

Data enia

Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242 | Semestral | Gratuito
Ano 1 • N.º 01 • Julho-Dezembro 2012

A Data Venia é uma revista digital de carácter essencialmente jurídico, destinada à publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de *legal research* e de *legal writing*, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respectivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da Data Venia nem do seu proprietário e administrador.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respectivos Autores.

A Data Venia faz parte integrante do projecto do Portal Verbo Jurídico. O Verbo Jurídico (www.verbojuridico.pt) é um sítio jurídico português de natureza privada, sem fins lucrativos, de acesso gratuito, livre e sem restrições a qualquer utilizador, visando a disponibilização de conteúdos jurídicos e de reflexão social para uma cidadania responsável.

ÍNDICE

Data Venia	03
<i>Joel Timóteo Ramos Pereira, Juiz de Direito</i>	
Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/ / Consentimento do Doente.....	05
<i>Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, Juiz Conselheiro</i>	
O Interesse no Contrato de Seguro.....	27
<i>Pedro Miguel S.M.Rodrigues, Mestrando em Direito</i>	
A Problemática da Investigação do Cibercrime.....	63
<i>Vera Marques Dias, Advogada</i>	
Notas sobre o Direito à Subida de Divisão no Futebol Profissional Português	89
<i>Sérgio Monteiro, Advogado-Estagiário</i>	
O Segredo de Justiça.....	103
<i>Valentim Matias Rodrigues, Oficial de Justiça</i>	
A Intervenção da Polícia no Procedimento de Urgência e na Informação Tutelar Educativa.....	137
<i>João Manuel Pereira Duarte, Chefe da PSP</i>	
O Crédito Hipotecário face ao Direito de Retenção	151
<i>Maria Conceição da Rocha Coelho, Advogada</i>	
A Lista Pública de Execuções.....	179
<i>Armando Branco, Solicitador e Agente de Execução</i>	
A evolução da atividade interpretativa do Juiz da União Europeia e a aplicação das teses de Hart e de Dworkin	189
<i>João Chumbinho, Juiz de Paz</i>	
Do Processo Especial de Tutela da Personalidade no Projeto de Reforma do Código de Processo Civil	223
<i>Ana Catarina Fialho, Mestranda em Direito</i>	
Registo Histórico e Judicial – As Ordenações Afonsinas Os Juizes, Procuradores e Escrivães nas Ordenações Afonsinas.....	243



O CRÉDITO HIPOTECÁRIO FACE AO DIREITO DE RETENÇÃO

MARIA CONCEIÇÃO DA ROCHA COELHO

Advogada
Mestre em Direito

RESUMO:

O objectivo principal desta dissertação é relançar a discussão em torno de um tema que muita querela tem suscitado quer na doutrina quer na jurisprudência.

Neste estudo, considera-se a análise das diversas orientações doutrinárias e jurisprudenciais que foram surgindo desde a entrada em vigor do Código de Seabra, procurando, deste modo, apontar uma solução que, quanto a nós, daria uma resposta mais clara e precisa às questões que se levantam com a preferência de pagamento atribuída a favor do promitente adquirente, instituída no n.º2 do artigo 759.º do Código Civil.

Este texto procura ainda analisar, de forma sumária, o regime insolvencial e dos embargos de terceiro e a sua articulação com o direito de retenção.

REFERÊNCIAS:

Dissertação para obtenção de grau de Mestre
Mestrado em: Direito Privado (Universidade Católica Portuguesa)
Orientador: Prof. Doutor Brandão Proença
Provas concluídas em: 17 de Fevereiro de 2012.

O CRÉDITO HIPOTECÁRIO

FACE AO DIREITO DE RETENÇÃO

MARIA CONCEIÇÃO DA ROCHA COELHO
Advogada
Mestre em Direito

1. INTRODUÇÃO

Com a presente dissertação, pretende-se relançar a discussão em torno do instituto do direito de retenção sobre coisa imóvel e a sua prevalência sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente.

Se por um lado, nos colocamos ao lado daquilo que o legislador tinha em mente ao estabelecer essa prevalência, por outro, a solução originada pelo DL 376/86, de 11 de Novembro, que ampliou o âmbito de previsão do direito de retenção, mostra-se irrazoável e desproporcionada quando aplicada ao caso concreto.

Referimo-nos, concretamente, aos casos em que, numa execução movida pelo próprio mutuante ou outro, o credor hipotecário reclama o seu crédito sobre o imóvel objecto da hipoteca e surge um terceiro alegando ser promitente-comprador do imóvel e de, nessa qualidade, ser titular de um direito de retenção, que lhe permite o pagamento do seu crédito com prioridade sobre todos os restantes credores.

Como teremos oportunidade de demonstrar, facilmente se compreende que o direito de retenção é um instituto notoriamente prejudicial

aos restantes titulares de garantias reais sobre o imóvel.

Assim, numa primeira parte, propomo-nos focar a razão de ser do actual regime do direito de retenção e os problemas que se colocam com a prevalência desse direito sobre a hipoteca.

Feita essa abordagem histórica, procuraremos delimitar a natureza do direito de retenção atribuída ao beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, apontando, de seguida, as diferentes soluções encontradas quer pela doutrina quer pela jurisprudência, com vista a atenuar os efeitos decorrentes da aplicação do n.º 2 do art.º 759.º do CC ao direito de retenção previsto na alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC.

Por último, efectuaremos uma leitura crítica da solução actual, apontando alguns caminhos alternativos, de forma a impedir a inutilização dos direitos do credor hipotecário.

A incursão no tema passará, ainda, pela análise do regime insolvencial e dos embargos de terceiro e a sua articulação com o direito de retenção.

I.

Breves considerações sobre
a evolução do direito de retenção

I. Enquadramento histórico

O direito de retenção mostra-se consagrado na lei como um verdadeiro direito real de garantia, conferindo 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.¹

Nas palavras de Galvão Telles², “o *ius retentionis* configura-se como uma *garantia real indirecta*, na medida em que visa dar maior consistência prática ao crédito, tornando mais viável a sua cobrança. É invocável contra terceiros e a sua eficácia é a de, por forma mediata ou oblíqua, estimular psicológica e economicamente ao pagamento voluntário mas, por outro lado, representa uma *garantia real directa*, consistente em o titular poder fazer-se pagar pela coisa retida com *preferência* sobre os restantes credores.”

Pensado para protecção do crédito do possuidor pelas benfeitorias por ele realizadas³, o direito de retenção encontra-se, actualmente, regulado numa secção própria do CC entre as garantias especiais das obrigações (art.º 754.º a 761.º).

Cumpre, no entanto, realçar que nem todas as ordens jurídicas consagram, como a nossa, um direito de retenção geral.

Ordenamentos há – como o italiano⁴ ou o espanhol – em que se consagra um *numerus clausus* de situações em que o direito de retenção é possível. E isso deve-se, única e exclusivamente, ao facto de o direito de retenção ser uma garantia real oponível *erga omnes* que deve ter sempre um carácter excepcional.⁵

Nestes casos, o direito de retenção apenas existe nos casos previstos na lei “sem que se possa falar propriamente de um princípio geral”.⁶

No intuito de pôr termo a algumas questões com que se debatia a doutrina na vigência do Código de Seabra, o legislador de 1966 decidiu equiparar o titular do direito de retenção ao credor pignoratício ou hipotecário, consoante o objecto do direito fosse uma coisa móvel ou imóvel (art.º 758.º e 759.º do CC).

Segundo Antunes Varela⁷, “ o direito de retenção deixou claramente de ser, com o Código Civil de 1966, um *puro meio de coerção* (ou uma simples causa de *preferência especial indirecta*, para usar a terminologia expressiva de Paulo Cunha) e passou abertamente a revestir a natureza jurídica de um *perfeito* direito real de garantia, dotado até de *eficácia excepcional*, mercê das especiais raízes em que mergulha a sua origem”.

Nos termos do art.º 754.º do CC, o direito de retenção é aplicável sempre que se verifiquem os seguintes pressupostos: a) a detenção lícita⁸ de uma coisa que deve ser entregue a outrem; b) apresentar-se o detentor, simultaneamente, credor da pessoa com direito à entrega; c) a existência de uma conexão directa e material entre o crédito do

¹ VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 6.ª reimpressão da 7ª ed. de 1997, Coimbra, 2011, p. 579.

² Citado por CAMPOS, Isabel Menéres, “Duas questões sobre a efectividade prática da Hipoteca: a caducidade do arrendamento com a venda judicial e o conflito do direito do credor hipotecário com o direito de retenção”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Vol. I, Coimbra, 2010, p. 320.

³ GOMES, Júlio, “Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 11, Braga, Julho/Setembro de 2005, p. 12.

⁴ O direito de retenção, no direito italiano, apenas existe em duas ou três situações pontuais previstas de forma dispersa na lei, reconhecendo-se ao credor o direito de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação. A este propósito, vide Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, 33.ª Edição, Milano, 1992, p. 574 e 575, citado por CAMPOS, Isabel Menéres, *ob. cit.*, p. 321.

⁵ SERRA, Vaz, “Direito de Retenção”, in *BMJ*, 65.º, 1957, p. 127.

⁶ GOMES, Júlio, *ob. cit.*, p. 7.

⁷ VARELA, Antunes, “Emendas ao regime do contrato-promessa”, in *RLJ*, 119º, n.º 3749, p. 226; 120º, n.º 3755, p. 35.

⁸ Sobre a detenção ilícita ver alínea a) do art.º 756.º do CC.

detentor e a coisa detida, ou seja, resultante de despesas realizadas com ela ou de danos pela mesma produzida.

Em relação ao primeiro pressuposto, o art.º 756.º, alíneas a) e b) do CC, estabelece que o direito de retenção é excluído quando a detenção da coisa tenha sido adquirida por meios ilícitos.

Temos assim, um pressuposto geral do direito de retenção que é a não actuação de má fé por parte do retentor. A má fé é aqui entendida em sentido subjectivo, como a consciência da ilicitude da aquisição da coisa ou da lesão do credor, em face da realização da despesa.⁹

Relativamente ao segundo pressuposto, o direito de retenção pressupõe uma reciprocidade de créditos, surgindo como acessório de um crédito que visa garantir, e cujo cumprimento pelo devedor procura estimular. O retentor há-de, pois, ser titular de um crédito exigível, estando, por conseguinte, afastado o entendimento que o direito de retenção possa ser esgrimido em defesa de um crédito emergente de uma obrigação natural.¹⁰

Por último, mas nem por isso menos importante, o pressuposto da conexão causal entre o crédito e a coisa exprime-se, genericamente, pelo facto de o crédito resultar de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ela causados¹¹, nos termos do art.º 754.º do CC. Assim, por exemplo, quem efectua benfeitorias numa coisa, tem o direito de as reter até ser reembolsado das mesmas (cfr. art.º 1273.º do CC).

⁹ LEITÃO, Menezes, *Garantia das Obrigações*, 2.ª ed., Coimbra, 2008, p. 243.

¹⁰ No mesmo sentido, SOARES, J. Lourenço, *O direito de retenção “maxime” no contrato promessa de compra e venda: aspectos substantivos e processuais*, Tese de mestrado em Ciências Jurídicas, apresentada à Universidade de Lisboa através da Faculdade de Direito, 1986, p. 41.

¹¹ Nos termos do art.º 756.º do CC, não existe o direito de retenção a favor de quem tenha obtido por meios ilícitos a coisa que deva entregar, desde que, no momento da aquisição conhecesse a ilicitude desta; a favor de quem tenha realizado de má-fé as despesas de que proveio o seu crédito; relativamente a coisas impenhoráveis; quando a outra parte preste caução suficiente.

O direito de retenção pode, assim, ter por objecto tanto coisas móveis como imóveis, mas pressupõe sempre a detenção da coisa que constitui a garantia do crédito.

Incidiremos o nosso estudo, nos casos em que o direito de retenção recai sobre coisa imóvel, ou seja, nos casos em que o respectivo titular goza dos direitos e está sujeito às obrigações do credor hipotecário.

2. O Direito de retenção e sua prevalência sobre a hipoteca

Determina o art.º 759.º, n.º 1 do CC que: *“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”*.

O n.º 2 dessa mesma disposição legal, vai mais longe, e estabelece que o direito de retenção sobre coisa imóvel prevalece sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente.

Contrariamente ao que sucede no actual CC, o Código de Seabra não consagrava nenhuma secção específica respeitante ao direito de retenção.

Não obstante, a figura do direito de retenção já era então objecto de estudo, quer por parte doutrina quer por parte da jurisprudência, encontrando-se mesmo mencionada directamente nalguns preceitos legais.¹²

Para a maioria da doutrina, o direito de retenção não passava de uma faculdade concedida pela lei ao credor, de continuar a detenção de uma coisa que estava obrigado a entregar a outrem, para além do momento em que deveria fazer essa

¹² Vide os artigos 498.º, 887, n.º 3 e 1614.º do Código de Seabra.

entrega, se o crédito não existisse e até à extinção deste.¹³

A verdade é que, no domínio do Código de Seabra, nada se dizia quanto à possibilidade de o titular do direito de retenção poder ver o seu crédito prevalecer sobre o direito de terceiros, adquirido em momento anterior à própria constituição do direito de retenção.

No entanto, se para a maioria da doutrina, o direito de retenção não passava de um mero direito obrigacional, para uma pequena minoria, o direito de retenção era um verdadeiro direito real de garantia oponível *erga omnes*.

Entre essas vozes minoritárias, Carneiro Pacheco¹⁴, sustentava que “ (...) o direito de retenção produz efeitos em relação aos outros credores, seja qual for a qualidade destes e independentemente de considerações de prioridade; e em relação aos adquirentes da coisa, ou em geral de quaisquer direitos reais sobre ela, seja mobiliária ou imobiliária, e igualmente sem que tenha lugar prioridade de espécie alguma.”

Em clara oposição, Vaz Serra¹⁵ considerava que o direito de retenção concedia ao seu titular apenas um determinado grau de preferência no concurso, e não uma preferência absoluta, relativamente tanto a credores como a adquirentes da coisa retida: “O princípio parece dever ser aqui, como nas outras matérias, o da prioridade do direito que mais cedo se constituir”.

Propugnava este autor, que no confronto particular entre o direito de retenção e a hipoteca, “Sendo ele [direito de retenção] garantia de créditos por despesas de conservação ou melhoramento, deverá ter preferência sobre as

hipotecas anteriores, sob pena de o credor hipotecário se locupletar à custa do retentor”.¹⁶

E é nesse propósito, que na vigência do Código de Seabra se fundamenta a sua posição.

Na sua opinião, a preferência de pagamento do retentor fundamentava-se, exclusivamente, pela necessidade de impedir o enriquecimento sem causa do credor hipotecário. Daí que, apenas no caso de retenção derivada de despesas efectuadas com a coisa, entendesse que era justificada essa prevalência.

Assim, não se tratando de direito de retenção por força de benfeitorias realizadas na coisa, “...parece que deverá manter-se a regra “*prior in tempore, potior in iure*”, ou seja, o direito de retenção não valerá contra os anteriores adquirentes da coisa ou de outros direitos reais sobre ela”.¹⁷

No entanto, cumpre realçar que o preceituado no n.º 2 do art.º 759.º do CC, apenas começou a ser objecto de contestação a partir das Reformas legislativas de 1980 e de 1986, através das quais foi atribuído o direito de retenção, nos termos gerais, ao beneficiário da promessa da constituição ou transmissão de direito real.

Com a concessão desta preferência, que não se encontrava prevista nem no Anteprojecto de Vaz Serra, nem na 1.ª revisão ministerial do projecto, o legislador consagrou uma dupla excepção: por um lado, à hierarquia dos credores, e por outro, ao velho brocardo *prior in tempore potior in iure*.¹⁸

Senão vejamos.

O art.º 686.º do CC estatui, que a hipoteca confere ao credor o direito de ser pago com preferência sobre os demais credores, que não

¹³ J. Lourenço Soares, citado por MADALENO, Cláudia, *A Vulnerabilidade das Garantias Reais, A Hipoteca Voluntária face ao Direito de Retenção e ao direito de Arrendamento*, Coimbra, 2008, p. 81.

¹⁴ Citado por SERRA, Vaz, *ob. cit.*, p. 230.

¹⁵ SERRA, Vaz, *ob. cit.*, p. 231.

¹⁶ SERRA, Vaz, *ob. cit.*, p. 231.

¹⁷ SERRA, Vaz, *ob. cit.*, p. 232.

¹⁸ SAPUILE, Belchior do Rosário Loya e, “Prevalência do Direito de Retenção sobre a Hipoteca”, in *Garantia das Obrigações*, Publicação dos Trabalhos do Mestrado, Coimbra, 2007, p. 113.

gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo.

Por sua vez, o art.º 759.º, n.º 2 do CC contém, por especial atribuição da lei, a excepção a essa regra.

Quer isto dizer que, havendo um concurso de credores sobre a mesma coisa imóvel, ter-se-á, na ordem de preferência em vista à graduação dos créditos, o privilégio imobiliário especial, o direito de retenção e a hipoteca, respectivamente.

Em relação à segunda excepção, o legislador consagrou no n.º 2, do art.º 759.º do CC, uma derrogação ao princípio previsto no art.º 6.º do CRPred, segundo o qual, o direito primeiramente inscrito prevalece sobre os que, relativamente aos mesmos bens, se lhe seguirem, quando incompatíveis¹⁹.

Como iremos tentar demonstrar de seguida, a consagração desta dupla excepção levanta, desde logo, duas questões relevantes.

Em primeiro lugar, ao conceber uma preferência sobre a hipoteca, o legislador confere ao titular de um direito real de garantia, uma eficácia excepcional em relação à rainha das garantias especiais das obrigações – depois dos privilégios imobiliários especiais.

Trata-se, como refere Menezes Cordeiro²⁰, de um direito que ultrapassa as finalidades meramente compulsórias e de garantia, para assumir uma finalidade social em prol dos cidadãos: a defesa da estabilidade da habitação.

Em segundo lugar, com esta preferência, o credor com direito de retenção do imóvel, acaba por estar mais protegido do que o adquirente de um direito real por força do contrato (art.º 408.º, n.º 1 do CC), que não registou a sua aquisição, e que também pode ter a posse do imóvel.

Enquanto este último, perde o seu direito perante um terceiro com registo prioritário, o titular do direito de retenção está, por sua vez, protegido contra o terceiro adquirente que registou a sua aquisição posteriormente à data do direito de retenção, uma vez que o direito produz efeitos, por força da lei, independentemente do registo²¹.

Esta qualificação do direito de retenção como uma super garantia²², permitiu que, desde cedo, nos apercebêssemos do perigo que o exercício desse direito constitui para o direito de terceiros.

Desde logo, na sua aplicação aos contratos-promessa com tradição imobiliária, controversia essa positivada nos diplomas de 1980 e 1986.

Com o DL n.º 236/80, de 18 de Julho²³, o legislador introduziu o direito de retenção do promitente-comprador no n.º 3, do art.º 442.º do CC.

Consagrava aquele preceito que, no caso de ter havido tradição da coisa objecto do contrato-promessa, o promitente-comprador gozava, nos termos gerais, do direito de retenção sobre ela, pelo crédito resultante do incumprimento pelo promitente-vendedor.

Ora, como resultava do preâmbulo do diploma *supra* referido, com a solução consagrada, o legislador pretendia a tutela da defesa do consumidor e das expectativas de estabilização do negócio, decorrentes da circunstância de ter havido tradição da coisa, através da viabilização de ressarcimento adequado e efectivo da frustração culposa de tais expectativas.

Com efeito, com a desvalorização monetária que se fazia sentir, o promitente-vendedor via-se, muitas vezes, tentado a proceder à alienação do imóvel a terceiro, distinto do promitente-comprador, mesmo tendo que assumir as

¹⁹ FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª ed., Lisboa, 2009, p. 127.

²⁰ Citado por SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Invalidez e Registo: a protecção do terceiro adquirente de boa fé*, Coimbra, 2010, p. 498.

²¹ Cfr. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *ob. cit.*, p. 498

²² GOMES, Júlio, *ob. cit.*, p. 12.

²³ Rectificado in DR, Iª Série, n.º 185, de 12 de Agosto de 1980.

responsabilidades pelo incumprimento definitivo do contrato em relação ao promitente-comprador.

O legislador de 1980, face à situação económica e social então vigente – caracterizada pela forte inflação e pelo peso da construção clandestina –, e com a preocupação de proteger os interesses das pessoas que procuravam adquirir habitação própria, entendeu intervir em auxílio de inúmeras pessoas que se viam constringidas a recorrer ao contrato-promessa e que, por falta de preparação, vieram a ser vítimas de abusos.

Almeida Costa²⁴, autor do anteprojecto legislativo em que se baseou a reforma de 1986 ao regime do contrato-promessa, defendeu que a consagração legal do direito de retenção dos promitentes adquirentes se tratou “de uma deliberada opção legislativa, dentro de uma política de defesa do consumidor, a que não somos insensíveis”. Donde se conclui, que o legislador estava ciente das implicações da solução consagrada, optando por atribuir prioridade à tutela dos particulares.

Calvão da Silva²⁵, numa posição crítica às alterações ao regime do contrato-promessa em 1980, propôs, embora sem sucesso, uma limitação da prevalência do direito de retenção, em caso de conflito de pretensões dos promitentes-compradores com os credores hipotecários.

As suas propostas, no entanto, não foram aceites e o direito de retenção manteve-se nos termos gerais.

Em Novembro de 1986, através do DL n.º 379/86, o legislador viria a alterar a redacção dos artigos 410.º, 412.º, 413.º, 421.º, 442.º, 755.º e 830.º, todos do CC.²⁶

No que diz respeito ao direito de retenção, o DL n.º 379/86, de 11 de Novembro, deslocou a norma para sede própria, corrigiu a errada terminologia do n.º 3, do art.º 442.²⁷ do CC, e alargou o direito de retenção ao beneficiário de qualquer promessa com *traditio rei*.

No entanto, a alteração substancial promovida pela publicação deste diploma foi a inclusão do direito de retenção, criado pelo anterior DL n.º 236/80, como nova alínea f), no elenco constante do art.º 755.º, n.º 1 do CC.

No ponto 4 do preâmbulo do diploma, o legislador justifica as modificações introduzidas relativamente ao direito de retenção atribuído ao promitente-comprador.

Da análise dos argumentos justificadores, o legislador de 1986 assume, de forma categórica, que no confronto entre a tutela dos direitos dos particulares e a tutela “dos legítimos direitos das instituições de crédito e o estímulo que merecem como elementos de enorme importância na dinamização da actividade económico-financeira”²⁸, decidiu atribuir prioridade àqueles.

Desde logo porque, entendeu o legislador, que as “instituições de crédito, como profissionais, podem precaver-se, por exemplo, através de critérios ponderados de selectividade do crédito, mais facilmente do que o comum dos particulares a respeito das deficiências e da solvência das empresas construtoras”.²⁹

Ora, salvo o devido respeito, não partilhamos dos argumentos apresentados.

Se é verdade que a promessa de venda de edifícios ou de fracções autónomas destes tem, a maioria das vezes, como intervenientes, uma empresa construtora, um particular adquirente e

²⁴ COSTA, Almeida, *Contrato-promessa – Uma síntese do regime vigente*, 9ª ed.ª, Coimbra, 2007, p. 68.

²⁵ SILVA, Calvão da, *Sinal e contrato-promessa*, 13.ª ed., Coimbra, 2010, p. 252

²⁶ Vide a este respeito, CORDEIRO, Menezes, “O Novíssimo Regime do Contrato-Promessa”, in *CJ*, Ano XII, Tomo II, p. 5.

²⁷ A coisa sobre que recai o direito de retenção não é o objecto do contrato-promessa, mas sim do contrato prometido – cfr. VARELA, Antunes, *Sobre o contrato-promessa*, 2.ª ed., Coimbra, 1989, p. 108.

²⁸ Preâmbulo do DL 379/86, de 11 de Novembro.

²⁹ Cfr. nota anterior.

uma instituição de crédito financiadora, não deixa de ser menos verdade, que essa relação também se poderá estabelecer com outras qualidades de pessoas, desde logo, com credores hipotecários particulares.

Como escreve Pedro Sameiro³⁰, um “credor particular está até desprovido de mais meios de defesa que o promitente comprador, porque este pode conhecer da hipoteca pelo registo predial, enquanto que o primeiro não tem fonte a que se dirija para poder conhecer da existência de contratos de promessa”.

E continua, afirmando, “que se as instituições de crédito se apercebem naturalmente das dificuldades de solvência dos seus devedores, [a verdade é que] não têm quaisquer meios para controlar a celebração de contratos de promessa relativos às construções financiadas, nem tão pouco para averiguar da existência de tradição das coisas prometidas vender, tanto mais que a aquisição da posse é susceptível de realizar-se com um mínimo de manifestações objectivamente perceptíveis”.

Não poderíamos estar mais de acordo.

Ao conceder ao beneficiário da promessa, a possibilidade de reter a coisa objecto do contrato, o legislador, não só abalou o mundo do direito creditório e a confiança de que gozava a hipoteca, como também colocou nas suas mãos um meio fácil e expedito de impedir o credor de fazer valer o seu direito de preferência sobre o produto da coisa hipotecada.³¹

Assim, aquele que compra uma coisa onerada com hipoteca vê o seu negócio jurídico sujeito às regras dos artigos 905.^{o32} e seguintes do CC e,

nessa medida, só em casos muitos excepcionais pode obter a anulação da venda.

Por sua vez, aquele que promete comprar uma coisa hipotecada, consegue fazer prevalecer a sua posição jurídica perante o credor hipotecário, por força do disposto no n.º 2, do art.º 759.º do CC.

Com efeito, aquele que compra a coisa onerada, apenas pode lançar mão do regime estatuído nos artigos 905.º e seguintes do CC, caso se verifiquem os requisitos legalmente exigidos, e apenas gozará do direito de retenção nos termos gerais do art.º 754.º do CC, isto é, por despesas realizadas na coisa ou por danos por esta causados.

Assim sendo, como escreve Cláudia Madaleno³³, “o comprador, que adquire o direito com um ónus, tem menos meios de recurso ao seu dispor do que o simples promitente-comprador, que ainda nem sequer adquiriu o direito na sua esfera jurídica mas pode já invocar a sua posição jurídica afim de prevalecer sobre um credor hipotecário anterior.”

Mas as consequências não se ficam por aqui.

A prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, tem vindo a dar origem a um crescendo de contratos simulados, celebrados entre o devedor do credor hipotecário com terceiros, com a única finalidade de esvaziar a garantia hipotecária. O credor hipotecário vê-se, assim, à mercê do seu devedor, gozando este último, no nosso entender, de uma tutela manifestamente excessiva e injusta.

João Pedro Maldonado, no entanto, reage contra este último argumento. Segundo ele, “os riscos de verificação de comportamentos simulados não são mais elevados do que entre outras áreas que envolvem a alienação das garantias das obrigações, podendo ser obstados pelo controlo do credor hipotecário na formação do título executivo do retentor”³⁴.

³⁰ SAMEIRO, Pedro, “O direito de retenção e a situação do credor hipotecário”, in *Revista da Banca*, Lisboa, 1993, p. 90.

³¹ SAPUILE, Belchior do Rosário Loya e, *ob. cit.*, p. 124.

³² Dispõe o art.º 905.º do CC, que o contrato de compra e venda de coisa onerada, apenas é anulável caso se verifiquem determinados requisitos, e, nomeadamente, desde que o direito transmitido se encontre sujeito a ónus ou limitações que excedam os limites normais inerentes aos direitos da mesma categoria.

³³ MADALENO, Cláudia, *ob. cit.*, p.186.

³⁴ MALDONADO, João Pedro Nunes, “O Direito de Retenção do beneficiário da promessa de transmissão de coisa imóvel e a

Não partilhamos, no entanto, desse entendimento.

Os riscos de celebração de um contrato promessa de compra e venda, não são mais elevados do que os riscos decorrentes da celebração de um contrato de compra e venda em que há a transmissão definitiva da propriedade.

No entanto, o legislador consagra ao primeiro uma protecção mais ampla.

Como já tivemos oportunidade de referir, o adquirente de um direito real por força do contrato perde o seu direito perante um terceiro com registo prioritário.

Assim, o argumento segundo o qual, a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca tem dado origem a situações de fraude à lei, nomeadamente, a casos de simulação negocial entre os promitentes, não deve ser entendido como um “argumento falacioso”³⁵, como afirma João Pedro Maldonado, mas antes como um argumento válido e a ter em conta.

Por tudo isto, dificilmente conseguiremos alcançar o móbil do legislador, ao estabelecer uma protecção mais ampla ao promitente da promessa de transmissão ou constituição, em relação ao titular do bem ou do direito.

Como refere Lebre de Freitas³⁶, “ (...) consegue-se compreender, embora já com alguma dificuldade, que, em zona próxima da *exceptio non adimpleti contractus*, mas que com ela não se confunde³⁷, seja conferido o direito (real) de

hipoteca”, in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 18, Porto, 2010, p. 50.

³⁵ MALDONADO, João Pedro Nunes, *ob. cit.*, p. 50.

³⁶ FREITAS, Lebre de, “Sobre a prevalência, no apenso de reclamação de créditos, do direito de retenção reconhecido por sentença”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, II, 2006, p. 588.

³⁷ Ao contrário do que acontece com a excepção de não cumprimento do contrato – que pressupõe a existência de um vínculo sinalagmático entre as duas prestações, constituindo cada uma delas a causa jurídica da outra – o direito de retenção baseia-se na conexão de uma obrigação anterior de devolução de uma coisa, com outra que nasce posteriormente por causa dessa coisa e, embora recíprocos e conexos, os dois créditos que o direito de retenção pressupõe são independentes no sentido de que não é cada um deles a causa jurídica do outro.

retenção em determinados casos em que, no esquema da execução dum contrato, haja inadimplemento do contraente que tem direito à entrega da coisa; é o que acontece nos casos de mandato, depósito e comodato e que a lei igualmente estende ao de gestão de negócios (art.º 755.º, n.º 1, alíneas c), d) e e) do CC)”.³⁸

No entanto, continua o autor, “ (...) volta a não se compreender que prevaleça sobre a hipoteca – e mesmo sobre o crédito comum – o direito de retenção concedido em garantia da indemnização por danos causados pela coisa (...)”³⁸.

É que, como veremos mais adiante, o direito de retenção resultante do crédito do promitente-comprador, garante um crédito que não tem como causa a coisa, como nos casos do art.º 754.º do CC, nem assenta na simples origem comum de dois créditos, como nos casos das alíneas a) a e), do n.º 1, do art.º 755.º, do CC.

II.

O caso especial previsto na alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do Código Civil

Para além das situações que derivam da aplicação do critério geral consagrado no art.º 754.º do CC, a lei consagra um *numerus clausus* de casos especiais em que o credor goza do direito de retenção.

Nalguns daqueles casos especiais, previstos nas diversas alíneas do n.º 1, do art.º 755.º, do CC, ao contrário da conexão objectiva entre o crédito e a coisa (*debitum cum re iunctum*), que constitui o alicerce básico do direito de retenção³⁹, há lugar a direito a retenção apenas com base na simples origem comum dos dois créditos.

³⁸ FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 589.

³⁹ COSTA, Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed. revista e atualizada, Coimbra, 2009, p. 346.

De entre esses casos especiais, destacamos, pela relevância que apresenta para o nosso estudo, a do beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do art.º 442.º do CC, prevista na alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC.

Ao contrário do direito de retenção comum, consagrado no art.º 754.º do CC, o direito de retenção estatuído na alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC, é profunda e qualitativamente diferente.

Senão vejamos.

O legislador, na alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC, atribui o direito de retenção ao “(...) beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º.”

Como pressupostos do direito de retenção a favor do beneficiário da promessa, apontamos os seguintes⁴⁰:

- A tradição da coisa objecto do contrato prometido;
- O não cumprimento definitivo imputável ao promitente da alienação;
- A existência do crédito do beneficiário resultante do não cumprimento definitivo.

Analisaremos, ainda que sumariamente, cada um destes requisitos.

No que respeita ao primeiro requisito, cumpre, desde logo, realçar, que a lei não concretiza devidamente o conceito de tradição.

O legislador, na alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC, ao referir-se à tradição da coisa, deixa em aberto a questão de saber se é suficiente a mera tradição simbólica ou se, ao invés, terá de ocorrer a tradição material.

A "tradição" a que se refere o art.º 755.º, n.º 1, alínea f), do CC, tem que ser a mesma que se verifica e exige para o *corpus* na aquisição derivada da posse, conferindo ao adquirente a possibilidade de exercer uma relação material com e sobre o objecto; e compõe-se (no *corpus* da posse e também aqui, no art.º 755.º, n.º 1, alínea f), do CC) de dois elementos: um negativo, o abandono do anterior possuidor; e outro, positivo, a *apprehensio*, ou entrega ao novo possuidor.

Sendo a posse⁴¹ constituída por dois elementos – o *corpus*⁴² e o *animus*⁴³ – a tradição da coisa confere apenas o *corpus*, ou seja, o elemento material da posse.

Pires de Lima e Antunes Varela⁴⁴ sustentam, que “o contrato-promessa, só por si, não é susceptível de transferir a posse ao promitente-comprador. Se este obtém a entrega da coisa antes da celebração do negócio translativo, adquire o *corpus* possessório, mas não adquire o *animus possidendi*, ficando, pois, na situação de mero detentor ou possuidor precário.”⁴⁵

⁴¹ O art.º 1251.º do CC, define a posse, como o “poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real.” A noção legal do art.1251.º do CC não faz qualquer referência ao *animus*, como elemento do conceito de posse

⁴² Ou domínio de facto sobre a coisa, traduzido no exercício efectivo de poderes materiais sobre ela ou na possibilidade física desse exercício.

⁴³ Consubstanciado na intenção de exercer sobre a coisa, como seu titular, o direito real correspondente àquele domínio.

⁴⁴ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. III, reimpressão da 2.ª ed., Coimbra, 2010, p. 6.

⁴⁵ Em anotação ao Ac. do STJ de 2 Novembro de 1989, *in RLJ*, 128.º, 1995/1996, p.146, Antunes Varela expressa, ainda, que “o promitente-comprador investido prematuramente no gozo da coisa, que lhe é concedido na pura expectativa da futura celebração do contrato prometido, não é possuidor dela, precisamente porque, sabendo ele, como ninguém, que a coisa pertence ainda ao promitente-vendedor e só lhe pertencerá a ele depois de realizado o contrato translativo prometido, não pode agir seriamente com a intenção de um titular da propriedade ou de qualquer outro direito real sobre a coisa”.

⁴⁰ Cfr. Ac. do STJ de 24.06.2001, Revista n.º 1776/04-2.ª Secção, citado por COSTA, Salvador, *O concurso de credores – Sobre as várias Espécies de Concursos de Credores e de Garantias Creditícias*, 4.ª ed., Coimbra, 2009, p. 219.

Mostra-se, assim, imperativo que o promitente-comprador com *traditio* pratique actos de efectiva apreensão material da coisa prometida, em nome próprio, ou seja, intervindo sobre a coisa como se fosse sua.⁴⁶

Ainda a este respeito, Manuel Rodrigues⁴⁷ sustenta, que "a tradição dos imóveis exige, em 1.º lugar, que o vendedor abandone ao comprador o gozo da coisa ou do direito" e "em 2.º lugar, a prática de actos que traduzam os poderes materiais que se podem exercer sobre as coisas." Segundo ele, "por este modo se estabelece a relação material positiva entre o novo titular da posse e a coisa possuída. (...) Donde a posse, em tal caso, só se adquire porque o adquirente exerceu sobre o prédio qualquer acto material que denuncia um poder sobre ele, embora sem as qualidades exigidas para constituir uma posse unilateral (...)"

A doutrina tem exemplificado como alguns desses casos, o pagamento pelo promitente-comprador da totalidade do preço⁴⁸ ou o caso, enunciado por Pires de Lima e Antunes Varela⁴⁹, em que a coisa é entregue ao promitente-comprador como se fosse sua, uma vez que as partes não têm a intenção de celebrar o contrato definitivo, a fim de evitar o pagamento do IMT ou precluir o exercício de um direito de preferência.

Neste último caso, o promitente-comprador pratica, sobre a coisa objecto do contrato, diversos actos materiais correspondentes ao exercício do direito de propriedade.

Consequentemente, o facto da mera entrega das chaves do prédio ou da fracção ao promitente-comprador, não é suficiente para que se dê por verificada a tradição para efeitos de invocação do

direito de retenção⁵⁰. Este acto simbólico só terá relevância, quando combinado com outros de que decorra a posterior apreensão material da coisa⁵¹.

No que diz respeito aos restantes pressupostos do direito de retenção a favor do beneficiário da promessa, – incumprimento definitivo imputável ao promitente-vendedor⁵² – a doutrina tem vindo a sustentar, e quanto a nós bem, que para o promitente-comprador poder invocar o direito de retenção, não basta que o promitente-vendedor se encontre em situação de simples mora, sendo antes exigida uma situação de incumprimento definitivo.⁵³

Antunes Varela⁵⁴ define o não cumprimento, como a situação objectiva de não realização da prestação debitória e de insatisfação do interesse do credor, independentemente da causa de onde a falta procede.

Existem assim, três modalidades de não cumprimento das obrigações quanto ao efeito ou resultado produzido: (1) a falta de cumprimento ou incumprimento definitivo; (2) a mora; (3) e o cumprimento defeituoso ou imperfeito.

Por via de regra, a mora do devedor não permite, com ressalva da existência de convenção

⁵⁰ No Ac. do STJ de 18.9.2007 (MÁRIO CRUZ), observou-se que "no contrato-promessa aqui em presença, mesmo podendo haver *corpus* com a *traditio* da coisa – consubstanciada na alegada entrega da chave –, faltar-lhe-ia o *animus* – porque o promitente comprador é o primeiro a reconhecer que ainda só pagou o sinal e que a parte restante do preço só será paga no acto da escritura, dizendo, inclusive, que a marcação desta se prevê para breve. Sabe assim que a coisa ainda lhe não pertence e que o imóvel só supostamente passará a ser seu após o cumprimento integral da prestação que sobre ele impende, com a realização da escritura, o que significa saber perfeitamente que sobre o imóvel ainda não actua como se dono já fosse mas como tendo autorização dele para aí praticar os actos materiais em causa". Assim, "na qualidade de mero detentor, não lhe assiste o direito de se socorrer dos meios possessórios – art.º 351.º, n.º 1 do CC", in *www.dgsi.pt*.

⁵¹ FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 595.

⁵² Optámos pela sua análise conjunta dada a correlação entre ambos.

⁵³ Outros autores, entre eles Antunes Varela, defendem que com a entrada em vigor do DL n.º 379/86, de 11 de Novembro, o promitente-comprador não faltoso, goza do direito de retenção sobre a coisa traditada logo que, entrando a contraparte em mora, venha requerer a restituição do prédio nos termos do art.º 442.º do CC, e consequentemente pôr fim ao contrato.

⁵⁴ Cfr. VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral, ob. cit.*, p. 60.

⁴⁶ MORAIS, Gravato, *Contrato-Promessa em Geral e Contratos-Promessa em Especial*, Coimbra, 2009, p. 245.

⁴⁷ RODRIGUES, Manuel, *A Posse, Estudo de Direito Civil Português*, 3.ª ed., Lisboa, 1980, p. 216.

⁴⁸ Cfr. Acórdãos do STJ de 4.3.2008 (FONSECA RAMOS) e de 29.4.2008 (PAULO SÁ), in *www.dgsi.pt*.

⁴⁹ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, p. 6.

em contrário, a imediata resolução do contrato, a menos que se transforme em incumprimento definitivo, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 801.º, 802.º e 808.º, n.º 1, todas do CC. Essa transformação poderá ocorrer nos seguintes casos: se lhe sobrevier a impossibilidade da prestação, se o credor perder o interesse na mesma^{55,56} ou, finalmente, em consequência da inobservância do prazo suplementar e peremptório que o credor fixe, razoavelmente, ao devedor relapso.

No caso de incumprimento do contrato-promessa, a lei abre dois caminhos ao contraente não faltoso: a execução específica (art.º 830.º do CC), no caso da simples mora, e a resolução do contrato (art.º 801.º, n.º 2 do CC), para o caso do incumprimento definitivo.

Não se demonstrando o incumprimento definitivo do contrato-promessa pelo promitente-vendedor, facilmente se depreenderá que a invocação do direito de retenção pelo beneficiário da promessa que obteve a tradição da coisa, não tem sentido útil, uma vez que o promitente-vendedor não está obrigado a entregar a mesma, por se manter válido e eficaz o contrato-promessa.

Assim, o direito de retenção consagrado no art.º 755.º, n.º 1, alínea f) do CC não tem sentido na mora, hipótese em que o promitente-adquirente que obteve a tradição da coisa, não está obrigado a entregar a coisa a que se refere o contrato prometido⁵⁷.

Como já referimos, é unanimemente aceite, tanto pela doutrina⁵⁸ como pela jurisprudência^{59,60},

⁵⁵ Que se afere em função da utilidade que a prestação para ele teria, embora atendendo a elementos susceptíveis de valoração pela generalidade das pessoas, justificada por um critério de razoabilidade própria do comum das pessoas.

⁵⁶ MACHADO, Baptista, in *RLJ*, 118.º, p. 55; e COSTA, Almeida, in *RLJ*, 124.º, p. 95 - 96.

⁵⁷ A mora traduz-se, não numa falta definitiva (*hoc sensu*) de realização da prestação devida, mas num simples retardamento, demora ou dilação no cumprimento da obrigação - VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 8.ª reimpressão da 10.ª ed. de 2000, 2011, p. 345.

⁵⁸ Ver, entre outros, SILVA, Calvão da, *ob. cit.*, p. 124-125.

que o crédito emergente do contrato-promessa é o que tem, na sua base, o incumprimento definitivo daquele.

Discute-se, porém, “se tal crédito apenas existe se tiver havido sinal passado ou não”.⁶¹

Gravato Morais, tal como a maioria da doutrina⁶², considera que o direito de retenção existe independentemente de ter havido sinal passado ou convenção indemnizatória. Na sua opinião, só assim se compreenderia o valor da ampla remissão efectuada da alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º, para o art.º 442.º, ambos do CC.

Em sentido contrário, Menezes Leitão⁶³ considera que o direito de retenção “só tem conexão com o direito ao aumento do valor da coisa ou do direito, que é o único crédito resultante do não cumprimento que tem uma relação directa com a coisa a reter (...)”,

⁵⁹ Cfr. Acórdãos do STJ de 24.10.2006 (AFONSO CORREIA), in *www.dgsi.pt*; de 10.03.2005 (NEVES RIBEIRO), in *www.dgsi.pt*; de 31.10.2006 (AFONSO CORREIA), in *www.dgsi.pt*; e de 02.11.1989 (FERNANDES FUGAS): “I - O contrato-promessa de compra e venda de bens imóveis não pode, em princípio ser resolvido pelo promitente vendedor com fundamento na falta de pagamento, embora parcial, atempado (...), já que a mora do devedor, representando um simples retardamento da prestação por causa imputável ao devedor, só dá ao credor o direito de exigir o cumprimento da obrigação e a indemnização pelos danos causados (art.º 804.º do CC)”, in *BMJ*, 391.º, 1989, p. 538.

⁶⁰ Ac. do TRL de 24.03.1992 (ZEFERINO FARIA): “O pedido do promitente-comprador de condenação do promitente-vendedor a pagar-lhe o valor da coisa, objecto do contrato, nos termos do art.º 755.º, n.º 1, alínea f), baseia-se no incumprimento definitivo e culposo do contrato pelo promitente vendedor e tem como pressuposto a resolução do contrato”, in *CJ*, 1992, Tomo II, p. 147.

⁶¹ MORAIS, Gravato, *ob. cit.*, p. 233.

⁶² Entre outros, PRATA, Ana, *O Contrato-Promessa e o seu regime civil*, 2.ª reimpressão da edição de 1994, Coimbra, 2006, p. 888. Defende a autora que, “ (...) não obstante a remissão do artigo 755.º, n.º 1, alínea f), para o artigo 442.º, não parece indispensável [para que possa haver direito de retenção, que os promitentes tenham acordado um sinal], pois, como se viu, nem dele depende o direito de indemnização calculada no valor da coisa a que se refere o artigo 442.º, nem a ele faz referência o artigo 755.º, n.º 1, alínea f), o que significa, dado o necessário pressuposto da “tradição rei”, que o direito de retenção, garantindo sempre o direito indemnizatório de que esta é requisito, garantirá qualquer outro crédito indemnizatório fundado no incumprimento, seja ele o da indemnização calculada nos termos gerais, seja o de pena convencional, seja mesmo o de indemnização por benfeitorias realizadas pelo “accipiens” na coisa”.

⁶³ LEITÃO, Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 9.ª ed., Coimbra, 2010, p. 253. No mesmo sentido, aderindo em geral, às propostas restritivas relativamente ao art.º 755.º, n.º 1, alínea f), *vide* CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. II, Direito das Obrigações, Tomo II, Coimbra, 2010, p. 402.

interpretando, assim, restritivamente o art.º 755.º, n.º 1, alínea f) do CC.

Segundo ele, o direito de retenção do promitente-comprador com *traditio* só existe, na circunstância de este optar por uma indemnização pelo aumento do valor da coisa, surgindo apenas caso tenha sido passado sinal.

Em confronto com estas duas posições, aderimos à proposta formulada por Menezes Leitão.

Não havendo sinal, a tradição será uma mera tolerância, não cabendo penalizar o promitente-vendedor. Pelo que, neste caso, o direito de retenção só terá em vista o ressarcimento dos créditos referidos no art.º 442.º do CC, que são, apenas, o da restituição do sinal em dobro ou o do aumento do valor da coisa e não o crédito geral indemnizatório.⁶⁴

No entanto, como já referimos, não tem sido este o entendimento sufragado pela maioria da doutrina.

Ora, pela enumeração dos pressupostos de aplicação do direito de retenção ao caso específico consagrado na alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC, facilmente se compreende que o regime legal consagrado é manifestamente prejudicial aos restantes titulares de garantias reais sobre o imóvel, como é o titular da hipoteca.

Mais do que nunca, a concessão de crédito implica a necessidade de estabelecer fortes precauções e garantias, por parte das instituições financeiras, no sentido de salvaguardar o capital disponibilizado.

Neste aspecto, a constituição de hipotecas sobre imóveis continua a ser o meio tradicional de garantia mais forte ao serviço do mutuante, atenta a faculdade que concede ao seu titular de ser pago com prioridade pelo produto da sua venda.

No entanto, se até há bem pouco tempo a hipoteca era considerada a rainha das garantias especiais das obrigações, o seu reinado acabou por ser fortemente abalado quando, em 1966, o legislador decidiu equiparar o titular do direito de retenção ao credor pignoratício ou hipotecário, consoante o objecto do direito seja uma coisa móvel ou imóvel.

Acontece que, o regime adoptado pelo legislador, acabou por vir prejudicar directamente as instituições de crédito, principais credoras hipotecárias, prevendo que as mesmas dificultem a concessão de crédito, procedendo, nomeadamente, a aumento das taxas de juro e das comissões, de modo a poderem compensar eventuais prejuízos. Por sua vez, tais aumentos vão, necessariamente, repercutir-se no consumidor final que, *a priori*, o legislador tentou proteger.

A solução legal, então vigente, acabou por dificultar a concessão de crédito e originar, reflexamente, o aumento do custo de aquisição em relação às pessoas que o diploma em causa alegadamente quis proteger.

Pelo que, não demorou muito tempo, até que várias vozes na doutrina se insurgissem contra este regime⁶⁵.

Luís Gonçalves⁶⁶ escreveu, a certa altura, que ao consagrar-se este regime, “ (...) não se atendeu

⁶⁵ Para além das reacções da doutrina aos efeitos derivados da aplicação do regime geral do direito de retenção, ao caso especial de retenção consagrado na alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC, o legislador introduziu, com o DL n.º 125/90, de 16 de Abril (mais tarde revogado pelo DL 59/2006, de 20 de Março), um novo instrumento financeiro, o das chamadas “obrigações hipotecárias”. Nas palavras do legislador, as obrigações hipotecárias são “títulos que conferem ao respectivo portador um privilégio creditório sobre os créditos hipotecários de que sejam titulares as entidades emitentes” – cfr. o Preâmbulo deste diploma.

O diploma estabelece, assim, uma excepção à hierarquia estabelecida no CC para os privilégios creditórios, em relação às coisas sobre as quais não incida qualquer ónus ou encargo. A criação desta figura teve em vista salvaguardar a posição jurídica dos credores hipotecários em face da preferência absoluta do direito de retenção sobre a garantia hipotecária resultante do art.º 759.º, n.º 2 do CC. – Vide a este respeito COSTA, Almeida, *Direito das Obrigações*, *ob. cit.*, p. 897.

⁶⁶ GONÇALVES, Luís, “O direito de retenção e a sua aplicação ao contrato promessa”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXX, III, 2.ª Série, n.º 3, p. 273.

⁶⁴ Vide, neste sentido, CORDEIRO, Menezes, *ob. cit.*, p. 402.

a que, apesar de tudo, não há critérios infalíveis e que as mesmas instituições de crédito correm riscos que, se generalizados, podem ser catastróficos para o seu destino”.

Calvão da Silva⁶⁷, referiu, ainda, que “ (...) o facto do direito de retenção prevalecer sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente (art.º 759.º, n.º 2), poderá também acabar por virar a norma protectora (art.º 442.º, n.º 3) [actual alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º] contra o promitente-comprador (abstractamente) protegido, engendrando rarefacção da *traditio rei* hipotecada, por imposição das instituições de crédito aos construtores”.

Antunes Varela, foi mais longe, e chamou a atenção para o facto do crédito garantido pela retenção ser, muitas vezes, de montante geralmente elevado, atraindo, por ausência de registo, as instituições de crédito que se certificaram antes da concessão do crédito da inexistência de outros direitos reais.⁶⁸

Ora, consciente ou não do impacto que as alterações introduzidas trariam para o mundo do mercado imobiliário, a verdade é que o legislador de 1966 condicionou, mais do que nunca, a concessão do crédito para a aquisição ou construção de habitação em Portugal.

O TC, no seu Ac. 356/04, de 19.05.2004, já teve oportunidade de se pronunciar quanto à constitucionalidade da norma consagrada no art.º 755.º, n.º 1, alínea f) do CC, necessariamente articulada com o disposto no art.º 759.º, do mesmo diploma legal.

Nos termos do referido aresto, foi decidido não julgar inconstitucional a norma do art.º 755.º, n.º 1, alínea f) do CC, uma vez que se entendeu que a norma em apreço “ (...) opera meramente uma ponderação adequada do interesse das instituições de crédito, detentoras de créditos hipotecários, na

protecção da confiança inerente ao registo predial e do interesse dos consumidores na protecção da confiança relativa à consolidação de negócios jurídicos, notando-se que os mesmos respeitam, em muitos casos, à aquisição de habitação própria permanente.”

Neste sentido, consideraram os relatores, que “ (...) a contenção dos princípios da confiança e da segurança jurídica associados ao registo predial, que resulta da atribuição da preferência ao direito de retenção sobre a hipoteca registada anteriormente, tem a sua justificação na prevalência para o legislador do direito dos consumidores à protecção dos seus específicos interesses económicos (...)”.

Também o STJ já, por inúmeras vezes⁶⁹, se pronunciou pela não inconstitucionalidade material das normas do art.º 442.º, n.º 2 e alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC, considerando que não violam os princípios da proporcionalidade, da protecção da confiança e segurança do comércio jurídico imobiliário e do direito de propriedade privada, princípios estes insitos nos artigos 2.º, 18.º, n.º 1 e 62.º, da CRP.

Pela nossa parte, não podemos deixar de apontar algumas críticas ao facto da solução consagrada na alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC ter surgido num contexto sócio-económico específico, cuja finalidade tem sido pervertida e colocada ao serviço do devedor relapso.

O legislador de 1980 e 1986, ao conferir um direito de retenção especial atribuído ao promitente adquirente, com o intuito de reequilibrar a situação que o desfavorecia, veio criar um novo desequilíbrio, desta feita à custa de um terceiro – o credor hipotecário –, que adveio do facto do art.º 759.º, n.º 2 do CC, não fazer qualquer distinção quanto à modalidade de direito

⁶⁷ SILVA, Calvão da, *ob. cit.*, p. 252.

⁶⁸ MALDONADO, João Pedro Nunes, *ob. cit.*, p. 46.

⁶⁹ Vide Ac. do STJ de 29.01.2003 (FERREIRA DE ALMEIDA); Ac. do STJ de 30.01.2003 (NASCIMENTO COSTA); Ac. do STJ, de 20.11.2003 (MOTTINHO DE ALMEIDA); Ac. do STJ de 14.02.2006 (JOÃO CAMILO); e Ac. do STJ de 18.09.2007 (FONSECA RAMOS), todos in *www.dgsi.pt*.

de retenção que deve prevalecer em absoluto sobre a hipoteca.

Ao atribuir o direito de retenção sempre que exista tradição da coisa objecto do contrato prometido, o legislador criou no titular de uma mera expectativa de aquisição de um direito real, uma tutela mais ampla de que ao próprio titular desse direito.

Na maioria dos casos de retenção, os débitos pelos quais a coisa responde, representam uma pequena parte do valor da própria coisa, ao contrário da retenção do promitente em que os débitos representam um valor muito aproximado do valor dela.

Assim, “tendo em conta que normalmente estão em jogo avultadas quantias monetárias e que se trata de uma garantia oculta, no sentido de não ser perceptível, na maioria das vezes, ao terceiro adquirente de boa-fé,” a consagração do direito de retenção, no caso aqui em análise, colide “não só com a lógica do mercado de circulação dos imóveis, como também com a segurança jurídica e protecção das expectativas de terceiros”.⁷⁰

Em suma, a (in)constitucionalidade da alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC, quanto a nós, não se coloca. A questão só se coloca, quando o regime previsto no n.º 2 do art.º 759.º do CC, se estende a essa disposição legal, criando uma solução injusta e excessiva.

III.

Propostas da doutrina para minorar os efeitos decorrentes da aplicação do n.º 2 do artigo 759.º do Código Civil. Posição adoptada.

Tem sido várias as soluções apontadas pela doutrina com vista a atenuar os efeitos decorrentes da aplicação do n.º 2, do art.º 759.º, ao direito de retenção previsto no art.º 755.º, n.º 1, alínea f), ambos do CC.

⁷⁰ CASTANHEIRA, Sérgio Nuno, “Direito de Retenção do Promitente-Adquirente”, in *Garantia das Obrigações, Publicação dos Trabalhos do Mestrado*, Coimbra, 2007, p. 504.

Um dos autores que, desde logo, se debruçou sobre esta matéria foi Menezes Leitão⁷¹, ao suscitar a questão da facilidade de manipulação do regime jurídico do direito de retenção, por forma a defraudar a garantia hipotecária.

Neste sentido, propugnou o autor por uma interpretação restritiva da alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC, considerando que o promitente-comprador apenas tem direito de retenção para garantia dos créditos previstos no art.º 442.º do CC, em particular, ao direito ao aumento do valor da coisa, e somente nos casos de ter sido acordado a estipulação de sinal.

Segundo Menezes Leitão, não havendo estipulação de sinal, a entrega da coisa deve ser vista como um acto de mera tolerância que, na sua opinião, não justifica a atribuição do direito de retenção.

No mesmo sentido, Galvão Telles defende que só nos casos de haver acordo de sinal se pode operar o direito de retenção.

Na sua opinião, no caso de contrato-promessa em que não tenha havido sinal mas tenha havido tradição da coisa, o incumprimento por parte do promitente da alienação ou constituição dá ao credor o direito a exigir, a título indemnizatório, o valor actual do direito não transmitido ou constituído, descontado o preço convencionalmente estipulado.⁷²

J. Lourenço Soares⁷³, por seu turno, defende a atribuição do direito de retenção às partes quer estas tenham acordado o sinal quer não.

Sustenta o autor, que “ (...) o requisito básico para o nascimento deste último direito é o ter havido tradição da coisa. E o sinal (...) não pode ser requisito necessário para o nascimento de tal direito”.

⁷¹ LEITÃO, Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. I, *ob. cit.*, p. 244.

⁷² TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, reimpressão da 7.ª ed., Coimbra, 2010, p.154.

⁷³ SOARES, J. Lourenço, *ob. cit.*, p. 147.

E vai ainda mais longe, ao admitir que o crédito à devolução do sinal é um dos créditos possíveis que legitimam a retenção.

Propugnando também por uma interpretação restritiva da alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC, mas com base noutros argumentos, L. Pestana de Vasconcelos⁷⁴ defende que se deve afatar do âmbito do direito de retenção os promitentes adquirentes que não sejam consumidores.

Para este autor, a *ratio* da norma pressupõe que “ (...) o promitente-comprador seja efectivamente um consumidor. São esses os carentes de tutela, são eles que a norma pretende proteger. Trata-se de uma disposição que se insere num conjunto de outras que compõem o regime do contrato-promessa e que visam a tutela do promitente-comprador não profissional.”⁷⁵

Carlos Pereira de Abreu, numa tentativa de limitar os efeitos provocados pela aplicação do art.º 759.º do CC, entende que “ (...) o legislador veio, de forma clara, impor como condição do exercício do direito de retenção, na sua vertente de garantia especial das obrigações, face à hipoteca, que o seu titular tome a iniciativa da execução do imóvel”.⁷⁶

Na sua opinião, o direito de retenção apenas prevalece sobre o crédito hipotecário no caso de a iniciativa da execução ser da autoria do próprio retentor, caso em que, os demais credores ficam a saber da existência de um direito de retenção. Entende, por isso, que só nesse caso, o direito de retenção tem preferência de pagamento sobre demais credores.

Nesse sentido, “ (...) ou o titular do direito de retenção toma a iniciativa de executar o imóvel, e neste caso, goza de preferência sobre o credor hipotecário (ainda que este tenha registado o seu direito anteriormente), ou não o faz, passando, em

tal hipótese, face a este, a não ter qualquer privilégio”.⁷⁷

A sua posição baseia-se, assim, na interpretação literal que faz ao art.º 759.º do CC, cujo n.º 1 estabelece que “recaindo o direito de retenção sobre coisa imóvel, o respectivo titular (...) tem a faculdade de a executar (...)”. Por sua vez, o n.º 2, estabelece que “o direito de retenção prevalece *neste caso* sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente”.⁷⁸

A partir do preceituado no art.º 759.º do CC, o autor, defende que esta é a única interpretação que permite concluir que o “legislador «soube exprimir o seu pensamento em termos adequados» – n.º 3 do artigo 9.º”.⁷⁹

Calvão da Silva, por outro lado, propôs a limitação da prevalência do direito de retenção, em caso de conflito de pretensões dos promitentes-compradores com os credores hipotecários, nomeadamente no caso corrente do conflito entra a instituição financiadora do construtor e os promitentes-compradores que ocupassem o imóvel ou a fracção autónoma em virtude da tradição pactuada com o promitente-vendedor.

Como referimos *supra*, para Calvão da Silva, a solução consagrada “ (...) poderá também acabar por virar a norma protectora (art.º 442.º, n.º 3) [actual alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º] contra o promitente-comprador (abstractamente) protegido, engendrando rarefacção da *traditio rei* hipotecada, por imposição das instituições de crédito aos construtores”.⁸⁰

A prevalência do direito de retenção deverá, na sua opinião, ser limitada ao conflito de pretensões dos promitentes-compradores com os credores hipotecários, com o intuito de evitar-se aquilo a

⁷⁴ VASCONCELOS, L. Pestana, *Direito das Garantias*, Coimbra, 2010.

⁷⁵ VASCONCELOS, L. Pestana, *ob. cit.*, p. 325.

⁷⁶ ABREU, Carlos Pereira de, *O direito de retenção como garantia imobiliária das obrigações*, Porto, 1998, p. 36.

⁷⁷ Cfr. ABREU, Carlos Pereira de, *ob. cit.*, p. 36.

⁷⁸ Cfr. ABREU, Carlos Pereira de, *ob. cit.*, p. 36.

⁷⁹ Cfr. ABREU, Carlos Pereira de, *ob. cit.*, p. 37.

⁸⁰ Cfr. nota 66.

que o autor apelidou de “rarefacção da *traditio rei*”.⁸¹

Outro autor que contribuiu favoravelmente para esta discussão foi Pedro Sameiro.

Ao defender a abolição do direito de retenção conferido ao promitente-comprador, “ (...) e a sua substituição por outras formas de protecção do direito à aquisição, que não sejam lesivas dos direitos legitimamente constituídos e publicitados do credor hipotecário”, entendeu que a solução passaria por “permitir-se a atribuição de eficácia real à promessa realizada por simples documento particular e que o direito de aquisição fosse registado gratuitamente”⁸².

Assim, continua, “ (...) protegia-se a possibilidade de aquisição e a transmissão da propriedade poder-se-ia fazer sem a colaboração do promitente vendedor e ao abrigo de quaisquer actos dispositivos que o mesmo tentasse praticar, uma vez que existiria uma efectiva compatibilização entre a possibilidade de execução específica e a eficácia real da promessa”⁸³.

Em alternativa, propôs ainda a criação de uma hipoteca legal, com vista a garantir a restituição do sinal e do preço. Na sua opinião, essa solução apresenta-se “ (...) compatível e cumulativa com a eficácia real da promessa”⁸⁴.

Ora, da análise das principais propostas da doutrina, verificamos que nenhuma delas dá uma resposta, clara e precisa, às questões que se levantam com a preferência de pagamento atribuída a favor do promitente-adquirente, instituída no n.º 2 do art.º 759.º do CC.

Por isso, e por tudo quanto ficou exposto, consideramos que a solução passa, necessariamente, por uma alteração legislativa ao

CC, procedendo-se à eliminação do disposto no n.º 2 do art.º 759.º

Se é certo que tanto a hipoteca como o direito de retenção são direitos reais de garantia, o conflito entre ambos, deve ser regulado pelo princípio da prioridade temporal de constituição dos direitos reais, corolário de um dos institutos jurídicos inspirado pelos valores da segurança e certeza jurídicas – o registo predial –, ao qual, como já referimos, o art.º 759.º, n.º 2 do CC constitui excepção.

Se através do instituto do registo predial se pretende conferir segurança máxima às situações a que o Estado atribuiu especial verosimilhança, visando-se sobretudo, com isso, a protecção de terceiros, se não existisse a regra constante do art.º 759.º, n.º 2, do CC, a graduação dos créditos seria efectuada em função da data de constituição do direito de retenção e do direito do credor hipotecário.

Nesse caso, aquele que tivesse constituído o seu direito em primeiro lugar obteria a respectiva preferência de pagamento.

Assim, uma vez recusada a aplicação do n.º 2 do art.º 759.º do CC, consideramos que o conflito entre o credor hipotecário e o titular do direito de retenção previsto, em especial, no art.º 755.º, n.º 1, alínea f) do CC, deve ser solucionado pelos princípios gerais de direito, previstos nesta matéria, e não através de interpretações artificiosas e até mesmo forçadas da *ratio* do art.º 759.º, n.º 2 do CC.

Não podemos deixar de salientar, que o direito do credor hipotecário é um direito válido e eficaz *erga omnes*, que não deveria ser abalado por um direito posterior.

Como referimos *supra*, Menezes Leitão defendeu uma interpretação restritiva da alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC, onde concluiu que a expressão “nos termos do artigo 442.º”, constante da parte final do preceito, apenas confere ao

⁸¹ Cfr. nota anterior.

⁸² SAMEIRO, Pedro, *ob. cit.*, p. 96.

⁸³ Cfr. nota anterior.

⁸⁴ SAMEIRO, Pedro, *ob. cit.*, p. 97.

beneficiário da promessa o direito de retenção para garantia dos créditos previstos no art.º 442.º do CC, que são, apenas, o da restituição do sinal em dobro ou o do aumento do valor da coisa e não o crédito geral indemnizatório.⁸⁵

No entanto, se por um lado, a solução proposta pelo autor merece os nossos aplausos, por outro, não resolve, efectiva e verdadeiramente, a situação desfavorável do credor hipotecário.

O crédito do retentor sempre prevaleceria e a garantia do credor hipotecário estaria inevitavelmente esvaziada.

Carlos Pereira de Abreu, por seu turno, entende que constitui pressuposto da preferência consagrada a favor do direito de retenção, o facto de o seu titular tomar a iniciativa de execução do imóvel retido.

Só assim, defende o autor, é que se verifica a publicidade do direito de retenção, momento em que os demais credores ficam a saber da sua existência. Pelo que, só nesse caso, o seu direito tem sobre o deles preferência de pagamento.

Julgamos, no entanto, que esta solução se afigura algo artificiosa.

Da análise do normativo, não se concebe que o legislador tenha condicionado a preferência de pagamento ao facto de ser o retentor a tomar a iniciativa de execução da coisa.

Contrariamente ao entendimento perflhado por Carlos Pereira de Abreu, entendemos que o n.º 2 do art.º 759.º do CC, estabelece, única e exclusivamente, que em caso de execução da coisa, o direito de crédito do retentor é pago preferencialmente.

Não obstante o exposto até ao momento, a verdade é que algumas propostas merecem ser realçadas, pelo contributo que trouxeram à discussão da justeza da solução legislativa consagrada.

⁸⁵ LEITÃO, Menezes, *Direito das Obrigações*, *ob. cit.*, p. 253.

Para além das propostas formuladas por Pedro Sameiro, realçamos as soluções apresentadas por outros dois autores.

Aquando da reforma da acção executiva, e na expectativa de reparar as profundas injustiças causadas pela aplicação do n.º 2, do art.759.º do CC, Lebre de Freitas propôs a substituição desse normativo, por outro, “que limitasse a prevalência do direito de retenção do promitente comprador sobre a hipoteca ao caso em que esta fosse registada posteriormente ao registo da tradição da coisa, a organizar por alteração ao Código do Registo Predial.”⁸⁶

A sugestão, no entanto, não viria a ser aceite nos anteprojectos da reforma da acção executiva.

Noutra perspectiva, João Pedro Nunes Maldonado, entende que “a concessão da preferência do direito de retenção do beneficiário da promessa da transmissão que obteve a tradição da coisa em relação à hipoteca deixou de ter a sua razão, sob o ponto de vista da justiça e da utilidade social, permitindo o locupletamento daquele beneficiário”.⁸⁷

Assim sendo, defende este autor, que deve ser efectuada uma interpretação correctiva, por redução teleológica da aplicação da norma.

Deve, por isso, “entender-se, (...) que o regime estabelecido no artigo 759.º, n.º 2, não é aplicável às situações do direito especial de retenção consagradas no artigo 755.º, n.º 1, alínea f), ambos do Código Civil.”⁸⁸

Não podemos deixar de aplaudir o raciocínio apresentado. No entanto, defendemos que o caminho a seguir deverá ser, necessariamente, outro.

A disposição do n.º 2 do art.º 759.º do CC, quanto a nós, contém em si mesma uma restrição

⁸⁶ FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 583.

⁸⁷ MALDONADO, João Pedro Nunes, *ob. cit.*, p. 61.

⁸⁸ MALDONADO, João Pedro Nunes, *ob. cit.*, p. 61 - 62.

do direito anterior, válido e eficaz, do credor hipotecário, ao mesmo tempo que privilegia o direito do retentor de forma demasiado ampla. Ambos são credores privados que possuem um direito real de garantia sobre um bem do seu devedor.

Não vislumbramos, assim, qualquer característica especial que justifique que o direito de um, deva prevalecer sobre o direito do outro. Ambos possuem um direito de crédito que reclama idêntica tutela da lei.

Cláudia Madaleno, no entanto, defende que no caso de existir despesas realizadas na coisa, a preferência do crédito do retentor sobre a hipoteca, ainda que anteriormente registada, para garantia dessas despesas, se encontra plenamente justificada.

Sustenta a autora, que “a restrição do direito apenas é necessária, proporcional e adequada, na aceção do artigo 18.º da CRP, em relação aos privilégios imobiliários especiais supra referidos, bem como à retenção para garantia de despesas efectuadas na coisa que nela geraram uma mais valia objectiva.”⁸⁹

Não partilhamos dessa posição.

Havendo despesas realizadas na coisa que tenham gerado uma mais valia, na medida em que aí existe um benefício concreto incorporado na coisa, resultante da acção de um terceiro, defendemos que o beneficiário da promessa que obteve a *traditio* da coisa objecto do contrato, deverá ser indemnizado nos mesmos termos que o possuidor de boa ou má fé, pelas benfeitorias necessárias e úteis que hajam feito na coisa, nos termos do art.º 1273.º do CC⁹⁰.

⁸⁹ MADALENO, Cláudia, *ob. cit.*, p. 223.

⁹⁰ Consideram-se benfeitorias todas as despesas feitas para conservar ou melhorar a coisa (art.º 216.º, n.º 1 do CC). As benfeitorias necessárias são as que têm por fim evitar a perda, destruição ou deterioração da coisa; úteis as que, não sendo indispensáveis para a sua conservação, lhe aumentam, todavia, o valor; voluptuárias as que, não sendo indispensáveis para a sua conservação nem lhe aumentando o valor, servem apenas para recreio do benfeitorizante (art.º 216.º, n.º 3 do CC).

No caso de não ver satisfeito o seu crédito, o beneficiário gozará ainda do direito de retenção comum, previsto no art.º 754.º do CC, desde que tenha realizado de boa fé as despesas de que proveio o seu crédito (art.º 756.º, alínea b), do CC *a contrario*).

Com esta solução, evita-se o enriquecimento sem causa do credor hipotecário.

Assim, se das despesas não resultar um benefício objectivo para a coisa, não haverá também necessidade de impedir um eventual enriquecimento sem causa do credor hipotecário.

Caso se trate de despesas “inúteis”⁹¹ ou desnecessárias, como será o caso das benfeitorias voluptuárias, desnecessária será também, a nosso ver, a preferência de pagamento a favor do retentor.

Obviamente que, sendo a retenção anterior à hipoteca, o problema não se coloca, em atenção ao próprio princípio da prioridade temporal de constituição dos direitos reais.

Neste caso, o crédito do retentor prevalecerá sobre a hipoteca, uma vez que foi o direito que mais cedo se constituiu⁹².

Assim sendo, podemos concluir, que “a data da constituição do direito consubstancia um motivo bastante que legitima a prevalência de um direito sobre o outro, na medida em que aquele que prevalece se constituiu em data anterior”.⁹³

Uma restrição do direito anterior, válido e eficaz do credor hipotecário, revela-se, quanto a nós, arbitrária e apresenta-se, nesse sentido,

⁹¹ A expressão, despesas inúteis, é utilizada no sentido de que se trata de despesas que não produziram a valorização objectiva da coisa.

⁹² Entende o STJ, no seu Ac. de 18.09.2007 (FONSECA RAMOS), que “A não registabilidade do direito de retenção de que beneficia o promitente-comprador de um imóvel, por ter havido “traditio”, não exprime a existência de “ónus oculto”, (...) pois o direito de retenção envolve por si publicidade de facto, tendo os credores hipotecários, apenas, que averiguar quem na realidade habita ou tem a posse do prédio”, *in www.dgsi.pt*.

⁹³ MADALENO, Cláudia, *ob. cit.*, p. 225.

materialmente inconstitucional, por força da violação do preceituado no art.º 18.º da CRP.

Cumpre-nos realçar, que já por diversas vezes foi suscitado o problema da constitucionalidade da norma constante no n.º 2 do art.º 759.º do CC.

Quer o TC, através dos Acórdãos 594/03, de 3.12.2003 e 356/04, de 19.4.2004⁹⁴, quer o STJ, nomeadamente nos Acórdãos de 7.4.2005⁹⁵, de 11.7.2006⁹⁶, de 12.9.2006⁹⁷ e de 18.12.2007⁹⁸, se pronunciaram no sentido da constitucionalidade da norma.

O Ac. do TC de 594/2003, de 3.12.2003, no entanto, limitou-se a não julgar organicamente inconstitucionais os Decretos-Lei 236/80, de 18/7 e 379/86, de 11/11, que conferiram ao promitente-comprador com *traditio*, direito de retenção, porque só essa questão lhe fora colocada.

O recorrente colocara também perante o STJ a questão da inconstitucionalidade material, no entanto, esta não foi conhecida, por não se saber se a hipoteca fora constituída antes ou depois do direito de retenção.

A posição do STJ, relatada no Ac. do TC deve, todavia, ser realçada.

Na sua fundamentação, pode ler-se o seguinte: “ (...) não podemos deixar de expressar a nossa opinião de que se mostra efectivamente injusto que quem é titular activo de uma hipoteca tenha posteriormente de se confrontar com um direito desta origem com o qual não contava e que lhe diminuiu a sua garantia patrimonial, podendo, inclusivamente, ir até ao ponto de a anular completamente (já será diferente se o direito de retenção resultar de despesas feitas por causa da

coisa ou de danos por ela causados – art.º 754.º e 759.º do CC).”

E continua, referindo que “ todo o cidadão tem a legítima confiança em que o Estado respeite e garanta os seus direitos fundamentais. Assim, impunha-se que de seguida verificássemos se o invocado prejuízo era qualificável naquele tipo de direitos.”

Note-se, que a prevalência do direito de retenção de coisas imóveis sobre hipoteca anterior, estabelecida no art.º 759.º, n.º 2, vem da versão originária do CC.

O problema da constitucionalidade, no entanto, só se pôs quando os referidos Decretos-Lei concederam tal direito ao promitente-comprador, o que ao tempo alguma doutrina contestou.

Em crítica ao DL n.º 379/86, de 11/11, que manteve o direito de retenção, transferindo-o do n.º 3, do art.º 442.º, para a alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º, ambos do CC, e prevendo situações como as acima referidas, Antunes Varela⁹⁹ escreveu, a dado passo, com itálicos do texto: “ Se o promitente-vendedor, perto do termo da construção do imóvel, verificar (como tantas vezes sucede) que não tem condições para solver o crédito da financiadora garantida (com hipoteca) e quiser ser *útil e agradável* aos promitentes-compradores, nada mais fácil do que permitir a ocupação dos apartamentos em vias de acabamento pelos promitentes-compradores, para que o crédito destes, resultante do não cumprimento da promessa, prevaleça sobre a garantia anterior da instituição creditícia. Mesmo que a entidade financiadora se aperceba da *intenção* das partes, nada mais lhe restará do que (passe a expressão) *benzer-se com a canhota!*”

Não poderíamos estar mais de acordo.

Fazer prevalecer o direito de retenção sobre hipoteca anteriormente registada, consubstancia, na

⁹⁴ In www.tribunalconstitucional.pt.

⁹⁵ Ac. do STJ de 7.4.2005 (AZEVEDO RAMOS), *CJ*, 2005, II, p. 34.

⁹⁶ Ac. do STJ de 11.7.2006 (DUARTE SOARES), in www.dgsi.pt.

⁹⁷ Ac. do STJ de 12.9.2006 (FARIA ANTUNES), in www.dgsi.pt.

⁹⁸ Ac. do STJ de 18.12.2007 (ALBERTO SOBRINHO), in www.dgsi.pt.

⁹⁹ VARELA, Antunes, *Sobre o Contrato-Promessa*, *ob. cit.*, p. 156.

nossa opinião, uma situação de inconstitucionalidade material, desde logo, por violação dos princípios da proporcionalidade e da confiança.

Senão vejamos.

Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁰⁰, “o princípio da proporcionalidade (também chamado *princípio da proibição do excesso*) desdobra-se em três subprincípios: (a) *princípio da adequação*, isto é, as medidas restritivas legalmente previstas devem revelar-se como meio adequado para a prossecução dos fins visados pela lei (salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); (b) *princípio da exigibilidade*, ou seja, as medidas restritivas previstas na lei devem revelar-se necessárias (tornaram-se exigíveis), porque os fins visados pela lei não podiam ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos, liberdades e garantias); (c) *princípio da proporcionalidade em sentido restrito*, que significa que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa “justa medida”, impedindo-se a adopção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas em relação aos fins obtidos.”

A ideia geral subjacente ao princípio da proporcionalidade é a de que o meio utilizado para atingir certo objectivo, deve estar numa determinada relação com esse objectivo.

A medida encontrada pelo legislador, consubstancia, assim, no nosso entender, uma medida desproporcionada, na medida em que a restrição imposta dá origem a uma desproporção arbitrária.

Nas palavras de Cláudia Madaleno¹⁰¹, “a redução do núcleo do direito do credor hipotecário é excessiva em face do interesse que a lei procura salvaguardar (...)”.

Cumprir realçar que a inconstitucionalidade se restringe, única e exclusivamente, aos casos em que a hipoteca haja sido constituída em momento anterior ao direito de retenção. Só nestes casos, é que o credor hipotecário se encontra numa situação de desigualdade material em relação ao retentor.

Por sua vez, o princípio da confiança, consagra a ideia de que as pessoas devem poder ter um mínimo de certeza quando aos seus direitos e quanto às expectativas jurídicas que validamente adquirem.

Este princípio, implicado no princípio do Estado de Direito, abrange duas ideias nucleares: a de *estabilidade*, no sentido de que as decisões estaduais, incluindo as leis “ (...) não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes”; e a de *previsibilidade* “ (...) que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos do actos normativos”.¹⁰²

Ora, a realização do Estado de Direito exige que seja assegurado um certo grau de previsibilidade e de segurança jurídica em relação aos actos do poder.

Da análise do estatuído no art.º 759.º, n.º 2, do CC, facilmente se conclui que a solução estatuída provoca uma grande incerteza para o credor hipotecário, que possui uma legítima expectativa no ressarcimento do seu crédito, com preferência em relação aos demais credores.

Assim, na medida em que as legítimas expectativas do credor hipotecário são defraudadas, sem que exista motivo bastante para a preferência absoluta do direito do retentor, é nossa convicção que o art.º 759.º, n.º 2 do CC, consagra uma

¹⁰⁰ CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 2007, p. 153.

¹⁰¹ MADALENO, Cláudia, *ob. cit.*, p. 224.

¹⁰² CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 10.ª reimpressão da 7.ª ed., Coimbra, 2011, p. 380.

solução legal em clara contradição com o princípio da confiança.

IV. Articulação do direito de retenção com o regime da insolvência

Neste capítulo, propomo-nos a analisar de que forma o direito de retenção, concedido ao beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, se articula com o regime da Insolvência.

Tal como atesta L. Miguel Pestana de Vasconcelos¹⁰³, um dos aspectos menos claros deste regime prende-se “ (...) com as consequências de recusa do cumprimento por parte do administrador da insolvência, sempre que estivermos perante um contrato-promessa de compra e venda (...) sinalizado em que tenha havido tradição da coisa (...)”.

No domínio do anterior CPEREF, discutia-se o problema de saber se, em caso de falência do promitente vendedor, o promitente-comprador com tradição da coisa, era ou não titular de direito de retenção.

Alguns autores, contestavam a existência de direito de retenção nos casos de promessa com eficácia obrigacional e tradição da coisa. Por um lado, porque consideravam o crédito como comum¹⁰⁴, por outro, porque entendiam que, por deixar de se poder qualificar o direito à restituição do sinal em dobro como “crédito resultante do não cumprimento imputável à contraparte”, que é requisito de aplicabilidade do art.º 755.º, n.º 1,

alínea f), do CC¹⁰⁵, não haveria lugar a direito de retenção.

Outros, porém, admitiam-no.

Assim considerou o Ac. do STJ de 28.05.2002 (FARIA ANTUNES)¹⁰⁶ que, embora tenha afirmado que a “impossibilidade de cumprimento não é imputável à promitente alienante, mas à declaração da falência, defende a subsistência do direito de retenção em favor do promitente-comprador.”

Em face do actual regime do CIRE, a questão continua controvertida.

Menezes Leitão, considera que o actual regime previsto no CIRE “ (...) omite (...) a hipótese de o beneficiário da promessa sem eficácia real se encontrar na posse da coisa, caso em que o art.º 755.º, n.º 1, alínea f), lhe atribui um direito de retenção, que constitui uma garantia que tem de ser atendida em sede de insolvência”.

Nesse contexto, pugna o autor por uma interpretação correctiva àquela disposição, da qual resulte que “ (...) [a promessa obrigacional com tradição] não poderia ser objecto de recusa de cumprimento (...)”¹⁰⁷.

Também Pestana de Vasconcelos, “apesar de assinalar que, à primeira vista, não se preenche um dos requisitos do art.º 755.º, n.º 1 alínea f), do CC, ou seja, não há incumprimento imputável de uma das partes, refere que há um acto lícito do administrador da insolvência que sustenta uma correcta interpretação da norma, com especial ênfase na sua *ratio*.”¹⁰⁸

¹⁰³ SERRA, Catarina, “Efeitos da Declaração de Falência sobre o falido no CPEREF (após a alteração do D.L n.º 315/98, de 20 de Outubro”, in *Scientia Juridica*, tomo XLVII, Braga, Julho-Dezembro de 1998, p. 304.

¹⁰⁶ In *www.dgsi.pt*.

¹⁰⁷ LEITÃO, Menezes, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Anotado*, 5.ª ed., Coimbra, 2009, p. 135.

¹⁰⁸ Citado por MORAIS, Gravato, “Promessa Obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente-vendedor”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 29, Braga, Janeiro/Março 2010, p. 10.

¹⁰³ VASCONCELOS, L. Pestana de, “Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 33, Braga, Janeiro/Março 2011, p. 3.

¹⁰⁴ EPIFÂNIO, Rosário, “Os efeitos Substantivos da Falência”, in *Publicações Universidade Católica*, Porto, 2000, p. 292.

Por sua vez, Brandão Proença, considera duvidoso que o promitente-comprador, nos casos de um possível incumprimento das promessas mais vulgares, e tendo em conta os poderes do administrador, possa invocar o direito de retenção na fase insolvencial.¹⁰⁹

Quanto a nós, dúvidas não se levantam quanto ao preenchimento dos dois primeiros pressupostos do direito de retenção: a existência de promessa de transmissão ou de constituição de direito real e a entrega da coisa objecto do contrato.

Porém, o mesmo não acontece, em relação ao último pressuposto – a existência do crédito do beneficiário resultante do não cumprimento imputável à outra parte.

Na nossa opinião, não configura um facto susceptível de imputação ao promitente vendedor – de “imputação unilateral pela culpa”¹¹⁰ –, a recusa do administrador da insolvência em executar o contrato.

Como refere Oliveira de Ascensão,¹¹¹ o direito de escolha do administrador de insolvência pela recusa em executar o contrato, exprime uma “reconfiguração da relação”¹¹² tendo em vista a especificidade do processo insolvencial, não sendo, por isso, aplicável, o conceito do art.º 442.º, n.º 2, do CC – “incumprimento imputável a uma das partes” – que pressupõe um juízo de censura em que se traduz o conceito de culpa.

O acto de recusa de cumprimento é um acto absolutamente lícito, praticado pelo administrador da insolvência no interesse da massa. O administrador da insolvência, ao recusar o cumprimento do contrato-promessa, exerce uma

faculdade que lhe é atribuída *ex lege*, o que importa a extinção do contrato por inexecução.

Assim, existindo um direito potestativo de recusa de cumprimento, não existe um dever de cumprir. Não existindo um dever de cumprir, não há ilicitude e não há culpa e, conseqüentemente, falta um dos factos constitutivos do direito do promitente-adquirente.

Se é certo que os interesses dos promitentes-adquirentes, sobretudo dos promitentes-adquirentes de direitos reais sobre edifícios ou fracções autónomas, já construídas ou a construir, beneficiam de uma protecção especial na legislação portuguesa, por via, entre outras coisas, da concessão de um “generoso e problemático”¹¹³ direito de retenção nas promessas que envolvam tradição do bem objecto do contrato prometido, não é menos certo, que a insolvência obriga à reponderação e, frequentemente, à modificação das soluções comuns, de forma a garantir que o sacrifício vem a ser efectivamente suportado por todos os credores, de acordo com o princípio *par conditio creditorum*.

Compete ao administrador da insolvência, no interesse dos credores da insolvência, decidir se é mais vantajoso o cumprimento ou incumprimento do negócio em curso, e logo aqui, se pode entrever a afloração de uma diferente filosofia em razão do fim primordial do regime da insolvência.

Enquanto no revogado CPEREF se visava a recuperação do falido, no CIRE, pese embora esse objectivo não ter sido desconsiderado, o interesse que emerge como principal é o da protecção dos credores afectados com a declaração da insolvência.

Face ao exposto *supra*, sendo o promitente-vendedor declarado insolvente, e recusado o cumprimento do contrato-promessa pelo administrador, entendemos que o promitente-adquirente é um mero credor comum, não

¹⁰⁹ PROENÇA, Brandão, “Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (maxime) com fim habitacional”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 22, Braga, Abril/Junho 2008, p. 8.

¹¹⁰ Cfr. nota anterior.

¹¹¹ ASCENSÃO, Oliveira, “Insolvência: Efeitos sobre os Negócio em Curso”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, II, 2005, p. 281.

¹¹² ASCENSÃO, Oliveira, *ob. cit.*, p. 306.

¹¹³ PROENÇA, Brandão, *ob. cit.*, p.7.

obstante a tradição da coisa objecto do contrato prometido¹¹⁴.

V.

Direito de retenção e os embargos de terceiro

Outra questão que nos cumpre abordar, diz respeito à natureza real ou creditícia do direito de retenção e sua prevalência ou não sobre a penhora, através de embargos de terceiro.¹¹⁵

Tem sido unanimemente aceite, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, que o promitente-comprador de uma promessa obrigacional não pode deduzir embargos à penhora.¹¹⁶

Como escreve Antunes Varela¹¹⁷, “por detrás do direito de retenção (...) não há nenhum direito real de gozo que a penhora dos credores ofenda, mas um simples direito real de garantia (...) que a penhora pode e deve respeitar”.

Estatui o art.º 351º, n.º 1, do CPC, que “se a penhora, ou qualquer acto judicialmente ordenado de apreensão ou entrega de bens, ofender a posse ou qualquer direito incompatível com a realização ou o âmbito da diligência, de que seja titular quem não é parte na causa, pode o lesado fazê-lo valer, deduzindo embargos de terceiro”.

Antes de mais, parece-nos claro que o direito de retenção – qualquer que seja a posição que possamos assumir quanto à natureza da “detenção”

do promitente-comprador beneficiário da *traditio*, durante a pendência do contrato-promessa (mera detenção ou posse precária ou verdadeira posse em nome próprio, titulada e causal - como direito real de garantia, que não de gozo, não é susceptível de posse.

Esta posição foi, desde logo, assumida no Ac. do TRL, de 23.10.1990¹¹⁸, que decidiu negar o acesso do direito do titular do direito de retenção aos embargos de terceiro, por aquele direito não resultar ofendido com a penhora efectuada em execução instaurada contra o proprietário.

Essa posição veio posteriormente a ser confirmada em diversos acórdãos, entre os quais, destacamos o Ac. do TRL de 28.04.2005, onde é possível ler-se que, “o direito de retenção (...) não é um direito real de gozo, apenas atribuí ao seu titular um direito real de garantia. (...) E sendo um direito real de garantia, o mesmo faz com que o credor possa recusar a entrega do imóvel até que seja satisfeito o seu crédito, mas tal não obsta a que se penhore o imóvel já que entre os direitos reais de garantia (...) não há incompatibilidade mas antes coexistência conforme os artigos referentes à graduação de créditos estabelecerem (...), pelo que não pode aquele beneficiar da tutela dos embargos de terceiro, invocando o disposto no artigo 351.º do Código de Processo Civil”.¹¹⁹

Menezes Cordeiro, contrariamente à posição assumida nos referidos arestos, defende que o direito de retenção, legitimador do direito real de gozo que a tradição gerou para o promitente-comprador, e que por ser anterior à penhora, não deverá ser afectado pela venda executiva.¹²⁰

¹¹⁴ Cfr., no mesmo sentido, OLIVEIRA, Nuno; SERRA, Catarina, “Insolvência e Contrato de Promessa”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 70, I/IV, 2010, p. 395.

¹¹⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *ob. cit.*, p. 495.

¹¹⁶ Ver, por exemplo, o Ac. do STJ de 31.03.1993 (ROGER LOPES), in *CJ*, Ano I, Tomo II, 1993, p. 44; Ac. de 17.12.1994 (SOUSA INÊS), in *BMJ*, 441º, 1994, p. 267; Ac de 23.01.1996 (PAIS DE SOUSA), in *CJ do STJ*, Ano IV, Tomo I, 2003, p.70; Ac. do TRP de 27.02.2007 (HENRIQUE ARAÚJO), in *www.dgsi.pt*; Ac. do TRL de 13.12.2007 (SALAZAR CASANOVA), in *www.dgsi.pt*; e Ac. do STJ de 29.04.2008 (PAULO SÁ), in *www.dgsi.pt*;

¹¹⁷ VARELA, Antunes, *Das obrigações em Geral*, Vol. I, *ob. cit.*, p. 364.

¹¹⁸ Ac. do TRL de 23.10.1990 (SOUSA INÊS), in *BMJ*, 400º, 1990, p. 719.

¹¹⁹ Ac. do TRL de 28.04.2005 (ILÍDIO SACARRÃO MARTINS), in *www.dgsi.pt*. Também, podem ver-se, entre outros, os Acórdãos do STJ, de 26.02.2004 (NEVES RIBEIRO), in *www.dgsi.pt*, Ac. do TRP de 26.01.2006 (SALEIRO DE ABREU), in *www.dgsi.pt*, Ac. do TRP de 28.03.2001 (GONÇALO SILVANO), in *www.dgsi.pt*.

¹²⁰ CORDEIRO, Menezes, “Da Retenção do Promitente na Venda Executiva”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 57, II, 1997, p. 547.

Entende o autor, que “através da sua posse, o promitente adquirente desfruta do gozo da coisa; a posse é uma posição real não se esgotando, aqui, num mero direito pessoal de gozo, vista a causa por que opera.”¹²¹

E continua, escrevendo, que “o direito do promitente adquirente onera fortemente a coisa. Sendo anterior à penhora, não parece razoável que a coisa possa ser vendida em hasta pública como se estivesse livre: seja como garantia dispensada de registo, seja como direito de gozo anterior e também dispensado de registo, o direito de retenção do promitente-adquirente sobrevive à venda executiva.”

No mesmo sentido, o Conselheiro Oliveira Barros, no Ac. de 26.02.2004, considerou que “embora o direito de retenção não confere a posse legítima do bem ao respectivo titular, não podemos deixar de concluir que, tratando-se de uma situação possessoramente tutelada, sempre o retentor pode recusar a entrega da coisa e impedir, através do recurso aos meios possessórios, que a sua detenção seja ofendida”.

Acrescenta ainda, que traduzindo-se a penhora, “ (...) numa diligência directamente ofensiva da posse do terceiro retentor ou, no mínimo, num acto judicial incompatível com o direito de retenção que assiste ao promitente-comprador beneficiário da *traditio*, terceiro no processo executivo (...)”, o beneficiário da *traditio* em contrato-promessa, poderá opor-se à penhora através de embargos de terceiro.

Quanto a nós, na esteira daquilo que temos vindo a defender, não vemos qualquer incompatibilidade jurídica entre a penhora registada sobre a fracção prometida vender e o direito de retenção sobre ela incidente, afastando-se, também por esta via, a ideia de um direito dos promitentes compradores incompatível com a

realização da penhora, a defender por embargos de terceiro.¹²²

A questão essencial a resolver, na nossa opinião, está em saber se o direito real de garantia que a retenção traduz, confere ao retentor, correspondente direito real de posse, como está definido pelo art.º 1251º do CC.

Na realidade, não existe um entendimento unívoco sobre se o contrato-promessa de compra e venda, com a entrega da coisa prometida vender ao promitente-comprador, confere ou não a este verdadeira posse.

Ana Prata defende, que com a ressalva de que sempre será necessário interpretar a vontade das partes “ (...) pode, no entanto, dizer-se que sendo o contrato prometido um contrato de alienação ou de oneração de um bem, isto é, um contrato com eficácia real, tal antecipada tradição investirá, em regra, o seu beneficiário na posse da coisa, posse que respeitará à propriedade ou direito real que, de acordo com o contrato promessa, há-de ser constituído sobre ela”.¹²³

Vaz Serra, em anotação ao Ac. do STJ de 29.01.1980, refere que “o contrato-promessa de compra e venda do prédio não é causal de transmissão de nenhum direito real a favor dos promitentes-compradores, não transmitindo, por isso, o *animus* do titular da propriedade, pelo que os promitentes-compradores são simples detentores ou possuidores precários (art.º 1253º do CC)”.¹²⁴

Ora, não há dúvida de que o direito de retenção é um direito real de garantia que visa assegurar ao credor um determinado crédito, seja ele pela realização de benfeitorias (art.º 754º do CC), seja ele pela falta de cumprimento de contrato promessa e em relação ao crédito aí resultante (art.º 755º, n.º 1, alínea f) do CC).

¹²¹ CORDEIRO, Menezes, *ob. cit.*, p. 562.

¹²² SILVA, Calvão da, *ob. cit.*, p. 161.

¹²³ PRATA, Ana, *ob. cit.*, p. 832.

¹²⁴ SERRA, Vaz, *in RLJ*, 114.º, p. 21.

Para Mota Pinto¹²⁵, o direito de retenção, para além de ser uma causa legítima de não cumprimento, atribui ao seu titular um direito real de garantia, ou seja, a possibilidade de o seu titular se pagar com preferência aos outros credores sobre o valor da coisa retida.

Assim, e porque o direito de retenção não subtrai o bem retido ao património do devedor, originando a sua impenhorabilidade, este direito pode ser reclamado na execução respectiva, gozando aí, na graduação, da prioridade tendencialmente absoluta que lhe confere o art.º 755º, n.º 1 alínea f) conjugado com o art.º 759º, n.º 2, ambos do CC.¹²⁶

O que não pode, naturalmente, é o retentor embargar de terceiro (nem mesmo para se manter na posse da coisa até ao fim da acção executiva) porque lhe é facultado, pela lei, realizar o seu direito, na acção executiva por via do concurso de credores.¹²⁷

CONCLUSÃO

Do que ficou exposto no presente trabalho, constata-se, desde logo, que o instituto do direito de retenção continua a ter um carácter controverso que, não obstante o seu actual enquadramento nas garantias especiais das obrigações, não parece de todo resolvido.

Se até há bem pouco tempo, a hipoteca era considerada a rainha das garantias especiais das obrigações, o seu reinado acabou por ser fortemente abalado, quando, em 1966, o legislador decidiu equiparar o titular do direito de retenção

ao credor pignoratício ou hipotecário, consoante o objecto do direito seja uma coisa móvel ou imóvel.

Com a consagração da prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca anteriormente registada, designadamente a partir da criação do novo direito de retenção a favor do beneficiário da promessa de constituição ou transmissão de um direito real que tenha obtido a tradição da coisa, tornou-se seguramente maior a incerteza do ressarcimento do crédito do credor hipotecário.

Da análise das mais diversas propostas da doutrina para atenuar os efeitos decorrentes da aplicação do n.º 2, do art.º 759º do CC, consideramos que uma das melhores formas de o fazer, passa pela eliminação desse preceito legal.

Se é certo que tanto a hipoteca como o direito de retenção são direitos reais de garantia, o conflito entre ambos deve, salvo melhor opinião, ser regulado pelo princípio da prioridade temporal de constituição dos direitos reais, ao qual, como já referimos, o art.º 759º, n.º 2 do CC constitui excepção.

A disposição do n.º 2 do art.º 759º do CC, quanto a nós, contém, em si mesma, uma restrição do direito anterior, válido e eficaz, do credor hipotecário, ao mesmo tempo que privilegia o direito do retentor de forma demasiado ampla.

A jurisprudência tem sido unânime em reafirmar a prevalência preceituada no referido normativo, bem como a sua articulação com o disposto no art.º 755º, n.º 1, alínea f) do CC, que consideram não estar afectada de inconstitucionalidade.

Contudo, não foram essas as conclusões a que chegamos.

Na medida em que as legítimas expectativas do credor hipotecário são defraudadas, sem que exista motivo bastante para a preferência absoluta do direito do retentor, propendemos para considerar

¹²⁵ Vide, MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos, *Direitos Reais*, reimpressão, Coimbra, 2010, p. 166.

¹²⁶ Ver, ainda, a este respeito COSTA, Salvador, *Os Incidentes da Instância*, 5.ª ed., Coimbra, 2008, p. 185-186, manifestando-se desfavoravelmente em relação à doutrina e jurisprudência, que cita, e que entende que o promitente-comprador com direito à execução específica pode deduzir embargos de terceiro contra o acto de penhora da coisa prometida, em execução instaurada por quem não disponha de garantia real.

¹²⁷ Ac. do STJ de 18.11.82 (LIMA CLUNY), in *BMJ*, 321º, 1982, p. 387.

que o art.º 759.º, n.º 2, do CC, é materialmente inconstitucional, desde logo, por violação dos princípios da proporcionalidade e da confiança.


Efectivamente, do regime jurídico estabelecido no disposto do n.º 2 do art.º 759.º do CC, resulta a atribuição de um verdadeiro privilégio legal ao titular do direito de retenção.

Com esta preferência, o credor com direito de retenção acaba por estar mais protegido do que o adquirente de um direito real por força do contrato, que não registou a sua aquisição e que também pode ter a posse do imóvel.

Daí que se conclua, que a solução estatuída provoca uma grande incerteza para o credor hipotecário, que possui uma legítima expectativa no ressarcimento do seu crédito com preferência em relação aos demais credores.

Este carácter particularmente privilegiado do direito de retenção, limita a própria autonomia contratual, na medida em que, a não previsão do registo acaba pois por tornar a existência do direito de retenção particularmente insidiosa à circulação dos bens, sabendo que a lei sempre compõe o conflito de interesses a favor do direito de retenção.

O facto do direito de retenção não estar sujeito a registo, acaba por gerar uma subversão do sistema, na medida em que, quem acaba por ficar desprotegido é o próprio credor hipotecário. Este acaba por ficar mais facilmente sujeito às condições impostas pelo dador da hipoteca, que acaba por utilizar os seus promitentes-compradores enquanto meios de pressão do banco credor.

Impõe-se, assim, que o legislador proceda a uma alteração legislativa ao CC, eliminando-se a solução consagrada no n.º 2 do art.º 759.º do CC. 

A AUTORA

Maria Conceição da Rocha Coelho, nasceu em Paços de Brandão, concelho de Santa Maria da Feira, a 9 de Novembro de 1985.

I. FORMAÇÃO ACADÉMICA

- Mestre em Direito Privado pela Universidade Católica Portuguesa, sob a orientação do Prof. Doutor Brandão Proença, com a apresentação de uma dissertação intitulada “O Crédito Hipotecário face ao Direito de Retenção”.
- Licenciada em Direito – vertente jurídico forense – pela Escola de Direito da Universidade do Minho.

II. HABILITAÇÕES PROFISSIONAIS

- Advogada inscrita no Conselho Distrital do Porto desde 2008.
- Jurista na Câmara Municipal de Santa Maria da Feira.

