havendo justificação para a sua actuação sobre os actos praticados sobre aquela fracção.

¹⁷ - Cfr. Proc. 195/2004, deste TSI, de 2/12/2004 e Ac. de 15/2/95 do então TSJ, in Tribunal Superior de Justiça de Macau – Jurisprudência, 1995, I Tomo, pags. 102 e segs, entre outros

¹⁸ - Ac. do TUI, de 1/12/2004, Proc. n.º 42/2004

6.4. Em todo o caso não se deixa de referir que o direito de retenção foi reconhecido aos AA., por decisão superiormente ratificada, em Ac. deste TSI, de 25/9/2008, como se refere na douta sentença sob escrutínio, pelo que não se deixa de sufragar o entendimento ali vertido quanto ao reconhecimento do direito de retenção sobre as fracções em causa.

7. Do crédito de MOP\$17.819.000,00

Já dissemos o que havia a dizer sobre esta matéria no recurso A, para onde nos remetemos.

O valor do dano, se excedente, tem de ser reportado ao momento do incumprimento e, considerando que foi logo passados poucos meses que o incumprimento definitivo do contrato-promessa se verificou, o que resta saber é se o dobro do sinal não será superior a eventual valorização das fracções.

Quoad est demonstrandum em execução de sentença.

8. Da posse com *animus sibi habendi*

Sobre esta questão, prende-se ela com a pretensão em afastar o direito de retenção, aliás, já anteriormente reconhecido.

Numa situação em que o promitente-comprador promete comprar as fracções, paga a totalidade do preço, fica ali a viver com a família, adapta as fracções às necessidades da sua família, liga as duas fracções para aumentar a sua área, decora-as a seu gosto, tem defendido em diversas acções o seu direito às fracções perante quem se tem arrogado proprietário a quem foram, em incumprimento do prometido, transmitidas as coisas, perante todo esse acervo fáctico, por si, bastante impressivo, tem-se o *animus possidendi* como adquirido. Pretende a recorrente pôr em causa tal *animus*, mas torna-se manifesto que não

lhe assiste qualquer razão neste particular aspecto.

Contrariamente ao que pretende, independentemente a presente situação ser ou não igual à julgada no Acórdão do TSI de 11.11.2010, que recaiu sobre a sentença do TJB proferida nos autos CV1-05-0069-CAO, e que reconheceu o direito de retenção, entendemos que estão aí todos os elementos para que se reconheça o direito de retenção aos AA. Aliás, em nome da unidade do sistema e conformidade das decisões, estabelecer por um lado que o os AA. têm o direito de retenção e, mais adiante, desmentir essa decisão.

Acresce que o elemento subjectivo da posse vem sendo posto em crise, na melhor doutrina, como elemento destacável e autonomizável dos actos materiais correspondentes ao exercício do respectivo direito real, face à terminologia do art. 1175.º do CC.¹⁹

De qualquer modo, os pressupostos do direito de retenção não se nos oferecem dúvida, perante a factualidade que comprovada vem.

9. Da inaplicabilidade do regime do dano excedente

Não se deixa de observar que só agora o recorrente vem suscitar razões e fundamentos que não colocou na acção em sede dos seus articulados, o que não deixa de acontecer, aliás, com boa parte da argumentação ora expendida.

De qualquer modo e considerando que estaremos ainda em sede do

¹⁹ - cfr. Paula Costa e Silva, *Posse ou Posses?*, Coimbra Ed., 2.ª ed., 2005; Orlando de Carvalho, Introdução à posse, RLJ n.º 3871, 105; Oliveira Ascensão, Dto Civil, Reais, 5.ª ed., 88; Carvalho Fernandes, Lições de Dts Reais, 4.ª ed., n.º 133. II

enquadramento jurídico da matéria de facto, não deixamos de nos pronunciar, sendo que, sobre esta matéria já nos pronunciámos anteriormente, para onde nos remetemos.

10. Na mesma linha já acima anotada, o recorrente vem ainda, numa má prática processual, repetindo, insistindo ou invocando não fundamentos, impugnar a decisão proferida, destacando os seguintes vícios:

DA (I)LICITUDE DE DETENÇÃO DA COISA

DA RECIPROCIDADE DE CRÉDITOS

DA CONEXÃO SUBSTANCIAL

DO ABUSO DE DIREITO

DA EXTINÇÃO DO DIREITO DE RETENÇÃO

DA EXCLUSÃO DO DIREITO DE RETENÇÃO

DO CÔMPUTO DO VALOR DO DANO EXCEDENTE

DA VIOLAÇÃO DO ARTIGO 436/4 DO CCIVIL

DA PUBLICIDADE DO INCUMPRIMENTO

MORA DO CREDOR

DA (IN)OPONIBILIDADE DO DIREITO DE RETENÇÃO

DA COLISÃO DE DIREITOS

DA INTERPRETAÇÃO SINÉRGICA

DA CULPA DO LESADO

DO PEDIDO RECONVENCIONAL

DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

DA OMISSÃO DE PRONÚNCIA

Vamos responder conjuntamente a todos esse pretensos argumentos, na medida em que com uma ou duas considerações se responderá todas essas objecções e visto até o elo que liga todas essas questões.

Em boa medida a tudo isto já anteriormente se respondeu, **tanto neste recurso B, como no recurso A**

Até parece, na tese do recorrente, que *quem incumpriu o contrato* que foram os AA. e todas as culpas lhes são atribuídas. Prometem comprar, pagam a totalidade do preço, passam a viver nas fracções prometidas comprar e, com a desfaçatez e menos escrúpulos do promitente vendedor, o que, infelizmente é tão usual em Macau, vêem-se os AA na iminência de ficarem sem a coisa, sem o dinheiro e com a família no meio da rua.

Estará isto certo? Ousará alguém dizer que há aqui *culpa do promitente* comprador, que há abuso de direito, que não lhe assiste o direito a reter a coisa como garantia do pagamento do seu crédito, oponível a quem quer que seja, mesmo aos terceiros adquirentes da coisa que não podiam ignorar que a casa estava ocupada por alguém que se arrogava promitente comprador.

Poderá haver alguma “culpa” da sua parte, é certo, porventura por não se terem “mexido” mais cedo, mas por isso mesmo se faz reportar o seu direito ao momento do incumprimento.

A *conexão e reciprocidade dos créditos* não poderá deixar de ceder perante a natureza do direito de retenção que é uma garantia especial sobre um determinado bem e, não obstante não ser mais do que uma mera garantia, *assumindo o direito de retenção uma natureza de direito real de garantia,*

*oponível erga omnes, traduzido na sequela que confere ao promitente-comprador, a faculdade de não abrir mão da coisa, enquanto se não extinguir o seu crédito.*²⁰

Se direitos de garantia há que não são compatíveis com actos de fruição da coisa pelo seu possuidor, por exemplo, no caso do penhor; outros há, em que a compatibilidade entre os actos de gozo e fruição da coisa não se deixa de compaginar com o direito de garantia, com acontece com a hipoteca.

Também assim com o direito de retenção, radicando até a génese desse direito nos actos de uso e fruição de quem pensa que é o “dominus” e que por razão alheia à sua vontade não se consegue ver investido na titularidade do direito em nome do qual possui.

Quanto àquilo a que chama de *interpretação sinéptica*, conceito novo não adoptado pela doutrina clássica, e ganha voz com Menezes Cordeiro ao defender que o “*pré-entendimento*, num processo verdadeiramente científico da decisão deve ser prevalentemente preenchido com factores jurídicos, sociais ou morais objectivos e compartilháveis”²¹ e se devem ponderar as consequências da decisão, tal ponderação não se deixa de observar, no caso “sub judice”.

Se com o neologismo proposto por *Wolfgang Fikentscher – Synepaik...*,²² se foca o recorrente na ciência do direito que propõe o reconhecimento e o estudo da “ponderação das consequências”, se se entende o Direito como uma forma de resolução dos casos concretos, de forma a obviar aos efeitos indirectos que acabam por ficar na disponibilidade arbitrária da parte interessada na execução, na perspectiva de que o direito é conhecimento aplicado com a finalidade de solucionar problemas, se se pretende ver na solução encontrada um qualquer resultado injusto, não se nos afigura que assim seja, sendo de relevar as consequência negativas de um incumprimento contratual

²⁰ - Ver. Por todos, o Ac. do TSI, Proc. n.º 755/2007, de 2/6/2011.

²¹ - *Tratado de Direito Civil Português*, I Parte Geral, Tomo I, Almedina, 2011, 152

²² - Como nos dá conta Menezes Cordeiro, *in, ob. cit.*, nota 460

especialmente incidentes sobre o fator ou sobre com quem ele contratou, independentemente de uma só aparente boa fé, mas que bem podia inteirar-se da situação em que as fracções se encontravam.

No que respeita ao *enriquecimento sem causa*, o pretenso aproveitamento de uma situação ao longo dos anos, em termos de uso e fruição da coisa, se não deixam de ser anulados com uma valorização da coisa que se deixará de beneficiar, argumento que, se reversível e contagia tanto o pretenso enriquecido como o empobrecido, o mais importante é que, neste caso, a vantagem patrimonial reclamada não deixa de estar legitimada no exercício de um direito e daí não se poder dizer que não há causa para esse enriquecimento ou vantagem.

Quanto ao *pedido reconvenicional e omissão de pronúncia*, ainda aqui não assiste razão ao recorrente.

Foi reconhecido o seu direito de propriedade, o que arrasta necessariamente o direito à entrega da coisa, quando satisfeito o direito de indemnização do promitente-comprador que pode continuar a reter a coisa como garantia do seu crédito. Satisfeito este, logo deverá entregar a coisa ao seu proprietário, só nessa altura se podendo aferir se o fez como devia fazer, isto é, se a entrega obedece aos requisitos impostos por lei, ponderando a natureza e o valor das benfeitorias compensáveis ou não.

A entrega da coisa ao seu proprietário é uma decorrência da lei e não se tendo decidido ordenar essa entrega neste momento parece prematuro uma pronúncia como a desejada pelo recorrente.

10. Nesta conformidade se decidirá no sentido de se considerar um dano excedente apenas reportado ao momento do incumprimento e se superior ao dobro do sinal, face ao incumprimento manifesto do promitente vendedor.

IV – DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em conceder parcial provimento ao **recurso A**, interposto pela **1.ª e 5.ª Rés**, e, revogando parcialmente a decisão recorrida, acorda-se em condenar a **1.ª Ré A Limitada**, a pagar ao **1.º Autor D** a quantia equivalente ao sinal em dobro, relativamente à fracção “xx” e ao valor da fracção “XX”, no momento em que ela foi vendida ao **4.º R.**, com dedução do preço convencionado, e devendo ser restituído o sinal e quantias entregues pelo promitente comprador, valor a apurar em liquidação de execução de sentença, se o valor desse dano objectivamente determinado for superior ao valor do sinal em dobro, sendo este o valor devido se o valor da valorização/desvalorização for inferior.

Julga-se improcedente o **recurso B** do **3.º Réu**, na parte relativa ao pedido reconvenicional e também, na parte restante, pelo não abrangido pela decisão proferida em sede do **recurso A**.

No mais se mantém o decidido.

Custas pelos recorrentes e recorridos na proporção dos respectivos decaimentos, sendo ainda o recorrente **C (recurso B)** condenado nas custas do recurso na parte relativa ao pedido reconvenicional.

Macau, 16 de Junho de 2016,

João A.G. Gil de Oliveira

Ho Wai Neng

José Cândido de Pinho