

**Processo n.º 51/2005**

**Data do acórdão: 2005-05-12**

(Recurso civil)

**Assuntos:**

- regra da eficácia relativa do caso julgado
- art.º 574.º, n.º 1, do Código de Processo Civil de Macau
- art.º 417.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Civil de Macau
- inoponibilidade do caso julgado a terceiro juridicamente não indiferente
- inoponibilidade do caso julgado a terceiro juridicamente prejudicado
- art.º 749.º, n.º 2, primeira parte, do Código Civil de Macau
- art.º 759.º, n.º 2, do Código Civil de 1966
- consistência jurídica do direito de crédito hipotecário
- incompatibilidade entre o direito de retenção e a hipoteca sobre coisa imóvel

## **S U M Á R I O**

*1. Por força da consabida regra da eficácia relativa do caso julgado, aflorada fundamentalmente nas disposições conjugadas dos art.ºs 574.º, n.º 1, e 417.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Civil de Macau, ao*

*contrário da refutada doutrina da eficácia reflexa do caso julgado em relação a terceiros, o caso julgado formado de uma sentença não é oponível a todo o terceiro juridicamente não indiferente ou juridicamente prejudicado pelo mesmo julgado.*

*2. É que, em suma, todos são obrigados a reconhecer o julgado constituído entre as partes, mas não podem ser prejudicados por ele, sendo certo que por prejuízo se não entende um mero prejuízo de facto, mas sim um prejuízo jurídico.*

*3. O direito como credor hipotecário “de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ... com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo” fica juridicamente prejudicado na sua consistência, se for reconhecido o direito de retenção alegado por um outro credor do mesmo devedor sobre a coisa imóvel inclusivamente objecto da hipoteca – cfr. a regra de conflito actualmente plasmada na primeira parte do n.º 2 do art.º 749.º do Código Civil de Macau, e outrora no n.º 2 do art.º 759.º do Código Civil de 1966, segundo a qual o direito de retenção sobre coisa imóvel prevalece sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente.*

4. *Aliás, a posição jurídica do titular do direito de retenção sobre a coisa imóvel inclusivamente objecto da hipoteca então já constituída a favor do credor hipotecário pelo mesmo devedor daquele é incompatível com a posição jurídica deste último, o que pode ser logo constatado pela necessidade de consagração expressa, pelo legislador civil, de uma regra de conflito – já acima referenciada – própria para resolver a concorrência entre o direito de retenção e a hipoteca sobre coisa imóvel.*

5. *É que o direito de retenção em referência, embora não ponha em questão a existência ou validade do direito de crédito hipotecário, não se fica pela afectação da consistência prática deste por limitação ou redução do património do devedor, confrontando-se antes com o direito de um terceiro juridicamente interessado, de certo modo incompatível com o direito de retenção, afectando-lhe a consistência jurídica, por força da dita regra materialmente consagrada no art.º 749.º, n.º 2, primeira parte, da vigente lei civil substantiva.*

O relator por vencimento,

Chan Kuong Seng

## **Processo n.º 51/2005**

(Recurso civil)

Recorrente: A

Recorrida: B

### **ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU**

Para efeitos de decisão do presente recurso civil n.º 51/2005 deste Tribunal de Segunda Instância, foi apresentado à discussão deste Colectivo *ad quem* o seguinte douto projecto de acórdão elaborado pelo Mm.º Juiz Relator a quem o presente processo ficou distribuído:

<<[...]

## **Relatório**

1. Por apenso à execução movida pela “A” contra C e sua mulher D, veio “B” reclamar créditos no montante de HKD\$75,000,000.00, alegando estarem os mesmos garantidos por hipoteca constituída – e registada – sobre o imóvel penhorado naqueles autos; (cfr. fls. 2 a 6).

\*

Oportunamente, proferiu o Mm<sup>o</sup> Juiz sentença graduando em primeiro lugar o crédito reclamado pela “B” e, em segundo, o crédito exequendo; (cfr. fls. 50 a 50-v).

\*

Não se conformando com o assim decidido, a exequente recorreu.

Alegou e concluiu nos termos seguintes:

“I. *A sentença proferida na acção ordinária n<sup>o</sup> 42/99 reconhece e declara o direito de retenção da recorrente sobre o prédio por si construído no lote de terreno sito na Ilha Verde, descrito na Conservatória do Registo Predial de Macau sob o n<sup>o</sup> 22698, a folhas 489 do livro B165M.*

- II. *Não tendo os executados chegado a efectuar nenhum pagamento em cumprimento da sentença que os havia condenado, intentou a recorrente a presente acção executiva para pagamento de quantia certa com forma sumária.*
- III. *Para tanto alegou no artigo 9º do seu requerimento inicial que, sendo o direito de retenção um direito real de garantia, a penhora deveria começar pelo referido prédio, independentemente da sua nomeação.*
- IV. *Pelo que requereu ao tribunal que fosse ordenada a penhora do prédio supra identificado.*
- V. *Posteriormente, por despacho de 25 de Janeiro de 2002, no qual foi julgado verificado o crédito da reclamante B, foi este graduado com prioridade em relação ao crédito exequendo.*
- VI. *A recorrente não concorda com a decisão que gradua o crédito da reclamante B com prioridade em relação ao seu crédito, razão pela qual vem dela interpor o presente recurso.*
- VII. *Nos termos do disposto no nº 1 do artigo 759º do Código Civil precedente, recaindo o direito de retenção sobre coisa imóvel, o respectivo titular, enquanto não entregar a coisa retida, tem a faculdade de a executar, nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário, e de ser pago com preferência aos demais*

*credores do devedor.*

- VIII. E nos termos do disposto no n.º 2 do mesmo preceito, o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente.*
- IX. Por seu lado, o n.º 1 do artigo 749.º do actual Código Civil de Macau manteve exactamente a mesma redacção da norma prevista no n.º 1 do artigo 759.º do Código Civil precedente.*
- X. O mesmo acontecendo quanto ao n.º 2 do citado artigo, o qual mantém que o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente.*
- XI. Em ambos os códigos, o legislador atribuiu expressamente ao titular do direito de retenção preferência ilimitada e sem reservas face a todos os outros credores do devedor, inclusivamente perante os próprios credores hipotecários.*
- XII. Logo, deveria o crédito da recorrente ser graduado com prioridade em relação a todos os outros créditos reclamados, nomeadamente o crédito hipotecário do B.*

Pede, assim, a alteração da sentença recorrida, “graduando consequentemente, o crédito da recorrente com prioridade em relação a todos os créditos reclamados”; (cfr. fls. 67 a 75).

\*

Em resposta afirma a reclamante “B”:

- I. Por escritura outorgada em 9 de Fevereiro de 1996 e registada em 12 de Fevereiro desse mesmo ano, os Executados prometeram à Recorrida a constituição de uma hipoteca com eficácia real sobre o direito de concessão por arrendamento do Prédio, bem como sobre todas as construções e benfeitorias que viessem a ser nele implantadas, incluindo as fracções autónomas componentes de qualquer edifício que aí viesse a ser construído em regime de propriedade horizontal.*
- II. Por escritura outorgada em 3 de Julho de 1996, registada em 5 de Julho desse mesmo ano, os Executados constituíram definitivamente a Hipoteca sobre o Prédio a favor da Recorrida.*
- III. Por sentença proferida nos autos principais do presente apenso, os Executados foram condenados a pagar à ora Requerente a quantia de HKD\$7,850,000.00, correspondente a um crédito que, ao abrigo do Contrato de Empreitada, se venceu em 31 de Dezembro de 1996 e não foi pago.*
- IV. Nessa sentença, foi ainda reconhecido o Direito de Retenção sobre o Edifício Construído no Prédio pela Recorrente;*

- V. *A Recorrente, quando celebrou o Contrato de Empreitada, sabia – maxime por força da aplicação do princípio da eficácia erga omnes dos factos registados – que os Executados haviam prometido hipotecar o Prédio a favor da Recorrida;*
- VI. *Sabia igualmente – maxime por força da aplicação do mesmo princípio que o contrato definitivo de hipoteca seria celebrado logo que terminasse o processo de revisão da concessão do Prédio, o qual tinha em vista a alteração da finalidade dessa concessão;*
- VII. *Sabia ainda a Recorrente que essa alteração de finalidade constituiu um pressuposto básico da celebração do Contrato de Empreitada porquanto o mesmo não teria sido celebrado não fora a alteração dessa finalidade;*
- VIII. *Para mais, à data do facto que determinou a constituição do direito da retenção da Recorrente – o vencimento dos seus créditos sobre os Executados ocorreu em 31 de Dezembro de 1996 – já a hipoteca definitiva havia há muito sido constituída e devidamente registada.*
- IX. *Enquanto que a hipoteca da Recorrida garante o pagamento preferencial do seu crédito sobre o produto do bem objecto da garantia desde a data da sua inscrição no Registo, o direito de*

*retenção apenas surge com o vencimento do crédito subjacente.*

- X. *É com manifesto abuso de direito que pretende ver a Recorrente atribuída prevalência do seu crédito sobre o da Ré;*
- XI. *De facto, só a intervenção prévia da Recorrida – com a correspondente Hipoteca – permitiu que a Recorrente celebrasse, com intuítos lucrativos, o Contrato de Empreitada – de onde nasceu o seu crédito e o conseqüente Direito de Retenção.*
- XII. *Logo, o Direito de Retenção que assiste à Recorrente é inoponível à Hipoteca da Recorrida.*
- XIII. *E neste sentido se tem pronunciado a jurisprudência – cfr. Ac. STJ de 24.05.88 in BMJ, 377, pago 510, onde, em situação em tudo análoga à presente, se decidiu que "Havendo-se Registrado primeiro que o contrato de construção de navio as hipotecas relativas ao empréstimo para a construção deste, as quais estão na origem do privilégio creditório de que gozam os direitos resultantes desse empréstimo, preferem estes, na graduação de créditos, sobre o direito de retenção resultante do crédito de construção do navio."*
- XIV. *Esta conclusão não obsta o disposto no art. 749º do Código Civil (adiante "CC") – correspondente ao art. 759º do anterior CC.*

- XV. Na verdade, a lei estabelece que apenas "O devedor que disponha de um crédito contra o seu credor goza do direito de retenção se, estando obrigado a entregar certa coisa, o seu crédito resultar de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados." (sublinhado nosso) – art. 744º do CC.*
- XVI. Esta opinião não contraria o disposto no art. 749º do CC na medida em que desta norma legal, conjugada com o art. 744º do Código Civil, resulta a seguinte conclusão: apenas prevalece sobre a hipoteca o direito de retenção cujo crédito subjacente provenha exclusivamente de despesas feitas com a coisa ou de despesas feitas com ela;*
- XVII. Atribuir maior protecção a um titular de um crédito do que aquela que resulta da conjugação destas disposições é estar a negar um privilégio creditório ao credor hipotecário, em clara contravenção com o disposto no art. 682º, nº 1, do CC;*
- XVIII. Nesta esteira de raciocínio, a Recorrida até admitiria (sem prejuízo da Conclusão XXVIII. e segs.) que a Recorrente gozasse de direito de retenção sobre a coisa, e com prioridade relativamente ao seu próprio crédito mas, para tal, seria necessário que estivesse preenchido um dos seguintes pressupostos:*

- XIX. (a) Que a Recorrida apenas estivesse a exercer o seu direito de retenção apenas para garantia da satisfação do seu crédito até ao limite das despesas que efectuou com a construção da coisa – i.e, do Edifício Construído no Prédio – com expressa exclusão do lucro inerente ao preço da sua construção;*
- XX. (b) Que a acção que reconheceu o direito de retenção à Recorrente, nos precisos termos da sentença referida no ponto 8. supra – i.e, conferindo um direito de retenção em termos mais abrangentes do que aqueles que decorrem da lei, em prejuízo de direitos de credores hipotecários, ainda que com hipotecas registadas anteriormente – tivesse corrido também contra a Recorrida;*
- XXI. Neste sentido, já foi pela jurisprudência decidido, num caso análogo, que "O reconhecimento de direito de retenção por sentença transitada não pode ser oposto ao credor hipotecário cuja hipoteca incide sobre a coisa retida porque isso equivaleria a criar um direito em desfavor desse credor, sem que o mesmo tivesse a possibilidade de defender a prioridade do seu crédito, pois pode alegar e provar que não houve tradição para o promitente-comprador." – Ac. STJ de 10.11.92, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), doc. n.º SJ199211100812971.*
- XXII. Ora, impor à Recorrida uma decisão judicial da qual ela não foi*

*parte traduzir-se-ia na violação dos princípios mais básicos e elementares que regem todo o direito processual civil e constituem pilares fundamentais de um Estado de Direito: o princípio do contraditório e o princípio do alcance do caso julgado – art. 3º, nº 1, in fine, e 576º, ambos do CPC;*

*XXIII. Não se encontrando preenchidos nenhum destes pressupostos [(a) e (b)], o direito de retenção da coisa até à satisfação do crédito da Recorrente, não obstante reconhecido por sentença, é inoponível à Recorrida;*

*XXIV. E não se diga que, com esta opinião, a Recorrida está a impugnar o crédito e a garantia real da Recorrente e que, não o tendo feito no momento próprio (artº 759º do CPC), o direito a essa impugnação ficara precludido;*

*XXV. De facto, não pretendia Recorrida impugnar nem o crédito nem o Direito de Retenção da Recorrente – até porque os reconhece, embora, no que toca ao Direito de Retenção, reconhecendo apenas que este só poderia ser oponível a eventuais terceiros credores;*

*XXVI. Pelo que, apenas se o seu crédito não fosse graduado em primeiro lugar enquanto credor com prioridade registal que goza de garantia real sobre um bem penhorado, para que,*

*pelo produto deste, e até à satisfação total, lhe fosse pago o respectivo crédito – caberia à Recorrida reagir, interpondo o competente recurso.*

*XXVII. Aliás, idêntica orientação seguiu a Recorrente: De facto, tendo também a Recorrida alegado, aquando da reclamação do seu crédito, um direito real de garantia sobre um bem dos Executados, penhorado nos presentes autos, também a Recorrente não impugnou nem o crédito nem o direito real de garantia da Recorrente -e, apenas não concordando com a graduação deste crédito em primeiro lugar, interpôs o presente recurso.*

*Se assim não se entender, o que não se concede e apenas se admite por mera cautela de patrocínio, sempre se dirá que:*

*XXVIII. O Direito de Retenção que foi reconhecido à Recorrente incide sobre o Edifício Construído no Prédio, ao passo que a Hipoteca da Recorrida incide sobre todo o Prédio;*

*XXIX. No entanto, ao mesmo tempo que referiu dispor de um direito de retenção sobre o Edifício Construído no Prédio, a Recorrente, a final, nomeou à penhora o Prédio;*

*XXX. Assim, tendo sido penhorado bem diverso daquele que é objecto da garantia da Recorrente, uma consequência apenas*

*pode resultar: não pode o crédito da Recorrente ser graduado em primeiro lugar!*

*XXXI. E tal raciocínio não pode ser refutado pelo facto de o Prédio ter sido constituído em propriedade horizontal, porquanto a garantia real da Recorrida se estende automaticamente a todas as suas fracções, ao passo que a garantia da Recorrente continua a incidir sobre bem diverso do penhorado.*

*XXXII. Nesta conformidade, e por efeitos da aplicação do disposto no art. 682º, nº 1, do Código Civil, deveria o crédito da Recorrida ser graduado em primeiro lugar.*

*XXXIII. Termos em que deverá ser negado provimento ao presente recurso e, a final e em consequência, ser mantida a decisão do Mmº Juiz a quo”; (cfr. fls. 80 a 99).*

\*

Remetidos os autos a esta Instância e corridos que estão os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

### **Fundamentação**

2. Assentes que estão os factos pela ora recorrente alegados nos pontos I a IV das atrás transcritas conclusões, e certo sendo que a hipoteca alegada pela reclamante como garantia do seu crédito se encontra registada desde 05.07.1996, incidindo sobre o “prédio sito na Ilha Verde e descrito na C.R.P. sob o nº 22698”, (e não sobre o “edifício” cujo direito de retenção ao recorrente foi reconhecido), “quid iuris”?

Desde logo, e antes de mais, importa clarificar um aspecto.

O direito de retenção da exequente ora recorrente sobre o edifício pela mesma construído no prédio descrito na C.R.P. sob o nº 22698 encontra-se judicialmente reconhecido e declarado por sentença transitada em julgado, não nos parecendo ser a presente lide recursória o meio adequado para se por em causa o assim decidido.

Não se ignora até que algo controverso é o tema do “direito de retenção do empreiteiro sobre a obra que construiu”; (cfr., v.g., o estudo de Vaz Serra sob o título “Direito de Retenção” in, B.M.J. nº 65º, pág. 103 e segs.; Galvão Telles in “O direito de retenção no contrato de empreitada”, o Direito, Anos 106-119, pág. 16 e segs; o parecer de Ferrer Correia e Sousa Ribeiro sobre a questão in, C.J., Ano XIII, 1998, TI, pág. 17 e segs.; e A. Varela in “Das

Obrigações em geral”, Vol. II, pág. 573). Todavia, o certo é que com o trânsito em julgado da supra referida sentença, definitivamente assente está que à ora recorrente assiste o referido direito de retenção sobre o prédio por si construído, não nos cabendo agora apreciar se adequada ou legal foi a decisão que assim entendeu. Aliás, autores e decisões existem no sentido de que não se tendo oportunamente impugnado o dito direito de retenção nos termos do artº 759º do C.P.C. (correspondente ao artº 866º do anterior código), tem o julgador que o reconhecer e graduá-lo no lugar competente; (cfr., v.g., Lopes Cardoso in, “Manual de Acção Executiva”, 3ª ed., pág. 477 e segs. e os Acs. do S.T.J. de 01.02.95, 11.05.95, 17.02.98, 02.02.99 e 16.08.99 in, C.J., Ano IV, TI, pág. 55, C.J., Ano III, TII, pág. 81, C.J. Ano VI, TI, pág. 73, C.J. Ano XXIV, TI, pág. 19 e B.M.J. nº 485, pág. 356 respectivamente).

Assim, e clarificado que cremos ter ficado tal aspecto, importa avançar para a questão que se considera fulcral para a decisão do presente recurso.

Consiste ela em saber quais os “efeitos” que o falado direito de retenção tem sobre os direitos de crédito da ora recorrida, e que, como se sabe, encontram-se garantidos pela hipoteca a que atrás se fez referência.

Vejamos então.

Nos termos do artº 749º do C.C.M..

- “1. Recaindo o direito de retenção sobre coisa imóvel, o respectivo titular, enquanto não entregar a coisa retida, tem a faculdade de a executar, nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário, e de ser pago com preferência aos demais credores do devedor.
2. O direito de retenção sobre coisa imóvel prevalece sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente, a não ser na hipótese figurada na alínea f) do n.º 1 do artigo 745.º, caso em que prevalece o direito que mais cedo se houver constituído.
3. Até à entrega da coisa são aplicáveis, quanto aos direitos e obrigações do titular da retenção, as regras do penhor, com as necessárias adaptações”; (sub. nosso).

Nesta conformidade, referindo-se a “excepção” da 2ª parte do comando insito no nº 2 do transcrito preceito ao direito de retenção do “beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição a coisa a que se refere o contrato prometido”, (que, por sua vez, no próprio artº 745º, é considerado como um “caso especial”), não nos parece ser a mesma “in casu” aplicável, razoável sendo assim a conclusão de que à recorrente, detentora do direito de retenção, assiste razão no seu pedido, devendo-se, por isso, alterar-se a decisão proferida pelo Tribunal “a quo”.

De facto, sendo o direito de retenção um “direito real de garantia”,

prescrevendo-se na 1ª parte do citado nº 2 que “o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca ainda que esta tenha sido registada anteriormente” (como também é o caso), e não sendo de se aplicar à situação em causa a 2ª parte do mesmo preceito – nem por analogia, pois que se trata de uma “excepção” em relação a um “caso especial” – evidente parece ser que, na graduação de créditos efectuada se devia atribuir preferência ao crédito da exequente porque precisamente garantido por um direito de retenção; (cfr., Carlos Pereira de Abreu in, “O direito de retenção como garantia imobiliária das obrigações”, pág. 35 e segs.; Miguel Lucas Pires in, “privilégios creditórios”, pág. 153; e, Maria Isabel Helbling Menéres Campos in, “Da hipoteca”, pág. 221 e segs.).

Todavia, sem embargo de assim se entender, e visto que relacionada com a questão dos “efeitos” atrás identificada, mostra-se-nos, porém, de ponderar também na afirmação feita pela recorrida e que consiste no facto de ela não ter sido parte na acção ordinária que culminou (com a condenação dos executados e) na declaração do direito de retenção da ora recorrente, ou seja, se o assim decidido se lhe impõe mesmo não tendo ela sido parte na dita acção.

Ora, como é sabido, é hoje plenamente reconhecido pela doutrina e

jurisprudência que a autoridade do caso julgado, produzindo os seus efeitos directos em relação às partes, tem também eficácia reflexa contra terceiros. Importa é distinguir se os ditos terceiros são “juridicamente interessados” ou “juridicamente indiferentes” em relação à decisão cujo caso julgado se formou.

Serão “juridicamente interessados” se a definição judicial da relação litigada, a valer em face deles, lhes causar um prejuízo jurídico, reduzindo ou invalidando a própria existência do direito que lhes assiste.

Por sua vez, serão terceiros “juridicamente indiferentes” se a sentença proferida não lhes causar nenhum prejuízo jurídico, embora lhes possa causar um prejuízo de facto ou económico; (cfr., v.g., o estudo de A. dos Reis sob o tema – “Eficácia do Caso Julgado em relação a 3ºs” – in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Vol. XVII, em especial, pág. 245 e segs.; Manuel de Andrade in “Noções Elementares de Processo Civil”, pág. 312 e segs.; A. Varela in “Manual de Processo Civil”, pág. 724 e segs.; (Lebre de Freitas in “C.P.C. Anot.”, Vol. II, pág. 686, e, a título de mera referência, os Acs. do S.T.J. de 10.10.1989, de 24.03.1992, de 12.01.1993, e de 16.03.1999, in B.M.J. 390º-365, 415º-662, 423º-463 e 485º-356 respectivamente).

A título de exemplo de terceiro “juridicamente indiferente”, aparece,

com frequência, o caso “do credor relativamente às sentenças proferidas nos pleitos em que seja parte o seu devedor”; (cfr., v.g., os autores citados).

“In casu”, e acompanhando o exposto entendimento, somos de considerar a reclamante ora recorrida como “terceiro juridicamente indiferente”. De facto, e sem prejuízo do muito respeito devido a opinião em sentido diverso, afigura-se-nos que a sentença que reconheceu o direito de retenção à recorrente não afecta juridicamente o seu crédito. Este continua o mesmo, com o mesmo conteúdo e a mesma garantia, sendo apenas afectado na sua graduação. Daí, ser-lhe tal direito oponível; (no mesmo sentido, vd. os Acs. atrás citados).

Aqui chegados, apenas um outro aspecto importa precisar.

Relaciona-se com o que alega a recorrida no “ponto XXVIII” e seguintes das suas conclusões.

Como já se deixou relatado, o direito de retenção da recorrente incide sobre o edifício pela mesma construído no prédio descrito na C.R.P. sob o nº 22698.

Tanto quanto resulta da petição inicial pela mesma apresentada nos autos de execução dos quais estes constituem seu apenso, não nos parece que tenha a recorrente pedido a penhora de todo o prédio (lote de terreno) onde se situa o referido edifício, tendo antes peticionado a penhora deste.

E, por fim, tanto do despacho proferido pelo Mmº Juiz “a quo” assim como do teor do respectivo “termo de penhora” se conclui que esta não incide sobre o “lote de terreno” mas sim sobre o “prédio pela ora recorrente construído”.

Assim, detendo a recorrente o direito de retenção sobre o prédio penhorado, e sendo que, como tal, tem o seu crédito prioridade sobre o crédito da recorrida, impõe-se revogar a sentença proferida, passando-se a graduar tais créditos de forma a que em primeiro lugar figure o crédito da ora recorrente, seguindo-se-lhe o da recorrida.

### **Decisão**

**3. Nos termos e fundamentos expostos, acordam conceder provimento ao recurso.**

### **Custas pela recorrida.**

[...] >> (cfr. o teor literal do douto projecto de acórdão em causa).

Entretanto, como da deliberação feita sobre essa mesma douta minuta de acórdão saiu vencido o Mm.º Juiz Relator seu autor, cumpre decidir do recurso *sub judice* nos termos constantes do presente acórdão definitivo, lavrado pelo primeiro dos juízes-adjuntos em conformidade com a posição de vencimento por comando do art.º 631.º, n.º 3, do Código de Processo Civil de Macau (CPC).

Para o efeito, é de converter, antes do demais, e aqui em definitivo, como parte integrante do presente acórdão definitivo para o recurso vertente, todo o teor do “**Relatório**” do supra transcrito douto projecto de acórdão.

Com isso, é de decidir agora do mérito do recurso, ou seja, indagar se não é de manter, como pretende a exequente A (ora recorrente), a decisão ora recorrida datada de 25 de Janeiro de 2002, mediante a qual o Mm.º Juiz *a quo* julgou graduar o crédito com garantia hipotecária reclamado

pela **B** (ora recorrida) em primeiro lugar e, portanto, com prevalência ao crédito daquela, nos seguintes termos:

<<Por apenso à execução sumária que a **A**, move contra

**C** e sua mulher **D**, melhor identificados nos autos,

vem a **B**, em 15/10/2001, reclamar o crédito no montante de HKD\$75.000.000,00, equivalente a MOP\$77.175.000,00, devido pela **Sociedade XXX**, com sede em Hong Kong, [...], e garantido pela hipoteca voluntária constituída pelos excutados acima referidos, e registada, em 05/07/1996, a favor do reclamante, sob o n° 16333, do Livro C68M da Conservatória do Registo Predial de Macau, sobre o prédio n° 22698.

\*

O Tribunal é o competente, o processo é o próprio, as partes são dotadas de personalidade e capacidade judiciárias e de legitimidade “ad causam”.

Inexistem nulidade, excepções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito.

\*

Cumpra agora decidir.

Considerando que o crédito foi reclamado dentro do prazo legal, se encontra devidamente documentado e não foi impugnado, julgo-o verificado nos termos do 761° do novo C. de Processo Civil e reconhecido para efeitos de graduação.

Verificado o créditos, haverá que o graduar com o crédito do exequente.

Considerando que a hipoteca confere ao credor o direito de ser pago pelo valor do bem hipotecado com preferência sobre os demais credores que não gozem de

privilégio especial ou de prioridade de registo – (artigo 682º, nº1 do novo C. Civil);

Considerando que o exequente adquire pela penhora o direito de ser pago com preferência a qualquer outro credor que não tenha garantia real anterior (artº 812º, nº 1 do novo C. Civil);

Considerando que a penhora se encontra registada para garantia da quantia exequenda, aqui se incluindo o crédito do exequente e os juros vencidos e vincendos à taxa acordada desde 31/12/1996 até ao efectivo pagamento;

Considerando que o registo da hipoteca é anterior ao da penhora;

Considerando que as custas sairão precípuas do produto dos bens penhorados (artº 384º do novo C.P.C.);

V- Pelo exposto, considero reconhecidos e com relevância na graduação os créditos adiante referenciados e que ficam graduados pela ordem e forma seguinte:

1º - O crédito reclamado pela **B**;

2º - A quantia exequenda.

As custas sairão precípuas do produto dos bens penhorados.

Custas pelos executados com taxa de justiça mínima e pelo valor dos créditos reconhecidos e graduados.

[...]>> (cfr. o teor literal da decisão ora impugnada, a fls. 50 a 50v dos presentes autos recursórios).

E como ponto de partida, há que analisar desde já, e por pertinente, se o facto de o crédito exequendo da ora recorrente se encontrar garantido por

um direito de retenção a esta reconhecido pela sentença outrora proferida em 19 de Janeiro de 2001 na acção cível declarativa principal (i.e., na acção ordinária n.º 42/99 do então 5.º Juízo da Primeira Instância, hoje renumerada como sendo processo de acção ordinária n.º CV2-99-0011-CAO – cfr. o teor da certidão da mesma sentença, junta a fls. 118 e seguintes do presente processado recursório) e aí já transitada em julgado, implicaria sem mais, tal como defende a própria recorrente, que esse crédito seu devesse ter sido graduado com precedência daquele crédito reclamado.

Ora, afigura-se-nos que independentemente do demais, o caso julgado então formado dessa mesma sentença na parte que ora aqui nos interessa e atinente ao reconhecimento do referido direito de retenção a favor da ora recorrente, não é legalmente oponível à ora recorrida por força da consabida regra da eficácia relativa do caso julgado, aflorada fundamentalmente nas disposições conjugadas dos art.ºs 574.º, n.º 1, e 417.º, n.ºs 1 e 2, do CPC, ao contrário da refutada doutrina da *eficácia reflexa* da sentença ou do caso julgado em relação a terceiros, lançada nos começos do século passado por alguns processualistas alemães e italianos (com recurso, no fundo, à ideia dos *efeitos reflexos* dos factos e dos actos jurídicos largamente utilizada por JHERING), mas “vigorosamente combatida na moderna literatura processual italiana, com fundadas razões”, já concisamente explicitadas por **ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA** e **SAMPAIO E NORA**, *in Manual de Processo Civil*, 2.<sup>a</sup>

edição, revista e actualizada, Coimbra Editora, Limitada, 1985, pág. 726, primeiros quatro parágrafos.

Na verdade, a ora recorrida nunca pode ser prejudicada pelo caso julgado aí formado no concernente ao direito de retenção judicialmente reconhecido à ora recorrente, isto precisamente porque (e aplicando ao presente caso concreto os preciosos ensinamentos doutrinários pertinentes nomeadamente veiculados na obra *ibidem*, págs. 726 e seguintes):

– desde logo, é de considerar a ora recorrida como um terceiro juridicamente não indiferente quanto aos efeitos jurídicos a resultar da eventual procedência do pedido formulado na precisa parte relativa ao alegado direito de retenção na acima identificada acção declarativa da qual foi emanada tal sentença (e então intentada pela ora recorrente *unicamente* contra os dois executados ora em questão), visto que o seu direito como credor hipotecário “de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ... com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo” (cfr. a definição hoje feita no art.º 682.º, n.º 1, do Código Civil de Macau, materialmente idêntica à no art.º 686.º, n.º 1, do Código Civil de 1966) ficaria juridicamente prejudicado na sua consistência, se fosse reconhecido o direito de retenção alegado por um outro credor (*in casu*, a ora recorrente) do mesmo devedor (daqueles dois executados) sobre a coisa imóvel inclusivamente objecto da hipoteca – cfr. a regra de conflito actualmente plasmada na primeira parte do n.º 2 do art.º 749.º do Código Civil de

Macau, e outrora no n.º 2 do art.º 759.º do Código Civil de 1966, segundo a qual o direito de retenção sobre coisa imóvel prevalece sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente, e à luz da qual a ora recorrida veria “o valor jurídico do contrato de hipoteca esfumar-se perante a supremacia do direito de retenção”, precisamente porque “a consistência jurídica do seu direito em muito sai, portanto, abalada” (cfr., neste sentido, o douto Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 8 de Julho de 2003, para o Processo n.º 03A1808, *in* “[www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ff14016f2224892f80256dce0...](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ff14016f2224892f80256dce0...)”, aqui tido exclusivamente como doutrina académica);

– assim sendo, a esse mesmo terceiro juridicamente não indiferente (à mesma ora recorrida), cuja existência não devia ter sido ignorada pela autora da dita acção declarativa (e ora recorrente) à data da propositura da mesma em 1999 (já que a garantia hipotecária agora em questão na acção executiva subjacente à presente lide recursória já ficou registada na competente Conservatória em data anterior, ou seja, em 5 de Julho de 1996), deveria ter sido dada a possibilidade legal de se defender nessa acção declarativa (cfr. *maxime* o disposto no n.º 2 do art.º 61.º do CPC), sob pena de a sentença final a sair do mesmo pleito civil não se lhe poder impor na parte que lhe pusesse em causa a consistência jurídica do seu direito de garantia hipotecária;

– ademais, e vistas as coisas noutro prisma, não se pode esquecer de que a posição jurídica da ora recorrente como titular do direito de retenção sobre a coisa imóvel inclusivamente objecto da hipoteca voluntária então

já constituída a favor da ora recorrida pelos mesmos dois devedores executados, é incompatível com a posição jurídica desta, posto que “a hipoteca que garante o crédito da recorrida sai juridicamente enfraquecida pela prevalência do direito de retenção” (cfr., neste sentido, o acima já referido douto Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 8 de Julho de 2003), o que pode ser logo constatado pela necessidade de consagração expressa, pelo legislador civil, de uma regra de conflito – aliás já acima referenciada – própria para resolver a concorrência entre o direito de retenção e a hipoteca sobre coisa imóvel, daí que nenhuma razão há para se impor à ora recorrida a decisão veiculada na sentença declarativa em questão na parte que reconheceu tal direito de retenção, conclusão esta que corresponde, aliás, “à lição criteriosa de CHIOVENDA, ditada perante textos em tudo análogos aos do nosso sistema constituído. <<Todos são obrigados a reconhecer o julgado constituído entre as partes (*il giudicato fra le parti*), afirma o egrégio processualista, mas não podem ser prejudicados por ele>>, acrescentando logo a seguir que <<por prejuízo se não entende um mero prejuízo de facto, mas sim um prejuízo jurídico>>” (cfr. a nota (2) de rodapé, lançada na parte final da pág. 727 da obra *ibidem*).

Nesses termos, e como desfecho da presente lide recursória, é de concluir que o crédito reclamado pela ora recorrida e com garantia hipotecária deve ser realmente graduado com prioridade em relação ao crédito exequendo da ora recorrente, com o que a decisão impugnada não

deixa de ser mantida, ainda que com fundamentação algo diversa da sustentada pelo Mm.º Juiz *a quo*.

Isto porque, e em síntese de todo o explanado, a ora recorrente não pode em concreto fazer valer o seu direito de retenção então reconhecido judicialmente contra a ora recorrida, devido à acima verificada inoponibilidade, a esta, do caso julgado da sentença que o declarou.

Ou, por outras palavras aqui adaptadas das veiculadas no atrás referenciado duto Acórdão de 8 de Julho de 2003 do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, e salvo o devido respeito por opinião diversa, “não sufragamos a tese de que o direito da credora hipotecária, apesar do direito de retenção” da exequente ora recorrente, “continua o mesmo, com o conteúdo e a mesma garantia hipotecária, sendo apenas afectado na graduação por ficar situado em patamar inferior ao crédito garantido pelo direito de retenção, não ficando o crédito hipotecário juridicamente afectado, sendo a credora hipotecária terceiro juridicamente indiferente”. É que realizamos que “o direito de retenção em referência, não pondo em questão a existência ou validade do direito de crédito hipotecário, não se fica pela afectação da sua consistência prática, por limitação ou redução do património do devedor, confrontando-se antes com o direito de um terceiro juridicamente interessado, de certo modo incompatível com o direito de retenção, afectando-lhe a consistência jurídica”, por força *maxime* da regra materialmente consagrada no art.º 749.º, n.º 2, primeira parte, da vigente

lei civil substantiva de Macau (cfr., neste sentido, a tese já afirmada no douto Acórdão do mesmo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 10 de Outubro de 1989, no seu Processo n.º 77867, *in BMJ* 390 (1989), págs. 363 a 367, aqui também tida como doutrina académica).

Dest'arte, **acordam em negar provimento ao recurso**, com conseqüente manutenção, ainda que com base em fundamentação algo diferente, da decisão recorrida de 25 de Janeiro de 2002 que graduou o crédito reclamado pela ora recorrida *B* com prevalência ao crédito da exequente ora recorrente *A*.

Custas nesta Instância pela recorrente.

Macau, 12 de Maio de 2005.

Chan Kuong Seng (relator por vencimento)

Lai Kin Hong (Segundo Juiz-Adjunto)

José Maria Dias Azedo (Relator do processo) – vencido, nos termos do projecto que elaborei a que agora consta a fls. 2 a 20 do presente veredicto .