



UNIVERSIDADE
CATÓLICA PORTUGUESA | FACULDADE
DE DIREITO
ESCOLA DE LISBOA

O DIREITO DE RETENÇÃO COMO GARANTIA PREFERENCIAL

por

Maria Rafaela Ferro

Dissertação apresentada no âmbito do Mestrado Forense da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, no ano lectivo de 2013/2014, orientada pelo Prof. Doutor Henrique Antunes.

Lisboa

2014

ABREVIATURAS

ac., acs.	— Acórdão, acórdãos
al. als.	— alínea, alíneas
art., arts.	— artigo, artigos
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação das Empresas e de Falência
CIRE	— Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CC	— Código Civil
CRP	— Constituição da República Portuguesa
CRPred.	— Código do Registo Predial
cf.	conforme, confrontar
ed.	— edição
ex.	— exemplo
n.º	— número
obra. cit.	— obra citada
Proc.	— Processo
p.	— página
pp.	— páginas
ss.	— seguintes
STJ	— Supremo Tribunal de Justiça
TC	— Tribunal Constitucional

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	1
INTRODUÇÃO.....	4

CAPÍTULO I

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 22 DE MAIO DE 2013

1. Análise do Acórdão do STJ base da presente dissertação	6
1.1. <i>O direito de retenção e a hipoteca no âmbito do contrato-promessa</i>	<i>7</i>
1.2. <i>Fundamentos da atribuição do direito de retenção e conseqüente prevalência face à hipoteca</i>	<i>8</i>
1.3. <i>O contrato-promessa de compra e venda de imóveis no âmbito do CIRE</i>	<i>10</i>
1.4. <i>Implicações constitucionais</i>	<i>10</i>

CAPÍTULO II

EVOLUÇÃO HISTÓRICA

2.1. Breves considerações sobre a evolução histórica do direito de retenção.....	11
2.2. Breves considerações sobre a evolução do contrato-promessa no ordenamento jurídico português.....	14

CAPÍTULO III
O DIREITO DE RETENÇÃO COMO
GARANTIA PREFERENCIAL

3.1. Em que consiste esta garantia?.....	16
3.2. Pressupostos do direito de retenção	18
3.3. Caso especial do artigo 755.º n.º 1 al. f) do Código Civil.....	20
3.4. O direito de retenção e a hipoteca	28
3.5. Articulação do direito de retenção com o regime insolvencial	36

CAPÍTULO IV
JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4. Implicações constitucionais do direito de retenção	43
--	-----------

CAPÍTULO V
A NOSSA PROPOSTA

5. Qual a melhor solução?.....	50
NOTAS CONCLUSIVAS.....	52
BIBLIOGRAFIA.....	55
ANEXO I.....	59

INTRODUÇÃO

Na presente dissertação teremos por base o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do Supremo Tribunal da Justiça de 22 de maio de 2013 e as questões aí suscitadas. Mais concretamente, o estudo do direito de retenção como garantia preferencial, tema que tem sido objeto de reflexão tanto pela doutrina como pela jurisprudência nacionais. Cumpre referir, que o Acórdão base da nossa dissertação não foi ainda publicado, pelo que apresentaremos uma cópia do mesmo no final deste trabalho.

Nesse sentido, procederemos a uma abordagem histórica do direito de retenção, apresentaremos o problema da prevalência desta garantia face às garantias hipotecárias, a forma como se articula com o processo insolvencial, e finalmente, apreciaremos a conformidade deste direito com a nossa Constituição.

Conforme teremos oportunidade de demonstrar, o direito de retenção apresenta duas modalidades, uma prevista no art.754.º do CC – princípio geral – outra prevista nos casos especiais do art.755.º n.º 1 do CC. No primeiro caso, o *ius retentiones* consiste na faculdade de não restituir uma coisa, enquanto o credor dessa restituição não cumprir por seu turno, a obrigação que tem para com o retentor. Neste caso o crédito do retentor tem como fundamento as despesas ou danos causados pela coisa retida. Por sua vez, nos casos especiais de direito de retenção, previstos nas várias alíneas do art.755.º n.º 1 do CC, o fundamento reside no facto de os créditos garantidos resultarem da mesma relação jurídica de onde resulta a obrigação de entrega da coisa detida.

Se até as reformas de 1980 e de 1986, a figura do direito de retenção não causou transtornos na doutrina e na jurisprudência nacionais, por se tratar de um direito que tinha como fundamento as despesas e danos causados pela coisa detida e com o qual se pretendia evitar o locupletamento injustificado dos credores hipotecários, o mesmo não se pode dizer do direito de retenção previsto na al. f), do n.º 1 do art.755.º do CC, criado com a reforma de 1986. Com o nascimento deste caso especial passa-se a conferir aos beneficiários de promessas de transmissão ou de constituição de direito real uma posição privilegiada face aos credores hipotecários com hipotecas registadas anteriormente, o que gerou no seio da doutrina e da jurisprudência enormes debates, visto não serem imediatos os motivos que justificam a graduação privilegiada desta garantia face ao crédito hipotecário.

Nascendo este direito especial de retenção num contrato-promessa, iremos analisar também a evolução deste instrumento negocial e a sua articulação com o regime insolvencial. Mais concretamente, referir quais os efeitos da declaração de insolvência, em particular os efeitos sobre os negócios em curso, aferir qual a interpretação do art.106.º do CIRE e quais os limites da faculdade de recusa de cumprimento dos negócios em curso, dada ao administrador da insolvência.

Feita a abordagem histórica e o enquadramento legal do contrato-promessa e do direito de retenção, e apreciados os fundamentos que motivaram a criação do caso especial previsto no art.755.º n.º 1 al. f) do CC, iremos debater a problemática da atribuição de prevalência do direito de retenção face à hipoteca no contexto socioeconómico atual. Mais concretamente, aceitando que a tutela dos consumidores se apresentava como uma necessidade no período das reformas de 80 e de 86, a verdade é que nos dias de hoje esses fundamentos se encontram ultrapassados. Nesse sentido torna-se imperioso proceder a uma reforma legislativa. É devido a essa necessidade de reforma que nos propomos apresentar este trabalho, mostrando ao legislador que não pretendemos acabar com o direito de retenção, mas antes demonstrar que é possível conciliar a tutela dos consumidores com a tutela dos credores e respeitar as regras de publicidade impostas pelo Registo Predial.

Finalmente, e porque qualquer opção legislativa tem de ser conforme à Constituição, apresentaremos os fundamentos de inconstitucionalidade dos diplomas de 80 e de 86 que têm sido suscitados, e tomaremos posição sobre a sua conformidade ou inconformidade com os princípios fundamentais.

CAPÍTULO I
ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE 22 DE MAIO DE 2013

1. Análise do Acórdão do STJ base da presente dissertação.

Com a presente dissertação, pretende-se analisar as questões debatidas no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do STJ de 22 de maio de 2013. Propomo-nos assim apresentar uma síntese da decisão tomada, seguindo-se a exposição e o debate dos problemas suscitados.

No caso *subjudice* verificou-se a declaração de insolvência de uma sociedade de construções. Tendo sido aberta a fase de reclamação e verificação de créditos, entre outros, vieram reivindicar a sua posição de credores, um Banco, titular de uma garantia hipotecária e um particular, beneficiário de um contrato-promessa de compra e venda de imóvel, com tradição do mesmo. Discute-se se, havendo insolvência do promitente-vendedor e tendo sido incumprido o contrato-promessa sobre imóveis por decisão do administrador da insolvência, o beneficiário da promessa, com eficácia meramente obrigacional, que obteve a *traditio* da coisa, goza de um crédito (direito de retenção) que deverá ser pago com prevalência sobre o crédito hipotecário. A problemática não obteve resposta uniforme nas várias instâncias. Decidiu a 1.^a instância, reconhecer a preferência do crédito do beneficiário da promessa, com base num direito de retenção, face ao crédito hipotecário do Banco. Já a Relação, chamou a atenção para a necessidade de distinguir contrato-promessa com eficácia real e contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional. No primeiro caso, o administrador da insolvência não tem a faculdade de optar entre o cumprimento ou não cumprimento da promessa, pois de harmonia com o disposto no artigo 106.º do CIRE, nas promessas com eficácia real e em que se verifique tradição da coisa a favor do promitente-comprador, julga-se existir uma confiança mais forte na estabilidade e concretização do negócio definitivo. Já na segunda hipótese – promessa com eficácia meramente obrigacional – o administrador da insolvência tem o direito de escolher cumprir ou não o contrato-promessa, consoante julgue ser essa a solução que melhor serve as finalidades do processo insolvencial.

No presente caso, a promessa celebrada entre o insolvente e o promitente-adquirente apresentava apenas eficácia obrigacional, tendo o Tribunal da Relação revogado a sentença da 1.^a instância, optando pela prevalência do crédito do Banco sobre o crédito do beneficiário da promessa. Inconformado com a decisão da Relação veio o beneficiário da promessa recorrer de revista, requerendo a revogação da decisão da 2.^a instância e, conseqüentemente, a sua substituição pela decisão da 1.^a instância. Resultava da decisão do Tribunal de Comarca de Vila Nova de Gaia, o reconhecimento do direito de retenção como crédito privilegiado e, conseqüentemente, graduado à frente do crédito hipotecário, mesmo nos casos de promessas com eficácia meramente obrigacional e em que tivesse sido declarada a insolvência do promitente-vendedor.

É com fundamento no recurso de revista interposto pelo beneficiário da promessa de compra e venda, que o Acórdão base da nossa dissertação surge. Começa o STJ por elencar aqueles que considera serem os pontos a focar na sua decisão – *o direito de retenção e a hipoteca no âmbito do contrato-promessa; fundamentos da atribuição do direito de retenção e conseqüente prevalência face à hipoteca; contrato-promessa de compra e venda de imóveis no âmbito do CIRE; e implicações constitucionais* – terminando com a adoção da decisão da 1.^a instância e com a revogação da decisão do Tribunal da Relação, por considerar a interpretação conforme à lei a seguida pelo Tribunal de Comarca de Vila Nova de Gaia.

Propormo-nos assim, analisar em concreto cada um dos fundamentos do STJ e tomar posição sobre qual a tese a seguir.

1.1. O direito de retenção e a hipoteca no âmbito do contrato-promessa

Quanto à questão da existência de um direito de retenção com prevalência face ao crédito hipotecário de uma instituição financeira – verificando-se a insolvência do promitente-vendedor – o STJ limita-se a apresentar os fundamentos expostos pelas instâncias anteriores, não parecendo tomar uma posição definida. Refere este Tribunal, que a jurisprudência e a doutrina se encontram divididas sendo contudo a tese maioritária a de que, no caso de insolvência do promitente-vendedor e conseqüente incumprimento do contrato-promessa de compra e venda de imóvel com *traditio* da coisa, deve ser reconhecida a existência de um direito de retenção do beneficiário da promessa sobre o imóvel objeto do contrato.

Note-se que da análise conjunta dos argumentos deste Tribunal é possível concluir que a tese seguida é a de que, concorrendo o direito de retenção com uma hipoteca, mesmo que registada anteriormente, deve dar-se prevalência ao primeiro, por ser essa a decisão que melhor tutela os interesses da parte mais fraca, não havendo qualquer hesitação na concessão de um direito de retenção, sempre que se verifique o incumprimento de uma promessa sobre imóvel com tradição do mesmo para o promitente-adquirente.

1.2. Fundamentos da atribuição do direito de retenção e consequente prevalência face à hipoteca

Começa o STJ por definir o direito de retenção e a hipoteca, passando depois por apresentar a evolução legislativa que contribuiu para o “nascimento” da ideia de prevalência do direito de retenção face à hipoteca, mais concretamente as alterações legislativas decorrentes da aprovação do DL n.º 236/80, de 18 de julho e do DL n.º 379/86, de 11 de novembro.

Após introdução do tema e da sua evolução legislativa, continua o douto Tribunal com a exposição dos fundamentos das instâncias anteriores.

Em primeiro lugar, decidiu a 1.ª instância que “*a constituição de sinal e tradição da coisa têm subjacente uma forte confiança na firmeza e concretização do negócio*”, que justifica a defesa do cumprimento deste tipo de promessas e a consequente concessão de um direito de retenção caso as mesmas venham a ser incumpridas. Este entendimento encontra a sua justificação na maior sensibilidade do julgador, que considera que o promitente adquirente ao obter a *traditio* da coisa e ao ser-lhe dada a faculdade de praticar atos materiais correspondentes ao exercício do direito de propriedade, deve ser tratado como um verdadeiro possuidor. Isto porque, nasce na sua esfera jurídica uma expectativa legítima de cumprimento da promessa por parte do promitente-vendedor, razão que justifica a prevalência desta garantia face à hipoteca.

Em sentido oposto, a Relação, apesar de não afastar a existência de um direito de retenção com base no art.755.º n.º 1 al. f) do CC, afirma não compreender os fundamentos que estão na base da prevalência dessa garantia face à hipoteca, acrescentando ainda, que o direito de retenção previsto nesse artigo é afastado nos casos de promessas com eficácia meramente obrigacional, incumpridas por decisão do

administrador da insolvência. Ora, sendo a suspensão dos negócios em curso um dos efeitos imediatos da declaração de insolvência, certo é que a manutenção dos mesmos depende da decisão do administrador da insolvência. Uma vez tomada a decisão de incumprimento – admitida nos contratos-promessa com eficácia obrigacional, de harmonia com o disposto no artigo 106.º n.º 1 *a contrario* do CIRE – a conclusão deverá ser a de estar afastada a aplicação do art.442.º do CC e com ela a existência de um direito de retenção do beneficiário da promessa. Por sua vez, decidindo o administrador da insolvência cumprir os contratos suspensos, em particular a promessa de compra e venda com eficácia obrigacional, deve a mesma seguir os seus ulteriores termos e regras previstas no CC.

Finalmente, chegado o momento da tomada de decisão, opta o STJ por aderir à tese que concede preferência ao direito de retenção face à hipoteca. Como fundamento da sua decisão, refere este Tribunal que tal como pretendido pelo DL n.º 236/80, de 18 julho e pelo DL n.º 379/86, de 11 de novembro – o direito de retenção a favor dos promitentes-adquirentes tem como razão fundamental *“a proteção destes últimos no mercado da habitação; na verdade constituem a parte mais débil que por via da regra investem no imóvel as suas poupanças e contraem uma dívida de largos anos, estando muito menos protegidos do que o credor hipotecário (normalmente a banca) que dispõe, regra geral, de aconselhamento económico, jurídico e logístico que lhe permite prever com maior segurança os riscos que corre caso por caso e ponderar uma prudente seletividade na concessão de crédito”*. Perante o argumento apresentado pelo Banco, ora Recorrido, de que o direito de retenção se trata de uma garantia “perigosa”, na medida em que é um “direito oculto”, ao contrário da hipoteca sujeita a registo, responde este Tribunal que o direito de retenção, ao implicar a posse de uma coisa e a prática de atos materiais sobre a mesma, é ainda mais visível do que a hipoteca. Acrescenta, ainda, o STJ que, as intenções legislativas de 1980 e de 1986, não foram de desproteção absoluta dos credores hipotecários, visto que a aplicação do art.755.º n.º 1 al. f) do CC se pretende limitada aos casos em que o beneficiário da promessa é um consumidor.

1.3. O contrato-promessa de compra e venda de imóveis no âmbito do CIRE

Quanto ao contrato-promessa de compra e venda de imóveis no regime insolvencial, começa este Tribunal por referir não haver dúvidas que, uma vez declarada a insolvência suspendem-se os efeitos dos negócios não cumpridos, até que o administrador da insolvência opte entre cumprir ou não cumprir tais relações negociais. Na base da sua decisão, teve o STJ, os arts.102.º, 104.º e 106.º, todos do CIRE, em particular o art.106.º, reservado para os contratos-promessa. Contudo, esta instância chama a atenção para o facto de, no normativo referido, não ser tratado o caso específico dos autos – contrato-promessa de compra e venda de imóvel com eficácia meramente obrigacional e com *traditio* da coisa. Perante esta lacuna, decide o STJ apresentar uma solução que uniformize a jurisprudência e que determine qual deve ser a opção do julgador, uma vez verificada uma situação com as mesmas características que as dos autos. Nesse sentido, procede o douto Tribunal à interpretação conjugada dos art.104.º n.º 1 e 106.º n.º 2, ambos do CIRE, concluindo que a tutela do promitente-comprador se justifica pela forte convicção criada no beneficiário da promessa uma vez verificada a entrega da coisa objeto do contrato.

Dos argumentos apresentados pelo STJ, resulta que o administrador da insolvência não pode recusar o cumprimento destas promessas, pois se o fizer estará a despoletar o aparecimento de um direito de retenção do promitente-adquirente, com base no disposto no art.755.º n.º 1 al. f) do CC.

Conclui este Tribunal que o art.106.º n.º 2 CIRE fica reservado para as promessas obrigacionais sem *traditio* da coisa e que optando o administrador da insolvência pelo incumprimento da promessa, o crédito do beneficiário da promessa tem a sua proteção assegurada pelo art.102.º n.º 3 al. c) do CIRE.

1.4. Implicações constitucionais

Em resposta ao argumento apresentado pelo Banco, ora Recorrido, de que a interpretação restritiva do art.755.º n.º 1 al. f) do CC deve ser afastada por violar os princípios da segurança jurídica, da igualdade, da proporcionalidade e da confiança, todos previstos na CRP, responde o STJ quanto a cada um dos referidos princípios.

No que toca ao princípio da igualdade, chama este Tribunal a atenção para a interpretação que deve ser feita do art.13.º da CRP, ou seja, tratar de forma igual o que é igual e de forma diferente o que é diferente. Interpretação essa que explica a necessidade de aplicação do art.755.º n.º 1 al. f) apenas aos consumidores, por serem eles as partes mais “débeis” nos contratos-promessa com fins habitacionais.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, explica o STJ que este deve ser apreciado no caso concreto, tomando em consideração os valores que se pretende tutelar. Tendo neste caso o legislador optado por proteger o promitente-comprador face ao credor hipotecário, por ser esse quem, atendendo aos valores da comunidade, merece maior proteção.

Finalmente, atendendo ao princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica, argumenta o STJ que antes de se constituir a garantia hipotecária, já os art.755.º n.º 1 al. f) e 759.º n.º 2 do CC estavam em vigor, pelo que o Recorrido poderia ter tomado outras medidas para garantia do seu crédito, não podendo invocar qualquer imprevisibilidade. A opção do legislador, refletida nos normativos referidos, evidencia de forma clara, a intenção de proteção da parte mais fraca, fazendo assim cumprir critérios de justa medida, razoabilidade e adequação social.

Expostos os vários pontos focados no presente Acórdão, encontramos-nos em condições de iniciar a nossa dissertação, analisando criticamente o direito de retenção como garantia preferencial.

CAPÍTULO II

EVOLUÇÃO HISTÓRICA

2.1. Breves considerações sobre a evolução histórica do direito de retenção

A origem do direito de retenção remonta à Roma antiga, tendo na sua base a chamada *exceptio doli*, meio utilizado pelos magistrados em socorro daqueles que seriam vítimas da aplicação do *jus strictum*. Procurava-se evitar que o titular da coisa, objeto de reivindicação, pudesse reavê-la sem satisfazer o possuidor de boa-fé dos custos tidos com a mesma, visto que o retentor não dispunha de outro meio para reaver

as despesas que não fosse através da retenção da coisa. Tratava-se de um direito baseado na equidade, que se cingia a uma mera exceção pessoal dilatória.

Importa referir que já nos tempos antigos se fazia depender esta garantia de dois pressupostos essenciais: (i) a posse ou pelo menos a detenção da coisa; e (ii) a existência de um crédito do retentor.

As dúvidas quanto à natureza do *ius retentionis* mantêm-se, uns atribuem-lhe carácter real, outros sustentam o seu carácter pessoal. Contudo, não se discute que este *ius retentionis* era apenas um meio de defesa do retentor, na medida em que não lhe conferia o direito de se fazer pagar preferencialmente com o preço da coisa retida.

Em Portugal esta figura é reconhecida nas Ordenações Filipinas, segundo as quais, aquele que houvesse feito benfeitorias necessárias ou úteis na coisa emprestada, alugada ou arrendada, podia fazer valer perante o titular da coisa o *ius retentionis*.

Até ao CC de 1966, o direito de retenção teve entre nós um carácter excepcional. No Código de Seabra não existia uma divisão especial para esta figura, debatendo-se por isso a natureza jurídica do direito de retenção – *seria este uma verdadeira garantia real, ou pelo contrário, era apenas um forma de constranger o devedor ao cumprimento?* A doutrina diverge, parecendo contudo fazer mais sentido considerar que no CC de 1867 o direito de retenção – previsto apenas em situações concretas estabelecidas na lei – seria um simples meio de autotutela do retentor.

O panorama muda com o CC de 1966, tendo sido criada uma secção própria para o direito de retenção, prevista nos arts.754.º e ss. Sendo hoje inequívoca a qualificação do direito de retenção como um direito real de garantia, deixando de ser visto como um meio de coação no cumprimento de obrigações. A configuração do direito de retenção como um direito real de garantia resulta desde logo do disposto nos arts.758.º e 759.º do CC. Ou seja, com a CC de 1966 o retentor de coisa móvel passou a ser equiparado ao credor pignoratício e o retentor de coisa imóvel ao credor hipotecário¹. Importa referir

¹ O direito de retenção começou por ser visto apenas como um instrumento de autotutela, ou seja, como a faculdade dada ao devedor de não entregar a coisa retida enquanto o credor não cumprisse a sua prestação. Só com o Código de 1966 é que se chegou a conclusão que este direito não devia ser visto apenas como um instrumento de coerção, mas também com uma função de garantia. Não havendo por isso dúvidas na qualificação desta figura como uma verdadeira garantia real.

que VAZ SERRA² propôs no articulado inicial do CC de 1966 três modalidades de direito de retenção:

- (i) pelo crédito resultante de despesas com a coisa;
- (ii) pelo crédito resultante de danos causados pela coisa; e
- (iii) pelo crédito fundado na mesma relação jurídica na qual nasce a obrigação de entrega.

Não obstante, com a segunda revisão do anteprojeto foi retirada a terceira modalidade apresentada por VAZ SERRA, limitando-se o direito de retenção à redação do art.754.º do CC segundo a qual, “*O devedor que disponha de um crédito contra o seu credor goza do direito de retenção se, estando obrigado a entregar a coisa, o seu crédito resultar de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados*”, de onde resulta o carácter geral desta garantia, aplicável sempre que se verifiquem estes pressupostos.

Conclui-se que pela redação do art.754.º do CC, a tese de VAZ SERRA³ – *de simples comunidade de origem de duas obrigações como fonte do direito de retenção* – não teve acolhimento. Ainda que se possa dizer que houve um acolhimento parcial nas situações excepcionais do art.755.º do CC, estas não passam de casos em que a lei consagrou um *numerus clausus* de casos em que o credor goza do direito de retenção. O acolhimento foi parcial, porquanto, pretendia VAZ SERRA, a criação de uma modalidade de direito de retenção obrigacional, ou seja, seria de admitir a existência de um direito de retenção sempre que, utilizando as palavras do Professor, “*duas dívidas se filiam na mesma relação jurídica*”⁴.

Pelo exposto, conclui-se que o direito de retenção é uma figura com “idade avançada”, vinda do tempo da Roma antiga e objeto de grandes alterações ao longo da sua história. Trata-se de uma figura à qual foi acrescentado valor com as alterações legislativas verificadas em 1980 e em 1986, através das quais nasce uma nova situação de direito de retenção no caso do beneficiário de promessa de compra e venda com *traditio rei*. Diplomas que analisaremos mais à frente, especialmente, quando tratarmos do contrato promessa e da prevalência do direito de retenção face à hipoteca.

² “Direito de retenção”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 65, 1957, pp.275 e ss.

³ Cf. obra cit., pp.160 e ss.

⁴ Cf. obra cit., pp.160 e ss.

2.2. Breves considerações sobre a evolução do contrato-promessa no ordenamento jurídico português

Já no Código de Seabra se fazia referência aos contratos-promessa, contudo, estes resumiam-se a promessas recíprocas de compra e venda, de acordo com o disposto no art.1548.º do referido Código. Era este o único artigo que se dedicava a esta figura de utilização corrente nos dias de hoje. Em síntese pode dizer-se que, na versão do CC de 1867 o contrato-promessa se resumia a:

- (i) promessas bilaterais (“*promessa recíproca*”);
- (ii) de mera prestação de facto;
- (iii) com simples eficácia *inter partes*; e cingindo-se, regra,
- (iv) aos contratos-promessa de compra e venda.

Contudo, a frequente utilização deste contrato levou o legislador a consagrar no CC de 1966 um regime geral para este tipo de negócio jurídico, nos arts.410.º a 413.º, 441.º, 442.º e 830.º. Note-se que, na versão inicial do CC a proteção do promitente-comprador era muito reduzida⁵, o que levou, em poucos anos, a uma necessidade de reforma. Vivia-se em Portugal um período de proliferação do mercado habitacional, devido ao regresso de muitas famílias do Ultramar e à falta de habitação que era uma realidade no nosso país⁶. Conforme refere JOÃO CALVÃO SILVA⁷, o panorama económico e social caracterizava-se por um pico na construção de habitação e na subida das taxas de inflação, o que gerou um aumento exponencial de construções clandestinas. Acresce que, os promitentes-vendedores, após entrega de sinal e *traditio* da coisa para os beneficiários das promessas, incumpriam os contratos-promessa, obrigando famílias inteiras a abandonar a imóvel objeto da promessa. Finalmente, após os promitentes-

⁵ Refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, no seu texto, *Da retenção do promitente na venda executiva*, in *Revista da Ordem dos Advogados*: “A reforma de 1980, consolidada pela de 1986, veio, contudo, alterar qualitativamente a situação do promitente-adquirente: este, tendo havido tradição da coisa, é tido como possuidor legítimo. Desde logo, há que lhe reconhecer as defesas possessórias, mesmo contra o próprio dono; o promitente pode recusar a entrega da coisa ao dono, paralisando o pedido da entrega; pode usar de restituição provisória da posse, contra o esbulho violento; pode recorrer aos embargos de terceiro.”, p.552.

⁶ Conforme refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, na sua obra “*Tratado do Direito Civil Português*”, Vol. II, Direito das obrigações, Tomo II, 2010, pp.346 e ss.

⁷ Na sua obra, “Sinal e Contrato-Promessa”, pp.218 e ss.

compradores passarem a habitar o local prometido vender, ocorriam situações de ameaça de incumprimento do contrato-promessa, caso não fosse pago um novo preço estabelecido unilateralmente, por parte dos promitentes-vendedores, preço que, na maioria das vezes, acabava por ser pago pelos promitentes-compradores, que se encontravam numa situação desprotegida e sem outro local onde residir.

Face ao exposto, tornava-se inevitável uma reforma legislativa do regime do contrato-promessa, o que veio a ocorrer com o DL n.º 236/80, de 18 de julho. Pretendia o legislador estabelecer um equilíbrio da posição contratual dos contraentes (em particular dos promitentes-adquirentes), diminuir as construções clandestinas e desmotivar a resolução destes contratos com intuítos especulativos. Para esse efeito, passou a exigir-se o reconhecimento presencial das assinaturas das partes; a licença de utilização e construção; e, no caso das promessas de compra e venda com sinal e *traditio* da coisa, surge, ao lado da perda do sinal ou restituição em dobro, a opção, para os promitentes-adquirentes, pela indemnização equivalente ao valor da coisa no momento do incumprimento. Opção que tem na sua base, o direito de retenção sobre a coisa retida, não deixando este contraente de ter, em alternativa, e em qualquer caso, o direito de recorrer à execução específica. Na sequência desta alteração legislativa surge: (i) o art.410.º n.º 3 do CC; (ii) o direito de retenção do promitente-comprador estabelecido no art.442.º n.º 3 do CC, com preferência face à hipoteca; e (iii) procede-se à alteração do art.830.º do CC, em consequência do reconhecimento da indemnização equivalente ao valor da coisa, objeto do contrato prometido, à data do incumprimento.

No entanto, apesar dos esforços do legislador, a reforma de 1980 gerou críticas generalizadas, entre elas o facto de o art.442.º n.º 2 do CC prever um direito de retenção que tinha sido pensado para as promessas do art.410.º n.º 3 do CC, mas que, por se encontrar previsto numa norma geral se tornou aplicável a qualquer contrato-promessa. Houve ainda quem considerasse que a ampliação do direito de retenção a todas as promessas contribuiu para a existência de conluíus entre os contraentes de forma a defraudar a Banca, visto tratar-se de uma garantia com prevalência face à hipoteca, mesmo que registada anteriormente. Finalmente, existiram ainda, vozes no sentido de considerarem a indemnização por equivalente ao valor da coisa como excessiva, uma vez que podia gerar indemnizações muito superiores aos danos reais.

Face ao exposto, numa tentativa de resposta às objeções apresentadas, surge o DL n.º 379/86, de 11 de novembro⁸. Apesar das expectativas nesta reforma serem grandes, a mesma limitou-se a esclarecer o âmbito de aplicação do direito de retenção resultante de promessa de compra e venda com *traditio* da coisa. Nesse sentido, foi acrescentada a al. f) ao art.755.º n.º 1 do CC, destinada às promessas de compra e venda de edifícios e frações autónomas deles. Apesar desta alteração, o legislador não deixou de aceitar a existência de outras situações de retenção, desde que se mantivesse o fundamento base desta garantia previsto no art.754.º do CC.

CAPÍTULO III

O DIREITO DE RETENÇÃO

COMO GARANTIA PREFERENCIAL

3.1. Em que consiste esta garantia?

O direito de retenção previsto nos art.754.º e ss. do CC, consiste na faculdade de não restituir uma coisa, enquanto o credor dessa restituição não cumprir, por seu turno, a obrigação que tem para com o retentor. Com fundamento nesta garantia é ainda conferido ao retentor, o direito de se fazer pagar preferencialmente pelo valor da coisa retida. Desta definição, e após a análise da evolução histórica do direito de retenção, não restam dúvidas que este se trata de um verdadeiro direito real de garantia, que mesmo que incida sobre imóveis ou móveis equiparados, não dependente de registo^{9 10}. Trata-se

⁸ Como se refere no preâmbulo do DL n.º 379/86, de 11 de novembro: “*Tem de se reconhecer que, na maioria dos casos, a entrega da coisa apenas se verifica com o contrato definitivo. E, quando se produza antes, não há dúvida de que se cria legitimamente, ao beneficiário da promessa, uma confiança mais forte na estabilidade ou concretização do negócio. A boa fé sugere, portanto, que lhe corresponda um acréscimo de segurança.*”.

⁹ A este respeito refere LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, Almedina, 2012: “*O direito de retenção nunca está sujeito a registo, mesmo quando incide sobre bens a ele sujeitos. Apesar dessa não sujeição a registo, goza de uma publicidade específica resultante da posse da coisa pelo retentor, que permite que os outros se apercebam da garantia*”, p.210.

¹⁰ A desnecessidade de registo do direito de retenção resulta também do CRPred., pois não consta do elenco de factos sujeitos a registo, previsto no art.2.º, a necessidade de dar publicidade a esta figura, para que a mesma tenha eficácia *erga omnes*.

de uma garantia “oculta”, que confere ao seu titular uma situação jurídica, na maioria das vezes mais favorável do que aquela que resulta da aquisição de garantias sujeitas a registo, como é o caso da hipoteca.

O direito de retenção apresenta duas funções, a de garantia e a de coerção¹¹. A primeira, consiste na faculdade de o titular do direito de retenção se fazer pagar pelo valor da coisa com preferência face a outros credores, desde que não sejam titulares de privilégio imobiliário especial. A segunda, consiste na faculdade de recusa de entrega da coisa retida, sem incorrer em responsabilidade civil, enquanto o credor da restituição não cumprir a sua obrigação, pressionando desta forma o cumprimento da obrigação em falta.

A título de curiosidade e de complemento a este trabalho, e ainda por não serem raras as situações de confusão entre estes dois institutos, cumpre distinguir o direito de retenção da exceção de não cumprimento. O direito de retenção, ao contrário da exceção de não cumprimento é uma figura de direito real, enquanto a *exceptio* pertence ao direito obrigacional. A exceção de não cumprimento surge no âmbito das relações contratuais sinalagmáticas, e incide sobre qualquer tipo de obrigações, sejam coisas ou prestações de facto. É comum afirmar-se que esta figura apenas se aplica às obrigações contratuais principais, ao contrário do direito de retenção, que tende a ser visto como última *ratio*¹². Este instituto não tem uma função compulsória, mas meramente preventiva. Acrescente-se, ainda, que, a *exceptio* não pode ser afastada mediante a prestação de garantias, proibição que resulta do art.428.º n.º 2 do CC.

¹¹ A função de coerção do direito de retenção parece configurar este direito como uma forma de autotutela, o que, como referimos, foi a fonte desta figura no direito romano. No seu texto, *Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 11, JÚLIO GOMES, chama a atenção, para a desconfiança no instituto do direito de retenção, ao referir que: “A circunstância de o direito de retenção constituir um meio de autotutela explica, por um lado, a desconfiança que este, por vezes, suscita. Ordenamentos houve – como o português quando o Código de Seabra estava em vigor – e há – como o italiano ou o espanhol – em que se adotou um sistema restritivo em que o direito de retenção apenas existia nos casos expressamente previstos na lei, sem que se possa falar propriamente de um princípio geral. (...)a verdade é que o perigo é consideravelmente mitigado pela própria natureza provisória do direito de retenção.”, p.7.

¹² Neste sentido JÚLIO GOMES no seu texto, *Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 11, pp.8 e 9.

Finalmente, a exceção de não cumprimento, visa assegurar que aquele que a invoca só cumpre as suas obrigações nos exatos termos em que se encontra vinculado caso a contraparte também o faça, falando-se por isso numa tutela da condição de devedor. Por sua vez, o direito de retenção enquanto garantia real pode nascer fora de relações contratuais sinalagmáticas e incide, em princípio, apenas sobre coisas. A prova de que este direito de retenção pode surgir fora de relações fonte de obrigações recíprocas encontra-se no art.754.º do CC, de onde resulta que esta garantia real surge em consequência dos danos ou despesas causadas pela coisa retida. Ao contrário da exceção de não cumprimento, o direito de retenção tem uma finalidade compulsória e faz gerar uma prioridade de pagamento perante os outros credores, apresentado por isso eficácia *erga omnes*. Acresce o facto de o direito de retenção poder ser afastado, nos termos do artigo 756.º al. d) do CC., mediante a prestação de caução, facto inadmissível na exceção de não cumprimento.

Respondida a questão objeto deste capítulo, cumpre analisar os pressupostos desta garantia real e distinguir os dois casos de direito de retenção – (os do) art.754.º e (os do) art.755.º, ambos do CC.

3.2. Pressupostos do direito de retenção

Da conjugação dos art.754.º, 755.º e 756.º, todos do CC, resultam os pressupostos necessários para que se verifique o direito de retenção. São eles:

- (i) a posse ou detenção legítima de coisa alheia;
- (ii) apresentar-se o detentor da coisa, simultaneamente, como credor do titular da coisa objeto de retenção;
- (iii) existência de uma conexão direta e material entre a coisa e o direito de crédito, conexão com fonte no art.754.º ou 755.º do CC, e finalmente,
- (iv) não existir afastamento do direito de retenção pela prestação de caução.

Relativamente à coisa objeto de detenção – primeiro pressuposto do direito de retenção – não se colocam grandes dúvidas, sendo este um requisito necessário à existência desta garantia real, que consiste, na faculdade de recusar a entrega de uma **coisa** a outrem. No que respeita à própria **coisa**, entende-se que deve tratar-se de uma

coisa corpórea, penhorável, certa e determinada. Pois só assim haverá obrigação de entrega.

O segundo requisito encontra a sua justificação na função de coerção do direito de retenção e na exigência de equilíbrio na relação jurídica obrigacional. Sem ele o direito de retenção não teria razão de ser. Note-se que, o fundamento deste instituto é precisamente justificar a atuação do detentor – da recusa de entrega de coisa alheia – enquanto a outra parte não cumprir com o que lhe é devido. No entanto, esta atuação do detentor só se encontra justificada se o crédito for exigível e se se tratar de obrigação civil¹³.

Quanto à conexão exigida pelo terceiro requisito, esta pode resultar de despesas tidas com a coisa ou danos por ela causados (754.º do CC) e ainda, dos casos específicos previstos no art.755.º do CC. Fala-se nesta última situação, da necessidade de uma conexão jurídica e não simplesmente material.

Finalmente, quanto à existência ou não de caução, como requisito do direito de retenção, não se justificam grandes esclarecimentos, visto resultar do art.756.º al. d) do CC, a exclusão do direito de retenção “*quando a outra parte preste caução suficiente*”.

Conclui-se assim, que nos casos de direito de retenção com base em despesas ou danos causados pela coisa, o fundamento reside, essencialmente, na teoria do risco e na equidade. Já nos casos do art.755.º do CC, o fundamento reside no facto de os créditos garantidos resultarem da mesma relação jurídica de onde resulta a obrigação de entrega da coisa detida.

¹³ A este respeito, refere CLÁUDIA MADALENO, na sua obra, *A Vulnerabilidade das Garantias Reais - A Hipoteca Voluntária face ao Direito de Retenção e ao Direito de Arrendamento*, que: “(...), as obrigações naturais não são judicialmente exigíveis, correspondendo apenas a um dever de justiça na aceção do artigo 402.º do CC. Porém, como lhes falta a característica da jurisdição no sentido da possibilidade de operar coercivamente o respetivo cumprimento, é lógico que lhes seja igualmente vedado o recurso a mecanismos equivalentes, os quais, da mesma forma, permitem coagir o devedor a cumprir. De facto, apesar da natureza inequívoca de direito real de garantia do direito de retenção, esta caracterização em nada é afetada pelo facto de ser também um meio de pressão contra o devedor que se encontra direcionado para que este cumpra a obrigação.”, p.122.

3.3. Caso especial do art.755.º n.º 1 al. f) do Código Civil.

Resulta do art.755.º n.º 1 al. f) a atribuição de um direito de retenção “(...)ao beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a *traditio* da coisa a que se refere o contrato prometido, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do art.442.º do CC”. Inicialmente este direito de retenção encontrava-se previsto no art.442.º n.º 3 do CC, só com a reforma de 1986, é que a localização sistemática desta garantia foi alterada, passando a estar prevista na al. f) do n.º 1 do art.755.º do CC.

Note-se que, para que surja este direito de retenção torna-se necessário preencher certos pressupostos, tais como:

- (i) *traditio* da coisa objeto do contrato prometido;
- (ii) não cumprimento imputável ao promitente-alienante; e
- (iii) nascimento do crédito do promitente-adquirente, em virtude do incumprimento da promessa.

Antes de mais cumpre analisar o que se entende por *traditio* da coisa objeto do contrato-promessa, mais concretamente se se exige uma simples *tradição simbólica* ou, se ao invés, terá de ocorrer um *tradição material* da coisa. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO¹⁴ distingue a *tradição simbólica* da *tradição material*. Segundo o Autor, a primeira opera através de um ato ou de um objeto que simboliza a entrega da coisa que se pretende transferir (ex. entrega das chaves do imóvel prometido vender), ao passo que, a *tradição material*, implica uma atividade exterior que se traduz em atos de entrega e de recebimento, que levam a um controlo material da coisa traditada (ex. ato físico de entrega do imóvel prometido vender pelo promitente-vendedor ao promitente-comprador). O art.755.º n.º 1 al. f) do CC não determina qual o tipo de tradição – *simbólica* ou *material* – exigível para que se verifique o direito de retenção. Antes pelo contrário, esta disposição limita-se apenas a exigir a existência de tradição da coisa objeto do contrato-promessa. É contudo duvidosa a solução de saber se a tradição a que se refere o art.755.º n.º 1 al. f) do CC apenas inclui o conceito de *tradição material*, ou

¹⁴ Na sua obra “A Posse: Perspetivas Dogmáticas Atuais”, pp. 107 a 108.

se admite também a simples *tradição simbólica*. Refere JOSÉ LEBRE DE FREITAS¹⁵ que, “A favor duma interpretação restritiva, pode dizer-se, com apelo à razão da concessão do direito de retenção ao promitente comprador, que a tutela deste repousa na aparência, semelhante à criada no caso do penhor (art.669 CC), resultante da prática efectiva de actos materiais correspondentes ao exercício do direito de propriedade por parte do promitente adquirente. E pode ainda argumentar-se com o que se passa nos outros casos de direito de retenção, dos quais se pode retirar que este incide sempre sobre uma coisa que está na detenção ou posse material do credor que se trata de garantir (...), refere ainda este Autor, “Mas, em sentido contrário, argumentar-se-á, não só com a letra dos art.442-2 CC e 755-1-f CC, que não distinguem entre as duas formas de tradição, mas também com o reforço da expectativa criada, quanto ao cumprimento do negócio, no promitente comprador (...). Conclui o Autor que, apesar dos fortes argumentos que podem ser apresentados como defesa de qualquer uma das posições, o carácter gravoso do direito de retenção implica a limitação dessa garantia aos casos de *tradição material* e/ou aos casos de *tradição simbólica* seguida de atos de efetiva apreensão material.

Somos da opinião que, apesar de a letra da lei não distinguir os dois tipos de tradição, não se pode aceitar que a simples entrega da chave de um automóvel ou de um imóvel, na sequência da celebração de um contrato-promessa, confirmam ao promitente-comprador a faculdade de se poder fazer pagar pelo valor da coisa detida, ou de se opor à entrega da mesma, perante o verdadeiro titular da coisa. Conforme resulta do próprio conceito de direito de retenção, esta garantia consiste na faculdade de não entregar a coisa, enquanto a contraparte, não cumprir o contrato-promessa, ou pelo menos, não ressarcir o promitente-comprador dos danos sofridos com o seu incumprimento. Pelo que somos levados a concluir que, o direito de retenção previsto no art.755.º n.º 1 al. f) do CC, exige a detenção material da coisa objeto do contrato, ou pelo menos a prática de atos de apreensão material sobre a coisa prometida vender.

Resolvida a questão do conceito de tradição prevista no art.755.º n.º 1 al. f) do CC, cumpre esclarecer se uma vez transferida a coisa objeto do contrato, se o promitente-comprador adquire a posse da coisa, e se essa posse, configura uma caso de posse em

¹⁵ Ponto 4 (“*Tradição material ou também tradição simbólica*”) do texto de JOSÉ LEBRE DE FREITAS “*Sobre a prevalência, no apenso de reclamação de créditos, do direito de retenção reconhecido por sentença*”, in *Revista da Ordem do Advogados*.

nome próprio, ou de posse em nome de outrem. O conceito de posse resulta do art.1251.º do CC, segundo o qual, a posse “*é o poder que se manifesta quando alguém atua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real*”. Contudo, ensinam-nos PIRES LIMA e ANTUNES VARELA¹⁶, que o conceito de posse no Código Civil português segue uma conceção subjetiva, pelo que o art.1251.º do CC deve ser lido em conjunto com o art.1253.º n.º 1 al. a) do CC. Neste sentido, a posse apresenta dois elementos – o *corpus*¹⁷ e o *animus* – não bastando a simples atuação de facto, mas antes que o possuidor atue com a intenção de exercer sobre a coisa um direito real.

Face ao exposto cumpre determinar se a entrega antecipada da coisa objeto do contrato-promessa, confere ao promitente-comprador a posse da coisa traditada.

A resposta a esta questão apresenta divergências na doutrina, desde logo por se confundir a tradição da coisa com o direito de retenção – situações que se verificam em momentos diferentes da relação contratual. A tradição da coisa, dá-se com a celebração do contrato-promessa e por acordo entre as partes, desta não resulta, de imediato, a constituição do direito de retenção previsto no art.755.º n.º 1 al. f) do CC. Antes pelo contrário, o *ius retentiones* nasce na sequência do incumprimento da promessa celebrada entre as partes e como garantia da posição do promitente-comprador. O que significa poder haver tradição da coisa, sem existir direito de retenção, pelo que a questão da posse é resolvida de forma distinta em cada um destes momentos. O mesmo entendimento é seguido por JOSÉ LEBRE DE FREITAS¹⁸, para quem a entrega antecipada da coisa prometida constitui um caso de posse em nome alheio ou mera detenção, ao passo que, “*verificado o incumprimento definitivo do promitente vendedor e optando o promitente comprador pela resolução do contrato e conseqüente indemnização, a posse do promitente comprador se mantém apenas com base no direito*

¹⁶ Cf. obra cit. anotação ao artigo 1251.º pp. 1 e ss

¹⁷ Cf. anotação ao artigo 1251.º, por *corpus* entende-se “*A atuação de facto correspondente ao exercício do direito, por parte do possuidor*”, sendo este o elemento objetivo da posse. Contudo, tendo em consideração a antiga disputa doutrinal entre Savigny e Jhering, que continua a dividir a doutrina, ao lado do elemento objetivo (*corpus*) deve estar o *animus*, ou seja, a intenção do possuidor de agir como beneficiário do direito. Apesar do elemento subjetivo da posse não resultar diretamente do preceito que a define (art.1251.º do CC), da leitura conjunta desta disposição com o artigo 1253.º n.º 1 al. a) do CC, resulta que a conceção adotada no nosso ordenamento jurídico foi a tese subjetivista, p.5.

¹⁸ Cf. obra cit., Ponto 3 (“*Porquê só a tradição na posse constitutiva do direito de retenção*”).

de retenção, isto é no direito real de garantia que, tal como o penhor, confere ao seu titular uma posse em nome próprio". Refere ANA PRATA¹⁹, que a entrega antecipada da coisa é um ato complexo, devendo ser interpretada a vontade das partes expressa no objeto do contrato-promessa e na cláusula em que se tenha previsto a prévia tradição da coisa. Assim sendo, uma vez celebrado um contrato-promessa com eficácia real entre as partes, a antecipação da entrega da coisa confere, em regra, ao beneficiário da promessa, a posse da mesma. Pelo contrário, quando a *traditio* da coisa se apresenta como um mero ato de tolerância ou de entrega precária – o que se verifica, em regra, nas promessas com eficácia obrigacional – a tradição antecipada da coisa não tem como efeito a aquisição da posse, mas uma mera detenção. Em sentido contrário, PIRES LIMA e ANTUNES VARELA²⁰, entendem que o contrato-promessa, só por si, não transmitem a posse da coisa para o promitente-comprador, uma vez que não se adquire o *animus possidendi*, mas simplesmente o *corpus* possessório.

Com efeito, e apesar das divergências doutrinárias, entendemos que a resposta à questão colocada só pode ser dada interpretando a vontade das partes e consoante exista ou não incumprimento do contrato-promessa. Mais concretamente, não podemos aceitar que exista uma situação de posse em nome próprio, com a simples tradição antecipada da coisa. Pelo contrário, nesta fase da relação contratual as partes convencionam a entrega da coisa apenas por facilidade prática e não com a intenção de transferir a posse (no caso do promitente-vendedor) ou de adquirir a posse (no caso do promitente-comprador). Nesta fase inicial, as partes convencionam uma futura aquisição da posse, consolidada com a disponibilidade da coisa. No entanto, nascido o direito de retenção na esfera jurídica do promitente-adquirente, a situação apresenta-se diferente. Apesar de estarmos perante um direito real de garantia – em princípio, e no entendimento de PIRES LIMA e ANTUNES VARELA²¹, insusceptível de posse – não nos choca que, interpretando a vontade das partes e a atuação do retentor, possa, em casos excepcionais²², existir uma situação de posse (no mínimo formal²³).

¹⁹ Na sua obra “*Contrato-Promessa e o seu Regime Civil*”, pp.830 e ss.

²⁰ Cf. obra cit., p.6.

²¹ Cf. obra cit., pp. 6 e 7.

²² Neste sentido, acórdão do STJ de 18/12/2007, processo n.º 07B4123, “(...)Embora a *traditio* não seja um elemento essencial do contrato-promessa, muitas vezes a celebração do contrato é acompanhada da tradição da coisa objecto desse contrato.

Para um melhor esclarecimento, importa refletir sobre o conceito de posse previsto no art.1251.º do CC. Mais concretamente, saber se o conceito de posse inclui, tanto a posse de direitos reais de gozo, como a posse de direito reais de garantia.

Se considerarmos, que o conceito de posse do art.1251.º do CC apenas inclui o conceito de direitos reais de gozo, não podemos deixar de concluir que, havendo posse no direito de retenção, trata-se de uma simples posse formal, a qual não pode deixar de ceder perante a titularidade do direito. Pelo contrário, se interpretarmos o conceito de posse numa aceção ampla, e portanto, incluindo tanto direitos reais de gozo, como direitos reais de garantia, a resposta ao tipo de posse do titular do direito de retenção, não poderá deixar de ser, a de se tratar de uma posse causal, por implicar a titularidade de um direito real de garantia. Contudo, não seguimos este entendimento, somos antes da opinião que o conceito de posse, previsto no art.1251.º do CC, apenas inclui a categoria de direitos reais de gozo. Nesse sentido, vai também LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, para quem, *“Enquanto direito real, a posse pertence à categoria dos direitos de gozo, porquanto no conjunto de faculdades reconhecidas ao seu titular se*

Mas devido à natureza deste contrato, a detenção da coisa por força do contrato não poderá originar uma situação de pura posse, com a presença e amplitude de todos os seus elementos. O promitente-comprador não exerce, normalmente, uma verdadeira posse, mas a mera detenção ou posse precária da coisa. É que o direito pessoal de gozo que a traditio confere ao promitente-comprador assenta na expectativa da alienação prometida e está limitado por essa situação (7). Embora nada impeça que o promitente-comprador se comporte como se dono fosse da coisa objecto do contrato, considerando segura a celebração do contrato prometido e assim pratique actos possessórios em nome próprio. É que o direito real de garantia, que é o direito de retenção atribuído ao beneficiário da transmissão que obteve a tradição da coisa, mais do que atribuir ao seu titular o poder de praticar actos de uso e fruição da coisa, confere-lhe o direito a não abrir mão dessa coisa enquanto não se extinguir o seu crédito.(...)”. E ainda, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08/05/2008, processo n.º 1331/2008-6, segundo o qual: *“IV – É juridicamente possível e admissível que, no âmbito de um contrato-promessa, em que houve, paralelamente, tradição da coisa e desde que verificadas determinadas circunstâncias, que indiciem, suficientemente, esse propósito e realidade, o promitente-comprador exerça poderes de facto sobre o bem em causa (“corpus”) com o “animus” correspondente ao direito de propriedade ou a outro direito real menor (que se presume, nos termos do artigo 1268.º, número1 do Código Civil), posse essa, em nome próprio, que, desde que desenvolvida pública, pacificamente e pelo período de tempo legalmente imposto, é susceptível de consubstanciar a prescrição aquisitiva da coisa possuída, passando o respectivo possuidor ou os seus sucessores a serem titulares, em termos originários, do direito real em questão.”*

²³ Nesse sentido, vai também, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, em obra cit., pp.283 e ss.

*compreende o uso e a fruição. De resto, assente a sua qualificação como direito real, quanto à sua integração na aludida categoria não se colocam dúvidas atendíveis. Também aqui a lei fornece várias pistas, quer quando coloca a posse ao lado dos direitos reais de gozo, quer ainda quando, em sede de usucapião, no artº 1287.º, se refere à posse do direito de propriedade e de outros direitos reais de gozo.*²⁴”

Assim sendo, e conforme já foi esclarecido, não se pode duvidar, que havendo posse no direito de retenção, a posse da coisa não é acompanhada do direito, pelo que não pode deixar de ser qualificada como mera posse formal. Contudo, e visto que a conceção de posse no nosso ordenamento jurídico é subjetiva (incluindo o elemento *corpus* e o elemento *animus*), não podemos deixar de referir que a regra, é a de que tanto a *traditio*, como o direito de retenção, não conferem ao promitente-adquirente a posse da coisa objeto do contrato. Falta, em qualquer uma das situações, o elemento *animus* da posse. Mais concretamente, não pode aceitar-se que o promitente-comprador atue sobre a coisa, com o *animus possidendi*, uma vez que, não decorre do contrato-promessa a transmissão de propriedade, mas apenas o direito de crédito de celebração futura do contrato prometido, momento em que a propriedade se transfere para o comprador.

Esclarecido o conceito de *traditio* e de posse, importa refletir sobre o âmbito de aplicação de direito de retenção especial.

Ao ter sido deslocada esta garantia do art.442.º para o art.755.º n.º 1 al. f), ambos do CC, com a reforma de 86, o legislador demonstrou que – apesar de este direito de retenção ter surgido ligado a promessas com fins habitacionais, em regra sinalizadas – a sua colocação nos casos especiais do art.755.º do CC, prova a intenção de atribuir carácter geral a esta garantia. Parece-nos que, resulta da *ratio* deste preceito a intenção de reconhecer o direito de retenção, sempre que se verifique a *traditio* da coisa prometida alienar, tomando em consideração o conceito de tradição exposto *supra*. Independentemente de essa tradição ter resultado de promessa bilateral ou unilateral, sinalizada ou não sinalizada e de promessa com fins habitacionais ou outros fins admitidos pelo Direito²⁵. Aquilo que se pretende com o direito de retenção, como temos

²⁴ Cf. obra citada, p.286.

²⁵ Conforme resulta do preâmbulo do DL n.º 379/86, de 11 de novembro, “*Pensou-se diretamente no contrato-promessa de compra e venda de edifícios ou de frações autónomas deles. Nenhum motivo se justifica, todavia, a que este instituto se confine a tão estreitos limites*”

vindo a observar, é conferir ao seu titular a faculdade de recusa lícita da entrega de coisa alheia, enquanto a outra parte – dona da coisa – não cumprir a sua obrigação. A função compulsória foi a gênese do direito de retenção e não deve deixar de ser atendida em qualquer situação em que se reconheça este direito real de garantia. Assim sendo, e tomando em consideração os últimos pressupostos desta garantia – *não cumprimento imputável à outra parte e crédito do promitente-adquirente em virtude do incumprimento da promessa* – é devido à função coerciva do direito de retenção, que não se compreende a doutrina que exige a verificação de incumprimento definitivo para que se possa reconhecer o *ius retentiones*. Se são funções do direito de retenção – a de garantia e a de coerção – que sentido faz, exigir que se verifique o incumprimento definitivo como fundamento deste direito, se o que se pretende é coagir o promitente faltoso ao cumprimento da sua obrigação. Ao exigir-se incumprimento definitivo, como pressuposto do direito de retenção previsto no art.755.º n.º 1 al. f) do CC, defrauda-se a eficácia compulsória desta garantia.

Tomando por base os fins do direito de retenção – em especial a função compulsória – não podemos aderir à tese segundo a qual, o direito de retenção visa garantir apenas o crédito resultante do valor da coisa à data do incumprimento. Somos da opinião que, este direito de retenção deve ser admitido como “*(...)crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do art.442.º*”. A remissão para o art.442.º do CC torna óbvia a intenção do legislador de estender esta garantia real a qualquer incumprimento da contraparte. A desnecessidade de incumprimento definitivo resulta da própria letra da lei, segundo a qual “*(...)se o contraente não faltoso optar pelo aumento do valor da coisa ou do direito, como se estabelece no número anterior, pode a outra parte opor-se ao exercício dessa faculdade, oferecendo-se para cumprir a promessa, salvo o disposto no artigo 808.º*” (cf. art.442.º n.º 3 do CC). Daqui resulta que, se o contraente faltoso – promitente-vendedor – tem a faculdade de se opor ao pedido de indemnização com fundamento no direito de retenção, isso significa que o exercício do direito de retenção pode verificar-se em situações de simples mora. Pois, se é dada a faculdade de o promitente faltoso se oferecer para cumprir a promessa, daí resulta a inexistência de um situação de incumprimento definitivo. A lei é clara no sentido de conferir a possibilidade de indemnização pelo valor da coisa, com fundamento na *traditio rei*, em casos de simples mora, visto pretender-se compelir o contraente faltoso a cumprir o contrato-promessa. Assim sendo, conclui-se que do

conceito de direito de retenção, o que resulta é a necessidade de *traditio rei*. A existência de sinal, de cumprimento definitivo ou de simples mora, não fazem parte do conteúdo desse direito, nem estiveram na base do seu reconhecimento.

Sabemos, que em princípio, a existência de sinal vale como “*convenção em contrário*” à execução específica, só assim não sendo nos casos do art.410.º n.º 3 do CC, em que o recurso a essa faculdade é imperativo. Há que ter em consideração, que nem sempre as partes estipulam a entrega de sinal, por esse não ser um requisito formal para a celebração de um contrato-promessa. Assim sendo, havendo *traditio* da coisa, deve ser admitida a existência do direito de retenção, seja qual for a forma e o tipo de promessa celebrada entre as partes. Quem interprete restritivamente o art.755.º n.º 1 al. f) do CC – restringindo-o a promessas com fins habitacionais – esquece-se que essa é uma situação em que a execução específica tem carácter imperativo, independentemente da existência ou não de sinal.²⁶

Em conclusão, e defendendo uma interpretação ampla deste preceito, deve concluir-se, que da epígrafe do art.755.º do CC – “*casos especiais*” – resultam situações que se encontram fora dos pressupostos do art.754.º do CC, ou seja, casos em que, a conexão entre o crédito e a coisa, não resultam de despesas ou de danos causados pela mesma. No caso particular da al. f), do n.º 1 do art.755.º do CC, o legislador não faz qualquer restrição, simplesmente remetendo para o art.442.º do CC e para os casos aí previstos. Trata-se de um direito que visa garantir um crédito resultante do incumprimento do promitente-alienante. A intenção deste preceito foi precisamente a de proteger o promitente-adquirente – regra a parte mais débil da relação – e que mediante a *traditio* da coisa objeto do contrato, cria uma forte expectativa no cumprimento da promessa. Foi com base nessa confiança justificada que se reconheceu este direito de retenção, pois sem esta alínea os promitentes-adquirentes, que tivessem obtido a tradição da coisa, ver-se-iam desprotegidos, caso não tivessem realizado despesas na coisa, ou

²⁶ Seguem esta tese ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, em “*O novo regime do contrato-promessa*”, in *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 306, p.41, e CLÁUDIA MADALENO. Refere esta última, em obra cit., “ (...) o direito de retenção existe para garantir todo e qualquer direito de crédito derivado do incumprimento da promessa, e, nomeadamente: 1) Direito de crédito resultante do direito ao sinal em dobro; 2) Direito de crédito resultante do direito ao “valor da coisa” ou à indemnização atualizada; 3) Direito de crédito resultante do direito de execução específica; 4) Direito de crédito resultante de quaisquer outras indemnizações alternativas que derivem ainda do incumprimento da promessa. ”, pp.164 e ss.

sofrido danos causados pela mesma. A situação do beneficiário da promessa não era protegida em nenhum dos outros casos especiais do art.755.º do CC, o que significava que, havendo incumprimento do promitente-alienante, o promitente-adquirente apenas tinha direito a uma quantia correspondente ao dobro do sinal, caso se tivesse convencionado a entrega de uma quantia pecuniária ou de outra coisa fungível ou infungível. O promitente-comprador encontrava-se numa situação de completa desproteção, correndo o risco de não receber qualquer indemnização, por estar obrigado a restituir a coisa objeto do contrato, única garantia da sua posição.

Pelo exposto, dúvidas não se colocam sobre os fundamentos que estiveram na base da criação al. f) do n.º 1 do art.755.º do CC, fundamentos que não pretenderam limitar o direito de retenção, mas antes, reconhecer a existência deste direito sempre que o beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real tenha obtido a *traditio rei* e se verifique o incumprimento da contraparte.

3.4. O direito de retenção e a hipoteca

No presente capítulo propomo-nos apresentar a problemática da prevalência do direito de retenção face à hipoteca, mesmo que anteriormente registada.

Em primeiro lugar, cumpre chamar a atenção que as questões que serão aqui objeto de debate, apenas surgiram após as reformas de 1980 e 1986, apesar de o art.759.º n.º 2 já existir no CC de 1966.

Importa também referir que, ao contrário do que se verifica no Código Civil atual – principalmente após as reformas de 80 e de 86 – existia no Código de Seabra uma preocupação de não “asfixiar” a garantia hipotecária. Prova disso, era o art.1014.º do Código de 1867, segundo o qual, “*Quando concorrerem diversos credores por despesas feitas para a conservação da cousa, na conformidade do n.º 2 do artigo 887.º, se a importância total dos créditos de todos exceder o valor da quinta parte, a que se refere o mencionado numero, a quantia, que se deve pagar por essas despesas, será rateada por todos, na devida proporção, e pelo resto que deixar de lhes ser pago serão credores comuns.*” Daqui resulta, que a satisfação do crédito do retentor se encontrava limitada quantitativamente e qualitativamente, ou seja, o rateio entre os credores era feito na devida proporção sempre que excedesse a quinta parte do total da importância devida e a limitação do montante do crédito apenas se verificava, quando a fonte desse crédito

fossem despesas tidas com a coisa. Tratava-se de um direito de retenção com cariz obrigacional.

O CC de 1966 já previa o art.759.º n.º 2, segundo o qual, o direito de retenção sobre coisa imóvel prevalece sobre a hipoteca, ainda que registada anteriormente. A consagração desta prevalência surge como uma exceção ao princípio *prior in tempore prior in iure*, exceção aceite no art.689.º do CC, segundo o qual, o credor hipotecário goza do direito de ser pago com preferência sobre os demais credores, desde que estes, não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo. Até aqui, nenhuma dificuldade se coloca, as críticas surgem com o aparecimento da al. f) do n.º 1 do art.755.º do CC, pois, até às reformas de 1980 e 1986 a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca registada anteriormente, justificava-se pela necessidade de evitar o locupletamento injustificado do credor hipotecário às custas do retentor da coisa. Ou seja, as situações de exceção ao princípio da prioridade de registo verificavam-se, essencialmente, nos casos do art.754.º do CC, o que não chocava a doutrina e a jurisprudência²⁷. As situações do art.755.º, em princípio, também não colocavam problemas visto tratarem-se de situações especiais que surgiam em sede de retenção de coisas móveis e portanto, sujeitas ao art.758.º do CC.

Conforme *supra* referido, foram intenções das reformas de 80 e de 86, acudir os promitentes-adquirentes, face às inseguranças que se faziam sentir e aos constantes “abalos” das suas expectativas na aquisição do bem prometido vender. Foi esta a intenção que fez nascer a tão célebre al. f) do n.º 1, do art.755.º do CC, que veio tutelar o beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a *traditio* da coisa a que se refere o contrato prometido. É com o nascimento deste caso especial de direito de retenção que, a “super” garantia hipotecária perde a sua posição de rainha das garantias reais.

²⁷ Cfr. obra cit., resulta da anotação ao art.755.º do CC que “A atribuição de um direito de retenção sobre coisa imóvel e a sua prevalência sobre garantias hipotecárias anteriormente registadas compreendem-se apenas naqueles casos em que o direito de retenção é conferido para assegurar o reembolso de despesas feitas com o imóvel, que contribuiram para o conservar ou aumentar o respetivo valor. (...). São precisamente situações desta índole as que o legislador do Código Civil teve em vista no artigo 754.º e, de um modo geral, nas alíneas do artigo 755.º suscetíveis de aplicação a coisas imóveis. O direito de retenção não só não é injusto, como evita que o credor hipotecário se locuplete à custa do terceiro que realizou despesas (de gestão, de conservação ou de melhoramento) com a coisa hipotecada.”, pp.776 e ss.

Resulta da conjugação dos art.759.º n.º 2 e 755.º n.º 1 al. f), ambos do CC, que o beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real, que tenha obtido a tradição da coisa, deve ser pago com prevalência sob o credor hipotecário, mesmo que a hipoteca se encontre registada anteriormente. Face ao exposto, é possível concluir que, com art.755.º n.º 1 al. f) do CC foi posta em causa uma das principais garantias das instituições de crédito, que passaram a estar numa situação de fragilidade e incerteza quanto à satisfação do seu crédito. Como é do conhecimento geral, os bancos – principais instituições financeiras – quando constituem uma hipoteca estão obrigados ao registo da mesma²⁸ como forma de dar publicidade²⁹ à sua situação jurídica e na expectativa de verem a sua posição tutelada. Ora, com a criação deste direito especial de retenção, foram abaladas as garantias que o registo da hipoteca visava tutelar, na medida em que, o credor hipotecário não está em condições de proibir a celebração de promessas por parte do seu devedor, vendo-se com isso sujeito ao risco de um terceiro retentor do bem hipotecado ser pago com prevalência, mesmo que a *traditio* se tenha verificado após o registo da hipoteca. Como argumentos contra esta prevalência têm sido apresentados: (i) a criação de dificuldades na concessão de crédito à habitação e o seu encarecimento; (ii) a propensão para a existência de conluíus entre os devedores hipotecários e terceiros, que passam a simular promessas de transmissão ou constituição de direitos reais sobre os imóveis hipotecados, com *traditio* dos mesmos, de forma a criarem um direito de retenção sobre o imóvel e desse modo, evitar o pagamento do crédito hipotecário, e finalmente, (iii) a criação de incongruências legislativas.

Quanto a este último argumento, têm sido referidas as seguintes situações:

- (i) a do promitente-adquirente com tradição da coisa *versus* o adquirente da coisa³⁰;

²⁸ Conforme resulta do art.2.º do CRPred., segundo o qual “ 1-*Estão sujeito a registo: h) A hipoteca, a sua cessão ou modificação, a cessão do grau de prioridade do respetivo registo e a consignação de rendimentos;*

²⁹ Cfr. refere LUÍS CARVALHO FERNANDES em obra cit., “*Nos termos do art.º 1.º do CRPre., a função essencial do registo predial é a de «da publicidade à situação jurídica dos prédios»; através dela realiza-se o fim a que o registo predial primariamente está votado: «a segurança do comércio jurídico imobiliário», segundo consta do mesmo preceito.*”, p.100.

³⁰ Cfr. refere CLÁUDIA MADALENO, em obra cit., a prevalência do direito de retenção do promitente adquirente que obteve a *traditio* da coisa, face o adquirente da coisa, é prova dos riscos que resultam da prevalência deste direito face à hipoteca anteriormente registada. Enquanto que na primeira

(ii) a do promitente-adquirente num contrato-promessa com simples eficácia obrigacional e com *traditio* da coisa *versus* a do promitente-adquirente de promessa real³¹; e

(iii) a do promitente-adquirente com tradição da coisa *versus* o promitente-adquirente com eficácia real anterior à tradição³².

Ora, se é verdade que, o que o legislador de 1986 visou proteger a parte mais frágil das relações contratuais – o particular-consumidor – não deixa de ser menos verdade de que se “esqueceu” que as consequências da sua alteração legislativa não têm apenas efeitos perante as instituições de crédito, como também perante outros promitente-adquirentes e, até mesmo, perante verdadeiros titulares do direito de propriedade. Quanto a estes últimos, o que se verifica é que sendo particulares, e em princípio

situação (beneficiário da promessa), estamos perante uma simples expectativa de aquisição. No segundo caso (adquirente), existe um efetivo direito sobre a coisa adquirida, mais concretamente, um direito de propriedade de coisa onerada com uma hipoteca. Contudo, por existir um direito especial de retenção resulta que, aquele que compra a coisa hipotecada dispõe de menos meios de tutela do seu direito do que o simples promitente-adquirente, que pode já invocar face a um credor hipotecário a sua posição de prevalência, pp.185 e ss.

³¹ Quanto à situação do promitente-adquirente num contrato-promessa com simples eficácia obrigacional e com *traditio* da coisa e a do promitente-adquirente de promessa real, refere ainda CLÁUDIA MADALENO, em obra cit., que apesar de ser atribuída eficácia *erga omnes* a uma promessa, isso não significa, por estranho que parece, que o beneficiário dessa promessa se encontra numa posição de superioridade. Pois, resulta da prevalência do direito de retenção do art.755.º n.º 1 al. f) do CC que o beneficiário de promessa com *traditio* da coisa e sem eficácia real pode fazer valer perante o credor hipotecário o seu direito real de garantia. Pelo contrário, aquele que escolhe dar publicidade à promessa que celebrou, mas que não obteve a tradição da coisa, perante um credor hipotecário não pode invocar qualquer posição sujeitando-se a ficar sem o bem prometido vender. Ironicamente, a promessa com *traditio* e sem eficácia real apresenta-se como mais vantajosa do que a promessa real, pp.185 e ss.

³² Finalmente, quanto ao promitente-adquirente com tradição da coisa *versus* promitente adquirente com eficácia real anterior à *traditio*, a lógica será a de prevalência do direito de retenção. Cfr. refere CLÁUDIA MADALENO, em obra cit., estamos neste caso perante outra situação em que a posição jurídica que aparentemente seria a mais forte – a do promitente-adquirente num contrato-promessa com eficácia real – acaba por se revelar a mais frágil. Ou seja, uma vez confrontado com um credor hipotecário, titular de hipoteca registada anteriormente, este beneficiário da promessa nada pode fazer. Por sua vez, aquele que se apresentaria com uma posição mais frágil – o promitente adquirente num contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional, mas com *traditio* da coisa – apresenta-se numa situação de superioridade, visto poder este beneficiário invocar perante um credor hipotecário com hipoteca registada anteriormente, o seu direito de retenção, pp. 185 e ss.

também consumidores, a verdade é que os beneficiários de promessas com *traditio* da coisa – titulares de um direito especial de retenção – ficam colocados numa posição que gera perante aqueles situações de injustiça que nos parecem inadmissíveis e que põem em causa a envolvente económica e social que esteve na base da criação desta garantia especial.

Não nos choca que o beneficiário da promessa com *traditio* da coisa se encontre face ao credor hipotecário com hipoteca registada anterior, numa situação de prevalência, visto estarmos a falar de profissionais, que conhecem os riscos da sua atividade e que têm ao seu dispor meios de controlo da credibilidade financeira dos devedores e outras garantias que podem impor. Com o surgimento das obrigações hipotecárias, previstas no DL n.º 125/90, de 16 abril (recentemente alterado pelo DL n.º 59/2006, de 20 de março), os credores hipotecários viram nascer um novo instrumento financeiro que lhes permite, nas palavras de PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE³³, “«negociar» a sua hipoteca, vendendo títulos que representam parte ou a totalidade do valor do bem hipotecado”. Não faltam instrumentos que visem titular a posição dos credores hipotecários face aos beneficiários de promessas titulares de direitos de retenção. Contudo, ao atribuir-se tal extraordinária garantia, fundamentada pela simples detenção da coisa objeto da promessa, criam-se situações de injustiça perante outros particulares que não podem ficar esquecidos.

Posto isto, a forma de ultrapassar os riscos resultantes da conciliação dos art.759.º n.º 2 e 755.º n.º 1 al. f), ambos do CC, é seguir a interpretação teleológica que esteve na base do n.º 2 do art.759.º. Ou seja, haverá prevalência do direito de retenção face à hipoteca registada anteriormente, apenas nos casos de despesas tidas com a coisa, de forma a evitar situações de enriquecimento injustificado dos credores hipotecários.

Há ainda quem adote uma interpretação restritiva do art.755.º n.º 1 al. f), como forma de minorar os efeitos do art.759.º n.º 2 do CC. Seguem esta tese, embora com fundamentos diferentes, MENEZES LEITÃO³⁴ e L. PESTANA VASCONCELOS³⁵. Para o primeiro, a existência de sinal é pressuposto necessário para que possa existir o direito de retenção especial do art.755.º n.º 1 al. f), fora esses casos, o que se verifica é uma simples tolerância que não justifica uma garantia real. Contra esta tese, refere

³³ Na obra “*Garantias de Cumprimento*”, p.204.

³⁴ LUÍS MENEZES LEITÃO, in *Direito das Obrigações*, pp.251 e ss.

³⁵ L. MIGUEL VASCONCELOS, in *Direito das Garantias*, pp.371 e ss.

CLÁUDIA MADALENO que, “ (...) a existência ou não de sinal não implica quaisquer consequências para o direito de retenção, que ao invés, se funda no contacto material existente entre o detentor e a própria coisa, sendo independente quer da pessoa que a tenha entregue quer ainda de outros aspetos acessórios, tais como o acordo de sinal no contrato-promessa. Assim, consideramos que da referência ao artigo 442.º não pode derivar a restrição do direito de retenção aos casos em que seja acordado um sinal no âmbito do contrato-promessa, do qual não resulta qualquer consequência prática para este direito.³⁶”. Para o segundo, L. PESTANA VASCONCELOS³⁷, o direito de retenção previsto no art.755.º n.º 1 al. f), só é reconhecido quando o promitente-comprador tenha a qualidade de consumidor³⁸. Refira-se ainda a posição de CARLOS PEREIRA DE ABREU³⁹, para quem a forma de evitar os riscos resultantes da conciliação artigos 759.º n.º 2 e 755.º n.º 1 al. f) do CC, é considerar que a lei quis impor uma condição para o exercício deste direito especial de retenção quando conjugado com a hipoteca registada anteriormente, impondo ao titular do direito de retenção a iniciativa de execução, ou seja, “*recaindo o direito de retenção sobre coisa imóvel, o respetivo titular...tem a faculdade de a executar.*” “*o direito de retenção prevalece nesse caso sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido resgatada anteriormente.*”.

Não se nega que esta prevalência poderá criar o encarecimento dos imóveis e dificultar a concessão de crédito, ao colocar o credor hipotecário, numa situação de instabilidade e insegurança. Acresce que, a concessão desta prevalência fomenta a celebração de contratos-promessa com *traditio* da coisa simulados, ou seja, os devedores hipotecários, por saberem da prevalência do direito de retenção face à

³⁶ Cf. obra cit., p.196.

³⁷ Cf. obra cit., p.371 e ss.

³⁸ Por consumidor entende-se “*todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios*” (cf. art.2.º n.º 1 da Lei de Defesa do Consumidor). A tutela do consumidor tem na sua base a proteção contra abusos do poder económico, dada a vulnerabilidade do particulares-consumidores no mercado de consumo. Vulnerabilidade cada vez mais tutelada, dada a avalanche de legislação na área da proteção do consumidor.

³⁹ CARLOS PEREIRA DE ABREU, in *O direito de retenção como garantia imobiliária das obrigações*, pp.36 e ss.

garantia hipotecária, vendo-se em situações de dificuldades económicas, apressam-se em celebrar contratos-promessa com *traditio* do imóvel, com familiares e amigos, de forma a evitar o pagamento dos créditos hipotecários.

Apesar do exposto, resulta do preâmbulo do DL n.º 379/86, de 11 de novembro, que “*Neste conflito de interesses afigura-se razoável atribuir prioridade à tutela dos particulares. Vem na lógica da defesa do consumidor. Não se desconhecem ou esqueçam a proteção devida aos legítimos direitos das instituições de crédito e o estímulo que merecem como elementos de enorme importância na dinamização económico-financeira.*”. A tutela dada ao particular-consumidor não coloca problemas, e até se considera justificada pois, como ficou exposto as instituições de crédito têm cada vez mais meios para se precaverem e consolidarem a sua posição. Contudo, não podemos esquecer, que a tutela conferida ao promitente-comprador pode por em causa expectativas de terceiros, a quem foi criada a esperança de aquisição do bem objeto de *traditio* ou com quem foi celebrado contrato de compra e venda sobre o mesmo bem. Apesar das intenções protecionistas do consumidor – fundamento das alterações legislativas de 80 e de 86 – não poderem ser criticadas, há que chamar a atenção para a necessidade de um olhar atualista sobre as disposições do direito de retenção. Se é verdade que as instituições de crédito estão protegidas com inúmeras garantias, também é verdade, que os consumidores se encontram cada vez mais numa situação privilegiada e que as instituições de crédito são alvo de fraudes e de abusos por parte dos particulares. Importa por isso refletir se os fundamentos que estiveram na base da prevalência do direito de retenção, não estão hoje desatualizados e com necessidade de nova apreciação legislativa.

Se os fundamentos históricos que estiveram na base da criação desta garantia, com prevalência face aos credores hipotecários, se deveram, em grande parte, à valorização dos imóveis e aos abusos dos promitente-vendedores, a quem compensava incumprir as promessas celebradas e restituir os sinais em dobro, dado o valor dos imóveis e as características do mercado imobiliário nos dias de hoje a situação é inversa. Atualmente verifica-se uma desvalorização do mercado habitacional; as instituições de crédito estão cada vez mais débeis, devido aos constantes incumprimentos dos consumidores; os particulares encontram-se numa situação de crise profunda e sem possibilidade de cumprir as suas obrigações tanto com as instituições financeiras, como com os outros particulares. Pode dizer-se que presentemente há

necessidade de proteção tanto dos consumidores como das instituições de crédito, pelo que se deve proceder a uma reforma do pensamento legislativo.

A constituição de uma hipoteca sobre um certo bem, não impede o proprietário do bem hipotecado de o onerar ou alienar, uma vez que tais atos não são oponíveis ao credor hipotecário, que apenas goza de uma garantia preferencial e sujeita à prioridade do registo. Ora, da conjugação dos art.755. n.º 1 al. f) e art.759.º n.º 2, ambos do CC, resulta que a situação do credor hipotecário é defraudada. A força da garantia hipotecária é limitada com a existência de um direito de retenção, mesmo que constituído posteriormente. Refere ISABEL MENÉRES CAMPOS⁴⁰, que a razão de ser do art.759.º n.º 2 do CC, reside no facto de o retentor não poder invocar o seu direito contra os outros credores para impedir a execução dos bens, sendo-lhe simplesmente assegurada a preferência na execução. Senão fosse atribuída eficácia *erga omnes* ao direito de retenção, este traduzia-se numa garantia ilusória, pois bastaria que o devedor vendesse os bens ou que os seus credores executassem o bem objeto da promessa, para que o direito de retenção desaparecesse. A concessão de eficácia *erga omnes* ao direito de retenção não é discutida, uma vez que estamos perante uma garantia que precisa de certa proteção legal. O problema que se coloca é conferir prevalência a esta garantia perante uma hipoteca registada anteriormente, sem dar possibilidade ao credor hipotecário de conhecer a existência do direito de retenção. Em nossa opinião o legislador, após as reformas de 80 e 86, deveria ter procedido a um esclarecimento do âmbito de aplicação do art.759.º n.º 2 do CC, pois se há situações em que a prevalência do direito de retenção faz sentido, outras há, em que as exigências de celeridade e segurança associadas à concessão de crédito se encontram defraudadas, perante esta garantia “oculta”.

Face ao exposto, e como forma de tutela tanto dos promitentes-compradores como das instituições financeiras – que nos dias de hoje se encontram também numa situação de fragilidade – somos da opinião que os contratos-promessa com *traditio* da coisa devem ser objeto de registo. Mais concretamente, o promitente-comprador deve, pelo menos, proceder ao registo provisório da aquisição, de acordo com o disposto no

⁴⁰ Em “*Duas questões sobre a efetividade prática da Hipoteca: a caducidade do arrendamento com a venda judicial e o conflito do credor hipotecário com o direito de retenção*”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Henrique Mesquita*, p.309 e ss.

art.47.º do CRPred⁴¹. Só assim é possível tutelar a posição do promitente-comprador perante o incumprimento da contraparte e da mesma forma tutelar os credores hipotecários que deixam de ser confrontados, durante a reclamação dos seus direitos, com um direito de retenção de que não tinham, nem podiam ter conhecimento. Através desta solução os credores hipotecários perante um pedido de financiamento podem precaver-se, verificando se o bem dado em garantia se encontra de alguma forma onerado. Após a consulta do registo e com conhecimento da prioridade consagrada no art.759.º n.º 2 do CC, a entidade financiadora escolherá se deve ou não proceder àquele financiamento, conhecendo o risco de constituição de um direito de retenção. Desta forma a razão de ser do Registo Predial⁴² estaria protegida, havendo um total conhecimento da situação jurídica dos bens. Cremos que, com a aceitação desta exigência de registo da *traditio*, as dúvidas na doutrina e jurisprudência encontrariam uma solução que acabaria com as injustiças do atual regime. Uma vez que, a tutela do promitente-comprador não deixaria de existir, pois este continuaria a poder recusar a entrega do bem objeto de *traditio*, enquanto a contraparte não cumprisse a sua obrigação. E os credores hipotecários ao aceitaram como garantia do seu crédito um bem transferido para um promitente-comprador na sequência de um contrato-promessa, saberiam, desde logo, que corriam o risco de ver nascer um direito de retenção graduado com prevalência relativamente ao seu crédito. Uma vez aceite a regra de registo da tradição dos bens objeto de contrato-promessa, o princípio da prioridade do registo passaria a assegurar a justa graduação dos créditos.

3.5. Articulação do direito de retenção com o regime insolvencial

Neste capítulo iremos abordar a problemática do direito de retenção no âmbito do processo de insolvência do promitente-vendedor. Mais concretamente, verificar se existe direito de retenção do beneficiário da promessa de transmissão ou constituição do

⁴¹ Segundo o qual, “1 – O registo provisório de aquisição de um direito ou de constituição de um hipoteca voluntária, antes do titulado o negocio, é feito com base na declaração do proprietário ou titular do direito, com reconhecimento presencial da assinatura; 2 – O registo provisório de aquisição pode também ser feito com base em contrato-promessa de alienação, legalizado nos mesmos termos.”

⁴² Refere LUÍS CARVALHO FERNANDES, em obra cit., “(...) que função essencial do registo é a de «dar publicidade à situação jurídica dos prédios»; através dela realiza-se o fim a que o registo predial primariamente está votado: «a segurança do comércio jurídico imobiliário» (...)”, p.100.

direito real que obteve a *traditio* da coisa, quando exista recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência.

A título introdutório importa referir que, antes da aprovação do DL n.º 53/2004, de 18 março, o qual veio aprovar o atual Código da Insolvência (doravante designado “CIRE”), existia no ordenamento jurídico português o CPEREF. Este distinguia-se do atual CIRE, na medida em que, o que se pretendia era a recuperação da empresa, e conseqüentemente, a proteção do insolvente. Pelo contrário, no regime atual, o que se pretende é a proteção dos credores em respeito do princípio *par conditio creditorum*. A lógica passou a ser a de que, uma vez verificada uma situação de impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas, não se justifica insistir na recuperação do insolvente desprotegendo os credores de forma desnecessária. Concluindo-se que o insolvente não tem condições para recuperar da situação de insolvência, o que se visa é garantir que o sacrifício suportado pelos credores é efetivamente sofrido por todos e de forma igualitária – na lógica da justiça distributiva.

Passando à análise do processo de insolvência refira-se que uma vez declarada a insolvência produzem-se certos efeitos pessoais e patrimoniais. Na presente dissertação apenas iremos analisar os efeitos patrimoniais da declaração de insolvências, que se podem resumir em:

- (i) privação dos poderes de disposição e de administração;
- (ii) efeitos processuais;
- (iii) efeitos sobre os créditos; e
- (iv) efeitos sobre os negócios em curso.

De forma muito simplificada, iremos analisar cada uma das conseqüências da declaração de insolvência, procedendo a um estudo mais aprofundado dos efeitos sobre os negócios em curso.

Relativamente aos primeiros, resulta do art.81.º do CIRE que, uma vez declarada a insolvência, o insolvente fica privado do poder de disposição e administração dos bens que integram a massa insolvente⁴³. O que significa que, desde a sentença declarativa de

⁴³ Resulta do art.46.º do CIRE que a massa insolvente, salvo convenção em contrário, abrange todo o património do devedor à data da declaração de insolvência e todos os bens que o insolvente for adquirindo ao longo do processo de insolvência. Esta conseqüência deve-se ao carácter universal do processo insolvencial, de onde decorre, que todos os bens presentes e futuros do devedor, uma vez

insolvência, os bens do insolvente são apreendidos e passam a fazer parte da massa insolvente, passando a administração do património do mesmo para as “mãos” do administrador da insolvência, a quem compete a administração e disposição dos bens da massa insolvente.

Quanto aos efeitos processuais, a regra é a de, uma vez declarada a insolvência, todas as ações relativas aos bens compreendidos na massa insolvente são apensadas ao processo de insolvência, em respeito do princípio da exclusividade da instância insolvente. A apensação deve-se ao carácter universal e concursal do processo insolvencial, sendo chamados ao processo todos os credores do insolvente, independentemente da natureza do seu crédito e apreendidos todos os bens do devedor para futura liquidação. Contudo, o mesmo não se passa nas ações executivas. Quanto a estas não se verifica a apensação ao processo insolvencial, mas antes a suspensão das mesmas – conforme resulta do art.88.º do CIRE.

Relativamente aos efeitos sobre os créditos, verifica-se que uma vez declarada a insolvência dá-se o vencimento imediato de todas as obrigações do insolvente. Conforme refere LUÍS MENEZES LEITÃO⁴⁴, a razão de ser do processo de insolvência é a de garantir que os credores do insolvente exerçam os seus direitos em condições de igualdade (na lógica do princípio da *par conditio creditorum*) e num único processo. Pelo que, a única forma de garantia da igualdade entre todos é através do vencimento imediato das obrigações, não se reconhecendo a nenhum credor qualquer privilégio ou garantia – art.91.º do CIRE.

Finalmente, os efeitos sobre os negócios vêm tratados no capítulo IV do CIRE. A regra é a de que os negócios já concluídos produzem os seus efeitos, visto não porem em causa a massa insolvente e os interesses do processo de insolvência. Por sua vez, os negócios em curso ficam suspensos, até que o administrador da insolvência declare optar pelo cumprimento ou não cumprimento dos mesmos, atendendo aos interesses do processo – maximização do valor da massa insolvente de forma a aumentar as probabilidades de satisfação dos credores⁴⁵.

declarada a insolvência, passa a fazer parte da massa insolvente, com exceção dos bens insuscetíveis de penhora.

⁴⁴ Na obra “Direito da Insolvência”, p.167.

⁴⁵ Cf. obra cit. refere LUÍS MENEZES LEITÃO,“(…) a concessão desde direito de opção ao administrador da insolvência resulta do facto de a insolvência consistir numa impossibilidade geral de

Feita uma breve referência sobre os efeitos gerais da declaração de insolvência, interessa abordar com mais pormenor os efeitos sobre os negócios, mais concretamente sobre os contratos-promessa, de acordo com o disposto nos art.102.º e ss, e em especial no art.106.º do CIRE.

São pressupostos do art.102.º do CIRE:

- (i) a existência de um contrato bilateral; e
- (ii) o incumprimento total ou parcial,
- (iii) de ambas as partes.

Ora, a suspensão dos negócios em curso não pode ser eterna e arbitrária, admitindo-se por isso que a outra parte fixe um prazo razoável para que o administrador da insolvência declare, se pretende ou não cumprir o negócio. Verificado esse prazo, sem que o administrador proceda a qualquer declaração, considera-se que houve recusa do cumprimento. Havendo recusa de cumprimento, o contrato deixa de poder ser executado para futuro e não se verificam efeitos retroativos. Mais concretamente, e conforme decorre do art.102.º n.º 3 do CIRE, a opção de recusa por parte do administrador da insolvência tem como consequências: (i) a impossibilidade de restituição do que se prestou (art.102.º n.º 3 al. a) do CIRE); (ii) a possibilidade de a massa insolvente exigir o valor da contraprestação correspondente à prestação já efetuada pelo devedor, na medida em que ainda não tenha sido realizada pela contraparte (art.102.º n.º 3 al. b) do CIRE); e finalmente, (iii) o direito de a outra parte exigir, como crédito sobre a insolvência, o valor da prestação do devedor, deduzido do valor da contraprestação correspondente que ainda não tenha sido realizada (art.102.º n.º 3 al. c) do CIRE). Contudo, apesar do exposto, resulta do art.102.º n.º 3 al. d) do CIRE, que a recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência, não prejudica o direito de indemnização pelos prejuízos causados à outra parte, ainda que a indemnização esteja restringida.

Refira-se no entanto, que os efeitos expostos *supra*, sofrem modificações consoantes a natureza do contrato incumprido, pelo que, as consequências referidas variam de caso para caso.

cumprimento das obrigações, que justifica a adopção de medidas em defesa dos credores. Ora, se o insolvente se visse forçado a cumprir negócios em curso, os pagamentos que efetuasse beneficiariam uns credores em detrimento de outros (...).”, p.172.

Importa chamar a atenção para o facto de existirem situações em que a lei não admite a recusa do cumprimento por parte do administrador da insolvência – caso do contrato-promessa com eficácia real e *traditio* da coisa (cf. art.106.º do CIRE). Contudo, e apesar da clareza da lei, a doutrina e jurisprudência insistem em criar debates quanto à interpretação legislativa. Para uns, a recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência não deve ser admitida em qualquer contrato-promessa com *traditio* da coisa, independentemente da atribuição de eficácia real. Para outros, sempre que o contrato-promessa apresente eficácia real, tenha ou não sido estipulada a entrega antecipada da coisa objeto do contrato, não pode o administrador da insolvência recusar o cumprimento do mesmo. Finalmente, há ainda quem entenda, que as promessas sinalizadas não podem ser objeto de recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência. Em particular, entende LUÍS MENEZES LEITÃO⁴⁶, que a hipótese contemplada no art.106.º n.º 1 do CIRE é a de não poder haver recusa de cumprimento, sempre que se esteja perante um contrato-promessa com eficácia real e sempre que as partes tenham estipulado a entrega antecipada da coisa, independentemente da eficácia real do contrato-promessa. Procedendo assim o Autor a uma interpretação corretiva da lei que torne possível o reconhecimento do direito de retenção previsto no art.755.º n.º 1 al. f) do CC.

Não podemos compreender tais interpretações corretivas da lei, quando a letra do art.106.º do CIRE é clara ao determinar que a regra, uma vez declarada a insolvência do promitente-vendedor, é a de que o administrador da insolvência pode recusar o cumprimento dos negócios em curso, desde que não se trate de um contrato-promessa com eficácia real e com *traditio* da coisa⁴⁷.

Assim sendo, e dadas as dúvidas quanto à posição a seguir, a solução quanto às promessas com eficácia meramente obrigacional não pode deixar de ser a de que, havendo uma promessa com eficácia meramente obrigacional e com *traditio* da coisa, a

⁴⁶ Cf. obra cit., p.181.

⁴⁷ No mesmo sentido acórdão do STJ de 11/09/2012, processo n.º 3374/07.9TBGMR-I.G2.S1, segundo o qual: “*I - O poder potestativo conferido ao administrador da insolvência pelo art.102.º, n.º 1, do CIRE, de optar pela execução ou recusar o cumprimento, não lhe assiste no caso de contrato-promessa com eficácia real em que houve tradição da coisa a favor do promitente-comprador (art.106.º, n.º 1, do CIRE). (...)*”

recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência não se encontra proibida – interpretação que resulta do art.106.º n.º 1 do CIRE *a contrario*.

O administrador da insolvência só não pode recusar o cumprimento dos contratos-promessa quando:

- (i) a promessa apresente eficácia real;
- (ii) seja declarada a insolvência do promitente-vendedor; e
- (iii) se tenha verificado tradição da coisa a favor do promitente-adquirente.

Conclui-se assim, que verificada a recusa lícita de cumprimento do contrato-promessa por parte do administrador da insolvência – por não se verificarem os pressupostos enunciados *supra* – não resulta para o promitente-adquirente o direito especial de retenção previsto no art.755.º n.º 1 al. f) do CC, uma vez que são pressupostos dessa garantia:

- (i) a existência de uma promessa de transmissão ou constituição de direito real;
- (ii) a tradição da coisa; e
- (iii) o incumprimento imputável à outra parte.

Do exposto resulta que falha desde logo, este último requisito. Visto não se poder falar de incumprimento imputável à contraparte, uma vez que a recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência é um ónus que resulta da lei e não um comportamento ilícito ou culposo da contraparte. Havendo recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência, o que se verifica é uma “reconfiguração da relação”⁴⁸ tendo em vista as especificidades do processo de insolvência. Neste sentido, não é aplicável o regime do art.442.º, nem o do direito de retenção previsto no art.755.º n.º 1 al. f), ambos do CC⁴⁹, ao processo insolvencial.

⁴⁸ Cf. refere JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “*Insolvência: Efeitos sobre os negócios em curso*”, em *Revista da Ordem do Advogados*, ponto 11 (“*A reconfiguração das situações*”).

⁴⁹ Refere o Tribunal da Relação do Porto no seu acórdão de 18/11/2013, processo n.º 1150/126TBPNF-AP1: “I - O promitente-comprador de coisa imóvel que obteve a tradição, não goza, no actual direito insolvencial (CIRE), dos direitos reconhecidos pelo Código Civil, no caso de o negócio não se encontrar totalmente cumprido por ambas as partes, não sendo aplicável na insolvência o art.442º, nº2, do Código Civil, e por isso, também não dispõe o promitente-comprador do direito de retenção, nos termos do art.755º, nº1, f) do Código Civil. II - O disposto no art.119º do CIRE, atribui carácter imperativo aos art.s102 e seguintes do mesmo diploma e, por isso, afasta a aplicação do regime do sinal conforme vem referido no art.442º do Código Civil, precisamente porque não é compatível com o regime específico fixado naquelas normas, art.s102º

Não falta quem pretenda colocar estas promessas, com eficácia meramente obrigacional e com entrega antecipada da coisa, no âmbito das promessas sujeitas ao cumprimento por parte do administrador da insolvência, de forma a resultar um direito especial de retenção a favor do promitente-adquirente, reconhecido e atendido no âmbito do processo insolvencial. Seguem esta posição os defensores de uma interpretação restritiva do art.106.º n.º 2 do CIRE. Para estes, a recusa de cumprimento apenas se pode verificar nas promessas sem *traditio* da coisa. Pretendem os defensores desta tese, a constituição a favor do promitente-adquirente do direito de retenção do art.755.º n.º 1 al. f) do CC. Contudo, não podemos seguir este entendimento, na medida em que, o incumprimento da promessa não é imputável à contraparte, não valendo o argumento de que a situação de insolvência existe por causa da atuação negligente do insolvente – argumento invocado pelos defensores do direito especial de retenção – desde logo, porque a recusa do administrador da insolvência é uma recusa lícita e não culposa, ao contrário dos casos previstos no art.755.º n.º 1 al. f) do CC.

Os defensores da interpretação corretiva do art.106.º do CIRE ao pretenderem a aplicação do art.755.º n.º 1 al. f) do CC ao processo insolvencial, esquecem-se do conceito de direito de retenção. O direito de retenção existe, não para situações de cumprimento dos contratos-promessa, mas para garantir a indemnização dos promitentes-compradores face ao inadimplemento das promessas. Sendo assim, não se compreende a vantagem do reconhecimento desta garantia no processo insolvencial, quando o que a doutrina pretende é sujeitar as promessas com *traditio* da coisa (com ou sem eficácia real) ao regime do art.106.º n.º 1 do CIRE e portanto ao cumprimento obrigatório por parte do administrador da insolvência.

No sentido de inadmissibilidade de aplicação do art.755.º n.º 1 al. f) do CC ao processo de insolvência, observam NUNO M. PINTO OLIVEIRA e CATARINA SERRA⁵⁰, que o reconhecimento dessa garantia mostra-se incompatível com um dos

e

seguintes.

III - Tendo o administrador da insolvência optado por não cumprir a promessa de venda, o beneficiário da promessa, uma sociedade por quotas, que passou sinal não goza sobre a massa insolvente de crédito do dobro do que prestou, nem goza de direito de retenção, apesar dos imóveis prometidos vender lhe terem sido traditados, sendo um credor comum da insolvência.

⁵⁰ No seu texto, “*Insolvência e Contrato-Promessa: os efeitos da insolvência sobre o contrato-promessa com eficácia obrigacional*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ponto 3.5. (“*O promitente-adquirente não tem direito de retenção sobre a coisa objeto de traditio*”)

objetivos do processo de insolvência: o da estabilidade geral do passivo do insolvente. Ao reconhecer-se a existência de um direito de retenção, uma vez verificada a recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência, estar-se-á a possibilitar a constituição de créditos garantidos no curso do processo de insolvência, pondo-se dessa forma em causa, os efeitos da declaração de insolvência sobre os créditos do insolvente. Já para não referir que não se compreende o que justifica tratar, um promitente-adquirente de uma promessa meramente obrigacional, como um credor privilegiado, quando se o quisesse, poderia ter celebrado uma promessa com eficácia real e dessa forma estar protegido pelo regime do art.106.º n.º 1 do CIRE.

Conclui-se assim que, havendo uma promessa em curso no momento da declaração de insolvência do promitente-vendedor, a mesma só tem de ser cumprida se se tratar de uma promessa com eficácia real e com tradição da coisa. Fora essas situações, a recusa de cumprimento por parte do administrador de insolvência não deve chocar, nem deve resultar do incumprimento, um direito de retenção com fundamento no art.755.º n.º 1 al. f) do CC, visto não estar preenchido o pressuposto da imputabilidade, uma vez que não há, nos casos de recusar de cumprimento por parte do administrador da insolvência, ilicitude ou culpa. Pelo contrário, quando o administrador escolhe incumprir os contratos, fá-lo no interesse dos credores – fim primordial do processo de insolvência. Assim sendo, verificado o incumprimento lícito do contrato-promessa o promitente-comprador surge como um simples credor comum.

CAPÍTULO IV

JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4. Implicações constitucionais do direito de retenção

A figura do direito de retenção, e em particular os art.442.º n.º 2 e 755.º n.º 1 al. f), ambos do CC, têm sido objeto de análise pelo TC. São várias as decisões deste Tribunal no sentido de apreciar a constitucionalidade dos referidos normativos.

No presente capítulo iremos analisar decisões do TC e concluir pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade orgânica do DL n.º 236/80, de 18 de julho e do DL n.º 379/86, de 11 de novembro, bem como, concluir pela conformidade ou

inconformidade dos art.442.º n.º 2 e 755.º n.º 1 al. f), ambos do CC, com a nossa Constituição.

Os problemas de constitucionalidade surgem devido à criação de um direito real de garantia não sujeito a registo e com prevalência sobre as garantias hipotecárias, ainda que registadas anteriormente. É a graduação privilegiada dada ao direito de retenção, que cria transtornos na doutrina e jurisprudências.

Conforme temos vindo a observar, o direito de retenção já existia antes das reformas legislativas de 80 e de 86. Este direito apresentava-se como uma garantia com carácter geral, dada aos retentores de coisa alheia, pelas despesas e danos tidos com a coisa retida. Até aqui não se colocavam dúvidas sobre a necessidade de prevalência do direito de retenção face à hipoteca, ainda que registada anteriormente, visto a prevalência do *ius retentiones*, previsto no art.754.º do CC, encontrar a sua justificação na necessidade de evitar o locupletamento injustificado do credor hipotecário.

A situação inverte-se com o surgimento do direito de retenção especial, previsto no art.755.º n.º 1 al. f) do CC, segundo o qual, “*Goza de direito de retenção: f) o beneficiário da promessa de transmissão ou de constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre a coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º.*” Com o surgimento desta garantia, os motivos de prevalência do direito de retenção face às garantias hipotecárias começam a chocar os credores hipotecários, que não podem evitar a celebração de contratos-promessa por parte dos seus devedores e que se depararam com uma garantia com a qual não contavam, nem podiam conhecer. O direito de retenção, conforme ficou exposto, trata-se de uma garantia “oculta” não sujeita a registo, apresentando-se como uma exceção às regras da publicidade da situação jurídica dos prédios, contribuído para a insegurança e instabilidade do comércio imobiliário. Dada esta instabilidade, o recurso ao Tribunal por parte dos credores hipotecários tornou-se uma constante. Alegam estes credores, que os diplomas de 80 e de 86 sofrem de inconstitucionalidade orgânica, por versarem sobre matéria incluída na reserva de competência legislativa da Assembleia da República, mais concretamente, no art.165.º n.º 1 al. b) da CRP, tendo, no entanto, sido editados pelo Governo, sem autorização parlamentar. Consideram os defensores da inconstitucionalidade destes diplomas, que a natureza de direito real de garantia do *ius retentiones* o coloca no âmbito da reserva da competência relativa da Assembleia da

República, por se tratar de um direito que se inclui no núcleo essencial do direito de propriedade, previsto no art.62.º da CRP.

O direito de propriedade, enquanto direito fundamental, encontra-se definido no Título III, Capítulo I, da CRP. Resulta do art.62.º da CRP, que a todos é garantido o direito de propriedade privada, dentro dos limites definidos na Lei Fundamental. Trata-se de um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, nos termos do art.17.º da CRP, e por isso sujeito ao regime material e orgânico⁵¹ dos direitos, liberdades e garantias. Contudo, conforme resulta do Acórdão do TC n.º 329/99 “(...) *apesar do direito de propriedade privada ser um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, nem toda a legislação que lhe diga respeito se inscreve na reserva parlamentar atinente a esses direitos, liberdades e garantias. Desta reserva fazem apenas parte as normas relativas à dimensão do direito de propriedade que tiver essa natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias*”. Daqui resulta que só as matérias que digam respeito ao núcleo essencial do direito de propriedade privada estão sujeitas à reserva de lei. Pelo que a posição adotada pelo TC tem sido a de que o direito de retenção não se encontra sujeito à reserva legislativa parlamentar, visto apenas conferir ao seu titular “*por um lado, a faculdade de não cumprir enquanto não vir satisfeito o seu crédito, e, por outro lado, a garantia de realização preferencial do seu*

⁵¹ A sujeição dos direitos de natureza análoga ao regime dos direitos, liberdades e garantias, não tem sido pacífica. JORGE MIRANDA, na sua obra “*Manual de Direito Constitucional*”, Vol. IV, começou por entender que, apenas o regime material dos direitos, liberdades e garantias eram extensível aos direitos de natureza análoga. Acabando por reformular a sua posição, em edições posteriores, considerando que tanto o regime material como o regime orgânico são aplicáveis aos direitos de natureza análoga desde que se esteja perante um direito de natureza análoga enunciados no Título I da Parte I da CRP. Foram esse casos o regime aplicável é apenas o material, por não se tratarem de direitos com projeção imediata nos direitos, liberdades e garantias. Contudo, refere o Acórdão do TC n.º 374/2003 que “*Não tem sido essa a orientação seguida por este Tribunal Constitucional (...), nem a sustentada por JOSÉ CARLOS VIERA DE ANDRADE, que entende não haver razões «para concluir que o artigo 17.º não se refere, em princípio, à globalidade do regime, e, pelo contrário, (...) a analogia substancial com os direitos, liberdades e garantias justifica que também os direitos abrangidos gozem dos diversos aspectos desse regime, incluindo as garantias da irrevisibilidade e da proteção resultante da reserva de lei formal» mas acrescentando que «a reserva orgânica do Parlamento não é em si, uma exigência decorrente da determinabilidade dos direitos, mas sim da sua maior proximidade valorativa ao núcleo da dignidade da pessoa humana»*”

*crédito*⁵².” Entende o TC que a concessão de garantias a terceiros não se inclui no núcleo essencial do direito de propriedade. Por esse motivo, não se encontra sujeita à reserva de lei, a concessão de um direito de retenção ao promitente-aquirente de uma promessa com *traditio* da coisa, não havendo, qualquer inconstitucionalidade orgânica nos diplomas de 80 e de 86. Acrescenta ainda a jurisprudência do TC, que a concessão de uma garantia hipotecária, não confere aos credores hipotecários um direito de propriedade⁵³, pelo que, qualquer limitação a essa garantia não se encontra também, sujeita à reserva de lei.

Conclui assim, o TC que as alterações legislativas operadas pelo DL n.º 236/80, de 18 de julho e do DL n.º 379/86, de 11 de novembro, não sofrem de inconstitucionalidade orgânica, por não versarem sobre matéria sujeita à reserva legislativa da Assembleia da República.

Contra a existência de um direito de retenção especial, tem-se ainda argumentado, que para além da inconstitucionalidade orgânica dos diplomas de 80 e de 86, os art.442.º n.º 2 e 755.º n.º 1 al. f), ambos do CC, sofrem de inconstitucionalidade material, por violação dos princípios da proporcionalidade, da proteção da confiança e segurança jurídica e da igualdade.

Contra a inconstitucionalidade material das normas referidas, tem o TC argumentado da seguinte forma.

(i) Princípio da Proporcionalidade

Refere o TC que o princípio da proporcionalidade se desdobra em três subprincípios:

- (i) o princípio da necessidade;

⁵² É esse o entendimento perfilhado pelos Acórdãos do TC n.º 594/2003, n.º 347/2003, n.º 356/2004 e n.º 22/2004.

⁵³ No mesmo sentido pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão de 29/01/2003, no âmbito do processo n.º 02B4480, segundo o qual, “(...) a hipoteca não é um direito dessa natureza, mas tão só uma garantia especial de obrigações, não olvidando que nos movemos no campo do mero cumprimento obrigacional já que, nos termos do art.686.º do C.Civil, a hipoteca apenas confere ao credor o direito de ser pago pelo valor dos imóveis com preferência «sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo», não contendendo com a essência, a extensão ou o conteúdo do direito real de gozo – propriedade.”

- (ii) o princípio da adequação; e
- (iii) o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*⁵⁴.

Nesse sentido, refere o douto Tribunal, que as normas dos art.442.º n.º 2 e 755.º n.º 1 al. f), ambos do CC, surgiram num contexto económico-social em que a tomada de medidas de proteção dos consumidores se apresentava urgente, pelo que a necessidade; a adequação; e a proporcionalidade em sentido estrito, foram subprincípios respeitados. Assim sendo, o legislador, sabendo que as alterações legislativas poderiam causar prejuízos às instituições financeiras, considerou que a criação de um direito especial de retenção com prevalência face às garantias hipotecárias mesmo que registadas anteriormente, era a medida adequada e a que melhor concretizaria o resultado pretendido. Entende o TC que não existe violação deste princípio fundamental pois, “*a atribuição do direito de retenção, sempre que exista tradição da coisa objeto do contrato prometido, permitiu um reequilíbrio da situação desigual, ainda que – não pode deixar de se reconhecer – a lei tenha sido generosa nessa concessão. Assim, existindo um situação de desigualdade de tratamento que se pretendeu equilibrar através deste regime, não pode considerar-se que tal medida legislativa dê origem a uma desproporção intolerável ou arbitrária dos direitos ou interesses em jogo (...)*”⁵⁵. Com esta alteração legislativa os interesses em conflito ponderados pelo legislador foram, por um lado, a tutela dos interesses dos promitente-adquirentes, enquanto particulares-consumidores, e por outro, a publicidade garantida pelo registo predial. Neste conflito entendeu o legislador, que o interesse dos consumidores deveria prevalecer.

⁵⁴ O subprincípio da **necessidade** “*supõe a existência de um bem juridicamente protegido e de uma circunstância que imponha intervenção ou decisão;*” Por sua vez, a **adequação** “*significa que a providência se mostra adequada ao objetivo almejado, se destina ao fim contemplado pela norma, e não a outro; significa pois, correspondência de meios e fins*”. Finalmente, a **proporcionalidade em stricto sensu ou racionalidade**, consiste na “*providência que não fique aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido*” (cf. Jorge Miranda e Rui Medeiro em anotação ao art.18.º da CRP, “*Constituição Portuguesa Anotada*”, p.162).

⁵⁵ Cf. Acórdãos do TC n.º 594/2003, n.º 347/2003, n.º 356/2004 e n.º 22/2004.

(ii) Princípio da Proteção da Confiança e da Segurança Jurídica

Relativamente ao princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica, que decorre da ideia de Estado de Direito Democrático, prevista no art.2.º da CRP, considera o TC que também este princípio não é violado nos art.442.º n.º 2 e 755.º n.º 1 al. f), ambos do CC. Refere este Tribunal, que por proteção da confiança e segurança jurídica dos cidadãos, se entende, a necessidade de as decisões legislativas apresentarem uma certa estabilidade e previsibilidade. Mais concretamente, “*o princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica pressupõe um mínimo de previsibilidade em relação aos actos de poder, de modo que cada pessoa possa ver garantida a continuidade das relações em que intervém e dos efeitos jurídicos dos actos que pratica.*”⁵⁶. Neste sentido, tem entendido o TC que a confiança e a segurança jurídica dos cidadãos não se encontra afetada, visto as normas dos art.442.º n.º 2 e 755.º n.º 1 al. f), ambos do CC, já fazerem parte do ordenamento jurídico português desde 1986.

(iii) Princípio da Igualdade

Finalmente, decorre do princípio da igualdade, previsto no art.13º da CRP, a igualdade dos cidadãos perante a lei, estando vedada a concessão de privilégios ou de discriminações que possa por em causa este princípio. “*O princípio da igualdade não funciona por forma geral e abstrata, mas perante situações ou termos de comparação que devem reputar-se concretamente iguais*”⁵⁷. Podem por isso existir situações concretas em que o legislador está autorizado a proceder a diferenciações de tratamento, desde que se trate de forma igual o que é igual, e de forma desigual o que é desigual. É com base nesta ideia que a jurisprudência argumenta no sentido de não violação deste princípio nos art.442.º n.º 2 e 755.º n.º 1 al. f), ambos do CC. Visto estar preservada a igualdade formal ou perante a lei, não se verificando qualquer diferenciação subjetiva⁵⁸.

⁵⁶ Cf. Acórdãos do TC n.º 594/2003, n.º 347/2003, n.º 356/2004 e n.º 22/2004.

⁵⁷ Cf. obra cit., anotação ao art.13.º da CRP, p.125.

⁵⁸ Entende o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão citado, que, “*não se descortina qualquer violação do princípio da igualdade consagrado no artº13º da Constituição da República, pois que se encontra assegurada a igualdade na aplicação do direito face à generalidade, abstração e universalidade das normas infra-constitucionais concretamente aplicadas e pela ausência de*

Atendendo ao exposto, somos levados a concluir que as alterações legislativas que levaram à criação do direito especial de retenção com prevalência face à hipoteca, mesmo que registada anteriormente, atendendo à *occasio legis*, tiveram razão de ser. Pelo que não podemos censurar a opção legislativa. Contudo, é de referir, que o contexto socioeconómico atual é bem diferente do contexto em que os diplomas de 80 e de 86 nasceram. Hoje a proteção dos consumidores é uma realidade, não faltam diplomas legais que concedam proteção aos particulares-consumidores, tanto perante outros consumidores, como perante instituições de crédito. Refira-se mesmo que as principais afetadas com a crise económica têm sido as instituições financeiras, que se veem confrontadas com permanentes incumprimentos dos contratos de crédito e sujeitas a abusos e fraudes por parte dos consumidores. Assim sendo, não podemos deixar de criticar a inércia legislativa nesta matéria. Se a concessão de proteção do promitente-comprador fazia sentido na década de oitenta do século XX, hoje a tutela dos credores hipotecários apresenta-se urgente. As instituições financeiras enquanto motores do desenvolvimento económico dos mercados, não podem ficar esquecidas. O legislador deve criar soluções que protejam tanto os particulares, como as instituições de crédito, pois só assim existirá confiança nas relações entre ambos e será possível zelar pelo cumprimento dos compromissos financeiros.

Se os fundamentos que estiveram na base dos diplomas de 80 e de 86 não violavam os princípios constitucionais, a verdade é que se encontram hoje ultrapassados, pelo que não podemos deixar de observar que é imperioso proceder a uma reforma legislativa. Neste sentido, e conforme já referimos, somos da opinião que o direito de retenção do promitente-adquirente a quem foi conferida a tradição da coisa objeto do contrato-promessa, não tem de deixar de existir. Simplesmente devem tutelar-se também os credores hipotecários. Ora, tal proteção só se torna possível com uma reforma legislativa, no sentido de tornar necessário o registo da *traditio* da coisa, ou mais concretamente, através da atribuição de eficácia real às promessas com entrega antecipada da coisa. Só assim será possível, tutelar estes dois sujeitos, não deixando os

diferenciação dos cidadãos com base em condições meramente subjetivas, assim se encontrando preservada a igualdade formal ou igualdade perante a lei bem como a igualdade através da lei, quer na sua vertente positiva (reconhecimento de direitos), quer na sua vertente negativa (restrições de direitos e imposição de encargos) (...).

promitentes-adquirentes de beneficiar da garantia real prevista no art.755.º n.º 1 al. f) do CC e concedendo-se, ao mesmo tempo, a possibilidade de os credores hipotecários refletirem, se pretendem que lhes seja dando como garantia um imóvel objeto de entrega antecipada no âmbito de um contrato-promessa.

CAPÍTULO V

A NOSSA PROPOSTA

5. Qual a melhor solução?

É nosso entendimento que a forma de ultrapassar os debates doutrinários e jurisprudências suscitados em casos como os objeto de estudo, só será possível com uma reforma legislativa. Mais concretamente, dada a desatualização dos fundamentos das reformas operadas em 1980 e em 1986 – *tutela dos particulares-consumidores num mercado imobiliário onde os incumprimentos das promessas por parte dos promitentes-vendedores eram uma constante e onde o único direito que os promitentes-compradores tinham era o da restituição do dobro do sinal* – torna-se necessário proceder a um olhar atualista sobre as normas do CC relativas ao contrato-promessa e ao direito de retenção.

Para tanto, defendemos que o direito de retenção do promitente-adquirente não deve deixar de ser reconhecido, pois não podemos deixar de concordar que a entrega antecipada da coisa objeto do contrato-promessa cria expectativas mercedoras de tutela do Direito. Contudo, ao lado dos promitentes-adquirentes encontram-se credores hipotecários, outros promitentes-compradores (sem direito de retenção) e até mesmo, terceiros de boa-fé titulares do direito propriedade sobre a coisa objeto de *traditio*.

Com isto queremos significar, que a publicidade do direito de retenção apresenta-se como a forma de tutela de todos estes sujeitos, e até mesmo, como forma de proteger os promitente-adquirentes detentores da coisa objeto do contrato-promessa no âmbito do processo insolvencial. Mais concretamente, e conforme ficou exposto, sendo a regra, a de que uma vez declarada a insolvência os efeitos dos negócios em curso ficam suspensos (art.102.º do CIRE), até que o administrador da insolvência decida cumprir ou recusar o cumprimento dos mesmos, a verdade é que, essa opção de cumprimento não se verifica no caso das promessas com *traditio* da coisa e com eficácia real. Nesta medida, aos impor-se o registo das promessas com entrega antecipada da coisa, estamos

a contribuir para a proteção dos promitentes-adquirentes, visto passarem a beneficiar da regra prevista no art.106.º n.º 1 do CIRE.

Conclui-se assim que, com a imposição de registo destas promessas, estaremos a contribuir para o conhecimento dos riscos de constituição de um futuro direito de retenção, contribuindo dessa forma para a consistência jurídica-económica das garantias hipotecárias. E ainda, a contribuir para a tutela dos promitentes-compradores detentores da coisa objeto do contrato, que deixam de se ver perante situações de incumprimento lícito por parte dos administradores de insolvência e a perder com isso esta garantia real. A imposição de registo das promessas com entrega antecipada da coisa, para além de contribuir para a segurança jurídica no mercado imobiliário é a solução que se demonstra mais adequada atendendo ao contexto socioeconómico atual. O Direito e, em particular o poder legislativo, não podem ser estanques, antes pelo contrário, enquanto conjunto de normas que regulam a vida numa sociedade, não podem deixar de seguir uma visão atualista.

Assim sendo, e dada a necessidade de harmonização do regime do direito de retenção previsto no art.755º n.º 1 al. f) do CC, com o contexto atual, uma das soluções possíveis é, a nosso ver, a proposta neste trabalho.

NOTAS CONCLUSIVAS

Esta dissertação assumiu como objetivo compreender os motivos da controvérsia criada pelo direito de retenção, em especial, pelo direito de retenção previsto no art.755.º n.º 1 al. f) do CC. Nesse sentido, procurámos apresentar os motivos que estiveram na base da criação desta garantia real, em particular, do caso especial previsto na al. f) do n.º 1 do art.755.º do CC; os fundamentos que levaram ao reconhecimento da prevalência desta garantia face ao crédito hipotecário; a articulação do direito de retenção com o processo insolvencial, mais concretamente, a interpretação correta da faculdade dada ao administrador de insolvência de optar entre o cumprimento ou não cumprimento dos negócios em curso e o reconhecimento ou não desta garantia no processo de insolvência; e finalmente, quais as implicações constitucionais do direito especial de retenção.

Se a existência do direito de retenção, na modalidade prevista no art.754.º do CC, não tem sido objeto de críticas, o mesmo não se pode dizer do caso especial previsto na al. f) do n.º 1 do art.755.º do CC. As intenções de proteção dos beneficiários de promessas com tradição da coisa, que levaram à criação desta alínea, na década de oitenta do século XX, apesar de serem de aplaudir, atendendo à *occasio legis*, não podem deixar de ser objeto de crítica nos dias de hoje. Embora a proteção dos consumidores continue a ser um princípio com dignidade e merecedor de respeito, a verdade é que o avanço legislativo no sentido de proteção dos mesmos é uma realidade, não faltando formas de tutela destes particulares. Perante o contexto atual, a prevalência do direito de retenção face às garantias hipotecárias, não pode deixar de ser objeto de reflexão. Foi com essa intenção que nos propusemos apresentar este trabalho, terminando com uma proposta de alteração da lei.

Na base do nosso estudo tivemos em consideração as questões suscitadas no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de maio de 2013, acórdão que ainda não foi objeto de publicação em bases de dados públicas. Contudo, e conforme resulta deste trabalho, não seguimos o entendimento deste Venerado Tribunal, que entende que o direito de retenção, enquanto garantia preferencial, deve continuar a prevalecer sobre as garantias hipotecárias. Para defesa da sua posição invoca o doutro Tribunal argumentos, que a nosso ver, se encontram desatualizados. Mais, segundo este Tribunal, o direito de retenção deve ser reconhecido

no âmbito do processo insolvencial, mais concretamente, defende o STJ, que perante uma promessa com eficácia meramente obrigacional e na qual se procedeu à entrega antecipada da coisa, uma vez verificada a recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência, deve reconhecer-se a posição de credor privilegiado ao titular do direito de retenção.

Ora, conforme ficou exposto, lamentamos a decisão do STJ e os argumentos apresentados pelo mesmo. Argumentos que se encontram em total contradição com o contexto atual e com a letra da lei. Embora a tutela dos consumidores continue a merecer a nossa preocupação, a verdade é que a crise económica atual tem afetado de forma desproporcionada as instituições de crédito, que se encontram, cada vez mais, sujeitas a incumprimentos dos devedores e a abusos e fraudes dos particulares. Nesse sentido, entendemos que o carácter “oculto” do direito de retenção, para além de afetar os titulares de garantias hipotecárias, afeta também outros particulares. Pelo que se apresenta urgente combater a inércia legislativa. Nesse sentido, defendemos o registo das promessas com *traditio* da coisa, pois sendo a intenção do Registo Predial, a de conferir publicidade à situação jurídica dos prédios, de forma a contribuir para a segurança jurídica do comércio imobiliário, a nossa solução não pode deixar de passar por esta necessidade de tutela dos sujeitos que se movem no mercado imobiliário. Cremos que só com esta imposição, será possível tutelar tanto os consumidores, como as instituições de crédito, uma vez que com esta alteração, os beneficiários de promessas com tradição da coisa não deixarão de beneficiar do direito de retenção, como garantia do seu crédito perante os promitentes-vendedores, e por sua vez, as instituições de crédito antes de concederem financiamentos terão oportunidade de consultar a situação do imóvel dado em garantia. Decidindo no final, se pretendem correr o risco de ver nascer um direito de retenção graduado com prevalência relativamente ao seu crédito.

Não podemos seguir também o entendimento do STJ de que perante uma promessa com eficácia obrigacional e com *traditio* da coisa, o administrador da insolvência se vê perante um caso de cumprimento obrigatório do negócio em curso, sob pena de não o fazendo, o beneficiário da promessa poder invocar o direito de retenção graduado como crédito privilegiado e à frente dos créditos hipotecários. Não consideramos que seja necessário proceder a uma interpretação corretiva da lei, uma vez que o legislador foi claro na determinação do âmbito de aplicação do art.106.º n.º 1 do CIRE, pelo que, o

administrador da insolvência só não tem a faculdade de recusa de cumprimento, quando se encontra perante uma promessa com eficácia real e com *traditio* da coisa.

Concluimos assim, que ainda que a alteração sugerida nesta dissertação não venha a ser adotada pelo legislador, o que desde já se afigura como o mais provável, apela-se à sensatez dos Tribunais para que procedam a uma aplicação atualista da lei e defensora da segurança jurídica no mercado imobiliário. Só através da solução proposta é possível proteger tanto os particulares, como as instituições de crédito, contribuindo assim para a confiança nas relações entre ambos e para o cumprimento dos compromissos financeiros.

BIBLIOGRAFIA

ASCENSÃO, José de Oliveira

- “*Insolvência: Efeitos sobre os Negócio em Curso*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, II, 2005;

ABREU, Carlos Pereira de,

- “*O direito de retenção como garantia imobiliária das obrigações*”, Porto: ELCLA, 1998;

CAMPOS, Isabel Menéres,

- *Duas questões sobre a efetividade prática da Hipoteca: a caducidade do arrendamento com a venda judicial e o conflito do credor hipotecário com o direito de retenção*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Henrique Mesquita*, Vol. I, Coimbra Editora, 2010;

CORDEIRO, António Menezes

- *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. II, Direito das Obrigações, Tomo II, Coimbra, 2010;

- “*Da Retenção do Promitente na Venda Executiva*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 57, II, 1997;

- “*A Posse: Perspetivas Dogmáticas Atuais*”, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2000;

- “*O novo regime do contrato-promessa*”, *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 306, 1980;

COSTA, Mário Júlio Almeida

- *Direito das Obrigações*, 11.^a ed. revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2008;

COSTA, Salvador

- *O concurso de credores – Sobre as várias Espécies de Concurso de Credores e de Garantias Creditícias*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2009;

FERNANDES, Luís Carvalho

- *Lições de Direitos Reais*, 6.^a ed., Editora *Quid iuris*, 2009;

FREITAS, José 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;

FONSECA, Arnaldo Medeiros de

- *Direito de Retenção*, ed. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1957;

GOMES, Júlio Manuel Vieira

- “*Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)*”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 11, Braga, julho/setembro 2005;

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes

- *Garantias das Obrigações*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2012;

- *Direito das Obrigações*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2008;

- *Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2009;

LIMA, Pires de; **VARELA**, Antunes

- *Código Civil Anotado*, Coimbra, Vol.I, 4.^a ed. revista e atualizada;

MADALENO, Cláudia

- *A Vulnerabilidade das Garantias Reais, A Hipoteca Voluntária face ao Direito de Retenção e ao direito de Arrendamento*, Coimbra, 2008;

MARTINEZ, Pedro Romano e **PONTE**, Pedro Fuzeta da

- “*Garantias de Cumprimento*”, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006;

MIRANDA, Jorge

- “*Manual de Direito Constitucional*”, Tomo IV, 4.^a ed., Coimbra Editora, 2008;

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui

- “*Constituição Portuguesa Anotada*”, Tomo I, Coimbra Editora, 2005;

MORAIS, Fernando 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;

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto; SERRA, Catarina

- “*Insolvência e Contrato de Promessa*”, in *Revista Ordem do Advogados*, ano 70, I/IV, 2010;

PROENÇA, José Brandão

- “*Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (máxime) com fim habitacional*”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 22, Braga, abril/junho 2008;

SAPUILE, Belchior do Rosário Loya e

- “*Prevalência do Direito de Retenção sobre a Hipoteca*”, in *Garantia das Obrigações, Publicações dos Trabalhos do Mestrado*, Coimbra, 2007;

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz

- “*Direito de retenção*”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 65, 1957;

SILVA, João Calvão da

- *Sinal e Contrato-Promessa*, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003;

VARELA, João de Matos Antunes

- *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 4.ª reimpressão da 10.ª ed. de 1997, Coimbra, 2006;

- *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 4.ª reimpressão da 7.ª ed. de 1997, Coimbra, 2009;

VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de

- *Direito das Garantias*, Almedina, 2.ª ed., 2013;

- “*Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência*”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 33, Braga, janeiro/março 2011;

ANEXO I